



Editora Fundação Fênix

DIREITOS FUNDAMENTAIS E NOVAS TECNOLOGIAS NA ERA DA INFORMAÇÃO

VOLUME 2

**Ingo Wolfgang Sarlet
Ricardo Libel Waldman
(Orgs.)**

Dado o sucesso alcançado com a publicação de um primeiro volume de uma obra coletiva versando sobre o eixo temático DIREITOS FUNDAMENTAIS E NOVAS TECNOLOGIAS NA ERA DA INFORMAÇÃO, o caminho natural a ser seguido foi o de produzir um segundo volume, novamente integrado por textos da lavra de Docentes e Discentes vinculados aos dois Programas de Pós-Graduação em Direito (respectivamente, da PUCRS e das FMU), bem como por convidados especiais externos, igualmente Docentes de PPGD. Novamente os temas dos textos selecionados, todos gravitando de modo aderente em torno do eixo temático, se caracterizam pela sua relevância e atualidade, em sinergia com a acelerada dinâmica e complexidade que marca a evolução das tecnologias na Era da Informação e a necessidade de reações rápidas, adequadas e de qualidade por parte do Direito, seja na perspectiva doutrinária, seja na esfera da prática. Agradecemos, portanto, efusivamente aos autores que aceitaram o convite e deram o seu contributo indispensável para a própria existência da obra.



Direitos fundamentais e novas tecnologias na era da informação
Volume 2

Conselho Editorial

Editor

Ingo Wolfgang Sarlet

Conselho Científico – PPG Direito PUCRS

Gilberto Stürmer – Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim – Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro – Ricardo Lupion Garcia

Conselho Editorial Nacional

Adalberto de Souza Pasqualotto -PUCRS

Amanda Costa Thomé Travincas - Centro Universitário UNDB

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos - UERJ

Angélica Luciá Carlini – UNIP

Augusto Jaeger Júnior – UFRGS

Carlos Bolonha – UFRJ

Claudia Mansani Queda de Toledo- Centro Universitário Toledo de Ensino de Bauru

Cláudia Lima Marques – UFRGS

Danielle Pamplona – PUCRS

Daniel Antônio de Moraes Sarmento - UERJ

Daniel Wunder Hachem - PUCPR e UFPR

Daniel Mitidiero - UFRGS

Denise Pires Fincato - PUCRS

Draiton Gonzaga de Souza - PUCRS

Eugênio Facchini Neto - PUCRS

Fabio Siebeneichler de Andrade - PUCRS

Fabiano Menke – UFRGS

Flavia Cristina Piovesan - PUC-SP

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet - PUCRS

Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER

Gilmar Ferreira Mendes – Ministro do STF, Professor Titular do IDP e Professor aposentado da UNB

Gisele Cittadino - PUC-Rio

Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR

Giovani Agostini Saavedra - Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP

Guilherme Camargo Massau – UFPel

Gustavo Osna - PUCRS

Hermes Zaneti Jr

Hermilio Pereira dos Santos Filho - PUCRS

Ivar Alberto Martins Hartmann - FGV Direito Rio

Jane Reis Gonçalves Pereira - UERJ

Juliana Neuenschwander Magalhães - UFRJ

Laura Schertel Mendes

Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub

Luis Alberto Reichelt – PUCRS

Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior
Fellow na Harvard Kennedy School,
Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC
Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP
Patryck de Araújo Ayala – UFMT
Paulo Ricardo Schier - Unibrasil
Phillip Gil França - UNIVEL – PR
Teresa Arruda Alvim – PUC-SP
Thadeu Weber – PUCRS

Conselho Editorial Internacional

Alexandra dos Santos Aragão - Universidade de Coimbra
Alvaro Avelino Sanchez Bravo - Universidade de Sevilha
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho - Universidade Católica Portuguesa
Carlos Blanco de Moraes – Universidade de Lisboa
Cristina Maria de Gouveia Caldeira - Universidade Europeia
César Landa Arroyo - PUC de Lima, Peru
Elena Cecilia Alvites Alvites - Pontifícia Universidade Católica do Peru
Francisco Pereira Coutinho - Universidade NOVA de Lisboa
Francisco Ballaguer Callejón - Universidade de Granada - Espanha
Fernando Fita Ortega - Universidade de Valência
Giuseppe Ludovico - Universidade de Milão
Gonzalo Aguilar Cavallo – Universidade de Talca
Jorge Pereira da Silva - Universidade Católica Portuguesa
José João Abrantes – Universidade NOVA de Lisboa
José Maria Porrás Ramirez - Universidade de Granada – Espanha
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra
Pedro Paulino Grandez Castro - Pontifícia Universidad Católica del Peru
Víctor Bazán - Universidade Católica de Cuyo

Ingo Wolfgang Sarlet
Ricardo Libel Waldman
(Organizadores)

Direitos fundamentais e novas tecnologias na era da informação
Volume 2



Porto Alegre, 2022

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Capa: Editora Fundação Fênix
Arte da capa: Aquarela – Gabrielle Bezerra Sales Sarlet

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –
[Http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR](http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



Série Direito – 51

Catálogo na Fonte

D598	Direitos fundamentais e novas tecnologias na era da informação [recurso eletrônico] / organizadores Ingo Wolfgang Sarlet, Ricardo Libel Waldman. – Porto Alegre : Editora Fundação Fênix, 2022. v. 2 (Série Direito ; 51) Disponível em: < http://www.fundarfenix.com.br > ISBN - 978-65-81110-81-9 DOI https://doi.org/10.36592/9786581110819 1. Direito Fundamental. 2. Direito Digital. 3. Inteligência Artificial. 4. Informação. 5. Tecnologia. I. Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). II. Waldman, Ricardo Libel (org.). CDD: 340
------	--

Responsável pela catalogação: Lidiane Corrêa Souza Morschel CRB10/1721

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Os Organizadores..... 11

1. REGULAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Cláudio Teixeira Damilano; Gilberto Stürmer..... 13

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E NOVAS TECNOLOGIAS

Fábio Romeu Canton Filho..... 31

3. A INCORPORAÇÃO DO DIREITO DIGITAL COMO INTERESSE FUNDAMENTAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Emerson Penha Malheiro..... 45

4. CLEAR AND PRESENT DANGER, IMMINENT LAWLESS ACTION, FREE MARKET OF IDEAS, ACTUAL MALICE: A ORIGEM DE IDEIAS QUE NORTEARAM O DEBATE SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS ESTADOS UNIDOS E NO MUNDO

Eugenio Facchini Neto; Andrei Ferreira Fredes..... 63

5. O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES DE TRATAMENTO

James Silva Zagato; Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti; Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini..... 105

6. SHARENTING, LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS PAIS E DIREITO À IMAGEM DOS FILHOS

Juliana Leandra Maria N. Guillen Desgualdo; Ana Elizabeth Lapa W. Cavalcanti..... 123

7. APONTAMENTOS SOBRE A REGULAÇÃO E A TUTELA ESTATAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO SOB UMA ÓTICA CONSEQUENCIALISTA DA APLICAÇÃO DA LGPD

Phillip Gil França..... 145

8. ERA DA INFORMAÇÃO, SOCIEDADE DE CONTROLE E COLONIALISMO DE DADOS: UM MUSEU DE GRANDES NOVIDADES

Rosa Maria Zaia Borges; Paula Zambelli Salgado Brasil..... 183

**9. DEMOCRATIZAÇÃO DA INTERNET: UMA ANÁLISE SOBRE A INFLUÊNCIA DO
ACESSO À INTERNET NO PROCESSO DEMOCRÁTICO**

Beatriz Chaves Bittencourt de Albuquerque; Victor Marcilio Pompeu 211

**10. A 'CULTURA PARTICIPATIVA' NAS MÍDIAS DIGITAIS COMO ELEMENTO DO
DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O (POSSÍVEL) CONFLITO
COM OS DIREITOS AUTORAIS**

Salete Oro Boff; Jordana Siteneski do Amaral 227

APRESENTAÇÃO



<https://doi.org/10.36592/9786581110819-00>

Dado o sucesso alcançado com a publicação de um primeiro volume de uma obra coletiva versando sobre o eixo temático DIREITOS FUNDAMENTAIS E NOVAS TECNOLOGIAS NA ERA DA INFORMAÇÃO, o caminho natural a ser seguido foi o de produzir um segundo volume, novamente integrado por textos da lavra de Docentes e Discentes vinculados aos dois Programas de Pós-Graduação em Direito (respectivamente, da PUCRS e das FMU), bem como por convidados especiais externos, igualmente Docentes de PPGD.

Novamente os temas dos textos selecionados, todos gravitando de modo aderente em torno do eixo temático, se caracterizam pela sua relevância e atualidade, em sinergia com a acelerada dinâmica e complexidade que marca a evolução das tecnologias na Era da Informação e a necessidade de reações rápidas, adequadas e de qualidade por parte do Direito, seja na perspectiva doutrinária, seja na esfera da prática.

Agradecemos, portanto, efusivamente aos autores que aceitaram o convite e deram o seu contributo indispensável para a própria existência da obra, assim como externamos nossa gratidão à Editora Fundação Fênix, na pessoa do Prof. Dr. Jair Tauchen, pela sua acolhida no catálogo e pelo zelo e competência durante todo o processo de edição e publicação.

Porto Alegre e São Paulo,

Ingo Wolfgang Sarlet.

Professor Titular e Coordenador do PPGD da PUCRS.

Ricardo Libel Waldman.

Professor e Coordenador do PPGD das FMU.

1. REGULAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO



<https://doi.org/10.36592/9786581110819-01>

Cláudio Teixeira Damilano¹

Gilberto Stürmer²

Sumário

Introdução; 1 Considerações iniciais sobre Inteligência Artificial; 2 De que forma a IA está sendo utilizada nas relações de trabalho; 3 Os Direitos Fundamentais passíveis de violação pelo uso da Inteligência Artificial; 4 Propostas de Regulação da Inteligência Artificial no Brasil; Conclusão; Referências.

Introdução

O presente artigo está inserido no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS, na área de concentração de Fundamentos e na linha de pesquisa do docente, Eficácia e Efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais no Direito do Trabalho.

A primeira revolução industrial (1760-1840) teve como marco o uso de máquinas a vapor, fazendo com que os métodos de produção artesanais passassem a ser realizados por máquinas em fábricas. Dessa maneira, parte do trabalho mais

¹ Mestrando em Direito pela PUCRS na área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado. Bolsista CAPES. Pós-Graduado em Direito e Economia pela UFRGS e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo CETRA-CESUSC. Formado pela Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul - FEMARGS. É Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela UNISINOS. Advogado e integrante dos Grupos de Pesquisa "Relações de Trabalho e Sindicalismo", coordenado pelo Prof. Dr. Gilberto Stürmer e "Novas Tecnologias, Processo, e Relações de Trabalho", coordenado pela Prof.^a Dra. Denise Fincato, ambos junto à PUCRS. E-mail: claudiotdamilano@gmail.com; CV: <http://lattes.cnpq.br/1215685488127905>.

² Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilha, Espanha. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogado e Parecerista. E-mail: gsturmer@sturmer.com.br, CV: <http://lattes.cnpq.br/2198202518344562>.

pesado e repetitivo passou a ser realizado por grandes máquinas aumentando a produção. Na segunda revolução industrial (1850-1945), houve uma mudança do método a vapor para uma série de desenvolvimentos dentro da indústria química, do petróleo, do aço e, em especial, a elétrica. Não houve uma clara ruptura entre a primeira e a segunda revolução industrial.

No período de 1945-2000 ocorreu a terceira revolução industrial, que se caracterizou pelo uso de computadores, digitalização de informações, avanço da eletrônica, automatização de fábricas, corrida espacial e energia nuclear. Na década de setenta do século passado, as fábricas de automóvel utilizaram-se da robótica na linha de montagem, mas o principal fenômeno deste período foi denominado como a "era da informação". O surgimento da internet possibilitou a conexão entre pessoas em tempo real e em qualquer lugar do mundo (globalização).

De 2001 até os dias de hoje vive-se a 4ª Revolução Industrial (Indústria 4.0), que possui como característica um impacto mais profundo, sistêmico e com um crescimento exponencial, diferentemente das revoluções que a antecederam. Além disso, a Indústria 4.0 elimina a barreira física, biológica e digital. Para Klaus Schwab³, a categoria física abrange os veículos autônomos (carros, barcos, drones, helicópteros, tratores), impressão em 3D, robótica avançada e novos materiais. Na categoria biológica, está a genética, biologia sintética, xenotransplante, bioimpressão tridimensional e neurotecnologia. Com relação a categoria digital encontram-se a internet das coisas (IoT), a inteligência artificial, blockchain, economia compartilhada ou sob demanda.

A inteligência artificial é um dos pilares da 4ª Revolução Industrial e promete trazer grandes transformações no mundo do trabalho. Diante disso, faz-se necessário estudar de que forma a inteligência artificial está sendo utilizada nas relações de trabalho. De forma mais específica, é preciso saber se o seu uso sem a devida regulação pode violar os direitos fundamentais da proteção de dados, privacidade, intimidade e não-discriminação dos trabalhadores.

Para tanto, será realizada uma breve análise sobre inteligência artificial e de que forma está sendo utilizada nas relações de trabalho. Após, serão analisados os

³SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. São Paulo: Edipro, 2016. Tradução Daniel Moreira Miranda. Pág. 23-26.

direitos fundamentais passíveis de violação e as propostas de regulação para uso da inteligência artificial. Por fim, os métodos de procedimento da pesquisa serão o histórico e o comparativo, já o método de interpretação será o sociológico, valendo-se de fontes bibliográficas e documentais.

1 Considerações iniciais sobre Inteligência Artificial

O termo inteligência artificial foi utilizado pela primeira vez em 1956, quando John Mc Carthy e Marvin Minsky assim o denominaram na conferência realizada em *Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*. Todavia, o grande desenvolvimento da inteligência artificial só se sucedeu na primeira década do ano 2000 "com a evolução da internet e dos microprocessadores, redução dos custos de armazenagem em nuvens, novos algoritmos e outras inovações"⁴.

A inteligência artificial é influenciada por diversas áreas e possui como fundamento a filosofia, matemática, economia, neurociência, psicologia, engenharia computacional, teoria de controle e cibernética, bem como a linguística⁵. Segundo Fabiano Hartmann Peixoto e Roberta Zumblick Martins da Silva, "a IA é uma subárea da ciência da computação e busca fazer simulações de processos específicos da inteligência humana por intermédio de recursos computacionais"⁶. A IA possui como fundamento a estatística e probabilidade, lógica e linguística.

A European Commission define de forma simplificada a IA como "uma coleção de tecnologias que combinam dados, algoritmos e poder de computação"⁷. A inteligência artificial utiliza-se da mescla de diversas tecnologias para que o sistema consiga entender, aprender, identificar e/ou completar a atividade humana⁸. No concernente, Tarcísio Teixeira e Vinícius Cheliga esclarecem que "uma inteligência

⁴ PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. *Inteligência Artificial e Direito*. Curitiba: Alteridade, 2019. pág. 24.

⁵ RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Inteligencia Artificial: Un enfoque moderno*. 2. ed. Madrid: Pearson Educación, 2004. Traducción: Juan Manuel Corchado Rodríguez, pág. 6.

⁶ PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. *Inteligência Artificial e Direito*. Curitiba: Alteridade, 2019. 149 pág. 20-21.

⁷ EUROPEAN COMMISSION (Brussels). *White Paper on Artificial Intelligence: A European approach to excellence and trust*. 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf. Acesso em: 20 fev. 2020. Pág. 2.

⁸ PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. *Inteligência Artificial e Direito*. Curitiba: Alteridade, 2019. 149 pág. 31.

artificial é um sistema computacional criado para simular racionalmente a tomada de decisão dos seres humanos, tentando traduzir em algoritmos o funcionamento do cérebro humano”⁹.

Fabiano Hartmann Peixoto e Roberta Zumblick Martins da Silva, ao discorrerem sobre o momento atual da inteligência artificial, afirmam que “até agora, só há respostas e caminhos que reproduzem parcialmente a capacidade da inteligência humana”¹⁰. No atual estágio da ciência, a inteligência artificial tem-se mostrado mais eficiente para “propósitos específicos, em atividades repetitivas, que exigem alto grau de atenção e memória”¹¹.

Uma das subáreas da inteligência artificial é o *machine learning* (aprendizado da máquina) que possibilita com que o sistema aprenda por conta própria, utilizando-se de algoritmo de identificação de padrões em dados abastecidos. A *machine learning* pode ser apresentada como um conjunto de métodos que podem detectar padrões em dados de forma automática, utilizando esses padrões para projetar dados futuros ou desempenhar formas de tomada de decisões que pareçam naturais¹².

O aprendizado para que o sistema de IA possa aperfeiçoar o seu desempenho é dividido em três etapas: (i) supervisionado – quando a base de dados usada para treinamento recebe “anotações” de um especialista; (ii) não supervisionado – quando cabe ao sistema encontrar padrões em dados não anotados; e (iii) por reforço – quando acontece pela interação, maximizando sinais de bom desempenho”¹³.

A outra subárea da inteligência artificial é o *deep learning* ou aprendizado profundo da máquina. Trata-se de uma forma específica de *machine learning*, que está relacionado ao treinamento de redes neurais com muitas camadas de unidades. Essa tecnologia ganhou destaque e é muito utilizada em tarefas de reconhecimento

⁹TEIXEIRA, Tarcísio; CHELIGA, Vinícius. Inteligência Artificial: aspectos jurídicos. Salvador: Juspodivm, 2019. pág. 16.

¹⁰ PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. Inteligência Artificial e Direito. Curitiba: Alteridade, 2019. 149 pág. 20.

¹¹ PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. Inteligência Artificial e Direito. Curitiba: Alteridade, 2019. 149 pág. 32.

¹² PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. Inteligência Artificial e Direito. Curitiba: Alteridade, 2019. 149 pág. 88.

¹³ PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. Inteligência Artificial e Direito. Curitiba: Alteridade, 2019. 149 pág. 104.

visual de objetos e reconhecimento de discurso. A evolução do sistema de IA tem sido tímida pelo acesso de *datasets* e pelo poder de processamento dos novos computadores¹⁴.

É importante ressaltar que rede neural é um “tipo de sistema computacional inspirado pelas propriedades básicas de neurônios biológicos”, sendo que a sua composição dá-se “por muitas unidades individuais – conectadas por ligações direcionadas; cada qual recebe *inputs* de umas e envia *outputs* a outras, propagando a ativação da rede”¹⁵.

Por sua vez, Luan de Almeida Pontes, Germano Fenner, Igor Pimentel da Silva, Albano Oliveira Nunes, Alberto Sampaio Lima e Wagner Bandeira Andriola explicam que redes neurais “são sistemas de computação com nós interconectados que funcionam como neurônios do cérebro humano. Usando algoritmos, elas podem reconhecer padrões escondidos e correlações em dados brutos, agrupá-los e classificá-los, e – com o tempo – aprender e melhorar continuamente”¹⁶.

A utilização do *deep learning* ocorre em veículos autônomos ou sem motorista, reconhecimento facial e de objetos em fotografias e vídeos, compreensão e geração de linguagem natural em tradutores.

2 De que forma a IA está sendo utilizada nas relações de trabalho

O uso da inteligência artificial dá-se de diversas formas nas relações de trabalho. No presente artigo, não se analisará o uso da inteligência artificial para substituir a mão de obra do trabalhador, mas sim nos processos de contratação e na fiscalização dos trabalhadores.

Desse modo, uma das empresas líderes no uso de inteligência artificial é a Amazon que desenvolveu um sistema para revisar e buscar os melhores currículos

¹⁴ PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. *Inteligência Artificial e Direito*. Curitiba: Alteridade, 2019. 149 pág. 99.

¹⁵ PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. *Inteligência Artificial e Direito*. Curitiba: Alteridade, 2019. 149 p. 98.

¹⁶ PONTES, Luan de Almeida; FENNER, Germano; SILVA, Igor Pimentel da; NUNES, Albano Oliveira; LIMA, Alberto Sampaio; ANDRIOLA, Wagner Bandeira. *Inteligência de negócios: alinhando governança e mineração de dados*. Educação & Linguagem, Aracati, n. especial, fev. 2020. Ano 7. Disponível em: https://www.fvj.br/revista/wp-content/uploads/2020/02/2_REdLi_2020.ESPECIAL_1.pdf. Acesso em: 30 jun. 2020. Pg. 19.

de candidatos a empregos. A ferramenta atribuía aos candidatos pontuações – igual a avaliação feita pelos compradores nos produtos adquiridos na Amazon – de uma a cinco estrelas¹⁷.

Além disso, a Amazon usou um algoritmo para rastrear e demitir automaticamente centenas de funcionários de seu centro em Baltimore por não atenderem às metas de produtividade definidas pela empresa¹⁸. O algoritmo efetua o controle da duração das pausas e intervalos dos empregados por intermédio de uma métrica¹⁹.

Recentemente, a Amazon desenvolveu um sistema que já foi instalado em seus armazéns para controlar e fiscalizar o distanciamento entre as pessoas a fim de evitar a transmissão do COVID-19. O "Assistente de Distância" consiste em um sistema de câmeras com inteligência artificial que consegue diferenciar os arredores e calcular o espaço entre os empregados e pessoas presentes na empresa. O sistema ao constatar que as pessoas estão muito próximas dispara um sinal de alerta²⁰.

Empresas como Unilever, IBM, Dunkin e outras estão utilizando IA para analisar expressões faciais dos candidatos a emprego durante as entrevistas. O sistema coleta movimentos de seu rosto, avalia suas emoções e, com base nisso, consegue verificar a honestidade de suas respostas, determinando se sua personalidade é um bom perfil para a vaga de trabalho ofertada²¹.

A IBM desenvolveu e patenteou o "Programa de Atrito Preditivo", com base na plataforma Watson. O sistema prevê as probabilidades de saída de empregados e

¹⁷DASTIN, Jeffrey. **Amazon retira ferramenta secreta de recrutamento de IA que mostrou preconceito contra mulheres**. 2018. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G>> Acesso em: 28 jun. 2020.

¹⁸MARINERO, Ismael. Cuando la Inteligencia Artificial decide los despidos de una empresa o quién va a la cárcel. 2019. Disponível em: <<https://www.tuotrodiario.com/noticias/2019051681169/inteligencia-artificial-despidos-amazon/>>. Acesso em 20 mai. 2019.

¹⁹VOGEL, Friedemann. **Ser despedido por um robô? Não é o futuro: na gigante Amazon já acontece**. 2019. Disponível em: <<https://observador.pt/2019/04/26/ser-despedido-por-um-robo-nao-e-o-futuro-na-gigante-amazon-ja-acontece/#frame-331>>. Acesso em 03 mai. 2019.

²⁰NOGUEIRA, Luiz. Amazon utiliza inteligência artificial para monitorar distanciamento. 2020. Disponível em: <<https://olhardigital.com.br/noticia/amazon-utiliza-inteligencia-artificial-para-monitorar-distanciamento/102219>>. Acesso em 17 jun. 2020.

²¹ZETLIN, Minda. **AI Is Now Analyzing Candidates' Facial Expressions During Video Job Interviews**. 2018. Disponível em: <<https://www.inc.com/minda-zetlin/ai-is-now-analyzing-candidates-facial-expressions-during-video-job-interviews.html>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

determina ações para os gerentes engajarem a equipe. O sistema possui uma eficácia de 95%, acarretando, após a implantação da tecnologia, segundo cálculos da IBM, uma economia de US\$ 300 milhões com a retenção de funcionários²².

No Reino Unido, diversas empresas estão usando o sistema "Is aak" para examinar o comportamento dos empregados minuto a minuto, colhendo dados sobre quem envia o que, quem acessa e edita arquivos e quem encontra quem e quando. O sistema possibilita que os empregadores saibam quais trabalhadores são "influenciadores" ou "criadores de mudança", dando uma visão detalhada de como o comportamento afeta a produção.²³

A Google está sendo acusada por seus empregados de estar desenvolvendo uma nova ferramenta no navegador Google Chrome para vigiar as tentativas dos trabalhadores de organizar e discutir direitos trabalhistas. O sistema alertaria empregados que criassem um evento de calendário com mais de 10 salas ou 100 participantes o que facilitaria um maior controle, tendo em vista que nos últimos 18 meses houve reclamações sobre assédio sexual.²⁴

Na Estônia²⁵, o governo implantou um algoritmo que está ajudando os desempregados na busca por trabalho, definindo, dentro das habilidades de cada um, os melhores candidatos para as vagas em aberto. Desse modo, após 06 meses, 72% daqueles que são contratados pela indicação da IA permanecem no emprego. Isso representa um aumento de 14% de quando a contratação era feita por humanos.

Uma startup russo-britânica denominada BestFitMe desenvolveu uma rede neural em cascata capaz de traçar a personalidade das pessoas, utilizando-se apenas de fotografias de rostos humanos. O sistema de IA usou o modelo *Big Five*

²²ONLINE, Época Negócios. Inteligência artificial da IBM promete descobrir quem está prestes a pedir demissão. 2019. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/04/inteligencia-artificial-da-ibm-promete-descobrir-quem-esta-prestes-pedir-demissao.html>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

²³BOOTH, Robert. UK businesses using artificial intelligence to monitor staff activity. 2019. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2019/apr/07/uk-businesses-using-artificial-intelligence-to-monitor-staff-activity#img-1>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

²⁴GALLAGHER, Ryan. **Google Accused of Creating Spy Tool to Squelch Worker Dissent**. 2019. Disponível em: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-10-23/google-accused-of-creating-spy-tool-to-squelch-worker-dissent>>. Acesso em: 30 out. 2019.

²⁵SILVA, Rafael Rodrigues da. Estônia está desenvolvendo o primeiro "juiz robô" do mundo. 2019. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/inteligencia-artificial/estonia-esta-desenvolvendo-o-primeiro-juiz-robo-do-mundo-136099/>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

que descreve os cinco principais fatores da personalidade humana como sendo abertura para a experiência (openness to experience), conscienciosidade (conscientiousness), extroversão (extroversion), neuroticismo ou instabilidade emocional (neuroticism) e amabilidade (agreeableness)²⁶.

Por fim, uma empresa dos EUA, desenvolvedora do software Three Square Market, implantará microchips em 50 empregados para facilitar tarefas como abrir portas, acessar computadores, copiar documentos, compartilhar informações, efetuar pagamentos sem a necessidade de utilizar cartões de crédito ou smartphones e outras funções²⁷.

3. Os Direitos Fundamentais passíveis de violação pelo uso da Inteligência Artificial

No item anterior foi possível verificar os diversos benefícios trazidos pelo uso da inteligência artificial, sob a ótica do empregador dentro do seu poder diretivo e fiscalizatório (art. 2º da CLT) que exerce a sua atividade econômica em observância a livre iniciativa, liberdade econômica e a propriedade privada (art. 170 da CF/88). Por outro lado, na perspectiva do candidato ao emprego ou daquele que já é empregado, será que os direitos fundamentais estão sendo respeitados?

Para responder a indagação é importante ressaltar que conforme Ingo Wolfgang Sarlet os direitos fundamentais vinculam não só o Estado, mas também as relações entre os particulares, recebendo a denominação de eficácia privada, eficácia externa, eficácia em relação a terceiros ou horizontal²⁸. Além disso, a vinculação direta ou indireta dos direitos fundamentais entre particulares somente poderá ser estabelecida na análise do caso concreto, devendo-se observar os seguintes critérios:

²⁶ REDAÇÃO OLHAR DIGITAL. **Inteligência artificial consegue adivinhar personalidade de pessoas.** Disponível em: <<https://tecnologia.ig.com.br/olhar-digital/2020-05-22/inteligencia-artificial-consegue-adivinhar-personalidade-de-pessoas.html>> Acesso em: 23 mai. 2020.

²⁷ AGÊNCIA EFE. **Empresa dos EUA implantará chips nos funcionários para agilizar tarefas.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/empresa-dos-eua-implantara-chips-nos-funcionarios-para-agilizar-tarefas.ghtml>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 13. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. pág. 393.

a) poder-se-á sustentar que a concretização de determinadas normas de direitos fundamentais por intermédio do legislador ordinário leva a uma aplicação indireta da Constituição na esfera das relações privadas, no sentido de uma aplicação mediada pelo legislador, que, na edição das normas de direito privado, deve cumprir e aplicar os preceitos relativos aos direitos fundamentais; b) uma aplicação indireta da Constituição também se verifica quando o legislador ordinário estabeleceu cláusulas gerais e conceitos indeterminados que devem ser preenchidos pelos valores constitucionais, de modo especial os contidos nas normas de direitos fundamentais. Por derradeiro, estar-se-á em face de uma aplicação direta da Constituição quando inexistir lei ordinária concretizadora, não houver cláusulas gerais ou conceitos indeterminados aplicáveis à espécie ou mesmo quando o seu campo de aplicação for mais restrito do que o das normas constitucionais²⁹.

A utilização da IA pode causar a violação de alguns direitos fundamentais dos trabalhadores, tais como a dignidade humana (art. 1º, III, da CF/88), não-discriminação baseada em sexo, origem racial ou étnica, religião ou crença, estado civil, situação familiar, deficiência, idade ou orientação sexual (art. 3º, IV, art. 5º, *caput*, art. 7º, XXXI, da CF/88 e Lei 9.029/95), proteção de dados pessoais (LGPD e ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393³⁰), a privacidade e intimidade (Art. 5, X e XII, da CF/88, art. 21 do CC e Lei 12.965/2014).

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. pág. 39.

³⁰ A Constituição Federal de 1988 não traz expressamente a proteção de dados como um direito fundamental. Tanto é verdade que existe a PEC 17/2019 que visa incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Apesar disso, no julgamento das ADIs 6387, 6388, 6389, 6390 e 6393 o STF reconheceu a proteção de dados comum um direito fundamental. O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida para suspender a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020 no caso envolvendo o compartilhamento de dados de usuários de telefonia com o IBGE. Cf. STF. Supremo começa a julgar compartilhamento de dados de usuários de telefonia com o IBGE. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442823#:~:text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Supremo%20Tribunal,compartilhamento%20de%20dados%20de%20usu%C3%A1rios>. Acesso em: 30 jun. 2020. [...] **“Proteção constitucional** A ministra Rosa Weber, após as manifestações das partes e dos interessados na causa, reiterou as razões apresentadas na concessão das medidas liminares. Ela observou que as informações previstas na MP, relacionadas à identificação de pessoa natural, configuram dados pessoais e integram o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais que asseguram a liberdade individual, a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade. Desse modo, sua manipulação e seu tratamento devem observar os limites delineados

Ressalta-se que intimidade e vida privada são conceitos diferentes, conforme Regina Linden Ruaro e Eugênio Hainzenreder Junior:

“Efetivamente, tanto a vida privada quanto a intimidade podem ser vistas, em sentido amplo, como o direito ao resguardo, visto que englobam fatos particulares do indivíduo que não merecem ser tornados públicos. Portanto, as circunstâncias que compreendem os dois acontecimentos, em tese, englobariam a proteção do mesmo bem jurídico: o recato (ou resguardo). Todavia, conforme já mencionado, a Carta Magna atual, em que pese conceder o mesmo grau de importância jurídica, tratou referido bem de forma apartada, pois declarou inviolável a intimidade e a vida privada. Ambos os conceitos apresentam grande interligação, porém, diferenciam-se por ser o primeiro menos amplo que o segundo, encontrando-se, assim, no âmbito de incidência deste. Dessa maneira, pode-se afirmar que a “intimidade” envolveria fatos mais particulares da pessoa, inserindo-se no gênero “vida privada”, que compreenderia todos os fatos que o indivíduo não deseja tornar público.

A intimidade diz respeito às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade; a vida privada envolve um campo maior, englobando os demais relacionamentos humanos, inclusive as relações comerciais, de trabalho, de estudo, entre outros.”³¹

As normas mencionadas acima poderão incidir no caso concreto, pois existe um risco que decorre de falhas no projeto geral de sistemas de IA (inclusive no que

pela proteção constitucional. **Falta de definição.** Segundo a relatora, a MP não delimita o objeto da estatística a ser produzida, a finalidade específica e a sua amplitude. Igualmente não esclarece a necessidade de fornecimento dos dados nem como serão efetivamente utilizados. A seu ver, também não é possível extrair do texto que a estatística a ser produzida tenha relação com a pandemia apontada como justificativa para sua edição. “Ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a norma não oferece condições para a avaliação da sua adequação e necessidade. Desatende, assim, a garantia do devido processo legal”, disse. **Garantias fundamentais.** Outro ponto assinalado pela ministra é que a medida provisória não apresenta mecanismo técnico ou administrativo para proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida. Dessa forma, não satisfaz as exigências da Constituição em relação à efetiva proteção de direitos fundamentais. Ela ressaltou que, embora não se possa subestimar a gravidade da crise sanitária nem a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para seu enfrentamento, o seu combate, todavia, “não pode legitimar o atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição”.

³¹ RUARO, Regina Linden; HAINZENREDER JUNIOR, Eugênio. Proteção da privacidade no contrato de trabalho: da normatização legal a situações de conflitos. EJLL, Joaçaba, v. 16, n. 2, 2015. Jul/dez, pág. 606-607.

se refere à supervisão humana) ou do uso de dados sem corrigir possível viés (por exemplo, o sistema é treinado usando apenas ou principalmente dados de homens levando a resultados abaixo do ideal em relação às mulheres).

No sistema da Amazon, utilizado para escolher currículos de candidatos a emprego, verificou-se que o programa foi alimentado por informações de alguns anos atrás e que já não correspondiam à realidade atual do mercado de trabalho. Ou seja, há dez anos havia um predomínio de homens na indústria da tecnologia e o sistema de IA, ao ser desenvolvido, recebeu treinamento com informações que acabavam discriminando e excluindo do certame o currículo de mulheres³².

Há também a hipótese em que o empregador pode de forma deliberada programar ou adquirir um sistema de IA para fiscalizar e controlar o empregado. São exemplos o "Programa de Atrito Preditivo", com base na plataforma *Watson* da IBM, a nova ferramenta no navegador Google Chrome e o sistema "*Is aak*" utilizado no Reino Unido.

O poder fiscalizatório do empregador com auxílio da IA pode revelar informações da vida privada do empregado. O sistema de IA por vídeo, por foto e controle daquilo que se acessa na internet revelam traços da personalidade do empregado. Além disso, a IA aumenta as possibilidades de rastrear e analisar os hábitos diários das pessoas. Por exemplo, existe o risco potencial de que a IA possa ser usada para vigilância pelos empregadores, violando a proteção de dados, com intuito de observar como os funcionários comportam-se.

Desse modo, qual seria o limite do poder diretivo e de fiscalização do empregador frente aos direitos fundamentais do empregado?! Para a doutrina, esse limite seria a "segurança na regular marcha da atividade empresária"³³.

Assim, considerando que os empregadores estão a cada dia utilizando a IA para gerir os seus negócios e fiscalizar os seus empregados, faz-se necessário uma regulação específica sobre o assunto para evitar abusos e violação aos direitos

³² DASTIN, Jeffrey. **Amazon retira ferramenta secreta de recrutamento de IA que mostrou preconceito contra mulheres**. 2018. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G>> Acesso em: 28 jun. 2020.

³³ RUARO, Regina Linden; HAINZENREDER JUNIOR, Eugênio. Proteção da privacidade no contrato de trabalho: da normatização legal a situações de conflitos. *EJL*, Joaçaba, v. 16, n. 2, 2015. Jul/dez, pág. 611-612.

fundamentais.

4 Propostas de Regulação da Inteligência Artificial no Brasil

Existem 03 (três) Projetos de Lei tramitando no Congresso Nacional sobre a regulação da inteligência artificial no Brasil: PL nº 5.051/2019³⁴, PL nº 1.091/2019³⁵ e PL nº 21/2020³⁶.

O Projeto de Lei nº 5.051/2019, de autoria do Senador Styvenson Valentim, busca estabelecer “os princípios para o uso da inteligência artificial no Brasil” (art. 1º). Em sua justificativa, afirma que a norma proposta não busca “frear o avanço da tecnologia, mas assegurar que esse desenvolvimento ocorra de modo harmônico com a valorização do trabalho humano, a fim de promover o bem-estar de todos” e o desenvolvimento econômico. Para tanto, o artigo 2º elenca 05 (cinco) orientações a serem preservadas:

- 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;
- e
- V – a supervisão humana.

Dessarte, no art. 4, §1º, do Projeto de Lei nº 5.051/2019 existe previsão de que os “sistemas decisórios baseados em inteligência artificial serão, sempre, auxiliares à tomada de decisão humana”, sendo que a interferência e supervisão deverão ser “compatível com o tipo, a gravidade e as implicações” do que se está sendo realizado.

³⁴ BRASIL, Projeto de Lei nº 5051, de 2019. Brasília, Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790> (19.11.2019).

³⁵ BRASIL, Projeto de Lei nº 1.091, de 2019. Brasília, Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192959> (19.11.2019).

³⁶ BRASIL, Projeto de Lei nº 21, de 2020. Brasília, Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236340> (05.04.2020).

Tal norma é justificada no projeto para garantir a “necessária segurança, evitando que eventuais equívocos do sistema automatizado provoquem consequências indesejada”. Por consequência, no §2º do art. 4 há a previsão de que “a responsabilidade civil por danos decorrentes da utilização de sistemas de Inteligência Artificial será de seu supervisor” humano.

No art. 5º do Projeto de Lei nº 5.051/2019 são estabelecidas “as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da Inteligência Artificial no Brasil”:

- I – a promoção da educação para o desenvolvimento mental, emocional e econômico harmônico com a Inteligência Artificial;
- II – a criação de políticas específicas para proteção e para qualificação dos trabalhadores;
- III – a garantia da adoção gradual da Inteligência Artificial;
- IV – a ação proativa na regulação das aplicações de Inteligência Artificial.

O segundo Projeto de Lei tramita na Câmara dos Deputados e é de autoria do Deputado Federal Wolney Queiroz. O Projeto de Lei nº 1.091/2019 é composto de quinze artigos e tem como objetivo principal regulamentar o disposto no inciso XXVII do artigo 7º da CF/88 que “estabelece o direito de o trabalhador urbano e rural ter ‘proteção em face da automação, na forma da lei’”.

A automação, é definida no §1º do artigo 1º como o “método pelo qual se utilizem quaisquer equipamentos, mecanismos, processos ou tecnologias para realização de trabalho, ou para seu controle, com reduzida ou nenhuma interferência humana”.

Na justificativa do Projeto de Lei nº 1.091/2019 afirma-se que:

Os avanços tecnológicos, a robótica e a inteligência artificial são realidades atuais e que estão sendo implementadas paulatinamente nas empresas, trazendo para os trabalhadores os riscos do desemprego, adoecimento e acidentes decorrentes da inabilidade para tratar com esses novos horizontes tecnológicos.

A globalização econômica trouxe consigo não apenas o aumento da competitividade, mas, também, as novas tecnologias, o desemprego e o aumento da desigualdade social principalmente nos países menos desenvolvidos e que não ocupam um capitalismo de ponta.

É dever do Estado e da sociedade garantir a diminuição da desigualdade social e o direito ao trabalho com saúde e segurança. [...]

Portanto, apresento este projeto para regulamentar o art. 7º, XXVII, da CF/88, a fim de garantir a efetividade da proteção do trabalhador em face da automação, resguardando os princípios da dignidade humana, valorização do trabalho e a cidadania, todos previstos na Constituição Federal, sendo essencial para o desenvolvimento e restabelecimento da igualdade social."

O terceiro Projeto de Lei já foi aprovado na Câmara dos Deputados e teve como autor o Deputado Eduardo Bismark. O Projeto de Lei nº 21/2020 "estabelece os princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil". Dessa maneira, o artigo 4º traz como fundamentos:

- I - o desenvolvimento tecnológico e a inovação;
- II - a livre iniciativa e a livre concorrência;
- III - o respeito aos direitos humanos e aos valores democráticos;
- IV - a igualdade, a não discriminação, a pluralidade e o respeito aos direitos trabalhistas; e
- V - a privacidade e a proteção de dados.

Os objetivos do uso da inteligência artificial estão no art. 5º, devendo ser ressaltada a (i) pesquisa e desenvolvimento ético e livre de preconceito; (ii) competitividade, aumento da produtividade e melhoria na prestação dos serviços públicos; (iii) redução das desigualdades sociais; (iv) reforçar a capacidade humana e preparar a transformação do mercado de trabalho e (v) cooperação internacional e adesão a padrões técnicos globais.

O art. 6º aponta quais são os princípios para uso responsável da inteligência artificial: (i) a finalidade para buscar resultados benéficos às pessoas e ao planeta;

(ii) centralidade no ser humano; (iii) não discriminação; (iv) transparência e explicabilidade; (v) segurança e (vi) responsabilidade e prestação de contas.

Assim sendo, verifica-se que o Projeto de Lei 5.051/2019 e Projeto de Lei nº 21/2020 estão mais preocupados em regular o uso e as consequências dos sistemas de inteligência artificial, enquanto o Projeto de Lei 1.091/2019 busca assegurar o emprego em face dos avanços da automação. Por outro lado, constata-se nos três Projetos de Lei analisados que há um interesse dos parlamentares para que a inteligência artificial seja desenvolvida e utilizada para beneficiar o ser humano, tornando o planeta sustentável. Entretanto, os efeitos da inteligência artificial e as consequências das novas tecnologias são uma preocupação mundial e sua regulação deve ser global para que haja um equilíbrio na competitividade entre os países, sob pena de agravar as diferenças econômicas, culturais e sociais.

Conclusão

O uso da inteligência artificial traz enormes benefícios para a sociedade, mas também pode tornar os cidadãos vulneráveis. O uso de sistemas de IA será cada vez mais trivial no dia-a-dia e, para a sua perfeita implantação, é de fundamental importância para sua aceitação que os usuários do produto possam confiar nele.

Diante disso, a regulação da IA no seu desenvolvimento e uso deve ser fundada nos valores e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, tendo como respeito a dignidade da pessoa humana, não-discriminação, intimidade, privacidade e a proteção de dados.

O empregador não poderá utilizar sistemas de IA para capturar dados e informações sobre o empregado que não tenham qualquer relação com o contrato de emprego. Por outro lado, deverá existir uma previa comunicação do empregador para com o empregado quando houver a coleta imagens e dados explicando a finalidade do ato.

Referências

DASTIN, Jeffrey. **Amazon retira ferramenta secreta de recrutamento de IA que mostrou preconceito contra mulheres**. 2018. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scrap-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G>> Acesso em: 28 jun. 2020.

EUROPEAN COMMISSION (Brussels). White Paper on Artificial Intelligence: A European approach to excellence and trust. 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf. Acesso em: 20 fev. 2020.

MARINERO, Ismael. **Quando la Inteligencia Artificial decide los despidos de una empresa o quién va a la cárcel**. 2019. Disponível em: <<https://www.tuotrodiario.com/noticias/2019051681169/inteligencia-artificial-despidos-amazon/>>. Acesso em 20 mai. 2019.

MATHESON, Rob. President Reif calls for federal funding, focused education to address "opportunity and threat" of AI. 2019. MIT News Office. Disponível em: <http://news.mit.edu/2019/president-reif-oped-federal-opportunity-and-threat-ai-0211>. Acesso em: 22 jun. 2020.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. **Inteligência Artificial e Direito**. Curitiba: Alteridade, 2019. 149 p.

PONTES, Luan de Almeida; FENNER, Germano; SILVA, Igor Pimentel da; NUNES, Albano Oliveira; LIMA, Alberto Sampaio; ANDRIOLA, Wagner Bandeira. Inteligência de negócios: alinhando governança e mineração de dados. **Educação & Linguagem**, Aracati, n. especial, p. 13-22, fev. 2020. Ano 7. Disponível em: https://www.fvj.br/revista/wp-content/uploads/2020/02/2_REdLi_2020.ESPECIAL_1.pdf. Acesso em: 30 jun. 2020.

REDAÇÃO OLHAR DIGITAL. **Inteligência artificial consegue adivinhar personalidade de pessoas**. Disponível em: <<https://tecnologia.ig.com.br/olhar-digital/2020-05-22/inteligencia-artificial-consegue-adivinhar-personalidade-de-pessoas.html>> Acesso em: 23 mai. 2020

RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. **Inteligencia Artificial: Un enfoque moderno**. 2. ed. Madrid: Pearson Educación, 2004. Traducción: Juan Manuel Corchado Rodríguez.

SHABBIR, Jahanzaib; ANWER, Tarique. Artificial Intelligence and its Role in Near Future. 2015. **Journal of Latex Class Files**, Vol. 14, Nº. 8, August 2015. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/1804.01396.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2020.

TEIXEIRA, Tarcísio; CHELIGA, Vinícius. **Inteligência Artificial: aspectos jurídicos**. Salvador: Juspodivm, 2019. 112 p.

VOGEL, Friedemann. **Ser despedido por um robô? Não é o futuro: na gigante Amazon já acontece**. 2019. Disponível em: < <https://observador.pt/2019/04/26/ser-despedido-por-um-robo-nao-e-o-futuro-na-gigante-amazon-ja-acontece/#frame-331>>. Acesso em 03 mai. 2019.

RUARO, Regina Linden; HAINZENREDER JUNIOR, Eugênio. **Proteção da privacidade no contrato de trabalho: da normatização legal a situações de conflitos**. EJJL, Joaçaba, v. 16, n. 2, p. 601-634, 2015. Jul/dez.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 515 p.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. São Paulo: Edipro, 2016. 159 p. Tradução Daniel Moreira Miranda.

ZETLIN, Minda. **AI Is Now Analyzing Candidates' Facial Expressions During Video Job Interviews**. 2018. Disponível em: < <https://www.inc.com/minda-zetlin/ai-is-now-analyzing-candidates-facial-expressions-during-video-job-interviews.html>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E NOVAS TECNOLOGIAS



<https://doi.org/10.36592/9786581110819-02>

*Fábio Romeu Canton Filho*¹

Sumário

1 Igualdade e isonomia; 2 Inteligência Artificial e exclusão; 3 Internet e novos direitos; 4 Justiça, tecnologia e pandemia; Referências

1 Igualdade e isonomia

Dispõe o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ...”.

A igualdade mereceu especial relevo por parte do constituinte de 1988, que iniciou o tratamento dos direitos e garantias fundamentais, destacando o princípio da isonomia. É o que se verifica desde logo no *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal, acima transcrito.

O princípio da isonomia, a igualdade perante a lei, não é novidade em nosso direito. Ao contrário, já constava de textos constitucionais anteriores: art. 153, § 1º, da EC nº 1, de 1969; art. 150, § 1º, da Constituição de 1967; art. 141, § 1º, da Constituição de 1946; art. 122, inciso 1º, da Constituição de 1937; artigo 113, inciso 1, da Constituição de 1934; art. 72, § 2º, da Constituição de 1891 e art. 179, inciso XIII, da Constituição do Império.

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e em Direito Penal Econômico pela Universidade Castilla-La Mancha – Toledo – Espanha. Phd em Criminal Law pela Thomas Jefferson School of Law – San Diego – Califórnia – USA. Professor Permanente do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito do UniFMU. Ex-Presidente da CAASP - Caixa de Assistência dos Advogados de São Paulo e Ex-Vice-presidente da OAB/SP.

O princípio da isonomia assume fundamental importância, em especial nos estados democráticos, o que já era reconhecido pelos gregos.

Foi o anseio pela igualdade, aliás, a mola propulsora da revolução política europeia no século XVIII, em face da desigualdade decorrente da divisão de classes e os privilégios da monarquia e da igreja em detrimento do povo².

O texto constitucional, é relevante salientar, trata da igualdade perante a lei e não da igualdade de condições, traduzida no princípio da isonomia. Previsão semelhante está contida na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que em seus artigos 1º e 6º, reconhecendo o princípio da isonomia, afirma que todos nascem e são livres e iguais em direitos, e que a lei deve ser a mesma para todos³.

A interpretação literal de *igualdade perante a lei*, pode levar à conclusão de mera isonomia formal, sem considerar, de outro lado, as distinções de grupos. O *caput* do art. 5º, da Constituição Federal, entretanto, deve ter uma interpretação mais ampla, em conjunto com outros dispositivos constitucionais e com as exigências de justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social.⁴

A igualdade perante a lei, portanto, não inibe e nem pretende inibir desigualdades, mas as admite apenas em razões de diferenças resultantes de aptidões pessoais. Vale dizer, eventuais desigualdades não podem resultar de sexo, raça ou convicções políticas ou religiosas⁵.

Por outro lado, a isonomia não é absoluta e nem poderia ser. O que se pretende com a igualdade perante a lei é a justiça e, para tanto, deve haver tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais.

Não que isso resolva por completo a questão, pois permanece a dificuldade de se aferir os iguais e os desiguais. Isso porque, de um modo ou de outro, mesmo que minimamente, todos são diferentes entre si, restando apurar as diferenças

² FERREIRA FILHO, Manoel. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 26.

³ FERREIRA FILHO, Manoel. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 27.

⁴ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 209.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 26.

relevantes e as irrelevantes.⁶

De qualquer modo, há aqueles que, em função de sua situação, encontram-se naturalmente mais fragilizados e em posição desigual em relação a outros. Em tais situações a lei estabelece tratamento desigual, justamente para que se possa ter igualdade.

É o que ocorre, por exemplo, com o consumidor hipossuficiente. Não obstante de o princípio da isonomia gerar reflexos no Processo Civil, conforme o disposto no artigo 125, I, do Código de Processo Civil, pelo qual o juiz deve dispensar tratamento igualitário para as partes, o magistrado pode, em circunstâncias como a apontada e reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor, inverter o ônus da prova em seu favor.

Assim, a lei trata de forma desigual a parte economicamente mais fraca, para que a desigualdade seja mitigada, o que é possível, tendo em vista que a igualdade no sentido de garantia constitucional fundamental significa igualdade real, que não subsistiria sem o direito,⁷ e não apenas formal.⁸

Cumpra salientar que não apenas o legislador se submete ao princípio da isonomia, mas também o aplicador da lei. Emerge daí a relevância do princípio da igualdade jurisdicional pelo qual o juiz, ao aplicar a lei, não pode estabelecer distinções entre situações iguais, assim como é defeso ao legislador criar leis que permitam ao judiciário estabelecer tratamento igual para os desiguais ou tratamento desigual para os iguais.⁹⁻¹⁰⁻¹¹

⁶ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, 2º vol.* São Paulo: Saraiva, 2001, p. 10.

⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional; direitos fundamentais.* Coimbra: Coimbra, 2000, t. 4, p. 226.

⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Constituição Federal e legislação constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 128.

⁹ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo: Malheiros, 1994, p. 212.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* Coimbra: Almedina, 1998, p. 388-389.

¹¹ SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.* Org. e Intr. Leonardo Martins. Trad. Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideo: Konrad – Adenauer – Stiftung, 2005, p. 320.

Também o particular é atingido pela igualdade. O cidadão, portando, tem o direito de não ser diferenciado por outros particulares nas mesmas situações em que a lei também não poderia diferenciar.¹²

Em suma, o princípio da isonomia não afasta o tratamento desigual em situações específicas e excepcionais. Há que se ressaltar, entretanto, que o tratamento desigual deve ser criterioso, especialmente considerando que a lei é resultado de exercício político, do que podem resultar distorções ensejadoras de tratamento desigual para situações não desiguais, o que ocorre quando se estabelece privilégios ou prerrogativas que favorecem determinadas categorias em detrimento de outras¹³. Em situações tais será a lei inconstitucional.

Vejamos agora alguns reflexos das novas tecnologias que podem, em maior ou menor grau, afetar direito fundamental.

Novas tecnologias

O sistema criminal dos Estados Unidos utiliza um algoritmo chamado Compas em algumas situações, como para auxiliar juízes na hora de decidir se um réu deve permanecer encarcerado ou aguardar julgamento em liberdade. O programa esmiúça o histórico do acusado, compara-o com o de outros e lhe confere uma pontuação levando em conta, entre outros fatores, o número de vezes em que foi abordado ou detido pela polícia. Importante ajuda tecnológica, mas também responsável pela prisão de negros em número muito maior do que brancos.

O professor Lenio Streck escreveu que devemos tomar cuidado para que a tecnologia não se transforme em uma ferramenta que se volte contra o cidadão e a cidadania. Eis suas palavras: "A descoberta do átomo é fantástica. A manipulação desse produto do *homo technologicus* é que é o problema".¹⁴

¹² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, 2º vol.* São Paulo: Saraiva, 2001, p. 10.

¹³ CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição 1988*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 99.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Apresentação*, in *O Impacto das Novas Tecnologias nos Direitos Fundamentais*. Narciso Leandro Xavier Baez, Vinícius Almada Mozetic, Nuria Bellosso Martibs, Helena Nadal Sánchez (org.). Joaçaba: Unoesc, 2018, p. 7.

Talvez não exista face social tão exposta a riscos e exclusões tecnológicas quanto o acesso à Justiça. Conforme Igor Raatz e Natascha Anchieta¹⁵ “apesar da evidente dificuldade em se definir a expressão ‘acesso à Justiça’, pode-se dizer, com lastro na obra seminal de Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁶, que ela serve para determinar duas finalidades básicas do sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob a proteção do Estado: que o sistema deve ser igualmente acessível a todos e que ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.

Um dos temores de Streck, Raatz e Anchieta é que o avanço que as tecnologias trazem ao processo em termos de velocidade signifique sua desumanização. Além disso, a falta de uniformidade em procedimentos nos diversos tribunais da Federação representa um entrave para a atuação dos advogados, que têm de se adaptar a portais diferentes.

É preciso ter em mente que a Justiça deve ser organizada não para uma sociedade abstrata, mas para pessoas com peculiaridades sociais, políticas, econômicas e culturais, daí ser questionável se a informatização crescente (e indiscriminada) do Judiciário e o uso de novas tecnologias não acabam por constituir um retrocesso no acesso à Justiça.

A Inteligência Artificial no exercício da advocacia, profissão indissociável da cidadania, adquire relevância cada vez maior nas chamadas “causas de massa”, aquelas que abrangem grande número de pessoas com pleitos semelhantes. E sua eficácia é inquestionável. Mas há que se diferenciar processos mecânicos de processos humanos. Sempre que um processo exigir humanidade – e o processo criminal é o melhor exemplo –, estará fora da categoria de massa, conterà elementos subjetivos, exigirá contextualização social e ambiental. Terá de ser operado por seres humanos.

¹⁵ RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natasha. *Acesso à justiça e novas tecnologias, in O Impacto das Novas Tecnologias nos Direitos Fundamentais*. Narciso Leandro Xavier Baez, Vinícius Almada Mozetic, Nuria Belloso Martibs, Helena Nadal Sánchmez (org.). Joaçaba: Unoesc, 2018, p. 340.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 8.

No Judiciário brasileiro, a Inteligência Artificial está presente há algum tempo. O Tribunal de Justiça de Pernambuco utiliza o robô Elis para triagem de processos de execução fiscal. Em Minas Gerais, o Tribunal de Justiça conta com o programa Radar para que magistrados localizem casos repetitivos e os agrupem. Já no Rio Grande do Norte, o robô Poti ajuda o Tribunal de Justiça em execuções fiscais e penhora de bens – um servidor costuma executar 300 ordens de bloqueio em um mês, o Poti leva 35 segundos para fazer o mesmo serviço.

Trata-se de um avanço? Sem dúvida, mas também desenha uma realidade assustadora e perigosa. Robôs não se comovem com a realidade social, e aquilo que o Compas acarreta nos Estados Unidos deveria servir de alerta.

2 Inteligência Artificial e exclusão

Na obra econômica mais relevante do Século XXI até aqui, Thomas Piketty¹⁷ demonstra como o berço define o futuro das pessoas mais do que quaisquer outros fatores. É cada vez mais difícil mudar de classe social, a não ser na direção descendente. Segundo Mathias Risse, a Inteligência Artificial reforça essa tendência.

Escreveu Risse:

Produtores de Inteligência Artificial são fornecedores cada vez mais caros de tecnologia. Recentemente, aprendemos com Walter Scheidel que, historicamente, reduções substanciais na desigualdade só ocorreram em resposta a calamidades como epidemias, colapsos sociais, desastres naturais ou guerra. Caso contrário, é difícil reunir vontade política efetiva de mudança¹⁸.

Logo no início da pandemia de coronavírus a tecnologia já demonstrava o seu poder pró-humanidade, e o quanto ela pode ser fator de inclusão social ou de exclusão, a depender do ângulo do qual se olhe – isso, mesmo no Brasil. Uma empresa de Recife (PE), a In Loco, construiu um algoritmo que permite às autoridades

¹⁷ PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2013.

¹⁸ RISSE, Mathias. *Direitos humanos e inteligência artificial: uma agenda urgentemente necessária*. In: Revista Publicum, v. 4, n. 1. Rio de Janeiro, 2018, p. 29.

avisar os cidadãos quanto estiverem no mesmo local em que se encontra alguma pessoa infectada, orientando-os sobre como proceder em seguida (se a tecnologia foi adotada pelos gestores públicos em todo seu potencial, é outro debate).

Outra empresa, a CyberLabs, do Rio de Janeiro, desenvolveu tecnologia para orientar o isolamento social na pandemia. Câmeras públicas e particulares – em shoppings, restaurantes, academias – fotografavam e contavam as pessoas que transitavam em determinado lugar e enviava os dados à Prefeitura (também neste caso não se tem notícia se o Poder Público tirou o proveito sanitário que a tecnologia da CyberLabs poderia proporcionar).

Não se tome o avanço tecnológico como doença ou remédio social, portanto. Embora a evolução das tecnologias não tenha sido benéfica para todas as pessoas, certamente o foi – ou virá a ser – para a humanidade como um todo. Ou não? Assim ponderou Risse:

É possível que haja tantos empregos que aqueles que desenvolvem, supervisionam ou usam tecnologia de forma inovadora, assim como profissões criativas que não podem ser deslocadas, acabarão superando os que perdem empregos para a Inteligência Artificial. Mas o apego a essa esperança seria ingênuo, porque pressupõe uma revisão radical do sistema educacional para tornar as pessoas competitivas. Alternativamente, poderíamos esperar por alguma combinação de criação de empregos, menor jornada de trabalho para que os empregos possam ser compartilhados, mas também salários mais altos para que as pessoas possam ter uma vida decente¹⁹.

A preocupação de Risse, que leciona nas áreas de Filosofia e Políticas Públicas na Universidade Harvard e é autor de “On Global Justice” e “Global Political Philosophy”, é quanto à possibilidade de a Inteligência Artificial forçar uma expansão tecnológica que deixe milhões de excluídos, incapazes de se inserirem no mercado.

