

Direitos Humanos e fundamentais na era da informação

Ingo Wolfgang Sarlet.
Ricardo Libel Waldman
(Orgs)



FMU
CENTRO UNIVERSITÁRIO

Apresentação

Ingo Wolfgang Sarlet & Ricardo Libel Waldman

Doutrina estrangeira

1. Los Derechos de Los Pacientes Frente a la Telemedicina

Claudia E. Zalazar

2. A new regulation for a changing world. A proposito di blockchain e dati personali

Virgínia Zambrano

3. Contenido esencial del Derecho Fundamental al Internet: Teoría y Praxis

César Landa

4. El discurso del odio contra las minorías sexuales: respuestas penales y administrativas en España

Miguel Ángel Presno Linera

Doutrina nacional

5. A liberdade de expressão na jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana: entre a categorização e o balanceamento

Eugênio Facchini Neto

6. Ética E Democracia na Sociedade da Informação

Irineu Francisco Barreto Junior & Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

7. Direitos Humanos fundamentais e a empresa privada no contexto da globalização

Samyra Haydêe dal Farra Naspolini

8. Os Delitos e as Novas Tecnologias em Face da Relação Dialógica com os Direitos Humanos

Greice Patrícia Fuller

9. Reflexões sobre o Modelo do “Juízo 100% Digital” à Luz do Direito Fundamental ao Acesso à Justiça

Luis Alberto Reichelt

10. Reflexos da Sociedade da Informação na Efetivação do ODS 5 da Agenda 2030 frente às Mulheres Refugiadas do Mercosul

Larissa Marques Brandão; Luis Felipe de Oliveira; Sandra Regina Martini

11. Teletrabalho, Sustentabilidade e Proteção de Dados: “Novos” Direitos Fundamentais Laborais

Luciane Cardoso Barzotto & Bruna Casimiro Siciliani

12. Sobre a remoção de barreiras tecnológicas

José Marcelo Menezes Vigliar & Ricardo Libel Waldman



Direitos Humanos e Fundamentais na era da informação

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

Amanda Costa Thomé Travincas - Centro Universitário UNDB

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos - UERJ

Angélica Luciá Carlini – UNIP

Carlos Bolonha – UFRJ

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

Danielle Pamplona – PUCRS

Daniel Antônio de Moraes Sarmento - UERJ

Daniel Wunder Hachem - PUCPR e UFPR

Flavia Cristina Piovesan - PUC-SP

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

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 Massaú – UFPel

Hermes Zaneti Jr – UFES

Ivar Alberto Martins Hartmann - FGV Direito Rio

Jane Reis Gonçalves Pereira - UERJ

Juliana Neuenschwander Magalhães – UFRJ

Laura Schertel Mendes – UnB

Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub

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

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 Porras Ramirez - Universidade de Granada – Espanha
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra
Víctor Bazán - Universidade Católica de Cuyo

Direitos Humanos e Fundamentais na era da informação

(Organizadores)

Ingo Wolfgang Sarlet
Ricardo Libel Waldman



Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2020

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Capa: Editora Fundação Fênix

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 – 09

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SARLET, Ingo Wolfgang; WALDMAN, Ricardo Libel.; (Orgs).

Direitos Humanos e Fundamentais na era da informação. SARLET, Ingo Wolfgang; WALDMAN, Ricardo Libel. (Orgs). Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2020.

322p.

ISBN – 978-65-87424-34-7

DOI – <https://doi.org/10.36592/9786587424347>

Disponível em: <https://www.fundarfenix.com.br>

CDD-340

1 Direitos Humanos. 2 Direitos Fundamentais. 3 Sociedade da Informação. 4 Novas Tecnologias.

Índice para catálogo sistemático – Direito e disciplinas relacionadas – 340

Sumário

Apresentação

Ingo Wolfgang Sarlet & Ricardo Libel Waldman 13

Doutrina Estrangeira 17

1. Los derechos de los pacientes frente a la telemedicina

Claudia E. Zalazar 19

2. A new regulation for a changing world. a proposito di blockchain e dati personali

Virgínia Zambrano..... 41

3. Contenido esencial del Derecho Fundamental al Internet: Teoría y Praxis

César Landa63

4. El discurso del odio contra las minorías sexuales: respuestas penales y administrativas en España

Miguel Ángel Presno Linera99

Doutrina Nacional..... 125

5. A Liberdade de Expressão na Jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana: entre a categorização e o balanceamento

Eugênio Facchini Neto 127

6. Ética e Democracia na Sociedade da Informação

Irineu Francisco Barreto Junior & Raquel Fabiana Lopes Sparemberger 175

7. Direitos Humanos Fundamentais e a Empresa Privada no Contexto da Globalização

Samyra Haydêe dal Farra Napolini..... 191

8. Os Delitos e as Novas Tecnologias em Face da Relação Dialógica com os Direitos Humanos

Greice Patrícia Fuller 215

9. Reflexões sobre o Modelo do “Juízo 100% Digital” à Luz do Direito Fundamental ao Acesso à Justiça

Luis Alberto Reichelt.....233

10. Reflexos da Sociedade da Informação na Efetivação do ODS 5 da Agenda 2030 frente às Mulheres Refugiadas do Mercosul

Larissa Marques Brandão; Luis Felipe de Oliveira; Sandra Regina Martini247

11. Teletrabalho, Sustentabilidade e Proteção de Dados: “Novos” Direitos Fundamentais Laborais

Luciane Cardoso Barzotto & Bruna Casimiro Siciliani273

12. Sobre a remoção de barreiras tecnológicas

José Marcelo Menezes Vigliar & Ricardo Libel Waldman.....295

Sobre os autores 317

Apresentação¹

O presente livro é fruto de uma parceria entre o Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) e o Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU).

A colaboração inclui trabalhos de ambos os programas, vinculados à linha de pesquisa Direito, Ciência, Tecnologia & Inovação da PUC-RS e à área de concentração Direito da Sociedade da Informação, tratando do tema Direitos Humanos e Fundamentais na Era da Informação, ademais de integrar textos de professores estrangeiros, mas igualmente aderentes do ponto de vista temático.

As novas tecnologias possibilitam a prestação de serviços à distância, mesmo para atividades tradicionais como a medicina, tema objeto do texto de Claudia E. Zalazar, da Universidade Blas Pascal (Argentina) em “*Los Derechos de los Pacientes Frente a la Telemedicina*”. No artigo “*A new regulation for a changing world. A proposito di blockchain e dati personali*” Virgínia Zambrano, da Universidade de Salerno (Itália), aponta para as limitações do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia para proteger dados armazenados em *blockchain*.

Cesar Landa, da Pontifícia Universidade Católica do Peru, trata do “*Contenido esencial del Derecho Fundamental al Internet: Teoría y praxis*” abordando tal direito básico em uma Sociedade da Informação na qual as relações sociais, políticas e jurídicas se dão cada vez mais *online*. Aliás, nessa Sociedade as pessoas cada vez mais buscam sua própria identidade, o que, todavia, não ocorre sem conflitos, problema explorado por Miguel Ángel Presno Linera em “*El discurso del odio contra las minorías sexuales: respuestas penales y administrativas en España*”.

Eugênio Fachini Neto, da PUC-RS, enfrenta o tema dos limites da liberdade de expressão, direito potencializado pela Sociedade da Informação. Trata ele especificamente da *Liberdade de Expressão na Jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana: entre a categorização e o balanceamento*.” Neste contexto, a discussão sobre “*Ética e Democracia na Sociedade da Informação*”, travada por Irineu Francisco Barreto Junior da FMU e Raquel Fabiana Sparenberger da Fundação

¹ DOI – <https://doi.org/10.36592/9786587424347-0>

Universidade de Rio Grande e da Fundação do Ministério Público ganha espaço, eis que a forma de exercício da liberdade de expressão, em especial quando veiculando discursos abusivos, pode afetar e muito a democracia.

Samyra Haydée da Farra Napolini, da FMU, por sua vez, discute o papel da empresa privada frente aos direitos fundamentais nessa nova forma de organização social “*Direitos Humanos Fundamentais e a Empresa Privada no Contexto da Globalização*”.

Mas também o direito penal em face das implicações das novas tecnologias na esfera da proteção dos direitos humanos e fundamentais não deixou de ser contemplado, como dá conta o trabalho de Greice Patrícia Fuller, também da FMU. Explorando aspectos relacionados ao acesso à justiça e sua efetividade na sociedade informacional, Luís Alberto Reichelt trata da proteção dos direitos fundamentais no Juízo 100% digital.

Sandra Regina Martini, do Centro Universitário Ritter dos Reis e da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (se formos colocar se é pesquisador etc tem que colocar referências dessa natureza para todos), juntamente com seus alunos Larissa Marques Brandão e Luis Felipe de Oliveira reflete sobre os desafios para a efetivação dos direitos humanos das mulheres refugiadas visando o Objetivo do Desenvolvimento Sustentável nº 5.

Luciane Barzotto e sua aluna do doutorado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Bruna Casimiro Siciliani, também abordam razem a tona o tema da sustentabilidade na Sociedade da Informação em “*Teletrabalho, Sustentabilidade e Proteção de Dados: “Novos” Direitos Fundamentais Laborais*”

Fechando a coletânea, o texto da lavra de José Marcelo Menezes Vigliar e Ricardo Libel Waldman, da FMU, discorre sobre a possibilidade do reconhecimento de um direito à remoção das barreiras tecnológicas com base na Lei Brasileira de Inclusão.

Note-se, no concernente aos aspectos formais, que não se procedeu à uniformização dos modos de citação e das referências, inclusive no concernente às notas, mantendo-se os textos na forma enviada por cada autor.

Por derradeiro, agradecemos aos ilustres autores que nos brindam com a sua participação nesse empreendimento conjunto, ademais de agradecer à Editora Fênix,

na pessoa do Doutor Jair Tauchen, pela receptividade e competência quanto aos trabalhos de editoração.

Porto Alegre e São Paulo, novembro de 2020.

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet
Coordenador do PPGD da PUCRS

Prof. Dr. Ricardo Libel Waldman
Coordenador do PPGD da FMU

Doutrina Estrangeira

1. Los derechos de los pacientes frente a la telemedicina

Patient rights related to telemedicine

Direitos do paciente frente à telemedicina

Claudia E. Zalazar¹

Resumen

El auge de la Telemedicina en las ciencias médicas ha tenido desde su nacimiento detractores y seguidores, lo que ha generado una vasta discusión, sobre todo por los vacíos legislativos para su aplicación. El aislamiento social preventivo y obligatorio dispuesto por los gobiernos frente a la pandemia ha generado cambios sustantivos en la vida de todos los argentinos. En este contexto muchos ciudadanos -sin entrar a discutir la legalidad de la telemedicina- han tenido que migrar su atención sanitaria de centros físicos a la consulta virtual por medio de la Telemedicina, que se ha expandido en nuestro entorno con mayor rapidez que el propio Coronavirus, no sólo como una cuestión de atención sino también preventiva. Este artículo pretende poner en estado de situación respecto de qué es la Telemedicina y por qué resulta una herramienta eficaz para la lucha contra la pandemia, pero desde una mirada de los derechos de los pacientes, los que deben ser altamente protegidos, ya que engastan en el derecho humano a la salud.