Alertou o professor Risse:

¹⁹ Ob. cit., pág. 29.

Quando a riqueza era determinada pela propriedade da terra, os ricos precisavam de descanso porque o ponto de propriedade da terra era cobrar o aluguel. Quando a riqueza era determinada pela propriedade das fábricas, os proprietários precisavam do resto para trabalhar nas máquinas e comprar coisas. Mas aqueles que estão do lado perdedor da divisão tecnológica podem não ser mais necessários²⁰.

3 Internet e novos direitos

Canotilho ²¹ já enxergava aberturas constitucionais que dão vazão aos chamados “direitos materialmente fundamentais” em oposição aos “direitos fundamentais formalmente constitucionais”. Assim, o fato de a Constituição Federal transcorrer mediante direitos formalmente estabelecidos não impede que outros direitos sejam deduzidos através de uma análise sistêmica dos próprios dispositivos da Constituição.

Segundo Guilherme Damásio Goulart²²,

a inclusão de novos direitos no rol dos direitos fundamentais é possível, no ordenamento brasileiro, por meio de análise do Parágrafo Segundo do Artigo 5º da Constituição Federal. Ele estabelece uma abertura à abrangência de novos direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Pelo raciocínio de Goulart, se o mundo virtual é reprodução do mundo real e se a internet é meio de propagação de conteúdos e discursos, torna-se necessária a proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos em seu ambiente. Os marcos legais têm essa finalidade.

Escreveu Goulart:

²⁰ Ibidem, p. 30.

²¹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

²² GOULART, Guilherme Damásio. *O impacto das novas tecnologias nos direitos humanos e fundamentais: o acesso à internet e a liberdade de expressão*. In: *Redesg - Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, v. 1, n. 1. Santa Maria, 2012, p. 152.

Ao mesmo tempo que a tecnologia amplia o rol de direitos a serem protegidos, a sua privação enseja a supressão de direitos. Se o direito à educação formal é um requisito para o acesso ao conhecimento e à cultura, o acesso às novas tecnologias passa a ser um requisito de igual importância²³.

O autor cita Jack Balkin para destacar que

A revolução digital permite a ampliação da participação cultural de forma mais abrangente do que as tecnologias de rádio e televisão proporcionaram no passado. Mas, ao mesmo tempo, há a possibilidade de limitação e controle dessa participação pelas próprias tecnologias.²⁴

Nesse ponto o debate invoca o conceito de liberdade de expressão, tão em voga e tão mal interpretado. Expressar-se na internet, ou fora dela, é um direito que não contempla, por exemplo, incitação a crimes.

Importante lembrar, como faz Goulart, que antes da internet e da chamada revolução informacional a liberdade de manifestação e publicação de conteúdos baseava-se na propriedade dos meios de comunicação de massa – redes de TV, rádio, jornais. Esse fato atrelava a liberdade (falsa) de expressão a preferências políticas e ideológicas e, principalmente, a interesses econômicos. Diante disso, pode-se afirmar seguramente que a internet libertou e pluralizou.

Goulart escreveu:

Em países onde não há meios de comunicação independentes, a internet, por meio das plataformas colaborativas e das redes sociais, contribui para a ampla divulgação de fatos e para o progresso como um todo. É possível afirmar que a liberdade de expressão permite e habilita o exercício de outros direitos humanos. Trata-se não apenas de um direito individual, mas um direito de composição coletiva, com reflexos importantes para a coletividade.²⁵

²³ Ibidem, p. 153.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem, p.154.

Diversos autores compreendem o acesso à internet como um direito fundamental composto de duas frentes: um direito de defesa (quanto à proteção de dados) e um direito contra o Estado e particulares (liberdade de expressão), o que nos parece correto e até mesmo óbvio. Igualmente relevante é o papel da rede quanto à transparência das instituições públicas.

A Lei de Acesso à Informação estabelece que os órgãos públicos utilizarão a internet tanto para publicação de dados quanto para recolhimento de informações:

É possível perceber, diante disto, que o próprio Inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal consegue ser melhor exercido com o uso da internet, o que justifica, entre outros tantos motivos, o acesso à internet como direito fundamental. Como todos os órgãos disponibilizam informações e recolhem solicitações por meio da internet, quem não possui acesso à internet não possui também acesso a tais informações²⁶

O Marco Civil da Internet, em seu artigo 2º, reconhece como um dos fundamentos do uso da rede os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais. No artigo 4º está prevista a promoção do direito de acesso à internet para todos e a promoção do próprio acesso à informação e ao conhecimento. O artigo 6º reforça o acesso à internet como um direito humano, enquanto o artigo 7º afirma que “o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania”.

4 Justiça, tecnologia e pandemia

Promovido em 2020 pela Skema Business School, o I Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial nos traz visões importantes sobre direitos fundamentais e avanços tecnológicos, foco destes apontamentos.

Em livro resultante do evento os professores Vial, Oliveira Júnior e Milanez consignaram que:

²⁶ Ibidem, p.157.

fato público e notório ocorre, na medida em que o mundo vem atravessando um dos períodos mais críticos da História, a pandemia de Covid-19. Neste momento, a tecnologia tem auxiliado, em muito, a sociedade no desenvolvimento de suas atividades cotidianas – e isso não se questiona. A sociedade teve que se reinventar. Essa reinvenção decorre do fato de que muitos trabalhos que eram desenvolvidos presencialmente passaram a sê-lo de forma remota. Assim, a tecnologia teve um papel fundamental nessa estratégia.²⁷

Estaria, portanto, tudo muito bem resolvido não fosse a já mencionada questão do acesso, que pode ser fator tanto de inclusão quanto de exclusão, constituindo o mais eloquente paradoxo da tecnologia. No Judiciário, o problema é evidente: as audiências não foram pensadas para acontecer de forma remota, ou o juiz não precisa “sentir” as partes para solucionar um litígio? Na medida em que se adota a tecnologia para solução de contendas judiciais, exige-se maior democratização da tecnologia.

Do mesmo livro do já citado congresso internacional, extrai-se que é preciso compreender que estar em audiência frente a frente com a parte adversa e com o magistrado faz com que determinadas situações possam ser esclarecidas. Um olhar desviante que não encara o magistrado, uma forma de falar que gagueja, um suor excessivo nas mãos e um completo movimentar de mãos podem descrever estresse acima da medida e, por consequência, que aquela situação não parece confortável.²⁸

O corpo fala, é o que pretende transmitir o trecho acima. A tecnologia não leva, ainda, o corpo para ali ou acolá. Ela projeta sua imagem. Não é a mesma coisa.

Estamos experimentando intensas transformações tecnológicas, em grande medida precipitadas pela pandemia do Covid-19, e seus reflexos, nada obstante alguns já identificados, são ainda um desafio para os que pensam os destinos da humanidade. Assim também para os estudiosos do direito.

Direitos fundamentais são resultado de conquistas seculares, ainda inacabadas e que demandam atenção permanente. Sem dúvida correm riscos em

²⁷ VIAL, René; OLIVEIRA JÚNIOR, Juarez Monteiro de; MILANEZ, Felipe Comarela. *Os Direitos Humanos na Era Tecnológica I*. In: Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial – (Skema Business School). Belo Horizonte: 2020, p. 5.

²⁸ *Ibidem*, p. 7.

face das novas tecnologias, especialmente pelos sedutores aspectos de modernidade e eficiência. As novas tecnologias, contudo, não podem servir de porto destino de quem quer que seja, mas apenas de meio para uma sociedade melhor e mais justa.

Não há que se submeter, portanto, compulsoriamente, o indivíduo às novas tecnologias, senão aproveitá-las em benefício de evolução social, limitadas, dentre outros fenômenos, pelos direitos fundamentais.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, 2º vol.* São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição 1988.* V. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988.* V. 1. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel. *Direitos Humanos Fundamentais.* São Paulo: Saraiva, 2005.

GOULART, Guilherme Damásio. *O impacto das novas tecnologias nos direitos humanos e fundamentais: o acesso à internet e a liberdade de expressão.* In: Redesg - Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global, v. 1, n. 1. Santa Maria, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional; direitos fundamentais.* Coimbra: Coimbra, 2000, t. 4.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Constituição Federal e legislação constitucional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2013.

RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natasha. *Acesso à justiça e novas tecnologias, in O Impacto das Novas Tecnologias nos Direitos Fundamentais*. Narciso Leandro Xavier Baez, Vinícius Almada Mozetic, Nuria Belloso Martibs, Helena Nadal Sánchmez (org.). Joaçaba: Unoesc, 2018.

RISSE, Mathias. *Direitos humanos e inteligência artificial: uma agenda urgentemente necessária*. In: Revista Publicum, v. 4, n. 1. Rio de Janeiro, 2018.

ROYO, Javier Pérez. *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Org. e Intr. Leonardo Martins. Trad. Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro, Vivianne Gerales Ferreira. Montevideo: Konrad – Adenauer – Stiftung, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. *Apresentação, in O Impacto das Novas Tecnologias nos Direitos Fundamentais*. Narciso Leandro Xavier Baez, Vinícius Almada Mozetic, Nuria Belloso Martibs, Helena Nadal Sánchmez (org.). Joaçaba: Unoesc, 2018.

VIAL, René; OLIVEIRA JÚNIOR, Juarez Monteiro de; MILANEZ, Felipe Comarela. *Os Direitos Humanos na Era Tecnológica I*. In: Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial – (Skema Business School). Belo Horizonte: 2020.

3. A INCORPORAÇÃO DO DIREITO DIGITAL COMO INTERESSE FUNDAMENTAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO



<https://doi.org/10.36592/9786581110819-03>

Emerson Penha Malheiro¹

Sumário

1 O advento da sociedade da informação: 1.1 Introdução; 1.2 Diretrizes; 1.3 Desenvolvimento; 1.4 O homem na sociedade da informação; 1.5 A autoestrada da informação e a criação de infraestruturas informacionais; 1.6 Premissas das políticas públicas: 1.6.1 O livro verde e o livro branco da sociedade da informação; 1.7 A construção do marco regulatório da internet no Brasil; 2. A importância da informação e conhecimento: 2.1 Informação e conhecimento: 2.1.1 Informação; 2.1.2 Conhecimento; 2.2 Diferença entre informação e conhecimento; 2.3 A informação como bem jurídico tutelável: 2.3.1 Direito à informação; 2.3.2 Dever de informar; 2.3.3 Direito de se informar; 2.3.4 Direito de ser informado; 2.3.5 Direito de recepção da informação; 2.3.6 Conflito entre direitos conexos à informação; 2.4 A incorporação do direito digital como direito fundamental: 2.4.1 Gerações (dimensões) de direitos fundamentais: 2.4.1.1 Primeira dimensão; 2.4.1.2 Segunda dimensão; 2.4.1.3 Terceira dimensão; 2.4.1.4 Quarta dimensão; 2.4.1.5 Quinta dimensão; 2.5 Analfabetismo digital e suas consequências; Conclusão; Referências.

1 O ADVENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A sociedade da informação é uma nova representação de composição da coletividade social, que se estabelece em uma forma de evolução em que a informação, como elemento primordial para conceber conhecimento, representa

¹ Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidad de Salamanca – Espanha. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos. Pós-Graduado com título de Especialista em Direito da Comunicação Digital e em Direito Penal pelas Faculdades Metropolitanas Unidas, em Direitos Humanos pela Universidade Cândido Mendes. Professor Doutor Permanente do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, em São Paulo/SP. E-mail: emersonmalheiro@gmail.com

uma atribuição essencial na geração de afluência material e na contribuição para a satisfação e qualidade de vida das pessoas.

1.1 Introdução

A sociedade da informação sugere **competitividade** que, porém, se reflete diretamente no progresso intrínseco dos indivíduos.

A **revolução tecnológica** nas comunicações e na eletrônica é a sua face mais visível:

A sociedade da informação é constituída em tecnologias de informação e comunicação que envolve a aquisição, o armazenamento, o processamento e a distribuição da informação por meios eletrônicos, como rádio, televisão, telefone, computadores, entre outros. Essas tecnologias não transformam a sociedade por si só, mas são utilizadas pelas pessoas em seus contextos sociais, econômicos e políticos, criando uma estrutura social, que tem reflexos na sociedade local e global.²

1.2 Diretrizes

A melhor forma de se analisar a sociedade da informação é identificar o **ambiente** que está **impactado pela tecnologia**.

O ambiente de sociedade da informação pode apresentar um impacto muito maior ou menor em determinados Estados, pois atinge frontalmente as relações humanas.

Assim sendo, deve-se compreender intrinsecamente a **diversidade cultural** existente.

A rede tecnológica tem uma força enorme, que pode ser direcionada para o bem ou para o mal.

Um dos principais **temores sociais** é a **vigilância desenfreada** e completamente sem critério – que não possui a identificação de quem vigia e por

² SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 214.

qual motivo vigia - que pode resultar em uma aquisição de informações que podem ser colocadas a disposição para entidades que tem por objetivo reclassificar as pessoas.

Como trata Stefano Rodotà:

A vigilância passa de excepcional a quotidiana, das classes 'perigosas' à generalidade das pessoas, do interior dos Estados ao mundo global. A multidão não é mais 'solitária' e anônima: está nua. A digitalização das imagens e as técnicas de reconhecimento facial consentem extrair o indivíduo da massa, identificá-lo e segui-lo. O *data mining*, a incessante pesquisa de informações sobre o comportamento de qualquer pessoa, gera uma produção contínua de 'perfis' individuais, familiares, territoriais, de grupo. A vigilância não conhece fronteiras.³

1.3 Desenvolvimento

Historicamente, o direito trabalha com as eras e a sociedade da informação também é considerada uma era.

Para que se possa falar no desenvolvimento da sociedade da informação, é essencial um exame preliminar do momento da sua origem.

De acordo com Manuel Castells⁴, as alterações que proporcionaram condições ao surgimento da sociedade da informação começaram ainda na **década de 70**, em virtude da **comercialização de microprocessadores**, que apresentou como consequência a etapa de automação industrial.

Desse instante até os dias atuais, continuaram a surgir novos aparelhos eletrônicos e novas maneiras de comunicação.

Esses grandes avanços tecnológicos passaram a dominar as atividades econômicas.

³ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 9.

⁴ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação, economia, sociedade e cultura**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 32.

O computador, na década de 70, realizava apenas determinados cálculos pouco complexos.

No entanto, deste marco crucial em diante, existiu um considerável avanço paulatino das tecnologias informáticas, proporcionando um crescimento continuado até os dias hodiernos, e que permanece evoluindo.

“A virada fundamental data, talvez, dos anos 70. O desenvolvimento e a comercialização do microprocessador (unidade de cálculo aritmético e lógico localizada em um pequeno chip eletrônico) dispararam diversos processos econômicos e sociais de grande amplitude. Eles abriram uma nova fase na automação da produção industrial: robótica, linhas de produção flexíveis, máquinas industriais com controles digitais etc. Presenciaram também o princípio da automação de alguns setores do terciário (bancos, seguradoras). Desde então, a busca sistemática de ganhos de produtividade por meio de várias formas de uso de aparelhos eletrônicos, computadores e redes de comunicação de dados aos poucos foi tomando conta do conjunto das atividades econômicas. Esta tendência continua em nossos dias.”⁵

Atualmente, é muito difícil imaginar alguma atividade que não envolva a utilização de um computador, da internet ou ainda de um smartphone.

Com relação à terminologia utilizada, é importante salientar que a expressão “sociedade da informação” começou a ser utilizada em substituição ao termo “sociedade pós-industrial”, com a finalidade de expressar concretamente o “novo paradigma técnico econômico”.

A sociedade da informação (socinfo) é uma era que vem depois da pós-modernidade.

A característica maior da pós-modernidade são os direitos transindividuais de terceira geração (ou dimensão), que envolvem o direito do consumidor e o direito ao meio ambiente.

Cuida-se de uma visão do direito sob o âmbito difuso e coletivo, em que se observa, no aspecto consumerista, que o contrato – por exemplo – não é mais visto

⁵ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação, economia, sociedade e cultura**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 32.

como lei entre as partes (considera-se a hipossuficiência, as relações de consumo, a existência de cláusulas abusivas etc.).

No aspecto ambiental, procura-se alcançar um meio ambiente equilibrado para a presente e para as futuras gerações.

O direito da sociedade da informação alcança uma quarta geração (ou dimensão), que se orienta pela proteção contra uma globalização desenfreada e a inclusão digital.

Igualmente, há um desenvolvimento de interesses que tem por objetivo a preservação do ser humano, como se pode ver no biodireito e na biossegurança. Nesse sentido:

A sociedade da informação do século XXI substituiu a sociedade industrial do século XX, provocando mudanças no cotidiano das pessoas. A informação não é a grande novidade da era atual, mas a velocidade e quantidade da informação que evoluíram em termos inimagináveis. Até mesmo o Estado é colocado em xeque frente à informação.⁶

1.4 O homem na sociedade da informação

O homem na sociedade da informação deve ter a predisposição de se integrar às novas situações jurídicas, possuir uma atitude flexível, com conhecimentos generalistas e a habilidade de se estabelecer ao longo da vida em consonância com as suas necessidades, dominando as tecnologias da informação e comunicação, possuindo espírito empreendedor, criativo e com capacidade para a resolução de controvérsias.

O papel do homem na sociedade da informação vem ganhando enorme importância em sua relação com o direito.

Isso ocorre porque a representação do direito baseada em dogmas tradicionais deve enfrentar uma sociedade que se modifica continuamente, com novas manifestações de exigências, necessidades e novos componentes.

⁶ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Direitos humanos e cidadania digital*. In DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). **Direito e internet III – tomo I: marco civil da internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 177.

Sob tal aspecto, com uma conexão intrínseca com o direito desde períodos longínquos, o homem tem arrostado fontes incógnitas de poder, características do fenômeno da sociedade da informação, o que traz ao cenário global atual uma concorrência de circunstâncias em que não se conhece o resultado dessa combinação aparentemente contraditória de acontecimentos.

1.5 A autoestrada da informação e a criação das infraestruturas informacionais

Autoestrada da informação é uma rede de comunicação mundial que permite o envio e a partilha de dados em formatos ou aplicações diversas.

Para que essa autoestrada da informação se aperfeiçoe, é necessário a construção de um alicerce de informações com base na tecnologia.

Uma autoestrada da informação e a criação de infraestruturas informacionais de base tecnológica possibilitam a divulgação e a transmissão de mensagens a um maior número de pessoas, por meio da acessibilidade e a conectividade em internet e o tráfego de veículos digitais que levam em seu conteúdo dados (bits e bytes) provenientes da transmissão de áudio, vídeo, formas variadas de mídia, escrita etc. na informática. Assim:

A informática nasceu da ideia de beneficiar e auxiliar o homem nos trabalhos do cotidiano e naqueles feitos repetitivamente. Tem-se por definição mais comum que a informática é a ciência que estuda o tratamento automático e racional da informação. Entre as funções da informática há o desenvolvimento de novas máquinas, a criação de novos métodos de trabalho, a construção de aplicações automáticas e a melhoria dos métodos e aplicações existentes. O elemento físico que permite o tratamento de dados e o alcance da informação é o computador.⁷

1.6 Premissas das políticas públicas

O Governo busca alcançar a **inclusão digital**, construindo uma verdadeira **cidadania digital**, com o objetivo de fazer com que todos tenham **acesso aos meios**

⁷ PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 59.

eletrônicos, disponibilizando serviços públicos pela via digital (como por exemplo, a emissão de certidões).

O grande problema no Brasil se encontra na dificuldade de acesso à tecnologia e à internet de boa qualidade, pois há baixa velocidade na conexão e transmissão de dados e essa dificuldade pode impedir ou dificultar o acesso à informação.

O marco civil, legislação que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, apresenta expressamente o acesso a ela como *status* constitucional.

1.6.1 O livro verde e o livro branco da sociedade da informação

Em setembro de 2000 foi criado pelo Ministério da Ciência e Tecnologia o livro verde da sociedade da informação.

O **livro verde** contempla um “conjunto de ações para impulsionar a sociedade da informação no Brasil em todos os seus aspectos: ampliação do acesso, meios de conectividade, formação de recursos humanos, incentivo à pesquisa e desenvolvimento, comércio eletrônico, desenvolvimento de novas aplicações.”⁸

Em junho de 2002 foi criado pelo Ministério da Ciência e Tecnologia o livro branco da sociedade da informação.

Em apertada síntese, o **livro branco** estabelece bases para a formulação de diretrizes estratégicas a partir de uma análise do esforço nacional já realizado e explicita um conjunto de diretrizes estratégicas com vistas às ações necessárias para que se alcancem os objetivos de uma política voltada para o desenvolvimento da ciência, tecnologia e inovação.⁹

1.7 A construção do marco regulatório da internet no Brasil

O Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014) é a norma que regulamenta a utilização da Internet no Brasil, mediante a previsão de princípios,

⁸ TAKAHASHI, Eduardo Tadao (org). **Livro verde da sociedade da informação no Brasil**. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000, p. V.

⁹ BRASIL. **Livro branco: ciência, tecnologia e inovação**. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002, p. 21.

garantias, direitos e deveres para quem usa a rede mundial de computadores, bem como da definição de procedimentos para a performance estatal.

Em 1999 foi apresentado pelo então deputado federal Luiz Piauhyllino¹⁰, um projeto para a definição de crimes de internet, que foi aprovado pela Câmara após quatro anos. Houve modificações na proposta pelo então senador Eduardo Azeredo.

Em meados de 2001 apareceu no cenário das relações exteriores a Convenção de Budapeste, norma global sobre crimes na internet, que atualmente não conta com a adesão do Brasil.

Em 2007 surgiu a intenção de construir um marco regulatório da internet no Brasil, que foi recepcionada pelo governo federal em razão da intensa resistência da sociedade ao projeto de lei de crimes cibernéticos, que ficou conhecido como Lei Azeredo, e severamente criticado sob a alcunha pejorativa de AI-5 Digital.

A proposta de referência regulatória da internet no Brasil foi criada em 2009 e em 2011 o Marco Civil foi apresentado como um Projeto de Lei do Poder Executivo à Câmara dos Deputados, tendo sido aprovado lá em 25 de março de 2014 e no Senado Federal em 23 de abril de 2014, sendo sancionado imediatamente após pela presidente Dilma Rousseff.

A Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 tem 32 artigos e cuida dos direitos e garantias dos usuários da internet, provisão de conexão e aplicações envolvendo a neutralidade da rede, a proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas, retenção e divulgação de informações, além da função social da rede. Também há previsões sobre a responsabilidade civil dos usuários, provedores e acerca da atuação do Estado. Nesse sentido:

O denominado Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), ao pretender estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres vinculados à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação (meio ambiente cultural), por meio do uso da internet no Brasil (meio ambiente digital), procura de qualquer forma tentar organizar parâmetros jurídicos específicos no âmbito

¹⁰ LEMOS, Ronaldo. *Uma breve história da criação do marco civil*. In DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). **Direito e internet III – tomo I: marco civil da internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 83.

infraconstitucional destinados a tutelar o conteúdo da comunicação social e mesmo dos direitos e deveres fundamentais da pessoa humana por meio do uso de computadores no Brasil em redes interligadas visando, ao que tudo indica, destacar a importância da tutela jurídica da internet no século XXI em nosso País.¹¹

2 A IMPORTÂNCIA DA INFORMAÇÃO E CONHECIMENTO

2.1 Informação e conhecimento

2.1.1 Informação

Informação é o acontecimento ou fato de interesse geral tornado de conhecimento público ao ser divulgado pelos meios de comunicação e que tem por objetivo a coleta, a análise, a integração, o tratamento, a interpretação e a difusão de notícias que podem preparar as pessoas para tomar decisões eficazes relacionadas a uma determinada linha de ação.

2.1.2 Conhecimento

Já o conhecimento é a compreensão de algo por meio do uso da razão e/ou da experiência, apreendendo intelectualmente e percebendo um determinado fato ou acontecimento.

Caracteriza-se pelo domínio, teórico ou prático, de uma informação, arte, ciência ou técnica mediante impressões sensíveis.

2.2 Diferença entre informação e conhecimento

A informação necessita ser assimilada e interiorizada, em consonância com as características de cada pessoa, a fim de se adquirir o conhecimento.

¹¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O marco civil da internet e o meio ambiente digital na sociedade da informação**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 17.

A informação está preenchida por símbolos. Deve existir uma análise integral dos seus componentes pela razão, entendendo os signos para poder compreendê-la completamente.

2.3 A informação como bem jurídico tutelável

A informação é um bem jurídico, pois pode satisfazer as necessidades humanas e possui valor reconhecido pelo direito, sendo, por isso, por ele tutelado.

Assim:

O século XXI caracteriza-se pelo que se define como 'sociedade da informação', em que as tecnologias da comunicação fornecem a base material para a integração global e favorecem o intercâmbio cada vez mais veloz de informações entre indivíduos, corporações e instituições. Apesar das contradições e desigualdades que se fazem presentes nesse contexto, a sociedade da informação caracteriza nova forma de produção de relações sociais, baseada na flexibilidade e no incentivo à capacidade criacional.¹²

É possível uma investigação da proteção legal e estatal sob os seguintes aspectos:

2.3.1 Direito à informação

Cuida-se de preceito constitucional previsto no artigo 5º, inciso XIV da Carta Magna brasileira, que assegura a todos o acesso à informação, resguardado o sigilo da fonte. É um direito a um conjunto de dados.

2.3.2 Dever de informar

Trata-se do direito de divulgação pelos órgãos de mídia, de informações de interesse geral e pertinentes do conhecimento público, sem interferências pessoais

¹² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 123.

ou estatais.

Nesse aspecto, se observa, muitas vezes, um sensacionalismo informacional, com uma verdadeira espetacularização de uma notícia.

2.3.3 Direito de se informar

Constitui-se no direito facultativo da busca de informação sem quaisquer interferências.

2.3.4 Direito de ser informado

Caracteriza-se por uma prerrogativa do indivíduo de ser noticiado, esclarecido, comunicado sobre acontecimento ou fato de interesse geral, de maneira adequada e constante, pelos poderes públicos e órgãos de mídia.

2.3.5 Direito de recepção da informação

Constitui-se no direito de analisar, integrar e interpretar a informação, de modo a estabelecer um estado de consciência sobre um determinado fato.

2.3.6 Conflito entre direitos conexos à informação

É importante salientar que o direito à informação, o dever de informar, a privacidade e a proteção da fonte são interesses que estão no mesmo patamar jurídico. Se houver um conflito aparente entre eles, deve-se considerar uma análise principiológica para se concluir qual deles deverá preponderar, com uma apreciação do caso concreto.

2.4 A incorporação do direito digital como direito fundamental

Para que se possa compreender a incorporação do direito digital como um direito fundamental, é essencial a análise da classificação dessa espécie de

interesse.

Essa classificação dos direitos fundamentais obedece ao critério das **gerações (dimensões)**.

2.4.1 Gerações (dimensões) de direitos fundamentais

Inicialmente, é importante ressaltar que a denominação “**geração**” é **tecnicamente imperfeita**, pois pressupõe que o subsequente suplanta o anterior, eliminando-o do universo jurídico.

Não é o que acontece com os direitos fundamentais, mesmo porque são eles interdependentes e se relacionam intrinsecamente para garantir sua efetividade.

Não é possível dividir os direitos fundamentais em gerações que se sucedem, porque eles buscam preservar a dignidade da pessoa humana que é, igualmente, incindível.

Desse modo, a expressão “**dimensões de direitos fundamentais**”, que será utilizada a seguir, é **mais adequada** e revela a sua característica de essencialidade.

2.4.1.1 Primeira dimensão

São os direitos de **liberdade**.

Cuida-se das **liberdades públicas**, orientadas pelos direitos civis e políticos básicos, que surgiram com a Magna Carta (1215), do Rei João Sem Terra.

São interesses subjetivos, pois conferem “poderes de agir, ou não agir, independentemente da ingerência do Estado”.¹³

Observam-se aqui direitos de **aplicabilidade imediata**, que resultam no dever de não fazer do Estado. Denotam uma **natureza negativa**, pois o objetivo é restringir o poder do Estado.

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41.

2.4.1.2 Segunda dimensão

São direitos de **igualdade**.

Trata-se dos **direitos econômicos, sociais e culturais**, que são relativos às relações de produção e trabalho, à previdência, à educação, à cultura, à alimentação, à saúde, à moradia etc.

A evidenciação de direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade, sob o prisma substancial, real e material, e não meramente formal, mostra-se marcante nos documentos pertencentes ao que se convencionou classificar como segunda dimensão dos direitos fundamentais.

Existe divergência doutrinária sobre o instante histórico exato de seu surgimento.

No entanto, a orientação mais correta se encontra no sentido de que a sua gênese se concebeu na Revolução Industrial, no século XIX, em face das lamentáveis condições laborais que ali se apresentavam e os movimentos sociais em defesa dos trabalhadores, bem como o apoio ao desenvolvimento e harmonização de legislação trabalhista para a melhoria nas relações de trabalho.

Apesar disso, é incontestável que o fim da cruenta Primeira Guerra Mundial (28 de julho de 1914 a 11 de novembro de 1918), que ceifou milhares de vidas em razão de pretesias desmesuradas, e a elaboração do Tratado de Versalhes (1919) em muito contribuíram para estabelecer melhorias nas condições sociais dos trabalhadores.

O Tratado de Versalhes, além de fazer curvar a Alemanha, levá-la praticamente à bancarrota e ser o embrião da Segunda Guerra Mundial (1ª de setembro de 1939 a 2 de setembro de 1945), criou a Liga das Nações, que originou a atual Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

A concepção de uma legislação trabalhista nas relações exteriores originou-se como consequência de especulações éticas e econômicas sobre o custo humano da Revolução Industrial.

A Constituição mexicana (1917) foi historicamente bastante importante por conter em seu bojo direitos de segunda dimensão.

Outrossim, é importante lembrar que os direitos fundamentais de segunda dimensão ganham ainda mais relevo com a Constituição alemã (1919), que foi o marco do movimento constitucionalista que consagrou direitos sociais e econômicos e reorganizou o Estado em função da sociedade e não mais do indivíduo.

Observam-se aqui direitos de **aplicabilidade progressiva**, que infligem o dever de fazer do Estado. Denotam uma **natureza positiva**.

2.4.1.3 Terceira dimensão

São direitos de **solidariedade ou fraternidade**.

Constituem-se por **interesses difusos e coletivos** orientados para o progresso da humanidade.

São exemplos: direito à paz¹⁴, direito ao desenvolvimento, direito ao meio ambiente, direito ao patrimônio comum da humanidade, direito à autodeterminação dos povos e o direito à comunicação.

A sua origem remonta o fim da Segunda Guerra Mundial (1º de setembro de 1939 a 2 de setembro de 1945), mas ganhou fôlego com as sucessivas reuniões da ONU e da UNESCO nas décadas subsequentes.

A doutrina clássica encerra a sua análise na terceira dimensão. Contudo, os direitos humanos se caracterizam pela contemporaneidade. E, em face disso, é de se destacar que uma novíssima dimensão surgiu.

2.4.1.4 Quarta dimensão

São os direitos dos **povos**.

Cuidam-se de interesses que têm como objetivo a **preservação do ser humano** ao cuidar de direitos que podem colocar em risco a própria existência do homem.

Estão na órbita desses direitos a biossegurança, a proteção contra a

¹⁴ Há autores que desvinculam o direito à paz da terceira dimensão e constitui uma novíssima quinta dimensão.

globalização desenfreada, o direito à democracia e a inclusão digital.

A incorporação do direito digital tem sido um assunto muito propalado nas preleções políticas e econômicas em razão da inserção das tecnologias de informação e comunicação, que interligam os integrantes da sociedade em pouquíssimo tempo.

Com a internet, as pessoas têm conexão a informações e conhecimentos como nunca visto na história.

2.4.1.5 Quinta dimensão

É o direito à paz.

Em face dos gravíssimos acontecimentos do século XXI, com o terrorismo assolando o cenário internacional, existem autores, como por exemplo Paulo Bonavides¹⁵, que criaram uma dimensão autônoma.

2.5 Analfabetismo digital e suas consequências

A geração atual já foi alfabetizada com auxílio das novas tecnologias e é classificada como "jovens multifuncionais", pois realizam diversas atividades simultaneamente e pela internet.

O analfabetismo digital é caracterizado pela ignorância das novas tecnologias que impossibilitam as pessoas de acessar as oportunidades e interagir com elas na sociedade da informação.

A educação digital provocou uma série de inovações na forma do aprendizado.

Por essa razão, aquelas pessoas que não têm acesso a computadores vão disputar de maneira negativamente desproporcional um espaço no mercado de trabalho e na sociedade.

Aqueles que possuem maior acesso às informações e em menor tempo podem se preocupar menos em memorizar fatos e se dedicar a preceitos mais relevantes.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, *passim*.

Os analfabetos digitais podem até acompanhar as mudanças, mas para eles é muito mais difícil.

Atualmente, os jovens são a primeira geração de nativos digitais, ingressando na sociedade da informação com uma orientação global, acesso ao conhecimento, espírito de colaboração e pensamento inovador.

Aqueles que não têm acesso às tecnologias digitais igualmente não possuem as habilidades mencionadas e ainda terão que aprender essas ferramentas em uma fase posterior da vida, com uma verdadeira desvantagem em relação a todos os demais.

O analfabetismo digital traz como consequência a existência de receptores passivos dos meios de comunicação, em lugar de pessoas que interagem, buscam e colaboram entre si, organizando a informação.

Conclusão

A incorporação do direito digital se tornou indispensável aos indivíduos, por sua perspectiva infinita e proveitosa de utilização. Todo ser humano deve estar conectado.

A incorporação do direito digital tem um valor que deve ser usado pelas pessoas como um verdadeiro direito fundamental.

Nessa perspectiva, a incorporação do direito digital se torna relevante para produzir eficácia nas relações humanas.

Garantir que as pessoas tenham idêntico acesso às tecnologias digitais deve ser uma alta prioridade para qualquer Estado que queira competir na economia global.

Aqueles que são incluídos digitalmente geralmente são mais rápidos na análise de uma informação e mais tolerantes com a diversidade do que os outros.

Referências

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. **Livro branco: ciência, tecnologia e inovação**. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação, economia, sociedade e cultura**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O marco civil da internet e o meio ambiente digital na sociedade da informação**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEMONS, Ronaldo. *Uma breve história da criação do marco civil*. In DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). **Direito e internet III – tomo I: marco civil da internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Direitos humanos e cidadania digital*. In DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). **Direito e internet III – tomo I: marco civil da internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

TAKAHASHI, Eduardo Tadao (org). **Livro verde da sociedade da informação no Brasil**. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

4. CLEAR AND PRESENT DANGER, IMMINENT LAWLESS ACTION, FREE MARKET OF IDEAS, ACTUAL MALICE: A ORIGEM DE IDEIAS QUE NORTEARAM O DEBATE SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS ESTADOS UNIDOS E NO MUNDO



<https://doi.org/10.36592/9786581110819-04>

Eugenio Facchini Neto¹

Andrei Ferreira Fredes²

Sumário

Introdução; 1 Liberdade de expressão e sua importância para as democracias contemporâneas. O caso brasileiro; 2 A liberdade de expressão nos Estados Unidos: a origem do paradigma liberal; 2.1 Caso *Schenck v. United States* (1919) - O "Clear and Present Danger Test"; 2.2 Caso *Abrams v. United States* (1919); 2.3 Caso *Whitney v. California* (1927); 3 Consolidação do libertarianismo civil na defesa da liberdade de expressão; 3.1 Caso *New York Times Co. v. Sullivan* (1964); 3.2 *Brandenburg v. Ohio* (1969) – A substituição do teste do perigo atual e evidente (*Clear and Present Danger*) pelo teste da iminente ação ilegal (*imminent lawless action*); Considerações Finais; Referências.

Introdução

A liberdade de expressão atualmente ocupa – apesar das constantes ameaças³ – uma posição de destaque em quase todo o mundo⁴. Praticamente todos

¹ Doutor em Direito Comparado (Florença/Itália), Mestre em Direito Civil (USP). Professor titular dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUC/RS. Professor e ex-diretor da Escola Superior da Magistratura/AJURIS. Desembargador no TJ/RS.

² Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e pela Universidad de Granada (UGR) em regime de cotutela internacional. fredesandrei@gmail.com

³ O relatório da Anistia Internacional apresenta os contínuos ataques por parte de alguns Estados em face de dissidentes políticos e tentativas de regulação da mídia. Anistia Internacional. **Informe 2020/2021 – O Estado dos Direitos Humanos no Mundo**. Disponível em: <https://anistia.org.br/informe-anual/informe-anual-2020-o-estado-dos-direitos-humanos-no-mundo/>, acesso em 20/09/2021

⁴ O relatório da Unesco demonstra aumento do acesso a informação e a profusão de leis que protegem a expressão no mundo, com ampliação significativa nos últimos anos, tendo em vista a facilitação do acesso a partir da popularização da *internet* e dos dispositivos conectados. UNESCO. **Tendências**

os países dotados de uma constituição editada no pós-segunda-guerra mundial incluem a liberdade de expressão como um dos direitos fundamentais mais importantes. Mesmo países onde isso não ocorre, reconhecem sua fundamentalidade, como é o caso da Austrália, cuja constituição não contempla tal direito, mas a jurisprudência daquele país reconhece um “unwritten principle of freedom of ‘political communication’ as a necessary incident of the establishment of democratic government”. O mesmo ocorre com Israel, cuja Suprema Corte extraiu uma garantia à liberdade de expressão das esparsas disposições contidas na Lei Básica daquele país⁵.

Esta tradição de se incluir a liberdade de expressão com algum destaque nas constituições democráticas possui uma de suas raízes na experiência jurídica norte-americana do século XX. Embora sua inserção na Carta Magna daquele país tenha se dado precocemente, já em 1791, com a definitiva ratificação da Emenda Constitucional n. 1, foi somente há pouco mais de século que o tema realmente passou a frequentar as salas da justiça, sendo objeto de decisões da Suprema Corte estadunidense. Algumas daquelas decisões fixaram balizas que desde então vem sendo observadas não só pela jurisprudência norte-americana, com naturais adaptações e evolução, mas também influenciaram significativamente a doutrina e jurisprudência brasileira, mormente após a Constituição Federal de 1988.

Aliás, sua influência também é nítida em outras experiências jurídicas. Shina dedica quase duas dezenas de páginas analisando a influência do caso *New York Times v. Sullivan* na jurisprudência argentina, por exemplo.⁶ Também o Tribunal Constitucional espanhol revela sua influência em trechos da importante decisão n. 235/2007, que envolvia a condenação criminal de um proprietário de uma livraria que havia divulgado e distribuído materiais e publicações negando o genocídio praticado contra judeus, ou justificando-o - um caso muito assemelhado ao emblemático caso *Ellwanger*, julgado pelo nosso STF. Ao contrário do nosso Supremo, porém, o Tribunal

mundiais sobre liberdade de expressão e desenvolvimento da mídia. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000261065>. Acesso em: 20 de setembro de 2019.

⁵ Nesses termos: STONE, Adrienne. The comparative constitutional law of freedom of expression. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (ed.). **Comparative Constitutional Law**. Cheltenham/UK: Edward Elgar Ed., 2011, p. 406.

⁶ SHINA, Fernando E. **La libertad de expression y otros derechos personalísimos**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2009, p. 39-58.

Constitucional espanhol resolveu absolver o réu em nome de sua liberdade de expressão, referindo que ela engloba não apenas as informações ou ideias consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também as que ofendem, chocam ou inquietam o Estado ou qualquer parte da população⁷, usando argumentação muito assemelhada a alguns julgamentos da Suprema Corte norte-americana.

O presente trabalho está assim estruturado: após discorrer sobre a liberdade de expressão e sua importância para as democracias contemporâneas, referindo as peculiaridades do caso brasileiro, aprofundar-se-á o estudo do tema através do exame da evolução jurisprudencial norte-americana, desde o caso *Schenck*. A importância desse caso deve-se ao fato de que pela primeira vez tentou-se indicar critérios para justificar limites à liberdade de expressão. O 'test' então elaborado sofrerá algumas modificações em casos posteriores, especialmente nos casos *Abrams* e *Whitney*, consolidando-se, com apoio da doutrina, a concepção libertária da liberdade de expressão. Na sequência, após breves referências a outros casos julgados nas décadas seguintes, serão analisados dois casos paradigmáticos julgados meio século após Schenk e Abrams: refere-se aos casos *Sullivan* e *Brandenburg*, julgados nos anos sessenta, que aprofundam a concepção liberal, substituindo o *clear and present danger test*, pelo mais rigoroso *imminent lawless action test*. Essas mudanças também marcam uma alternância entre a importância mais subjetiva da liberdade de expressão para uma dimensão mais objetiva das liberdades comunicativas, ligada ao ideal coletivo democrático.

1 Liberdade de expressão e sua importância para as democracias contemporâneas.

O caso brasileiro

Em democracias consolidadas, a tendência é garantir uma ampla e tendencialmente ilimitada liberdade de expressão. Nas palavras de Branco:

⁷ Sobre esse caso, v. MARÓN, Manuel Fondevila; BARROS, Rossana. Enfrentamento dos discursos de ódio na Europa e colisão entre liberdades de expressão versus discriminação a partir da sentença espanhola 235/2007. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, año LII, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 411-435, esp. pp. 429/430.

A garantia da liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não – até porque ‘diferenciar entre opiniões valiosas ou sem valor é uma contradição num Estado baseado na concepção de uma democracia livre e pluralista’(Ulrich Karpen)” e não compete ao Estado “estabelecer quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis.⁸

O fato de se tratar de um relevantíssimo direito fundamental obviamente não afasta “a possibilidade de o Estado ou a comunidade poderem regular o conteúdo da liberdade de expressão e as suas formas de veiculação”, embora os termos em que isso se dará “é assunto de alta sensibilidade e complexidade, além de não ser novo”.⁹

De fato, ainda que forte e amplamente garantida, a liberdade de expressão não é ilimitada, pois encontra alguns limites previstos diretamente pelo constituinte, ou decorrem da colisão desse direito com outros igualmente merecedores de proteção constitucional, além de alguns previstos na legislação infraconstitucional. De fato, no caso brasileiro, nossa Constituição ressalva que a liberdade de expressão deve observar o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV¹⁰, que preveem a proibição do anonimato, garantem o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem em caso de ofensa da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, além de assegurar a todos o direito de acesso à

⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Item ‘Liberdades de Expressão’. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 268 e 269.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. **Revista Estudos Institucionais**. V. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019, p. 1.210.

¹⁰ Interessante, quanto a esse aspecto, a percepção da existência de limites aos direitos fundamentais, que tanto podem ser internos quanto externos. Aqueles não vêm de fora, “mas já se encontram presentes no pressuposto fático da norma de direito fundamental, por serem decorrência da ‘natureza’ do direito ou das exigências de sua coexistência com o sistema de direitos fundamentais e da própria Constituição em sua unidade.” Já os limites externos são aqueles previstos expressamente na mesma norma que consagra um direito (por exemplo, a liberdade de reunião, que a norma exige que seja ‘pacífica’ e ‘sem armas’, ou em em outra norma, até mesmo infraconstitucional, quando o constituinte estabelecer uma reserva de lei, remetendo ao legislador a regulação do exercício do direito – sobre esses aspectos, v. SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2020, p. 690 e seg.

informação. A Constituição também estabelece que a produção e a programação das emissoras de rádio e de televisão deverão respeitar os “valores éticos e sociais da pessoa e da família”, delegando competência ao legislador infraconstitucional para garantir a defesa desses valores (art. 220, §3º, II), além de prever (art. 220, §4º) a restrição legal à publicidade de bebidas alcoólicas, tabaco, medicamentos e terapias. Por outro lado, como acima referido, a legislação infraconstitucional também pode afetar, até substancialmente, a liberdade de expressão, embora não sendo esse o seu objetivo principal, pois ao proteger alguns direitos e interesses dignos de tutela, pode indiretamente restringir aquela. Assim, por exemplo, leis que proíbem buzinar em frente a estabelecimentos hospitalares não visam diretamente restringir a liberdade de manifestação política, mas impedirá um hipotético buzinaço de protesto ou uma passeata conduzida por carro de som, nas imediações daqueles estabelecimentos. Eventual norma local que proíba a afixação de *outdoors* em determinadas áreas, ou para garantir a visibilidade e propiciar segurança no tráfego ou para impedir que se bloqueie o acesso visual a pontos de interesse paisagístico, tampouco poderá ser tida como inconstitucional.¹¹

Examinando-se as experiências jurídicas envolvendo a liberdade de expressão, percebe-se que se trata de um fenômeno variável do ponto de vista histórico-temporal¹², geográfico e temático. Isto porque durante a longa evolução

¹¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Item ‘Liberdades de Expressão’. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 275, 276/277.

¹² Balkin, aliás, refere que futuramente as decisões mais importantes a afetar a liberdade de expressão não ocorrerão no âmbito do direito constitucional, mas sim envolverão design tecnológico, normas legislativas, regulamentos administrativos e formação de novos modelos de negócios. Na era digital, a proteção judicial da liberdade de expressão permanecerá importante, mas nossa atenção se voltará cada vez mais para questões de design - tanto de instituições quanto de tecnologia - que passarão ao largo do âmbito judicial. Os principais atores para garantir os valores da liberdade de expressão na era digital serão os legisladores, as agências administrativas e os tecnólogos - BALKIN, Jack M. The Future of Free Expression in a Digital Age. **Pepperdine Law Review**. Vol. 36, 2009, p. 427/428 e 443/444. Preocupação semelhante é manifestada por Sarlet e Hartmann: “Os limites e possibilidades do exercício da liberdade de expressão, na condição de direito fundamental, têm sido objeto de reflexões mais intensas quando tematizado no contexto das chamadas mídias sociais. Com efeito, esse campo novo, e amplamente utilizado, das plataformas online, âmbito privado por excelência, tornou-se o meio mais efetivo de veiculação das opiniões e pensamentos das pessoas em geral, constituindo um desafio novo a ser investigado pela ciência do direito constitucional, relativamente às possíveis violações a direitos fundamentais num contexto marcado por uma clara assimetria de poder dos agentes envolvidos” - SARLET, Ingo Wolfgang; HARTMANN, Ivar Alberto Martins. Direitos Fundamentais e Direito Privado: a Proteção da Liberdade de Expressão nas Mídias Sociais. **RDU**. Porto Alegre, V. 16, n. 90, 85-108, nov-dez 2019, p. 87.

civilizatória, somente em séculos mais recentes ela começou a se tornar realmente um 'direito' a ser protegido, com maior ênfase em alguns espaços do que em outros. Além disso, seu impacto não é o mesmo em todas as áreas, já que se detectam variações de seu alcance conforme se trate de expressar ideias políticas, religiosas, científicas ou no âmbito das artes figurativas. Como refere Zeno-Zencovich, "there can be a high level of freedom in some of these areas and rather less in others".¹³

Doutrina e jurisprudência¹⁴ sedimentaram a fundamentalidade desse direito, seja em sua dimensão subjetiva, tendo em vista a relação apontada entre desenvolvimento da personalidade e liberdade de expressão, seja em sua dimensão objetiva, na qual se estabelece a relação entre liberdade de expressão e democracia.¹⁵

Sobre essa dimensão objetiva, nosso Supremo Tribunal Federal deixou claro, por ocasião do julgamento da ADPF 130, que há uma "relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia", tendo o Min. Menezes Direito consignado que regimes autoritários podem até mesmo conviver com o voto, mas jamais convivem com a liberdade de expressão.

Essa orientação do STF está em perfeita consonância com a doutrina especializada. Assim, Dias refere que "chega a ser um truísmo falar que não há democracia sem liberdade de expressão"¹⁶; Lucca e Meyer-Pflug apontam que a liberdade de comunicação e expressão deve ser ilimitada, mas, quão maior for a

¹³ ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. **Freedom of Expression** – A critical and comparative analysis. New York: Routledge-Cavendish, 2008, p. 126.

¹⁴ Sarlet e Weingartner Neto salientam a contribuição doutrinária e jurisprudencial para a "atual configuração do conteúdo e alcance da liberdade de expressão, seja nos Estados Unidos, seja na Alemanha ou no Brasil (aliás, seja onde for)", pois "para além do teor literal dos enunciados do direito constitucional positivo ou dos textos que integram os sistemas supranacionais de proteção dos direitos humanos", ela é "o resultado (sempre dinâmico) de um complexo processo de regulação estatal (não apenas legislativa) e de (re)construção doutrinária e jurisprudencial" - SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; WEINGARTNER NETO, Jayme. Liberdade de expressão: algumas ponderações em matéria penal à luz da Constituição Federal do Brasil. **EJLL – Espaço Jurídico Journal of Law**. Joaçaba, v. 18, n. 3, p. 637-660, set./dez. 2017, p. 639.

¹⁵ Pompeu e Pompeu, por exemplo, referem que "é bem verdade que a liberdade de expressão corresponde à condição essencial para o exercício pleno e efetivo de uma democracia, vez que, em estado verdadeiramente democrático, a liberdade de expressão aparece como direito fundamental que precisa ser concretizado pelo respectivo corpo social" - POMPEU, Gina Vidal Marcílio; POMPEU, Inês Mota Randal. Liberdade de expressão e informação em face dos direitos da personalidade: Análise com base na ADI nº 4.815. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 270.

¹⁶ DIAS, Roberto. **Liberdade de Expressão: biografias não autorizadas**. In: Revista Direito, Estado e Sociedade. n. 41. Jul/dez 2012. Editora PUC-Rio. Rio de Janeiro. p. 206.

liberdade, maior deve ser a responsabilidade daqueles que dela utilizam, o que significa que o controle jamais deve implicar em censura prévia¹⁷.¹⁸ Boff e Veiga Dias, por sua vez, identificam na garantia da liberdade de expressão um requisito mínimo para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito orientado teleologicamente para a construção de uma sociedade humana, solidária e justa¹⁹. No mesmo sentido, Oppitz conclui que “a liberdade de expressão (...) é essencial à circulação de informações que contribuem para o desenvolvimento de cada indivíduo e determina a formação da opinião pública esclarecida, sem a qual não existe verdadeira democracia”²⁰.²¹ Teffé e Souza referem que “informar e ser informado representam para o cidadão tanto direitos quanto necessidades”, pois “apresentam tanto um caráter individual, funcionando como meios para o desenvolvimento da personalidade, quanto atendem ao inegável interesse público da livre circulação de ideias, corolário e base de funcionamento do regime democrático”.²² Concluindo essa revisão do pensamento de alguns autores brasileiros que se ocuparam do tema,

¹⁷ LUCCA, Newton de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **A liberdade de Expressão do Pensamento e o Habeas-Mídia**. In: Revista Direito Público RDU. Edição Especial. 2016. Porto Alegre. p. 162.

¹⁸ Adota-se aqui o conceito de censura exposto por Kay Mathiesen: “restrição ou limitação do acesso a uma expressão, parte de uma expressão, ou categoria de expressão, que foi tornada pública pelo seu autor, baseada (a censura) na convicção de que será uma coisa ruim se as pessoas acessarem o conteúdo daquela expressão” (MATHIESEN, Kay. Censura e acesso à expressão. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Liberdade de expressão no século XXI**. Belo Horizonte: Del Rey Ed., 2016, p. 24)

¹⁹ BOFF, Salete Oro; DIAS, Felipe da Veiga. **Os direitos à liberdade de imprensa e informação na Internet: considerações jurisprudenciais**. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD. V. 4, N. 2. Jul/dez 2012. Unisinos. São Leopoldo. 2012.

²⁰ OPPITZ, Daniela Gomes. **A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o confronto entre a liberdade de expressão e o direito à honra**. In: Revista da Ajuris. v. 44. N. 142. Porto Alegre. Junho. 2017. p. 102.

²¹ Deve ser pontuado, porém, que também a liberdade de expressão, apesar de sua relevância, não é ilimitada, sujeitando-se a alguns limites, como a discussão sobre o discurso de ódio e o fenômeno das *fake news* está a indicar, em praticamente todas as experiências jurídicas contemporâneas. Outros limites também há mais tempo vinham sendo estudados, como é o caso da pornografia e da publicidade comercial. Sobre esses dois aspectos, consultem-se os comentários de SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 5º, IX, da C.F. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação/Almedina, 2018, p. 283/284. De fato, a proteção de um direito fundamental frequentemente entra em rota de colisão com outro igualmente relevante. É o que destacam Hughes e Richards, ao indagar: “When does a right to privacy become a right of censorship? Conversely, when does freedom of speech become a *carte blanche* to violate the dignity and autonomy of others?” - HUGUES, Kirsty; RICHARDS, Neil M. The Atlantic divide on privacy and free speech. In: KENYON, Andrew T. (ed.). **Comparative Defamation and Privacy Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 164.

²² TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Fake news: como garantir liberdades e conter notícias falsas na internet?* In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 533.

menciona-se a firme defesa de uma quase irrestrita liberdade de expressão efetuada por Andrade, que elenca os “fundamentos jusfilosóficos da liberdade de expressão”: possibilita a descoberta da verdade; é essencial para o autogoverno; contribui para a promoção da democracia; propicia o controle dos atos do Governo; ensina a conviver com a diversidade e a pluralidade; contribui para o desenvolvimento social; tende a produzir mais estabilidade e menos violência e é condição para a autonomia individual.²³

Na mesma direção, mas empregando terminologia parcialmente distinta, Schreiber²⁴ afirma que o caráter individual da liberdade de expressão ostenta preponderantemente uma dimensão negativa, consagrando um “espaço de autonomia individual livre de ingerência estatal”²⁵ (denominado pela autora de “concepção constitutiva ou não funcional da liberdade de expressão”²⁶), que convive com uma “dimensão coletiva”, diante de sua “relevância para o regime democrático” (que a autora denomina de “concepção instrumental ou democrática da liberdade de

²³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: G/Z ed., 2020, esp. p. 59-81.

²⁴ SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 217-258, esp. p. 217, 218, 219, 220, 229 e 258.

²⁵ Isso não significa que seja um fim em si mesma a ser protegida independentemente de quaisquer outros direitos que eventualmente sejam atingidos, como pontua Jónatas Machado, tanto assim que deve ser exercida “no respeito pelos direitos de personalidade do indivíduo” (MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão** – Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Ed., 2002, p. 238 e 360). André Tavares concorda com esse entendimento, referindo que “a razão não reside naqueles que alegam que a liberdade de expressão é um fim em si mesma. Nunca o será” - TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 501.

²⁶ Os que defendem essa concepção sustentam que a liberdade de expressão é um bem e valor em si, imprescindível para a realização e desenvolvimento de sua personalidade. Para Simone Schreiber, uma variante dessa concepção ressalta a capacidade moral dos indivíduos de escolher as ideias que pretendem professar: “o Governo não pode legitimamente se arvorar em árbitro de quais são as ideias dignas de serem expressadas e não pode calar pessoas por causa de suas convicções, excluindo-as do debate público” (essa teria sido a concepção contemplada no voto de Brandeis ao julgar o caso *Whitney v. California* (1927): “those who won our independence believed that the final end of the state was to make men free to develop their faculties” e “free speech is valuable both as an end as a means”, segundo lembrança de DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law** – The moral reading of the American Constitution. Cambridge/Ma./USA: Harvard University Press, 1996, p. 201). De acordo com tal vertente, “todas as ideias, inclusive aquelas que fomentam o ódio, o racismo, o preconceito, por mais abjetas que possam ser, devem ser protegidas, porque qualquer restrição ao conteúdo do discurso é incompatível com uma sociedade liberal comprometida com a responsabilidade moral do indivíduo” - Simone Schreiber, *op. cit.*, p. 230 e 236.

expressão"²⁷), a ponto de muitos afirmarem que, por essa razão, possui uma posição preferencial²⁸ frente a outros direitos fundamentais, conclusão essa da qual a autora discorda.²⁹

A influência da jurisprudência norte-americana envolvendo o tema da liberdade de expressão sobre a jurisprudência brasileira fica patente quando se examina uma das principais decisões sobre liberdade de expressão proferida

²⁷ Segundo a autora (*op. cit.*, p. 221 e 227), essa concepção remonta a John Stuart Mill e teria sido acolhida por Holmes e Brandeis, nos célebres julgamentos da segunda e terceira décadas do século passado, bem como no voto de Brennan, ao julgar o caso *New York Times v. Sullivan*, que serão objeto de análise mais adiante. Mais recentemente, é a ideia também sustentada por Owen Fiss e Cass Sunstein – *op. cit.*, p. 223. Sobre o pensamento de Fiss, Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto, em seu prefácio à obra que ambos traduziram (FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 4), referem que para o autor, a "ironia do papel do Estado em relação às liberdades de expressão e de imprensa" reside em que "o Estado é, ao mesmo tempo, um inimigo mortal e um amigo imprescindível dessas liberdades". Isto porque "o excesso na intervenção pode escambar para um Estado totalitário e controlador das manifestações discursivas da sociedade civil, ao passo que a omissão do Estado pode representar a exclusão do discurso público de grupos sociais edonômica e politicamente desfavorecidos e a manipulação desse mesmo discurso por grupos hegemônicos que controlam os meios de comunicação de massa". De fato, ao longo de sua obra, Fiss critica a predominância do aspecto libertário da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana e defende uma maior regulação do Estado, para garantir que todas as vozes sejam ouvidas e nenhuma silenciada, pois as forças de mercado, deixadas livre, não teriam condições de garantir tal objetivo. Essa preocupação é compartilhada, entre nós, por José Adércio Leite Samapio, quando refere que "em geral se pensa apenas na liberdade da produção e circulação das informações, mas, como em outros domínios da vida, essa liberdade depende de condições de igualdade tanto para o acesso à informação, quanto para sua emissão. E esse é um dos sérios e até agora insolúveis problemas dos Estados democráticos: como assegurar ao mesmo tempo a liberdade e a igualdade da informação. Meios de comunicação nas mãos de poucos, por exemplo, põem em dúvida a liberdade de expressão. Assimetrias sociais tendem a produzir o mesmo efeito" - SAMPAIO, José Adércio Leite. Do mercado de ideias a ideias no mercado – a liberdade de expressão no século XXI. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Liberdade de expressão no século XXI**. Belo Horizonte: Del Rey Ed., 2016, p. 1.