Palabras-clave: telemedicina; vacíos legislativos; derechos de pacientes; protección

Abstract

The rise of Telemedicine in the medical sciences has had both detractors and followers since its birth, which has generated a vast discussion, especially because of the legislative gaps for its implementation. The preventive and obligatory social isolation ordered by governments in the face of the pandemic has generated substantial changes

¹ Doctora, Vocal de la Exma Cámara Quinta en lo Civil y Comercial de Córdoba, Presidente de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas de la Universidad Blas Pascal, Miembro del Comité Ejecutivo de la Red Iberoamericana y Red Argentina de Derecho Sanitario, Docente de la carrera de especialización en medicina legal en el Consejo Médico de la Provincia de Córdoba, Directora de Proyecto de Investigación sobre temas relacionados al derecho a la salud. Directora de la Revista de Derecho y Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas de la UBP. Autora de distintos artículos relacionados al derecho a la salud en revista nacionales e internacionales.

in the lives of all Argentines. In this context, many citizens -without discussing the legality of telemedicine - have had to migrate their health care from Hospitals to virtual consultation through Telemedicine, which has expanded in our environment faster than the Coronavirus itself, not only as a matter of care but also as a preventive one. This article aims to put in perspective what is Telemedicine and why it is an effective tool in the fight against the pandemic, but from a perspective of patients' rights, which must be highly protected, since they are embedded in the human right to health.

Key-words: Telemedicine; legislative gaps; patients' rights; protection.

Resumo

O auge da telemedicina nas ciências médicas, tem, desde o seu nascimento, detratores e seguidores, o que tem geral uma vasta discussão, sobretudo pelos vazios legislativos para sua aplicação. O isolamento social preventivo e obrigatório determinado pelos governos frente à pandemia tem gerado mudanças substantivas na vida de todos os argentinos. Neste contexto, muitos cidadãos – sem discutir a legalidade da telemedicina – tiveram que migrar seus cuidados saúde de centros físicos para a consulta virtual por meio da Telemedicina, que tem se expandido em nosso entorno com maior rapidez que o próprio Coronavírus, não somente como uma questão de tratamento, mas também preventiva. Este artigo pretende identificar o que é a Telemedicina e porque resulta em uma ferramenta eficaz para a luta contra a pandemia, mas desde um ponto de vista dos direitos do paciente, os quais devem ser altamente protegidos, já que decorrem do direito humano à saúde.

Palavras-chave: Telemedicina; vazios legislativos; direitos dos pacientes; proteção.

Introducción

La introducción de las nuevas tecnologías en la asistencia sanitaria y el avance de las telecomunicaciones han impulsado la rápida repercusión de la telemedicina en los distintos sistemas de salud. Las nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) han abierto innumerables posibilidades en el intercambio de información en materia de salud y comienzan a hacer posibles nuevas formas de asistencia, incluso aquellas que se realizan a distancia entre el profesional sanitario y el paciente.

Inicialmente, el principal objetivo de la incorporación de las TIC en el sector sanitario consistió en aproximar los servicios sanitarios a la población residente en lugares remotos y sanitariamente infradotados con el fin de mejorar la accesibilidad a los mismos, proclamándose como una herramienta de gran valor para la atención primaria de la salud.

Posteriormente, tuvo lugar una segunda etapa en la que las TIC se transformaron en instrumentos para la mejora de la calidad asistencial haciendo posible la formación y el apoyo en la toma de decisiones de profesionales sanitarios remotamente ubicados.

Más recientemente, estas nuevas tecnologías están sirviendo como instrumento para mejorar la eficiencia en los servicios sanitarios públicos y privados, pues posibilitan compartir y coordinar recursos que están geográficamente alejados y, asimismo, permiten rediseñar los servicios sanitarios para ajustar los recursos a este nuevo entorno.¹

Pero la llegada de la telemedicina sin duda ha generado diversas corrientes de partidarios y detractores, como ha ocurrido en los últimos tiempos con todos los avances tecnológicos, lo que se agrava en este caso ya que debemos tener en cuenta los derechos y vulnerabilidad de los pacientes.

Nos encontramos frente a una actividad escasamente legislada (recientemente se ha normativizado la receta digital y la teleconsulta en Argentina –ley 27553- y Brasil –ley 13.089-8) que necesita una regulación normativa específica, lo que ha generado en muchos casos discursos encontrados sobre cuestiones que giran alrededor del tema, tales como: la matriculación provincial de los médicos, la competencia del juez para entender en estos conflictos, etc. Tampoco desconocemos la limitación que genera, en cuanto a no todo puede resolverse por el sistema virtual, ya que las cuestiones complejas necesitan de la atención personal del especialista, como así también la realización de estudios en forma personal que no podrán evitarse –por lo menos hasta el momento-

Advertimos que es una actividad que beneficia el acceso de la población a los servicios médicos y que en casos de la pandemia como estamos viviendo en la actualidad, genera una herramienta de vital importancia a la hora de prevenir el acceso masivo a los centros hospitalarios o el movimiento de los pacientes frente a la cuarentena.

Pero sin duda es un sistema que debemos trabajar y ahondar a los fines de lograr sus mejores aplicaciones. Necesitamos una legislación adecuada que establezca un marco general y estándares mínimos que garanticen los derechos de los pacientes, no sólo como personas vulnerables sino también como consumidores.

1. La telemedicina en el mundo

Los usos y necesidades de tele salud varían entre el mundo desarrollado y en desarrollo, ya que los últimos luchan con enfermedades transmisibles y no transmisibles, con muy pocos recursos, creando sin duda asimetrías muy difícil de reparar a corto plazo. No obstante ello, los expertos coinciden en que la telemedicina mejorará la atención clínica en esas zonas, ya que inclusive, puede dar más poder a los profesionales sanitarios locales mediante el apoyo a la autosuficiencia.

Pensemos que si bien la práctica de la Telemedicina resulta hoy más o menos aceptada (y, gracias a la enorme difusión que ha tenido en nuestro entorno en los últimos tiempos ya no suena ni siquiera rara para la ciudadanía), hasta hace poco más de una década un sector de la doctrina se preguntaba si la Telemedicina constituía una suerte de “ciencia ficción”².

Las evidencias demuestran que la telemedicina se ha utilizado prácticamente en todos los países del mundo, pero son pocos en los que está completamente integrada en la práctica médica. Los médicos rara vez realizan en forma total procedimientos médicos de forma remota a través de este sistema y en cambio la utilizan como una herramienta de diagnóstico o seguimientos de tratamientos para apoyar el sistema de salud local, a saber: tele consulta, tele cardiología (transmisión de ECG), tele radiología, y tele dermatología, etc. Tampoco hay duda del uso de esta herramienta para la capacitación de los operadores de salud, como para la realización de interconsultas entre distintos profesionales de distintas regiones de un mismo país o de distintos países.

La Asamblea General de Naciones Unidas en 2016 con motivo del lema: "Transformar nuestro Mundo: La agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible" estableció que la expansión de las TICs y la interconexión mundial brindan una gran

² MONTEAGUDO, J. L. *et al* (2005): “La telemedicina ¿ciencia o ficción?”, en *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, núm. 28, Gobierno de Navarra, Pamplona. Este artículo resulta indispensable para entender el desarrollo de la Telemedicina en Europa y Norteamérica.

oportunidad para acelerar el progreso humano, avanzar en la sociedad de conocimiento, reducir la brecha digital, indicando un impacto similar de la innovación científica y tecnológica, por ejemplo, en la medicina. Posteriormente el Comité Internacional de Bioética de Naciones Unidas elabora durante el 2017 un reporte sobre bigdata y salud y a su vez advierte que debe evitar que el avance y las investigaciones puedan violar los derechos humanos.

Sin embargo, a pesar de estas dificultades es un tema que se pregona en todo el mundo y en particular por el uso beneficioso que ha tenido en la pandemia, que a pesar de su falta de legislación, se tornó muchas veces necesaria.

2. Telemedicina. Concepto. Aplicaciones

De acuerdo con Medicare.gov, la web oficial del gobierno estadounidense para la atención médica, la telemedicina:

“busca mejorar la salud de un paciente, permitiendo la comunicación interactiva en tiempo real entre el paciente, y el médico o profesional a distancia. Esta comunicación electrónica conlleva el uso de equipos de telecomunicaciones interactivas que incluyen, como equipamiento mínimo, audio y vídeo”.

En Argentina, se encuentra diferenciada la telesalud de la telemedicina. En este sentido la página del Ministerio de Salud del Gobierno Nacional dice que “La telesalud abarca todas las acciones de salud facilitadas por las nuevas tecnologías de la información y comunicación para superar las barreras geográficas, sociales y culturales del sistema de salud. La telesalud provee salud en sitios remotos otorgando acceso, equidad, y calidad en los servicios. Asimismo, es una estrategia sanitaria que complementa – y no reemplaza- el acto presencial de la atención, capacitación, y gestión, es decir, que se orienta para facilitar la prevención, promoción y asistencia sanitaria de los ciudadanos, así como para la capacitación de los equipos de salud.”

En el mismo sentido el Dr. EMILIANO LOPEZ (Coordinador responsable de implementar el Plan Nacional de Telesalud en Argentina) la define a la telesalud como *“los servicios y recursos sanitarios facilitados por la incorporación de las tecnologías de la información y comunicación (TIC), de manera segura, bajo estándares y centradas en el ciudadano, sobre todo como una política para fortalecer la Cobertura Universal de Salud”.*

Por su parte, la misma página gubernamental dice que la telemedicina “Es uno de los componentes de la telesalud que consiste en la prestación de servicios de atención al paciente utilizando las tecnologías de la información y de la comunicación para el intercambio de información válida para el diagnóstico, tratamiento y prevención de enfermedades y lesiones, la investigación y la evaluación. Los beneficios de la telemedicina según muestran las evidencias científicas, se vinculan con: el mejoramiento del acceso y la disponibilidad de servicios asistenciales independientemente de la localización geográfica; la reducción de los tiempos de espera, tanto para el diagnóstico como para el tratamiento; disminución del número de derivaciones a establecimientos de mayor complejidad, reduciendo costos económicos, desarraigo del lugar de residencia del paciente, riesgos por traslados; incidencia positiva en términos de formación y competencia de los equipos de salud – tanto de la atención primaria como de hospitales –; viabilidad de modelos organizativos para dar continuidad asistencial y una atención centrada en torno al paciente, dando lugar al trabajo colaborativo en red.”

Ahora bien, la telemedicina recibe otros nombres, como tele-salud, e-salud o atención médica virtual, términos que si bien no significan exactamente los mismos, se usan en forma indistinta. De hecho, la telemedicina es estrictamente un subconjunto de la telesalud que, aparte de la telemedicina, incluye cosas como la educación sanitaria a distancia.