²⁸ Sobre a posição preferencial (*preferred position*), Simone Schreiber refere que essa expressão "retrata duas doutrinas. A primeira, cunhada pela Suprema Corte norte-americana, sustenta que os direitos individuais clássicos são tributários de especial proteção frente ao Estado, e que eventuais restrições impostas pelos agentes públicos a tais direitos se submetem a um controle rigoroso de constitucionalidade", sendo que no que tange à liberdade de expressão (...) apenas as manifestações expressivas que incitem atos imediatos de violência e por isso não possam ser refutadas apenas no campo das ideias, podem ser censuradas." A segunda doutrina, adotada também pela Corte Europeia de Direitos Humanos, "parte da categorização de discursos para conferir proteção especial às expressões pertinentes a assuntos de interesse público em situação de colisão com direitos da personalidade de pessoas públicas." Todavia, segundo a autora, "nenhuma das duas linhas de argumentação que arrimam a doutrina da posição preferencial dá lastro à tese de que a prevalência da liberdade de expressão sobre outros direitos fundamentais seja absoluta. Ainda que se reconheça a relevância desse direito fundamental, situações de colisão com outros direitos de igual envergadura não serão resolvidas necessariamente atribuindo-se peso abstrato maior à liberdade de expressão" (*op. cit.*, p. 258).

²⁹ Refira-se, também, que essa orientação foi acolhida nas Jornadas de Direito Civil (Enunciado n. 613) do Conselho da Justiça Federal (STJ): "A liberdade de expressão não goza de posição preferencial em relação aos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro".

pelo Supremo Tribunal Federal: a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 130³⁰. Nesta ADPF, que reconheceu a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, os Ministros citam a jurisprudência norte-americana mais de 20 vezes: o Min. Ayres Britto cita a Primeira Emenda e o Presidente americano Thomas Jefferson³¹; o Min. Menezes Direito aborda as decisões dos casos *Patterson v. Colorado* (1907) e *Abrams v. United States* (1919), de relatoria do Justice Holmes, e *Whitney v. Califórnia* de relatoria do Justice Brandeis³²; o Min. Celso de Mello também acompanha os colegas citando o Justice Hugo Black, *Schenck v. United States* (1919), *New York Times v. Sullivan* (1964) e *Virgínia v. Black et al.*³³; por fim, o Min. Gilmar Mendes dedica aproximadamente 10 páginas de seu voto à jurisprudência norte-americana, partindo desde a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, aprofundando os argumentos das decisões mencionadas pelos colegas e mencionando outra dúzia de decisões diferentes da Suprema Corte Americana³⁴. Não se trata de uma decisão isolada do Supremo Tribunal Federal: a jurisprudência norte-americana também embasa significativamente o voto dissidente do Min. Marco Aurélio no julgamento do HC 82.424 (caso Ellwanger)³⁵ e fundamenta a decisão envolvendo a constitucionalidade da Marcha da Maconha (ADPF 187)³⁶.

Este breve apanhado demonstra a influência que a jurisprudência norte-americana acerca da liberdade de expressão exerce no Brasil. Outros casos de nossos tribunais superiores ainda poderiam ser citados, em que mesmo não havendo citação explícita de algum *case* norte-americano, percebe-se claramente a origem de certas passagens, que ecoam célebres passagens de paradigmáticas decisões da Suprema Corte norte-americana.³⁷ O que se pode notar de plano é que, apesar da

³⁰ HARTMANN, Ivar. Crise dos Precedentes no Supremo: O Caso dos Precedentes Sobre Liberdade de Expressão. In: **Revista de Estudos Institucionais**. v. 6. n. 1. Jan/Abr 2020

³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 130**. Voto-Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Páginas 21 e 34.

³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 130**. Voto-vista Ministro Menezes Direito. Páginas 89 e 90.

³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 130**. Voto-vista Ministro Celso de Mello. Páginas 154, 155 e 162.

³⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 130**. Voto-vista Ministro Gilmar Mendes. Páginas 209 – 219.

³⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas-Corpus 84.424**. Voto-vista Ministro Marco Aurélio. Páginas. 10 – 14, 23, 36, 57 – 59.

³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 187**. Voto Relator Ministro Celso de Mello. p. 48-49

³⁷ "LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PLURALISMO DE IDEIAS. VALORES ESTRUTURANTES DO SISTEMA DEMOCRÁTICO. (...). 5. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas

promulgação da Primeira Emenda ter ocorrido no final do século XVIII, as decisões citadas pelas obras e pela jurisprudência brasileira são quase que inteiramente do século XX, geralmente iniciando a partir das decisões do Justice Holmes em 1919 nos casos *Schenck v. United States* e *Abrams v. United States* – nos quais ficou estabelecido o teste de limitação da liberdade de expressão baseado no chamado teste do perigo claro e iminente (*Clear and Present Danger test*)^{38, 39}

Sobre a jurisprudência da nossa Corte Suprema envolvendo o tema das liberdades comunicativas encontram-se igualmente análises laudatórias quanto críticas. No primeiro sentido encontramos, exemplificativamente, Maria Celina Bodin de Moraes, para quem a jurisprudência do STJ “tem adotado uma posição coerente e consistente, vindo a construir alguns precedentes da maior importância”,

que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional.” (ADI 4451, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 01-03-2019 PUBLIC 06-03-2019) Esse trecho da ementa lembra passagem do voto de Holmes ao julgar o caso *United States v. Schwimmer* (1929), em que ele afirmou que “if there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other, it is the principle of free thought – not free thought for those who agree with us but freedom for the thought that we hate”. Ou então as palavras de Brennan, ao julgar o caso *Texas v. Johnson* (1989), afirmando que “se existe um princípio fundamental subjacente à Primeira Emenda, é que o governo não pode proibir a expressão de uma ideia simplesmente porque a sociedade a considera ofensiva ou desagradável”.

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. LEI DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO PELA CF/88. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA. CONTEÚDO OFENSIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. LIBERDADE DE IMPRENSA EXERCIDA DE MODO REGULAR, SEM ABUSOS OU EXCESSOS. (...) 10. A diligência que se deve exigir da imprensa, de verificar a informação antes de divulgá-la, não pode chegar ao ponto de que notícias não possam ser veiculadas se não forem utilizados os termos estritamente técnicos ou até que haja certeza plena e absoluta da sua veracidade. O processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial, no qual se exige cognição plena e exauriente acerca dos fatos analisados, bem como a sua exata qualificação jurídica.” (REsp 1269841/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 25/10/2013)

Esse voto da Min. Nancy lembra as célebres passagens do voto do Justice Brennan no caso *New York Times Co. v. Sullivan* (1964), no qual ele rebate o argumento de que alguns trechos da publicação eram falsos, dizendo que “erroneous statement is inevitable in free debate” e que inclusive afirmações falsas “must be protected if the freedoms of expression are to have the ‘breathing space’ that they need ... to survive.”

³⁸ ROBSON, Ruthann. **First Amendment – Cases, Controversies, and Contexts**. CALI e Lagdell Press. City University of New York. 2016. p. 18 – 25.

³⁹ Cumpre dizer que, segundo Feldman, a Suprema Corte favorece mais a livre expressão em relação a liberdade religiosa, predileção judicial essa que “aparece durante as primeiras séries de casos envolvendo o debate sobre a Primeira Emenda nas décadas de 1930 e 1940, particularmente aqueles casos tratando as Testemunhas de Jeová, e continua até hoje” - FELDMAN, Stephen M. A teoria e a política nas proteções da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos: por que a Suprema Corte favorece mais a livre expressão em relação à liberdade religiosa?. In: In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Liberdade de expressão no século XXI**. Belo Horizonte: Del Rey Ed., 2016, p. 124.

fornecendo indicadores importantes para desatar colisões entre a liberdade de expressão e a proteção de alguns direitos de personalidade, tais como “o interesse público à notícia, a veracidade ou verossimilhança da notícia, sua atualidade, a continência e a pertinência do fato noticiado, a notoriedade da vítima, a ausência de intenção de ofender e a ausência de abuso do direito de informar.”⁴⁰

Em sentido oposto, fornecendo uma visão crítica da jurisprudência do nosso Supremo Tribunal Federal sobre o tema da liberdade de expressão, encontramos Ivar Hartmann, para quem “o Supremo não produziu, até agora, um corpo de precedentes sobre liberdade de expressão e seus conflitos com outros direitos fundamentais que permita orientar as instâncias inferiores.” Após analisar os casos mais relevantes daquele órgão julgador sobre o tema, em profunda e metódica pesquisa, concluiu o estudioso que “o tribunal não tem cumprido seu papel de produzir precedentes sobre a proteção da liberdade de expressão, honra e imagem para orientar o Judiciário brasileiro, aumentando a previsibilidade em relação às decisões judiciais sobre o assunto”.⁴¹

De qualquer sorte, objeto deste estudo é a análise da experiência norte-americana, à qual agora se volta a atenção, não sem antes referir que embora tenha sido a jurisprudência norte-americana que mais se notabilizou pela defesa intransigente da liberdade de expressão, não há como deixar de reconhecer que a Inglaterra dispunha de uma longa tradição doutrinária nesta direção, que remonta a 1644, data da publicação do livro *Aeropagítica*, de John Milton, que pregava a liberdade de impressão sem qualquer censura. Quarenta anos mais tarde, em 1689, foi a vez da publicação de *A Letter Concerning Toleration*, por John Locke, que defendia uma ampla liberdade de manifestar pensamentos religiosos. Mais importante ainda foi a publicação, em 1859, do clássico de John Stuart Mill, *On Liberty*, uma verdadeira ode à liberdade irrestrita de expressão, que só poderia ser

⁴⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina. Honra, liberdade de expressão e ponderação. **civilistica.com**. A. 2., n. 2 (2013), p. 3 e 4.

⁴¹ HARTMANN, Ivar A. Crise dos precedentes no Supremo: o caso dos precedentes sobre liberdade de expressão. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2020, p. 125.

limitada se causasse dano a outrem (princípio do dano)^{42, 43} A experiência norte-americana é tributária dessa tradição, como se verá a seguir.

2 A liberdade de expressão nos Estados Unidos: a origem do paradigma liberal

A Primeira Emenda à Constituição Americana apresenta cinco liberdades distintas, mas inseparáveis – Expressão, Imprensa, Religião, Petição e Reunião – que, conjuntamente às demais nove emendas seguintes, formam o chamado *Bill of Rights*. Essa verdadeira carta de direitos fundamentais foi proposta em 1789, tendo sido definitivamente aprovada e ratificada em 15 de dezembro de 1791, quando passou a integrar a Constituição Americana⁴⁴.

Apesar do grande valor que a liberdade de expressão ocupa atualmente, originariamente inexistia uma preocupação substancial com a dignidade da pessoa humana, muito menos com a relação entre democracia e manifestação livre do pensamento. Historiadores do Direito americano evidenciam que, até a Primeira Guerra Mundial, não havia uma grande preocupação com a garantia de liberdades civis, nem uma consciência coletiva da importância dessas liberdades, especialmente em períodos de guerra. Para provar seu argumento, Murphy lista 36 episódios que demonstram a intolerância e a pouca efetividade da proteção

⁴² Sobre esses momentos simbólicos, v. WARBURTON, Nigel. **Free Speech**. A Very Short Introduction. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 103.

⁴³ Eis como Mill explica seu princípio do dano: “Que o único propósito pelo qual o poder pode ser legitimamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é prevenir danos a outros. Seu próprio bem, seja físico ou moral, não é uma garantia suficiente. Ele não pode ser legalmente compelido a fazer ou tolerar algo, porque será melhor para ele, porque o fará mais feliz, ou porque, na opinião dos outros, fazê-lo seria sensato ou mesmo correto. Essas são boas razões para protestar contra ele, ou debater com ele, ou persuadi-lo, ou suplicá-lo, mas não para forçá-lo ou puni-lo, caso ele faça o contrário. Para justificar essas medidas, o único tipo de conduta da qual se deseja dissuadi-lo deve ser aquela capaz de produzir mal a outra pessoa. O único tipo de conduta pelo qual alguém é responsável perante a sociedade é aquele que diz respeito aos outros. Na parte que apenas diz respeito a si mesmo, sua independência é um direito absoluto. Sobre si mesmo, seu corpo e sua mente, o indivíduo é soberano” (tradução livre) - MILL, John Stuart (2001). **On Liberty** (1859). Kitchener/Canadá: Batoche Books, p. 13.

⁴⁴ Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances. Em português: “O Congresso não legislará em relação ao estabelecimento de uma religião, ou proibindo seu livre exercício; ou cerceando a liberdade de expressão, ou de imprensa; ou o direito das pessoas de reunião pacífica, e de petição ao governo para reparação de ofensas” (tradução nossa). Original disponível em: UNITED STATES. Bill of Rights. https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment Acesso em: 30 de agosto de 2021.

constitucional nesse período⁴⁵, destacando-se a proibição editada pela cidade de Pittsburgh de se tocar música de Beethoven durante a guerra⁴⁶; a proibição, em escolas de Nova Iorque, da circulação da revista *Review of Reviews*, devido a artigos sobre a guerra⁴⁷; o fato de que no Estado de Nebraska um grupo invadiu escolas, roubou e queimou livros escritos em alemão, além de residências terem sido pintadas com tinta amarela para marcar os “desleais”⁴⁸; o fato de a escritora feminista e anarquista Emma Goldman ter sido presa e posteriormente deportada para a Rússia, apenas em razão das ideias que professava⁴⁹; a condenação de um fazendeiro de Ohio a 21 meses de prisão, por criticar a atuação do exército americano na guerra⁵⁰; a condenação do produtor do filme *Spirit of '76* a 10 anos de prisão, por ter retratado negativamente os soldados britânicos na guerra da Revolução Americana.⁵¹ Nesse último caso, entendeu-se que a propagação de uma visão negativa do exército britânico – aliado dos norte-americanos na Primeira Guerra Mundial – iria contra os interesses do país e isso bastava para censurar a obra e aprisionar o produtor de acordo com o *Espionage Act* de 1917.

A condenação envolvendo o produtor de cinema do filme *Spirit of '76* não foi questionada perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao contrário das decisões nos casos *Schenck v. United States* e *Abrams v. United States*, igualmente baseadas no mesmo *Espionage Act* de 1917. Apesar desses casos serem frequentemente citados – inclusive pela jurisprudência do nosso Supremo Tribunal Federal – não se pode esquecer que em ambos houve a condenação dos réus, pois o que ficou para a

⁴⁵ MURPHY, Paul G. **World War I and the Origin of Civil Liberties in the United States**. W.W. Norton Company. New York. 1979. p. 128 –133.

⁴⁶ DRUCKENBROD, Andrew. **Pittsburgh band Beethoveen!**. Disponível em: <https://www.post-gazette.com/ae/classical-musings/2007/03/06/Pittsburgh-bans-Beethoven/stories/200703060233> Acesso em: 10 de setembro de 2021.

⁴⁷ MURPHY, Paul G. **World War I and the Origin of Civil Liberties in the United States**. W.W. Norton Company. New York. 1979. p. 128

⁴⁸ HENDEE, David. **During World War I, Nebraska and Iowa nearly lost sight of democracy**. Disponível em: https://www.omaha.com/history/during-world-war-i-nebraska-and-iowa-nearly-lost-sight/article_f7f928b0-173f-11e7-a6d7-33e287933285.html Acesso em: 10 de setembro de 2021.

⁴⁹ **The Emma Goldmann Papers**. Disponível em: <http://www.lib.berkeley.edu/goldman/MeetEmmaGoldman/warresistance-antimilitarism-deportation1917-1919.html> Acesso em: 10 de setembro de 2021.

⁵⁰ HUDSON JR. David L. **Free Speech During Wartime**. Disponível em: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1597/free-speech-during-wartime> Acesso em: 10 de setembro de 2021..

⁵¹ CHIANG, Tun-Jen; POSNER, Richard A. Censorship versus Freedom of Expression in the arts. In: GINSBURGH, Victor A; THROSBY, David. **Handbook of the Economics of Art and Culture**. Elsevier. North-Holland. 2006. p. 323

história e para a tradição libertária⁵² foi a argumentação dos votos dissidentes.

A orientação jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana é geralmente muito prestigiada, mas as críticas também estão presentes. Dentre elas, destaca-se a de Cass Sunstein, para quem o entendimento jurisprudencial libertário da Suprema Corte é inadequado para resolver os problemas atuais e ameaça simultânea e paradoxalmente proteger de forma excessiva e insuficiente a liberdade de expressão. É inadequado para as controvérsias atuais, porque é mal adaptado aos problemas levantados pela regulamentação do financiamento de campanhas, do discurso científico, da regulamentação da radiodifusão, do discurso de ódio, da publicidade comercial e da pornografia. Protege mais do que deveria, porque inclui, na categoria de expressão protegida, discursos que não atendem aos objetivos para os quais o discurso deve ser protegido, causando graves danos sociais. Protege menos do que deveria, porque o atual entendimento não alcança o objetivo central de produzir uma democracia deliberativa entre cidadãos politicamente iguais.⁵³

Passa-se, agora, a examinar alguns casos paradigmáticos da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, que firmaram as bases de uma orientação que se consolidou ao longo do século XX e que perdura até os dias presentes, com algumas nuances e pequenas alterações, que serão igualmente destacadas. Essa tradição remonta a 1919.

2.1 Caso *Schenck v. United States* (1919) - O "*Clear and Present Danger Test*"

Em *Schenck v. United States* o réu foi condenado por unanimidade por distribuir panfletos que defendiam a inconstitucionalidade do recrutamento compulsório. Baseando seu argumento na Décima Terceira Emenda da Constituição Americana – que proibia a escravidão e a servidão forçada – o réu argumentava que o *Conscription Act*, que recrutava cidadãos para a guerra, era uma violação da Constituição e uma espécie de despotismo que transformava cidadãos em subjugados. Além disso, argumentava que a liberdade de consciência de todos deveria ser respeitada e todos deveriam se insurgir contra a Lei do recrutamento,

⁵² STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2014.

⁵³ SUNSTEIN, Cass R. Free Speech Now. *University of Chicago Law Review*. Vol. 59 (1992), p. 315.

exercendo sua liberdade de expressão e de reunião. Também conclamava a população que se opunha ao recrutamento para se unir ao partido socialista⁵⁴.

A Suprema Corte Americana condenou por unanimidade o autor do panfleto baseado na Seção 3 do *Espionage Act* de 1917, tal como emendada pelo *Sedition Act* de 1918, que punia quem intencionalmente buscasse causar a insubordinação de militares das forças armadas. *Justice* Holmes foi o redator do voto condutor da maioria, que manteve a condenação, mas que, ironicamente, acabaria por ser citado pela doutrina e jurisprudência posterior e se tornaria famoso pela defesa da liberdade de expressão. No caso concreto, Holmes menciona que havia claramente a intenção dos agentes em influenciar ou impedir os recrutamentos, enquadrando-se tal conduta na normativa legal.

O caso *Schenck v. United States* marcou a jurisprudência americana por estabelecer o teste que deveria servir para delimitar o alcance da proteção conferida pela Primeira Emenda. Segundo Holmes, esse teste significava verificar se a conduta da manifestação da opinião gerava um perigo atual e evidente capaz de gerar um mal que o congresso americano estava encarregado de repelir – teste conhecido como *clear and present danger test*. Nesse sentido, Holmes fez a famosa analogia de que nem mesmo a mais forte proteção da liberdade de expressão poderia proteger um homem que falsamente gritasse *fogo* em um teatro e causasse pânico. Em suas palavras:

The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting "fire" in a theatre and causing a panic. The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree.⁵⁵

⁵⁴ Alguns trechos do panfleto: "A conscript is little better than a convict. He is deprived of his liberty and of his right to think and act as a free man. A conscripted citizen is forced to surrender his right as a citizen and become a subject. He is forced into involuntary servitude. (...) He is deprived of all freedom of conscience in being forced to kill against his will. (...) Join the Socialist Party in its campaign for the repeal of the Conscription Act (...) Exercise your rights of free speech, peaceful assemblage and petitioning the government for a redress of grievances." O panfleto completo constitui-se de duas páginas e pode ser acessado em <https://www.awesomestories.com/images/user/52acbfd15.jpg>.

⁵⁵ U.S. Supreme Court. **Schenck v. United States**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/> Acesso em: 1 de agosto de 2021.

Apesar de sua lógica, um tanto incoerentemente Justice Holmes considerou que os panfletos eram capazes de gerar o perigo atual e evidente. Se a liberdade de expressão encontra limite a partir da potencialidade e iminência de causar um mal que deve ser repellido pelo Congresso, então, para Holmes, os panfletos superavam o patamar necessário para se tornarem ilegais, ou seja, a distribuição dos panfletos equivalia à conduta de gritar fogo falsamente em um teatro, uma vez que poderia levar o país a se enfraquecer na guerra caso muitos levassem em consideração as ideias expressadas no panfleto.

Sua concepção do *clear and present test* foi saudada pela melhor doutrina da época como um critério mais objetivo e protetivo do que o anterior critério que por vezes era utilizado especialmente pelas instâncias inferiores, qual seja o da *bad tendency test*. De acordo com este último 'teste', se a manifestação do pensamento pudesse causar maus resultados, como ameaçar a ordem pública, subverter padrões aceitos de moralidade ou perturbar o esforço de guerra, então poderia ser constitucionalmente restringida. Esse teste não exigia a apresentação de evidências claras que vinculassem diretamente a manifestação do pensamento e uma conduta ilícita.

Assim, essa doutrina estranhou e criticou quando o mesmo Holmes proferiu votos em dois casos julgados poucos dias depois – *Frohwerk v. United States* (1919) e *Debs v. United States* (1919) – e fez referência ao *bad tendency test*, silenciando sobre o *Clear and present test*. Dois dos mais eminentes professores norte-americanos, Zechariah Chafee (da Universidade de Harvard) e Ernst Freund (da Universidade de Chicago) escreveram artigos mostrando-se frustrados pelos julgamentos de Holmes nesses dois casos. Holmes era um leitor compulsivo e tomou imediato conhecimento de tais críticas. Durante o recesso de verão de meados daquele ano, Holmes acabou se encontrando com Chafee e outros professores para uma discussão sobre o alcance e limites da liberdade de expressão. Assim, em

novembro de 1919, ao julgar o caso *Abrams v. United States*, Holmes retornou ao seu *clear and present danger test*, aprimorando-o⁵⁶, como será visto a seguir.⁵⁷

2.2 Caso *Abrams v. United States* (1919)

O caso *Abrams v. United States* foi decidido poucos meses após *Schenck v. United States* e é marcado por uma alteração de posicionamento do *Justice* Holmes. O caso envolvia quatro réus (Abrams, Mollie Steimer, Hyman Lachowsky e Samuel Lipman), todos imigrantes russos, que haviam sido condenados criminalmente a 20 anos de prisão, por distribuir panfletos criticando a atuação dos Estados Unidos em solo russo, auxiliando as forças contrarrevolucionárias. Os panfletos afirmavam que tal ação do governo americano tinha como objetivo desarticular a Revolução Bolchevista, atendendo aos interesses capitalistas, e concluíam por conclamar os trabalhadores das fábricas de munição a realizar uma greve geral para reduzir a capacidade militar dos Estados Unidos⁵⁸.

A condenação dos réus foi mantida pela Suprema Corte, por 7x2, tendo a maioria dos juízes seguido o voto do *Justice* Clark, que, em três breves parágrafos – sendo que os dois primeiros se limitavam a listar as acusações – entendeu que os réus claramente pretendiam provocar resistência à atuação dos Estados Unidos no esforço bélico, ao tentar impedir a fabricação de munição.

⁵⁶ Segundo White, o teste do *clear and present danger* baseava-se num paradoxo. O teste parte da premissa que a liberdade de expressão não era um direito absoluto, apesar dos termos da Primeira Emenda. Admitia o princípio genérico que o governo poderia limitar as liberdades individuais (como ocorreu no caso *Schenck*), mas também colocava limites aos poderes políticos para restringir a liberdade de expressão, atribuindo ao judiciário a fixação desses limites (tal como ocorreu no caso *Abrams*, em que defendeu que a pregação contra a intervenção na Rússia era protegida) – WHITE, G. Edward. **The American Judicial Tradition** – Profiles of Leading American Judges. Expanded Edition. New York: Oxford University Press, 1988, p. 171.

⁵⁷ Sobre esse caso, v. FRIEDMAN, Lawrence M. **American Law in the 20th Century**. New Haven: Yale University Press, 2002, p. 142; GARRY, Patrick M. Verbete “*Schenck v. United States* (1919)”. In: BOYER, Paul S. (ed.). **The Oxford Companion to United States History**. New York: Oxford University Press, 2001, p. 685; PATRICK, John J. **The Supreme Court of the United States** – A Student Companion. 3. Ed. New York: Oxford University Press, 2006, p. 309/310; HALL, Kermit L. & Patrick, John J. **The Pursuit of Justice** – Supreme Court Decisions that Shaped America. New York: Oxford University Press, 2006, p. 77/84.

⁵⁸ U.S. Supreme Court. **Abrams v. United States**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/#tab-opinion-1928349> Acesso em: 1 de dezembro de 2018.

O caso *Abrams* se tornou famoso pelo voto dissidente do *Justice* Holmes, acompanhado pelo *Justice* Brandeis. Nesse caso, Holmes votou pela absolvição dos réus e se tornou famoso pela menção do livre mercado de ideias como melhor maneira de se alcançar a verdade⁵⁹: "the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market".⁶⁰

O argumento do *free market of ideas* estabeleceu uma leitura liberal da liberdade de expressão, invertendo o paradigma até então dominante na jurisprudência norte-americana que submetia a liberdade de expressão a controles e restrições mais rígidas. Sua argumentação deu uma interpretação mais liberal ao teste do "clear and present danger", uma fórmula que se tornou famosa e influente ao longo do tempo⁶¹

Entretanto, essa defesa da liberdade de expressão não foi o argumento que Holmes usou para votar pela absolvição. Esse consistia em que para haver condenação deveria haver a intenção dos agentes de produzir os resultados punidos pela Lei. Holmes admitiu que, regra geral, para a punição civil ou criminal bastaria a previsibilidade do resultado, ainda que não efetivamente previsto pelo agente.⁶² Todavia, no caso das normas aplicáveis ao caso, Holmes entendeu que a punição pela infração do *Espionage Act* de 1917, tal como alterado pelo *Sedition Act* de 1918, exigia a intenção específica de enfraquecer ou atrapalhar a atuação dos Estados Unidos na guerra ("*with intent by such curtailment to cripple or hinder the United States in the prosecution of the war*"). Segundo Holmes, inexistia prova dessa

⁵⁹ Sarlet e Siqueira, porém, lembram que "existem múltiplas formas de compreender a verdade", surgindo problemas "quando a verdade passa a ser pura e simplesmente uma questão de perspectiva." Apoiados em Arendt e Kakutani, reconhecem "a legitimidade da verdade racional, lastreada no conhecimento científico, sem, obviamente, negar a existência das então chamadas verdades factuais, decorrentes de interpretações dos indivíduos" - SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. Liberdade de expressão e seus limites numa democracia: o caso das assim chamadas 'fake news' nas redes sociais em período eleitoral no Brasil. **Revista Estudos Institucionais**. V. 6, n. 2, p. 534-578, maio/ago. 2020, p. 570.

⁶⁰ Uma interessante análise da alteração do posicionamento de Holmes nesse caso, frente ao caso *Schenck*, julgado poucos meses antes, é feita por WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge/Massachusetts, London: Harvard University Press, 2012, p. 25.

⁶¹ PARRISH, Michael. Fighting Faiths: The Abrams Case, the Supreme Court, and Free Speech by Richard Polenber. In: **Constitutional Commentary**. Vol 6, 1989, p. 190.

⁶² "A man may have to pay damages, may be sent to prison, at common law might be hanged, if, at the time of his act, he knew facts from which common experience showed that the consequences would follow, whether he individually could foresee them or not". HOLMES, Justice. **Abrams v. United States**. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/#tab-opinion-1928349> Acesso em: 10 de setembro de 2021.

intenção no caso em tela, pois a única intenção dos réus era apoiar a Rússia e criticar a ação militar americana em solo russo, não tendo eles se posicionado contra a guerra com a Alemanha, que era contra quem os Estados Unidos haviam declarado guerra.

O que ficou para a posteridade foram os dois últimos parágrafos do voto de Holmes, no qual ele elabora sua contrariedade em relação à grave punição estabelecida pela Lei de sedição, além de deixar claro que não acreditava que os réus merecessem uma punição tão grave por condutas que ele julgava totalmente incapazes de causar o mal que a legislação visava coibir. Holmes afirmou que os réus tinham direito de publicar os panfletos. Caso se entendesse o contrário, então a pena a ser aplicada não deveria passar do mínimo, pois do contrário eles estariam sendo punidos não pelos atos efetivamente praticados, mas sim pela ideologia que defendiam (*"unless the defendants are to be made to suffer not for what the indictment alleges, but for the creed that they avow"*). Além disso, Holmes deixou claro que ele percebia os réus como pobres e insignificantes anônimos (*"poor and puny anonymities"*), sequer os chamando pelo nome ao longo do voto, e define o socialismo como uma ideologia de ignorância e imaturidade (*"creed of ignorance and immaturity"*). Ou seja, quando Holmes defende que a melhor ideia deve emergir do livre mercado de ideias, implicitamente sustenta que em momento algum os réus teriam qualquer chance de subverter a ordem através de seus panfletos, seja por sua insignificância, seja por considerar as ideias defendidas como absurdas.

Diante disso, Mark Garber procura desconstruir a fama de Holmes como o paladino da liberdade de expressão, referindo que *"unfortunately, upon close examination, virtually all of Holmes's reputation as the great modern defender of civil liberty rests on the last paragraph of the Abrams dissent"*⁶³. Garber, examinando o passado de Holmes, sustenta que ele nunca teve a intenção de estabelecer uma defesa ampla da liberdade de expressão, pois a única decisão de Holmes a favor da liberdade de expressão foi em *Patterson v. Colorado* (1907), onde afirmou que os Estados-membros não podiam estabelecer censura prévia à expressão, diante da vedação estabelecida pela Primeira Emenda, já que apenas a definição dos

⁶³ GARBER, Mark A. **Transforming Free Speech – The ambiguous legacy of civil libertarianism.** University of California Press. Berkeley. Los Angeles. 1991.

contornos do crime de *contempt of court*⁶⁴, bem como sua punição, caberia à legislação local⁶⁵. Além disso, Holmes também havia votado a favor da condenação de Eugene Debs em *Debs v. United States* (1919), utilizando-se da mesma argumentação de *Schenck v. United States*, defendendo que a conduta de Debs – que também distribuía panfletos buscando interferir com o recrutamento militar – era capaz de gerar um perigo concreto e iminente que o congresso estava obrigado a repelir⁶⁶.

Da mesma forma, Garber aponta para as opiniões seguintes de Holmes que mostram essa sua face pouco amiga da liberdade de expressão. Em *Gilbert v. Minnesota* (1920), Holmes votou pela condenação dos réus a partir de uma lei do Estado de Minnesota que proibia qualquer forma de expressão que procurasse dissuadir alguém de se alistar no exército⁶⁷. Posteriormente, em *Gitlow v. New York* (1925), Holmes retornou ao seu posicionamento de *Abrams v. United States*, apontando os mesmos argumentos de seu precedente nesse caso, ao entender que a conduta de Gitlow – que distribuía um documento intitulado "*left wing manifesto*", no qual defendia a implementação do socialismo – não apresentava o risco atual para se tornar expressão proibida (lembrando que o teste de Holmes exigia perigo atual e evidente), pois entendia que não havia qualquer chance do manifesto de Gitlow gerar qualquer repercussão imediata ("*it had no chance of starting a present conflagration*"⁶⁸).⁶⁹ De qualquer forma, a Suprema Corte condenou Gitlow por 7x2, restando vencido Holmes, acompanhado novamente de Brandeis.

⁶⁴ No direito brasileiro corresponde aos crimes de desobediência, resistência ou desacato, dependendo da conduta do autor, pois *contempt of court* é desprezo ou desdém pelo tribunal. Para aprofundar o assunto; ASSIS, Araken de. **O Contempt of Court no Direito Brasileiro**. In: Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/araken%20de%20assis%284%29%20-%20formatado.pdf> Acessado em: 6 de dezembro de 2018.

⁶⁵ U.S. Supreme Court. **Patterson v. Colorado (1907)**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/205/454/> Acessado em: 1 de dezembro de 2018.

⁶⁶ U. S. Supreme Court. **Debs v. United States**. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1900-1940/249us211> Acesso em: 1 de dezembro de 2018.

⁶⁷ U.S. Supreme Court. **Gilbert v. Minnesota**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/254/325> Acesso em: 1 de dezembro de 2018.

⁶⁸ HOLMES, Justice. **Gilbert v. Minnesota**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/254/325> Acesso em: 1 de dezembro de 2018.

⁶⁹ Abraham e Perry citam trecho do Prof. Chafee (tido por eles como o maior expoente norte-americano sobre liberdade de expressão, no segundo quarto do século XX), ironizando a capacidade de tal manifesto de gerar qualquer tumulto: "any agitator who read these thirty-four pages to a mob would not stir them to violence, except possibly against himself. This Manifesto would disperse them

2.3 Caso *Whitney v. California* (1927)

Por fim, em *Whitney v. California* (1927) estava em questão a conduta da ré Charlotte Whitney, que colaborara na fundação do Partido Comunista da Califórnia em 1919. De acordo com o *Criminal Syndicalism Act*, sua participação enquadrava-se na conduta criminosa de organizar ou assistir na organização de alguma organização que praticasse ou defendesse o chamado sindicalismo criminoso, conceituado como sendo a conduta de praticar, ensinar, defender ou ajudar na prática de crimes, sabotagens ou quaisquer atos violentos ou ilegais para a tomada de controle da fábrica pelos trabalhadores ou quaisquer mudanças políticas.

Whitney se defendeu alegando que não pretendia que o partido agisse através de meios ilegais ou violentos. Todavia, a Suprema Corte não entendeu dessa forma. O voto condutor de Justice Sanford sustentou que o Estado podia usar seu poder de polícia para punir aqueles que abusavam da liberdade de expressão para manifestar opiniões inimigas do bem-estar social, incitassem o crime, perturbassem a paz ou que apresentassem um perigo para o sistema de governo e ameaçassem sua derrubada por meios ilegais. Sanford entendia que essas condutas, previstas no *Criminal Syndicalism Act*, eram perpetradas pelos membros do partido que Whitney ajudou a fundar⁷⁰.

Neste caso, foi Justice Brandeis quem forneceu a opinião divergente, ainda que tenha também votado pela condenação. Sua argumentação (seguida por Holmes) foi colocada a partir de raciocínios inteiramente distintos de seus colegas. Brandeis posicionou-se fortemente a favor da liberdade de expressão, havendo quem tenha dito que se tratou da maior defesa de tal liberdade feita por um membro da Suprema Corte⁷¹.

Partindo do "*Clear and Present Danger Test*", Brandeis buscou estabelecer um significado mais preciso para as expressões "*clear*" e "*present*", tendo em vista que,

faster than the Riot Act" – ABRAHAM, Henry J.; PERRY, Barbara A. **Freedom and the Court** – Civil Rights and Liberties in the United States. 7. ed. New York: Oxford University Press, 1998, p. 158/159.

⁷⁰ SANFORD, Justice. **Whitney v. California**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/357/#tab-opinion-1931857> Acesso em: 1 de dezembro de 2018.

⁷¹ LEWIS, Anthony. **Make No Law: The Sullivan case and the First Amendment**. New York: Random House.1991. p. 85.

mesmo com a aplicação desse teste, a Suprema Corte continuava condenando e garantindo a constitucionalidade de leis que restringiam a liberdade de expressão. Assim, ele estabeleceu três requisitos para que a liberdade de expressão pudesse ser limitada: fundamentos razoáveis para crer que um mal relevante irá acontecer, que ele é iminente e que de fato acontecerá se a expressão for manifestada.⁷²

Portanto, o primeiro ponto defendido por Brandeis é o de que não pode haver apenas medo de dano como resultado da fala, sendo necessário que haja fundamentos razoáveis e racionais (*"fear of serious injury cannot alone justify suppression of free speech and assembly. Men feared witches and burnt women. It is the function of speech to free men from the bondage of irrational fears"*). Para poder estabelecer um limite temporal que permita garantir a liberdade de expressão, Brandeis defendeu que só se pode limitar a expressão quando o resultado da fala se apresenta tão iminente que não haja tempo para uma discussão completa. Havendo tempo para debate, o remédio sempre será mais expressão e não censura, pois as falácias e falsidades serão expostas através da educação e não do silêncio.

Garber chama atenção para o fato de que Brandeis coloca que continua sendo responsabilidade dos Estados federados definir quando e em quais circunstâncias a manifestação do pensamento pode gerar um perigo que o Estado tenha a obrigação de repelir. A partir desse ponto, Garber menciona que a decisão de Brandeis na verdade comporta uma contradição, pois ao mesmo tempo em que ele enfatiza a importância da liberdade de expressão para o regime livre e democrático, Brandeis admite a possibilidade de limitação da liberdade de expressão e enfatiza a importância de seguir as normas do legislativo na interpretação do que constitui um perigo relevante e iminente a ser evitado, sob o fundamento de que a expressão do parlamento eleito representaria a vontade democrática.⁷³

⁷² "To justify suppression of free speech, there must be reasonable ground to fear that serious evil will result if free speech is practiced. There must be reasonable ground to believe that the danger apprehended is imminent. There must be reasonable ground to believe that the evil to be prevented is a serious one" - BRANDEIS, Justice. **Whitney v. California**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/357/#tab-opinion-1931857> Acesso em: 10 de setembro de 2021.

⁷³ GARBER, Mark A. **Transforming Free Speech** – The ambiguous legacy of civil libertarianism. Berkeley/L.A.: University of California Press, 1991, p. 100 - 103.

Por fim, Garber expõe que o que faltou na decisão de Brandeis foi uma justificativa de porque a Suprema Corte estaria mais bem capacitada para definir os limites da liberdade de expressão do que os próprios Estados, principalmente a partir do momento em que ele defere, em primeiro lugar, aos Estados o dever de elaborar esse tipo de legislação.

Sobre o *clear and present danger test*, Simone Schreiber⁷⁴ refere que a Suprema Corte norte-americana acabou reformulando sua noção em alguns julgamentos nos anos cinquenta, exemplificando sua afirmação com o caso *Dennis v. United States* (1951), acolhendo também a técnica do *balancing of interests*, no sentido de que "o julgamento de casos envolvendo a liberdade de expressão não deve descurar dos interesses contrapostos que igualmente merecem proteção", como ocorreu nos casos *American Communications Association v. Douds* (1950) e *Konigsberg v. State Bar of California* (1961). Mas pondera que no final da década de 60, com o julgamento do caso *Brandenburg v. Ohio* (1969), a Suprema Corte "revigorou a distinção entre a advocacia de atos violentos que não esteja associada à ação iminente e aquela que incita a prática de atos violentos de forma imediata", que justificaria "uma reação imediata por parte do Estado".

Mas não coube apenas à jurisprudência a fixação de um norte hermenêutico sobre o conteúdo da Primeira Emenda. Apesar do inequívoco maior peso conferido à jurisprudência, em países de *Common Law*, também a doutrina norte-americana desempenhou um papel digno de referência sobre esse tema, como se passa a expor.

3 Consolidação do libertarianismo civil na defesa da liberdade de expressão

Os votos dos *Justices* Holmes e Brandeis nos casos *Abrams v. United States* e *Whitney v. Califórnia* não foram capazes de formar a maioria na Suprema Corte Americana. A jurisprudência seguiu deferindo ao legislador a primazia na interpretação dos perigos que justificariam a possibilidade de limitar a liberdade de expressão, assegurando a constitucionalidade de normas que impunham tais

⁷⁴ SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 217-258, esp. p. 241 à 245.

limitações, como no caso do *Espionage Act*, que impedia a manifestação da opinião capaz de afetar os esforços americanos na Primeira Guerra Mundial, e o *Criminal Syndicalism Act*, que permitia a condenação de quem manifestasse ou apoiasse presumíveis atos de violência perpetrada por trabalhadores.

Enquanto a jurisprudência majoritária da Suprema Corte permaneceu substancialmente inerte durante a primeira metade do século XX, coube a alguns doutrinadores norte-americanos explicitar o novo paradigma de defesa da liberdade de expressão. O principal expoente desse movimento foi Zachariah Chafee, professor de Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, tido como figura seminal no desenvolvimento da moderna defesa constitucional da liberdade de expressão nos Estados Unidos⁷⁵, tanto pelo impacto de sua muito difundida obra acadêmica⁷⁶ como pela influência que teve sobre seus incontáveis alunos e discípulos, muitos dos quais tornaram-se juízes posteriormente.

Chafee defendeu fortemente o teste elaborado por Holmes (*Clear and Present Danger*) como sendo a única possibilidade de limitação da liberdade de expressão. Chafee sustentou que palavras não configuram crime na ausência de uma imediata tendência de violação da paz. Critica, destarte, a existência de qualquer lei que criminalize a sedição, uma vez que a manifestação da opinião contrária ao governo não corresponde à incitação, mesmo em tempos de guerra, pois "*the words must bring the speaker's unlawful intention reasonably near to success.*"⁷⁷

Sua defesa de que apenas através de rigoroso escrutínio seria possível limitar a liberdade de expressão consistiu em verdadeira mudança de paradigma. Chafee precocemente defendeu a concepção objetiva de liberdade de expressão, ao afirmar que seu fundamento não reside no direito subjetivo do cidadão, mas no interesse da comunidade política. Isto porque seria inútil definir a liberdade de expressão a partir da ideia de um direito (*it is useless to define free speech by talk about rights*"), pois ela poderia ser refutada ao se contraargumentar que o governo possui um direito em

⁷⁵ GARBER, Mark A. *Transforming Free Speech – The ambiguous legacy of civil libertarianism*. Berkeley/L.A.: University of California Press, 1991, p. 122 e WERTHEIMER, John. **Freedom of Speech: Zacariah Chafee and Free-Speech History**. In: *Reviews in American History* 22. 1994. p. 374.

⁷⁶ Sua obra mais influente foi o livro *Free Speech*, publicado em 1920, obra que foi substancialmente expandida e republicada em 1941 com o título de *Free Speech in the United States*.

⁷⁷ CHAFEE, Zacariah. **Freedom of Speech**. London: George Allen and Unwin LTD., 1920, p. 25.

sentido contrário, potencialmente capaz de limitar a expressão ("*the agitator asserts his constitutional right to speak, the government asserts its constitutional right to wage war. The result is a deadlock*"⁷⁸).

Chafee, então, reconhece que há um interesse individual na manifestação da expressão, mas desloca a defesa desse direito do seu caráter subjetivo para o objetivo, mencionando que é mais importante observar o interesse social da busca da verdade. Através dessa lógica, ele conclui que o maior problema das construções jurisprudenciais envolvendo o *Espionage Act* de 1917 residiu em não terem dado a devida importância para essa dimensão objetiva da liberdade de expressão. Isso porque a sociedade possui um permanente interesse pela busca pela verdade, o que limita, assim, a possibilidade de restrição da expressão, só admitida quando fosse capaz de incitar concreta e imediatamente atos ilegais.⁷⁹

Apesar do sucesso das teses de Chafee, ao longo do século XX a doutrina apontou algumas falhas, intencionais ou não, em seus argumentos históricos. Em primeiro lugar, Chafee criou um mito de que os autores da Constituição acreditavam em uma ampla proteção da liberdade de expressão⁸⁰. Todavia, demonstrou-se⁸¹ que a afirmação não representava uma verdade histórica, pois os *founding fathers* foram responsáveis por editar, em 1798, duas leis – *Alien Act* (1798)⁸² e *Sedition Act* (1798)⁸³ - que impediam a manifestação do pensamento crítico contra o governo americano, que, na época, estava em conflito com a França⁸⁴. Mais do que isso, apontou-se que Chafee teria criado a noção de que haveria desde os fundadores uma tradição liberal da liberdade de expressão baseada na relação desse direito com a

⁷⁸ CHAFEE, Zacariah. *Op. cit.*, p. 34.

⁷⁹ CHAFEE, Zacariah. *Op. cit.*, p. 34 – 38.

⁸⁰ CHAFEE, Zacariah. *Op. cit.*, p. 20.

⁸¹ LEVY, Leonard W. **Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History**. Cambridge: Harvard University Press, 1960, p. 63.

⁸² O Alien Act permitia a deportação de imigrantes e dificultava a entrada deles em solo americano, além de aumentar os requisitos para se adquirir direito ao voto. U.S. History. **The Alien and Sedition Acts**. Disponível em: <http://www.ushistory.org/us/19e.asp> Acesso em: 29 de agosto de 2021.

⁸³ O Sedition Act permitia a punição pela manifestação do pensamento falso, escandaloso ou malicioso contra o governo americano. U.S. History. **The Alien and Sedition Acts**. Disponível em: <http://www.ushistory.org/us/19e.asp> Acesso em: 29 de agosto de 2021.

⁸⁴ Os conflitos eram relacionados ao fato de que os Estados Unidos não desejavam pagar suas dívidas para a França, argumentando que a dívida era com o regime anterior à revolução. Apesar de não ter havido guerra declarada ocorreram diversas batalhas no mar. HICKMAN, Kennedy. **The Quasi-War: America's First Conflict**. Disponível em: <https://www.thoughtco.com/the-quasi-war-americas-first-conflict-2361170> Acesso em: 1 de setembro de 2021.

democracia, embora tal noção fosse historicamente falsa, pois na época da fundação dos Estados Unidos a liberdade de expressão era vista apenas como direito individual, tal como o direito de propriedade⁸⁵.

Além disso, Chafee também foi criticado pela forma como descreveu Holmes. Para Chafee, Holmes defendia, na Suprema Corte, a sua noção de liberdade de expressão como um direito que só poderia ser limitado quando as palavras se aproximassem da noção de imediata incitação ao crime⁸⁶. Todavia, nos casos *Schenck* e *Abrams* Holmes utilizou o teste por ele elaborado para condenar os réus, como tornou a fazê-lo em outros casos. Wertheimer⁸⁷ fala que Chafee criou o mito do Holmes libertário, enquanto Graber é ainda mais incisivo, afirmando que Chafee claramente manipulou a história para uma visão idílica do *Justice* Holmes, ao declarar que "*Holmes used the phrase clear and present danger in Schenck to make the punishment of words for their bad tendency impossible*"⁸⁸.

Apesar das críticas em relação aos métodos utilizados por Chafee, sua importância é inegável para a construção do pensamento que envolveu a Primeira Emenda ao longo do século XX nos Estados Unidos. Outros autores, como Alexander Meikeljohn⁸⁹, aprofundaram os argumentos liberais. Tribe⁹⁰ e Harrison⁹¹ identificam semelhanças e diferenças entre as posições de Chafee e Meikeljohn, afirmando que Meikeljohn distinguiu alguns discursos protegidos pela Primeira Emenda para garantir ao discurso político uma proteção absoluta, enquanto para outros tipos de discurso seria possível algumas formas de limitações.

Para concluir o percurso da liberdade de expressão na jurisprudência norte-americana no século XX é necessário referir o momento no qual finalmente a teoria

⁸⁵ GARBER, Mark A. **Transforming Free Speech – The ambiguous legacy of civil libertarianism**. Berkeley/L.A.: University of California Press, 1991, p. 125.

⁸⁶ CHAFEE, Zacariah. **Freedom of Speech**. London: George Allen and Unwin LTD., 1920

⁸⁷ WERTHEIMER, John. Freedom of Speech: Zacariah Chafee and Free-Speech History. **Reviews in American History**, Vol. 22, 1994, p. 371.

⁸⁸ GARBER, Mark A. **Transforming Free Speech – The ambiguous legacy of civil libertarianism**. Berkeley/L.A.: University of California Press, 1991, p. 127.

⁸⁹ MEIKLEJOHN, Alexander. **Free Speech and Its Relation to Self-Government**. New York: Harper & Brothers, 1948.

⁹⁰ TRIBE, Lawrence. **American Constitutional Law**. 3° Edition. University Teatrise Series. Goleta/Ca.: Foundation Press, 2000, p. 786.

⁹¹ HARRISON, Frank. **Freedom of Speech and Press: A Casebook for Undergraduates**. Political Science Faculty Research. San Antonio/Texas: Trinity University, 2006, p. 61.

liberal foi vencedora na Suprema Corte, o que ocorreu em 1964, em *New York Times Co. v. Sullivan*, reforçada em 1969, em *Brandenburg v. Ohio*.

3.1 Caso *New York Times Co. v. Sullivan* (1964)

Em meio à luta pela afirmação dos direitos civis dos negros, um grupo denominado de *Committee to Defend Martin Luther King and the Struggle for Freedom for the South* comprou espaço em vários jornais, dentre os quais o *New York Times*, edição de 29.03.1960. Pretendia-se divulgar uma mensagem de página inteira, intitulada "Heed Their Rising Voices", alegando que estava em andamento uma "onda de terror" contra militantes da não-violência. Citavam-se alguns casos de violência e, em oito linhas, referia-se o uso de policiais armados na repressão efetuada no Alabama State College, em Montgomery, e nas múltiplas prisões do Dr. King. Encerrava pedindo contribuições monetárias para auxiliar na campanha pela igualdade racial.

O Comissário de Polícia de Montgomery, Sullivan, sentindo-se ofendido (embora sequer tivesse sido citado nominalmente - a única menção era à "polícia"), ajuizou ação indenizatória por difamação contra os 4 reverendos que haviam assinado o 'a pedido' e contra o jornal *New York Times*. Demonstrou que eram incorretas e imprecisas várias afirmações sobre como ocorrera a repressão aos estudantes em Montgomery, ainda que as incorreções fossem pouco significativas (afirmou-se que Luther King fora preso 7 vezes, quando na realidade fora preso 4 vezes; afirmou-se que os estudantes haviam cantado o hino "My Country, 'Tis of Thee" em frente ao parlamento de Alabama, quando na verdade eles haviam cantado "The Star-Spangled Banner" [hino oficial dos EUA]). Também havia algumas incorreções em relação à atuação policial no campus, que não havia fechado o campus nem trancado o refeitório como o anúncio denunciava⁹². O tribunal da cidade de Montgomery condenou o *New York Times* ao pagamento de 500 mil dólares em

⁹² O anúncio original completo pode ser encontrado online em: National Archives. **New York Times Co. v. Sullivan**. Disponível em: <http://recordsofrights.org/events/84/new-york-times-v-sullivan> Acesso em: 2 de setembro de 2021.

indenização e a Corte de Alabama confirmou a decisão.⁹³

Em decisão unânime, a Suprema Corte, proveu o recurso para julgar improcedente a ação. *Justice* Brennan foi o responsável pela redação do acórdão⁹⁴. Brennan esclareceu inicialmente que o caso fora decidido originariamente pelo júri civil, com base na legislação do Estado do Alabama, que entendia que quaisquer palavras com tendência a causar danos a uma pessoa ou sua reputação eram presumidamente difamatórias e que a única prova admitida em contrário seria a prova da veracidade do que havia sido dito. Assim, na origem, apenas fora perguntado aos jurados se eles entendiam que o réu (N.Y. Times) havia publicado os comentários e se eles diziam respeito ao autor da ação (Sullivan), pois, sendo assim, haveria a responsabilidade pelos danos – compensatórios e punitivos - presumidos independentemente de prova de sua ocorrência. Brennan foi enfático ao afirmar que não apenas as evidências do caso eram insuficientes para a condenação, mas também que a legislação do Estado de Alabama era inconstitucional frente à proteção constitucional da liberdade de expressão e de imprensa: *"we hold that the rule of law applied by the Alabama courts is constitutionally deficient for failure to provide the safeguards for freedom of speech and of the press"*.

A partir desse momento, a Suprema Corte deixou de lado o caso concreto e passou a analisar a possibilidade de limitação da expressão difamatória frente à garantia constitucional. Brennan afirmou que a Primeira Emenda não colocava como condição de manifestação do pensamento a exigência da prova da verdade por parte de quem se manifesta, por ser inevitável que, em um debate livre, ocorram colocações incorretas, sendo que mesmo essas colocações deverão ser protegidas para que a liberdade de expressão possa sobreviver – *"Erroneous statement is*

⁹³ Sobre esse caso, v. FACCHINI NETO, Eugênio. A liberdade de expressão na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana: entre a categorização e o balanceamento. In: SARLET, Ingo Wolfgang; WALDMAN, Ricardo Libel (Org.). **Direitos Humanos e Fundamentais na era da informação**. Porto Alegre, Ed. Fundação Fênix, 2020, p. 154 e s. Sobre as questões fáticas, v. FRIEDMAN, Lawrence M. **American Law in the 20th Century**. New Haven: Yale University Press, 2002, p. 339/340 e PATRICK, John J. **The Supreme Court of the United States – A Student Companion**. New York: Oxford University Press, 2006, p. 246/247.

⁹⁴ Esse é tido como um dos mais importantes votos de Brennan, segundo TOOBIN, Jeffrey. **THE NINE – Inside the Secret World of Supreme Court**. New York: Anchor Books, 2007, p. 28-29.

*inevitable in free debate, and must be protected if the freedoms of expression are to have the "breathing space" that they "need to survive"*⁹⁵.

A crítica ao governo também não pode sofrer limitações apenas por eventualmente causar danos à reputação de figuras públicas. Aprofundando seu pensamento, Brennan passou a expor o novo teste que passaria a guiar a liberdade de expressão e opinião jornalística, que é a prova do dolo do autor (*actual malice*), explicando que por dolo ele entende o conhecimento de que a opinião é falsa ou com irresponsável despreocupação em relação à falsidade ou veracidade da informação (*"with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not"*⁹⁶).

Justice Hugo Black apresentou um voto concorrente, inocentando também os acusados, mas oferecendo uma fundamentação ainda mais forte. Black é considerado um absolutista da Primeira Emenda, na linguagem atual, identificando a norma constitucional que protege a liberdade de expressão como uma regra e não como um princípio⁹⁷. Sendo assim, ficaria impedida completamente qualquer limitação estabelecida pela legislação infraconstitucional - *"the First and Fourteenth Amendments not merely "delimit" a State's power to award damages to "public officials against critics of their official conduct" but completely prohibit a State from exercising such a power"*⁹⁸. Entendendo que o teste da *actual malice* é demasiadamente abstrato e difícil de provar, conclui que os réus possuem um direito absoluto e incondicional de manifestar sua opinião, pelo menos em relação aos oficiais eleitos e outros assuntos de interesse público, independentemente de qualquer prova de *malice*. As únicas concessões que faz à possibilidade de limitar a amplitude da liberdade de expressão diz respeito ao caso de ofensas (*fighting words*), como no caso *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), ou obscenidade

⁹⁵ As passagens citadas podem ser lidas em BRENNAN, Justice. **New York Times Co. v. Sullivan**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/#tab-opinion-1944787> Acesso em: 3 de setembro de 2021.

⁹⁶ BRENNAN, Justice. **New York Times Co. v. Sullivan**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/#tab-opinion-1944787> Acesso em: 3 de setembro de 2021.

⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo. Martins Fontes. 2002

⁹⁸ BLACK, Justice. **New York Times Co. v. Sullivan**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/#tab-opinion-1944787> Acesso em: 3 de setembro de 2021.

conforme *Roth v. United States* (1957).

No mesmo sentido de Black, o Justice Goldberg manifestou sua posição em defesa do caráter absoluto da liberdade de expressão quando utilizada para criticar a conduta de representantes públicos, ainda que possa haver excesso ou abuso – “*despite the harm which may flow from excesses and abuses*”⁹⁹. Ambos os votos, de Black e de Goldberg, foram seguidos pelo Justice Douglas. Entretanto, a opinião da maioria foi a exposta pelo Justice Brennan, na qual fica permitida a indenização pelos danos causados pela opinião proferida com intenção de causar dano e havendo conhecimento da falsidade ou total irresponsabilidade em relação à veracidade (*actual malice*).

Graber expõe que, em *New York Times Co. v Sullivan*, finalmente a corrente de interpretação liberal da liberdade de expressão foi amplamente vitoriosa na Suprema Corte, afirmando-se, em primeiro lugar, a ideia de que a liberdade de expressão deve ser entendida como um produto do seu tempo, independentemente da forma como os fundadores a compreendiam. Em segundo lugar, a ideia de que a opinião acerca de assuntos de interesse público representa mais do que um simples direito individual, encarnando, na verdade, a essência do governo democrático^{100, 101}

Após essa decisão, faltava apenas uma reconfiguração do teste do perigo atual e evidente (*Clear and Present Danger*), o que viria a acontecer 5 anos depois, em *Brandenburg v. Ohio* (1969).

⁹⁹ GOLDBERG, Justice. **New York Times Co. v. Sullivan**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/#tab-opinion-1944787> Acesso em: 3 de setembro de 2021.

¹⁰⁰ GARBER, Mark A. *Transforming Free Speech – The ambiguous legacy of civil libertarianism*. Berkeley/L.A.: University of California Press, 1991, p. 127.

¹⁰¹ Segundo Partlett, o caso *Sullivan*, apesar de sua imensa importância na época em que foi julgado, deverá nos próximos anos perder muito do seu atrativo, diante de sua incapacidade de levar em conta valores concorrentes. Nos últimos 50 anos, a ênfase nas liberdades e direitos fundamentais no período do pós-segunda-guerra mundial cedeu espaço para uma ansiedade relacionada ao combate ao terrorismo e uma certa desconfiança em relação aos direitos humanos. Além disso, as novas formas de comunicação enfraqueceram a eficácia das normas domésticas frente à realidade da internet. O estático mundo do jornalismo de 1964 é muito diverso do dinamismo da geração, coleta e disseminação de informação dos dias de hoje. Todas essas mudanças, segundo Partlett, fez com que “energetic and influential in early life, the case – a great case in its time – has fallen into old age and decrepitude on the international stage” - PARTLETT, David. *New York Times v. Sullivan at fifty years: defamation in separate orbits*. In: KENYON, Andrew T. (ed.). **Comparative Defamation and Privacy Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, p. 8.

3.2 *Brandenburg v. Ohio* (1969) – A substituição do teste do perigo atual e evidente (*Clear and Present Danger*) pelo teste da iminente ação ilegal (*imminent lawless action*)

Em *Brandenburg v. Ohio*, um membro do grupo supremacista branco Klu Klux Klan havia convidado um jornalista para presenciar e fazer uma reportagem sobre uma das reuniões do grupo, na qual seu líder proferiu um discurso referindo que, caso o Presidente, o Congresso ou a Suprema Corte continuassem suprimindo a raça caucasiana, seria necessário buscar vingança. Em outro momento foi apresentado um vídeo em que o réu afirmava que os negros deveriam voltar para a África e os Judeus para Israel.

No âmbito do Estado de Ohio, no qual a ação penal teve início, o réu foi condenado com base no *Criminal Syndicalism Act* de 1919, que punia criminalmente a defesa da prática de crimes ou quaisquer atos violentos como meio de mudança política, inclusive a participação em organizações que defendessem tais ideias.

A Suprema Corte aceitou conhecer do caso e acabou absolvendo o réu e expressamente revogou o precedente *Whitney v. California*, no qual uma condenação com base em legislação semelhante fora mantida. Fixando novo entendimento, a Suprema Corte afirmou que a liberdade de expressão só poderia ser restringida quando fosse diretamente direcionada à produção iminente de uma ação ilegal (*imminent lawless action*) e fosse capaz de incitar ou produzir tal ação – “*except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action*”¹⁰². Simplesmente pregar uma doutrina ou divulgar uma ideia que defenda o uso da violência não é o mesmo que preparar e incitar o grupo nesse sentido. Nesse caso, qualquer legislação que falhasse em estabelecer essa distinção estaria incorrendo em inconstitucionalidade.

Dessa forma, a Suprema Corte não eliminou a possibilidade de se restringir a manifestação da opinião, mas estabeleceu uma versão muito mais rígida, que só permite essa restrição no caso dela levar diretamente à prática dos atos criminosos.

¹⁰² U.S. Supreme Court. **Brandenburg v. Ohio**. Disponível em; <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/#tab-opinion-1948083> Acesso em: 4 de setembro de 2021.

Graber aponta que esse novo teste conteve, de fato, as possibilidades de punição pela manifestação da expressão devido à dificuldade de satisfazer a exigência estabelecida¹⁰³.

Já nos anos seguintes o *Brandenburg Test* foi aplicado (casos *Hess v. Indiana*, de 1973, e *NAACP v. Claiborne Hardware Co.*, de 1982), e desde então, esta ainda é a doutrina acolhida pela USSC para casos semelhantes.¹⁰⁴

É hora de concluir.

Considerações Finais

O propósito do artigo foi expor a evolução da doutrina e jurisprudência norte-americana acerca da liberdade de expressão ao longo século XX, tendo como mote o centenário do julgamento dos emblemáticos casos *Schenck v. United States* e *Abrams v. United States*, celebrado em 2019. Nesses casos foram expostas duas ideias que foram retomadas, aprofundadas e aperfeiçoadas em casos posteriores: o teste do *clear and present danger*, para tentar identificar quando uma mensagem poderia ser lícitamente proibida ou restringida em nome de interesses maiores do Estado, e a ideia de um *free market of ideas*, ou seja, a liberdade de expressão como algo importante para permitir a manifestação das mais variadas ideias, que então disputariam o mercado das mentes livres, que poderiam optar por aquelas ideias que se mostrassem mais racionais, razoáveis, interessantes ou verdadeiras, sem nenhum tipo de coerção ou coação do Estado ou da sociedade.

O teste do perigo real e iminente, embora inicialmente sedutor, revelou-se frágil para dirimir alguns conflitos, razão pela qual mais tarde acabou sendo reformulado por ocasião do caso *Brandenburg v. Ohio*, sendo então substituído pelo mais exigente teste da *imminent lawless action*, ou seja, um discurso só poderia ser

¹⁰³ GARBER, Mark A. **Transforming Free Speech** – The ambiguous legacy of civil libertarianism. Berkeley/L.A.: University of California Press, 1991, p.168

¹⁰⁴ Comentadores referem que a *ratio* adotada no caso *Brandenburg v. Ohio* aproxima-se muito daquela adotada pioneiramente pelo juiz federal Learned Hand, em 1917, ao julgar o caso *Masses Publishing Co. v. Pattern*, no qual adotou uma postura francamente favorável à ampla liberdade de expressão, que poderia ser limitada apenas quando se tratasse de direto e explícito incitamento a ações ilegais – nesses termos, UROFSKY, Melvin I. Verbete “Hand, Learned”. In: HALL, Kermit L. **The Oxford Companion do American Law**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 351.

restringido ou proibido se diretamente pretender produzir acarretar uma ação ilegal iminente e realmente for capaz de incitar ou produzir tal ação.

Procurou-se, também, demonstrar como a doutrina e jurisprudência se transformam ao longo do tempo, pois uma opinião divergente pode vir a se tornar opinião majoritária mais tarde, sendo que muitas vezes o amadurecimento das ideias é facilitado pela crítica doutrinária.

A importância dessa análise deve-se ao fato de que as decisões da Suprema Corte norte-americana nessa área tiveram grande influência no mundo incidental, pois muitos são os acórdãos das cortes superiores nos mais diversos países que fazem referências a ideias como a liberdade de expressão servindo para abastecer um “livre mercado de ideias”, ou a de que a crítica acerba a algum agente público só pode ser proibida ou restringida se houver uma *actual malice*, ou seja, quando haja a ciência da inverdade do que se está afirmando ou uma desarrazoada despreocupação em saber se é verdade ou não.

Essa, aliás, a principal função do direito comparado: ao se estudar uma experiência jurídica alienígena, acaba-se conhecendo melhor o próprio direito nacional, ao se perceber a origem de algumas ideias doutrinárias ou práticas jurisprudenciais.

Referências bibliográficas

ABRAHAM, Henry J.; PERRY, Barbara A. **Freedom and the Court** – Civil Rights and Liberties in the United States. 7. ed. New York: Oxford University Press, 1998.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Liberdade de expressão em tempos de cólera**. Rio de Janeiro: G/Z ed., 2020.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe 2020/2021 – O Estado dos Direitos Humanos no Mundo**. Disponível em: <https://anistia.org.br/informe-anual/informe-anual-2020-o-estado-dos-direitos-humanos-no-mundo/>, acesso em 20/09/2021.

ASSIS, Araken de. O Contempt of Court no Direito Brasileiro. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/araken%20de%20assis%284%29%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 6 de setembro de 2021.

BALKIN, Jack M. The Future of Free Expression in a Digital Age. **Pepperdine Law Review**. Vol. 36, 2009.

BINENBOJM, Gustavo; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Prefácio. FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BLACK, Justice. **New York Times Co. v. Sullivan**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/#tab-opinion-1944787>
Acesso em: 6 de setembro de 2021.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Honra, liberdade de expressão e ponderação. **civilistica.com**. A. 2., n. 2 (2013).

BOFF, Salete Oro; DIAS, Felipe da Veiga. Os direitos à liberdade de imprensa e informação na Internet: considerações jurisprudenciais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** – RECHTD. V. 4, n. 2. Jul/dez 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Item 'Liberdades de Expressão'. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRANDEIS, Justice. **Whitney v. California**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/357/#tab-opinion-1931857>
Acesso em: 6 de setembro de 2021.

BRENNAN, Justice. **New York Times Co. v. Sullivan**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/#tab-opinion-1944787>
Acesso em: 6 de setembro de 2021.

CENSORSHIP. **A briefing on the Abolition of Seditious Libel and Criminal Libel**. Disponível em: https://www.englishpen.org/wp-content/uploads/2015/09/seditious_libel_july09.pdf Acesso em: 6 de setembro de 2021.

CHAFEE, Zacariah. **Freedom of Speech**. George Allen and Unwin LTD. London. 1920.

CHIANG, Tun-Jen; POSNER, Richard A. Censorship versus Freedom of Expression in the arts. In: GINSBURGH, Victor A; THROSBY, David. **Handbook of the Economics of Art and Culture**. North-Holland: Elsevier, 2006.

CLARK, Justice. **Abrams. v. United States**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/#tab-opinion-1928349>
Acesso em: 6 de setembro de 2021.

DIAS, Roberto. Liberdade de Expressão: biografias não autorizadas. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. n. 41. Jul/dez 2012. Editora PUC-Rio.

DRUCKENBROD, Andrew. **Pittsburgh band Beethoveen!** Disponível em: <https://www.post-gazette.com/ae/classical-musings/2007/03/06/Pittsburgh-bans-Beethoven/stories/200703060233> Acesso em: 6 de setembro de 2021.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law – The moral reading of the American Constitution**. Cambridge/Ma./USA: Harvard University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio. A liberdade de expressão na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana: entre a categorização e o balanceamento. In: SARLET, Ingo Wolfgang; WALDMAN, Ricardo Libel (Org.). **Direitos Humanos e Fundamentais na era da informação**. Porto Alegre, Ed. Fundação Fênix, 2020.

FELDMAN, Stephen M. A teoria e a política nas proteções da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos: por que a Suprema Corte favorece mais a livre expressão em relação à liberdade religiosa?. In: In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Liberdade de expressão no século XXI**. Belo Horizonte: Del Rey Ed., 2016.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Tradução Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRIEDMAN, Lawrence M. **American Law in the 20th Century**. New Haven: Yale University Press, 2002.

GARBER, Mark A. **Transforming Free Speech – The ambiguous legacy of civil libertarianism**. Berkely/L.A.: University of California Press, 1991.

GARRY, Patrick M. Verbete "Schenck v. United States (1919)". In: BOYER, Paul S. (ed.). **The Oxford Companion to United States History**. New York: Oxford University Press, 2001.

GOLDBERG, Justice. **New York Times Co. v. Sullivan**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/#tab-opinion-1944787> Acesso em: 3 de setembro de 2021.

HALL, Kermit L. & Patrick, John J. **The Pursuit of Justice – Supreme Court Decisions that Shaped America**. New York: Oxford University Press, 2006.

HARTMANN, Ivar. Crise dos Precedentes no Supremo: O Caso dos Precedentes Sobre Liberdade de Expressão. In: **Revista Estudos Institucionais**. v. 6. n. 1. Jan/Abr 2020

HARRISON, Frank. **Freedom of Speech and Press: A Casebook for Undergraduates**. Political Science Faculty Research. San Antonio/Texas: Trinity University, 2006.

HENDEE, David. **During World War I, Nebraska and Iowa nearly lost sight of democracy**. Disponível em: https://www.omaha.com/history/during-world-war-i-nebraska-and-iowa-nearly-lost-sight/article_f7f928b0-173f-11e7-a6d7-33e287933285.html Acesso em: 3 de setembro de 2021.

HOLMES, Justice. **Abrams. v. United States**. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/#tab-opinion-1928349> Acesso em: 3 de setembro de 2021.

HOLMES, Justice. **Gilbert v. Minnesota**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/254/325> Acesso em: 3 de setembro de 2021.

HUDSON JR. David L. **Free Speech During Wartime**. Disponível em: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1597/free-speech-during-wartime> Acesso em: 3 de setembro de 2021.

HUGUES, Kirsty; RICHARDS, Neil M. The Atlantic divide on privacy and free speech. In: KENYON, Andrew T. (ed.). **Comparative Defamation and Privacy Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

LEWIS, Anthony. **Make No Law: The Sullivan case and the First Amendment**. New York: Random House, 1991.

LEVY, Leonard W. **Legacy of Suppression: Freedom of Speech and Press in Early American History**. Cambridge: Harvard University Press, 1960.

LUCCA, Newton de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. A liberdade de Expressão do Pensamento e o Habeas-Mídia. **Revista Direito Público RDU**. Edição Especial. 2016.
MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão – Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

MARÓN, Manuel Fondevila; BARROS, Rossana. Enfrentamento dos discursos de ódio na Europa e colisão entre liberdades de expressão versus discriminação a partir da sentença espanhola 235/2007. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. Nueva serie, año LII, núm. 157, enero-abril de 2020, pp. 411-435.

MATHIESEN, Kay. Censura e acesso à expressão. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Liberdade de expressão no século XXI**. Belo Horizonte: Del Rey Ed., 2016.

MEIKLEJOHN, Alexander. **Free Speech and Its Relation to Self-Government**. New York: Harper & Brothers, 1948.

MILL, John Stuart. **On Liberty** (1859). Kitchener/Canadá: Batoche Books, 2001.

MURPHY, Paul G. **World War I and the Origin of Civil Liberties in the United States**. New York: W.W. Norton Company, 1979.

NATIONAL ARCHIVES. **New York Times Co. v. Sullivan**. Disponível em: <http://recordsofrights.org/events/84/new-york-times-v-sullivan> Acesso em: 3 de setembro de 2021.

OPPITZ, Daniela Gomes. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o confronto entre a liberdade de expressão e o direito à honra. **Revista da Ajuris**. V. 44, n. 142. Porto Alegre, Junho, 2017.

OSBECK, Kenneth. **My Country, tis of thee**: The story behind the song. Disponível em: http://www1.cbn.com/devotions/My-Country-Tis-of-Thee-The-Story-Behind-the-Song?cbn_next_article_nid=5812&cbn_next_article_title=Jehovah+Jireh Acesso em: 3 de setembro de 2021.

PARTLETT, David. *New York Times v. Sullivan* at fifty years: defamation in separate orbits. In: KENYON, Andrew T. (ed.). **Comparative Defamation and Privacy Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

PATRICK, John J. **The Supreme Court of the United States – A Student Companion**. New York: Oxford University Press, 2006.

PARRISH, Michael. Fighting Faiths: The Abrams Case, the Supreme Court, and Free Speech by Richard Polenber. **Constitutional Commentary**. Vol 6, 1989.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; POMPEU, Inês Mota Randal. Liberdade de expressão e informação em face dos direitos da personalidade: Análise com base na ADI nº 4.815. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ROBSON, Ruthann. **First Amendment – Cases, Controversies, and Contexts**. New York: CALI e Langdell Press, 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Do mercado de ideias a ideias no mercado – a liberdade de expressão no século XXI. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Liberdade de expressão no século XXI**. Belo Horizonte: Del Rey Ed., 2016.

SANFORD, Justice. **Whitney v. California**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/357/#tab-opinion-1931857> Acesso em: 3 de setembro de 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; WEINGARTNER NETO, Jayme. Liberdade de expressão: algumas ponderações em matéria penal à luz da Constituição Federal do Brasil. **EJL – Espaço Jurídico Journal of Law**. Joaçaba, v. 18, n. 3, p. 637-660, set./dez. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. **Revista Estudos Institucionais**. V. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; HARTMANN, Ivar Alberto Martins. Direitos Fundamentais e Direito Privado: a Proteção da Liberdade de Expressão nas Mídias Sociais. **RDU**. Porto Alegre, V. 16, n. 90, 85-108, nov-dez 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. Liberdade de expressão e seus limites numa democracia: o caso das assim chamadas 'fake news' nas redes sociais em período eleitoral no Brasil. **Revista Estudos Institucionais**. V. 6, n. 2, p. 534-578, maio/ago. 2020.

SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 5º, IX, da C.F. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação/Almedina, 2018.

SCHREIBER, Simone. Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 217-258.

SHINA, Fernando E. **La libertad de expression y otros derechos personalísimos**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2009.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STONE, Adrienne. The comparative constitutional law of freedom of expression. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (ed.). **Comparative Constitutional Law**. Cheltenham/UK: Edward Elgar Ed., 2011.

SUNSTEIN, Cass R. Free Speech Now. **University of Chicago Law Review**. Vol. 59 (1992).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 130**. Voto-Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Páginas 21 e 34.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 130**. Voto-vista Ministro Celso de Mello. Páginas 154, 155 e 162.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 130**. Voto-vista Ministro Gilmar Mendes. Páginas 209 – 219.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 130**. Voto-vista Ministro Menezes Direito. Páginas 89 e 90.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 187**. Voto Relator Ministro Celso de Mello. p. 48-49.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas-Corpus 84.424**. Voto-vista Ministro Marco Aurélio. Páginas. 10 – 14, 23, 36, 57 – 59.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

The Emma Goldman Papers. Disponível em:

<http://www.lib.berkeley.edu/goldman/MeetEmmaGoldman/warresistance-antimilitarism-deportation1917-1919.html> Acesso em: 3 de setembro de 2021.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Fake news: como garantir liberdades e conter notícias falsas na internet?* In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.). **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TOOBIN, Jeffrey. **THE NINE – Inside the Secret World of Supreme Court**. New York: Anchor Books, 2007.

TRIBE, Lawrence. **American Constitutional Law**. 3º Edition. University Teatrise Series. Foundation Press. 2000.

UNESCO. **Tendências mundiais sobre liberdade de expressão e desenvolvimento da mídia**. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000261065>. Acesso em: 20 de setembro de 2019.

UNITED STATES HISTORY. **Espionage Act of 1917**. Disponível em: <https://www.u-s-history.com/pages/h1344.html>. Acesso em: 3 de setembro de 2021.

UROFSKY, Melvin I. Verbete "Hand, Learned". In: HALL, Kermit L. **The Oxford Companion do American Law**. New York: Oxford University Press, 2002.

WARBURTON, Nigel. **Free Speech**. A Very Short Introduction. Oxford: Oxford University Press, 2009.

WERTHEIMER, John. Freedom of Speech: Zacariah Chafee and Free-Speech History. In: **Reviews in American History**. Vol. 22 (1994).

WHITE, G. Edward. **The American Judicial Tradition – Profiles of Leading American Judges**. Expanded Edition. New York: Oxford University Press, 1988.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. **Freedom of Expression** – A critical and comparative analysis. New York: Routledge-Cavendish, 2008.

5. O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES DE TRATAMENTO



<https://doi.org/10.36592/9786581110819-05>

*James Silva Zagato*¹

*Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti*²

*Samyra Haydêe Dal Farra Napolini*³

Sumário

Introdução; 1 Tecnologia e dados pessoais; 2 Os alicerces da responsabilidade civil sob o prisma da sociedade da informação; 3 A atuação dos agentes de tratamento e a imprecisão doutrinária quanto à culpa no dever de reparação; Conclusão; Referências.

Introdução

O núcleo central do presente artigo insere-se na questão dos direitos humanos fundamentais constitucionalmente tutelados, mormente, os que se relacionam aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana vinculados pela Carta Magna de 1988 como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, CF/88) e pela legislação infraconstitucional, à exemplo do Código Civil Brasileiro (art. 11 ao 21), a Lei nº 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet e mais recentemente, a própria Lei nº 13.709/18, como Lei Geral de Proteção de Dados que versa “sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da

¹ Mestre em Direito da Sociedade da Informação FMU-SP. Pós-Graduado em Direito Eletrônico pela EPD. Advogado. São Paulo – Brasil. james_zagato@hotmail.com

² Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Docente do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU-SP.

³ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina. Coordenadora e Docente do Mestrado em Direito do UNIVEM. Docente do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação FMU-SP.

personalidade da pessoa natural" (art. 1º, LGPD).

Isto posto, a necessária análise de qualquer instituto sob o ponto de vista indissociável dos direitos humanos ganha maior camada protetiva em razão dos próprios fundamentos da referida Lei Geral de Proteção de Dados que, em seu artigo 2º consubstancia seus fundamentos e essência axiológica, como o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (art. 2º, LGPD).

Os direitos da personalidade, sob o ponto de vista histórico no Brasil, passaram a ser protegidos indiretamente na Constituição Federal de 1988, denominada Constituição Cidadã, que teve por zelo lapidar em seu artigo 5º inciso V o direito à reparação aos danos de natureza extrapatrimoniais, referenciando, portanto, o instituto da responsabilidade civil como remédio para reparação de danos ocasionados pela violação de direitos da personalidade, acompanhando e revestindo-se da evolução deste imprescindível e secular instituto como forma de pacificação da vida na sociedade pós-contemporânea.

De outro lado, a Declaração Universal dos Direitos do Homem com seu caráter vinculante passa a ser enraizada sob a égide não apenas da legislação pátria mas também pela composição doutrinária e evolução dos institutos jurídicos seguindo-se o movimento internacional de busca à consagração dos Direitos Humanos Fundamentais, acompanhando a tendência e jurisprudência de diversas cortes supremas em nível mundial, incluindo-se o próprio Supremo Tribunal Federal que, constantemente, no apreciar as inúmeras demandas atuais cita e colaciona tais direitos como fundamento Constitucional em inúmeras decisões, mormente aquelas que envolvem direitos da personalidade, considerando-se estes sempre como gênero do qual são espécies a honra, a intimidade, a imagem, o direito de expressão e informação, dentre outros, atrelando-se ao conceito de ser o direito da personalidade como um direito absoluto, indisponível, imprescritível e extrapatrimonial, e,

possibilitando a reflexão sobre o surgimento das denominadas novas dimensões dos Direitos Humanos.

A imersão dos direitos da personalidade e seus detentores no contexto da Sociedade da Informação, o surgimento da internet, a virtualização do que era material e a preconização das amplas oportunidades dos denominados novos micros espaços públicos democráticos, retratam as características da sociedade moderna e o desafiador cenário da evolução das próprias ciências jurídicas e seus institutos de maneira a acompanhar a velocidade com a qual os fatos sociais acontecem.

A informação surge como recurso inexorável no contexto da nova economia e no cenário do mundo globalizado, requerendo, portanto, das ciências jurídicas, maior flexibilidade e celeridade de maneira a possibilitar melhor moldura na expectativa de pacificação das relações sociais frente aos inconstantes fluxos informacionais por meio de novas estratégias que possibilitem a evolução da sociedade humana.

As transformações sociais, vinculam-se, por sua vez, ao estudo filosófico e sociológico como elementos estruturantes desta sociedade pós-contemporânea. Miguel Reale (1980) ao descrever a Teoria Tridimensional do Direito, fato-valor-norma, vincula que a própria fonte material do direito não seria outra coisa senão o referido estudo, em razão dos motivos éticos ou dos fatos que condicionam o aparecimento e as transformações das regras do Direito.

A dificuldade que se impõe, entretanto, de forma talvez não imaginada pelo professor era que, quando da composição da referida teoria, a velocidade com o qual os fatos sociais na Sociedade da Informação aconteciam não chegava à sombra da celeridade imposta hoje na denominada Revolução 4.0, de maneira a condicionar o intenso e irreversível fluxo modificativo pela inovação, novas tecnologias e as novas formas como os sujeitos de direito se relacionam no maravilhoso mundo moderno.

Diante de uma evolução calcada no principal recurso da atual sociedade, qual seja, o poder informacional, o ser humano, enquanto sujeito de direito, vê diante de seus próprios olhos a magnitude do maravilhoso novo mundo envolto em tecnologia e utópicas promessas de transformação social esquecendo-se, por vezes, dos riscos atrelados à nova forma de vida em sociedade minimizados pelos benefícios e propostas irrecusáveis, independentemente, da ampliação do patamar da denominada assimetria informacional.

Isto posto, é imperioso afirmar que os novos delineamentos na história moderna, tanto sob a análise das novas tecnológicas, tanto pela vinculação das consequências destas para com a vida humana não devem, entretanto, serem observadas sem a compreensão histórica dos direitos humanos ainda que sob o impulso das invenções técnico-científicas.

Neste contexto, o presente artigo propõe uma reflexão sobre a responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais na forma da Lei Geral de Proteção de Dados, partindo-se da análise da sociedade em rede e a sociedade da informação e levando-se em consideração o surgimento de inúmeras questões envolvendo os fundamentos e o uso de dados pessoais pela ampla camada de agentes de tratamento, seja na esfera do direito público ou do direito privado. Primando-se pela dignidade da pessoa humana, mormente quanto aos direitos de personalidade, a análise sob o ponto de vista dos agentes de tratamento questiona-se se a responsabilidade civil se revela eficaz para a proteção de dados pessoais dentro da nova economia global, denominada economia informacional.

No que tange à metodologia, a pesquisa seguiu a linha jurídico-dogmática permitindo a compreensão e aplicação de institutos jurídicos atrelados à proteção de dados pessoais e à responsabilidade civil, bem como a linha histórico-jurídica de maneira a possibilitar melhores fundamentos quando da análise utilizando o raciocínio indutivo de forma a alcançar o resultado pretendido.

1 Tecnologia e dados pessoais

Victor Marques dos Santos (2010, p. 45) dispõe que:

A vida das sociedades politicamente organizadas caracteriza-se e é configurada pela concepção e implementação de estratégias que permitem a satisfação das respectivas necessidades através do acesso sustentado aos recursos que permitem concretizar objetivos. No entanto, os critérios de identificação dos recursos, o valor atribuído e os próprios recursos alteram-se, na medida em que a percepção dos interesses e as perspectivas da sociedade também evoluem. Assim, se, por um lado, o recurso continua a ser um elemento instrumental

indispensável ao processo de satisfação dos interesses e da concretização destes objetivos, por outro lado, a evolução destes implica que certos novos elementos sejam identificados como recursos.

Uma vez considerados os avanços tecnológicos como responsáveis pelas inovações e pelo crescimento desenfreado, como é o caso da rede mundial de computadores, imprescindível analisarmos os impactos neste novo cenário econômico e social levando-se em consideração as normas Constitucionais do direito de privacidade dos indivíduos enquanto sujeitos de direitos e de obrigações na forma da lei que, por tratar-se de um direito humano fundamental, trás à baila a proteção de dados como forma de proteção do indivíduo.

Difícil é pensar num cenário de avanço tecnológico, seja do aperfeiçoamento de algoritmos, da otimização computacional, das cidades inteligentes à internet das coisas, sem, para tanto, vincular o uso de dados pessoais como rotor essencial ao multiverso do aparato das novas tendências e novos modelos de negócios.

Do aperfeiçoamento do *big data* por meio da evolução do aprendizado das máquinas (*machine learning*), do estabelecimento de métricas pelas iniciativas públicas no enfrentamento de um cenário de pandemia mundial ao desenho de aplicativos por meio das inúmeras iniciativas fruto das ideias pautadas pela frente privada à exemplo das *startups* não é forçoso reiterar que nada se proporia, na forma como conhecemos tais iniciativas, sem a vinculação direta do ser humano ou de propósitos que, por meio do avanço tecnológico, tendem à se colocar de forma à melhorar ou facilitar os aspectos da vida humana no século XXI.

O ponto fulcral, entretanto, que não deve sair do horizonte na conjuntura que permeia o ser humano e a tecnologia, trata-se das questões intimamente ligadas à essência do próprio ser, à exemplo dos direitos Constitucionais que visem a proteção da intimidade e da própria privacidade, ainda que no âmbito da sociedade hiperconectada. O artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988 dispõe que:

são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Nesse sentido, em que pese respeito ser o direito de privacidade no Brasil objeto de tutela Constitucional e também de uma gama de dispositivos legais infraconstitucionais, mister se faz a análise criteriosa se as novas frentes tecnológicas que já permeiam as relações sociais de forma direta ou indireta têm de fato respeitado a máxima jurídica do direito à privacidade, e, aqui, compreendendo-se o termo privacidade tanto o direito à intimidade quanto à vida privada em acordo com o conceito doutrinário e jurisprudencial.

Não é demais lembrar que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe como máxima a proteção do direito à privacidade, reconhecido assim, tal direito em âmbito internacional:

Artigo 12: 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.

Considerando o direito à privacidade do indivíduo, enquanto, sujeito de direito, há de se constatar referida garantia individual como direito personalíssimo cabendo, *a priori*, toda a proteção legal conferida pelo próprio Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/02) em seu Capítulo II que dispõe sobre os denominados direitos da personalidade devendo prevalecer a essência de tais direitos ainda que na seara de uma identidade digital à qual submetem-se os sujeitos de direito na sociedade pós-contemporânea.

De uma análise geral e abstrata sobre as regulamentações existentes nos Estados Unidos, União Europeia e outros países, conclui-se que todo este conjunto de legislação passou à fornecer às pessoas um conjunto de direitos para que possam tomar decisões sobre o gerenciamento de seus dados, consistindo, inicialmente tais direitos no que tange à direito de aviso, acesso e o próprio consentimento do usuário em relação à coleta e tratativa de dados, uso, divulgação de dados pessoais, possibilitando, desta forma o controle dos seus próprios dados e poder de tomada de decisão sobre os mesmos.

Assim, imprescindível questionar se as novas frentes tecnológicas, sejam: mídias digitais, *softwares*, aplicativos diversos, brinquedos, dispositivos de *streaming*, e tantas outras tecnologias cada vez mais sofisticadas, como, por exemplo, a Internet das Coisas (IoT) e a interação direta ou indireta do usuário, aqui considerado sempre como sujeito de direitos, estaria de acordo com as questões inerentes à privacidade ou ensejaria na quebra da referida e consagrada garantia individual.

De novas formas de trabalho na economia digital, números de documentos pessoais, cartões de créditos, informações sobre saúde, aplicativos de deslocamento, de compra e venda, troca, permuta, saúde, formas de armazenamento e arquivo de dados, utilização e aquisição de produtos ou serviços na chamada sociedade pós-industrial ao uso das inúmeras redes sociais na ânsia do próprio consumismo ou mesmo na necessidade de inclusão à que cada vez mais está o indivíduo inserido torna-se muito tênue a linha divisória entre o real consentimento do usuário ao objeto do que se espera com a utilização de determinado aplicativo, por exemplo, com a real destinação dos dados pessoais deste indivíduo enquanto, de fato, usuário do referido aplicativo.

Num cenário cada vez mais competitivo no qual, inclusive, torna-se a questão de proteção de dados como verdadeiro elemento de competitividade e inovação elevando o próprio país no *ranking* mundial de competitividade a velocidade do desenvolvimento das novas frentes tecnológicas está fadada ao aumento constante na busca de superação de limites objetivando verdadeira revolução de tudo o que ainda está por vir.

Questão que não deve ser esquecida, entretanto, está diretamente vinculada à forma como os proponentes das soluções inovadoras que pretendem atingir, por vezes, a utopia de um mundo próspero com a plenitude dos pactos sociais e o respeito às bases de um Estado Democrático de Direito de forma à possibilitar a convivência humana de forma harmônica, ou seja, a maneira pela qual os agentes responsáveis pelas propostas transformadoras dos fatos sociais se colocam no que tange às consequências e resultados que, positiva ou negativamente, impactarão a vida em sociedade.

2 Os alicerces da responsabilidade civil sob o prisma da sociedade da informação

Em termos de história da civilização, quando analisados os conceitos vinculados às normas de direito social com relação à justiça, cultura, trabalho, percebe-se que a forma como a sociedade se organizou, a concepção de cidadania, e os institutos jurídicos aplicáveis àquela época, eram muito distintos do que, mais tarde, estaria vinculado ao conjunto de critérios políticos e administrativos de um Estado organizado, num vínculo que consistiria numa relação direta com o seu povo. Neste sentido importante o reporte à lição de Liszt Vieira (1988, p. 13) ao abordar sobre o aspecto carismático das antigas legislações:

[...] nas sociedades primitivas, encontramos um direito carismático revelado pelos profetas que interpretavam a vontade de Deus, ou dos deuses, e dos heróis míticos fundadores. No direito revelado das sociedades primitivas, não existe uma lei objetiva independente das ações. As ações e normas são interligadas. O que predomina são os usos e costumes; a ação não está ainda orientada para deveres legais reconhecidos como coercitivos. Isto somente ocorrerá na transição para o direito tradicional.

É de salutar importância lembrar que, foi através do convívio social e por meio do aperfeiçoamento de como os conflitos sociais passaram a ser compostos no decorrer dos anos, que justamente, em razão do transcurso temporal, dentro da amplificação e aprofundamento estrutural dos fatos sociais, a definição de responsabilidade civil intrinsicamente ligada aos resultados danosos que permearam todo o desenvolvimento das interações humanas, foi aperfeiçoada. A este respeito (STOCO, 2007, p.114) lembra que:

a noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como

algo inarredável da natureza humana.

Assim também o aperfeiçoamento dos institutos jurídicos e a evolução do próprio Direito, enquanto ciências sociais, permitiu tal vinculação como hoje é conhecido e que consiste nos pilares da vida contemporânea.

Da origem romana do instituto da responsabilidade civil, e, em curtíssimas linhas permeando os aspectos temporais da própria civilização humana desde seus primeiros registros históricos, seja pela visão inicialmente transparecida no Código de Hamurabi, o Código de Manu, o surgimento das cidades antigas na Grécia que, pelo nascimento da própria "pólis" significou o próprio conceito de cidades-Estados com uma organização política administrativa embasada em autonomia, com território, constituição, povo e governo próprio, revolucionando as consolidações até então existentes, é introduzido o real alcance da concepção inicial do instituto da própria responsabilidade civil, até então sempre vinculado à ideia de vingança, e que, posteriormente, viria a se converter num modelo muito mais aperfeiçoado e com maior coerência ao respeito dos princípios e direitos humanos deixando os contornos rudimentares iniciais entre a iniciativa privada para a intervenção por meio do ente público, permitindo ainda maiores desdobramentos à respeito da discussão quanto à definições e elementos estruturais, à exemplo do elemento culpa, como ponto central da *Lex Aquillia* e a inserção da culpa como pressuposto da própria responsabilidade civil aquiliana como o fez o Código Civil de Napoleão, diferenciando, ainda a própria responsabilidade civil e a responsabilidade penal.

Assim, o instituto ganhou formas e classificação seja pelo critério da culpa, em si mesmo considerada, dividindo-se, neste caso quanto à responsabilidade civil objetiva e subjetiva, seja em razão da própria natureza jurídica da norma violada, desdobrando-se como responsabilidade civil contratual e extracontratual.

Não se busca aqui, entretanto, exaurir tais classificações vinculantes do instituto em comento, mas sim, dar a devida conotação como uma cortina necessária à compreensão da responsabilidade civil dentro do contexto da sociedade informacional, e, mais diretamente, no âmbito de aplicação da proteção de dados enquanto um direito fundamental na sociedade contemporânea.

A denominada Sociedade da Informação, como conhecemos na atualidade, é decorrente de inúmeros fatores que permitiram a busca e a evolução das técnicas humanas oriundas das incontáveis revoluções e ciclos de transformações decorrentes de anos da história e das atividades humanas, o que, com a chegada do Iluminismo e, posteriormente, das modificações que impactaram a sociedade industrial no século XIX, foi potencializada e aperfeiçoada pelo advento da tecnologia, fator crucial de diferenciação da sociedade pós-industrial e da velocidade pela qual o mundo pós-moderno chega à denominada Sociedade 5.0.

Nas palavras de Manuel Castells (2019, p. 64):

É claro que a tecnologia não determina a sociedade. Nem a sociedade escreve o curso da transformação tecnológica, uma vez que muitos fatores, inclusive criatividade e iniciativa empreendedora, intervêm no processo de descoberta científica, inovação tecnológica e aplicações sociais, de forma que o resultado final depende de um complexo padrão interativo.

Evitando-se fugir do eixo central do presente estudo, mister se faz singela contextualização no que tange ao cenário e à chegada da humanidade nas primeiras décadas do século XXI com suas inúmeras crises e paradoxos o que, indubitavelmente, permitiu acaloradas discussões e reflexões jurisprudências sobre o aperfeiçoamento dos institutos jurídicos da forma como migrados do século XX, entre eles, a própria responsabilidade civil. Seja nas relações do poder-saber, da alternância do poder entre as mãos dos burgueses e proprietários dos meios de produção de bens materiais, para os novos proprietários de meios de produção de bens intangíveis e detentores do conhecimento, elemento este essencial à economia informacional, seja sob a ótica dos inúmeros progressos vinculados às alterações dos espaços, do tempo e da arquitetura do próprio convívio social, da evolução dos meios de comunicação em massa e da fluidez do mundo contemporâneo, a transposição do século XX para o século presente fez imergir os aspectos mais interessantes de uma sociedade globalizada, inserida e conectada num espaço amplo, descentralizado e em escala outrora não imaginada.

Verdade é que, pela própria modificação da forma como a sociedade compôs as revoluções anteriores à da Sociedade da Informação, eis que, a vinculação do instituto jurídico da responsabilidade civil deixou de ser suficiente para refletir de forma eficaz todos os cenários de riscos apresentados pelas aludidas transformações, e, desta forma pautar a proteção do ser humano frente à potencialização do dano. Principalmente com o advento da Revolução Industrial a elevação dos danos em massa decorrentes dos novos modelos à que se submeteu a sociedade da época tornou-se fator determinante para o aperfeiçoamento e desdobramento do instituto jurídico que, como sabido, passou a ser visualizado mediante a teoria do risco e, pelo surgimento da denominada responsabilidade civil objetiva, prescindindo do elemento culpa frente à necessidade de maior proteção ao indivíduo.

A este respeito, inclusive, Rui Stoco (2007, p. 157) ressaltou:

A necessidade de maior proteção a vítima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão. O próximo passo foi desconsiderar a culpa como elemento indispensável, nos casos expressos em lei, surgindo a responsabilidade objetiva, quando então não se indaga se o ato é culpável.

É possível, portanto, afirmar que a ineficiência da teoria subjetiva frente a revolução industrial galgou ainda maior velocidade em face do surgimento de uma nova revolução, com consequências imediatas e em escala global, qual seja, a revolução imposta por meio da Sociedade da Informação. Aliás, foi por intermédio da própria Sociedade da Informação que surgiram as teorias intermédias da responsabilidade civil com fulcro na presunção de culpa e na constituição de novos conceitos como situações envolvendo sujeitos de direitos em obrigações de meio e de resultado, obrigação de garantia, de segurança, o próprio fortalecimento e melhor compreensão do abuso de direito e a culpa objetiva.

A evolução da própria legislação pátria, que, sob o manto de uma responsabilidade civil essencialmente subjetiva conforme elencado no Código Civil

Brasileiro de 1916, para a inovação estabelecida pelo advento da responsabilidade civil objetiva decorrente do Código Civil Brasileiro de 2002, significou na linha temporal uma intersecção de institutos jurídicos que permitiu visualizar as modificações e receptividade dos contornos dados pela responsabilidade civil à exemplo do próprio Código de Defesa do Consumidor e demais legislações que trouxe à tona a mudança constante e aperfeiçoamento no decorrer do tempo sempre com a função essencial de sua própria existência, qual seja, a reparação do dano e a reparação dada à vítima de ofensa, independentemente se recaindo sobre seu patrimônio material, imaterial ou mesmo em si mesma considerada, caso em que, estaríamos a abordar a ofensa direta aos direitos de personalidade cuja proteção resta indiscutível na forma da própria norma Constituinte e da legislação infraconstitucional.

Resta, portanto, continuar a análise sob o aspecto central do presente artigo, qual seja, a vinculação do instituto da responsabilidade civil frente à atuação dos agentes de tratamento na seara da Sociedade Informacional, que, com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil, por meio da promulgação e sanção da Lei 13.709/2018, passam a ser definidos e referenciados na forma de seus atos, cujos comportamentos, se vinculados à condição elementar de atos ilícitos, ensejarão a aderência do instituto colacionado e o dever de reparar àqueles que compõem o papel de vítimas de propósitos lesivos.

3 A atuação dos agentes de tratamento e a imprecisão doutrinária quanto à culpa no dever de reparação

Com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil e, com o cronômetro já em contagem regressiva para a vigência da segunda parte da lei, considerando que, parte da legislação encontra-se vigente desde setembro de 2020, excetuando-se a frente de atuação por parte da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, que, timidamente dá seus primeiros passos em direção à implementação da lei e ao norteamento, o processo de modelagem de cultura em proteção de dados no Brasil teve seu início seguindo uma necessária vertente mundial que, à exemplo da União Europeia, já existe desde a década de 70 principalmente em razão dos traumas

já vivenciados no “velho mundo”.

Não é por menos que, à época da escrita do presente artigo, encontra-se em tramitação a Proposta de Emenda à Constituição nº 17 de 2019 que visa assegurar o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, incluindo entre as competências da União legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais por meio do acréscimo do inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para inserir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão. O tema do direito à privacidade e da proteção de dados ganhou, portanto, especial impulso com o incremento da tecnologia, que como consequência trouxe para o mundo tecnológico uma maior relevância aos dados que trafegam nas redes e traduzem aspectos importantíssimos da personalidade, bem como preferências dos indivíduos. Como há muito já foi dito, vivemos na era em que os dados retratam o novo “petróleo” na economia informacional.

Sabe-se que o avanço das novas tecnologias permitiu a coleta de dados pessoais em uma velocidade e quantidade nunca antes imaginada, assim como, o seu armazenamento, cruzamento, compartilhamento e monitoramento em um inequívoco desafio à proteção do direito à privacidade. Diante do exponencial avanço da tecnologia surge a preocupação e a necessidade de serem estabelecidas regras gerais para o tratamento de dados pessoais, garantindo-se a dignidade da pessoa humana como direito fundamental previsto na própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, que se pretende, indubitavelmente ser alcançado por meio da implementação da Lei Geral de Proteção de Dados, trazendo para os agentes de tratamento, os atributos e diretivas necessárias a serem seguidos de maneira à vincularem ao eixo de conformidade exigido em suas operações de tratamento, zelando, desta forma, pelo cumprimento com os fundamentos legislativos.

Que o escopo principiológico da Lei Geral de Proteção de Dados permitirá a modificação do atual cenário, neste momento representado pela cultura desvinculada de uma modelagem subordinada ao respeito aos princípios e direitos humanos fundamentais, isto é fato, ainda que haja uma curva ascendente a ser perseguida no decorrer dos próximos anos, todavia, a reflexão que se pretende aqui vincula sobre a responsabilidade civil dos agentes de tratamento durante referida construção.

Constata-se que muitas organizações primando não apenas pelo cumprimento da lei, mas também prestigiando o relacionamento ético com seus clientes e parceiros, a qualidade das informações, a regulamentação da privacidade dos dados, e, com um olhar de crescimento exponencial frente o desenvolvimento de novas tecnologias, já iniciaram a aplicação das medidas necessárias à implementação das diretrizes constantes na Lei Geral de Proteção de Dados de forma a zelar pelos direitos dos titulares. Todavia, num país onde a ética se faz, por vezes e, infelizmente, em razão da ocasião, talvez somente uma atuação forte por parte da Autoridade Nacional de Proteção de Dados consistirá numa força motriz para que os agentes de tratamento façam valer o princípio da autodeterminação informativo e a *accountability* esperada em suas operações de tratamento, afinal, depender da judicialização de demandas para garantia dos direitos consagrados no texto normativo seria tornar ineficaz os fundamentos vinculados à ética atribuída aos agentes de tratamentos na forma da lei.

E, para tanto, é necessário abordar a questão da responsabilidade civil vinculada à atuação dos referidos agentes. Vale resgatar aqui a definição dos próprios agentes de tratamento na forma do artigo 6º, IX, da Lei Geral de Proteção de Dados, qual seja, o controlador e o operador. Ainda na definição jurídica eis que o mesmo artigo em seu inciso VI define como controlador a "pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais" e, por sua vez, o inciso VII define o papel do operador enquanto a "pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador".

No que diz respeito à responsabilidade elencada no próprio texto normativo, não é demais lembrar o retratado no artigo 42, *in verbis*:

Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

§ 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados:

I - o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei;

II - os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei.

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

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

§ 4º Aquele que reparar o dano ao titular tem direito de regresso contra os demais responsáveis, na medida de sua participação no evento danoso.

A reflexão que se propõe é sobre qual, provavelmente, será a linhagem ou teoria adotada, o que, pela sistemática do próprio Código de Defesa do Consumidor e, pelos ônus distribuídos em todo o bojo normativo da Lei Geral de Proteção de Dados com a imposição aos agentes de tratamento pela observância à todos os princípios e conjunto técnico de medidas e contra medidas que servem como pilares da própria segurança da informação e mecanismos para a diminuição da assimetria informacional hoje existente no campo da proteção de dados, indica ser a responsabilidade civil objetiva.

O ponto é que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados ainda não critérios diferenciais para vinculação das atividades dos próprios agentes de tratamento deixando pairar no ar inúmeras dúvidas no quesito até mesmo de como determinados agentes de tratamento deverão seguir por determinados eixos de adequação, por exemplo, no que tange às micro e pequenas empresas.

Estas e outras questões, à exemplo de definições obscuras que permeiam o texto normativo e a ausência, pelo menos por hora, de maiores diretivas e

delineamentos por parte da autoridade nacional de proteção de dados, permitirá, em muito, a judicialização de questões relativamente simples, mas que, indubitavelmente, gerará repercussões inúmeras.

Neste sentido, à título de exemplo, o próprio artigo 48 que prevê e imputa ao controlador o dever de comunicação em caso de “incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares” não deixa explícito o que seria a própria definição de risco nem a definição de dano relevante, o que, dentro dos inúmeros *frameworks* vinculados à segurança da informação podem representar significados diversos.

Assim também o é quando da análise sobre a responsabilidade civil que, propositalmente ou não, poderia ter sido explicitada pelo próprio legislador por meio de vinculação direta quanto às atribuições dos agentes de tratamento ou mesmo destinar um artigo específico para abordagem sobre a culpa por parte dos agentes de tratamento.

Conclusão

As imposições e diretivas feitas pelo texto normativo frente aos agentes de tratamentos e que, sob as atribuições da Autoridade Nacional de Proteção de Dados estarão vinculados sob as penalidades previstas na lei, perpetuam a esperança de que, através da amarração das atividades de tratamento por estes agentes realizadas, possam os fundamentos e princípios serem colocados em prática e enraizado tão quanto uma cultura organizacional de tais agentes, independentemente dos caminhos técnicos necessários para um programa de conformidade.

A responsabilidade dos agentes de tratamento sob o prisma da atual redação legal indica que, sob a ordem objetiva, seguirá o mesmo escopo do próprio Código de Defesa do Consumidor de maneira a garantir o respaldo jurídico frente à assimetria informacional que desigual a condição subjetiva do liame que une os titulares de dados e os agentes de tratamento.

É desta forma que a imperatividade elencada na Lei Geral de Proteção de Dados gerará os caminhos necessários à serem percorridos para que, de fato,

tenham os titulares de dados garantidos não apenas seus direitos mas sim a consagração do princípio da autodeterminação informativa, e, com isto, possam tais titulares se valerem do protagonismo esperado como pilar basilar para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, esta, representada na forma de suas pegadas digitais diariamente vinculadas na Sociedade em Rede e, capazes de delinear a condição de dignidade tão esperada nos aspectos da vida analógica e, agora, atreladas ao contexto da vida virtual.

Sob este aspecto, a abordagem da responsabilidade civil enquanto instituto jurídico imprescindível à observância dos agentes de tratamento na forma da Lei Geral de Proteção de Dados deve ser fruto de aprofundamento e dos estudos jurídicos que refletirão os esforços e o aperfeiçoamento da aplicabilidade da lei quando de seu enraizamento da proteção de dados enquanto uma cultura a ser perseguida nos próximos anos em nosso país.

Referências

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do Consentimento** – 2. E.d. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 109.

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil – 1988.

BRASIL. Medida Provisória nº 959 de 29 de abril de 2020.

BRASIL. Lei 12.965 de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet

BRASIL. Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018. LGPD.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 20ª Ed. – São Paulo : Paz & Terra, 2019.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. Editora Saraiva, 8ª ed., São Paulo, 2013.

DONEDA, Danilo **A Proteção dos Dados Pessoais como um Direito Fundamental**. Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais** : elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. – 2. Ed. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019, pag. 179.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa**. 7ª Ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2008. p. 284.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos ONU - 1948.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, São Paulo, Editora Saraiva, 1980.

SANTOS, Victor Marques. **A "Era do conhecimento" e as Problemáticas Globais: Manifestações de Cidadania Participativa na Sociedade da Informação Cidadania Digital** LabCom Books 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 218.

SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Fundamentos Jusfilosóficos e Âmbito de Proteção do Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais**. RDP, Brasília, Volume 17, n. 93, 33-57, maio/jun. 2020.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

VIEIRA, Liszt. **O papel transformador do direito no estado democrático**. Revista de direito da Defensoria Pública. V. 6, n. 8, p. 13-25, 1995. Imprensa: Rio de Janeiro, Defensoria Pública, 1988.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**. Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

6. SHARENTING, LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS PAIS E DIREITO À IMAGEM DOS FILHOS



<https://doi.org/10.36592/9786581110819-06>

*Juliana Leandra Maria Nakamura Guillen Desgualdo*¹

*Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti*²

Sumário

Introdução; 1 *Sharenting* e a vida em rede; 2 Liberdade de expressão dos pais e seus limites; 3 Direito à imagem dos filhos em ambiente digital; Conclusão; Referências.

Introdução

A sociedade da informação, caracterizada pela fluidez de dados mundo afora, é a realidade atual. Trata-se de um modelo social e econômico que tem a informação em seu epicentro, quer no que se refere ao seu processamento, distribuição e armazenamento, quer como matéria-prima do produto conhecimento, e que se caracteriza pela integração alimentada pela internet, tendo se formado pelo aprimoramento dos instrumentos culturais de comunicação. Este modelo rompeu com paradigmas, redefinindo as relações nas mais variadas esferas, tais como de relações interpessoais, sociais, econômicas, comerciais, políticas, internacionais, dentre outras (DESGUALDO, 2017, p. 109-110).

¹ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Professora colaboradora do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Professora dos Cursos de Direito da FMU e São Judas. juliana.guillen.desgualdo@gmail.com.

² Mestre e Doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Professora do Curso de Direito da FMU. aelwc@terra.com.br.

Desde o surgimento da internet até os dias atuais, cresce a utilização de redes sociais. A vida nas telas se verifica nos *stories* do Instagram, Facebook, Twitter, LinkedIn, dentre outras redes sociais, que permitem acompanhar uma pessoa em sua trajetória, na medida de seu compartilhamento.

Expor a privacidade em rede, com imagens, vídeos, localização, já é parte do cotidiano. Se um fato não está nas redes sociais, é tal como se não tivesse ocorrido. Isso inclui o compartilhamento de imagens de familiares, animais de estimação e, aqui objeto deste artigo, de crianças e adolescentes.

Adultos costumam compartilhar imagens de filhos, sobrinhos, netos, desde o nascimento e, por vezes, incluindo exposição de banhos e momentos íntimos. Se, por um lado, quem compartilha a imagem pode assim fazê-lo para demonstrar a razão de sua felicidade, angústia, tristeza, ternura ou qualquer outro sentimento, por outro lado, é indeterminável o número de pessoas que poderão ter acesso àquela imagem, e esta é uma questão que merece reflexão: até que ponto podem os pais expor a imagem de seus filhos (*sharenting*: expressão cunhada para designar a forma pela qual os pais compartilham o dia a dia de seus filhos nas redes sociais)? Qual é – se é que há – o limite da liberdade de expressão nesse sentido?

É importante dizer que imagens também contém dados pessoais e, portanto, é ponto relevante para a proteção de direitos à privacidade, aplicando-se a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD. Contudo, em que pese a importância do tema proteção de dados de crianças e adolescentes, este não é o objeto central do presente estudo. Quer-se aqui demonstrar que o *sharenting*, seja com finalidade de auferir lucro (situação que vem acontecendo cada vez mais nas redes sociais), seja simplesmente para satisfazer uma vontade pessoal dos pais em fazer com que o filho tenha alguns minutos ou muito tempo como celebridades, pode ocasionar um efeito devastador nessa criança ou adolescente, principalmente quando este começa a entender a dinâmica das redes, podendo causar sentimentos tão negativos, podendo chegar até ao suicídio,

Os pais, possuem responsabilidade como criação, educação, guarda e zelo (cuidado) e, essas obrigações não podem e não devem ser entendidas como uma porta aberta para abuso de autoridade. Há que se lembrar que a criança e o

adolescente são sujeitos de direito e merecem respeito aos seus direitos individuais fundamentais e aos seus direitos da personalidade que servem, em especial, para possibilitar a formação da identidade e da personalidade do indivíduo em meio à sociedade.

De fato, na grande maioria das vezes, os pais divulgam imagens de seus filhos na internet para acalantar seu próprio ego, por ter necessidade muitas vezes de estar em evidência, mas para tanto, está se utilizando da imagem de um ser que, na grande maioria das vezes, não tem condições de discernimento e maturidade para escolher se quer realmente ser visto. Além disso, em algumas situações a exposição é vexatória e de humor duvidoso, causando ainda mais violação aos direitos do menor.

Se os pais compartilham fotos, vídeos ou áudios, expondo seus filhos menores na rede, sabendo-se que uma vez na rede, dificilmente sairá da rede, estão cometendo conduta ilícita? Trata-se de abuso de autoridade? Estas são algumas das perguntas que se pretende analisar no presente trabalho.

Assim, sem esgotar o assunto, o que se pretende é abordar o tema, trazendo ponderações que possam contribuir para reflexões e debates sobre *sharenting* na atualidade, e o desafio dos pais em ambiente digital, frente à liberdade de expressão.

1 *Sharenting* e a vida em rede

Sharenting é uma expressão que designa o compartilhamento de imagens de filhos por seus pais. Trata-se de uma prática frequentemente constatada em redes sociais, desde o WhatsApp até o Twitter, passando pelo Instagram, Facebook e outras mídias.

Ao publicar uma foto ou vídeo, expõe-se a imagem, a privacidade e, quiçá, a intimidade da pessoa, certo é que, ao mesmo tempo, trata-se de direitos indisponíveis, tutelados à luz dos direitos fundamentais e direitos da personalidade, bem como reconhecidos direitos humanos, todos agasalhados pela cláusula geral de tutela da personalidade humana, lastreada na dignidade da pessoa humana, a que se refere o postulado no art. 1º, III, da Constituição Federal.

A cessão do uso de imagem depende de consentimento de seu titular. Hodiernamente, não é o procedimento que se costuma adotar para publicação de fotos e vídeos, o que pode acarretar na aplicação de sanções (civis e/ou penais, conforme o caso porventura tipificado), com a responsabilização do autor da violação ao direito em questão. Para fins de uso com finalidade econômica, é necessária a manifestação expressa.

Ao postar uma foto ou vídeo de filho, ainda que o propósito não seja de exposição no sentido negativo, na prática, carece do mesmo cuidado geral que se deveria adotar para a publicação de outros conteúdos envolvendo terceiro. Porém, não se indaga a criança, nem se lhe pede autorização para publicação de imagem.

O que se publica em redes sociais não pode ser excluído em definitivo. Apagar uma postagem não significa excluí-la da internet, mas daquela ferramenta específica (seja uma rede social, um site ou outro veículo midiático). O direito ao esquecimento, aplicado às postagens e publicações em geral não é efetivo³. Ao efetuar pesquisa de imagens, os buscadores certamente podem contemplar aquilo que se julga ter apagado de um perfil, o que não significa eliminar sua existência da internet. Daí a importância de se refletir antes de compartilhar, seja no que se refere à necessidade de prévio consentimento, seja quanto aos efeitos no tempo⁴.

Nessa medida, quanto aos pais* (aqui, a referência se faz em relação aos pais, até pela construção a partir da ideia de *sharenting*, mas é certo que outros adultos também compartilham imagens infantis, a exemplo de avós, tios, primos, dentre outros), o Código Civil estabelece os poderes e deveres inerentes ao poder

³ Muito embora o Enunciado 531 do Conselho da Justiça Federal tenha estabelecido que “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 1.010.606, em fevereiro de 2021, firmando tese com repercussão geral, fixou entendimento segundo o qual “É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais”. Seguiu o STF, concluindo que “eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível”.

⁴ À guisa de exemplo, em 25 de agosto de 2021, foi noticiada a propositura de ação indenizatória por Spencer Elden contra a banda musical Nirvana, por exploração sexual infantil. O autor da ação figurou na capa do álbum *Nevermind*, em 1991 e, de acordo com informações publicadas pela mídia, não tinha condições de consentir o uso de sua imagem. Pela exposição de sua genitália, Spencer alega que a foto utilizada caracteriza pornografia infantil. (UOL: 2021).

familiar, conforme art. 1634. Um dos deveres que os pais têm em relação aos seus filhos menores é o de cuidar, zelar e garantir assistência material, moral e educacional. E isto porque é assegurado, como direito fundamental, o desenvolvimento da personalidade, partindo-se da dignidade da pessoa humana, insculpida na Constituição Federal.

Na perspectiva de direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade vem assegurado no art. 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)⁵ de 1948. Notadamente, quanto à condição da criança, como pessoa em desenvolvimento, especificamente o item 2 do art. 25 da DUDH preceitua que “A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. (...)”. E, tais direitos são assegurados no plano internacional, não só na DUDH, como também na Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, na Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989 (ratificada pelo Brasil em 1990) e outros documentos.

No sistema jurídico brasileiro, a proteção à criança e ao adolescente permeia o ordenamento desde a Constituição Federal, juntamente com os direitos fundamentais, até o art. 227, cujo rol também compõe o de direitos fundamentais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90).

Ao compartilhar imagens e vídeos de seus filhos, os pais podem – em potencial – expor a prole em sua privacidade e imagem, de forma a comprometer a vida digital e gerar consequências na esfera do desenvolvimento da personalidade, comprometendo-a.

É possível apontar alguns riscos (sem exclusão de outros) decorrentes da prática de *sharenting*, como o uso indevido de imagem, a usurpação de identidade, os danos à personalidade, o narcisismo digital, *bullying* e *cyberbullying* e abusos e crimes sexuais virtuais.

Em ambiente digital, *sharenting* também pode dar espaço para incitação ao suicídio (art. 122 CP); crimes contra a honra (arts. 138 a 140 CP); ameaças (art. 147 CP); divulgação de segredos e informações sigilosas (art. 153 CP); extorsão

⁵ Art. 22. Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recurso de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

(art. 158 CP); estelionato (art. 171 CP); estupro virtual (art. 213 CP); registro não autorizado da intimidade sexual (art. 216-B CP); divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, sexo ou pornografia (art. 218-C CP); inserção de dados falsos em sistema de informações (art. 313-A CP); modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações (art. 313-B CP); invasão de dispositivo informático (art. 154-A CP); perseguição (*stalking*) (art. 147-A CP).

A Lei 13.431/2017 alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo formas de violência contra crianças e adolescentes (*bullying*). Também o ECA dispôs sobre a pedofilia e a pornografia infantil nos artigos 241-A a 241-E. De acordo com informações oficiais do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (BRASIL, 2021), a exposição de crianças e adolescentes na internet ocupa a 5ª (quinta) posição no ranking do Disque 100. Note-se que a prática de *sharenting* pode causar danos sem que seja esse o propósito do autor da divulgação de imagens, mas também pode estar relacionada a crimes contra crianças e adolescentes. Qualquer que seja o cenário, o comportamento há de ser visto com cautela, afinal, uma vez inserida imagem na internet, de lá não será retirada, podendo gerar consequências para a vida toda da vítima, cujo elemento volitivo não foi considerado para o ato praticado.