3. Los derechos de los pacientes

Los derechos de los pacientes son derechos subjetivos de la persona humana relacionados con su estado de salud-enfermedad. Se trata del ser humano –en su condición de paciente– que necesita sean respetados sus derechos humanos fundamentales: a la vida, a la salud, a la integridad física, a la dignidad, a la libertad, a la información, a la identidad, a la intimidad, a la confidencialidad, al consentimiento informado, a la verdad, a una muerte digna y otros.

A partir de las ideas del liberalismo político, frente al cual se valoró fuertemente el principio de autonomía, y con el auge del derecho internacional de los derechos humanos y la doctrina de los derechos personalísimos, surgió la necesidad de formular

los derechos de los pacientes, entendidos como los derechos humanos fundamentales de la persona humana: dignidad y libertad, en igualdad.

Sin duda que un valioso antecedente de sistematización de los derechos en cuestión, es la Carta de Derechos del Paciente, elaborada por la Asociación Americana de Hospitales (1973). Por su parte la Asociación Médica Mundial (AMM), en su XXXIV Asamblea Médica Mundial (1981), expidió la Declaración de Lisboa-Portugal sobre los Derechos de los Pacientes (actualizada en 1995 en Bali-Indonesia y revisada en Santiago de Chile, en 2005).

En el derecho nacional Argentino se consagraron primero en jurisdicciones provinciales (La Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) dictó, en 1999, la “Ley Básica de Salud” (ley 153), enumerando en su artículo 4º varios de los derechos del paciente) y posteriormente fueron normativizados en el ámbito nacional a través de la ley 26.529: Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (modificada por las leyes 26.742 y 26.812 y reglamentada por el decreto 1089/2012), a la que se adhirieron varias provincias. En la actualidad cabe sumar las normas de protección a la persona humana como centro de regulación consagrada en el Código Civil y comercial de la Nación (ley 26994/2015), donde no sólo se valora el cuerpo humano en todas las etapas de la vida, sino que también fija el núcleo duro de salud que debe ser respetado por todos los operadores jurídicos.

Sabemos que durante el siglo XX a pesar del reconocimiento de los derechos humanos, la relación médico-paciente era paternalista y vertical. El profesional poseía el saber médico y decidía en consecuencia, sin tener en cuenta la opinión del enfermo, ante lo cual era impensable pensar en los derechos de los pacientes. Ello ha ido mutando, provocando la transformación de ese sistema paternalista, a uno donde se respeta la autonomía y poder de decisión del paciente, lo que mereció posteriormente su consagración legislativa.

Siguiendo a GARAY (publicación DELS 2017) podemos decir priman los derechos a la dignidad, la vida y la salud; el derecho a la información y educación; **derechos a la intimidad, la confidencialidad y la verdad; derecho a la autodeterminación; derecho a una atención médica apropiada y de calidad; entre otros.**

4.1 Derechos a la dignidad, la vida y la salud

El reconocimiento de la dignidad de las personas es el fundamento moral de la idea de derecho: obliga a considerar a la persona siempre como fin en sí misma y nunca como medio; establece la inviolabilidad de la persona, asegurando su indemnidad tanto en la faz externa (salud, integridad biopsicosocial) como interna (privacidad-confidencialidad), e impone la necesidad de considerar a las personas como sujetos y no como objetos; como portadoras de dignidad y no de precio. El paciente tiene derecho al “trato digno y respetuoso” (art. 2º inc. b), ley 26.529). Este principio de dignidad se encuentra también consagrado en el art. 51 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

La vida es un atributo inseparable de la persona humana que condiciona su existencia con el consecuente desenvolvimiento material y espiritual del hombre. Cuando se habla del derecho a la vida se está haciendo mención expresa a un derecho humano fundamental; el concepto abarca, como correlativos, el derecho a vivir y el derecho a conservar la vida. Como directa derivación del derecho a la vida, están el derecho a la salud y el derecho a la integridad física del hombre. Es obvio que por el principio “Pro homine”, la persona lo primero que debe defender es su vida, y por ende su salud, para poder ejercer todos los otros derechos humanos: libertad, capacidad, vivienda, etc.

Por ello, en derecho se habla del “derecho a la protección de la salud” o del “derecho a la preservación de la salud”. Estos son derechos naturales que se fundamentan en las declaraciones internacionales de derechos humanos. El derecho a la vida está formulado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 1º), en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (art. 4º, inc. 1º), en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 3º), y en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 6.1). El derecho a la preservación de la salud está contemplado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 25) y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12). El Pacto de San José de Costa Rica dispone que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción” (art. 4.1). Como correlativo de esos derechos está el derecho a la asistencia sanitaria. El paciente tiene

derecho a la “asistencia” médica (art. 2º inc. a], ley 26.529); y el derecho a la disposición del propio cuerpo, en el marco de lo prescripto por el artículo 56 del CCyC.

En el Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, sentencia de 1 CIDH 08.03.18 (reproduce argumentos de Caso Lagos del Campo vs. Perú): La CIDH se pronuncia por primera vez respecto del derecho autónomo a la salud, como parte integrante de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Se introduce claramente el principio de que el paciente es una persona vulnerable.

4.2 Derechos a la información y a la educación

El paciente tiene derecho a recibir información sobre su persona registrada en su historial médico y a estar totalmente informado sobre su salud, inclusive los aspectos médicos de su condición. Sin embargo, la información contenida en el historial del paciente sobre una tercera persona, no debe ser entregada a éste sin el consentimiento de dicha persona. Excepcionalmente, se puede retener información frente al paciente cuando haya una buena razón para creer que dicha información representaría un serio peligro para su vida o su salud. La información se debe entregar de manera apropiada a la cultura local, de forma que el paciente pueda entenderla. El paciente tiene derecho a no ser informado por su solicitud expresa, a menos que lo exija la protección de la vida de otra persona. El paciente tiene derecho a la “información sanitaria” (art. 2º inc. f] y art. 4º, ley 26.529) y más hoy, cuando también se introduce en este derecho a la información, las normas del derecho al consumidor que las acentúan.

4.3 Derechos a la intimidad, la confidencialidad y la verdad

El principio de intimidad ampara el derecho a ser dejado a solas, a velar y a excluir de las miradas de terceros, la interioridad, los pensamientos, el núcleo central de la personalidad. El derecho a la intimidad se fundamenta en la dignidad de la persona humana. Cuando el paciente es violado en su derecho a la intimidad por el profesional de la Salud (en forma consciente o inconsciente), hay una afrenta que aquel sufre en su dignidad. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre proclama que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su

domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques” (art. 12). El Pacto de San José de Costa Rica se pronuncia en similares términos en el artículo 11.2. La Asociación Médica Mundial prescribe que “la dignidad del paciente y el derecho a su vida privada deben ser respetadas en todo momento durante la atención médica y la enseñanza de la medicina, al igual que su cultura y sus valores” (art. 10, inc. a). El paciente tiene derecho a la “intimidad” (art. 2º inc. c], ley 26.529) y a la confidencialidad.

En el campo de la Salud se relaciona la confidencialidad con los conceptos intimidad, privacidad, confianza y secreto médico. La misma reside en los datos que una persona brinda a otra en la creencia que los mismos serán resguardados. La confidencialidad es quebrantada, en cambio, cuando quien recepciona o es depositario de los datos que le fueron revelados (por ejemplo, por causa de su profesión: abogados, médicos) los revela a terceros sin justa causa. El secreto profesional, a su vez, es la contracara del derecho a la confidencialidad. Éste se presenta como un derecho en cabeza del paciente. Aquél, es un deber ético y una obligación jurídica (y un derecho) que pesa sobre los profesionales del equipo de Salud.

4.4 Derecho a la autodeterminación

El paciente tiene derecho a la autodeterminación y a tomar decisiones libremente en relación con su persona. El médico informará al paciente las consecuencias de su decisión y por su parte el paciente adulto mentalmente competente tiene derecho a dar o a negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia. El paciente tiene derecho a la información necesaria para tomar sus decisiones, debiendo entender claramente cuál es el propósito de todo examen o tratamiento y cuáles son las consecuencias de no dar su consentimiento. Tiene derecho a negarse a participar en la investigación o enseñanza en medicina.

El paciente tiene derecho a la “autonomía” (art. 2º inc. e], ley 26.529; a la “información sanitaria” (art. 2º inc. f] y art. 4º, ley 26.529); al “consentimiento informado” (arts. 5º a 10, ley 26.529 y art. 59 del Código Civil y comercial de la Nación); a dar “directivas anticipadas” (art. 11, ley 26.529 y art. 60 del Código Civil y Comercial de la Nación). De allí la importancia cuando hablamos de

autodeterminación que el consentimiento informado del paciente haya sido obtenido de forma correcta.

4.5 Derecho a una atención médica apropiada y de calidad

La atención médica debe ser la adecuada a la enfermedad del paciente y éste siempre tiene derecho a un servicio médico profesional e institucional, ético e idóneo. Lo que va a variar es el tipo de prestación médica, la cual debe estar de acuerdo con la enfermedad que padezca el enfermo. El profesional del equipo de Salud debe proporcionar el servicio médico-científico correcto, y utilizar el instrumental tecnológico adecuado a la naturaleza de la enfermedad en cuestión, para lograr efectividad y eficiencia en su trabajo.

Por otra parte, la dignidad del paciente exige que la atención médica no sea cualquier asistencia, sino una atención médica de buena calidad, entendida como aquella que “supere lo común”, que evidencia superioridad o excelencia. Para el Código de Ética de la Asociación Médica Argentina, “a pesar de las dificultades para hallar una definición universalmente aceptada, el concepto de calidad de la atención en salud está vinculado a la satisfacción de las necesidades y exigencias del paciente individual, de su entorno familiar y de la sociedad como una totalidad. Se basa en la organización de un cambio cuyo objetivo es lograr niveles de excelencia en las prestaciones, eliminando errores y mejorando el rendimiento de las instituciones” (art. 117).

La seguridad de la calidad de la atención médica debe ser parte del compromiso ético del médico del actuar siempre en beneficio del paciente. Las medidas de bioseguridad que se deben instrumentar en las instituciones conllevan un doble fin: la indemnidad del paciente y la seguridad del profesional, en cuanto a la adquisición ocupacional de enfermedades.

Sin duda alguna, tras lo que ha significado conseguir la normativización de estos derechos del paciente, cualquier modificación atencional que surja, como la aplicación de la telemedicina, debe partir del resguardo de los mismos como premisa fundamental. Si pensamos que estos derechos del paciente parten del principio “prohomine” y engasta en los derechos humanos, el principio de progresividad y no regresividad no pueden permitir que ningún adelanto científico o tecnológico provoque una merma de dichos derechos.

5. La regulación de la Telemedicina en Argentina

Desde el año 2012 se empezó a trabajar en Argentina en Cibernsalud, con el fin de promover una política pública destinada a mejorar la calidad de atención de la salud e igualar las condiciones del derecho universal de acceso a la salud de toda la población.