Afora os crimes que podem ser praticados e tipificados a partir do uso de imagem de criança e adolescente, o desenvolvimento destes fica potencialmente prejudicado, afetando as liberdades e a dignidade que, a depender do caso, não é passível de ser restaurada, comprometendo, até mesmo, a construção da identidade da pessoa, que é fundamental para sua formação e desenvolvimento.

2 Liberdade de expressão dos pais e seus limites

A liberdade de manifestação do pensamento é direito fundamental previsto no art. 5º, inciso IV da Constituição Federal. Trata-se da liberdade de expressão, também contemplada no plano internacional (art. 19 DUDH). Porém, muito embora o exercício do direito às liberdades seja assegurado como fundamental, bem disse, à época, Hannah Arendt: “a liberdade é uma miragem” (ARENDR, 2011, p. 189). Isto porque, em seus estudos, a filósofa pontuou diversas questões pertinentes à

distinção entre a liberdade política, exercida na *polis* na Antiguidade, e a liberdade entendida como livre-arbítrio. Se, por um lado, a liberdade política poderia ser aferida pelo princípio da causalidade, o mesmo não ocorreria com o livre-arbítrio, dada a complexidade das ações humanas, daí a referência à *miragem*. E, na visão da filósofa, a liberdade era aquela exercida em razão da cidadania, portanto, na *polis*. Celso Lafer pontua que, para Hannah Arendt, a liberdade “se encontra ao alcance de cada homem individual, permitindo-lhe agir de forma nova e dar início a novos processos, cujo significado sobrevive aos atos através da memória, transmitida aos outros na forma de uma estória, por meio da palavra” (LAFER, 1998, p. 403).

Esta liberdade política é entendida por Bauman como um dever da sociedade, de tal modo que seus membros estejam habilitados a fazer algo, bem como influenciando condições de sua existência (BAUMAN, 2000, p. 112).

Ocorre que a liberdade assumiu, na Medievalidade, a feição de livre-arbítrio e, somente na Modernidade, passou a ser tratada como liberdade individual, entendida como direito. Assim

Na antiguidade, a liberdade era conferida pelo Estado e não um valor em si mesmo. Para o Direito Natural, o Estado é que se subordina à liberdade. Na antiguidade, a liberdade era política e coletiva, relacionada à igualdade e ao exercício da cidadania. Na modernidade, a liberdade é conteúdo substancial da pessoa, portanto, individual. (GUILLEN DESGUALDO, 2017, p.09)

A liberdade jurídica remonta à ideia de direito subjetivo, no sentido de capacitação material-jurídica (FERRAZ JUNIOR, 2009, p. 111), tratando-se da “possibilidade de se fazer algo conforme a vontade do titular do direito, ou seja, conforme seu livre-arbítrio, sua autodeterminação” (GUILLEN DESGUALDO, 2017, p. 60). Isto só é possível a partir do momento em que a lei regulamenta o comportamento humano, de forma positivada, consistindo numa esfera mínima de direitos (KELSEN, 1998, p. 48).

As liberdades formais abstratas compunham os direitos de primeira dimensão (SARLET, 2015, p. 46), no sentido de não intervenção do Estado. Eram

liberdades negativas. Tais liberdades passaram a denotar liberdades materiais concretas após a 2ª Guerra Mundial, de segunda dimensão (SARLET, 2015, p. 47-48), entendidas como liberdades positivas. A solidariedade e a fraternidade são direitos de terceira dimensão, de titularidade transindividual, alterando o epicentro do tratamento jurídico normativo, repercutindo sobre o desenvolvimento, comunicação, meio ambiente e qualidade de vida.

Na quarta dimensão, os direitos protegidos refletem a “institucionalização do Estado social” (BONAVIDES, 2015, p. 585), decorrente do processo de globalização, figurando a proteção à informação, ao pluralismo e à democracia.

À medida em que surge um novo elemento de tecnologia, uma nova liberdade lhe corresponde. Exemplo é o sigilo de comunicação telefônica, passível de ser tutelado após o surgimento do telefone. Com o surgimento de novas perspectivas de liberdade, também pode haver condicionamento ou repercussão.

Assim é que é livre a manifestação do pensamento, porém, vedado o anonimato (art. 5º, inc IV CF) e assegurado direito à indenização por danos causados à privacidade, à honra, à imagem, à intimidade da vítima (art. 5º, V e X CF).

O Marco Civil da Internet (Lei 12965/2014) estabeleceu regras para a divulgação de conteúdos na internet, incluindo imagens e vídeos, objetos de *sharenting* pelos pais. As imagens por vezes compartilhadas são de crianças chorando, com expressão de desconforto, em momento de adversidade. Nem todas as publicações são, por exemplo, de crianças sorridentes. Mesmo que assim fossem, as imagens podem ser usurpadas para criação de novas identidades, utilização indevida com finalidade sexual, simulação de reconhecimento facial a partir de programas de envelhecimento, dentre outras consequências aqui apontadas.

A censura é vedada e a liberdade de expressão, ao mesmo tempo, é um direito fundamental. Como compatibilizar a vontade dos pais em divulgar imagens de seus filhos dentro de sua esfera de exercício de direito com a proteção necessária a conferir à criança e ao adolescente? Trata-se, notadamente, de um equilíbrio delicado.

Num sistema jurídico positivado, consoante o entendimento de Kelsen, as normas não podem apresentar contradição entre si. O sistema deve ser harmônico. A solução de eventuais conflitos de normas pode se dar pela aplicação de critério hierárquico, especial ou temporal. Aplicando-se critério hierárquico, a norma jurídica hierarquicamente superior prevaleceria sobre a norma jurídica hierarquicamente inferior. Pelo critério especial, a norma jurídica especial prevaleceria sobre a norma jurídica geral. Considerando o critério temporal, a norma jurídica posterior prevaleceria em relação à norma jurídica anterior com ela incompatível. Assim, não haveria conflito real, mas aparente de normas.

Na hipótese em questão, o conflito é real, ou seja, observa-se uma antinomia, cuja solução demanda a aplicação de técnicas de ponderação, ou seja, o princípio da proporcionalidade (ALEXY, 2011, p.117), sacrificando minimamente um direito para que possa prevalecer o outro.

Numa perspectiva de sistema reticular, conforme entendimento de Mário Losano (2005), seria possível a complementariedade do modelo piramidal (pautado na estrutura hierárquica, à luz de Kelsen), considerando a pluralidade de fontes do direito e de níveis que regulam setores mais vastos da vida pessoal e interestatal, com as mudanças verificadas no campo da informática, das telecomunicações, da ecologia, dentre outras.

Já para Tércio Sampaio Ferraz Junior (2003, p. 191-195), haveria a solução do conflito a partir da aplicação das técnicas de calibração, tomando-se por base a mudança de padrão imposta pela necessidade decorrente do surgimento de questões não atendidas pelo padrão de sequência até então estabelecido. Desta forma, seria possível uma nova "norma-origem" que daria vazão a uma nova série hierárquica. Entende o autor que o princípio se tornou ponderável, como forma de lidar com a contingência brutal. A calibração se dá por instrumentos capazes de regular o sistema, sem compor, no entanto, uma unidade. Assim, o sistema se amolda à necessidade.

Compartilhar imagens e vídeos de filhos, por parte dos pais, demanda análise racional acerca dos impactos de tais atitudes para o futuro da vida digital e do desenvolvimento da personalidade dos filhos. Na sociedade da informação, na qual os dados fluem instantaneamente num mundo cada vez mais líquido

(BAUMAN, 2001, 153), há consequências que merecem sopesamento prévio, afinal, o que se insere na internet se eterniza de forma atemporal. Algo publicado por uma pessoa pode ser excluído do perfil ou da rede social, o que não significa dizer que saiu da internet propriamente dita. Ao mesmo tempo, na grande rede mundial encontram-se imagens e vídeos produzidos e publicados desde seu surgimento e sua reprodução pode se dar a qualquer tempo se disponível. Ou seja, trata-se da eternização de algo além do tempo, a qualquer tempo. Quando se trata de liberdade de expressão dos pais, o exercício do poder familiar, aliado à vulnerabilidade dos filhos, não pode ser justificativa para ausência de reflexão prévia.

É preciso que se desenvolva a conscientização, seja por meio de políticas públicas, por iniciativas privadas, no âmbito acadêmico, para a necessidade de maior cuidado no exercício das liberdades, especialmente em ambiente digital. Os efeitos de eventual omissão podem afetar a pessoa exposta, de forma indelével.

3 Direito à imagem dos filhos em ambiente digital

O direito ao pleno desenvolvimento da personalidade é garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH (art. 29), pela Declaração dos Direitos da Criança (princípios 2 e 6), pela Convenção dos Direitos da Criança, assim como pela Constituição Federal (art. 1º, III; art. 5º; art. 227) e Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 3º), vale dizer, trata-se de direito humano na perspectiva internacional e fundamental, sob a ótica constitucional, afora sua tutela sob o manto geral de proteção à personalidade humana.

No Brasil adota-se o primado da proteção integral da criança e do adolescente (ECA, art. 1º), pelo qual há de se preservar seu melhor interesse, reconhecendo tratar-se de pessoas em fase de desenvolvimento da personalidade e que, justamente por isso, gozam de prioridade para o implemento de condições que assegurem a consecução deste objetivo maior.

A começar pela incapacidade decorrente da ausência de idade mínima, a criança não tem discernimento para diferenciar, da melhor maneira para si mesma, o que é bom ou ruim, o que é conveniente ou não, o que é certo e adequado ou não.

Crianças e adolescentes são vulneráveis e não possuem a necessária maturidade para lidar com questões afetas à vida adulta.

Especificamente quanto ao direito à imagem, trata-se de um direito fundamental e, também, de um direito da personalidade, relacionado a uma das manifestações de resguardo (DE CUPIS, 2004, p. 140). Nesse sentido, cabível distinguir a *imagem-retrato* da *imagem-atributo*. Isto porque a *imagem-retrato* denota aspectos físicos da pessoa (BITTAR, 2001, p. 90), enquanto a *imagem-atributo* refere-se ao decoro, à reputação, sob o prisma moral, de tal sorte que a divulgação de imagem não pode causar lesão à honra (BITTAR, 2001, p. 93-94).

Em ambiente digital, já entendia Joel Timóteo Ramos Pereira (2005, p. 17) que

o direito à imagem é, em primeiro lugar, o direito ao resguardo, isto é, ao direito de privacidade. É proibida a exposição de fotos, imagens ou caricaturas de uma pessoa na Internet ou a circulação das mesmas em mensagens de e-mail, *mailing lists* ou inclusive por transferência em P2P (*peer to peer*) sem o consentimento expresso do próprio.

O direito à imagem como direito ao resguardo decorre da intimidade, sendo uma das manifestações do *right do privacy* (FARIAS, 2000, p. 149-150). Como direito vinculado à honra, o Código Civil italiano, de 1942, trouxe previsão de violação da imagem a “exposição ou publicação causadora de prejuízo ao decoro ou à reputação”.

Quer se compreenda a imagem como sendo direito decorrente da privacidade ou como direito autônomo, distinguindo-a da *imagem-retrato*, fato é que a exposição da representação física deve ser objeto de prévio consentimento, gerando dever de maior cuidado quando se trata de criança e adolescente.

Ainda que o acesso à internet seja, hoje, qualificado como um direito fundamental (LÈVY, 2010, *passim*), tudo o que se faz e se posta na internet está sujeito aos elementos da cibercultura que, segundo Lèvy, “aponta para uma civilização da telepresença generalizada” na qual “a interconexão constitui a humanidade em um contínuo sem fronteiras” (LÈVY, 2010, p. 129).

Se a perspectiva digital da vida é inevitável e, ciente de que não há fronteiras para o que se divulga na internet, o desenvolvimento dos filhos em ambiente digital passa pela educação digital, elemento que as primeiras gerações a terem contato com a rede mundial de computadores não conheceu de início.

É importante dizer que o direito à educação é um direito público e subjetivo que tem como principal objetivo o pleno desenvolvimento do indivíduo, como forma, inclusive de se reconhecer e efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana (CAVALCANTI, 2009, p. 94). E, também é adequado dizer que, atualmente, na Sociedade da Informação, faz-se necessário, incluir neste conceito de direito à educação, o conhecimento da vida digital, ou seja, inclui-se no direito à educação moderno, o direito à educação digital que, por sua vez, não deve ser entendido apenas como o acesso à internet e maquinários informáticos, mas sim, ter conhecimento de como utilizar o mundo da internet, o mundo virtual, com consciência e responsabilidade (JONAS, 2006, *passim*).

Com o surgimento das redes sociais, a novidade despertou os usuários, que compartilhavam de tudo: informações privadas, preferências, características gerais, imagens, opiniões, dentre outros tantos exemplos que se poderiam inserir aqui. Até então, pouco se questionava acerca do resguardo à privacidade, à intimidade. Era tudo novidade. Viver *online* passou a ser cada vez mais frequente e, ainda assim, sem maiores cuidados, não obstante alguns trabalhos pontuais para o desenvolvimento de uma *netiqueta*, expressão que designa o uso da internet com obediência a certas regras comportamentais (RINALDI, FLORIDA ATLANTIC UNIVERSITY, 2021).

Tornou-se hábito compartilhar, em redes sociais, fotos tiradas durante ou logo após o parto, assim como imagens do primeiro banho e diversos outros momentos íntimos da criança que, fossem outros tempos, talvez merecessem um álbum impresso de fotografias, que não seria dividido indiscriminadamente, com um número indeterminável de pessoas. Mas quando se divulga uma imagem na internet, o efeito é exatamente este: a disponibilidade e o alcance de um número indeterminável de pessoas, desconhecidas, que podem fazer mal-uso, seja para satisfação própria, para compartilhamento indevido, para o cometimento de crimes sexuais contra crianças e adolescentes, ou mesmo para anos depois,

fomentar o *cyberbullying*, além de outros tipos penais mencionados anteriormente. O conteúdo divulgado na internet torna-se perene. Não há esquecimento. Não há tempo. Não há volta.

Quando a legislação estabelece normas para proteger a privacidade, a intimidade, o desenvolvimento, a dignidade, assim o faz para a tutela da pessoa humana. Crianças e adolescentes, exatamente por estarem em desenvolvimento, carecem de cuidado ainda maior para que sua vida (incluindo a esfera digital) esteja, tanto quanto possível, dentro de seu "controle" (muito embora seja cediço que não é possível controlar absolutamente tudo). Necessário primar pela dignidade.

Conforme a lição de Sarlet:

a noção de dignidade repousa – ainda que não de forma exclusiva (tal como parece sugerir o pensamento de inspiração kantiana) – na autonomia pessoal, isso é, na liberdade (no sentido de capacidade para a liberdade) – que o ser humano possui de, ao menos potencialmente, formatar a sua própria existência e ser, portanto, sujeito de direitos (...). (SARLET, 2015, p. 126).

Mas como atuar na internet hoje? Difícil saber o certo e o errado. Várias são as dúvidas que pairam nas mentes daqueles que prezam pela privacidade e intimidade, mas ao mesmo tempo querem participar mais ativamente das redes sociais, por exemplo. Questões como o que compartilhar, com quem compartilhar, como e onde compartilhar já tem preocupado parte da população. Contudo, diante da exposição de menores que muitas vezes nem sequer sabem que estão sendo expostos, talvez as perguntas devam ser mais profundas como, por exemplo: Meu filho ficará chateado ou frustrado com este *post*? Quero que isso faça parte da vida digital do meu filho para sempre? E, finalmente, tenho responsabilidade sobre isso? Saber que a exposição da imagem de uma criança pode causar-lhe danos no futuro é algo que deve ser levado em consideração. O que se posta hoje pode ser utilizado contra o usuário amanhã.

Embora não se trate propriamente de *sharenting*, o caso do bebê da capa do álbum *Nevermind*, da banda Nirvana, repercutiu recentemente, dado o pedido

indenizatório por pornografia infantil (UOL, 2021). Spencer Elder, o então bebê, alega não ter consentido com a utilização de sua imagem, nua, na capa do álbum. O álbum, que completa 30 anos em setembro de 2021, ainda hoje é considerado emblemático, tendo vendido mais de 35 milhões de cópias (LOPES, 2020). Mas o caso revela o impacto que a utilização de imagem de criança pode gerar. Primeiro, tratou-se de exposição de criança nua. Em segundo, a imagem foi utilizada com finalidade lucrativa. Os impactos na vida adulta de Spencer Elder podem ser maiores e mais comprometedores da personalidade do que se pode imaginar. E isto porque não havia internet tal como a conhecemos hoje.

Também de acordo com notícias recentes, *sharenting* tem sido utilizado como fonte de renda (MARQUES, 2021), podendo-se falar mesmo, em bebê influencer, na contramão da segurança e proteção aqui tratada. Em razão da pandemia de COVID-19, estima-se que o compartilhamento de imagens infantis tenha aumentado, como uma das consequências do isolamento social. Porém, o tema, ainda pouco ventilado, é tratado há mais tempo.

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), quanto a crianças e adolescentes, buscou tutelar dados coletados destas pessoas em fase de desenvolvimento. Porém, o acesso à internet existe, não só aos pais, mas também a outras crianças e adolescentes, até mesmo por causa da interconexão que a vida digital impõe nas mais variadas esferas das relações pessoais (que migraram, em boa parte, para as redes sociais). O que garante a anonimização? Como é possível vislumbrar segurança na eliminação de dados após seu uso? E todos os riscos próprios da internet, tais como aqueles relativos à invasão de sistemas eletrônicos e equipamentos, *ransomware*⁶, dentre outros.

No que tange à proteção dos menores, é preciso lembrar do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, fundamentado no art. 2º da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 destacando que: "a criança gozará de proteção social e disporá de oportunidades e facilidades, as serem estabelecidas por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento

⁶ *Ransomware*, em tradução livre, é sinônimo de sequestro de dados. Trata-se de um *software* malicioso (*malware*) que pode impedir o usuário de acessar as informações, o que dá ensejo ao pedido de pagamento de resgate.

físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal, em condições de liberdade e dignidade". Mais adiante, em 1989, a Convenção dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil e promulgada por meio do Decreto nº 99.710/90, implementou definitivamente o princípio do melhor interesse do menor (*best interest of the child*) concluindo que quando houver conflito de interesse entre uma criança e outra pessoa, os interesses da criança devem se sobrepor aos dos outros envolvidos (CAVALCANTI, 2009, p. 95).

Portanto, o mencionado princípio (*best interest of the child*), conjuntamente com os princípios da prioridade absoluta e proteção integral previstos nos arts. 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA - Lei 8.069/90, demonstra que no Brasil os direitos da criança e adolescente devem estar à frente de outros e, no caso do ambiente virtual, nada muda, ou seja, deverá ocorrer a aplicação da legislação da mesma forma. Até pelo fato de que não existe um mundo virtual separado do físico, real, assim, se o indivíduo realiza um ato no mundo virtual ele é responsável tanto quanto se realizasse o ato no mundo físico. O mundo virtual tem sim regras a seguir.

É imperioso também destacar que, criança e adolescente são sujeitos de direitos, ou seja, são pessoas com direitos da mesma forma como um adulto. O que os diferencia é a forma de exercício desses direitos e quanto aos seus deveres. Neste aspecto, o art. 15 do ECA reconhece que: "a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis".

E, vai mais além a legislação acima citada quando reconhece, no seu art. 17, o direito ao respeito que consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. No mesmo sentido vai a Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente que determina no seu art. 16 que: "nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação".

Assim, resta evidente que a criança e o adolescente possuem direito à privacidade, intimidade e, especialmente para o tema ora abordado, direito à imagem, honra e reputação.

Não se pode afastar a ideia de que a imagem e reputação de uma pessoa se constitui também por fatos que marcam a sua vida. Como dizer que uma foto divulgada pelos pais na internet por ocasião do nascimento da criança, por exemplo, ou de qualquer outro momento da sua vida não lhe trará nenhum mal ou sofrimento? Como ter certeza de que algo tão simples como postar uma foto dessa criança na internet não vai lhe trazer nenhuma consequência negativa? Não há como se prever isso, mas há como se evitar esses resultados.

O “cuidado” e a “precaução” têm se mostrado valores essenciais para as relações jurídicas modernas. E isso não é diferente para as relações familiares que devem prezar pelo afeto, pela solidariedade, ética e pela responsabilidade também (GAMA, 2008, p. 29).

A autoridade, antes entendida de forma arbitrária, como um direito dos pais, não é mais o ponto basilar da relação entre pais e filhos, como ocorria nas famílias patriarcais tradicionais, a autoridade atualmente deve ser encarada como responsabilidade, responsabilidade de cuidar, responsabilidade de proporcionar, responsabilidade de desenvolver. Ou seja, cabe aos pais, por causa da sua condição de autoridade, educar seus filhos para que sejam responsáveis pelas suas escolhas. Mais do que autoridade, os pais possuem dever de cuidar e de educar os filhos. E, o abuso de autoridade pode ser punido, até mesmo com a perda do Poder Familiar (art. 1638 CC).

É preciso entender que os pais não são “donos” dos seus filhos, são os seus guardiões, são os responsáveis pelo seu bem-estar, pela sua formação. Neste aspecto, os pais possuem, na vida moderna, a função de direcionar seus filhos para o seu desenvolvimento como cidadão, como pessoa ética e que é sabedor dos seus direitos e autonomia para formar a sua própria personalidade.

Nas palavras de Pietro Perlingieri (2002, p. 258) “a relação educativa não é mais entre um sujeito e um objeto, mas uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro” e isso aplica-se, na sua totalidade, aos menores que devem receber o suporte para a formação da sua

personalidade, em especial na sociedade moderna atual. É fato que a participação do menor nas tomadas de decisões sobre sua vida pode ocorrer de acordo com a sua maturidade, ou seja, com a gradual maturidade o menor pode demonstrar o que quer, o que gostaria para sua vida, devendo ser ouvido. Portanto, o menor é titular de direitos e tem direito a participar da tomada de decisões em relação à sua vida, quando isso for possível, observando-se o grau da sua maturidade.

Contudo, até este momento de se alcançar a maturidade, os pais ou pessoas que estejam a cargo da educação e criação desses menores devem ser cautelosos para não infringir direitos que possam trazer, muitas vezes, danos irreparáveis.

Finalizando o raciocínio, havendo conflito entre a “liberdade” existente na autoridade parental e o direito à imagem dos filhos menores, cabe a decisão ao judiciário que, deverá verificar se o ato praticado pelos pais causou ou não um dano ao filho, em momento em que ele não poderia se posicionar sozinho, de acordo com as regras do Código Civil (art. 1631), Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 70 a 73 e art. 249) e Constituição Federal (art. 5º), podendo inclusive, resultar na destituição (perda) ou suspensão do poder familiar, caso entenda-se que houve abuso de autoridade que tenha causado um dano grave ou até mesmo irreversível. Percebe-se, portanto, que os pais que cometem *sharenting* podem sim responder pela violação ao um direito fundamental ou direitos da personalidade dos seus filhos.

Resta, portanto, que os pais atuantes na Sociedade da Informação tenham o conhecimento de que apesar de acharem que estão fazendo algo comum, sem importância, incluindo a imagem de seus filhos na internet, podem violar, mesmo que sem malícia, os direitos dos seus filhos e até mesmo serem responsabilizados por isto mais adiante.

A liberdade dos pais se limita aos direitos dos filhos, em especial ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípio balizador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, como defendido por Ingo Sarlet: “é possível afirmar que a dignidade acaba, embora fundada na autonomia, operando como limite ao exercício das liberdades fundamentais” (SARLET, 2015, p. 127).

Conclusão

Num mundo líquido, plasmado pela comunicação instantânea e a inserção de dados pessoais na internet, a vida digital parece a existência humana. E a existência há de ser digna em todas as suas vertentes, materiais e formais, desde a perspectiva traçada por Kant, até as leituras relevantes mais recentes sobre o tema, com destaque para Sarlet (2015).

A dignidade da pessoa humana assegura, ao menos em tese, o respeito às condições necessárias ao pleno desenvolvimento dos mais variados aspectos da personalidade, que pode ser comprometido pela prática conhecida como *sharenting*, pelos pais, que são, paradoxalmente, os primeiros responsáveis pelo atendimento à supremacia dos interesses da criança e do adolescente, corolário da proteção integral, que orienta, axiológica e principiologicamente, a legislação específica aplicável a estas pessoas.

A liberdade de expressão de que se valem os pais para compartilhar imagens de seus filhos não é absoluta e irrestrita. Com os sistemas de processamento e tratamento de dados (designados por BIG DATA), é possível localizar e conhecer uma pessoa cujas imagens e postagens estejam nas redes sociais. Não há segredo. Não há resguardo. Não há privacidade. A imagem é direito dos filhos.

Além do prejuízo aos direitos fundamentais, a prática de *sharenting* resvala na própria dignidade, sob o prisma da existencialidade dos filhos. Não é possível extrair uma aquiescência tácita para a divulgação de imagens e vídeos, especialmente diante da vulnerabilidade de crianças e adolescentes, que estão em fase de desenvolvimento. O compartilhamento de hoje poderá trazer consequências negativas no futuro, quer aos filhos, pela discordância e a necessidade de lidar com as consequências da exposição, quer pelo uso indevido por terceiros, também em seu prejuízo.

A dignidade é o limite para o exercício de liberdades por outrem, significando dizer que a liberdade de expressão dos pais se estende até a dignidade dos filhos, sem ultrapassá-la. Nesse sentido, a exposição oriunda de

sharenting praticado pelos pais pode ser nociva, ainda que o compartilhamento se tenha dado sem malícia ou má intenção.

Ainda que as liberdades sejam fundamentais, a dignidade há de limitá-las, sem que se configure censura.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução da 5ª ed alemã Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARENDT, Hannah, 1906-1975. **Entre o passado e futuro**. Tradução Mauro W Barbosa, 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 5. ed. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30 ed, atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: < L10406compilada (planalto.gov.br)>. Acesso em: 26.ago.2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <Constituição (planalto.gov.br)>. Acesso em: 27.ago.2021.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <L8069 (planalto.gov.br)>. Acesso em: 05.set.2021.

BRASIL. **Lei 12.965, de 23 de abril de 2014**. Disponível em: <L12965 (planalto.gov.br)>. Acesso em: 25.ago.2021.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados**. Disponível em: < L13709 (planalto.gov.br)>. Acesso em: 08.set.2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <Exposição de crianças e adolescentes na internet ocupa 5ª

posição no ranking do Disque 100 – Português (Brasil) (www.gov.br)>. Acesso em: 25.ago.2021.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal**. Enunciados. Disponível em: <Consulta de Enunciados (cjf.jus.br)>. Acesso em: 31.jul.2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmulas. Disponível em: <Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br)>. Acesso em: 31.jul.2021.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. O Exercício do Poder Familiar e a Sociedade da Informação. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord). **O direito na Sociedade da Informação II**. São Paulo: Atlas, 2009.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA – 1989. Disponível em: <Convenção sobre os Direitos da Criança (unicef.org)>. Acesso em: 24.ago.2021.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas, SP: Romana, 2004.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA – 1959. Disponível em: < Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP - Declaração dos Direitos da Criança - 1959 | Criança e Jovem>. Acesso em: 24.ago.2021.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <Declaração Universal dos Direitos Humanos (unicef.org)>. Acesso em: 05.set.2021.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos – A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. atual. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A parentalidade responsável e o cuidado: Novas perspectivas. **Revista do Advogado**, n. 101, p.39-53. 2008.

DESGUALDO, Juliana L M N G. **Da liberdade clássica à liberdade cibernética: por uma reconstrução de valor**. 2017. 167p. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto Editora PUC-Rio, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAFER, Celso, 1941-. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LÈVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução Carlos Irineu da Costa. 3 ed. São Paulo: 34, 2010.

LOPES, Beatriz. **Nevermind: 29 anos do maior clássico do grunge**. 24/09/2020. Disponível em: < Nevermind: 29 anos do maior clássico do grunge (uol.com.br)>. Acesso em: 08.set.2021.

LOSANO, Mário G. **Modelos teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede. Novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativas supraestatais**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo v. 8. N. 16. Jul/dez 2005.

MARQUES, Julia. **Expor criança em redes vira até fonte de renda na pandemia**. O Estado de São Paulo. A16. Disponível em: <<https://digital.estadao.com.br/article/281878711496403>>. Acesso em: 12.set.2021.

PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. **Compêndio jurídico da sociedade da informação**. Lisboa: Verbo Jurídico, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Atlas, 2007.

RINALDI, Arlene H., FLORIDA ATLANTIC UNIVERSITY. **The Net: User Guidelines and Netiquette**. Disponível em: <Arlene Rinaldi's Netiquette Guidelines (augsborg.edu)>. Acesso em: 06.set.2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

UNITED NATIONS. **Universal Declaration of Human Rights**. Disponível em: <Universal Declaration of Human Rights | United Nations>. Acesso em: 05.set.2021.

UNIVERSO ON LINE UOL. **Bebê da capa de 'Nevermind' processa Nirvana por exploração sexual infantil**. Disponível em: <Bebê da capa de Nevermind processa Nirvana por exploração sexual (uol.com.br)>. Acesso em: 25.ago.2021.

7. APONTAMENTOS SOBRE A REGULAÇÃO E A TUTELA ESTATAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO SOB UMA ÓTICA CONSEQUENCIALISTA DA APLICAÇÃO DA LGPD



<https://doi.org/10.36592/9786581110819-07>

*Phillip Gil França*¹

Sumário: Introdução; 1 Estado regulador; 2 Tutela estatal do Direito fundamental à informação; 3 LGPD sob uma ótica do consequentialismo jurídico; Conclusões; Referências.

Introdução

Regular o compartilhamento e, em especial, o tratamento² de informações que estão sob a tutela do Estado representa um importante pilar da manutenção do exercício da democracia idealizada no texto constitucional. Assim como garantir que informações possam ser compartilhadas entre os partícipes da sociedade, nos limites da legalidade para tanto, representa um importante papel estatal na condição de responsável pelo o ônus público de criação e de manutenção de ambientes de interação social sadios (fato que não exclui as responsabilidades própria dos atores privados para que, igualmente, possa-se criar novos ambientes de interação social sadios e manter aqueles que assim já se estabilizaram, conforme fronteiras constitucionais aplicadas à autonomia da vontade).

Assim, a garantia de compartilhamento social de informação e da viabilização de informações de titulares que as buscam em banco de dados públicos demandam

¹ Pós-doutor (CAPES_PNPd), Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/RS, com pesquisas em doutorado sanduíche - CAPES na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Filosofia pela PUC/RS, em direito administrativo e em direito civil pelo IDRb. Professor da Escola da Magistratura do Paraná e do Mestrado em Direito da UNIVEL/PR. ORCID: 0000-0001-6245-7995.

² Conforme a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD), em seu art. 5º, X, considera-se “tratamento”: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

reflexões acerca da operacionalização da proteção e da promoção estatal de direitos afetados por tais fenômenos, inclusive, quando exercido por meio de novos mecanismos de interação entre pessoas, como é o caso do ambiente virtual da internet.

Nesse cenário, ao estabelecer um recorte temático, como, por exemplo, acerca do controle da atuação do Estado quando exerce a tutela de dados pessoais, observa-se viável que o cidadão possa se aproximar de uma possível capacidade de autogerência da informação passível de ser compartilhada entre seus pares, conforme suas convicções, preferências e interesses.

Isso porque, se os cidadãos possuírem meios de conferir o que o Estado faz – e como faz – em prol da proteção de dados pessoais e de outras informações que estão em seus bancos de dados, naturalmente poderão estabelecer os próprios limites de tratamento de tais informações, porque terão *standards* de como agir de modo proporcional nessa tarefa de atuar em consonância com o direito fundamental da informação conforme os limites do que representa o *insuficiente* e o *exagerado* no exercício dessa missão constitucional que é, de fato, de todos e de cada um.

Contudo, a princípio, mostra-se difícil conceber a possibilidade de que o ‘cidadão informado’ sobre algo é possuidor de eventual domínio integral da informação que recebe, tampouco da informação que compartilha – no sentido de poder saber de todas as possível perspectivas acerca dessa informação acessado, considerando a infinidade de dimensões a compõe, porque, simplesmente, para ser uma informação, como tal, demanda-se incontáveis influências subjetivas na sua concepção, construção e compartilhamento. Isso é, da infinidade de prováveis (e improváveis) ocorrências e influências externas que compõem qualquer informação decorre uma, talvez, uma primeira premissa para a pesquisa aqui apresentada, qual seja: a informação dificilmente será como tal em análises temporal e/ou espacialmente diversas.

Tal fato demanda, então, que seja estabelecido um recorte de tempo e de espaço quando se pretende trata de informações e dados pessoas sob uma perspectiva de deveres, direitos e garantias tantos dos seus titulares como daqueles que possuem obrigações legais e constitucionais de exercer suas respectivas tutelas.

Considerar a informação algo que está em constante mutação, a depender da sua manipulação por quem a detém, aparentemente, não afasta, ao contrário, potencializa, a responsabilidade do seu possuidor sobre o seu constitucional tratamento, sobremaneira àquelas afetas aos dados pessoais das pessoas.

Desse modo, busca-se apresentar uma breve análise de uma perspectiva, aqui compreendida como possível, do papel da tutela estatal da informação e da cidadania decorrente dessa temática no cenário brasileiro contemporâneo, sob uma ótica consequencialista, para, assim, tecer algumas considerações acerca dos impactos, nesse contexto, da regulação de proteção de dados estampada na Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD).

1 Estado regulador

Relata Carlos Alberto Molinaro que “o aforismo latino *ubi societas, ibi ius* bem revela o lugar do direito. É no espaço social que o direito tem lugar, como fenômeno jurídico que é, só existe na tessitura do social, tramado na história que se desenvolve neste campo, comprometido com o tempo social”³.

Para o mencionado autor, “o direito está ali, onde se faz a *divisão do trabalho* (em ambiência natural ou cultural) que é um fator fundamental da organização da sociedade; portanto, quanto mais complexa e diferenciada a *divisão do trabalho*, mais elevado o índice de progresso e civilização da sociedade dentro do primado da solidariedade orgânica, e mais bem-elaborado é o direito. E é nesse *cronotopos* social que o direito se revela, equilibrado, também como *permissão*, como atribuição de poder, *potencia moralis*, dizia Leibniz, que permite ao sujeito o uso de suas faculdades. Essa permissão, ou no plural, permissões, nos são atribuídas por meio *das* normas jurídicas, e não *pelas* normas jurídicas, e têm eficácia no seu particular espaço de juridicidade”⁴.

A regulação jurídica, portanto, advém de exercício de um atributo constitucional de se delimitar ações em prol do permanente atendimento, e busca de

³ MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 43

⁴ Id.

satisfação, dos objetivos fundamentais da república expressos no art. 3º da Constituição Federal, pois, nessa condição, o Estado possui o dever – legítimo e legalmente assentado – de definir fronteiras sobre o fazer e o não fazer humano em desse desiderato comum.

Logo, é de se considerar que a regulação estatal possui, de fato, e pelo menos, uma razão, um modo, um tempo, uma forma e uma finalidade para existir e para determinar – de forma cogente – quais são os caminhos que devem ser seguidos para um constitucional agir legal, proporcional e sustentável, mediante promoção e a proteção concreta de valores constitucionalmente consagrados.

Uma regulação (seja estatal, social, religiosa, etc), de modo geral, busca transformar a realidade em que é empregada, tentando alienar seus partícipes de modo que tal transformação não ocorra em velocidade desproporcional à sustentabilidade do próprio sistema que aliena, ao ponto de negar, deslegitimar, a força regulatória impressa na realidade impactada por essa regulação, pois está, inclusive, em constante adaptação ambiental.

Como mencionado, é possível observar que a regulação estatal, no Brasil pós Constituição de 1988, possui como um de seus pressupostos a necessária legitimação de escolhas públicas voltadas a cumprir sua missão maior de realizar os objetivos fundamentais da República apontados no art. 3º da CF/88.

Legitimidade do Estado advém do reconhecimento de sua autoridade superior frente a todas as demais regulações humanas submetidas ao poder que está sob a monopolizada gestão pública, realizada pelos governos estatais.

Assim, estabelece-se uma relação hierárquica de expressão de poder entre o Estado legitimado de uma força frente às demais expressões de força externas ao Estado não escolhidas como aquela juridicamente cogente, conforme valores, princípios e regras constitucionais que dão sentido e conferem objetivos para a referida legitimação estatal, quando verificada nos limites fronteirios de seus termos e condições de eficácia e de efetividade.

Entretanto, para a manutenção dessa legítima força capaz de regular todas as demais em um determinado Estado Democrático de Direito, faz-se necessário convencer, racionalmente, as demais forças sociais regulatórias que seguir a força do Estado ainda é o melhor, o necessário, o mais adequado e o razoável caminho

para se alcançar o objetivo maior de desenvolvimento intersubjetivo de uma sociedade regulada, justamente, por forças estatais legítimas – pois atendem aos vetores constitucionais de aplicação do direito.

É de se ponderar que, sem legitimidade, um possível destino de um Estado, estabelecido nos conhecidos valores democráticos e de direito, é o do esvaziamento de sua força em nome da busca de outras forças que consigam um mínimo de legitimidade, eventualmente, não sustentada pelo Estado – na condição de poder de convencimento regulatório entre a maior parte de um grupo de pessoas, socialmente organizadas, em dado momento e espaço – entre os destinatários dessa regulação maior a ser descoberta e definida como tal.

Logo, uma regulação que é elevada hierarquicamente frente as demais regulações de uma específica sociedade estabelece uma relação de submissão regulatória social tanto aos *standards* regulatórios por ela estabelecidos, como aos comandos regulamentares diretos da realidade submetida ao seu poder regulatório.

Assim, em um Estado Democrático de Direito, como dito, a regulação estatal que pretende se perdurar no tempo e no espaço de sua abrangência territorial precisa racionalmente convencer a maioria da população que se encontra nesse mesmo espectro temporal e espacial que é aquela que fará com que aproveitem melhor esse mesmo tempo e espaço em comum para o alcance do máximo possível desenvolvimento pessoal e intersubjetivo.

Invariavelmente, o Estado precisa de *conexões* com as pessoas para que possa promover seu fim maior de, ao realizar o interesse público maior de promover o sustentável e proporcional desenvolvimento das pessoas que se submetem ao seu poder. Não só isso, precisa estabelecer conexões a partir de padrões de qualidade mínimos que lhe impõe sujeições (princípios) de adequação legal (legalidade); sistemas objetivos de atuação (impessoalidade); atendimento à *standards* éticos e morais de exercício de seu poder (moralidade; transparência de sua atividade (publicidade); e controle do que é feito, de foram corretas e conforme padrões esperados, para que surta, pelo menos, os efeitos práticos pré-determinados (eficiência).

Essas conexões regulatórias de vias, no mínimo, duplas (Estado – cidadã) são tecidas pelo Direito Administrativo e aplicadas com o auxílio de vários ramos do Direito e por outras ciências, como a política, a antropologia, a sociologia etc.

Desse modo, atos administrativos representam o elo de expressão – e de compreensão – entre a atividade estatal e o cidadão e entre a atividade do cidadão frente ao Estado. Tal *link* entre o poder público aplicado nos limites da autonomia privada e entre o agir particular efetivado nos limites da legalidade normativa representa a construção de novos degraus no caminho evolutivo de todos e de cada um.

Fato que torna um domínio mínimo do Direito Administrativo indispensável para aqueles que precisam interagir com o Estado de alguma forma – ou seja, qualquer cidadão, seja por interesse pessoal, ou de outrem, ou de pessoa jurídica que apresenta, seja por interesse comum dos demais cidadãos que procuram no Estado uma segurança e um impulsionamento de caminhos viáveis de amadurecimento como ser humano apto a conviver com os demais partícipes do meio ambiente em que se encontra.

Dessa maneira, para que se exista uma força regulatória hábil a determinar os destinos de uma sociedade contemporânea, estabelecida sob um regime democrático de Direito, é preciso aceitar que o Estado advém e expressa uma força superior e tal força precisa estar conectada com um fim maior que é a realização do interesse público, porém, nem sempre o alcança, fato que justifica a criação de um sistema de poderes e sujeições da máquina estatal de realização do interesse público chamada de Administração Pública, que viabiliza, outrossim, a realização de controles internos e externos de sua atividade como modo de manter minimamente a legitimidade desse Estado e a comunicação com os titulares do Poder que gerencia, justamente para que consiga alcançar seus principais desideratos constitucionais.

Dessarte, Estado pressupõe regulação de atividades humanas, que demanda legitimidade do seu conteúdo a ser expressa, que, por sua vez, necessita de instrumentos conectores entre si e seus destinatários e apenas continuará ser chancelado como tal mediante sistemas de controle interno e externo que demandarão novos ciclos regulatórios legítimos, conectados com os cidadãos e passíveis de análises revisionais do seu conteúdo.

Logo, Estado é um modelo humano impositivo delimitador da atividade humana para um almejado objetivo de desenvolvimento quantitativo e/ou qualitativo de seus partícipes, mediante a contenção do seu próprio poder como gestor das forças que interagem nesse modelo. A partir dessas ideias, então, faz-se possível iniciar a compreensão sobre regulação do Estado.

Para Vital Moreira e Fernanda Maçãs⁵, etimologicamente, o conceito de regulação gira em torno de duas ideias fundamentais: o estabelecimento e implementação de regras, de normas, e a manutenção ou garantia de funcionamento equilibrado de um sistema. Afirmam que, não obstante este entendimento operacional de regulação econômica, o conceito está longe de congregar o consenso unânime dos autores especializados sobre o tema, coexistindo várias concepções de regulação, desde logo à sua amplitude.

Asseveram, ainda, que, em regra, a regulação compreende a capacidade para o estabelecimento de normas, garantir a sua aplicação e execução, bem como fiscalizar o cumprimento e efetivar a punição das infrações às referidas normas. Concluem, então, que a regulação compreende três poderes típicos do Estado: um poder normativo, um Poder Executivo e um poder *parajudicial*, que podem coexistir ou não numa única entidade⁶.

Segundo Burkard Eberlein, há inúmeras interpretações do termo *regulação*, sendo que o único território comum é a noção de regulação ligadas às restrições de escolha privada pela imposição de regras públicas.⁷ Para Tony Posner, a regulação é um conjunto de atos de controle e direção de acordo com uma regra, princípio ou sistema, que se desenvolve por meio de normas legais e outras medidas de comando e controle, caracterizadores da intervenção pública que afeta a operação de mercados e as decisões econômicas das empresas, normalmente pela restrição de mercados.⁸

⁵ MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de lei-quadro*. Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 13-14.

⁶ Id.

⁷ Eberlein Burkard: "The only common ground is that the notion of regulation suggests the restriction (private) choice by the imposition of (public) rules" (*apud* SILVA, Fernando Quadros da. *A independência das agências reguladoras e o princípio do Estado Democrático de Direito*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2001.

⁸ POSNER, Tony. *Law and the regulators*. Oxford: Clarendon Press, 1997. p. 3-7.

A regulação – de forma geral – constitui a sobreposição proporcional da vontade do particular pela legítima vontade do Estado, com o fim de proteção e desenvolvimento do bem-comum (bem-estar democraticamente usufruível) e a aplicação justa das regras previamente impostas no sentido de evitar abusos quando do exercício do seu livre (e legal) agir. Isto sem ultrapassar os limites de sua função executiva, pois deve conservar a característica de atividade não jurisdicional (não tem força de decisão final, não faz coisa julgada) e não legislativa (não pode inovar ou contrariar lei). Como bem lembra Ruy Cirne Lima,⁹ a regulação, aos moldes nacionais, em sentido amplo, manifesta-se no exercício de Poder de Polícia do Estado.

Segundo Calixto Salomão Filho, no sistema brasileiro houve tentativa de formulação de uma teoria geral da regulação. A razão para tanto é jurídica e simples. Trata-se da tradicional concepção do Estado como agente de duas funções diametralmente opostas: a ingerência direta na vida econômica e a mera fiscalização dos particulares. A prestação de serviços públicos, de um lado, e a vigilância do mercado, por meio do poder de polícia, de outro, sempre representaram para os administrativistas a totalidade das funções que o Estado poderia exercer. Em um mundo de dicotomia entre a esfera privada e a esfera estatal não havia razão para desacreditar da precisão de tal análise.¹⁰

Hartmut Maurer¹¹ afirma que a expressão regulação é *anfibalógica*. Ela se relaciona, por um lado, à atividade, a promulgação do ato administrativo, por outro, ao produto dessa atividade, o ato administrativo promulgado e, com isso, o resultado jurídico produzido. Isto é, a atividade de regulação estatal deve ser vista – e controlada – desde como a Administração age quando da criação do ato, até na observação de quais são os efeitos (consequências) da atuação reguladora administrativa.

Do modo apresentado, é possível considerar, então, que a regulação da informação pelo Estado estabelece, inclusive, alguns limites entre o autoritarismo e a

⁹ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios do direito administrativo*. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, p. 106.

¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica* (princípios e fundamentos jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001. p. 13.

¹¹ MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Trad. Luis Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006. p. 208.

abertura democrática necessária para a promoção do desenvolvimento responsável de uma nação junto com o povo e assim, com cada partícipe desse Estado.

Dessa forma, a utilização de instrumentos regulatórios sofisticados, fruto de uma adequada estruturação do crescimento político-econômico nacional, é essencial para conceder ao Estado meios adequados para a promoção do cidadão, conforme seus valores básicos de ser humano digno e necessária interpretação constitucional de um sistema jurídico, em determinado tempo e lugar.

Conclui-se, portanto, que essa busca está intimamente ligada à tutela da dignidade do indivíduo como ser humano; à priorização do cidadão ante eventuais interesses egoísticos de alguns partícipes do ambiente estatal; ao respeito estatal na utilização de suas prerrogativas constitucionais conforme os limites que lá se impõe; à necessária flexibilidade jurídica e jurisdicional para compreensão – e absorção – das transformações sociais do Estado brasileiro e, finalmente, à preocupação de governo em criar, utilizar e efetivar POLÍTICAS DE ESTADO em que se refletem os interesses plurais, dialogados e passíveis de efetivação.

Para tanto, este caminho possui os trilhos da democratização da informação e de uma regulação realizada por um Estado institucionalmente sólido.

2 Tutela Estatal do Direito fundamental à informação

O papel da informação, no contexto apresentado, é crucial – uma vez que se trata do elo entre o promotor do bem comum e o sujeito desta promoção.

Pela informação – ou pelo grau de qualidade e quantidade da informação – consegue-se mensurar como o cidadão está sendo atendido pelo Estado. Assim, a concretização do Estado Democrático de Direito – com sua novel roupagem conferida pela CF/1988 – deve ser aproveitada para conduzir novos rumos de difusão de informação à população.

E tal tarefa pode ser cumprida, sugere-se, sem medo de que a informação possa voltar-se aos eventualmente questionáveis interesses DE GOVERNO. Ao contrário, o foco de preocupação será mais bem aproveitado caso seja direcionado para construção de uma consciência DE ESTADO para toda a população, são

engrenagens que, em harmonia, atuam em prol da realização dos objetivos fundamentais da república expressos no art. 3º da CF/88.

Tais objetivos fundamentais da república podem ser considerados como metas a serem promovidas por todo o sistema estatal com força coativa imediata, possuindo eficácia vinculante de seu conteúdo, como norte da atuação a ser concretizada pelos integrantes do Estado brasileiro.

Nessa esteira, é dever estatal proporcionar o máximo de efetivação dos objetivos da República no menor tempo possível, como farol guia daqueles que necessitam, ou são interdependentes dessa iluminação pública.

Entretanto, imaginar que todos os objetivos expressados na norma constitucional supracitada irão se realizar como um passe de mágica, sem olvidar as respectivas consequências da busca de concretização de tais determinações constitucionais, é ingenuidade.

Cabe aos operadores do sistema estatal, nesse contexto, a viabilização de um mínimo de realização de tais objetivos fundamentais da República, para que se mantenha a harmonia desse mesmo sistema, uma vez que possui expressamente um conjunto de desideratos finais a serem cumpridos.

Tal mínimo de realização é estabelecido mediante verificação da concretização de determinado interesse público a ser promovido em cada atuação administrativa do Estado, com destaque àquelas discricionárias, pois permitem uma maior efetivação de determinado interesse público, mediante a escolha do melhor caminho a ser seguido para alcance de tal fim.

Para tanto, a *informação* tem um papel central nesse ambiente multi-interativo entre o detentor do poder de gestão de liberdades no Estado nacional e os titulares de tais liberdades nesse mesmo ambiente regulado pelo Estado.

Entende-se por *informação*, em uma das possíveis perspectivas panorâmicas aplicáveis ao tema, aqueles elementos cognitivos emanados por um *emissor* familiarizado com o conteúdo desse fragmento de energia não ignorado, para um *receptor* que o desconhecia até então. Assim, o *receptor* muda a condição de ignorância frente ao elemento recebido e passa a se apresentar como sujeito familiarizado com o respectivo conteúdo, alterando seu *status*, então, para "*informado*".

Disso se denota que a informação depende, de fato, do sujeito. Há o pressuposto para interações sociais, então, a troca de dados entre *sujeitos* (reais ou virtuais), quando se trata de produção de “informações”. Isto porque, como já mencionado, para o manejo de dados e informações, precisa-se, necessariamente do “*outro*” para *recepção, processamento e aproveitamento* da energia captada.

Incontroverso, destarte, é a realidade de que sem a consecução desse processo interativo (concreto ou virtual) não há razão de disseminação ou de gestão de dados, ou até mesmo, do empenho de se desenvolver e/ou promover o desenvolvimento do meio em que se vive. O que tira muito do sentido do sistema jurídico e, até mesmo, do pacto constitucional estabelecido em torno da dignidade da pessoa humana.

Informação sem interlocutor não é informação, mas, sim, um elemento fático subjetivo individual de um sujeito. É uma energia que paira no universo do indefinido e que precisa, invariavelmente, de uma comparação (por exclusão, até mesmo), para adquirir determinação *do que é e do que não é* no mundo *real*, para, assim, receber o correspondente reflexo (e rotulagem) no mundo jurídico.

Alguém que possui uma ideia original no mundo real apenas detém essa categoria de elemento *ignorado*. Passa a obter *informação*, então, quando tal elemento é revelado, por meio de compartilhamento desse dado com o outro, ou quando se anuncia a existência desse objeto cognitivo e, desse modo, confere-lhe *identidade*.

A informação e sua expressão dependem do sujeito, porque prescindem de conhecimento de alguém e o anúncio desse conhecimento a outrem. Por exemplo: um fato da natureza é “*informação*” apenas quando algum sujeito se familiariza com ele – até então, é um simples fato da natureza.

Assim considerado, a expressão e o recebimento de informações representam o modo pelo qual o homem se relaciona com o ambiente, com seus partícipes e consigo próprio. É a forma mais próxima de interação primária com o “*outro*”, sendo, assim, o principal instrumento do inevitável desenvolvimento que qualquer ser vivo possui. Portanto, ter o direito de livre expressão de informações é tão importante quanto ter a responsabilidade sobre tais informações compartilhadas – com destaque quando se refere aos dados pessoais alheios.

Além das proteções constitucionais que incidem sobre o direito que todos possuem de informar e receber informações sobre o que é feito, da forma que é feito e do modo que entendam pertinente ao “*outro*”, há uma série de deveres – igualmente constitucionais – incidentes sobre tal direito de informação.

Dessa forma, começa-se a refletir como a proteção das informações recebidas, e de que forma os dados pertencentes ao outro podem e devem ser responsabilmente geridos, justamente em prol do dever de proteção dos direitos das pessoas que se inter-relacionam nos ambientes *concreto* e *virtual* conhecidos e tutelados pelo Estado.

Como não poderia ser diferente, no sistema constitucional vigente, todo direito se perfaz em um decorrente dever jurídico, para assim determinar seus elementos conformadores, tais como: a sua concretização de existência no mundo jurídico, a sua validade, a sua eficácia e as suas consequências correspondentes ao exercício desse direito.

Nesse cenário, parte-se do pressuposto que “*informação*” é a menor partícula de energia não ignorada pelo homem e intersubjetivamente dividida. Até mesmo porque, explorar e apreender os dados antes desconhecidos é a natureza de qualquer ser biótico para que seu desenvolvimento/evolução ocorra.

Para o homem, trata-se de um instrumento de cidadania, de defesa da sociedade, de manutenção e de incremento de relações intersubjetivas, de tal modo, apresenta-se como um constitucional dever de todos de receber e transmitir informações voltadas ao bem comum.

Vide, por exemplo, o texto indicado no *art. 225, VI, da CF/1988* que determina, ao poder público e à coletividade, a promoção da educação e da conscientização pública sobre a necessária tutela ambiental. Resumidamente, o uso adequado da informação não é mera faculdade, mas sim elemento obrigatório na proteção do equilíbrio natural e na boa interação de seus partícipes.

Vale lembrar: a informação no Estado contemporâneo desponta como um dos principais bens comuns de uma sociedade, pois se apresenta como ferramenta viabilizadora das relações sociais e obrigacionais de um povo.

Sem a informação, como comezinha forma de expressão, não existe interação entre os indivíduos, desenvolvimento intersubjetivo, tampouco interesse de se

relacionar com o que há de externo a si próprio – fato que inviabiliza o desenvolvimento individual e, conseqüentemente, como dito, da sociedade onde se está inserido.

Sem informação e uma adequada e legalmente conformada gestão de dados contratos não são celebrados, pretensões não são apresentadas e atendidas, negócios não são firmados e mercados perdem sua razão de existir.

Como visto, a necessidade de um adequado compartilhamento da informação e de armazenamento de dados, para um bem maior comum de desenvolvimento, é fator obrigatório para a sua concepção e para sua compreensão conforme a Constituição preconiza.

Na mitologia grega, por exemplo, Hermes transmitia a informação dos Deuses ao homem, que até então a ignorava, na condição de intérprete da vontade divina.

Porém, regular é preciso, pois sequer no Olimpo grego, na morada dos Deuses, as informações livres de adequada tutela eram passíveis de confiança – considerando tantos semideuses criados por desventuras amorosas entre Deuses e mortais –, quem dirá na terra dos homens falíveis.

Aliás, a título ilustrativo, vale lembrar que tratar da vida íntima dos Deuses da mitologia grega, de assuntos sobre filiação dos semideuses e de qual Deus cada grego seguia, poderiam ser considerados, nessa época, temas inclusos no rol dos *dados pessoais sensíveis*, que demandariam uma tutela ainda mais atenciosa por parte dos gestores de tais informações pessoais.

Ou seja, o que se sabe da informação é aquilo que o interlocutor transmite sobre ela após, invariavelmente, a realização de uma filtragem subjetiva de conteúdo dessa informação por seu interlocutor. Logo, uma informação transmitida jamais será retransmitida na sua originalidade, gerando, dessa maneira, uma nova informação.

A questão levantada, entretanto, é acerca do rótulo desses elementos objetivos, com destaque à “informação de interesse comum”. E, assim, inicia-se a compreensão de informação e de manejo de dados pessoais como instrumento de poder. Trata-se, nesse sentido, de força que viabiliza atendimento de determinados interesses.

Então, a tutela e o manejo de *informação de dados pessoais* recebem na atualidade uma nova roupagem e conteúdo, pois representam aquelas informações chamadas de *privilegiadas* e, os dados pessoais sensíveis, restritos ao atendimento de interesses de poucos e ao ambiente privado e íntimo de cada um, está-se a tratar de um valor econômico ainda mais diferenciado do que em outros tempos.

Por outro lado, existem outras informações que concedem poder ao homem comum, poder proporcionalmente limitado à sua capacidade de interferência na informação recebida, popularizadas atualmente pela internet, telefonia móvel e comunicação com auxílio de satélites. Como posto, mudou-se drasticamente a ideia do poder da informação e sua democratização.

Logo, tem-se que a informação, de forma geral, pode ser classificada como comum ou como qualificada, quando assim reconhecidas na categoria de públicas. Porém, quando se trata de dados pessoais, a interpretação precisa, em regra, tender ao raciocínio de maior proteção possível do universo privado e íntimo dos cidadãos, com destaque àquelas indicadas como "sensíveis".

O papel da tutela estatal da informação e dos dados pessoais, nesse contexto, é crucial – uma vez que se trata do elo entre o promotor do bem comum e o sujeito desta promoção. Pela informação – ou pelo grau de qualidade e quantidade da informação – consegue-se mensurar como o cidadão está sendo atendido pelo Estado.

Desse modo, a concretização do Estado Democrático de Direito, conforme valores da Constituição Federal de 1988, deve ser aproveitada para conduzir novos rumos de difusão de informação à população e de respeito aos limites do compartilhamento de dados pessoais.

Logo, o cuidado com o compartilhamento, a guarda e a gestão da informação e dos dados pessoais, representam a forma como o homem saberá lidar com os novos desafios que já acompanham o seu cotidiano, com destaque para o turbilhão de informações "*multiprocessadas*" que acompanham a era da Inteligência Artificial e o advento de novas tecnologias em todas as frentes de atuação do ser humano.

Assim, de volta ao Estado contemporâneo, é inegável o fato de que a informação desponta como um dos principais bens comuns da sociedade, pois se

apresenta, de forma geral, como ferramenta viabilizadora do desenvolvimento das relações sociais e obrigacionais de um povo.

Entretanto, nesse cenário do Estado contemporâneo, as “informações restritas” à identificação do homem – dados pessoais – basilares das relações intersubjetivas de um Estado, devem ser tratadas da mesma forma que as consideradas “informações comuns”?

Negativo.

Ora, é fato notório que a informação comum tem sido geometricamente multiplicada (sobre tudo e todos) e está a dominar a vida dos cidadãos na já estabelecida era da IA – não necessariamente em *qualidade e pertinência*, mas, de forma preponderante, em *quantidade e persistência*.

Dessa maneira, a *informação privilegiada*, no sentido daquela de que poucos sabem (ou também, a retenção de tal informação), passa a obter um valor maior e mais cobiçado, tendo em vista o fato de que o acesso a informações comuns, como mencionado, foi ampliado nos últimos anos.

Destarte, os dados pessoais e aqueles denominados sensíveis (na condição de privilegiados) são utilizados como moeda forte em nosso cotidiano. Fato que, de forma geral, afeta o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, quando o elemento vontade de compartilhar tal informação pessoal, daquele a quem pertence tal dado, não é verificado.

Naturalmente, os dados *pessoais sensíveis* possuem um valor maior do que *informações comuns*, pelo que representam, por exemplo, na condução de mercados de consumo e até mesmo na elaboração de estratégias para cometimentos de crimes.

Seu custo, como qualquer outro no ambiente em que vivemos, advém da dificuldade de acesso (energia demandada para seu alcance), da escassez (quantidade) e da pureza (qualidade) do seu conteúdo.

Assim, iniciativas que visam conceder o adequado tratamento e proteção dos dados pessoais, principalmente os tidos como *sensíveis*, precisam ser incentivadas e valorizadas como instrumentos que tornarão as relações humanas na era da IA cada vez mais seguras e produtivas.

Na Constituição, o direito de expressão, de compartilhamento e o de recebimento de informações e de dados pessoais representam direitos expressamente protegidos em seu texto, conforme exemplos a seguir:

Art. 5º [...]

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

[...]

XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

[...]

LXXII – conceder-se-á *habeas data*:

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;"

[...]

Art. 93. [...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à *informação*.

[...]

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

[...]

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Informação, por seu valor e importância como linha de costura e, quiçá, de bordado que confere identidades e identificações, é elevado ao rol expresso de direito fundamental estabelecido no art. 5º da Constituição Federal.

Nos trilhos do sentido exarado pelo Supremo Tribunal Federal ao direito fundamental à informação (STF - RE 865401 - Órgão julgador: Tribunal Pleno Rel.: Min. DIAS TOFFOLI Publicação: 19/10/2018), então, tem-se que “a inclusão do inciso XXXIII do art. 5º no texto da Constituição Federal de 1988 possui nítido conteúdo finalístico de assegurar não só a defesa de direitos, sejam eles individuais ou transindividuais, mas também o pleno exercício da liberdade de opinião, além de

fortalecer a democracia participativa, com a consagração pelo reverso da moeda, qual seja, o dever de transparência dos dados e informações estatais”.

No mesmo julgado, tem-se que, “para o atingimento de tais desideratos, estabeleceu-se que todo e qualquer indivíduo, brasileiro ou até mesmo o estrangeiro residente e, por que não, toda pessoa jurídica têm o direito fundamental a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, isso numa interpretação ampliativa e, conseqüentemente, não reducionista. A importância do direito de acesso do cidadão às informações ao regime democrático foi muito bem acentuada por Norberto Bobbio quando ele escreveu que a democracia moderna exige um ‘governo do poder visível’. O autor, ao lembrar lições do político italiano Ruggero Pulletti, repetiu que ‘nada pode permanecer confinado no espaço do mistério’ (O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 83 e 84)”.

Importa ressaltar a regulação própria desenhada pela legislação infraconstitucional sobre o acesso à informação que se encontra sobre a tutela estatal, tal como aquela inserida na Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11):

Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

I - Orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada;

II - Informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos;

III - Informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado;

IV - Informação primária, íntegra, autêntica e atualizada;

V - Informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços;

VI - Informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e

VII – informação relativa:

- a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos;
- b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.

[...]

Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais. § 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

A partir do trilho constitucional e infraconstitucional proposto, *então, a proteção e a garantia da liberdade de expressão e de informação no Estado Democrático de Direito*, conforme os ditames axiológicos da Constituição, tem sua espinha dorsal estabelecida no instituto da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, sem a ocorrência de ações furtivas desta própria atuação, tampouco omissões quanto ao próximo e eficaz desempenho jurisdicional.

Isso porque, não se imagina liberdade de expressão, a gestão de informação e a proteção de dados pessoais sem o correspondente controle, de quem detém legitimidade para tanto, dos atos e dos fatos que eventualmente ameacem o apropriado exercício dessas atividades.

Segundo Rawls, "podemos partir da convicção de que um regime democrático pressupõe liberdade de expressão e de assembleia, e liberdade de consciência e de pensamento. Essas instituições não são apenas exigidas pelo princípio da justiça, mas, como argumentava Mill, elas são necessárias para que os negócios políticos sejam conduzidos de maneira racional. Embora a racionalidade não seja garantida

por essas ordenações, parece que em sua ausência o curso de ação mais razoável será fatalmente rejeitado, em prol de políticas sugeridas por interesses particulares. Para que o fórum público seja livre e aberto a todos, e permaneça em sessão contínua, todos devem poder participar dele”¹².

Ainda, para o autor, “todos os cidadãos devem ter meios de informar-se sobre questões políticas. Deveriam ter condições de avaliar como certas propostas afetam seu bem-estar e quais políticas promovem sua concepção do bem público. Além disso, deveriam ter uma oportunidade equitativa de acrescentar à pauta propostas alternativas para a discussão política. As liberdades protegidas pelo princípio da participação perdem muito de seu valor sempre que os detentores de maiores recursos privados têm permissão de usar suas vantagens para controlar o curso do debate público. Pois, no fim, essas desigualdades possibilitarão que aqueles que estão em melhores condições exerçam uma influência maior sobre a evolução da legislação. Com o tempo, eles tendem a conquistar um peso preponderante na decisão de questões sociais, pelo menos no que se refere àqueles assuntos sobre os quais normalmente concordam, isto é, em relação àquilo que favorece suas circunstâncias privilegiadas”¹³⁻¹⁴.

Desse modo, o Estado, para se sublimar como possuidor de um regime “*democrático de direito*”, deve ser capaz de gerir a informação e de promover a tutela de dados pessoais com a estrita finalidade do fim comum e do equilibrado desenvolvimento dos partícipes da nação, no sentido de orientar seu povo, justamente para a promoção de suas frentes de realização do interesse público.

Nesse contexto, o progresso almejado poderá ser verificado de forma socialmente sustentável, pois o Estado não apenas restringirá ou promoverá as

¹² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 246.

¹³ Idem.

¹⁴ Ainda, disserta Rawls que “a justiça como equidade começa com a ideia de que, quando princípios comuns são necessários e trazem vantagens para todos, eles devem ser formulados a partir do ponto de vista de uma situação inicial de igualdade, adequadamente definida, na qual cada pessoa é representada de maneira equitativa. O princípio da participação transfere essa noção da posição original para a Constituição, tomada como o mais alto sistema de normas sociais para estabelecer normas. Se o Estado quiser exercer uma autoridade final e coercitiva sobre um determinado território, e se deve (...) (p. 242) (...) assim afetar de forma permanente as expectativas de vida das pessoas, o processo constituinte deve preservar a representação igual da posição original no mais alto grau possível. Por enquanto, pressuponho que uma democracia constitucional pode ser ordenada de modo a satisfazer o princípio da participação” (Idem p. 241).

ações do homem, mas, sim, indicará caminhos para que este persiga o *bem* (*no sentido estrito do termo*), conseqüentemente, do próprio Estado.

Logo, a ordem viabilizadora dessa condição, em uma sociedade que possa discernir do correto e o incorreto, poderá surgir com maior efetividade.

Importante sublinhar que na atual realidade vivenciada, de informação rápida e dividida entre os mais altos graus hierárquicos institucionais e o mais comum do povo, traz ao Direito a necessidade de revisão da antiga ideia de controle estatal.

Conseqüentemente, esse cenário induz à reconsideração do entendimento sobre a proposta de um Estado minimamente ordenado e promotor de um responsável desenvolvimento de sua estrutura idealizada e construída – ainda que virtualmente – por humanos que, agora, estão sob uma nova força de influência: a Inteligência Artificial (IA).

Novamente, volta-se à preocupação de analisar qual é o ponto em que essa nova força influenciadora das decisões humanas pode ser considerada *antijurídica*, porque *desproporcional*.

Assim, para continuar a vislumbrar o exercício da democracia idealizada no texto constitucional, não se pode escapar da busca de uma nova compreensão acerca dos limites do compartilhamento da informação.

É fato notório que a integração entre o direito nacional e o novo modo de interação por meio da informação, como um dos bens mais valiosos existentes, ainda não demonstra maturidade o suficiente para promover sua adequada regulação, pois, a cada dia, surgem novas possibilidades de associações no mundo real com o universo virtual da IA que o sistema jurídico nacional, também na condição de força virtual criada pelo homem, até o momento (ano de 2021), não indica força regulatória coercitiva o suficiente para, em determinadas situações, exercer seu desiderato maior de promover pacificação social e desenvolvimento intersubjetivo – seja, por força do seu Poder Judiciário, seja por atuação dos demais Poderes Legislativo e Executivo.

Isso se deve, também, à velocidade de transformações que o manejo da informação sofre na era da IA, fato que dificulta a absorção e reação jurídica de tal atualização e *multicompartilhamento* de dados jamais vista.

Uma possível visão romântica e ingênua do estrito uso estatal da informação em prol do bem comum, na maioria das vezes, leva o país a profundas crises econômicas, sociais e, principalmente, de representatividade. Naturalmente, é um fim a ser buscado, contudo, não é possível ignorar os inúmeros interesses e pressões existentes no universo de tratamento de dados, principalmente, quando tais dados se encontram disponíveis numa rede de informações compartilhadas de amplo acesso.

Ou seja, é preciso saber que informação representa a verdadeira via pública por donde percorrem os cidadãos, bem como assemelham-se ao sistema circulatório da nação, pelo qual os nutrientes necessários para sobrevivência do Estado são levados e trazidos para os pontos necessários para manter o sistema constitucional estatal sustentavelmente equilibrado.

Informação é, portanto, o meio pelo qual o cidadão promove o seu desenvolvimento e mantém um ambiente minimamente apto para que as próximas gerações possam, ao absorver tais informações, viabilizar novas camadas de desenvolvimento para que a espécie evolua, mesmo com tantos entraves causados por alguns dos seus próprios representantes.

No ambiente estatal, basicamente, tais entraves decorrem do mau uso de informação e de dados pessoais (como a retenção, manipulação, falsificação etc.) por representantes do Estado voltados à quebra de um dos pilares primordiais do exercício da atividade administrativa estatal: o *princípio da impessoalidade*.

Indica tal princípio, aplicado ao tema em tela, que o uso da informação por agentes públicos não pode estar voltado ao benefício de si próprio ou de determinadas pessoas, assim como não é possível que tal atividade seja praticada com vistas ao prejuízo de alguém ou de algum grupo de cidadãos.

Nessa mesma esteira, não é permitido ao representante do Estado utilizar de informações relacionadas a sua atividade pública de forma a promover sua imagem pessoal – ou características que indiquem se tratar de tal imagem – de forma divorciada do interesse público.

Ou seja, a informação relacionada ao Estado, necessariamente, possui uma atenção especial do Direito, por meio do obrigatório dever de gestão da informação conforme a expressão da sua adequada tutela jurídica.

Logo, como já indicado, o importante papel da tutela da informação e dados pessoais passa a ser detectado nos altos níveis de sua troca e gerenciamento¹⁵, principalmente quando se mencionam informações chamadas *privilegiadas*, ou, v.g., aquelas fundamentais para a celebração de um grande contrato de concessão de serviço público, restritas ao atendimento de interesses de poucos.

Por outro lado, existem outras que concedem poder ao homem comum¹⁶, popularizadas atualmente pela internet, telefonia móvel e comunicação com auxílio de satélites. Como posto, mudou-se drasticamente a ideia do poder da informação e sua democratização.

Observa-se, com essas lentes, as comunicações a partir de redes eletrônicas como uma das expressões mais próximas da dinâmica evolução tecnológica iniciada no último século, sentida no cotidiano, a partir da gestão pública de informações socialmente relevantes.

Isto porque, altíssimos investimentos para o despontar de inovações que viabilizem novas e atraentes formas de comunicação e acesso à informação trilham os caminhos das grandes multinacionais desse setor.

Assim, pergunta-se: como é possível atualizar, adequadamente, a tutela constitucional de tal informação, mesmo quando se difunde em uma capilaridade de fontes e destinos nunca antes vista e, também quando é gerida por empresas com poder econômico e de influencia dessa informação nunca antes testemunhado?

Sugere-se, como preliminar caminho a trilhar, a proteção do *núcleo duro, ou essencial, da informação*. Trata-se do objeto determinante que a torna capaz de alterar uma relação social ou obrigacional.

Os demais elementos marginais que orbitam em torno desse caráter essencial da informação podem se apresentar estímulos que deturpam a finalidade desse núcleo e, a depender da sua intensidade, podem levar a distorções ou desígnios sociais ou obrigacionais diversos daquele esperado quando do estabelecimento do objeto (núcleo duro ou essencial) da informação.

¹⁵ Como mencionado, acredita-se que a democratização da informação é uma importante peça na engrenagem do objeto proposto neste estudo.

¹⁶ Poder proporcionalmente limitado à sua capacidade de interferência na informação recebida.

A tutela indicada, destarte, refere-se ao controle dessa atuação marginal. Quando o núcleo duro (objeto) da informação não se coadunar com os valores do Direito – ou, minimamente sustentáveis aos valores constitucionais – não há dúvidas sobre a necessária atuação estatal jurisdicional para o restabelecimento de sua conformação à ordem jurídica estabelecida.

A questão levantada, entretanto, é acerca da titularidade desses elementos objetivos, com destaque à “informação de interesse comum”, pois, a partir dessa compreensão, denota-se a *informação como instrumento de poder*. Trata-se, nesse viés, a informação como força que viabiliza o atendimento de determinados interesses, inclusive, públicos.

E tudo isso se faz com a boa informação e com o compromisso que cada um possui de propagá-la, conforme seu núcleo essencial de desenvolvimento intersubjetivo, de modo responsável e responsabilizável. Logo, é de se firmar que *ter os direitos de informação* (informar e ser informado) e de *ter dados pessoais protegidos* é tão importante quanto *ter as responsabilidades de informar e de proteger dados pessoais*.

Isso porque, conforme as ideias de Confúcio, quando o povo reforma a si próprio e tem noção de vergonha, a lei e, por conseguinte, a ameaça de punição, nunca precisam ser evocadas. Continua afirmando que a orientação pela virtude, entretanto, não pode ser efetiva, a menos que o governante dê um exemplo moral para o seu povo. Segundo o mestre chinês que viveu entre 551 – 479 a.C.: *governar é corrigir. Se você der exemplo ao ser correto, quem ousaria continuar sendo incorreto?*¹⁷

Explica, adiante, que existe uma perspectiva negativa e outra positiva dessa ideia de “*governar é dar exemplo*”. O ponto negativo é que se o próprio governante falha em ser correto, mas insiste em punir seus administrados por serem incorretos, irá se colocar acima da lei, e o povo terá consciência da *injustiça*. Por outro lado, o ponto positivo é que o povo sempre olha para os seus melhores homens, e se aqueles em posição de autoridade dão exemplo, isso será imitado mesmo se o povo não receber ordens para assim fazer.

¹⁷ Conforme CONFÚCIO. *Os Analectos*. Trad. do inglês de Caroline Chang. Trad. do chinês de Dim Cheuk Lau. L&PM: Porto Alegre, 2009.

Afirma Confúcio: "se um homem é correto, então haverá obediência sem que ordens sejam dadas; mas se ele não é correto, não haverá obediência, mesmo que ordens sejam dadas".

Observa-se nessas passagens como a ideia da boa administração não é algo novo, ou indica uma grande luz advinda de sofisticadas elucubrações administrativistas contemporâneas. Mas, sim, transparece uma básica lição proveniente do clássico das ideias humanas, como Confúcio representa para humanidade.

Deve-se, então, olhar primeiro para o bem consolidado tronco clássico das ideias e usá-lo para o fim último de trazer o bem ao homem em sua vida real; não apenas nas promessas sempre futuras, como alguns pregam, sem compromisso de gestão pública com necessária doação de si para o que é de todos.

Em outras palavras, os ocupantes de ônus público precisam finalmente agir em prol dos cidadãos com os instrumentos disponíveis para esses e com o estrito objetivo de melhorar a vida de cada um deles. Então, para a efetiva e esperada boa gestão pública da informação e da proteção de dados pessoais em um real Estado Democrático de Direito, na era da IA, basicamente, faz-se necessária a vergonha do errado, o orgulho do correto e a esperança e fé de que o melhor sempre poderá ser superado.

Assim, talvez, faz-se necessário definir, imediatamente, *até quando, quanto e como* os partícipes do Estado querem investir para *proteger seus dados* e para *promover a proteção das informações pessoais que estejam armazenadas contigo*. Indubitavelmente, tais conclusões impactarão sobremaneira o destino e a existência do próprio Estado Democrático de Direito hoje conhecido.

Isso porque, por exemplo, essas respostas determinarão quais serão as consequências da aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais na vida de todos e se tal regulação trará, efetivamente, o maior e o melhor *desenvolvimento* esperado.

3 LGPD sob uma ótica do consequentialismo jurídico

Saber o que fazer, quando fazer, como fazer e, fundamentalmente, quais AS consequências do que é feito é importantíssimo para se verificar uma boa gestão pública. Obviamente, o administrador público precisa ter em mente quais serão os reflexos de sua responsável atuação para que sua atividade efetivamente alcance a realização do desenvolvimento esperado.

Não apenas no momento de preparação e de realização da tutela estatal da informação e da proteção de dados tal preocupação precisa ser priorizada no bom agir administrativo, mas, de sobremaneira, no momento de controle da gestão pública.

Verificar *como* a atuação administrativa vai influir na vida dos administrados – especialmente, nas repercussões decorrentes do tratamento de dados pessoais dos cidadãos – e de que *forma*, ao longo do tempo, tal atuação administrativa poderá continuar a trazer benefícios à população é dever tanto do responsável pela boa gestão pública, como dos respectivos órgãos controladores (inclusive, o Poder Judiciário).

Consequentialismo jurídico é ferramenta hermenêutica do Direito, positivada pela LINDB¹⁸, que determina a necessidade de consideração dos efeitos e das

¹⁸ A Lei 13.655/2018 estabeleceu uma nova forma de interpretação e de aplicação do Direito: o consequentialismo jurídico. Incluiu no Decreto-Lei 4.657, de 04.09.1942 (LINDB) disposições sobre segurança jurídica e eficiência nas operações estatais, bem como na criação e na aplicação do direito público, a saber:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

repercussões jurídicas e do mundo real para a determinação de validade de atos jurídicos (em especial, conforme a LINDB, dos atos administrativos, ao focar no Direito Público).

Ter em conta e considerar de forma concreta reflexos no mundo real, parece ser um caminho oportuno para a superação de algumas questões controvertidas na dimensão da realidade interativa humana vivida pertinentes ao Direito. Isso porque, permanecer no virtual universo jurídico, como se os impasses reais fossem transportados para essa dimensão e lá fossem resolvidos, significa ignorar que a vida ocorre para além do Direito, não nos limites do Direito.

Assim, ao considerar uma lógica consequencialista da aplicação do Direito, evidencia-se, na verdade, que se faz necessário voltar os olhos aos problemas reais e às suas repercussões na vida de quem sente e reflete o universo jurídico como instrumento de desenvolvimento contínuo e sustentável.

Para tanto, não se pode ignorar que o Direito é ciência de regulação do outro, quando da interação consigo, com a finalidade de pacificação dessas relações voltada à promoção do desenvolvimento intersubjetivo dos partícipes do Estado.

Ou seja, apenas se imagina Direito quando há oposição do 'outro' em face da vontade de um 'interlocutor', pois, do contrário, regulações externas de 'universos individuais' não seriam necessárias para a delimitação de atitudes de um indivíduo que repercutissem exclusivamente nesse 'universo individual'.

Logo, aplicar a hermenêutica consequencialista é, antes de tudo, reconhecer a necessidade do outro para o desenvolvimento do todo (e de todos). Glauco Barreira Magalhães Filho bem destaca que "quando a interpretação esquece o outro, ela se torna um monólogo em vez de um diálogo"¹⁹.

O autor bem assinala que "a verdade é que a nossa compreensão das coisas deve estar ligada ao mundo real, ao mundo em si. É uma exigência da natureza

(...)"

E para assim proceder, ou seja, para a realização concreta dessa novel expressão normativa, faz-se necessária a verificação de alguns critérios jurídicos, tais como: legalidade consequencialista, proporcionalidade, razoabilidade, prevenção, precaução e sustentabilidade – a partir de escolhas responsáveis e responsabilizáveis, pois estamos em uma República – para atuação do gestor público e de seus controladores.

¹⁹ Magalhães Filho, Glauco Barreira. Curso de hermenêutica jurídica. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 4.

humana que as coisas só adquiram sentido para mim se eu as tiver como válidas para si".

Nesse contexto, a partir da técnica da hermenêutica consequencialista, a verificação de legalidade da atuação estatal passa da mera conformação do texto legal com o fato jurídico analisado para, de outro modo, a realização do exame das consequências da aplicação do texto legal no mundo real e jurídico.

Assim, o consequencialismo jurídico tem como finalidade a análise da potencial adequação legal do ato avaliado na realidade concreta de interação humana, e com o meio onde tal atividade acontece, com os valores do Direito. De igual forma, visa aferir como o Sistema Estatal reage frente ao cenário fático e jurídico formado a partir de tal interação humana.

Se reagir positivamente, a legalidade é estabelecida de forma a promover os objetivos fundamentais da República (art. 3º da CF) e o interesse público a ser realizado no caso concreto sob averiguação. Na ocorrência de reação negativa, faz-se necessário indicar caminhos de superação desse contexto que, diversamente aos valores do Direito, causam um RETROCESSO na missão maior constitucional do Estado, qual seja, de permanente viabilização do desenvolvimento intersubjetivo de seus partícipes.

Nessa esteira, toda atuação estatal precisa seguir a nova hermenêutica indicada pela atualização da LINDB (em seus arts. 20 a 22) realizada no ano de 2018, em especial, a atividade de controle da Administração Pública. Assim se aplica por meio de mecanismos de consolidação da norma ao caso concreto, voltada à realização dos objetivos fundamentais da República.

Tal emprego pode ser verificado, por exemplo, por meio da ponderação racional dos valores envolvidos, quando existirem dúvidas sobre o melhor caminho estatal a ser adotado; por meio do estabelecimento do nexos causal entre a produção do ato administrativo e o concretizável interesse público a ser impulsionado; e por meio da aplicação dos princípios da prevenção, precaução, proporcionalidade e sustentabilidade ao caso posto.

O exposto encontra consonância com a doutrina de Ricardo Guastini, que leciona acerca da necessidade de se questionar quais são os efeitos que um ato

jurídico produziu e que vem a produzir²⁰. Dessa forma, a nova indicação da hermenêutica consequencialista do sistema jurídico pátrio tem como objetivo trazer mais estabilidade e segurança jurídica para as relações intersubjetivas com o fito de diminuir os custos de transação das interações desenvolvidas no ambiente público, tornando-as, desse modo, mais eficientes, a partir das buscas dessas respostas acerca dos efeitos causados e daqueles que poderão ocorrer a partir da atividade estatal sindicada.

Pode ser essa, então, uma boa síntese da lógica consequencialista positivada na atualização da LINDB, em que os arts. 20, 21 e 22 foram incluídos²¹. Isso porque, a partir dessas novas normas-base do Direito pátrio, o Sistema Jurídico Nacional passou a buscar uma clara e determinante superação da hermenêutica puramente positivista, característica de boa parte do século passado.

Obviamente, a partir dessa atual forma indicativa de como se interpretar o direito público, o gestor público passa a precisar ter em mente, de forma constante, quais serão os reflexos jurídicos e fáticos de sua responsável atuação em nome do Estado, para que sua atividade, efetivamente, alcance a realização do desenvolvimento estatal esperado.

E não apenas no momento de preparação e de realização de atos administrativos essa preocupação precisa ser priorizada no bom agir do Estado, mas, de sobremaneira, na ocasião do autocontrole da gestão pública. Na prática, quando da conferência de atendimento de metas e de fiscalização de sua execução pela própria Administração que definiu a realização de determinadas tarefas públicas.

O primeiro passo para verificação de adequação das normas consequencialista trazidas pela atualizada LINDB, sugere-se, é a averiguação da conformação legal do ato estatal em análise. Ou seja, avaliar o ajustamento do ato do Estado com a respectiva expressão legal que o sustenta é quesito primordial para a apreciação da atuação consequencialista proposta.

20 Guastini, Ricardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

21 Além de outros temas nos arts. 23 a 30.

Desse modo, quanto à necessidade de sondagem de controle acerca do critério consequencialista de execução de determinados atos do Estado, sem dúvida, tal dever caminha ao lado da verificação de sua legalidade e de sua juridicidade.

Assim, para se mensurar e avaliar quais são as consequências fáticas e jurídicas de um ato do Estado e se tais reflexos coincidem harmonicamente com a Lei e com os valores do Direito, torna-se imperioso determinar a adequação do respectivo ato estatal ao novo cenário hermenêutico do Direito Público, inaugurado pela mencionada atualização da LINDB.

Nas palavras do Ministro Bruno Dantas do Tribunal de Contas da União:

Ensina Maria Helena Diniz (in Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 1, 32. ed., 2015) que a Lei de Introdução é um conjunto de normas sobre normas, pois disciplina as próprias normas jurídicas, assinalando-lhes a maneira de aplicação e entendimento. Vincula tanto o direito privado como o direito público²².

Discorre o Ministro do TCU acerca da LINDB, afirmando que se trata de:

uma norma preliminar à totalidade do ordenamento jurídico. É uma *lex legum*, ou seja, um conjunto de normas sobre normas, constituindo um direito sobre direito, ou seja, um superdireito. Rege as próprias normas, indicando como aplicá-las, ou seja, definindo critérios de hermenêutica e de integração de normas, garantindo a eficácia global da ordem jurídica e a segurança e estabilidade do ordenamento²³.

Desse modo, Bruno Dantas indica que:

em sintonia com essa qualidade supranormativa da Lei de Introdução, Sílvio de Salvo Venosa (in Direito Civil, vol. 1, 14. ed., 2014), ensina que essa lei 'estabelece um arcabouço de aplicação, no tempo e no espaço, de todas as leis brasileiras'.

Finalmente, o Min. Bruno Dantas assevera que:

²² TCU, Acórdão 2702/2018, Plenário, rel. Min. Bruno Dantas, j. 21.11.2018.

²³ *Idem*.

os preceitos contidos na Lei de Introdução voltam-se essencialmente para o intérprete e o aplicador da lei (o julgador), incorporando as orientações para as quais deve estar atento o juiz, quando aplicar as demais normais ao caso concreto.

Isso porque, com o advento da mencionada atualização normativa da LINDB, passa a ser dever dos respectivos órgãos controladores das atividades estatais prontamente estimarem e objetivamente projetarem qual efeito prático e jurídico – negativo ou positivo – prepondera frente à realização de atividades estatais voltadas à promoção de um determinado (ou determinável) interesse público.

E que assim o façam, considerando todos os necessários estímulos públicos para que tais atividades se amoldem com a legalidade e com o Direito e que, concretamente, amparem proativamente um determinado (ou determinável) interesse público.

Vale lembrar que a questão do consequencialismo está intimamente ligada à determinação do “tempo” e do “espaço” da atividade estatal que está sob apreciação dos legítimos órgãos de controle do Estado e como essa atuação pública impacta a vida das pessoas.

Ou seja, enquanto o tempo consolida direitos (ou a ausência de direitos), o espaço determina qual é a abrangência desses direitos.

Nessa direção, de determinação de direitos e da sua abrangência quando postos em prática, faz-se relevante recordar a importância da proteção dos cidadãos como seres dignos, considerando como o equilíbrio entre os Poderes do Estado e a ponderação de princípios estão organicamente ligados ao Estado Democrático de Direito, com sua missão de balancear deveres e direitos, prerrogativas e garantias, cada qual com sua bem firmada raiz constitucional.

Mediante esse cenário, e sem entrar em discussões de fundo sobre a possível substituição da ideia “clássica de justiça” pelo ideal “racional de eficiência econômica”, sugere-se a aplicação do acima indicado caminho de reflexão sobre as consequências práticas da forma de aplicação sistema jurídico a partir da eficiência consequencialista responsável e sua repercussão no tempo, no espaço e nas

peças, que, de fato, sustentam o atual regime jurídico administrativo e a necessidade de se controlar tais consequências da atividade pública.

Em especial, quando da tutela da informação e da proteção de dados pessoais, conforme, dentre outras aplicáveis, aquelas diretrizes dessa matéria positivadas na Lei Geral de Proteção de Dados.

A Lei 13.709/2018, então, dispõe sobre o tratamento e proteção de dados pessoais, inclusive, nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Ou seja, a citada norma procura evitar a incidência de agentes nocivos à positiva interatividade das pessoas com o meio, elementos e pessoas onde vive, voltados a absorver, de forma sustentável, aquilo que lhe traz benefícios para se desenvolver e excluir a atividade tóxica que atrapalha tal objetivo.

Assim, a referida lei expressa que é dever de todos aqueles que possuem banco de informações de outras pessoas promover, no máximo de suas possibilidades, formas de controle, de tutela e de adequado gerenciamento de tais informações pessoais de modo a não comprometer o natural caminho de desenvolvimento dos titulares de tais informações.

Tal norma jurídica possui como princípio estruturante (art. 6º, X) a necessária *responsabilização* – de forma objetiva – e prestação de contas dos gestores de dados de terceiros, principalmente daquelas “*informações sensíveis*”, por meio de demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Vale lembrar que, conforme a indicada Lei, “*informação pessoal sensível*” é o 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.

Portanto, agir de forma responsável e responsabilizável é o que se espera e o que se exige de instituições republicanas, públicas ou privadas, por força inescapável

da Constituição Federal, como legítimo diploma legal fundante da República Federativa do Brasil, na condição de um Estado Democrático de Direito.

E tal fenômeno jurídico não tem repercussão apenas no Brasil. Aliás, antes da regulação nacional, na Europa, já era vigente a ascensão da proteção de dados em seu arcabouço normativo superior. Vide-se, por exemplo, o seguinte conteúdo expresso na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia:

Artigo 8 - Proteção de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva retificação.
3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente

Dessa maneira, ao voltar-se à perspectiva da regulação nacional, então, tem-se que eventuais falhas e/ou omissões, de forma geral, geram uma agressão aos direitos fundamentais do cidadão, com destaque ao da dignidade da pessoa humana, como resultado de quebra de limites de sustentabilidade do homem como cidadão digno no ambiente estatal, em especial quando tais agressões ocorrem no momento em que dados pessoais do cidadão estão sob a específica e permanente tutela do Estado, ou de empresas privadas.

Assim exposto, é natural a conclusão de que tal falha (ou ausência) de cumprimento de missão de guarda adequada de informações pessoais, que agrida direitos e gere prejuízo ao cidadão, represente gatilhos de responsabilização cível, criminal e administrativa para que, assim, promova-se a recuperação do tecido jurídico e social rasgados pelos atos falhos ou omissões na tutela desses dados.

Isso porque, a confiança depositada no Estado, de promover a adequada tutela da informação e de dados pessoais, não pode ser chancelada por frustrações de

atendimento do texto constitucional, sob pena de esvaziamento da força da Constituição.

Por outro lado, na ocorrência de atos ou de omissões ilegais, não cabe ao Estado-Juiz, quando provocado, deixar a ferida jurídica e social aberta, mesmo quando a agressão ocorrer no meio ambiente virtual, sem a proporcional e a legal responsabilização daqueles que, ou agiram em demasia, ou de forma insuficiente, no esperado cumprimento de guarda de informações pessoais de cidadãos.

Nesse contexto, quem possui dados bloqueados ou acessados por pessoas sem autorização sofre dano moral presumido (*in re ipsa*), caso as empresas ou o Estado, não obtiverem êxito na demonstração de que tomaram todas as possíveis ações de segurança para evitar a ocorrência de tal fato, pois nessa situação as informações tornam-se indisponíveis para seus titulares e, por outro lado, vulneráveis para acessos aleatórios.

Ou seja, é dever dos gestores públicos tomarem todas as providências possíveis –para evitar que tais invasões, acessos indevidos e/ou sequestros de dados ocorram a partir de terminais eletrônicos que estão sob sua responsabilidade.

Ainda, a partir da verificação da responsabilidade decorrente de omissões dessas entidades públicas ou privadas, qual seja: deixar de zelar por uma segura atividade no meio ambiente virtual, como já destacado, indica-se que o dever de provar que os atos de prevenção e de precaução das informações pessoais inseridas nos seus sistemas conectados ao universo digital foram efetivamente providenciados, quando demandados judicialmente por danos decorrentes de tais fatos, de forma geral, passam a ser dos titulares de tais sistemas de armazenamento de dados.

Desse modo, torna-se urgente a conscientização e a tomada de concretas ações dos empresários e dos gestores públicos no sentido de treinar seus colaboradores, de aumentar os cuidados dos seus ambientes virtuais e, finalmente, de demonstrar o quanto é importante a preservação de dados que não são seus, mas estão sob sua tutela – gerando, assim, eventuais responsabilidades cível, criminal e administrativa pela boa guarda e tutela das informações pessoais daqueles que interagem eletronicamente com as empresas privadas e com o Estado.

Importante destacar, no entanto, que estão excluídos da aplicação da Lei alguns meios de tratamentos de dados, a exemplo daqueles realizados para fins exclusivamente jornalísticos, artísticos e acadêmicos, além de informações relacionadas exclusivamente à segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado e a atividades de investigação e repressão de infrações penais.

Em que pese tais exceções, A LGPD²⁴ é aplicável a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país no qual estejam localizados os dados, desde que a operação de tratamento de dados seja realizada no Brasil; a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta de bens ou serviços ou o manejo de dados de indivíduos localizados no país; ou, ainda, que os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados em território nacional.

Conclusões

Em termos práticos, quando se busca aplicar o direito à necessária proteção de dados, mas sem que, para tanto, afasta-se de forma absoluta e sem critério o direito à informação, bem como quando se busca a garantia do direito à informação, mas, sem negligenciar a proteção de dados, é possível trilhar caminhos juridicamente legítimos a partir de uma ótica consequencialista.

Por exemplo, observe-se o seguinte debate travado no STJ:

A Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, ao instituir a guarda de registros primou por dois aspectos essenciais à governabilidade da rede, quais sejam, a vedação ao anonimato e a privacidade dos dados dos usuários. A vedação ao anonimato guarda relação direta com o princípio da responsabilização dos usuários e, por isso, tem como objetivo viabilizar uma reação contra o uso indevido dos meios de comunicação virtuais, assegurando o direito constitucional de resposta (art. 5º, IV, da CF) e a preservação de possíveis interesses legítimos a serem protegidos em lides judiciais ou em

²⁴ Conforme <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Leis-e-normas/lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-lgpd> (acesso em 10/02/2021).

investigações criminais. Por seu turno, a privacidade dos dados dos usuários, reforçada pela Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), relaciona-se com o direito do usuário de transitar livremente nos corredores da Sociedade da Informação sem ter sua identificação revelada e seus dados pessoais captados sem o seu consentimento.

A sugestão aqui indicada é a de aplicação da hermenêutica consequencialista do direito quando situações como essa acima demandarem tutela específica do Estado. Para tanto, estabelece um nexo de causalidade entre o fato impactante da tutela da informação e da proteção de dados e o correspondente interesse público a ser buscado por meio dessa mesma tutela do Estado.

Assim, por meio do clássico exercício de ponderação racional dos valores envolvidos, com um determinado interesse público a ser concretizado como norte, poderá ser possível estabelecer, por exemplo, no caso assim, se se verifica a preponderância da proteção dos dados pessoais ou da informação sobre eventuais sujeitos ofensores de direitos por meio da internet – a partir da verificação de qual poderia representar o caminho mais adequado, razoável ou proporcional em sentido estrito.

Vale lembrar que, como bem destaca Ingo Wolfgang Sarlet, que:

a proteção de dados alcançou uma dimensão sem precedentes no âmbito da assim chamada sociedade tecnológica, notadamente a partir da introdução do uso da tecnologia da informática e da ampla digitalização que já assumiu um caráter onipresente e afeta todas as esferas social, econômica, política, cultural contemporânea no Mundo, fenômeno comumente designado de *Ubiquitous Computing*²⁵.

Em novas realidades, mesmo que em novas dimensões virtuais criadas pelo homem – como é o meio ambiente eletrônico – não é possível escapar da obrigatória busca de uma correspondente regulação estatal necessária para determinar os

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos Constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. RT. P.21. in Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Coord. Lauara S. Mendes, Danilo Doneda, Ingo W. Sarlet. Gen. 2021. Rio de Janeiro.

limites e os parâmetros de desenvolvimento de todos aqueles envolvidos nessas dimensões virtuais decorrentes do “mundo real” (como aquela que independe do ser humano para existir).

Porém, até que ponto a regulação estatal que hoje se verifica consegue ser ágil o suficiente para garantir a eficácia dos direitos fundamentais, em especial daqueles que protegem o direito à informação e à proteção de dados?

Pergunta, talvez, que tenha uma crescente importância quando se enxerga, de forma geral, nos dias de hoje, uma ilusória necessidade compulsiva de se estar atualizado de tudo o tempo todo, principalmente, por informações aparentemente irrelevantes para a promoção do desenvolvimento pessoal, motor propulsor de qualquer ser biótico.

A questão é que tal aparência de inutilidade de informações, na verdade, passa a moldar decisões e escolhas que cada um toma em sua realidade social e, invariavelmente, política.

Assim, a decisão sobre o futuro das nações volta-se aos programadores da IA que, em determinado momento, tornar-se-ão controlados pela IA, pois tal programação passará a se estruturar de forma tão complexa que a inteligência natural não será mais capaz de controlar, tampouco regular.

Nesse sentir, oportuno rememorar: tornam-se imprescindíveis a *pesquisa* e o *efetivo* empenho de *criação* e de *aperfeiçoamento* de formas reguladoras acerca do impacto da IA, não só no exercício democrático das nações que ainda consideram o Estado de Direito como o melhor caminho a se trilhar, mas, também, na realidade cotidiana de interação do homem *consigo próprio*, com os *outros* e com o *meio* onde concretiza sua existência física.

Desse modo, ao pensar em tutela estatal do direito à informação e LGPD, sob uma perspectiva consequencialista, um dos caminhos possíveis, talvez, seja iniciar o processo por meio da seguinte questão: como regular a Inteligência Artificial, na condição da verdadeira gestora da informação na sociedade contemporânea?

Referências

CONFÚCIO. **Os Analectos**. Trad. do inglês de Caroline Chang. Trad. do chinês de Dim Cheuk Lau. L&PM: Porto Alegre, 2009.

FRANÇA, Phillip Gil. **O Controle do ato administrativo e consequencialismo jurídico na era da IA**. 5º Ed. RT. São Paulo.

GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Curso de hermenêutica jurídica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Trad. Luis Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. **Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de lei-quadro**. Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

POSNER, Tony. **Law and the regulators**. Oxford: Claredon Press, 1997.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Salomão FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VILLELA, Marcos Juruena. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

8. ERA DA INFORMAÇÃO, SOCIEDADE DE CONTROLE E COLONIALISMO DE DADOS: UM MUSEU DE GRANDES NOVIDADES



<https://doi.org/10.36592/9786581110819-08>

Rosa Maria Zaia Borges¹

Paula Zambelli Salgado Brasil²

Sumário

Introdução; 1 Era da informação e seus pressupostos: novas mediações culturais, velhos padrões sociais; 2 Da sociedade disciplinar à sociedade de controle: o confinado convertido em "dividual"; 3 As definições de controle social foram atualizadas: do Big Brother ao Big Other passando pelo colonialismo de dados; Considerações finais; Referências.

Talvez esteja enlouquecendo, mas parece que o mundo gira ao meu redor.

The Truman Show, 1998³

Introdução

Vivemos tempos cujas relações humanas estão cada vez mais mediadas e

¹ Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora Adjunta e Coordenadora do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito "Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia/MG. Pesquisadora no Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Humanos e (De)Colonialidade – GEPDHD (UFU/CNPq), vinculado ao Laboratório de Estudos Decoloniais da Faculdade de Direito da UFU. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8611-1980>.

² Doutora em Direito Político e Econômico (Mackenzie). Mestre em Direito Público (UNISINOS), especialista em Gestão Pública (UNIFESP). Professora de graduação e de Pós-Graduação do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Membro da Rede LAREF Rede Acadêmica Latino-americana sobre Direito e Integração das Pessoas Refugiadas; da RELATE Refugee Law Teaching Support Initiative e da da ABJD - Associação Brasileira de Juristas pela Democracia. Integra o grupo de pesquisa Direitos Humanos e Vulnerabilidades da UniSantos. CoFundadora da FADDH - Frente Ampla Democrática pelos Direitos Humanos. Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1500-9270>

³ "The Truman Show" é uma produção cinematográfica estadunidense, de 1998, dirigida por Peter Weir e escrita por Andrew Niccol. O longa metragem tem como enredo a vida de Truman Burbank, personagem de Jim Carrey, um homem que não sabe que está vivendo numa realidade simulada por um programa da televisão, que tem como produtor executivo Christof, personagem de Ed Harris. Através do programa de TV, toda a vida de Truman, antes mesmo de seu nascimento, é filmada por milhares de câmeras e transmitido 24 horas por dia para milhões de pessoas ao redor do mundo. A cidade de Truman, Seahaven, é um cenário completo construído dentro de um enorme domo e povoada pelos atores e a equipe do programa, permitindo que Christof controle todos os aspectos da vida de Truman, forjando reações e emoções. Em determinado momento, Truman começa a suspeitar

parametrizadas por avançadas tecnologias. Ao mesmo tempo que essa realidade nos projeta em um aparente mundo de distâncias encurtadas e fronteiras amplamente alargadas - em um sentido concreto e ao mesmo tempo metafórico -, dado o alcance dessas tecnologias vinculadas ao sistema mundial de computadores e todo o seu aparato operacional à nossa disposição, não estamos seguros. Aliás, a segurança é de um dos problemas mais urgentes e graves do mundo contemporâneo, impactando sobremaneira na disseminação de uma sensação generalizada de medo. Assujeitados, cidadãos e cidadãos permitem que suas autonomias sejam cerceadas em troca da proteção prometida por dispositivos de controle e de vigilância social. O resultado é a criação/reedição de sistemas de controle social cada vez mais sofisticados. Neste mundo, em que se combinam sociedades amedrontadas e novas possibilidades tecnológicas de vigilância e controle da vida, abre-se espaço para violações de direitos humanos fundamentais em nome da segurança, muitas vezes de forma inoponível e talvez até mesmo irreversível.

Entre a suposta inevitabilidade no uso destas tecnologias e a livre escolha de ser-parte deste novo mundo relacional destaca-se o que aqui projetamos como diagnóstico: os mecanismos de controle são cada vez mais eficientes na proporção em que são cada vez mais invisíveis. Essa talvez seja a melhor definição dos resultados da sociedade de informação, a qual será aprofundada em momento oportuno ao longo deste texto.

Controle da verdade, controle de dados, controle das pessoas. Não é propósito desse texto apresentar um debate epistemológico sobre a liberdade. Contudo, ousamos afirmar, diante da constatação de todas essas formas de controle, que o resultado é a castração - muitas vezes até mesmo a supressão - da(s) liberdade(s). Essa é a premissa do presente texto: a era da informação, tão aclamada e tão entusiasticamente percebida como avanço, também se define pelo seu lado perverso e totalitário. Parafraseando Orwell (2009), o "Grande Irmão" - que em "1984" poderia ser identificado como um estado policial onipresente - traveste-se contemporaneamente nos poderosos monopólios da tecnologia. Estes, ávidos por

de tudo o que ocorre ao seu redor, e embarca em uma busca para descobrir a verdade sobre sua vida. A frase colocada aqui como epígrafe é dita no filme por Truman e antecipa, em tom lúdico, o que se pretende discutir no presente texto: o quão livres somos na sociedade mediada pelas tecnologias de informação?

controle da verdade e da informação, seguem nos vigiando e espionando, através de uma *interface* acolhedora, que se valhe da nossa concordância e entusiástica cooperação em larga escala, na medida em que nossas preferências, interesses, percepções, relações, deixam rastros em telas, telefones celulares, *tablets*, redes sociais e aplicativos. Por meio destes rastros, somos lidos, mapeados, definidos e convertidos em consumidores em *looping* infinito, aprisionados em um universo (particular) manipulado.

Fromm, no posfácio de "1984", abre seu texto dizendo que a obra é "[...] a expressão de um sentimento, e é uma advertência. O sentimento que expressa é a de quase desespero acerca do futuro do homem, e a advertência é que, a menos que o curso da história se altere, os homens do mundo inteiro perderão suas qualidades mais humanas, tornar-se-ão autômatos sem alma, e nem sequer terão consciência disso" (FROMM, 2009, p. 365). Lamentavelmente o curso da história atualizou e sofisticou a narrativa orwelliana.

A proposta de fundo deste texto é o questionamento em torno do diagnóstico de que estes novos dispositivos de controle são fundantes e viabilizadores do que se convencionou chamar de era da informação e que transformam as pessoas em centros distribuidores de dados (HONESKO, 2016) sem nenhum controle sobre o seu processo de tratamento e tampouco sobre seu destino. Ao ser questionado sobre uma eventual privacidade utópica, Honesko diz: "[...] a questão é que incessantemente estamos nesses espaços de circulação da vida onde nos cabe viver (e dele não há fuga – como talvez ingenuamente suponham certas comunidades alternativas – nem retorno a uma condição anterior). A questão, talvez inexorável e extremamente dura, é como afrontar a máquina que o gerencia" (HONESKO, 2016, p. 23).

Assim, definimos como objetivo geral a problematização do exercício das nossas liberdades na era da informação. Para tanto, adotamos como base teórica principal as discussões sobre sociedade disciplinar e sociedade de controle, revisitando, respectivamente, Michel Foucault e Gilles Deleuze. Ao partir destes conceitos operacionais, pretendemos relacionar os mecanismos de controle por trás de cada um desses modelos (e suas respectivas "máquinas") às metamorfoses do capitalismo, trazendo o debate para os dias atuais e buscando compreender em que medida as novas tecnologias da informação podem se converter em mecanismo de

poder, considerando que ao mesmo tempo em que alargam fronteiras aprofundam a lógica capitalista.

Para tanto, o texto foi dividido em três itens, além de introdução e considerações finais. O primeiro procura situar e conceituar o que se denomina sociedade da informação, apresentando seus pressupostos e desdobramentos que podem refletir no tema ora proposto. Em seguida, resgatam-se os estudos de Foucault sobre sociedade disciplinar e de Deleuze sobre sociedade de controle, apontando as aproximações e as consequências de seus escritos no que tange à manutenção/reinvenção/superação dos dispositivos de controle na contemporaneidade. Por fim, em perspectiva crítica, problematiza-se o uso combinado dos processos conhecidos como *dataveillance* (vigilância de dados), *data mining* (mineração de dados) e *profiling* (perfilagem), como metáfora da atualização das formas de controle social e do conhecimento (para monitoramento), bem como da privação das liberdades enquanto direitos fundamentais, relacionando ao que vem sendo amplamente discutido como colonialismo de dados. A pesquisa é multidisciplinar e se vale de abordagem metodológica dialético-dedutiva.

1 Era da informação e seus pressupostos: novas mediações culturais, velhos padrões sociais

As definições e terminologias que designam o que se entende por “era ou sociedade da informação” incluem o sopesamento de diferentes fenômenos e aspectos. Dentre os principais está a importância crescente e decisiva assumida pelos processos de informação sob diferentes perfis: técnico, econômico, produtivo, social e de relacionamento entre as pessoas.

São muitos os termos adotados para representar essa sociedade reestruturada pelo uso indiscriminado e crescente da tecnologia em todas as formas de relações, que repercutem nas maneiras de trabalhar, comunicar, informar, colaborar e interagir, promovendo alterações intensivas, cumulativas e irreversíveis, em aspectos da vida econômica, social, política e cultural. Expressões como “Sociedade Pós-Industrial” (Bell, 1973), “Aldeia Global” (McLuhan, 1977), “Terceira Onda” (Toffler, 1980), “Sociedade do Conhecimento” (Drucker, 1994), “Sociedade Digital” (Negroponte, 1995),

"Sociedade Aprendente" (Assmann, 1999), "Sociedade da Aprendizagem" (Lévy, 1999), "Sociedade em Rede" (Castells, 1999), "Sociedade da Informação" (Takahashi, 2000) e, mais recentemente, "Sociedade Informacional" (Castells, 2000), "Era da Informação" (Castells, 2000) e "Universo Coletivo de Inteligência Compartilhada" (Lévy, 2004) foram usadas para nominar tal sociedade, conforme registra Silva e outros (2010, p. 217). Neste texto privilegiaremos especialmente a abordagem feita por Castells.

A sociedade da informação é caracterizada pela revolução tecnológica, movida pelas tecnologias digitais de comunicação e informação, que irrompem a sociedade, provocando mudanças, dinamizando o cotidiano e promovendo transformações em todos os setores. Neste contexto, os critérios para identificar a era da informação combina avaliações sobre tecnologias, formas de economia, questões profissionais, geográficas e culturais, em que algumas formas de agir e pensar são enfatizadas: a flexibilidade, agilidade, a desregulamentação e a disrupção, em que o conhecimento científico e o desenvolvimento da capacidade de inovação tecnológica são a força motriz da expansão econômica.

Manuel Castells (1999), levando em conta as inter-relações das tecnologias, da informação e do conhecimento, entende que a possibilidade de acesso fácil a informações armazenadas em vários locais; o registro de grande volume de dados a baixo custo; a armazenagem de dados é feita em memórias com enorme capacidade; utilização de estratégias de busca automatizadas para recuperação das informações; o usuário é tanto produtor quando consumidor das informações, pois pode criar, produzir, compartilhar e participar de forma autônoma da internet, por meio das plataformas digitais, todas estas são as principais características da sociedade da informação.

De acordo com Alzira e outros (2010), a comunicação mediada por computadores não substitui os diferentes meios de comunicação nem criam redes, mas pode reforçar os padrões sociais existentes. Nestes termos, seguem os autores, sob o ponto de vista do impacto cultural das tecnologias de informação e

comunicação, tem-se como mais importante o reforço potencial das redes sociais culturalmente dominantes:

Nessa revolução, fica evidente o importante papel da informação digitalizada nos novos processos socioeconômicos e culturais, podendo-se, ainda, identificar três processos que estão transformando profundamente a sociedade contemporânea e, por conseguinte, os modos de ser, pensar, agir e sentir dos homens, são eles: **a virtualidade, a interatividade e a globalização** (ALZIRA et alli, 2010, p. 225).

A rede mundial de computadores - usualmente nominada como internet - oferece novas experiências de interação e relacionamento social, não apenas entre indivíduos, mas também entre uma sociedade e suas estruturas, seus serviços e sua administração. Nos últimos anos, a proporção de pessoas que se conecta(ra)m à internet por meio de smartphones ou tablets cresceu vertiginosamente⁴. O uso de novas tecnologias e mídias, embora não exclua as ferramentas tradicionais de comunicação (computadores, televisão e rádio), tem sido ampliado. Novas interfaces de interação estão sendo construídas e disparadas no mercado, com uso cada vez mais amigável e intuitivo, especialmente a partir da ferramenta de reconhecimento de voz. Isso permite que qualquer pessoa, seja alfabetizada ou não, instruída ou não, possa utilizar um aparelho conectado à internet e interagir em diversas redes sociais e aplicativos.

As grandes redes sociais e plataformas na internet (re)produzem as notícias e informações de forma descentralizada, já que todos os usuários podem criar conteúdo e subir seu material nestes espaços virtuais. Contudo, nem todos serão lidos e ouvidos, pois as grandes plataformas decidem quais conteúdos alcançarão (quant)os usuários.

Esse acesso irrestrito à internet - com conteúdo restringido, porque filtrado

⁴ Apenas no Brasil, estão em uso 424 milhões de dispositivos digitais (aqui contabilizados os computadores, notebooks, tablets e smartphones), portanto cerca de 2 aparelhos digitais por habitante, conforme alerta pesquisador da FGV (MEIRELLES, 2021). Além disso, "através dos resultados divulgados, podemos observar que está cada vez mais comprovado o processo de Transformação Digital das empresas e da sociedade. A quantidade de computadores em uso no Brasil também nos traz um dimensionamento da importância da tecnologia" (MEIRELLES, 2021, n.p.).

previamente - tem permitido o surgimento de uma "malha" de informações que recobre praticamente toda a superfície do planeta, por englobar todos os indivíduos conectados aos dispositivos móveis de comunicação digital, que usufruem do acesso simultâneo à internet e aos sistemas de geolocalização.

Se, por um lado, a internet permitiu a interação sincrônica entre pessoas e objetos distantes fisicamente, criando uma situação de "superação" do espaço físico (desterritorialização) e nutrindo novas experiências e categorias espaciais, os dispositivos GPS, por sua vez, permitiram novamente "territorializar" as entidades comunicantes. Pode-se interrogar que esta mesma possibilidade de territorialização também está presente, sob certas condições, na arquitetura (física e lógica) da internet, na medida em que tanto sua infraestrutura física como a gestão global da rede respeitam uma certa ordem geopolítica, com expressão nos Estados nacionais. (PARRA, 2012, p. 110).

Assim sendo, o uso constante das redes digitais pelos indivíduos conectados combina as dinâmicas de desterritorialização (através da comunicação em tempo real) com as dinâmicas de reterritorialização (comunicação geolocalizada), gerando novas oportunidades para a produção e a gestão de informações (PARRA, 2012, p. 112).

Os atuais dispositivos e redes de comunicação digital funcionam como dispositivos de inscrição e memória: não apenas enviamos e recebemos mensagens, não apenas buscamos e produzimos informação, como também, ao fazermos, deixamos automaticamente, e não raro involuntariamente, rastros de nossa presença e de nossa ação (BRUNO, 2012, p. 683).

Além ou aquém das informações pessoais que divulgamos voluntariamente na web (postagens em blogs, dados de perfil e conversações nas redes sociais), toda ação efetuada na rede – navegação, busca, simples cliques em links, downloads, produção ou reprodução de conteúdo – deixa potencialmente um rastro, um

vestígio, uma inscrição mais ou menos explícita, suscetível de ser capturada, recuperada, classificada (BRUNO, 2016, p. 35)

O rastreamento e arquivamento das ações cotidianas na *internet* são tecnicamente possíveis graças à própria distribuição da rede de comunicação e seus navegadores e pelo fato de que toda ação “deixa um rastro potencialmente recuperável, constituindo um vasto, dinâmico e polifônico arquivo de nossas ações, escolhas, interesses, hábitos, opiniões etc” (BRUNO, 2012, p. 35).

Tais rastros são monitorados e capturados, nutrindo bancos de dados complexos que tratam tais informações para extrair categorias supraindividuais ou interindividuais segundo parâmetros de afinidade e similaridade entre os elementos, permitindo traçar perfis – de consumo, de interesse, de comportamento, de competências etc., que irão atuar ou diferenciar indivíduos ou grupos, com base num (suposto) saber que conteriam.

Desenvolveu-se um conjunto de ações e técnicas de organização do excedente de dados comportamentais dos indivíduos que, somado à ciência de dados, ao incremento das infraestruturas materiais e do poder computacional, à criação e desenvolvimento dos sistemas algorítmicos e à utilização de plataformas automatizadas, passam a ser utilizados com o propósito de observação, registro e incitação dos indivíduos. Isso porque, por meio da extração e armazenamento de dados individuais (*small data*), elas realizam análise preditiva, passando a prever os comportamentos deste mesmo usuário, via análise de grandes agrupamentos de dados (*big data*).

Assim tem-se que, na era da informação, enquanto muitas ferramentas e aplicativos existentes na *internet* promovem o desenvolvimento econômico, conectando pessoas, impulsionam a socialização e multiplicam o acesso à informações e ao aprendizado, outros produtos digitais promovem, através de tratamento de dados e da manipulação algorítmica, a comercialização (ilícita) de perfis e predição comportamental, estabelecendo uma vigilância constante e onipresente.

É por meio dessa ambivalência, que transforma sujeitos em objetos, usuários e consumidores em insumos, que as empresas de tecnologia ganham imenso poder

social, e, no campo das liberdades comunicativas, assumem o papel de *gatekeepers*⁵ com o controle sobre quem e o que será visto/ouvido nas plataformas, assim como decidem quem sofrerá moderação de conteúdo nas redes sociais (e quem não será moderado) (FERREIRA, 2021, p. 4).

Se por um lado, portanto, temos um alargamento de nossas possibilidades de comunicação e acesso à informação, parece-nos que o outro lado dessa realidade nada virtual é que as novas mediações culturais reproduzem/reinventam padrões de controle social. Não enxergar e problematizar o efeito reverso (e perverso) desse processo de tecnologização de nossas vidas e de nossas relações, pode nos remeter, como lá em "1984", à uma permanente condição de livres-porém-vigiados-e-confinados. Sob este prisma, passamos ao próximo item, onde revisitamos Foucault e Deleuze, em uma tentativa de compreender epistemologicamente as armadilhas deste (não tão) admirável mundo novo.

2 Da sociedade disciplinar à sociedade de controle: o confinado convertido em "dividual"

Ao propormos um debate sobre a sociedade da informação a partir da perspectiva de controle social e de privação das liberdades, inevitável e fundamental que antecipemos nossas premissas teóricas acerca do tema do poder. Revisitamos privilegiadamente e em primeiro plano os ensinamentos de Foucault e na sequência valemo-nos de Deleuze, com vistas à sedimentação de nossos argumentos, especialmente de nosso diagnóstico.

Foucault desenvolve uma analítica do poder que parte de distintos esboços dos seus delineamentos essenciais, seus mecanismos e funcionamento, em síntese, o "como" do poder. Suas pretensões eram determinar quais são, em seus mecanismos, efeitos e relações, os diferentes dispositivos de poder, que se exercem em níveis diferentes na sociedade, em campos e feições tão variadas, a partir de análises que interagem e formam um todo único, sendo-lhes indissociáveis entre si. Por meio da abordagem genealógica do poder, analisou as formas, mecanismos, táticas e

⁵ Segundo Karin BARZILAI-NAHON (2008, p. 1496), os *gatekeepers* são as empresas que exercem todos os tipos de controle da informação nas redes e plataformas que criam.

estratégias das relações (de poder) exercidos na sociedade contemporânea e as diversas razões e consequências – as quais se relacionam e se sustentam reciprocamente, pois não são autônomas, mas interdependentes.

O poder, assim, não advém exclusivamente de um ponto central e espalha-se pela sociedade, mas, ao contrário, nas sociedades ocidentais, múltiplas relações de poder perpassam, caracterizam, constituem o corpo social:

O poder não é algo que se partilhe entre aqueles que o têm e os que o detêm exclusivamente, e aqueles que não o têm e que são submetidos a ele (...) O poder funciona. O poder se exerce em rede e, nessa rede, não só os indivíduos circulam, mas estão sempre em posição de ser submetidos a esse poder e também de exercê-lo. Jamais eles são o alvo inerte ou consentidor do poder, são sempre seus intermediários. Em outras palavras, o poder transita pelos indivíduos, não se aplica a eles (...) O indivíduo é um efeito do poder e é, ao mesmo tempo, na mesma medida em que é um efeito seu, seu intermediário: o poder transita pelo indivíduo que ele constituiu (FOUCAULT, 1999, p. 32).