A tales efectos se diseñó una red de colaboración entre instituciones públicas de salud de todo el país a fin de impulsar la capacitación y construcción colectiva de conocimiento, la consulta remota de pacientes y la gestión de los programas emanados del entonces MINISTERIO DE SALUD.

La red TELESALUD permitió que quinientos establecimientos de salud, pudieran participar de tres mil cuatrocientos eventos transmitidos por videoconferencia en calidad de entornos de capacitación, gestión y asesoramiento entre profesionales para la asistencia de pacientes complejos, sumando en total dieciocho mil participaciones de videoconferencias, entre todos los establecimientos de la red.

Posteriormente mediante la Resolución Ministerial N° 2016-1825-E-APN-MS, de fecha 17 de octubre de 2016, se modificó la denominación de la DIRECCIÓN DE CIBERSALUD, por el de DIRECCIÓN DE TELESALUD. y mediante la Resolución de la Secretaría de Gobierno de Salud N° 189 de fecha 25 de octubre de 2018 se aprobó la Estrategia Nacional de Salud Digital 2018-2024, por la cual se establece la necesidad de aprobar el Plan Nacional de TELESALUD en cuanto al desarrollo de aspectos regulatorios, económicos, sanitarios y técnicos de la TELESALUD en la Argentina.

En dicha normativa se propone el desarrollo del **Plan Nacional de Telesalud** que busca avanzar hacia la Cobertura Universal de Salud, mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación, bajo estándares de interoperabilidad, seguridad y privacidad de la información, que impulsen prácticas seguras y de calidad centradas en la persona. Asimismo la formalización de esta Estrategia contribuye a la gobernanza y rectoría de una nueva modalidad de trabajo en salud a distancia, tendiente a desarrollar una gestión eficiente orientada a la prevención, promoción y asistencia de los usuarios del sistema de salud, como así también para la capacitación continua de los equipos de salud.

Mediante la Decisión Administrativa N° 307/2018 se aprobó la estructura organizativa de primer y segundo nivel operativo del entonces MINISTERIO DE SALUD, creándose la DIRECCIÓN NACIONAL DE SISTEMAS DE INFORMACIÓN EN SALUD, asignándosele dentro de las acciones correspondientes elaborar y ejecutar el plan operativo y territorial de TELESALUD.

En el 2019 la Secretaría de Salud de la Nación (ahora nuevamente Ministerio) con auspicio de la OMS (Organización Mundial de la Salud) se expidió sobre esta modalidad y sus límites éticos en su publicación “Atención Dirigida al Paciente”. Así, entre las normas éticas que se deben respetar establece que “La telemedicina debe ser usada principalmente en situaciones en las que el médico no puede estar presente físicamente en un tiempo seguro y aceptable”.

La Resolución N°21/2019 de la Dirección Nacional de información en Salud, entendiendo que uno de los grandes desafíos que afronta la telesalud y la telemedicina son los aspectos legales y éticos de la relación médico-paciente mediante las tecnologías en tiempo real o síncronas, considera que es preciso aprobar y dar publicidad a una serie de recomendaciones, acerca de cómo desarrollar una teleconsulta síncrona entre un profesional de la salud y un paciente, de manera segura, eficiente, ética y centrada en el paciente.

Todos estos temas fueron estudiados por distintos operadores médicos y jurídicos del país, desde el ámbito no solo de la legalidad sino también sobre el de la bioética, existiendo partidarios y detractores que declamaban sus distintas posturas.

5.1 La telemedicina frente a la pandemia COVID 19

Con motivo del Covid-19, los gobiernos de muchísimos países del mundo han tenido que decretar el aislamiento obligatorio y han convertido a esta herramienta en un aliado útil contra el virus; de hecho, su demanda se ha multiplicado sustantivamente, dando cuenta que el miedo que puede conllevar una consulta médica vía webcam no es más que un temor infundado³.

³ En nuestro entorno se ha puntualizado que la Telemedicina “[s]e transformó en una herramienta de altísima utilización. Teníamos un promedio de 20 a 25 consultas diarias y hoy superamos las 400 a cargo de médicos especialistas. (...) Se transformó en una herramienta de altísima utilización. Teníamos un promedio de 20 a 25 consultas diarias y hoy superamos las 400 a cargo de médicos especialistas”. Véase CARRANZA, Juan Pablo (2020): “Crecen las consultas por Telemedicina”, La Voz del Interior, Edición 23.03.2020. Tomado de: <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/crecen-consultas-por-telemedicina> (Fecha de consulta: 14.04.2020).

En este orden de ideas, con el deber del aislamiento obligatorio impuesto por el Presidente en nuestro país a partir del 20 de marzo del 2020, las capacidades instaladas del servicio de Telesalud se encuentran a disposición para mantener conectado al Ministerio de Salud Nacional con las 24 carteras jurisdiccionales y la red de hospitales.

En el mismo sentido, ante la actual situación de crisis, la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación ha recomendado implementar y fomentar el uso de plataformas de teleasistencia y teleconsulta, no sólo como un sistema de atención sino de prevención de propagación del CORONAVIRUS.

Durante la pandemia que estamos atravesando, el temor que sienten los pacientes a concurrir a un centro de salud amenaza con dejar desatendidas patologías significativas, como las enfermedades cardiovasculares y oncológicas. Asimismo, muchas personas suspenden su medicación habitual sin consultar a un profesional - por ejemplo, los antihipertensivos-. Esta conducta aumenta los riesgos de accidentes cerebrovasculares e infartos agudos de miocardio. Ello podrá ser superado con las teleconsultas por videoconferencias o atención telefónica.

Durante una sesión de teleconsulta, a través de la plataforma que permite la videollamada, el médico orienta al paciente sobre los cuidados que requiere. Según la necesidad de cada caso, el profesional puede generar recetas y órdenes de estudios complementarios, dar recomendaciones, educar sobre el cuidado de la salud, realizar el seguimiento remoto de la evolución de los pacientes, derivar al paciente a otra especialidad y establecer si una consulta requiere una evaluación presencial. Se debe recordar que la teleconsulta no reemplaza la consulta presencial, sino que es una valiosa herramienta complementaria.

Así podemos advertir que estas medidas en respuesta a la pandemia por Covid-19 vencieron las resistencias y barreras que frenaban la adopción de la telemedicina. A semejanza de lo que ocurrió en otros países, la teleconsulta se convirtió en una herramienta fundamental que permite responder las inquietudes médicas de la población sin necesidad de salir del hogar.

Del mismo modo que la educación y diversos trabajos se están valiendo de las tecnologías de la comunicación para continuar su curso, muchos problemas médicos se pueden analizar y resolver de manera remota.

Gracias a la teleconsulta, tanto los pacientes como los profesionales pueden dar continuidad al cuidado de la salud, ganando en prevención y comodidad. Hemos logrado por medio de la atención remota, resolver una parte importante de las consultas ambulatorias sin necesidad de concurrir al centro de salud y, definitivamente, en el marco de esta emergencia sanitaria, reducir el riesgo de contagio de Covid-19 de pacientes y profesionales. (PELLEGRINI, 2020).

Sin duda, ante el centenar de pedidos de revisión por la posible existencia del virus y las tareas que vienen desarrollando los profesionales de la salud, es lógico pensar que su atención presencial no puede realizarse en todos los casos en un tiempo seguro (para combatir la enfermedad) ni aceptable; por lo que la telemedicina se ha tornado en una herramienta vital para llegar a todos los pacientes o ciudadanos de manera rápida y segura.

5.2 La nueva ley 27553 en Argentina

Recientemente y en medio de la pandemia, ha sido sancionada la ley 27553 (11.08.2020) llamada de “Recetas electrónicas o digitales” donde no sólo se regula sobre la dispensación de medicamentos y toda otra prescripción pueda ser redactadas y firmadas a través de firmas manuscritas, electrónicas o digitales, en recetas electrónicas o digitales, sino que también establece que puede utilizarse plataformas de teleasistencia en salud en todo el territorio nacional de conformidad con la ley de Protección de datos Personales (Ley 25326) y la ley de Derechos del Paciente (Ley 26529).

Como puede observarse si bien la titulación de la ley es recetas electrónicas, también avanza sobre la regulación de la teleconsulta en la Argentina y lo hace incorporando un artículo a la vieja ley de ejercicio de la medicina. (el artículo 2º bis al título I de ley 17.132) que queda redactado de la siguiente manera: “ Se habilita la modalidad de teleasistencia para el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración de las mismas garantizando los derechos establecidos en la ley 26.529 de Derechos del Paciente. La teleasistencia puede desarrollarse solo para prácticas autorizadas a tal fin, de acuerdo a protocolos y plataformas aprobadas para la misma por la autoridad de aplicación.”

Si bien esta ley significa un avance, todavía debemos esperar se designe la autoridad de aplicación, se dicten los protocolos y se aprueban las plataformas correspondientes. El artículo 4 de la reciente ley hace referencia a ello diciendo: “Para la implementación de presente ley se deben desarrollar y/o adecuar los sistemas electrónicos existentes y regular su implementación para utilizar recetas electrónicas o digitales, y plataformas de teleasistencia en salud, todo lo cual debe regular al organismo que el Poder Ejecutivo nacional oportunamente establezca y los organismos (...) son los responsables de la fiscalización de los sistemas de recetas electrónicas o digitales, y de los sistemas de plataformas de teleasistencia en salud, quienes deben garantizar la custodia de las bases de datos de asistencia profesional virtual, prescripción, dispensación y archivo. También son responsables de establecer los criterios de autorización y control de acceso a dichas bases de datos y garantizar el normal funcionamiento y estricto cumplimiento de la ley 25.326 de Protección de los Datos Personales, la ley 26529 de Derechos de Pacientes y demás normativas vigentes en la materia.”

Quizás lo ideal hubiera sido que ha tuviéramos una ley general de telemedicina, y no sólo una ley parcial que legisla sólo la receta electrónica y la teleconsulta, más aún si tenemos en cuenta que ya hay avances que se están llevando a cabo y que todavía no tienen ninguna regulación legal.

No obstante ello no podemos dejar de elogiar su sanción, y más aún cuando la misma no ha dejado de lado en ningún momento el respeto de los derechos de los pacientes, que con independencia de los demás temas que puedan encontrarse controvertidos con relación al avance de la tecnología en la relación médico paciente, ésta no puede soslayarse.

Por último, recientemente se ha lanzado el plan IMPULSA que auspicia la transformación digital del sistema sanitario. La iniciativa promueve acortar las brechas tecnológicas entre las jurisdicciones y promover la gestión de los servicios de salud a través de la integración de los subsistemas de salud público y privado. El programa potenciará el uso de nuevas tecnologías de la información y la comunicación para brindar servicios de salud más accesibles, personalizados, de calidad y de manera equitativa en todo el territorio nacional.