E se o poder é, na realidade, um feixe aberto mais ou menos coordenado – e, de acordo com o autor, mal coordenado – de relações, então o problema ao explorar seu tema, é o de munir-se de precauções metodológicas que permitam uma analítica das relações de poder. Foi por isso que Foucault se utilizou da abordagem genealógica, pois os princípios norteadores deste tipo de pesquisa são desenvolvidos (principalmente) por meio de uma análise ascendente do poder, ou seja:

a partir dos mecanismos infinitesimais, os quais têm sua própria história, seu próprio trajeto, sua própria técnica e tática, e depois ver como esses mecanismos de poder, que têm, pois, sua solidez e, de certo modo, sua tecnologia própria, foram e ainda são investidos, colonizados, utilizados, inflectidos, transformados, deslocados, estendidos, etc., por mecanismos cada vez mais gerais e por formas de dominação global (FOUCAULT, 1996a, p. 184).

São essas relações de poder, instauradas em rede, que vão dar forma, criar, individualizar, disciplinar e, também, produzir e delimitar o campo de ação do indivíduo.

Afirmar que o caráter 'pedagógico' do poder só se expressa pela recusa, pela punição, é voltar a essa representação unilateral do poder. É imaginá-lo como um ente, um em-si nas mãos do estado ou do governo e não como um feixe de relações, é representá-lo como potência e não como ato. "Temos que deixar de descrever sempre os efeitos de poder em termos negativos: ele exclui, reprime, recalca, censura, abstrai, mascara, esconde. Na verdade, o poder produz; ele produz realidade; produz campos de objetos e rituais da verdade. O indivíduo e o conhecimento que dele se pode ter se originam nessa produção" (FOUCAULT, 1996b, p. 172).

Assim, a partir dos estudos genealógicos, o poder possui(ria) uma eficácia produtiva, uma riqueza estratégica, uma positividade. Foucault, procurando focar como se dá na prática o que denominou de "microfísica do poder" e desenvolver, para esta, a sua genealogia, verifica que, depois do séc. XIX, a grande estratégia das relações de poder não é ser negativa, mas positiva, quando tira desses termos qualquer juízo de valor moral ou político e passa a ser pensada unicamente como uma tecnologia empregada.

Daí uma das teses fundamentais da genealogia foucaultiana, da qual valemo-nos para o propósito deste texto: o poder é produtor de individualidade. E é justamente esse aspecto que explica o fato de que passa a ter como alvo o corpo humano, não mais para supliciá-lo, mutilá-lo, mas para aprimorá-lo, adestrá-lo. O indivíduo seria, então, uma produção do poder e do saber e no/sobre o seu corpo exercem-se os micropoderes. O indivíduo moderno é o "sujeito" e o "objeto-mor" de todo(s) o(s) poder(es) e a tecnologia utilizada para definir táticas de distribuição, de ajustamento recíproco dos corpos, dos gestos e dos ritmos, de diferenciação das capacidades, de coordenação recíproca em relação a aparelhos ou a tarefas é a disciplina. Esta faz funcionar as relações de poder não acima, mas na própria trama de multiplicidade, da maneira mais discreta possível, articulada do melhor modo sobre as outras funções dessas multiplicidades, do modo menos dispendioso possível. Ao disciplinar, tem-se como objeto de controle não (mais) os elementos significativos do comportamento ou a linguagem do corpo, mas a economia, a eficácia dos movimentos, sua organização

interna; "a coação se faz mais sobre as forças que sobre os sinais; a única cerimônia que realmente importa é a do exercício" (FOUCAULT, 1996b, p. 126).

Também são sentidas modificações na modalidade: passa-se a se exercer uma coerção ininterrupta, constante, que vela sobre os processos da atividade e sobre seu resultado e exerce-se de acordo com uma codificação que esquadrinha, ao máximo, o tempo, o espaço e os movimentos. Assim, para FOUCAULT (1996b), a disciplina não pode ser identificada com uma instituição nem com um aparelho; ela é um tipo de poder, uma modalidade para exercê-lo, que é composta de todo um conjunto de instrumentos, de técnicas, de procedimentos, de níveis de aplicação, de alvos. Ela é uma 'física' ou uma 'anatomia' do poder, uma tecnologia. Também, pode a disciplina ficar a cargo, seja de instituições especializadas, seja de instituições que dela se servem como instrumento essencial para um fim determinado, seja de instâncias preexistentes que nela encontram maneira de reforçar ou de reorganizar seus mecanismos internos de poder, seja de aparelhos que fizeram da disciplina seu princípio de funcionamento interior, seja, enfim, de aparelhos estatais que têm por função (não exclusiva, mas, principalmente a de) fazer reinar a disciplina na escala de uma sociedade.

Foucault (1996b, p. 126) ensina que as disciplinas não se fundamentam numa relação de apropriação dos corpos (escravidão) ou na relação de dominação constante, global, maciça, não analítica, ilimitada e estabelecida sob a forma da vontade singular do patrão (domesticidade). São diferentes, ainda, da vassalagem que é uma relação de submissão altamente codificada, mas longínqua e que se realiza menos sobre as operações do corpo que sobre os produtos do trabalho e as marcas rituais da obediência.

Essa nova mecânica de poder incide, primeiramente, sobre os corpos e sobre o que eles fazem, mais do que sobre a terra e sobre o seu produto. É um mecanismo de poder que permite extrair dos corpos tempo e trabalho, mais do que bens e riqueza. É um tipo de poder que se exerce continuamente, por vigilância, e não de forma descontínua por sistemas de tributos e de obrigações crônicas. Esse poder pressupõe muito mais uma trama cerrada de coerções materiais do que a existência física de um

soberano e define uma nova economia de poder⁶, cujo princípio é o de que se deve, ao mesmo tempo, fazer que cresçam as forças sujeitadas e a força e a eficácia daquilo que as sujeita (FOUCAULT, 1999, p. 42).

Em sociedades complexas, as relações entre os indivíduos, as relações de produção e reprodução social próprias do capitalismo, o que se verificou foi um processo de jurisfação do poder (REALE, 1979, p. 41), ou seja, uma juridicidade progressiva do poder, a translação contínua do poder, do plano da força bruta para o plano do direito e da ética, num processo de atuação cada vez mais jurídica do poder e identificação com o direito, mas a sua correspondência com ele. "O poder tende a se tornar cada vez mais imperceptível, por ser cada vez mais exercido sem violência às vontades e de conformidade e em harmonia com as exigências naturais de uma convivência humana que se ordena para realizar, pacificamente, os seus fins comuns" (REALE, 1979, p. 41).

Assim, ao invés de perguntar por um soberano que aparece "no alto", deve-se procurar saber como se constituíram pouco a pouco, progressivamente, realmente, materialmente, os súditos, o súdito, a partir da multiplicidade dos corpos, das forças, das energias, das matérias, dos desejos, dos pensamentos etc. apreender a instância material da sujeição enquanto constituição dos súditos (FOUCAULT, 1999). Portanto, deve-se levar em conta "[...] as múltiplas formas de dominação que podem se exercer no interior da sociedade: não, portanto, o rei em sua posição central, mas os súditos em suas relações recíprocas; não a soberania em seu edifício único, mas as múltiplas sujeições que ocorreram e funcionam no interior do corpo social" (FOUCAULT, 1999, p. 32).

Encontramos em Foucault, inspirado no *panoptico* de Bentham⁷, a descrição de

⁶ E, "com isto lucra o capitalismo, quando comenta que, na medida em que o corpo é coagido isso não é sinônimo de 'explorado', pois não é uma questão de tirar, mas de investir no corpo através de aplicação de várias técnicas disciplinares), ele possui uma 'capacidade aumentada'. Mas na medida em que é também obediente, o corpo é destituído de seu poder para ser politicamente eficaz, para ser diferente" (PIGNATELLI, 1994, p. 130).

⁷ O *panoptico* inaugura uma *nova técnica*, uma inovação da *ótica*, em primeiro lugar, com a criação de um órgão de vigilância generalizada e constante, em que tudo deve ser observado, visto, transmitido (organização de uma polícia); com a instituição de um sistema de arquivos (com fichas individuais), e o estabelecimento de um *panoptismo*. Uma *nova mecânica*: isolamento e agrupamento dos indivíduos; localização dos corpos; utilização máxima das forças; controle e melhoramento do rendimento; em suma, estabelecimento de toda uma *disciplina* da vida, do tempo, das energias. Uma *nova fisiologia*: definição das normas, exclusão e rejeição daquilo que não lhes for conforme,

uma arquitetura circular das instituições, calcadas na disciplina e voltadas ao adestramento, por meio da qual o poder torna-se invisível e inverificável. A eficiência do aparato opressivo é medida pela noção que os sujeitos têm de que estão sendo vigiados, surgindo daí uma relação fictícia de controle cujo disciplinador é o próprio sujeito, que acredita estar permanentemente exposto à vigilância. Assim, Foucault (1999) afirma que o panoptismo, a disciplina e a normalização caracterizam esquematicamente a nova investida do poder sobre os corpos, em que a vigilância substitui a violência, e, hierarquicamente, ao invés de controlar corpos, adestra almas.

Em apertada síntese, quando Foucault nos apresenta seus pressupostos, categorias de análises e conclusões acerca do poder, ele o faz distanciando-se dos estereótipos de poder vigentes em sua época (crítica socialista ao totalitarismo do Estado moderno ou crítica marxista ao capitalismo como superestrutura de dominação) e nos apresenta a perspectiva daquilo que ele convencionou chamar de microfísica do poder: o poder não é uma só autoridade, transfigurada em Estado, ou uma instituição ou um sistema (jurídico, por exemplo). Ele é ação, ele se movimenta, ele circula, dá forma e dinâmica às relações sociais. O poder está para a ordem do relacional. Sua obra é, enfim, fundamental para a compreensão das sociedades disciplinares (que atingem seu apogeu no século XX).

Ainda que os estudos de Foucault tenham sido interrompidos por sua morte em 1984, há indícios de uma concepção de controle, na forma de uma expansão da disciplina em "Vigiar e Punir" (1996b). Tal questão tem sido retomada por diversos pensadores contemporâneos, sendo uma das formulações mais instigantes aquela elaborada por Gilles Deleuze, articulando a noção foucaultiana de biopoder com a problemática do controle, intimamente ligado à ascensão das formas contemporâneas de tecnologia.

Conforme afirma Deleuze (1992), os trabalhos de Foucault estão voltados à compreensão de como as sociedades disciplinares, sucessora das sociedades de soberania, procedem à organização dos grandes meios de confinamento, pelos quais o indivíduo moderno não cessa de circular. Contudo, também de acordo com o autor:

mecanismo de estabelecimento de normas por intervenções corretoras que são, de um modo ambíguo, terapêuticas e punitivas. (FOUCAULT, 1997, p. 41-42).

[...] as disciplinas, por sua vez, também conheceriam uma crise, em favor de novas forças que se instalavam lentamente e que se precipitariam depois da Segunda Guerra mundial: sociedades disciplinares é o que já não éramos mais, o que deixávamos de ser" (DELEUZE, 1992, n.p.).

Para Deleuze, o que diferencia a sociedade disciplinar da sociedade de controle é que na primeira existem dois pólos: "a assinatura que indica o indivíduo, e o número de matrícula que indica sua posição numa massa". Já nas sociedades de controle, ao contrário, o essencial passa a ser uma cifra - que se converte em senha:

[...] ao passo que as sociedades disciplinares são reguladas por palavras de ordem (tanto do ponto de vista da integração quanto da resistência). A linguagem numérica do controle é feita de cifras, que marcam o acesso à informação, ou a rejeição. Não se está mais diante do par massa-indivíduo. Os indivíduos tornaram-se "dividuais", divisíveis, e as massas tornaram-se amostras, dados, mercados ou "bancos". É o dinheiro que talvez melhor exprima a distinção entre as duas sociedades, visto que a disciplina sempre se referiu a moedas cunhadas em ouro - que servia de medida padrão -, ao passo que o controle remete a trocas flutuantes, modulações que fazem intervir como cifra uma percentagem de diferentes amostras de moeda. A velha toupeira monetária é o animal dos meios de confinamento, mas a serpente o é das sociedades de controle (DELEUZE, 1992, n.p.)

Diferentemente de Foucault, em Deleuze encontramos uma análise da transição da sociedade disciplinar para a sociedade de controle em uma perspectiva econômica. Ao se debruçar sobre as diferentes "máquinas" correspondentes a cada tipo de sociedade e afirmando que elas exprimem as formas sociais capazes de lhes darem nascimento e utilizá-las, Deleuze conclui que as mutações de um modelo de sociedade para a outra devem ser compreendidas como evolução tecnológica e essencialmente como profunda mutação do capitalismo. A citação em seguida é extensa, mas não haveria como dizê-lo não fosse nas exatas palavras do autor:

É uma mutação já bem conhecida que pode ser resumida assim: o capitalismo do século XIX é de concentração, para a produção, e de propriedade. [...] Mas atualmente o capitalismo não é mais dirigido para a produção, relegada com frequência à periferia do Terceiro Mundo, mesmo sob as formas complexas do têxtil, da metalurgia ou do petróleo. É um capitalismo de sobre-produção. [...] O que ele quer vender são serviços, e o que quer comprar são ações. Já não é um capitalismo dirigido para a produção, mas para o produto, isto é, para a venda ou para o mercado. [...] As conquistas de mercado se fazem por tomada de controle e não mais por formação de disciplina, por fixação de cotações mais do que por redução de custos, por transformação do produto mais do que por especialização da produção. [...] O controle é de curto prazo e de rotação rápida, mas também contínuo e ilimitado, ao passo que a disciplina era de longa duração, infinita e descontínua (DELEUZE, 1992, n.p.).

Há, portanto, um refinamento da disciplina. O que se anuncia, o que se apresenta como tradução desse novo modelo de sociedade é que estamos diante da implantação progressiva e dispersa de um novo regime de dominação, nas palavras de Deleuze (1992).

Lazzarato (2006), ao trabalhar o conceito de sociedade de controle de Deleuze, infere que, a partir de tecnologias de comunicação de massa, como o rádio e a televisão em primeira instância, e a internet e as demais formas de tecnologias comunicacionais a partir dos anos 2000, há um incremento do controle, que agora passa a incidir sobre a mente das pessoas, utilizando-se de determinados mecanismos de influência, modulando os cérebros, constituindo hábitos e, sobretudo, a memória mental e as atenções dos indivíduos. Em outras palavras:

A captura, o controle e a regulação à distância das mentes entre si se faz por meio da modulação dos fluxos de desejos, crenças e das forças (memória e ação) que circulam entre os cérebros. A memória, a atenção e as relações que elas atualizam

tornam-se forças sociais e econômicas que precisam ser capturadas para que possam ser controladas e exploradas (LAZZARATO, 2006, p. 84).

Portanto, as sociedades de controle aplicam tecnologias de processos de subjetivação distintos dos anteriormente exercidos nas sociedades disciplinares, pois que agora incidem não mais sobre os corpos, mas sobre a mente e os cérebros das pessoas.

A revolução tecnológica remodelou a base material da sociedade, passando a ser-lhe indissociável. O avanço digital tornou-se parte do cotidiano, levando ao fato de que os processos de existência social e coletiva são modulados pela intermediação de ferramentas tecnológicas que passam a funcionar como mecanismos de enquadramento mental. O processamento das variadas informações e conteúdo são processadas pelas pessoas de maneira individualizada, sendo, contudo, possível extrair determinados padrões de comportamento de como as pessoas selecionam e interpretam as mensagens, notícias e informações. Assim, de acordo com Castells (2017, p. 209), “[o] ódio, a ansiedade, o medo e o grande entusiasmo são particularmente estimulantes e são retidos na memória de longo prazo”.

Deste modo, a partir de mecanismos de modulação de memória e atenção, tem-se o incremento da sociedade disciplinar, que passa a ser (também) uma sociedade de controle. Mais do que criar formas de retenção de pessoas nas plataformas digitais, consumindo informações e notícias, há uma disputa por atenção das pessoas expectadoras e, por meio de *marketing*, são criados mundos (de consumo, de informação, de trabalho ou lazer) como uma das forças de agenciamento de expressão. Tais mundos, existentes muito mais na publicidade do que propriamente reais, passam a produzir uma alteração das sensibilidades dos indivíduos, estimulando-os a realizar determinadas ações (geralmente ligadas ao consumo de bens, serviços, filmes e mais informações), fomentando desejos e vontades (de pertencimento a esses mundos) ou frustrações (por não os integrar).

Nas palavras de Deleuze (1992, n.p.), “[o] marketing é agora o instrumento de controle social e forma a raça impudente dos nossos senhores”.

Criar mundos e propagá-los é uma atividade que consome grande parte da verba das empresas e é quando a sociedade do controle assume a forma da

expropriação capitalista contemporânea (LAZZARATO, 2006). Assim como os campos eram a principal fonte material nas sociedades rurais; a apropriação do trabalho e as fábricas são para as sociedades industriais; o capital de valores mobiliários é para o capitalismo financeiro; a atenção e memória dos consumidores e o conhecimento são para a era da informação. A disputa pela atenção passa a ser parte do mercado e:

[o] marketing seria o centro estratégico das empresas, pois a prática mercadológica seria a de reduzir as possibilidades das criações e das escolhas, com foco em forçar as opções sob o jugo de decisões pré-definidas pelas corporações. Tais opções são limitadas, mas se mostram como liberdade de escolha aos compradores, mas a liberdade de escolher se resume ao que as empresas ofertam (CASSINO, 2018, p. 19).

A proposta das pautas jornalísticas e/ou dos conteúdos a serem oferecidos pelos veículos de televisão ou impressos era determinada por um grupo de pessoas que compõem a área de *marketing* das empresas e a relação entre emissor-receptor das mensagens ainda guarda certa similaridade com as sociedades disciplinares (com as relações entre professor-aluno, rádio-ouvinte, tv-espectador, padre-crente, médico-doente, carcereiro-prisioneiro) mas isso se subverte com o advento da rede mundial de computadores, pois agora as pessoas podem consumir sob demanda, escolhendo seus próprios canais, suas sequências musicais, o estilo de notícia, de acordo com seus interesses.

Diante dessa mudança, foi necessário, também, que se elaborasse uma nova estratégia para captura da atenção dos indivíduos, para se garantir um maior tempo em frente às telas, “da mesma forma que a sociedade de controle não substituiu a sociedade disciplinar, mas a complementou, as redes digitais interativas não substituíram as redes de *broadcast*, mas as influenciaram e complementaram” (CASSINO, 2018, p. 79).

Ao final deste item, pode-se afirmar que se a sociedade disciplinar estava interligada a uma determinada construção de subjetividade, articulando-se em torno de uma certa compreensão de liberdade, atualmente estaríamos diante de sua reconfiguração, dada a apropriação da disciplina pelo controle. Afinal, novas

tecnologias de poder seguem sendo tecnologias de controle. O impacto disso sob o ponto de vista do exercício de nossas liberdades é o objeto de debate na sequência.

3 As definições de controle social foram atualizadas: do *Big Brother* ao *Big Other* passando pelo colonialismo de dados

Um recente estudo sobre *big data* produzido pela Casa Branca concluiu que “a trajetória tecnológica é bastante clara: mais e mais dados serão produzidos sobre indivíduos; a manutenção desses dados, porém, ficará sob o controle de outros” (ZUBOFF, 2018, p. 17). Assim Shoshana Zuboff abre seu texto, traduzido e publicado aqui no Brasil, onde problematiza enfática e desconfortavelmente a atribuição de agência à tecnologia. Valendo-se de trocadilho que também remete ao *Big Brother* de Orwell, Zuboff batiza como *Big Other* os arranjos que descrevem o “[...] surgimento de uma nova arquitetura universal que existe em algum lugar entre a natureza e Deus”:

Essa nova arquitetura configura-se como um ubíquo regime institucional em rede que registra, modifica e mercantiliza a experiência cotidiana, desde o uso de um eletrodoméstico até seus próprios corpos, da comunicação ao pensamento, tudo com vista a estabelecer novos caminhos para a monetização e o lucro. O *Big Other* é o poder soberano de um futuro próximo que aniquila a liberdade alcançada pelo Estado de direito. É um novo regime de fatos independentes e independentemente controlados que suplanta a necessidade de contratos, de governança e o dinamismo de uma democracia de mercado. O *Big Other* é a encarnação, no século XXI, do texto eletrônico que aspira abranger e revelar os amplos fatos imanentes de comportamentos econômicos, sociais, físicos e biológicos (ZUBOFF, 2018, p. 18).

O instigante de tal provocação, para além do assombro, é a de que não se trata de uma distopia, como em “1984”. E duas questões saltam da leitura indicada acima: por um lado a possibilidade de supressão dos laços sociais, já que sob o pretexto da segurança e da eficiência, as relações humanas baseadas em contratos estão sendo substituídas pela impessoalidade virtual das máquinas. De outra banda, parece haver a formação de uma “prisão virtual” onde as pessoas, em uma lógica de servidão

voluntária (individual e enquanto grupo social), fornecem seus dados, suas existências virtuais a um grande "catalizador" que passa a dar suporte à ação burocrática política, econômica e jurídica, apresentando-nos, paradoxalmente, uma espécie de alternativa (policial) obscena ao Estado Democrático de Direito. Somos sentenciados a um futuro em que, parafraseando Zuboff (2018, p. 44), não há lugar para estar onde o Outro também não está.

Por óbvio que isso não acontece de uma hora para outra, tampouco de modo explícito. Há uma rede articulada de agências e ações, pensadas e desenhadas de maneira utilitarista e finalística e que, de modo dissimulado, envolve, seduz, adentra e domina socialmente.

Assim, embora os interesses em entender os dados existentes tenham inicialmente se originado dos setores de *marketing* e voltados para publicidade direcionada, cabe ressaltar que, atualmente, "o monitoramento de rastros pessoais na internet é de interesse comum a diferentes domínios: segurança, entretenimento, saúde, gestão do trabalho e recrutamento de pessoal, consultoria e propaganda política, desenvolvimento de produtos e serviços, vigilância e controle, inspeção policial e estatal etc" (BRUNO, 2016, p. 36).

Da articulação dessas dinâmicas de dados informáticos, surgem duas consequências (que funcionam em simbiose): os sujeitos se sentem pertencentes a um mundo, com voz e opinião, com diversas possibilidades de interação e formatos de colaboração social (neste momento, são sujeitos), mas, também, acabam sendo alvo de identificação e vigilância, (e, portanto, são transformados em objetos de monitoramento constante).

Ao usarem as redes sociais, os sistemas de navegação e busca, com simples escolhas de *sites* e cliques em *links*, ou através da produção ou reprodução de conteúdos, as pessoas deixam vestígios mais ou menos explícitos, suscetíveis de serem capturados. Por outro lado, em boa parte dos casos, os usuários destes sistemas carecem de informações e de compreensão de como tais ferramentas funcionam. Como consequência, sacrificam independência, privacidade e poder de escolha, pois não têm controle sobre esses processos. Esse efeito se aprofunda à medida que os sistemas automatizados se tornam cada vez mais prevalentes e complexos. De acordo com Anderson e outros (2018), se por um lado alguns podem

ver na inteligência artificial um aumento das capacidades humanas, outros preveem o oposto: “[...] a dependência cada vez maior das pessoas em redes acionadas por máquinas irá corroer suas habilidades de pensar por si mesmas, agir independentemente de sistemas automatizados e interagir de forma eficaz com os outros (ANDERSON et alli, 2018, p. 3).

Surge, da confluência desses fatores, o denominado “capitalismo de vigilância” (*surveillance capitalism*), termo também cunhado por Shoshana Zuboff (2020), entendido como uma (nova) ordem econômica oriunda da mutação do capitalismo de informação, que utiliza a quantidade incontável de dados, coletados por meio do fornecimento (consentido ou desconhecido) dos usuários às empresas de tecnologias (citaremos as mais conhecidas, como as que detêm redes sociais como Facebook, MySpace, LinkedIn, Twitter, Instagram ou TikTok, plataformas de compartilhamento tais como Flickr e Youtube, empresas que fornecem buscadores como a Google e Yahoo, ou por fornecedoras de nuvem de armazenamento de dados, tais como a Microsoft, Apple e a Google), que transformam os dados individuais (matéria-prima, insumo) em um produto final altamente lucrativo: novos dados que, combinados após sua mineração⁸, são um meio de predição de comportamento dos próprios usuários.

No capitalismo de vigilância, a experiência humana se transforma em metadado, um insumo gratuito para práticas de perfilamento do consumidor (*profeling*) e venda de produtos correlacionados. As grandes plataformas, após o refinamento/tratamento daqueles dados iniciais, conseguem prever os próximos passos do usuário, bem como modular o seu comportamento futuro e ainda podem se beneficiar da venda subsequente desses mesmos dados para possíveis anunciantes. Seus usuários convertem-se, portanto, em produtos dessas empresas (Ferreira, 2021, p. 4).

Assim, por meio da combinação de processos conhecidos como *dataveillance* (vigilância de dados), *data mining* (mineração de dados) e *profiling* (perfilagem), monitoram e classificam os dados, constroem-se saberes que sustentam e viabilizam

⁸ Segundo Bruno, “a mineração de dados (*data-mining*) consiste no tratamento algorítmico de grandes volumes de dados cuja função central é a extração de padrões que geram conhecimento específico a partir da correlação entre elementos segundo princípios de similaridade, vizinhança e afinidade, por exemplo” (2016, p. 36).

uma vigilância proativa sobre indivíduos e populações (Bruno, 2013, p. 127).

A utilização massiva dos dados pessoais e a consequente vigilância e controle sobre as pessoas são reais e estão preparando o capitalismo para uma nova era, assim como outrora foi o colonialismo. Nominado de “colonialismo de dados” (*data colonialism*), este fenômeno/padrão de atuação gera o que se convencionou identificar como uma nova versão do capitalismo, bem como provoca um impacto no formato do futuro. Nas palavras de Couldry, “[e]sse colonialismo se apropria de um tipo diferente de ativos. O antigo colonialismo se apropriava da terra, minérios e produtos agrícolas, mas o novo colonialismo de dados se apropria de nós, seres humanos, do fluxo da nossa vida cotidiana” (2020, comunicação verbal).

Dentre as várias indagações que a prática predatória descrita acima traz consigo, Naughton (2019, n.p., tradução livre) arremata:

A combinação de vigilância do Estado e sua contrapartida capitalista significa que a tecnologia digital está separando os cidadãos em todas as sociedades em dois grupos: os observadores (invisíveis, desconhecidos e não determináveis) e os observados. Isso tem consequências profundas para a democracia, porque a assimetria de conhecimento se traduz em assimetrias de poder. Mas, enquanto a maioria das sociedades democráticas tem pelo menos algum grau de supervisão da vigilância do Estado, atualmente quase não temos supervisão regulatória de sua contraparte priva(tiza)da.⁹

A maioria das ferramentas de Inteligência Artificial que realizam o monitoramento e avaliação dos dados e informações está e estará nas mãos das plataformas digitais, empresas privadas que, portanto, perseguem lucros, ou de governos, que buscam o poder. Como bem alertam Anderson e outros (2018, p. 3), “[v]alores e ética muitas vezes não estão embutidos nos sistemas digitais que tomam as decisões das pessoas por elas”. Esses sistemas estão distribuídos em rede

⁹ Do original: “The combination of state surveillance and its capitalist counterpart means that digital technology is separating the citizens in all societies into two groups: the watchers (invisible, unknown and unaccountable) and the watched. This has profound consequences for democracy because asymmetry of knowledge translates into asymmetries of power. But whereas most democratic societies have at least some degree of oversight of state surveillance, we currently have almost no regulatory oversight of its privatised counterpart.”.

transnacional, e constituem um grande desafio para a governança dos Estados nacionais.

O rastro digital de nossas ações, assim concebido, é tanto o vestígio de uma presença ou de uma ação passada quanto o índice de uma ação futura, mas este conhecimento não designa nem a trajetória singular de um indivíduo, nem o caminho que vai de sua ação a uma interioridade que a justificaria ou lhe daria sentido. Este conhecimento, pelo rastro digital, opera na superfície da ação e busca apreender não uma singularidade atrás do rastro mas modelos de similaridade, em vias de projetar condutas ou ações passíveis de intervenção. (BRUNO, 2016, p. 36)

Por outro lado, registra Zuboff (2018, p. 46), o capitalismo de vigilância “estabelece uma nova forma de poder em que o contrato e o Estado de direito são suplantados pelas recompensas e punições de um novo tipo de mão invisível”. Na sequência, a autora segue nos alertando sobre os efeitos desse processo em relação aos direitos. Em seu entendimento, o trabalho da vigilância não consiste em corroer os direitos de privacidade, mas sim redistribuí-los:

“Em vez de muitas pessoas possuindo alguns direitos de privacidade, esses direitos foram concentrados no interior do regime de vigilância. Os capitalistas de vigilância possuem amplos direitos de privacidade e, portanto, muitas oportunidades para segredos” (ZUBOFF, 2018, p. 47).

Sob o ponto de vista da violação de direitos, para além da privacidade propriamente dita (ainda que utópica, conforme já referimos em momento anterior), não seria insolente afirmarmos que nossas liberdades também são cerceadas, em seus múltiplos sentidos - escolhas pessoais e até mesmo de ordem política, manipulação da verdade, manipulação das preferências, indução ao consumo, captação e venda de dados. A torre - em remissão ao panoptico - não está mais lá, mas sua sombra permanece.

Como afirma SILVEIRA (2020, n.p.), as corporações de tecnologia exploram a experiência humana como matéria-prima gratuita. Tratam os dados comportamentais como sua propriedade, numa dinâmica de usurpação. Assim, associa as grandes

corporações de tecnologia aos novos colonizadores e afirma categoricamente que nas plataformas digitais há um excedente comportamental que é consolidado em dados que são extraídos como se fossem recursos naturais.

Para arrematar, a fim de trazer mais um elemento de análise e compreensão de nossa realidade a partir do que nos propusemos debater no presente texto, trazemos à reflexão as provocações de Couldry & Mejias (2019) em torno do já referido colonialismo de dados. Tratado não como metáfora, mas como realidade, segundo os autores, a utilização massiva dos nossos dados e o controle que está sendo produzido a partir deles para nos vigiar são reais e estão preparando o capitalismo para uma nova era, assim como foi o colonialismo há 500 anos. Eles explicam que a forma como as grandes empresas estão utilizando nossos dados e como eles beneficiam o capitalismo terão impacto no nosso futuro e irão gerar uma nova versão do capitalismo, que normaliza a exploração de seres humanos por meio de dados, da mesma forma que o colonialismo histórico se apropriava de territórios e recursos e governava sujeitos com fins lucrativos. “O colonialismo de dados abre caminho para uma nova etapa do capitalismo cujos perfis apenas podemos vislumbrar: a capitalização da vida sem limites” (COULDRY & MEJIAS, 2019, p. 336).

Paradoxalmente, parece estarmos vivendo em uma nova ordem econômica que, permeada de um novo colonialismo, oferece os riscos de vermos replicarem-se os vieses coloniais antigos.

O museu de grandes novidades. Seguimos sendo controlados, agora com requintes tecnológicos dissimulados, nas redes sociais, nas plataformas digitais, na nossa aceitação de termos de serviços, quase que automaticamente, bastando para isso apertarmos o botão que diz “aceito” ou “ciente”. Se somos seres históricos e se a *internet* é hoje o lugar privilegiado de compartilhar a vida, possível que estejamos, a cada novo *click*, entregando ao *Big Other* nossa linha do tempo. E como diria Orwell (2009): “Quem controla o passado, controla o futuro. Quem controla o presente, controla

o passado".

Considerações finais

Pretendemos, ao longo de todo texto, apresentar e fundamentar o que chamamos inicialmente de diagnóstico sobre os resultados da chamada era da informação: os mecanismos de controle são cada vez mais eficientes na proporção em que são cada vez mais invisíveis.

Ao conceituarmos a era da informação, pudemos perceber que apesar dos muitos termos adotados para representar essa sociedade reestruturada pelo uso indiscriminado e crescente da tecnologia, em todas as formas de relações, há algo de comum entre elas: na era da informação, ao mesmo tempo em que muitas ferramentas e aplicativos existentes na *internet* promovem um suposto desenvolvimento econômico, conectam pessoas, impulsionam a socialização e multiplicam o acesso à informações e ao aprendizado, por outro lado, em sua face oculta(da), promovem, através da captação, do tratamento de dados e da manipulação algorítmica, uma vigilância constante e onipresente nas mãos das grandes corporações tecnológicas.

A reflexão sobre os mecanismos de poder deve levar em conta que eles não são exercidos fora de uma relação de conhecimento; quando um poder é exercido, não pode fazê-lo sem treinar, organizar e difundir também o conhecimento. Por esse motivo, foi importante revisitar Foucault e seus estudos sobre a sociedade disciplinar e Deleuze e suas provocações sobre a sociedade de controle, para percebermos que as tecnologias avançam, mas as formas de controle permanecem.

Por fim, ao trazermos ao debate as contribuições sobre o capitalismo de vigilância e o colonialismo de dados, resta mais do que evidente que as tecnologias avançam e se aperfeiçoam, o capitalismo se reinventa e nós seguimos assujeitados às dinâmicas de poder. Trocam-se as autoridades, permanecem os controles sobre nossos corpos, nossas vidas, nossas relações, aprofundam-se os abismos, dissipam-se os horizontes. Há formas de resistir? Sempre houve e estas se reinventam. Existem

resistências históricas, invisibilizadas, mas presentes. Talvez uma das formas de resistir é repensarmos nossa compreensão do viver-em-comum, e dos pressupostos para tanto, numa tentativa de não apenas fugir dos olhares vigilantes (desde o “Grande Irmão” até o “Grande Outro”) mas efetivamente nos libertarmos.

Podemos resistir através da arte. E ainda que não haja nada de poético na realidade aqui encarada, recorrer a Manoel de Barros possa ser um recurso não apenas retórico mas utópico. Parafraseando-o, nossa independência tem algemas.

Referências

ANDERSON, Janna, RAINIE, Lee & LUCHSINGER, Alex Luchsinger. **Artificial Intelligence and the Future of Humans**. For Release december 10, 2018. Disponível em: https://www.pewresearch.org/internet/wp-content/uploads/sites/9/2018/12/PI_2018.12.10_future-of-ai_FINAL1.pdf. Acesso em out-2021.

BARZILAI-NAHON, Karin. Toward a theory of gatekeeping: a framework for exploring information control. **Journal of the American Society for Information Science and Technology**, v. 59, 2008, p.1493-1512. Disponível em: <http://www.kulturledelse.dk/wp/wp-content/uploads/2014/09/Barzilai-Nahon-Gatekeeping.pdf>. Acesso em out-2021.

BRUNO, Fernanda; NASCIMENTO L. et alli. Rastros humanos en internet: privacidad y seguimiento online em sítios web populares del Brasil. **Novática**, Madrid, año XXXVIII, n. 217, may/jun. 2012.

BRUNO, Fernanda. **Máquinas de ver, modos de ser: vigilância, tecnologia e subjetividade**. Porto Alegre: Sulina, 2013. 190 p. Disponível em: <https://comunicacaoeidentidades.files.wordpress.com/2014/07/pg-18-a-51-maquinas-de-ver-modos-de-ser.pdf>. Acesso em out-2021.

BRUNO, Fernanda. Rastrear, classificar, performar. **Cienc. Cult.**, São Paulo , v. 68, n. 1, p. 34-38, Mar. 2016. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v68n1/v68n1a12.pdf>. Acesso em out-2021.

CASSINO, João Francisco. Modulação deleuziana, modulação algorítmica e manipulação midiática. In: SOUZA, Joice; AVELINO, Rodolfo & SILVEIRA, Sergio Amadeu (orgs). **A sociedade de controle: Manipulação e modulação nas redes digitais**. São Paulo: Hedra, 2018.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede - a era da informação: economia, sociedade e cultura**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. **O poder da Comunicação**. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017.

COULDRY, Nick. Colonialismo de dados e esvaziamento da vida social antes e pós pandemia de Covid-19. (Comunicação verbal). XIX Simpósio Internacional IHU Homo Digitalis. São Leopoldo, Unisinos, 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/605384>. Acesso em out-2021.

COULDRY, Nick & MEJIAS, Ulises. Data Colonialism: Rethinking Big Data's Relation to the Contemporary Subject. **Television & New Media**. 20(4), 2019, p. 336-349. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1527476418796632>. Acesso em set.2021.

DELEUZE, Gilles. Post-scriptum:sobre as sociedades de controle. In: **Conversações: 1972-1990**. Trad. de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992. p. 219-226. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/81001/mod_resource/content/1/TC%20Post%20scriptum%20sobre%20as%20sociedades%20de%20controle.pdf. Acesso em out.2021.

FERREIRA, Lucia Marina Teixeira. **A esfera pública na era digital e a democracia em risco**. Brasília: IDP, 2021.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Org., Introdução e rev. técnica de Roberto Machado. 12. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1996a.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História das violências nas prisões**. Trad. Raquel Ramalhete. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 1996b.

FOUCAULT, Michel. **Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982)**. Trad. Andréa Daher. Consultoria: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

HONESKO, Vinícius Nicastro. A impossibilidade de melhorar o mundo. **Revista IHU online**, São Leopoldo, n. 495, p. 18-24, out. 2016.

LAZZARATO, Maurizio. **As revoluções do Capitalismo**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2006.

MEIRELLES, Fernando. **Pesquisa Anual do FGVcia: Uso da TI nas Empresas**. São Paulo: EAESP, 2021. Disponível em: <https://eaesp.fgv.br/sites/eaesp.fgv.br/files/u68/fgvcia2021pesti-relatorio.pdf>. Acesso em set.2021.

NAUGHTON, John. The goal is to automate us': welcome to the age of surveillance capitalism. **The Guardian**, 20 Jan-2019. Disponível em:

<https://www.theguardian.com/technology/2019/jan/20/shoshana-zuboff-age-of-surveillance-capitalism-google-facebook>. Acesso em out-2021.

ORWELL, George. **1984**. Trad. de Alexandre Hubner, Heloisa Jahn; posfácios de Erich Fromm, Ben Pimlott, Thomas Pynchon. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PARRA, Henrique. Controle social e prática hacker: tecnopolítica e ciberpolítica em redes digitais. *Soc. e Cult.*, Goiânia, v. 15, n. 1, p. 109-120, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/703/70324609011.pdf>. Acesso em out.2021.

PIGNATELLI, Frank. Que posso fazer? Foucault e a Questão da Liberdade e da agência do Docente. In: SILVA, Tomaz Tadeu. Educação. **O sujeito da Educação: Estudos Foucaultianos**. Petrópolis: Vozes, 1994.

REALE, Miguel. Verbete: Jurisfação do poder. In: FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. Vol. 48. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 39-43.

SILVA, Alzira Karla Araújo da (et alli). O conhecimento e as tecnologias na sociedade da informação. **Rev. Interam. Bibliot. Medellín** (Colombia) Vol. 33, N. 1. Jan-jun de 2010. p. 213-239.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu. Brasil, colônia digital. **IHU online**, 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/600360-brasil-colonia-digital-artigo-de-sergio-amadeu>

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. Trad. George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

ZUBOFF, Shoshana. Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização da informação. In: BRUNO, Fernanda, CARDOSO, Bruno, KANASHIRO, Marta, GUILHON, Luciana e MELGAÇO, Lucas (org.). **Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem**. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 17-68.

9. DEMOCRATIZAÇÃO DA *INTERNET*: UMA ANÁLISE SOBRE A INFLUÊNCIA DO ACESSO À *INTERNET* NO PROCESSO DEMOCRÁTICO



<https://doi.org/10.36592/9786581110819-09>

*Beatriz Chaves Bittencourt de Albuquerque*¹

*Victor Marcilio Pompeu*²

Sumário

Introdução; 1 Garantia do acesso à internet no Brasil e no mundo; 2 A *internet* como instrumento de inserção democrática; 3 Disseminação das *fake news*: um vício do procedimento democrático; Conclusão; Referências.

Introdução

A rede mundial de computadores (*internet*) se tornou um fator fundamental para o desenvolvimento da sociedade. Com isso, a Organização das Nações Unidas (ONU) passou a considerar o acesso à *internet* como um direito básico do ser humano, fundamentando o novo *status* na capacidade da *internet* de facilitar o fluxo de informações em nível mundial, bem como em seu caráter transformador em diversos aspectos da vida humana.

No Brasil, o número de pessoas com acesso à *internet* vem crescendo gradativamente. Embora nem toda a população tenha acesso a rede, é possível verificar sua influência em diversos âmbitos da vida social, inclusive no processo democrático.

¹ Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade de Fortaleza. Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. E-mail: beatriz@candidoalbuquerque.adv.br

² Estágio Pós-Doutoral pela Universidade de Fortaleza. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da UNIFOR (PPGD-UNIFOR). Advogado e Coordenador Jurídico da Secretaria de Esporte e Lazer de Fortaleza/CE. E-mail: victormpompeu@hotmail.com

Assim, por exemplo, constatou-se que as eleições de 2018 foram fortemente influenciadas pelas mídias sociais, inclusive ultrapassando os meios de comunicação mais tradicionais, como a televisão. A circulação de informações nas redes sociais facilitou o desenvolvimento de campanhas políticas por parte dos candidatos e ofereceu maiores subsídios para que a população pudesse fiscalizar as ações de seus governantes.

Todavia, atualmente, apesar dos benefícios, a *internet* trouxe também algumas problemáticas, como a disseminação de *fake news*. A proliferação de notícias falsas constitui um vício no processo democrático e gera um atraso na formação de uma população informada. Embora o Estado já tenha desenvolvido políticas para tentar erradicar essa prática, ainda não se encontrou a melhor solução para impedir a criação e a disseminação de *fake news*.

Com esse intuito, realizou-se pesquisa bibliográfica e documental na doutrina e legislação nacionais e estrangeiras. Os resultados encontram-se sintetizados neste trabalho.

1 Garantia do acesso à internet no Brasil e no mundo

Desde o seu surgimento no final dos anos 1960, a *internet* vem passando por constantes modificações, aperfeiçoando-se até o ponto de se tornar o meio de comunicação mais utilizado em todo o mundo. Inicialmente criada para auxiliar em missões militares, atualmente ela se tornou uma ferramenta essencial para o funcionamento da sociedade global.

Com o avanço da tecnologia, a *internet* não só ultrapassou os outros meios de comunicação mais antigos, mas também englobou suas funções para si. O dispositivo virtual cumula apenas em si as funções que antigamente eram distribuídas entre diversos outros meios de comunicação, como a televisão, o telefone e os jornais impressos, por exemplo.

O fluxo de informações na *internet* passou a ser constante e cada vez mais diversificado, versando sobre assuntos culturais, financeiros, sobre saúde, história, educação, notícias do dia-a-dia, esportes, ou seja, todos os temas, dos mais

sofisticados até os mais banais, encontram espaço dentro dessa rede de comunicação.

A comunicação via *internet* se tornou ainda mais poderosa e versátil com a chegada dos *smartphones*, definição usada para caracterizar telefones celulares que possuem funções equivalentes ao computador. Antes da chegada dos novos aparelhos, as informações, apesar de chegarem de maneira instantânea, só poderiam ser acessadas através dos computadores, o que limitava o alcance virtual. Contudo, depois da introdução e popularização desses aparelhos, a *internet* se tornou praticamente ilimitável, e as informações enviadas são recebidas no mesmo minuto.

Dada toda a sua capacidade de assegurar um fluxo constante de informações, a *internet* passou a fazer parte de diversos âmbitos da vida humana, desde o lazer até o trabalho. Quase todas as profissões atualmente se utilizam da *internet* para aperfeiçoar o exercício de suas funções. A educação, por sua vez, passou por inúmeros avanços com a acessibilidade da *internet*.

Diante do seu crescimento e da sua importância no cotidiano do ser humano, em 2011 a Organização das Nações Unidas – ONU passou a considerar o acesso à *internet* como direito básico do ser humano, com o fundamento de que ela possui uma natureza única e transformadora e de que o acesso à rede favorece o progresso da sociedade como um todo e permite que os usuários exercitem direito de opinião e expressão.

Nesse ponto, apesar de a ONU garantir expressamente o direito de acesso à *internet* a todos os seres humanos, parte considerável da população mundial ainda não é capaz de usufruir desse direito. Para assegurar esse direito, a ONU classifica os tipos de restrições ao conteúdo na *internet*: bloqueio arbitrário ou filtragem de conteúdo; criminalização da expressão legítima; imposição de responsabilidade de intermediário; desconectar os usuários do acesso à *internet*, inclusive com base na legislação de direitos de propriedade intelectual; ataques cibernéticos; e proteção inadequada do direito à privacidade e proteção de dados.

Pesquisas realizadas em 2016 pela ONU apontaram que 3,9 bilhões de pessoas no mundo não têm acesso à *internet*, ou seja, 53% da população mundial. Embora uma parte significativa da população mundial ainda não tenha acesso livre

à *internet*, é possível perceber o aumento constante no número de usuários da rede. Em pesquisa realizada pela mesma instituição, os dados apontaram que mais da metade da população mundial, de 4,1 bilhões de pessoas, já possuem acesso e utilizam a *internet*.

No Brasil também é possível constatar o crescimento da democratização da *internet*. Segundo pesquisa realizada pelo IBOPE, em 2013 apenas metade de população brasileira tinha acesso à *internet*.

Já em pesquisa realizada no ano 2019 é possível perceber uma realidade completamente diferente. De acordo com o levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 82,7% dos domicílios nacionais possuem acesso à *internet*. Contudo, outra pesquisa realizada pelo IBGE no mesmo ano apontou que grande parte da população que tem acesso à *internet* se concentra nas grandes áreas urbanas do país, enquanto a população das áreas rurais ainda apresenta déficit de acesso à rede de dados da *internet*.

No Brasil, percebe-se que o fluxo de informações ainda permanece concentrado majoritariamente em algumas regiões, enquanto outras ainda são prejudicadas pela falta de acesso, seja pela indisponibilidade do serviço no local, seja pelo alto custo ou pela dificuldade de manuseio, fazendo com que o direito universal declarado pela ONU não seja efetivado.

A popularização dos *smartphones* foi responsável por um significativo progresso de inclusão digital da população. Contudo, a ampliação do acesso à *internet* não poderia depender exclusivamente da popularização dos *smartphones* e do setor privado que, por óbvio, direcionava os seus investimentos em regiões com alta densidade demográfica como maneira de obter mais lucro pela prestação de serviços.

Assim, nos últimos anos o governo brasileiro, ciente da importância da acesso à *internet* para o crescimento socioeconômico da população, tem trabalhado no sentido de criar cada vez mais políticas públicas para garantir a inclusão digital, como é o caso do Decreto nº 9.612/2018, que dispõe sobre a políticas de telecomunicações e tem como objetivo promover o acesso às telecomunicações e a expansão do acesso à *internet*, assim como garantir os direitos dos usuários dos serviços de telecomunicações e estimular as medidas que promovam a integridade

da infraestrutura de telecomunicações e a segurança dos serviços que nela se apoiam.

Além da criação de novas políticas públicas, os órgãos estatais e as instituições governamentais têm buscado cada vez mais migrar suas funções para plataformas digitais, como é o caso do ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio) e do INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), que atualmente dispõem a maioria de suas atribuições em sítio eletrônico ou em aplicativos.

Dessa forma, percebe-se que a *internet* e as mídias sociais têm ocupado cada vez mais funções na vida cotidiana, sendo, portanto, uma atribuição do Estado garantir o mais rápido possível que toda a população tenha acesso à rede e possa se beneficiar de seus atributos.

2 A *internet* como instrumento de inserção democrática

Desde a promulgação da Constituição de 1988, os diversos meios de comunicação assumiram papéis essenciais no curso do processo de desenvolvimento da democracia no país. As novas tecnologias, aliadas aos meios de comunicação, se tornaram instrumentos potencializadores da cidadania, da política e da representatividade, capaz de traduzir objetivamente a vontade soberana do povo.

Com o advento das eleições democráticas, ficou evidente que os políticos que desejavam se eleger precisaram buscar meios mais eficientes de alcançar a comunicação com a população. Segundo Gomes:

De outro lado, a propaganda tradicional, de palanques, cartazes e santinhos, do convencimento individualizado no "corpo-a-corpo", vem perdendo significativamente eficiência e significado quando se trata de cativar grandes públicos. Em primeiro lugar, porque o número das pessoas que poderiam vir a ser alcançadas por estes métodos é, na maioria dos casos, insignificante em face da totalidade dos cidadãos. Em segundo lugar, em virtude da dimensão de cultura envolvida. A cultura das cidades é hoje, entre outras coisas, uma cultura da telecomunicação. (GOMES, 2014, p.123)

Destaca-se que, no Brasil, país com grande contingente de analfabetos, os meios de comunicação assumem papel de grande importância, dada a facilidade com que eles atingem a população de maneira em geral. Nesse ponto, é importante ressaltar que nem sempre a *internet* teve papel de destaque como meio de comunicação eficiente. No período das primeiras eleições democráticas, a televisão teve papel de destaque para a eleição de Fernando Collor. Segundo Carvalho, o uso eficiente da televisão foi um de seus pontos fortes. Em um país com tantos analfabetos e semianalfabetos, a televisão se tornou o meio mais poderoso de propaganda (CARVALHO, 2001, pag. 204).

Contudo, apesar da inegável importância da televisão, a *internet*, juntamente com as redes sociais, tem se mostrado um instrumento cada vez mais útil para o sistema democrático. Em 2018, a situação acima mencionada ficou ainda mais nítida, uma vez que o candidato eleito para o cargo de Presidente da República, Jair Bolsonaro (PSL), contava com apenas 8 segundos de tempo no Horário Gratuito de Propaganda Eleitoral na televisão, enquanto o candidato com mais tempo não chegou sequer perto de ir ao segundo turno, situação completamente inversa ao que aconteceu nas primeiras eleições após a ditadura militar em 1989, quando o presidente eleito foi o que teve mais tempo de propaganda gratuita eleitoral.

Não existem dúvidas quanto à relevância das mídias sociais nas últimas eleições. A campanha do presidente eleito em 2018 surpreendeu o cenário político devido ao uso das redes sociais como meio de propaganda. Nesse ponto, é importante destacar que os meios de comunicação tradicionais, como a televisão e o rádio, estão sempre sujeitos à manipulação de imagens e falas feitas pelo canal que viabiliza a transmissão, ao contrário da *internet*, mais precisamente as redes sociais, que possibilitam aos usuários políticos uma comunicação direta com seus eleitores. Conforme Milliken:

Quando os candidatos usam a *internet* e as mídias sociais para fazer campanha ou divulgar sua mensagem, são capazes de contornar os filtros ou possíveis vieses da mídia tradicional. Eles estão em controle completo do que liberam, e podem levar suas ideias diretamente para os potenciais eleitores. Os candidatos não têm de se preocupar sobre como um vídeo será editado ou como uma

declaração pode ser tomada fora do contexto. Estas questões ainda ocorrem na mídia tradicional, mas através da mídia social os candidatos encontram uma maneira de se comunicar com os eleitores de uma forma mais eficiente e direta. [...] Além de ajudar os candidatos a comunicar sua mensagem diretamente aos eleitores, a internet permitiu que os eleitores possam obter suas informações de política diretamente na fonte, em vez de recebê-las através do filtro da mídia (MILLIKEN, 2011, p. 32 e 33).

Nesse ponto, destaque-se que não se fala apenas da *internet* por si só como meio de comunicação, e sim da *internet* juntamente com as mídias sociais. De acordo com os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em julho de 2018, o Brasil chegou a 127 milhões de usuários no *Facebook*, mais da metade da população país. Não se pode mais idealizar uma campanha política sem o uso dessa ferramenta.

É importante frisar que a *internet* assume papéis favoráveis tanto para os agentes políticos quanto para a sociedade em geral. Por um lado, os políticos conseguem se beneficiar da rápida circulação e do grande alcance das informações. De igual modo, a população também se favorece. A população informada consegue ter mais subsídios para escolher melhor os seus representantes.

Conforme mencionado anteriormente, o Brasil tem uma significativa taxa de analfabetos, de modo que, com o auxílio das redes sociais que permitem a repercussão de vídeos, imagens, gráficos passíveis de compreensão independentemente da capacidade de leitura, as informações conseguem atingir uma parcela cada vez maior da população, o que ajuda na formação de uma sociedade cada vez mais informada.

A propagação de informações na *internet* e nas redes sociais também tem sido instrumento de fiscalização da atuação dos políticos eleitos. Da mesma maneira que as informações favoráveis a um determinado político se propagam com rapidez, as informações sobre escândalos de corrupção também se proliferam na mesma velocidade. Assim, tem se tornado cada vez mais fácil para a sociedade demonstrar sua insatisfação e se posicionar no sentido de cobrar posturas éticas dos políticos que elegeram.

É certo que a *internet*, em conjunto com as redes sociais, tem o condão de conscientizar a população, e nos últimos anos se tornou ferramenta indispensável para promover a organização de manifestações para reivindicação de direitos e demonstrações de insatisfação.

Em 2016 vários brasileiros foram às ruas para demonstrar seu apoio à operação Lava Jato e sua indignação com inúmeros escândalos de corrupção e com os atuação dos políticos. A população exigia maior celeridade da justiça no julgamento de agentes políticos, medidas mais efetivas contra a corrupção e o *impeachment* da então presidente, Dilma Rousseff. Segundo a Empresa Brasil de Comunicação, estima-se que milhares pessoas, em mais de 200 cidades do Brasil, foram às ruas protestar.

Nesse ponto, observa-se o relevante papel da *internet* e das redes sociais, uma vez que a organização das manifestações se deu dentro do espaço virtual. Segundo Araújo, Penteado e Santos:

Os dispositivos de comunicação digital proporcionam condições técnicas para a maior participação das pessoas nos debates públicos, expressão das diferentes demandas da sociedade e dificuldade no controle do fluxo das informações por parte dos mecanismos de controle. Essa nova configuração dificulta a construção de um discurso normativo dominante e a produção de consenso, deixando o processo comunicacional mais aberto e democrático; por outro lado, dificulta a estabilidade do sistema político tradicional, que fica sujeito a tensionamentos e questionamentos sobre sua legitimidade. (ARAÚJO, PENTEADO, SANTOS, p. 4)

Em 2021 foi possível observar o mesmo fenômeno. Em setembro a população foi às ruas para expressar seu apoio ao atual governo, e no mês de outubro para demonstrar sua insatisfação. Novamente, nota-se que as organizações das duas manifestações se deram no âmbito da *internet* e das redes sociais, de maneira que foi possível, nos dois casos, organizar manifestações de abrangência nacional.

É importante ressaltar que a *internet* se tornou uma ferramenta facilitadora da democracia, e não só no Brasil. Em 2011, as redes sociais foram indispensáveis para

a organização dos protestos relacionados à Primavera Árabe, movimento popular que aconteceu no Oriente Médio contra os governos ditatoriais.

Segundo Castells, a *internet* fornece a plataforma de comunicação organizacional para traduzir a cultura da liberdade na prática da autonomia. Isso porque a tecnologia da *internet incorpora* a cultura da liberdade, como mostra o registro histórico de seu desenvolvimento (2013, p. 135-136). Assim, a circulação instantânea de informações tem contribuído para a formação de uma sociedade cada vez mais informada, ciente de seus deveres e capaz de reivindicar seus direitos, bem como para uma atuação cada vez mais justa dos políticos.

3 Disseminação das *fake news*: um vício do procedimento democrático

Apesar dos inúmeros benefícios trazidos pelo uso da *internet*, não se pode deixar de reconhecer alguns dos vícios que também acompanham o uso dessa ferramenta. As *Fake News* ganharam notoriedade em virtude da repercussão que estão tendo desde as eleições de 2018. Cabe inicialmente conceituar o que são as *Fake News*, termo em inglês usado para caracterizar histórias falsas que, ao manterem a aparência de notícias jornalísticas, são disseminadas pela *internet* (ou por outras mídias), sendo normalmente criadas para influenciar posições políticas, ou como piadas.

É certo que a disseminação de notícias falsas é uma prática antiga da sociedade. Contudo, antes do surgimento da *internet* as notícias falsas eram transmitidas de boca a boca, de forma que dificilmente tomavam grandes proporções. Com a popularização e o uso da *internet*, tornou-se mais fácil e rápida a propagação de mentiras que retardam o processo democrático do país e que colaboram para a desinformação da população.

As eleições de 2018 foram fortemente influenciadas por notícias falsas. O teor das notícias vai desde informações inverídicas sobre o funcionamento da Justiça Eleitoral até conteúdos fraudulentos sobre as candidaturas, campanha, propostas e até mesmo vida pessoal dos candidatos. Nesse cenário, alguns candidatos e seus respectivos partidos foram forçados a adotar medidas para tentar remediar os danos causados pelas *fake news*, como, por exemplo, o candidato do Partido dos

Trabalhadores (PT), Fernando Haddad, que teve amplamente divulgado no *Facebook* um vídeo no qual ele supostamente estaria distribuindo mamadeiras em creches infantis, com o bico no formato de um órgão genital masculino – na publicação o narrador sugere que seria “uma a desculpa de combater a homofobia”.

O candidato, juntamente com a Coligação “O Povo Feliz De Novo”, ingressou com representação perante o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) (processo nº 0601530-54.2018.6.00.0000), pedindo a retirada do vídeo do canal. O tribunal proferiu decisão favorável ao candidato determinando a remoção do vídeo no prazo de 48h, uma vez que restou configura ofensa à honra e agressão e ataque a candidato em sítio da *internet*.

O candidato do Partido Social Liberal (PSL), Jair Bolsonaro, também foi vítima da *fake news*. Na ocasião, foi posta em circulação, no também no Facebook, uma publicação na qual o candidato supostamente afirmaria que não precisava do voto de eleitores do Nordeste. O político e a Coligação “Brasil Acima de Tudo, Deus Acima de Todos” (PSL/PRTB) ingressaram com uma representação no TSE (processo nº 0601066-30.2018.6.00.0000) pedindo a retirada do conteúdo. Mais uma vez, o Tribunal proferiu decisão favorável ao candidato, afirmando que a publicação questionada atribuiu ao candidato manifestações implausíveis e que o associam à discriminação por origem regional, o que ofenderia sua honra.