6 Telemedicina y derechos del paciente

Como advertimos al comienzo de este trabajo desde la irrupción de la telemedicina se han alzado distintas voces a favor y en contra de su aplicación.

Entre los beneficios que se mencionan podemos destacar: a) El mejoramiento del acceso y la disponibilidad de servicios asistenciales independientemente de la localización geográfica; b) la reducción de los tiempos de espera, tanto para el diagnóstico como para el tratamiento; c) la disminución del número de derivaciones a establecimientos de mayor complejidad, reduciendo costos económicos; d) el desarraigo del lugar de residencia del paciente y los riesgos por traslados; e) viabilidad de modelos organizativos para dar continuidad asistencial y una atención centrada en torno al paciente, dando lugar al trabajo colaborativo en red; f) evitar el autodiagnóstico o la autoconsulta por internet g) Mejorar la comunicación entre los profesionales y facilitar la interconsulta; h) La comunicación digital al paciente permite una información mas completa y actualizada (registro de sus síntomas en un dispositivo electrónico: tensión arterial, glucosa, etc); i) mejora algunos estándares de seguridad y atención (alertas, seguimientos, adherencia a tratamientos, etc); j) respuestas efectivas a cuestiones administrativas (turnos) y en lectura de resultado de estudios complementarios (envíos de mails de análisis y estudios complementarios), etc.

Por otra parte, los detractores de la implementación de la telemedicina reprochan que se encuentran controvertido: a) la reglamentación de la matrícula profesional y cobro de los aranceles profesionales, lo que impacta en los Colegios Profesionales Médicos que gobiernan dichas matrículas, conforme a nuestro sistema federal de gobierno. Ello se complica, cuando la actividad que se despliega en telemedicina puede tener efecto en una misma provincia, fuera de ella o incluso más allá de las fronteras argentinas. Para ello, debería otorgarse validez a toda actuación profesional interjurisdiccional que se realice por este medio, a través de la creación de registros especiales (federales o nacionales), sumando la conveniencia de establecer un organismo único responsable de la acreditación profesional, de los establecimientos que realicen telemedicina y de las tecnologías utilizadas para su implementación. ; b) La competencia de los jueces para entender en las causas y la posible aplicación de las reglas del derecho del consumidor c) La protección de los datos sensibles del paciente

que garanticen su confidencialidad; d) El total reemplazo de la relación personal médico-paciente que provoque la deshumanización del servicio; e) La inmediatez en la respuesta al paciente que puede traer aparejada la falta de reflexión y cautela para dar una respuesta rápida virtual; f) la fragilidad sobre la posibilidad de la auditoría del acto médico digital g) los cambios que deben realizarse en los seguros de responsabilidad de los médicos ya que tienen generalmente una limitación geográfica, etc.

De lo reseñado es dable advertir que uno de los grandes planteos adversos a la telemedicina es si la consulta presencial puede ser reemplazada con la consulta virtual, o por lo menos si puede ser reemplazada en su totalidad. El segundo, es si el uso de este sistema digital garantiza la seguridad del paciente y los derechos que el mismo tiene consagrados en general en la Constitución Nacional y en forma particular en la ley 26529.

Con relación a la consulta, muchos consideran que es el profesional de la salud es quien debe evaluar si corresponde esta modalidad, proponerla y decidir la oportunidad de su conversión en presencial o la derivación a un especialista, siendo conveniente que antes de la teleconsulta exista un vínculo presencial previo. Sobre el punto opina GABRIEL BARBAGALLO (titular de la Asociación Civil de Telemedicina de la República Argentina –ACTRA, creada en 2017): *“La telemedicina tiene también una limitación. No todo se puede resolver de manera virtual. No hay que caer en ese error. Es una forma más de acceso y una forma de acompañar y asistir a una prestación médica. Si es de baja complejidad se puede resolver a distancia. De una u otra manera siempre tiene que haber un médico: al lado o a distancia. Pero no reemplaza al médico...”*⁴ Este cuestionamiento es obvio que ha sido desplazado por la pandemia y la necesidad por prevención de realizar incluso la primera consulta en forma virtual.

Pero si nos detenemos en la legislación vigente en Argentina podemos advertir que no existe en realidad una prohibición expresa para el ejercicio de la telemedicina, con excepción del art. 115 del Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina que establece que no es ético el ejercicio de la medicina mediante consultas realizadas exclusivamente por carta, teléfono, radio, prensa o internet.

⁴ Revista ISALUD N° 68, Volumen 14, julio 2019, pag. 7/10.

En este orden, la ley de derecho del paciente (Ley 26529) en su artículo 6 expresa que toda *actuación profesional* en el ámbito médico –sanitario, sea público o privado....; sin hacer distinción entre consultas personales o virtuales. En ese mismo sentido, para las consultas no es exigible el consentimiento informado escrito, para lo cual, sería suficiente el verbal dado en la teleconsulta.

En la misma línea de pensamiento el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación, cuando regula el consentimiento informado, habla de “actos médicos”, y el Programa Médico Obligatorio dice que están incluidas las “consultas”, sin especificar si pueden ser virtuales o teleconsultas.

En su mérito si seguimos el viejo adagio que proclama que donde la ley no distingue no hay que distinguir, no deberían hacerse dichas distinciones, sobre todo cuando se pretende la prohibición de una modalidad que viene avanzando en su práctica.

Estas discusiones quedarían hoy desterradas ante la sanción de la ley 27553 que permite la teleconsulta, pero siempre que se respete la ley de derechos de los pacientes y la del resguardo de datos.

Con relación al tema de la seguridad del paciente, debemos partir de la premisa que la citada Ley N° 26.529 exige consignar el registro de la atención sanitaria en la historia clínica y por tanto se deben generar accesos en formato digital para que el médico, el paciente y las personas autorizadas (terceros, estadísticas, auditoría, facturación) puedan ingresar a un documento clínico único y portable que cumpla con los estándares de seguridad y ciberseguridad y obviamente de confidencialidad de dichos datos.

Si bien sobre el tema de la historia clínica digital se ha avanzado, ya que varias instituciones de salud ya lo vienen implementando, creando las herramientas de seguridad necesarias para resguardar la identidad e intimidad del paciente, no nos podemos olvidar de los problemas que se generan sobre las probables fortalezas y debilidades de alojar la historia clínica en una plataforma digital.⁵ El tema es el resguardo de dichos datos y la protección de la intimidad y dignidad del paciente, en definitiva, los datos sensibles del mismo.

⁵ LANZAROT, Ana Isabel Berrocal, La protección de datos relativos a la salud y la historia clínica en la normativa española y europea, en: Revista de la Escuela de Medicina Legal, Núm. 18, octubre de 2011, p. 12-44; TRONCOSO, Reigada A, Protección de Datos personales para servicios sanitarios públicos. Madrid, Asociación de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, 2008.

Como ha quedado evidenciado en esta pandemia, en el área de salud se analizan grandes volúmenes de datos (Big Data) para predecir tendencias y prevenir el curso del contagio, usando para ello múltiples fuentes de registros y herramientas tecnológicas. Sin embargo, y a pesar que la divulgación de datos de cualquier ciudadano que curse un cuadro de COVID-19 requiere de su consentimiento expreso de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley N° 25.326, la Resolución N° 680/2020 del Ministerio de Salud incorporó al régimen legal de enfermedades de notificación obligatoria de la Ley N° 15.465 al COVID-19 en todas sus etapas, tornándose así en una situación de excepción al consentimiento voluntario cuando se encuentre en juego la salud de la población, más aún si nos encontramos frente a una pandemia.

Entendemos necesario reconocer el desequilibrio estructural entre quienes producen, coleccionan, almacenan, tratan y usan datos en salud y los usuarios del sistema sanitario, como la parte más vulnerable de la relación y, en este sentido, propiciamos fortalecer una ciudadanía sanitaria con eje en la protección de datos personales referidos a salud, ya que se están defendiendo su intimidad y dignidad altamente protegidos por los Tratados de Derechos Humanos y por las reglas del derecho del consumidor. Como dice FALIERO (2020) en la contratación con consumidores, el consentimiento informado es la base y fundamento de su validez, por lo que, en el avance en las formas modernas de contratación este principio, debe preservarse para un adecuado respeto por los derechos de los usuarios y consumidores digitales. El cumplimiento adecuado del deber de información es el requisito esencial e insoslayable del consentimiento informado válido, ya que sin información adecuada, no puede haber consentimiento alguno.⁶

Es por ello que consideramos que donde nos encontramos con el mayor desafío, es en crear las condiciones para que la telemedicina sea una práctica de acceso amplia y segura.

Dicha seguridad debe tener dos facetas: primero, la seguridad médica del paciente-usuario que sabe que lo están atendiendo por una herramienta comprobada, chequeada y habilitada mediante los controles rigurosos que merece un tema de salud.

⁶ FALIERO, Johanna C. “los smart contacts y los desafíos que representan para el consentimiento informado del e-consumer: contratación ininteligente y consentimiento informado”. Derecho Privado y Solidaridad en Sudamérica. VIII Agenda de Derecho Civil constitucional. IJ Editoriales 05/03/2020. Cita IJ-CMXIII-217.

En segundo lugar la seguridad jurídica para el profesional que lo ejerce, quien necesita de la regulación de los alcances de la cobertura del seguro de ejercicio profesional, el reconocimiento de los honorarios por estos actos médicos y la implementación de sistemas de auditoría.

Por último, hablando informalmente sobre la ley 27553 MAGLIO (2020) dice que resulta una preocupación, la relación del desarrollo de la telemedicina con la viabilidad de la tecnología, ya que no sólo debe proteger los datos de los pacientes, para lo cual es fundamental que se usen plataformas seguras; sino que también se debe expandir el acceso a internet para que esta posibilidad no sea una quimera para muchos. Pensemos en toda la población que no tienen acceso a internet o el caso en que un bajo ancho de banda puede conducir a una mala resolución de la imagen, lo que puede comprometer el diagnóstico médico y por consecuencia, la responsabilidad de éste.

Así, si pensamos en una telemedicina que proteja los derechos de los pacientes, como bien lo dice la ley 27553 debe ensamblarse con la ley que protege dichos derechos (ley 26529), en principal la confidencialidad de sus datos. Es la única forma que la protección de los derechos de los pacientes se encuentren garantizados.

Conclusiones

Si bien se han ido ensayando una serie de documentos o sistemas dentro del área de salud para implementar la telemedicina, -entre ellos la sanción de la reciente ley 27553- es dable remarcar que la crisis ha superado en muchos casos la falta de regulación específica, ya que ha tornado en una práctica de vital importancia a la hora de poder sobrellevar el gran flagelo que de la pandemia que ha desatado el COVID 19.

Todo lo expuesto nos lleva a una ineludible conclusión: la telemedicina es una herramienta de mucha utilidad, lo que ha quedado comprobado en tiempos de pandemia; y sin dudas es una de las prácticas que ha venido para quedarse, para lo cual resulta imperioso lograr una regulación legal completa y acabada.

Para ello, debe partirse de las siguientes premisas: en primer lugar que la salud es un derecho humano y que el ejercicio de la salud digital siempre tiene que tener como límite el respeto irrestricto de los derechos de los pacientes, en particular, la protección de sus datos sensibles, lo que lleva implícito su dignidad.

Por otra parte debemos tener presente que cuando hablamos de paciente frente a la telemedicina estamos frente a un consumidor digital. En mérito a ello, aparte de las asimetrías propias de dicha relación, se suman las desigualdades de la relación médico-paciente e incluso las desigualdades propias de la tecnología y la inteligencia artificial, que no es equilibrada o igualitaria en todos los casos, ni en todos los países.

En definitiva, celebramos el avance tecnológico en la salud, ya que no tenemos dudas de sus altos beneficios –los que la misma pandemia nos ha demostrado-, pero debemos achicar las asimetrías señaladas, para que todos los ciudadanos-pacientes puedan tener garantizado la accesibilidad y eficiencia del sistema de salud.

Bibliografía

BERTOLDI DE FOURCADE, María Virginia (2014). *Los derechos del paciente. Su recepción legislativa*. En Garay, Oscar Ernesto (Director). *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, Bioética y jurídica: civil y penal*, T. I, pp. 245-292. Buenos Aires: La Ley.

FALIERO, Johanna C.(2020) “*Los smart contacts y los desafíos que representan para el consentimiento informado del e-consumer: contratación ininteligente y consentimiento informado*”. Derecho Privado y Solidaridad en Sudamérica. VIII Agenda de Derecho Civil constitucional. IJ Editores 05/03/2020. Cita IJ-CMXIII-217
GARAY, Oscar Ernesto (2008). *Derechos de los pacientes*. En TEALDI, Juan Carlos (Director). *Diccionario latinoamericano de Bioética*, pp. 249-253. Unesco – Universidad Nacional de Colombia.

GARAY, Oscar Ernesto (2003). *Los Derechos Fundamentales de los Pacientes*, 1ª ed., pp. 544. Buenos Aires: Ad-Hoc.

KRAUT, Alfredo (1997). *Los derechos de los pacientes*, p. 490. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

PARRA, Ricardo A-TESTA, Martín A. “El paciente como consumidor hipervulnerable de los servicios de salud en entornos digitales. Una aproximación a la Telemedicina desde el derecho del consumidor en tiempos de pandemia”, en Revista Temas de Derecho Civil –Persona y Patrimonio, Mayo 2020, Año VI, Erreius.

2. A new regulation for a changing world. A proposito di blockchain e dati personali¹

Virgínia Zambrano

Abstract

This work is aimed to demonstrate how the use of blockchain technology - which was created to raise the level of protection of internet users – creates many problems of privacy protection, in terms of the applicability of the GDPR discipline. It is true that - in the case of the blockchain - the decentralization of technology and the availability of personal data (albeit encrypted) on the entire network does not make the data anonymous, allowing the application of the new European Privacy Regulation (GDPR). Likewise, it is not easy to establish who, for example, is the data controller or data processor - for the purposes of the GDPR. In other words, the blockchain does not seem compatible with the legal categories that are encountered in the GDPR, modelled on centralized data collection. For this reason, a modern protection of personal data should be based on legal solutions capable of responding to the challenges of a technology which always invents new models and new tools.

Key-words: Blockchain; Personal data; Privacy; GDPR

Resumo

Este trabalho tem como objetivo demonstrar como o uso da tecnologia blockchain - que foi criada para elevar o nível de proteção dos usuários da internet - cria diversos problemas de proteção à privacidade, em termos de aplicabilidade da disciplina GDPR. É verdade que - no caso da blockchain - a descentralização da tecnologia e a disponibilização de dados pessoais (ainda que encriptados) em toda a rede não torna os dados anónimos, permitindo a aplicação do novo Regulamento Europeu de Privacidade (GDPR). Da mesma forma, não é fácil estabelecer quem, por exemplo, é o controlador ou processador de dados - para os fins do GDPR. Em outras palavras, a blockchain não parece compatível com as categorias jurídicas encontradas no GDPR, modelado na coleta de dados centralizada. Por isso, uma proteção moderna de dados

¹ DOI – <https://doi.org/10.36592/9786587424347-2>

persoais deve basear-se em soluções jurídicas capazes de responder aos desafios de uma tecnologia que está sempre inventando novos modelos e novas ferramentas.

Palavras-chave: Blockchain; dados pessoais; privacidade; Regulamento Europeu de Privacidade (GDPR)

1. Internet, Blockchain, e la favola di Pollicino

Come Pollicino, nella favola di Charles Perrault, distribuiva sassi nel bosco per non perdere la via, noi distribuiamo informazioni nella rete. Pollicino è una storia di povertà e orchi cattivi e racconta di come un bambino, per non perdersi nel bosco (dove i genitori poveri volevano abbandonare lui e i suoi fratelli) raccolga dei sassolini e li lasci cadere per poi ritrovare la strada di casa. La fiaba vuole raccontare di come la vita sia espressione di un continuo processo di emancipazione dalle difficoltà; un processo da cui è possibile uscire arricchiti, facendo affidamento sulle proprie forze e sulla capacità di imparare dalle esperienze negative. I sassi che Pollicino lascia nel bosco non sono altro che preziose informazioni, raccontano del suo passaggio nel bosco e del percorso che sta facendo. La rete, come il bosco, è il luogo virtuale nel quale lasciamo cadere, in alcuni casi volontariamente, in altri in maniera inconsapevole, una vasta quantità di informazioni. Motori di ricerca, *social networks*, *Amazon*, *Uber* e, più in generale, i servizi informatici di cui ci serviamo quotidianamente, raccolgono grandi quantità di informazioni su di noi, i nostri gusti, le nostre abitudini. (Faini, 2018, 333). I dati immessi nella rete, trattati e venduti alle aziende che hanno interesse a sfruttarli economicamente, hanno così progressivamente trasformato Internet, da spazio democratico e di condivisione, in strumento che crea nuove, e più insidiose, forme di accentrimento del potere (Finocchiaro, 2017, 1, 1; D'Antonio et al., 2016, Bistolfi et al., 2016). Come dire che se l'informazione è un bene essa, in quanto tale, è appropriabile ed economicamente utilizzabile.

Dal punto di vista normativo, come noto, in Europa, la questione della tutela dei dati personali ha trovato una prima risposta nella Dir. 95/46/CE del 24 ottobre 1995 il cui obiettivo era quello di evitare che il trattamento dei dati potesse avvenire senza il consenso dell'avente diritto, o in modo da danneggiarlo. I singoli Stati membri avevano poi provveduto a recepire la normativa adattandola al proprio contesto giuridico. Il quadro che era emerso era, tuttavia, piuttosto disomogeneo e non coordinato, tanto da

stimolare l'intervento della Corte di Giustizia delle Comunità Europee e a stimolare la dottrina a sottolineare come la logica del consenso al trattamento (che aveva ispirato la Direttiva del '95) fosse inadatta a garantire una efficace tutela dei dati personali a fronte di un mercato capace di elaborare più insidiose strategie per lo sfruttamento dei dati personali (Rodotà, 1995). Il recente Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali, General Data Protection Regulation (Reg. UE 2016/679) parte dal presupposto che la circolazione dei dati personali nella rete è un fatto inevitabile e prova a rafforzare la posizione dell'utente di Internet ampliando il fascio di diritti a lui riconosciuti. Il Regolamento si propone di arginare i pericoli connessi all'utilizzo della rete da parte dell'utente, senza la sua consapevolezza e indipendentemente dal suo consenso, per fini di *marketing*.

In un sistema di raccolta centralizzata delle informazioni diritto all'oblio, diritto alla rettifica/cancellazione dei dati, alla portabilità dei dati fra diversi Service Provider, alla notifica dell'accesso abusivo di terzi a dati personali offrono all'utente di Internet la possibilità di vigilare sul corretto utilizzo dei propri dati. Il GDPR può così considerarsi, in ambito digitale, la risposta normativa alla "dematerializzazione" degli attributi della persona, basata sulla classificazione del singolo dato e sulla definizione di modalità e tempistiche di trattamento e conservazione².

Più sofisticata la risposta che, dal punto di vista tecnologico, è stata elaborata per soddisfare esigenze di rispetto dell'anonimato e di sicurezza delle transazioni. Alla centralizzazione della raccolta delle informazioni - che solleva le problematiche cui il legislatore europeo ha tentato di porre rimedio - l'evoluzione tecnologica ha contrapposto un sistema nel quale la "decentralizzazione" nella raccolta dei dati immessi nella rete rende, almeno in teoria, molto più complicato lo sfruttamento degli stessi. La cd. *Distributed Ledger Technology* (DLT) si avvale di un sofisticato sistema di crittografia che, decentralizzando il consenso, snellisce i processi nelle transazioni di valore (Wright W. et al., 2015, 4-5; Perugini M.L., 2018). Il sistema, a differenza di quanto accade nelle raccolte centralizzate di dati (che operano sotto il controllo di

² Sull'informazione come bene si rimanda a J. Litman, *Information Privacy/Information Property*, in 52 Stan. L. Rev. 1283 (2000); S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, pp. 52 e ss.; K.J. Arrow, *Il benessere economico e l'allocatione delle risorse per l'attività inventiva*, trad. it. in M. Egidi - M. Turvani (a cura di), *Le ragioni delle organizzazioni economiche*, Torino, 1994, pp. 117-139, spec. p. 124 s.; V. Zeno-Zencovich, voce *Informazione* (profili civilistici), in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IX, Torino, 1993, pp. 420 e ss.; R. Pardolesi - C. Motti, *L'informazione come bene*, in G. De Nova (a cura di), *Dalle res alla new properties*, Milano, 1991, p. 37 ss.; G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 209 e ss.

banche, governi, società), non ha bisogno né di autorità centrali né di intermediari, e si sviluppa grazie ad una rete di nodi indipendenti, anche se collegati fra loro. Ogni computer con capacità di calcolo può quindi essere un nodo. Ognuno di questi nodi conserva una copia delle transazioni e le informazioni sono così condivise in tutta la rete.

La sicurezza della transazione è qui direttamente proporzionale alla crescita della rete e alla sua decentralizzazione. Logica computazionale, trasparenza, decentralizzazione, trasmissione peer-to-peer, irreversibilità delle transazioni possono così considerarsi i caratteri della “tecnologia Blockchain” che si libera anche di quell’elemento fiduciario presente nelle transazioni commerciali. Criptovalute, Bitcoin, Piattaforme Blockchain, Smart Contract operano in questa direzione, facilitando così lo scambio di valore su Internet e liberandosi da ogni forma di intermediazione (S. Comellini S. et al., 2019).