A legislação brasileira não é omissa quanto à divulgação de informações falsas sobre partidos e candidatos. Com efeito, o Código Eleitoral brasileiro (Lei 4.737/1965) prevê, em seu art. 323, como crime eleitoral a conduta de “divulgar, na propaganda eleitoral ou durante período de campanha eleitoral, fatos que sabe inverídicos em relação a partidos ou a candidatos e capazes de exercer influência perante o eleitorado”. Ainda, o TSE editou a Resolução nº 23.610/19, que dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral referentes às eleições municipais de 2020. O Capítulo IV da mencionada Resolução versa sobre a propaganda eleitoral na *internet*:

Art. 27. É permitida a propaganda eleitoral na internet a partir do dia 16 de agosto do ano da eleição.

§ 1º A livre manifestação do pensamento do eleitor identificado ou identificável na internet somente é passível de limitação quando ofender a honra ou a imagem de candidatos, partidos ou coligações, ou divulgar fatos sabidamente inverídicos.

Ainda na mesma resolução, o TSE trata da remoção de conteúdos da *internet*. A legislação deixa claro que a regulação de conteúdos na *internet* deve ser a menor possível, com o intuito de garantir o debate democrático e a liberdade de expressão, desde que não sejam constatadas violações às regras eleitorais ou ofensas a direitos de pessoas que participam do processo eleitoral:

Art. 38. A atuação da Justiça Eleitoral em relação a conteúdos divulgados na internet deve ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático.

§ 1º Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, as ordens judiciais de remoção de conteúdo divulgado na internet serão limitadas às hipóteses em que, mediante decisão fundamentada, sejam constatadas violações às regras eleitorais ou ofensas a direitos de pessoas que participam do processo eleitoral.

Contudo, a circulação de informações na rede acontece de maneira rápida e descontrolada, de maneira que apenas a legislação não se mostrou suficiente para diminuir a disseminação das *fakes news*. Assim, o Estado, certo de que tem um papel essencial no combate à desinformação, vem trabalhando em meios alternativos para tentar erradicar a circulação de notícias falsas. Conforme Baldissera e Fortes:

Realmente, não é uma tarefa simples realizar a regulação da internet do Brasil, considerando que é extremamente difícil fiscalizar o que ocorre no mundo virtual, pois somente estabelecer as normas, sem que exista o devido controle sobre seu cumprimento, seria não ter efetividade alguma. Além de que, seria necessário um alto investimento financeiro em aparelhos, softwares, capacitação e vários outros pontos que seriam necessários para ser efetiva essa sugestão (BALDISSERA, FORTES, 2021, p.25 e 26)

Ressalta-se que as *fakes news* não atingem exclusivamente a Justiça Eleitoral e os candidatos. Outros setores do governo que influem diretamente na vida sociedade também foram alvos dessas notícias. A título de exemplo, com a pandemia o Ministério da Saúde também passou a enfrentar problemas com a disseminação de informações inverídicas.

Diante da situação, depois de constatado que apenas a legislação sobre o assunto não seria suficiente para conter a situação, órgãos governamentais começaram a traçar novas estratégias para tentar conscientizar a população. É de extrema relevância que a sociedade tenha ciência desse problema, afinal, são seus próprios integrantes os responsáveis pela disseminação das notícias. Segundo Alves e Maciel:

Ressalte-se ainda que, diferentemente da mídia tradicional, as novas plataformas nas quais as informações circulam na contemporaneidade não estão ainda devidamente enquadradas e submetidas a mecanismos de responsabilização. (...) A divulgação de notícias na internet não possui o mesmo compromisso e carece de regulamentação, possuindo um conteúdo amplamente produzido pelos próprios usuários, o que torna possível, inclusive, que qualquer pessoa crie uma página jornalística de aparente credibilidade e publique absolutamente qualquer coisa. (ALVES, MACIEL, 2020, p. 6-7)

Desse modo, uma vez que não se pode controlar na totalidade a criação e circulação de notícias falsas na *internet*, a falta de conscientização da população se mostra a raiz do problema aqui discutido. O processo de conscientização da população deve ser feito através de uma ação conjunta entre os órgãos governamentais para elaborar políticas públicas capazes de gerar o senso crítico na população sobre as *fakes news*. Assim, o método mais efetivo para trabalhar a conscientização da população é a criação de campanhas publicitárias que disponibilizam informações capazes de ajudar na identificação das notícias falsas.

Inicialmente, é necessário fazer com que a população esteja instruída para identificar as *fakes news*. Assim, as campanhas publicitárias têm antes de tudo o intuito de demonstrar quais devem ser os pontos observados na hora que verificar a

veracidade de uma notícia, como, por exemplo, a verificação da fonte, da data e o autor da notícia.

Depois, se, mesmo com as instruções acima indicadas, não for possível averiguar a veracidade das informações, é preciso que a população tenha meios de checar o conteúdo que está circulando. Assim, o TSE e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) passaram a disponibilizar os sítios eletrônicos "Fato ou Boato" e 'Painel de Checagem de *Fake News*', criados unicamente com o intuito de confirmar se uma notícia é verdadeira ou falsa.

O TSE, em mais uma tentativa de combate às *fake news*, criou, por meio da Portaria nº 510 de 4 de agosto de 2021, o *Programa Permanente de Enfrentamento à Desinformação*. De acordo com o art. 1º dessa portaria, o programa tem a finalidade de enfrentar a desinformação relacionada à Justiça Eleitoral e aos seus integrantes, ao sistema eletrônico de votação, ao processo eleitoral em suas diferentes fases e aos atores nele envolvidos.

Assim, é certo que o combate às *fake news* não pode seguir apenas por um único viés. As legislações, companhias publicitárias e a fiscalização desempenham papéis semelhantes no combate à desinformação. Deve existir uma atuação conjunta dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, para que essa prática sofra uma redução e possa, no futuro, vir a ser erradicada, ou pelo menos controlada.

Conclusão

O objetivo central desta pesquisa é demonstrar, através de dados, a influência da *internet* e das redes sociais na evolução da sociedade e sua aplicação na vida cotidiana, especificamente no que diz respeito ao desenvolvimento de um processo democrático no Brasil.

Diante dos dados apresentados, conclui-se que as mídias sociais têm desempenhado um papel de extrema relevância para os políticos, permitindo a organização de campanhas cada vez mais amplas, bem com o acesso direto, livre de manipulações da mídia tradicional, aos seus eleitores, que, por sua vez, através das redes sociais conseguem acompanhar os trabalhos dos candidatos eleitos e se organizar para reivindicar seus direitos quando necessário.

O acesso à *internet* é um pilar essencial para auxiliar na construção do bem-estar social. Contudo, em face da problemática trazida pela proliferação de notícias falsas que retardam o processo democrático, é necessária uma atuação direta do Estado no processo de conscientização da população. O planejamento de estratégias aptas a desenvolver um senso crítico na população deve ser feito com o intuito de garantir que todos tenham acesso aos seus direitos e deveres.

Referências

AGÊNCIA BRASIL. Empresa Brasil de Comunicação. **Facebook chega a 127 milhões de usuários no Brasil**. Disponível em:

<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-07/facebook-chega-127-milhoes-de-usuarios-no-brasil>. Acesso em: 29 nov. 2021.

AGÊNCIA BRASIL. Empresa Brasil de Comunicação. **Protesto em defesa da Lava Jato reúne manifestantes em 200 cidades do Brasil**. Disponível em:

<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-12/manifestantes-lotam-esplanada-em-defesa-da-operacao-lava-jato>. Acesso em: 29 nov. 2021.

ALVES, Marco Antônio Sousa; MACIEL, Emanuella Ribeiro Halfeld. **O fenômeno das fake news: definição, combate e contexto**. Disponível em:

<https://revista.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2020/02/o-fenomeno-das-fake-news-definicao-combate-e-contexto.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2021.

ARAÚJO, Rafael de Paula Aguiar; PENTEADO, Cláudio Luís Camargo e SANTOS, Marcelo Burgos Pimentel. **Movimentos políticos pelo impeachment de Dilma Rousseff e suas organizações na Internet**. Disponível em:

<https://www.anpocs.com/index.php/papers-40-encontro/st-10/st05-8/10163-movimentos-politicos-pelo-impeachment-de-dilma-rousseff-e-suas-organizacoes-na-internet/file>. Acesso em: 29 nov. 2021.

BALDISSERA, Wellington Antônio; FORTES, Vinícius Borges. **Regulação das Fake News: um dilema diante do direito à liberdade de expressão**. Direito & Desenvolvimento. Revista do Programa de Pós-graduação em Direito: mestrado em direito do desenvolvimento sustentável. Volume 12 | Número 1 | Jan/Jun 2021.

BRASIL. Código Eleitoral Brasileiro. Lei nº 1.164, de 24 de julho de 1950. **Institui o Código Eleitoral**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9612.htm#art14. Acesso em: 3 dez. 2021.

BRASIL. Decreto nº 9.612, de 17 de dezembro de 2018. **Dispõe sobre políticas públicas de telecomunicações**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9612.htm#art14. Acesso em: 28 nov. 2021

CAMBRIDGE DICTIONARY. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/fake-news?q=fake-news%2B%29>. Acesso em: 3 dez. 2021.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil – O longo caminho**. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro. 2001.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: 2013

GOMES, Wilson. **Transformações da Políticas da Era da Comunicação em Massa**. 2014

IBGE. **Pesquisa mostra que 82,7% dos domicílios brasileiros têm acesso à internet**. Disponível em: <https://www.gov.br/mcom/pt-br/noticias/2021/abril/pesquisa-mostra-que-82-7-dos-domicilios-brasileiros-tem-acesso-a-internet>. Acesso em: 28 nov. 2021.

IBGE. **Uso de internet, televisão e celular no brasil**. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-televisao-e-celular-no-brasil.html> . Acesso em: 28 nov. 2021.

IBOPE. **Número de pessoas com acesso a internet no Brasil chega a 105 milhões**. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Numero-de-pessoas-com-acesso-a-internetno-Brasil-chega-a-105-milhoes.aspx>. Acesso em: 28 nov. 2021.

MILLIKEN, Kara. **Media Use In The 2012 Presidential Campaign**. Disponível em: https://cardinalscholar.bsu.edu/bitstream/handle/123456789/195223/MillikenK_2011-1_BODY.pdf;jsessionid=E4045E527970C671BFE487FC2C2558F7?sequence=1. Acesso em: 29 nov. 2021.

ONU. **Mais da metade da população mundial ainda não tem acesso à internet**. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2016/09/1562841-mais-da-metade-da-populacao-mundial-ainda-nao-tem-acesso-internet>. Acesso em: 28 nov.2021.

TSE – Tribunal Superior Eleitoral. **Instrução nº 0600920-86.2018.6.00.0000 – Classe 11544–Brasília –Distrito Federal**. Disponível em: https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/resolucao-plano-de-midia-tse-2018/rybena_pdf?file=https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/resolucao-plano-de-midia-tse-2018/at_download/file . Acesso em: 29 nov. 2021

TSE – Tribunal Superior Eleitoral. Portaria nº 510, de 04 de Agosto de 2021. **Institui o Programa Permanente de Enfrentamento à Desinformação no âmbito da Justiça**

Eleitoral e disciplina a sua execução. Disponível em:

<https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/prt/2021/portaria-no-510-de-04-de-agosto-de-2021>. Acesso em: 3 dez. 2021.

TSE – Tribunal Superior Eleitoral. **Processo nº 0601530-54.2018.6.00.0000 – Classe: Representação.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-tse-fake-news-video-mamadeira.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2021

TSE – Tribunal Superior Eleitoral. **Processo nº Rp 0601066-30.2018.6.00.0000 – Classe: Representação.** Disponível em:

<https://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/623989404/representacao-rp-6010663020186000000-brasilia-df/inteiro-teor-623989426>. Acesso em: 3 dez. 2021.

TSE – Tribunal Superior Eleitoral. Resolução Nº 23.610, de 18 de dezembro de 2019.

Dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral. Disponível em:

<https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 3 dez. 2021.

UNITED NATIONS. General Assembly. **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression.**

Disponível em:

https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf . Acesso em: 28 nov. 2021.

10. A 'CULTURA PARTICIPATIVA' NAS MÍDIAS DIGITAIS COMO ELEMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O (POSSÍVEL) CONFLITO COM OS DIREITOS AUTORAIS

 <https://doi.org/10.36592/9786581110819-10>

Salete Oro Boff¹

Jordana Siteneski do Amaral²

Sumário

Introdução; 1 Cultura participativa na sociedade da informação; 2 Liberdade de expressão como alargamento da capacidade de criação humana no ambiente digital; 3 Manifestações da cultura participativa e seus (possíveis) embates com os direitos autorais; Conclusão; Referências.

Introdução

Em meio às novas tecnologias de informação e de comunicação, por meio da internet abriram-se espaços para a interatividade dos usuários na rede, junto com o surgimento de outros processos de criação e coautoria. Com essa abertura, surgem espaços para a construção de uma cultura mais participativa e colaborativa.

A liberdade de expressão compreende as liberdades de manifestação do pensamento, de imprensa, de reunião, a liberdade religiosa entre outras. A liberdade de expressão está para a sociedade democrática e é um dos direitos mais caros a humanidade, e sua conquista é resultado de lutas para seu reconhecimento. Ainda assim, a sociedade enfrenta diariamente obstáculos em sua proteção e efetivação.

¹ Doutora pela UNISINOS. Estágio Pós-Doutoral na UFSC. Pesquisadora Pq CNPq. Coordenadora e Docente no Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* em Direito da IMED (RS). Grupo de Pesquisa CNPq Direito e Novas Tecnologias e Grupo de Estudos GEDIPI. Professora da UFFS. Email: salete.oro.boff@gmail.com.

² Mestre em Direito pela IMED (RS), com bolsa CAPES/PROSUP. Graduada em Direito pela IMED (RS), e Graduada em Jornalismo pela UPF. Membro do Grupo de Estudos em Direito, Inovação e Propriedade Intelectual (GEDIPI). Email: jo.siteneski@hotmail.com.

Na Constituição Federal de 1988 ela é reconhecida como um Direito Fundamental, no art. 5º, nos incisos IV e IX.

Objetiva-se com a presente pesquisa verificar se o direito fundamental à liberdade de expressão contempla a cultura participativa nas mídias digitais e, se podem ser verificados embates entre a liberdade de expressão e os direitos autorais.

Para tanto emprega-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica. A hipótese inicial é afirmativa, no sentido de que a liberdade de expressão contempla a cultura participativa nas mídias digitais e que pode haver conflitos envolvendo o direito autoral

Este artigo encontra-se dividido em três tópicos: no primeiro o objetivo concentra-se em apresentar a cultura participativa e seus desdobramentos; no segundo tópico, o objetivo passa a ser a lembrar a liberdade de expressão e demonstrar que esta contempla a cultura participativa e, por fim, no terceiro tópico, busca-se analisar a possibilidade de conflitos envolvendo a liberdade de expressão e os direitos autorais.

1 Cultura participativa na sociedade da informação

*"O ser humano é em sua essência, um ser criativo,
capaz de expressar e exteriorizar suas ideias por meio de suas criações."*

J. O. Ascenção

Desde o final dos anos 1990 observa-se o surgimento e a popularização de novas tecnologias, sobretudo no ambiente da internet e suas infinitas possibilidades, que culminaram em uma sociedade altamente permeada pelas tecnologias digitais. Pode-se falar em uma "sociedade em rede" como define Castells³, imersa em uma cibercultura⁴ em um mundo cada vez mais digitalizado.

A expressão "sociedade da informação" ou "sociedade informacional" passou a ser utilizada para se referir a sociedade que emerge em um "período pós-industrial",

³ CASTELLS, Manuel. Inovação, liberdade e poder na era da informação. In: MORAES, Dênis de (org.). *Sociedade Midiatizada*. Rio de Janeiro: Mauad, 2006.

⁴ LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. 3. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

e como forma de se referir ao “novo paradigma tecno-econômico”. Algumas características dessa definição saltam aos olhos: a informação passa a ser a matéria prima; os efeitos da tecnologia têm alta penetrabilidade; e há um predomínio da lógica de redes; a flexibilidade e alta capacidade de reconfiguração; e a crescente convergência de tecnologias.⁵

Esta última característica tem uma maior relevância para este trabalho, uma vez que a convergência tecnológica é um fenômeno do qual a cultura participativa faz parte. Para falar de convergência tecnologia, é preciso mencionar os estudos de Jenkins. A convergência de mídias refere-se à difusão de conteúdos pelos diferentes suportes de mídias, que depende da participação ativa dos “consumidores” de mídia. Logo, a convergência é tida como a tendência observada nos meios de comunicação em que os fluxos de produção de conteúdo não acontecem mais em uma perspectiva unidirecional e nem sobre apenas um tipo de plataforma⁶.

Em outras palavras, a convergência permite que uma pessoa possa acessar o mesmo conteúdo de informação, por meio de diferentes suportes midiáticos, (com as devidas adaptações necessárias) a fim de melhor explorar as potencialidades e recursos disponibilizados por determinado suporte de mídia.⁷ Além disto, tem-se que na convergência, a circulação de conteúdos depende de forma substancial da participação dos consumidores. Com efeito, a compreensão sobre o processo de convergência tecnológica, vai muito além da ideia de que ela deve ser compreendida somente como um processo tecnológico, em que um aparelho reúne múltiplas e diversificadas funções.⁸

O aspecto tecnológico da convergência (um aparelho que reúne múltiplas funções) é apenas uma das dimensões, e talvez nem a mais importante da convergência cultural. Sob a leitura de Martino a convergência tecnológica, assim como para Jenkins, está muito mais ligada a uma transformação das práticas culturais e sociais do que de recursos técnicos, pois é a interação entre sujeitos que

⁵ WERTHEIN, Jorge. *A sociedade da informação e seus desafios*. Ci. Inf., Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000.

⁶ JENKINS, Henry. *Cultura da Convergência*. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2009.

⁷ JENKINS, Henry. *Cultura da Convergência*. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2009.

⁸ JENKINS, Henry. *Cultura da Convergência*. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2009.

compartilham as mesmas mensagens, ideias e valores, acrescentando-as de seus próprios significados e contribuições e disponibilizando-as novamente nas redes⁹.

Por outro lado, considerando que cada vez mais os receptores (ou “consumidores”) deixam a passividade para tornarem-se participantes que interagem dos processos de produção de conteúdo, Jenkins visualiza uma nova possibilidade de participação das pessoas nas mídias como um dos reflexos deste fenômeno da convergência tecnológica. Com efeito, o processo da “cultura da convergência”, as transformações ocorrem em meio a três aspectos distintos: convergência dos meios de comunicação, a cultura participativa e a inteligência coletiva.¹⁰

A cultura participativa é uma outra perspectiva em relação aos meios de comunicação e sobre a noção de passividade da audiência. A cultura participativa refere-se a “potencialidade de qualquer indivíduo se tornar um produtor de cultura, seja recriando conteúdos já existentes ou produzindo conteúdos inéditos.”. Reiterando essa nova posição assumida pelo receptor (ou consumidor) dos produtos de mídia, observa: “O receptor se torna, na cultura da convergência, alguém produtivo, que não vai apenas reinterpretar as mensagens da mídia conforme seus códigos culturais, mas também vai reconstruir essas mensagens lançá-las de volta ao espaço público pela via dos meios digitais”¹¹.

Na cultura da convergência, cada um dos sujeitos passa construir a sua mitologia individual a partir de fragmentos de informações extraídos do fluxo midiático e transformados em recursos através dos quais compreendem a vida cotidiana. Como há uma abundância muito grande nas informações, o consumo destas também se tornou um processo coletivo¹².

Já, na cultura participativa, as pessoas trocam conhecimentos e articulam ideias sobre as mais variadas manifestações culturais que emergem. Por exemplo, os fãs de um seriado, filme ou romance podem fazer capturas de diálogos no vídeo, resenhas e resumos, discutir em fóruns e chats sobre aquela série, criar e divulgar

⁹ MARTINO, Luis Mauro Sá. *Teorias das mídias Digitais*. Linguagens, ambientes e redes. Petrópolis, Vozes: 2014.

¹⁰ JENKINS, Henry. *Cultura da Convergência*. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2009.

¹¹ JENKINS, Henry. *Cultura da Convergência*. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2009.

¹² JENKINS, Henry. *Cultura da Convergência*. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2009.

seus próprios filmes na internet, e escrever *fanfictions*. Os apreciadores de uma série passam a reivindicar para si, um papel criativo, querendo tornar-se “participante pleno” do processo.¹³ Isto é, a pessoa que assiste a um filme ou lê um livro, não quer apenas consumir esses produtos culturais de forma passiva. Ela quer escrever comentários na web, quer escrever *fanfics* com os personagens, quer gravar vídeos comentando sobre tal produto, escrever paródias, dentre outras coisas, para depois compartilhar com outras pessoas que tenham os mesmos interesses.

A *web* potencializou este processo, na medida em que confere maior amplitude de visibilidade da cultura, atuando como principal canal de distribuição desta produção de “cultura amadora”. A transformação midiática está reafirmando o “direito que as pessoas comuns têm de contribuir ativamente com a sua cultura”. Quando os consumidores assumem um papel de controle nas mídias, dá-se espaço para o desenvolvimento de uma “nova cultura vernácula”, representa para o autor, algo que incentiva a ampla participação, a criatividade e uma economia baseada em trocas e presentes.¹⁴

Pode-se ver uma série de manifestações culturais digitais que são fruto da cultura participativa. O surgimento dos *blogs*, e posteriormente dos *vlogs* e *youtubers*, das *fanfics*¹⁵, do *fan art*, a cultura do *remix* e os próprios memes¹⁶ da internet.

A “Cultura do *Remix*” é um conceito desenvolvido por Lessig para se referir à prática de criar uma obra, a partir da combinação de elementos já existentes em outras obras, com novos elementos. O *remix* é uma “colagem”, de combinar elementos da cultura, que consegue criar um significado e algo novo. É uma mistura que cria um trabalho criativo, que pode ser feita na música (como os *mash-ups* e o *sampling*), ou com textos, vídeos, imagens, GIF's. O *remix* se baseia no trabalho dos

¹³ JENKINS, Henry. *Cultura da Convergência*. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2009.

¹⁴ JENKINS, Henry. *Cultura da Convergência*. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2009.

¹⁵ As *fanfics* são histórias criadas pelos fãs com base em universos já existentes, utilizando os personagens daquele universo. Para saber mais, verificar: AMARAL, Jordana Siteneski do; BOFF, Salette Oro. Uma obra e vários autores: o direito autoral e as *fan-fictionals* na cultura da convergência. *SCIENTIA IURIS (UEL)*, v. 22, p. 162, 2018.

¹⁶ Os memes são espécies de conteúdo que circulam na internet, normalmente com tom cômico que são adaptados para representar diferentes situações. Para saber mais, verificar: AMARAL, Jordana Siteneski do; BOFF, Salette Oro. *A propriedade intelectual sobre os “memes” da internet: perspectivas a partir do direito autoral e do direito de marca*. *SCIENTIA IURIS (ONLINE)*, v. 23, p. 144, 2019.

outros para fazer outros trabalhos. Mas mais do que isso, segundo Lessig os *remixes* na atualidade, acontecem dentro de uma comunidade digital, em que eles criam para eles e para os outros membros da comunidade.¹⁷

O *Remix* também faz parte dos elementos da cibercultura. A cibercultura, de uma forma geral, refere-se à reunião de relações sociais, produções artísticas, intelectuais e éticas do ser humano que se articulam no ciberespaço, onde ocorre este fluxo de ideias, práticas e representações. Em verdade, o ciberespaço só existe em razão da rede e da possibilidade de conexão. Ela não é um “marco zero” na cultura da humanidade, até porque ela também mantém relações com o que acontece off-line. Mas, na definição de Martino a cibercultura é a cultura – entendida em um sentido bastante amplo como a produção humana, seja material, simbólica, intelectual – que acontece no ciberespaço¹⁸. Os blogs, *podcasts*, sistemas de compartilhamento *peer-to-peer*, códigos de fonte aberta e a arte eletrônica são fenômenos que ocorrem no limiar da cibercultura e abarcam a possibilidade do *remix*.¹⁹

A cibercultura, de uma forma geral, refere-se a reunião de relações sociais, produções artísticas, intelectuais e éticas do ser humano que se articulam no ciberespaço. No ciberespaço corre este fluxo de ideias, práticas e representações. Em verdade, o ciberespaço só existe em razão da rede e da possibilidade de conexão. Ela não é um “marco zero” na cultura da humanidade, até porque ela também mantém relações com o que acontece off-line. Mas, na definição de Martino a cibercultura é “a cultura – entendida em um sentido bastante amplo como a produção humana, seja material, simbólica, intelectual – que acontece no ciberespaço.”²⁰

Ocorre que, na maioria das vezes os elementos que são utilizados como substrato para desenvolver essas manifestações culturais típicas do ambiente digital estão protegidos por direitos autorais. Cabe lembrar, que os direitos autorais

¹⁷ LESSIG, Lawrence. *Remix*. Londres: Bloomsbury 2008.

¹⁸ MARTINO, Luis Mauro Sá. Teorias das mídias Digitais. Linguagens, ambientes e redes. Petropólis, Vozes: 2014.

¹⁹ LEMOS, André. *Ciber-Cultura-Remix*. São Paulo: 2005. Disponível em:

<https://www.facom.ufba.br/ciberpesquisa/andrelemos/remix.pdf>. Acesso em 27 de janeiro de 2022.

²⁰ MARTINO, Luis Mauro Sá. Teorias das mídias Digitais. Linguagens, ambientes e redes. Petropólis, Vozes: 2014.

são também, um direito fundamental assegurado pelo ordenamento jurídico brasileiro e por tratados e convenções internacionais.

Neste sentido, cabe discutir os possíveis embates que podem surgir quando houver um conflito envolvendo interesses dos autores e titulares de direitos autorais e as pessoas que buscam participar da construção da cultura digital nas redes. No próximo tópico, analisar-se-á se a cultura participativa pode ou não ser considerada uma forma de liberdade de expressão.

2 Liberdade de expressão como alargamento da capacidade de criação humana no ambiente digital

"todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão (...)".

DUDH

Neste tópico, o objetivo consiste em demonstrar que, o direito humano à liberdade de expressão contempla a cultura participativa nas mídias digitais, e desta forma, contribui para o desenvolvimento humano.

O ambiente digital é um dos principais espaços para se exercer a liberdade de expressão. As tecnologias digitais, baseadas em computadores – internet –, são consideradas tecnologias da liberdade.²¹ O exercício da liberdade de expressão por meio da 'livre troca de ideias e de conhecimento' e o disposto na Declaração Universal de Direitos Humanos: "todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão", se aplicam ao ciberespaço, e todas as pessoas devem poder exercer esse direito com segurança, expresso em políticas e práticas que representem um espaço de confiança.

O direito à liberdade de expressão subentende os direitos de liberdade de pensamento e opinião e está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu Artigo 19. Implica em reconhecer e difundir, sem consideração de fronteiras,

²¹ POOL, I. S. *Technologies of Freedom: On free Speech in an Electronic Age*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press. 1983.

informações e ideias por qualquer meio de expressão. Está incluído em outros instrumentos internacionais e regionais significativos de direitos humanos como no Artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP); no Artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; no Artigo 9 da Carta Africana (desenvolvido em uma declaração específica acordada em outubro de 2002) e no Artigo 11 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)²².

No pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 também se encontra o direito à participação na vida cultural, de usufruir dos benefícios do progresso científico, bem como os direitos morais e patrimoniais que cabem ao seu autor ²³. Esse direito foi aprimorado pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, em julho de 2011, para englobar os direitos em relação aos sistemas de disseminação de informação baseados na Internet e em dispositivos móveis. A liberdade de expressão é um elemento crítico para se alcançar a visão da UNESCO²⁴ sobre as “Sociedades do Conhecimento.”²⁵

Como direito humano, a liberdade de expressão é um direito que “tem por fim concretizar a dignidade de todos e para todos. Caracterizam-se por serem universais, inalienáveis, indivisíveis, e imprescritíveis, uma vez que todo ser humano nasce livre e igual, com dignidade e os mesmos direitos”²⁶. É um direito do indivíduo em face da atuação do Estado e intrínsecos estão os direitos de informar e de ser informado, de resposta, de réplica, a liberdade de reunião, a liberdade religiosa entre outros, assim como deve ser entendido como princípio constitucional, norteador da hermenêutica jurídica²⁷.

²² PUDDEPHATT, Andrew. *Liberdade de expressão e internet*. Cuadernos de Discusión de Comunicación e Información. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, e o Escritório Regional de Ciências da UNESCO para América Latina e Caribe, Escritório da UNESCO em Montevideu, Uruguai, 2016, p.10.

²³ GRUBBA, Leilane Serratine. *Direitos humanos e desenvolvimento humano: o sistema global das Nações Unidas*. Curitiba: Prismas, 2017, p. 83.

²⁴ A UNESCO é a entidade das Organizações das Nações Unidas responsável por promover ações relativas a Cultura, Educação e Ciência.

²⁵ De acordo com a UNESCO as sociedades do conhecimento, referem-se “a sociedades nas quais as pessoas tenham capacidade não apenas para adquirir informações, mas também para transformá-las em conhecimento e compreensão, o que as empodera para melhorarem seus meios de subsistência e contribuírem para o desenvolvimento social e econômico de suas sociedades”.

²⁶ GRUBBA, Leilane Serratine. *Direitos humanos e desenvolvimento humano: o sistema global das Nações Unidas*. Curitiba: Prismas, 2017, p. 66.

²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

Na Constituição brasileira de 1988 estão previstas várias liberdades. A liberdade de expressão tem destaque, nos incisos IV e IX, do art. 5º, usam manifestações da liberdade de expressão, como a liberdade de opinião, de expressão artística, de ensino, de comunicação e religiosa, as quais possuem peculiaridades, mas devem ser analisadas como "partes interligadas de uma concepção geral, que reclama uma abordagem sistemática e integrada"²⁸.

A liberdade de expressão está vinculada ao desenvolvimento do ser humano, de sua personalidade e dignidade; implica na participação democrática de forma efetiva, sendo fundamental que as pessoas tenham "amplo acesso a informações e a pontos de vista diversificados sobre temas de interesse público, a fim de que possam formar as suas próprias opiniões"²⁹. A diversidade de ideias permite a criação de um ambiente de abertura e pluralidade, possibilita identificar as melhores ideias. Portanto, a liberdade de expressão é "um direito que visa a proteger não apenas aos interesses do emissor das manifestações, como também aos da sua audiência e da sociedade em geral"³⁰.

Importante destacar, a relação existente entre os direitos humanos e fundamentais e o desenvolvimento humano. Neste sentido, o desenvolvimento humano significa o "alargamento das escolhas pessoais de todo e qualquer ser humano", que implica em oportunidades equitativas de acesso e participação nos planos econômico, social, político e cultural. Além disto, estão o respeito aos direitos humanos, o acesso à bens materiais necessários para uma vida digna, e imateriais, tais como a liberdade de expressão³¹.

Para Moncau (a liberdade de expressão deve ser compreendida como um "direito que nos dá a prerrogativa de atuar sobre os símbolos e conceitos que nos rodeiam, transformando a resignificando o caldo cultural que nos une". Com efeito,

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 440-441.

²⁹ SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5º, inciso IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 255.

³⁰ SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5º, inciso IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 255.

³¹ GRUBBA, Leilane Serratine. *Direitos humanos e desenvolvimento humano: o sistema global das Nações Unidas*. Curitiba: Prismas, 2017, p.150.

os direitos autorais podem constituir um estímulo à liberdade de expressão, ou ao contrário, ser um “óbice ao acesso aos insumos de que um diálogo aberto depende”³².

Neste sentido os institutos de direitos autorais tendem a contribuir para concentração da produção de bens culturais em conglomerados, o que poderia interferir no livre debate de ideias, prejudicando o “valor-fim da autoderminação democrática que serve de como fundamento da garantia à livre expressão”. Em alguns casos, normas rígidas de direito autoral poderiam impedir a autorrealização individual por meio da liberdade de expressão, porque o artista ou o criador ficaria tolhido de sua expressão e impossibilitado de transmitir sua ideia ao mundo³³.

Essa concepção de Moncau contribui para se analisar a obra e o processo criativo a partir da perspectiva do imaginário. De acordo com Silva “o imaginário é como um grande reservatório, um espaço infinito, uma “bacia semântica”, um “banco de dados” que guarda imagens, sentimentos, sensações, experiências e leituras da vida³⁴.

Toda vez que se compartilham elementos culturais, seja na vida digital ou fora dela, está-se criando um imaginário que serve de referência para criação de significados e de ressignificação. Há um composto identitário e de pertencimento que compartilha com essas referências. Esse imaginário é ao mesmo tempo, um uma força motriz que, por meio de um mecanismo individual ou coletivo, ajuda o sujeito ou uma coletividade – o imaginário pode ser partilhado por mais de um sujeito, sendo coletivo – a construir uma forma de ser, agir, pensar e se sentir no mundo. Não obstante, é pelo imaginário que o ser se constrói na cultura³⁵.

A importância do acesso à informação científica para o desenvolvimento da ciência e a produção da pesquisa é reconhecida pela UNESCO, fato que pode ser observado por meio de seu incentivo à adoção de políticas de acesso aberto. A liberdade de expressão, o livre acesso à informação, a privacidade e a ética são

³² MONCAU, Luiz Fernando Marrey. *Liberdade de Expressão e Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

³³ MONCAU, Luiz Fernando Marrey. *Liberdade de Expressão e Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

³⁴ SILVA, Juremir Machado da. *Tecnologias do Imaginário*. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2012.

³⁵ SILVA, Juremir Machado da. *Tecnologias do Imaginário*. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2012.

concebidas como 'pedras angulares' para a construção de uma sociedade do conhecimento inclusiva, pois visam garantir o amplo acesso e a divulgação dessas informações e ganham destaque no contexto digital³⁶.

Ao fim deste tópico, a premissa confirmada foi a de que direito humano à liberdade de expressão compreende as manifestações da cultura participativa, a partir de uma perspectiva que contempla a atividade do sujeito de participar ativamente na construção e ressignificação que une as sociedades. Ainda, observou-se que a liberdade de expressão é essencial ao desenvolvimento humano, partindo de uma concepção em que o desenvolvimento é alcançado pelo alargamento das capacidades e das liberdades humanas.

Esses processos projetam a sociedade para a construção de uma cultura mais interativa e participativa, por meio de algumas manifestações (arte eletrônica, *fanfics*, *remix*, *memes*, *fan-art*) já citadas no primeiro tópico e que estão cada dia mais presentes no ambiente digital. No próximo item, passa-se a analisar os possíveis conflitos gerados entre as manifestações da cultura participativa com outro direito fundamental, isto é, o direito de autor.

3 Manifestações da cultura participativa e seus (possíveis) embates com os direitos autorais

*Os direitos autorais podem representar um estímulo
à liberdade de expressão,
ou como um óbice ao acesso aos insumos
de que um diálogo aberto depende.*
MONCAU.

Junto às novas tecnologias de informação e de comunicação a economia passa por uma reconfiguração na era digital, pautada pelo conhecimento e inovação, depara-se com uma mudança significativa no paradigma de produção. Essa

³⁶ UNESCO. *Keystones to foster inclusive Knowledge Societies: Access to information and knowledge, Freedom of Expression, Privacy, and Ethics on a Global Internet*. Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura: Paris, 2015.

mudança está presente nas possibilidades do ambiente da rede mundial de computadores - internet - no qual é possível um universo de novas possibilidades para se acessar e fazer conexões. Nesse espaço o modelo colaborativo é relevante quando a produção é baseada em informações e contribui na produção e disseminação de conhecimento por meio de práticas interativas: "novas formas de acessar a informação, de pensar, de raciocinar e novas dinâmicas no aprender evidenciam a transformação do pensamento linear para o pensamento hipertextual no processo de construção do conhecimento"³⁷.

Ocorre que, como já mencionado, muitas das manifestações da cultura participativa utilizam como substrato, elementos, referências e inspirações e outras fontes de cultura, as quais geralmente, estão protegidas pelos direitos autorais, uma vez que a proteção pelo instituto do direito autoral é regra.

Os direitos autorais, assim como a liberdade de expressão, também são um direito fundamental, reconhecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro e em legislações internacionais. A Constituição Federal de 1988 reconheceu o Direito de Autor como um Direito Fundamental, no art. 5º, XXVIII e XXVIII, além da Lei 9.610/1998. Destaca-se que as convenções e tratados internacionais são especialmente importantes para este ramo do direito, uma vez que elas trazem diretrizes e regras e incorporadas pelas legislações locais dos países que forem signatários. Destaca-se, neste contexto, a Convenção de Berna (União para a propriedade literária), de 1886 e suas revisões, a Convenção de Genebra (UNESCO) de 1952, a dos Direitos Conexos de Roma, de 1962, e o Acordo TRIPS (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) de 1994.

A problemática surge quando os titulares de direito autoral passam a restringir de forma muito contundente a utilização de seus produtos culturais valendo-se da prerrogativa dos direitos autorais. Um exemplo se dá com a restrição das *fanfics* nos EUA pelos grandes estúdios, que começaram a enviar notificações de direitos autorais para os fãs de filmes que estavam produzindo e compartilhando este tipo

37 DELCIN, R. C. do A. A metamorfose da sala de aula para o ciberespaço. In: ASSMANN, H. (Org.). Redes digitais e metamorfose do aprender. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 53.

de conteúdo na rede.³⁸

Ou ainda, quando os criadores de conteúdo para plataformas como *YouTube* têm seus vídeos sumariamente retirados da plataforma e seus canais deletados com base na política de direitos autorais do site, sendo que muitas vezes não houve uma violação de direito autoral, mas uma simples paródia, paráfrase ou citação. O algoritmo do *YouTube Content ID* é particularmente suscetível para que ocorram esse tipo de falhas.³⁹

Ele analisa os vídeos que são enviados para a plataforma e faz uma espécie de comparação com os conteúdos que são protegidos por direitos autorais e ficam em uma espécie de "banco de referências". Uma vez que alguma correspondência é encontrada, a pessoa que enviou terá seu vídeo bloqueado ou perderá a monetização do vídeo para o titular. O algoritmo trabalha com soluções lógicas e por inferências pré-estabelecidas, de maneira que ele não analisa possíveis limitações ou exceções ao direito de autor.⁴⁰

Como todos os direitos, o direito de autor não é absoluto e irredutível, por conta da função social que busca equilibrar, isto é, os interesses privados e públicos. A fim de estabelecer limites a esse direito, existem institutos a limitar esses direitos frente ao interesse público, como o acesso à informação e a liberdade de criação. Eles existem tanto no sistema *copyright* e quanto no *droit d'auteur*.

São situações em que a utilização das obras protegidas por direito de autor não caracteriza uma violação e nem precisa da autorização do titular para ocorrer. Nos sistemas *copyright*, utilizado em países como EUA e Inglaterra existe o *fair use*, ou uso justo. O Sistema *Droit d'auteur* não possui previsão de *fair use*⁴¹, ou *fair*

³⁸ AMARAL, Jordana Siteneski do; BOFF, Salette Oro. A falibilidade do algoritmo *Content Id* na identificação de violações de direito autoral nos *vlogs* do YouTube: embates sobre liberdade de expressão na cultura participativa. *Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência*. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 43–62, Jul/Dez. 2018.

³⁹ AMARAL, Jordana Siteneski do; BOFF, Salette Oro. A falibilidade do algoritmo *Content Id* na identificação de violações de direito autoral nos *vlogs* do YouTube: embates sobre liberdade de expressão na cultura participativa. *Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência*. Porto Alegre, v. 4, n.2, p. 43–62, Jul/Dez. 2018.

⁴⁰ AMARAL, Jordana Siteneski do; BOFF, Salette Oro. A propriedade intelectual sobre os -memes- da internet: perspectivas a partir do direito autoral e do direito de marca. *SCIENTIA IURIS (ONLINE)*, v. 23, p. 144, 2019.

⁴¹ A doutrina do "*fair use*", que pode ser traduzida como "uso justo" ou "uso aceitável" existe na lei de copyright americana que prevê algumas exceções para a exclusividade da utilização pelo detentor dos direitos autorais de um material protegido pela lei. In: D'AGOSTINO, Giuseppina. *Healing Fair*

*dealing*⁴², como há nos sistemas *copyright*.

Desse modo, a Lei de Direitos Autorais – LDA (Lei nº 9.610/1998) depende necessariamente, de previsões de exceções e limitações ao direito autoral. Em todas as legislações de países signatários da Convenção de Berna, como é o caso do Brasil, essas limitações existem para assegurar o acesso ao conhecimento, a cultura e ao lazer. Elas constituem os 'usos justos' das legislações baseadas no modelo francês. Eles se mostram justos porque entende-se que toda a sociedade colaborou com o autor na criação da obra, pois esta é resultado de tudo que o autor viu, leu, ouviu e participou dentro de um contexto histórico⁴³.

Essas limitações estão dispostas no artigo 46 e seguintes da LDA, sendo que já houve discussões no sentido de que as limitações seriam taxativas ou exemplificativas, gerando divergências doutrinárias⁴⁴. São situações em que mesmo que não tenha decorrido o limite temporal do direito autoral se permite o uso livre da obra, independentemente de consulta ao titular e a consequente remuneração⁴⁵.

No interesse individual do autor, encontram-se questões pessoais e econômicas das obras. O interesse da coletividade, por sua vez, refere-se ao "benefício social" que as criações podem proporcionar a sociedade. Já no interesse pessoal do autor, observa-se a possibilidade do exercício do exclusivo patrimonial. Neste ponto é necessário encontrar equilíbrio entre esses interesses, de modo a contemplar tanto dos direitos do autor sobre a obra, quanto o direito ao acesso à informação. As limitações aos direitos autorais objetivam evitar que o interesse do autor sempre se sobressaia perante o interesse público e servem para equilibrar esses interesses de forma justa e culturalmente enriquecida.

Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use. 2008.

⁴² O *fair dealing* é também um instituto que estabelece limitações e usos que não configuram violação de direito autoral, de forma semelhante ao fair use, como por exemplo, para crítica ou revisão, estudo ou pesquisa ou reportagens. In: D'AGOSTINO, Giuseppina. **Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use.** 2008.

⁴³ ABRÃO, Eliane Y. *Comentários à lei de direitos autorais e conexos: Lei 9610/98 com as alterações da lei 12.853/2013 e jurisprudência dos Tribunais Superiores.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 169.

⁴⁴ Este posicionamento pode ser observado na seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça - REsp 964.404/ES, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, julgado em 15/03/2011, DJE 23/05/2011). O STJ entendeu que este rol seria exemplificativa.

⁴⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor.* 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 92.

Por exemplo, prescreve o artigo 46 da Lei de Direitos Autorais – LDA – que não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução na imprensa de artigo informativo, a reprodução de obra no sistema Braille; a citação de passagens para crítica ou estudo; a reprodução de fonogramas e outras obras para demonstração da clientela em lojas, entre outras situações discriminadas nos incisos. Mas em todas elas, é preciso mencionar o nome do autor, em razão dos direitos morais que lhes são protegidos. Também, são livres as paródias e paráfrases (art. 47), desde que não impliquem em descrédito da obra original.

De acordo com Barbosa⁴⁶, um sistema de restrições ao acesso à informação e a cultura seria aceitável até o ponto em que ele atenda ao objetivo de estimular o desenvolvimento criativo, mantenha aberto outros canais de expressão coletiva e exista equilíbrio entre esses dois interesses. Não obstante, esse equilíbrio deve ser capaz de evitar agravar a desigualdade e deve resguardar as possibilidades de expressão das pessoas.

Logo, o objetivo das exceções e limitações presentes na LDA é gerar um equilíbrio entre os direitos concedidos aos titulares de direitos autorais e aos direitos dos membros da sociedade ao acesso à informação e a cultura. O direito autoral não deve ser percebido como destinado apenas a salvaguardar os direitos de apenas um titular, mas ser percebido como “uma amalgama da proteção e da diversidade cultural”, pois ele desempenha um papel essencial na relação entre os grupos que desenvolvem e participam da construção dos bens simbólicos na sociedade⁴⁷.

Da mesma forma, o direito autoral também não deve ser percebido como um instrumento que serve somente para proteção dos interesses dos titulares, pois também visa incentivar o processo criativo e o acesso à informação e a cultura, “a proteção dos Direitos Autorais e a promoção da diversidade das expressões culturais não são conceitos antagônicos, como também, os direitos culturais não se anulam diante dos direitos exclusivos dos autores sobre o bem intelectual”

⁴⁶ BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 214.

⁴⁷ WACHOWICZ, Marcos. O “Novo” Direito Autoral na Sociedade Informacional. Disponível em <https://www.gedai.com.br/wpcontent/uploads/2017/08/artigo_o_novo_direito_autoral_na_socieda_de_informacional_marcos_wachowicz-1.pdf>. Acesso em 03 de fev 2022.

A crítica que se faz é a de que as limitações trazidas pela LDA já eram insuficientes e restritivas antes da evolução tecnológica, da popularização da internet e do surgimento das mídias digitais interativas veio a reforçar a necessidade de revisão da aplicação da proteção, especialmente no que se refere ao direito patrimonial do autor.

Lessig⁴⁸ afirma que houve um recrudescimento das normas de *copyright* nas últimas décadas, em muito devido a pressão e lobby das grandes indústrias de mídia e entretenimento. De acordo com o autor o escopo do direito autoral foi gradativamente se alargando, em tempo de proteção e tipos de obras protegidas. A forma de lidar com as expressões criativas está mudando e indo em direção à uma postura cada vez mais protecionista. Em 1928 o período de proteção era de 30 anos. Por esse período, os artistas tinham um direito exclusivo de explorar economicamente uma obra depois deste período, a obra caía em domínio público e não era preciso pedir autorização de ninguém para utilizá-la.

De acordo com Moncau⁴⁹ em 1971 a Convenção de Genebra ampliou a proteção aos produtores de fonogramas, impedindo a reprodução não-autorizada deles. Já no final do século XX, o lobby da indústria no cenário internacional e legislativo se consolidou com um discurso que criminalizava as reproduções sem fins lucrativos. Atualmente, as campanhas contra a pirataria buscam colocar no mesmo âmbito e nível de resposta do Estado infrações de direito autoral e crime organizado, terrorismo e tráfico de drogas. Com efeito, o discurso de equilíbrio entre os direitos autorais foi sendo gradativamente substituído e foi cedendo aos *lobbys* da indústria do entretenimento. Um exemplo disso ocorreu com o *Sony Bono Act* em 1998 que estendeu o prazo de proteção do direito autoral de 70 para 90 anos após a morte do autor nos EUA. Isso aconteceu graças à pressão o *lobby* da empresa *Walt Disney* para evitar que os direitos sobre o personagem *Mickey Mouse* expirassem.

Um outra problemática surge quando se começa a pensar nas leis autorais nesse contexto. Lessig aponta que, atualmente, as leis de direito autoral estão inibindo os *remixes*. A Lei dos Direitos Autorais do Milênio Digital (DCMA) reescreveu

⁴⁸ LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre: como a mídia usa a tecnologia e a lei para barrar a criação cultural e controlar a criatividade*. Trad. Fábio Emílio Costa. São Paulo: Francis, 2004.

⁴⁹ MONCAU, Luiz Fernando Marrey. *Liberdade de Expressão e Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 64.

a Lei dos direitos autorais dos EUA de modo a abarcar as exigências e pressões dos produtores dos meios de comunicação de massa, em que ele aponta uma série de reflexos desta postura adotada pela lei ⁵⁰.

Trazendo a problemática para o caso pátrio, as manifestações artísticas que bebam diretamente da fonte de outras manifestações não são vetadas pelo ordenamento jurídico. Como é o caso da paródia e das paráfrases, por exemplo. Ela é aceita sem que isso configure uma violação ao direito autoral, através de uma das exceções ao Direito de Autor, positivada na LDA, no Art. 47. "São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito".

Ocorre que, mesmo para criar uma paródia, é preciso que o autor tenha acesso ao "caldo cultural" existente como inspiração. Pondera Moncau que legislações muito rígidas de direitos autorais poderiam restringir a autorrealização individual por meio da liberdade de expressão, uma vez que o artista ou o criador ficaria impedido de se expressar.⁵¹

Em alguns casos, normas rígidas de direito autoral impediriam a autorrealização individual por meio da liberdade de expressão, porque o artista ou o criador ficaria tolhido de sua expressão e impossibilitado de transmitir sua ideia ao mundo. Com efeito, a própria autorrealização destes sujeitos ficaria limitada na medida em que a construção das identidades destes novos autores dependerá das reações e respostas dos demais membros da comunidade às suas criações e expressões.⁵²

É preciso que as legislações de direitos autorais equacionem uma gama de direitos relacionados à cultura, além da legítima proteção ao autor e as suas criações, tais como os Direitos Culturais, previstos no art. 215 da CF/88; bem como os Direitos Fundamentais, tais o acesso à informação, o direito à Educação, e o Princípio da Função Social da Propriedade⁵³.

⁵⁰ LESSIG, Lawrence. *Remix*. Londres: Bloomsbury, 2008.

⁵¹ MONCAU, Luiz Fernando Marrey. *Liberdade de Expressão e Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

⁵² MONCAU, Luiz Fernando Marrey. *Liberdade de Expressão e Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

⁵³ WACHOWICZ, Marcos (2015). A revisão da lei autoral principais alterações: Debates e motivações. *Revista de Propriedade Intelectual, Direito Contemporâneo e Constituição (PIDCC)*. Aracaju: Fev/2015.

Observe-se que proteção aos direitos autorais é legítima e um direito fundamental assegurado pela Constituição. Mas a concretização deste direito também pode esbarrar em outros igualmente relevantes, tais como a liberdade de expressão, o acesso à cultura e a informação. Tais embates ficam mais nítidos em uma sociedade altamente permeada pelas novas tecnologias e que tem a informação, como um dos seus objetos de mais estimado valor, social e econômico.

Conclusão

O protagonismo ocupado pela informação nas sociedades atuais é uma das marcas da contemporaneidade, de maneira que diversos teóricos afirmam que se vive em uma “sociedade informacional” ou em uma “sociedade da informação”. Logo, há que pensar de que maneira os direitos fundamentais são afetados ou até mesmo, modificados em função destas particularidades.

Este trabalho buscou evidenciar o debate sobre o direito fundamental à liberdade de expressão e seus conflitos com o instituto dos direitos autorais, também, notadamente, direitos fundamentais em um momento em que a criação de conteúdo para a internet apenas cresce – cultura participativa.

No primeiro tópico, apresentou-se a convergência tecnológica como uma das características da sociedade da informação, e como desdobramento daquela, o surgimento da “cultura participativa”. Observa-se que onde os consumidores de produtos de mídia passaram a reivindicar a possibilidade de participar de forma ativa na construção da cultura e dos conteúdos que os cercam. Neste contexto surgem várias manifestações da cultura participativa, tais como as *fanfics*, os memes, a *fan-art*, e os *remixes*.

No segundo tópico, lembrou-se que a liberdade de expressão é um direito fundamental assegurado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pela Constituição brasileira, abarcando a liberdade de expressar suas ideias, sentimentos e opiniões. Neste tópico, frisa-se que o direito humano à liberdade de expressão compreende as manifestações da cultura participativa, a partir de uma perspectiva que contempla a atividade do sujeito de participar ativamente na construção e ressignificação que une as sociedades. Trata-se do direito de cada pessoa de

acessar e participar ativamente da construção do caldo cultural que une um povo, por meio da cultura digital, da interatividade, da apropriação e (res)significação dos elementos e insumos culturais que cercam cada pessoa.

No terceiro tópico, observou-se que o direito autoral também é um direito fundamental e humano reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro e por uma série de tratados internacionais. Ocorre que, muitas das manifestações da cultura participativa mencionadas podem ser tolhidas e reprimidas, utilizando como respaldo, a proteção autoral. Isso é verificado, sobretudo, quando se trata de grandes indústrias do entretenimento e conglomerados de mídia.

Diante do analisado, confirma-se a hipótese inicial que o direito humano e fundamental à liberdade de expressão é alcançado pelo alargamento das capacidades e das liberdades humanas e compreende as manifestações da cultura participativa, por meio da participação ativa do sujeito na construção e na ressignificação cultural. Do mesmo modo, verificou-se que é possível ocorrerem conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos autorais, demonstrando-se necessário propor formas de equacionar esses direitos de maneira que a liberdade de expressão das pessoas seja garantida, bem como o respeito aos direitos autorais e patrimoniais dos autores também sejam assegurados.

Referências

ABRÃO, Eliane Y. **Comentários à lei de direitos autorais e conexos**: Lei 9610/98 com as alterações da lei 12.853/2013 e jurisprudência dos Tribunais Superiores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ALEXI, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

AMARAL, Jordana Siteneski do; BOFF, Salete Oro. Uma obra e vários autores: o direito autoral e as fan-fictionals na cultura da convergência. *SCIENTIA IURIS* (UEL), v. 22, p. 162, 2018.

AMARAL, Jordana Siteneski do; BOFF, Salete Oro. A propriedade intelectual sobre os -memes- da internet: perspectivas a partir do direito autoral e do direito de marca. *SCIENTIA IURIS* (ONLINE), v. 23, p. 144, 2019.

AMARAL, Jordana Siteneski do; BOFF, Salete Oro. A falibilidade do algoritmo *Content Id* na identificação de violações de direito autoral nos vlogs do YouTube: embates sobre liberdade de expressão na cultura participativa. *Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência*. Porto Alegre, v. 4, n.2, p. 43–62, Jul/Dez. 2018.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 1997.

BARBOSA, Denis Borges. *Direito Autoral e Liberdade de Expressão: estudos de direito*. 2015. Disponível em:< <http://denisbarbosa.addr.com/geiger.pdf>> Acesso em 26 janeiro de 2022.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BOFF, Salete Oro. Acordos e tratados internacionais sobre propriedade intelectual. In: Salete Oro Boff; FORTES, Vinícius Borges; MENEGAZZO, André Frandoloso; TOCHETTO, Gabriel Zanatta. (orgs.). *Propriedade intelectual: marcos regulatórios*. Erechim-RS: Deviant, 2017.

CASTELLS, Manuel. Inovação, liberdade e poder na era da informação. In: MORAES, Dênis de (org.). *Sociedade Midiatizada*. Rio de Janeiro: Mauad, 2006.

D'AGOSTINO, Giuseppina. *Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canada's Fair Dealing to U.K. Fair Dealing and U.S. Fair Use*. 2008. Disponível em:< <http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/7046615-dAgostino.pdf>> Acesso em 14 de fevereiro de 2022.

DELCIN, R. C. do A. A metamorfose da sala de aula para o ciberespaço. In: ASSMANN, H. (Org.). *Redes digitais e metamorfose do aprender*. Petrópolis: Vozes, 2005.

GRUBBA, Leilane Serratine. **Direitos humanos e desenvolvimento humano: o sistema global das Nações Unidas**. Curitiba: Prismas, 2017.

JENKINS, Henry. **Cultura da convergência**. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2009.

LEMOS, André. **Ciber-Cultura-Remix**. São Paulo: 2005. Disponível em:< <https://www.facom.ufba.br/ciberpesquisa/andrelemos/remix.pdf>> Acesso em 27 de janeiro de 2022.

LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre: como a mídia usa a tecnologia e a lei para barrar a criação cultural e controlar a criatividade*. Trad. Fábio Emílio Costa. 2004. Disponível em https://visionvox.net/biblioteca/l/Lawrence_Lessig_Cultura_Livre.pdf>, acesso em 27 de janeiro de 2022.

LESSIG, Lawrence. *Remix*. Londres: Bloomsbury, 2008.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 3 ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

MARTINO, Luis Mauro Sá. **Teorias das mídias digitais**. Linguagens, ambientes e redes. Petropolis, Vozes: 2014.

MONCAU, Luiz Fernando Marrey. **Liberdade de expressão e direitos autorais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

POOL, I. S. **Technologies of Freedom: On free Speech in an Electronic Age**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press. 1983.

PUDDEPHATT, Andrew. Liberdade de expressão e internet. *Cuadernos de Discusión de Comunicación e Información*. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, e o Escritório Regional de Ciências da UNESCO para América Latina e Caribe, Escritório da UNESCO em Montevideo, Uruguai, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5º, inciso IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 255.

SILVA, Juremir Machado da. **Tecnologias do imaginário**. 3. ed. Porto Alegre, Sulina, 2012.

SWAN, Alma. **Diretrizes para políticas de desenvolvimento e promoção do acesso aberto**. Brasília: UNESCO Brasil, IBICT, 2016.

UNESCO. *Keystones to foster inclusive Knowledge Societies: Access to information and knowledge, Freedom of Expression, Privacy, and Ethics on a Global Internet*. Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura: Paris, 2015.

WACHOWICZ, Marcos. *A revisão da lei autoral principais alterações: Debates e motivações*. Revista de Propriedade Intelectual, Direito Contemporâneo e Constituição (PIDCC). Aracaju: Ano IV, Edição nº 08/2015, p.542 a 562 Fev/2015. Disponível em: <<http://pidcc.com.br/artigos/082015/21082015.pdf>> Acesso em 26 de janeiro de 2022.

WACHOWICZ, Marcos; SILVA, Rodrigo Otávio Cruz e. *Os limites da publicação de conteúdo produzido em estabelecimento de ensino: Estudo de caso entre a Lei dos Direitos Autorais e o Marco Civil da Internet*. In: Temas Contemporâneos de Propriedade Intelectual. BACELAR, Ricardo (org.). Disponível

em:<https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2017/11/artigo_-_os_limites_da_publicacao_de_conteudo_gerado_em_sala_de_aula_-_wachowicz_-_rodrigo-1.pdf> Acesso em 26 de janeiro de 2022.

WACHOWICZ, Marcos. *O "Novo" Direito Autoral na Sociedade Informacional*.

Disponível em

<https://www.gedai.com.br/wpcontent/uploads/2017/08/artigo_o_novo_direito_autoral_na_sociedade_informacional_marcos_wachowicz-1.pdf>. Acesso em 03 de fev 2022.

WACHOWICZ, Marcos (2015). A revisão da lei autoral principais alterações: Debates e motivações. *Revista de Propriedade Intelectual, Direito Contemporâneo e Constituição* (PIDCC). Aracaju: Fev/2015.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. *In: Ci. Inf.*, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000.