Ma se semplificazione, rapidità e sicurezza degli scambi sono valori cui da sempre tende il mercato, è anche vero che l’applicazione della tecnologia blockchain solleva una serie di interrogativi. Riguardato dal punto di vista della tutela dei diritti della persona, quell’anelito alla trasparenza e al superamento dei rischi connessi allo sfruttamento economico dei dati personali appare molto fragile. Quali gli ambiti di applicazione della tecnologia Blockchain? Come qualificare i dati che sono immessi in rete? Quali diritti riconoscere all’utente? Domande tutte potenzialmente in grado di incidere sulla definizione di un livello di protezione nuovo e complementare rispetto a quello elaborato dal GDPR (Gambino A.M. et al., 2019, 621). Tanto, a meno di non affidare alla sola tecnica il compito di elaborare soluzioni a tutela dei diritti della persona (Riccio G.M. et al., 2018).

2. L’ambizioso obiettivo del GDPR: semplici regole per una effettiva tutela dei dati personali

Il legislatore europeo del 2016, con la adozione del Regolamento, intende non solo garantire “*un elevato livello di protezione dei dati personali*”, ma anche superare la confusione creata dal recepimento della Direttiva 95/46/CE nei singoli Stati

membri³. Il regolamento europeo ha, quindi, impostato, una riflessione sul ruolo commerciale e il dilemma etico dei dati personali condivisi dagli utenti sulle piattaforme digitali (Finocchiaro G., 2019). Per realizzare questo obiettivo sono state seguite due strade: da una parte, responsabilizzare i soggetti attivi del trattamento dei dati e, dall'altra, accrescere la consapevolezza degli utenti sull'uso dei propri dati

La strada della responsabilizzazione del soggetto titolare del trattamento dei dati si coglie nel rinvio al concetto di “**accountability**”⁴ (art. 25 GDPR.). Il titolare del trattamento dei dati è obbligato a valutare i rischi di violazione e adottare tutte le misure necessarie per evitare il danno. Per fare ciò, egli deve intervenire sia sul piano tecnico sia sul piano organizzativo adottando - dal punto di vista tecnico - le misure di sicurezza tecnologiche al fine di evitare che i dati siano manomessi o divulgati senza autorizzazione. Con il riferimento al profilo organizzativo, invece, ci si intende richiamare alle scelte di *governance* dell'attività per cui il trattamento è effettuato (art. 32 GDPR). In questa direzione muove la previsione di cui all'art. 25 GDPR che introduce il principio della c.d. **privacy by design** e **privacy by default**. Si vuole, in questo modo, obbligare le aziende ad elaborare un progetto per la tutela dei dati prevedendo, fin da subito, gli strumenti e le corrette impostazioni a tutela dei dati personali⁵. Tra le tecniche di sicurezza adottate un ruolo speciale è attribuito alla pseudonimizzazione - vale a dire al procedimento con il quale si cancella o, meglio, si tenta di nascondere l'identità del titolare dei dati -nonché alla cd. “minimizzazione” che mira a limitare la quantità di dati da raccogliere⁶. Il legislatore europeo,

³ In Italia, il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)” è entrato in vigore il 19 settembre 2018.

⁴ Titolare del trattamento (data controller) è “la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali” (art. 4. par. 1, n. 7 GDPR). I giudici della CGCE, hanno precisato che il ruolo di titolare del trattamento va deciso guardando alla situazione concreta, tenendo presente che spesso alcune decisioni possono essere delegate a terzi. Per cui anche l'integrazione di un servizio che comporta elaborazione di dati (es. l'inserimento di plugin Facebook) e la capacità di influenzare tale elaborazione porta alla qualifica di titolare del trattamento (ovviamente solo con riferimento alla parte di elaborazione dei dati realmente decisa): CGCE, **Causa C-40/17 del 29 luglio 2019**.

⁵ Il concetto di *privacy by design* risale al 2010 e fu adottato nella 32nd International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners Jerusalem, Israel 27-29 October, 2010 Resolution on Privacy by Design. L'obbligo di *privacy by design* è basato sulla valutazione del rischio. Le aziende devono valutare il rischio inerente alle loro attività. La valutazione va fatta prima che inizi il trattamento dei dati. Per *privacy by default* si intende, invece, che le imprese devono trattare i dati personali solo nella misura necessaria e sufficiente per le finalità previste e per il periodo strettamente necessario a tali fini. I dati raccolti non devono essere eccessivi.

⁶ La pseudonimizzazione, art 4, par. 1, n.5 GDPR è “il trattamento dei dati personali in modo tale che i dati personali non possano più essere attribuiti a un interessato specifico senza l'utilizzo di informazioni aggiuntive, a condizione che tali informazioni aggiuntive siano conservate separatamente e soggette a

consapevole del fatto che il dato raccolto finisce inevitabilmente con il circolare, vuole ridurre al minimo il rischio che il trattamento dei dati sia compiuto per finalità diverse da quelle cui il titolare abbia acconsentito e, dunque, impedire che un numero indefinito di persone possano accedere alle informazioni⁷.

Questo obiettivo è realizzato attraverso un rigoroso *risk based approach*, vale a dire attraverso la chiara definizione degli obblighi cui devono adempiere coloro che sono in qualche modo “coinvolti” nella raccolta e nella gestione dei dati personali (Mantelero A., 287 ss.). Non solo il “titolare del trattamento” – colui cioè che è interessato alla raccolta del dato - deve effettuare una valutazione d'impatto (art. 35 Reg.), e consultare l'Autorità di controllo nazionale prima di procedere al trattamento (art. 36 Reg.), anche il “responsabile del trattamento”, vale a dire colui che “tratta dati personali per conto del titolare del trattamento” (art. 4 GDPR) è ovviamente responsabile se omette di vigilare; mentre un'eventuale violazione deve essere notificata all'Autorità Garante (*data breach notification*, artt. 33 ss. Reg.). Coloro i quali trattano i dati devono avere consapevolezza che quelle informazioni appartengono ad altri e, quindi, il trattamento deve avere un rischio residuale basso (Ricci A., 181 ss.). Consapevolezza, competenza e responsabilità confluiscono così in quel principio di accountability (di cui si diceva) che investe anche la figura del Data Protection Officer (DPO), - *Chief Privacy Officer (CPO); Privacy Officer, Data Protection Officer o Data Security Officer* (artt. 37 ss. Reg) - (Avitabile A., 331) figura chiamata ad *affiancare il titolare e il responsabile del trattamento e che deve avere competenze giuridiche, informatiche, di risk management e di analisi dei processi*.

Alla previsione di questa accresciuta sfera di responsabilità si accompagna, ugualmente, l'ampliamento dei poteri di controllo dell'interessato sulla correttezza e adeguatezza delle procedure utilizzate nel trattamento dei propri dati personali. Non solo, quindi, si stabilisce che l'interessato ha diritto ad una informazione “*in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro, in particolare nel caso di informazioni destinate specificamente ai minori*” (principio di trasparenza, art. 15 GDPR). All'interessato il legislatore europeo

misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona fisica identificata o identificabile”. L'art. 5, par.1, lett.c, GDPR prevede che i dati personali siano “adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati” (cd. Minimizzazione).

⁷ Cfr., Risoluzione 2017/2772 del 3 ottobre 2018 (cons. D e par. 28).

attribuisce anche un diritto di accedere, rettificare e integrare dei dati incompleti (Rugani G., 455), nonché il diritto all'oblio (art. 17 Reg.). Il riconoscimento di un potere di controllo dei dati cela pertanto la tensione, mai risolta, fra il diritto della persona a controllare la circolazione dei propri dati - e quindi a verificare l'uso che altri ne faccia - e la propensione del mercato a generare flussi di informazione utilizzabili economicamente.

La necessità di aumentare la consapevolezza del valore dei propri dati si spinge al punto di conferire all'interessato il diritto di *“ricevere in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico i dati personali che lo riguardano forniti ad un titolare del trattamento e ha il diritto di trasmettere tali dati a un altro titolare del trattamento senza impedimenti da parte del titolare del trattamento cui li ha forniti”* (art. 20 Reg.). Ed è in questa direzione, con l'obiettivo di creare le condizioni per promuovere partecipazione civica e tutela della privacy, favorendo la costruzione di un'economia digitale incentrata su dati generati, Internet of Things (IoT) che si muove anche il progetto europeo DECODE⁸, a fondamento del quale riposa l'esigenza di rendere coscienti i cittadini europei del significato che assume la cittadinanza digitale (Nicoira M. et al., 2018; Pizzetti F., 2018, 69; Compton J., 2017).

3. La *blockchain* fra decentralizzazione e immutabilità

Se, come visto, il GDPR affida ad un complesso quadro normativo la realizzazione delle condizioni che riducano al minimo la raccolta e il trattamento dei dati personali, assicurando al tempo stesso, condizioni di trasparenza e di controllo (art. 25 GDPR e art. 78 Reg.) (Berberich M. et al., 2016, 425; Dax Hansen J. et al., 2017, 14), la *blockchain* sposta il discorso sul profilo tecnologico. La quantità di dati raccolti da Amazon o Facebook - che assumono ruoli monopolistici nel controllo e nella gestione dei dati - solleva infatti problemi che, per come è concepita, non si rinvengono nel caso della tecnologia *blockchain* la cui struttura decentralizzata (come non manca di osservare lo stesso Parlamento europeo nella Risoluzione del 3 ottobre 2018) rafforza *“l'autonomia dei cittadini dando loro l'opportunità di controllare i propri*

⁸ <https://decodeproject.eu>.

*dati e decidere quali condividere nel registro, nonché la capacità di scegliere chi possa vedere tali dati”*⁹.

La blockchain, infatti, opera come un registro pubblico distribuito che non è tenuto o governato da una entità centralizzata ma consente l’accesso solo a soggetti “fidati” (normalmente gli stessi utilizzatori) i quali assumono tra loro un ruolo paritario (si parla appunto di tecnologia *peer to peer*). Si tratta di un sistema in grado di 1) aggiornarsi automaticamente su ciascuno dei *client* che partecipano alla catena (i cc.dd. *nodi*), 2) di registrare ed archiviare in modo sicuro tutte le transazioni che avvengono al suo interno e 3) di impedire, pur in assenza di una autorità che ne effettui il controllo, la successiva alterazione delle informazioni ivi contenute. Tale registro è infatti strutturato in blocchi, ognuno dei quali rappresenta un numero di transazioni la cui provenienza e ora di esecuzione (*time stamp*) sono attribuite in modo indelebile e immutabile. Ciascun blocco è poi collegato irreversibilmente a quello precedente tramite una particolare operazione logaritmica, formando così la catena di blocchi accessibile e consultabile da tutti i nodi della rete. Prima di essere aggiunto alla catena, ogni blocco è controllato, validato e crittografato da alcuni dei nodi (cc.dd. *miner*) tramite la soluzione di un’operazione matematica e risulta così a prova di manomissione (Ibáñez L.D.et al., 2016; Rathan Kumar R., 2017).

La crittografia asimmetrica, di conseguenza, operando in linea con il principio di minimizzazione nella raccolta dei dati, sembra garantire un accesso agli stessi molto selettivo, nonché rispettoso di quanto gli utenti abbiano acconsentito, in ragione della finalità del trattamento (Gambino A.M., 2013). La blockchain, di fatto, sottrae ai titolari la possibilità di stabilire e governare le regole di funzionamento del sistema (*distributed ledger technology* (DLT)). Il fatto che la *blockchain* sia un *database* che fonde sistemi distribuiti e crittografia asimmetrica, spiega perché essa sia ritenuta uno strumento estremamente sicuro (Maxwell W., et al., 2017). Disintermediazione e decentralizzazione - con la relativa semplificazione dei processi e la conseguente riduzione di costi - rendono questa tecnologia particolarmente attraente per diversi settori e, in particolare, per tutti quelli caratterizzati dalla presenza di intermediari. Applicata alle transazioni commerciali, la tecnologia blockchain elimina, infatti, la necessità che lo scambio avvenga per il tramite di terze parti chiamate ad operare in veste di garanti, essendo in grado di assicurare intrinsecamente un elevato grado di

⁹ Risoluzione del 3 ottobre 2018 “creare fiducia attraverso la disintermediazione (2017/2772 - RSP).

sicurezza della transazione stessa (Bomprezzi C., 2017, 29)¹⁰. Basti pensare alla esecuzione degli *smart contracts* che sono un esempio evidente delle potenzialità offerte dalla *blockchain*. La memorizzazione del susseguirsi delle transazioni permette di monitorare gli accessi ai dati da parte dei soggetti autorizzati al trattamento, al fine di verificare la liceità e la trasparenza del trattamento. La duttilità della tecnologia *blockchain* - e, al tempo stesso, le garanzie che offre - spiega, dunque, come essa trovi applicazione in tutte quelle circostanze nelle quali occorra garantire tracciabilità e autenticità dei dati¹¹.

Oltre che nel caso delle criptovalute, essa può essere utilizzata per qualsiasi tipo di dato, trovando così numerosi ambiti di applicazione, dai trasferimenti di denaro agli accordi contrattuali, dalla gestione di informazioni personali alla autenticazione di titoli e certificati accademici, dalla tutela e gestione delle opere dell'ingegno, al tracciamento di provenienza dei prodotti nel settore alimentare, dalla *cyber security* alla sicurezza dei farmaci, voto elettronico, leasing di automobili ecc. (Boucher F., 2017, 6 ss.).

Ma se immutabilità, disintermediazione e decentralizzazione sono – come si diceva - i caratteri principali di questa tecnologia questi profili ne rappresentano anche il punto critico. In discussione è, infatti, l'applicabilità o meno alla blockchain della disciplina sul trattamento dei dati personali (Zeno Zencovich, 2016, 32 ss.). Vero è che il Regolamento europeo (GDPR) è stato progettato per un mondo in cui i dati vengono raccolti, archiviati ed elaborati centralmente, mentre le blockchain si caratterizzano per la decentralizzazione di questi processi.

Altrettanto vero che la crittografia e la archiviazione su un registro distribuito (oltre alle chiavi pubbliche) non smentisce il fatto che il dato “trattato” rimane “personale” e dunque, in teoria, ricade nell'ambito di applicazione del GDPR (che appunto si riferisce al trattamento dei dati personali). In altro senso, la “immutabilità unilaterale” della *blockchain*, vale a dire la sua immodificabilità se è vero che riduce al

¹⁰ Dati i vantaggi, non sorprende se il settore che ha testimoniato la nascita e diffusione della tecnologia d'interesse sia stato soprattutto quello finanziario. Qui la tecnologia blockchain è stata utilizzata per la creazione di un nuovo sistema di moneta elettronica, il Bitcoin, di Satoshi Nakamoto che può considerarsi la prima applicazione pratica della tecnologia blockchain. Si tratta di una valuta virtuale che consente di effettuare pagamenti online direttamente da un soggetto verso un altro, senza la necessità di avvalersi di un intermediario finanziario o di una banca.

¹¹ Per la garanzia della tracciabilità e autenticità dei diamanti è nata la Star-up Everledger che opera nel settore. E in questa direzione operano anche imprese come ShoCard che consente di creare una propria identità avvalendosi della blockchain, Finck M., 2018.

minimo potenziali alterazioni causate da fattori esterni (per esempio attacchi informatici) considerato che è impossibile cambiare i dati memorizzati in un conto, perché ciò risulterebbe nell'obbligo di cambiare l'intera "catena" di transazioni distribuite attraverso la rete, è anche vero che rende estremamente difficile non solo il controllo sulla veridicità dei dati inseriti i quali possono essere decriptati solo da chi sia in possesso della relativa chiave privata¹² ma anche una loro eventuale rettifica.

Insomma le soluzioni offerte dal GDPR – come si vedrà in seguito - non sembrano facilmente compatibili con la tecnologia *blockchain* (Schwartz P.M., et al., 2011, 1814). Almeno al momento attuale. Dal canto suo la tecnologia blockchain non prende in considerazione quelle esigenze di controllo dei dati personali che, invece, ispirano il GDPR e, in questo senso, le *blockchains* possono anche costituire un pericolo per la tutela dei dati personali. E, tuttavia, la contrapposizione fra protezione dei diritti fondamentali, da un lato, e promozione dell'innovazione dall'altro non deve essere esasperata.

Insomma occorre evitare, per un verso, che la legislazione sulla protezione dei dati renda illegale il funzionamento delle blockchain, asfissando lo sviluppo di una tecnologia innovativa che sembra aprire molte prospettive nella direzione della costruzione di un cd. Mercato Unico Digitale e, per l'altro, che lo sviluppo tecnologico sacrifichi la tutela dei diritti fondamentali (Lyons et al., 28).

4. Rischi e vantaggi della Blockchain nella tutela dei dati personali

Appartiene alle file del discorso che si sta svolgendo sottolineare un primo dato. Allo stato attuale, la visione di cui è portatore il GDPR è incompatibile con la *Distributed Ledger Technology* di cui la *blockchain* è espressione¹³. Il modello decentralizzato di *governance* che è tipico della *blockchain*, e la molteplicità di attori che intervengono nel trattamento dei dati, rendono complessa la definizione dei ruoli di ciascuno e, dunque, pongono non pochi problemi in rapporto al rispetto di quei principi di *Accountability*, di *Data Protection by Design* e di minimizzazione nella

¹² Nella pratica si distingue fra *blockchain* di tipo "permissionless" o blockchain "permissioned", a seconda che tutti possono entrare a far parte del network, ed ogni computer può fungere da nodo (permissionless), con la conseguenza di rendere impossibile qualsiasi forma di modifica che richiederebbe l'accordo fra il 50% dei nodi; ovvero dalla presenza di un'autorità centrale che stabilisce chi può accedervi, dietro pre-identificazione (permissioned). Si tratta di distinzioni che producono effetti diversi in materia di *data protection*.

¹³ Deloitte, Blockchain from a perspective of data protection law, <https://deloitte.com>

raccolta dei dati che ispirano il GDPR. Eppure in teoria i dati contenuti su una chiave pubblica dovrebbero considerarsi “dati personali” e, dunque, sottoponibili all’applicazione del GDPR. In questa direzione si sono orientati i giudici della CGCE in un caso in cui si discuteva se l’indirizzo del protocollo Internet (“indirizzo IP”) assegnato al sig. Breyer dovesse considerarsi “dato personale” e, quindi attratto alla disciplina della Direttiva.

Per i giudici europei, alla luce dell’art. 2 (a) of Directive 95/46 “a dynamic IP address registered by an online media services provider when a person accesses a website that the provider makes accessible to the public **constitutes personal data** within the meaning of that provision, in relation to that provider, where the latter has the legal means which enable it to identify the data subject with additional data which the internet service provider has about that person”¹⁴. Ma ritenere che i dati della blockchain siano dati personali non risolve certo il problema della applicabilità in concreto delle regole del GDPR. I dubbi sorgono già sul piano della minimizzazione nella raccolta dei dati.

Il fatto che nella *blockchain* le informazioni siano distribuite nel *network* rende le stesse accessibili ad un più vasto numero di soggetti (Berberich M. et al., 425). Le varie copie della *blockchain*, *recte* ciascuno dei *client* che partecipano alla catena (i cc.dd. *nodi*) raccolgono informazioni, cosa che entra in conflitto con il principio di minimizzazione nella raccolta dei dati che ispira il GDPR e, quindi, con la possibilità per gli interessati di esercitare un adeguato controllo (Chang H., 2). Ancora.

Il diritto alla portabilità dei dati (art. 20 GDPR) che mira a riconoscere alla persona un elevato livello di controllo nell’ecosistema dei dati¹⁵ potrebbe essere violato, nel caso della blockchain “once data is revealed” permettendo ad altri soggetti “to copy and extract data and store it perpetually” (Finck M., 2018, 21).

¹⁴ Patrick Breyer v Bundesrepublik Deutschland. Case C-582/14, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62014CJ0582>. Secondo quanto prescritto all’art. 4, par. 1, n. 5, del GDPR, le informazioni aggiuntive necessarie per la re-identificazione devono essere “*soggette a misure tecniche e organizzative intese a garantire che tali dati personali non siano attribuiti a una persona identificata o identificabile*”; inoltre, a mente del considerando 26 del Regolamento, “*Per stabilire l’identificabilità di una persona è opportuno considerare tutti i mezzi, come l’individuazione, di cui il titolare del trattamento o un terzo può ragionevolmente avvalersi per identificare detta persona fisica direttamente o indirettamente. Per accertare la ragionevole probabilità di utilizzo dei mezzi per identificare la persona fisica, si dovrebbe prendere in considerazione l’insieme dei fattori obiettivi, tra cui i costi e il tempo necessario per l’identificazione, tenendo conto sia delle tecnologie disponibili al momento del trattamento, sia degli sviluppi tecnologici*”.

¹⁵ Michael Mainelli, ‘Blockchain could help us reclaim control over our personal data’ (5 October 2017) Harvard Business Review accessed 5 March 2018

Tanto meno le cd. chiavi pubbliche, che pur nascondono l'identità del soggetto in quanto i dati contenuti nei blocchi sono normalmente criptati e quindi, in teoria, sottratte all'applicazione della disciplina del GDPR (Fabiano N., 5), garantiscono un effettivo rispetto dell'anonimato. La permeabilità del sistema, vale a dire la possibilità di scoprire l'identità della persona, riposa ora sulla eventuale pubblicazione dell'indirizzo su un sito web o un social network; o su più sofisticate operazioni di analisi dei dati *che consentono di rivelare* l'identità del proprietario della chiave, e così risalire alla tipologia di transazioni effettuate (Philipps Erb K., 2017). I maggiori rischi per la tutela dei dati personali nella blockchain sono così da individuare nel fatto che i nodi sono detenuti da soggetti ignoti i quali, possono superare il filtro della pseudonimizzazione, e trattare i dati oltre le finalità legittime.

Per il legislatore europeo il rimedio è da individuare nella cd. "pseudonimizzazione", ovverossia la eliminazione di alcune informazioni che, tuttavia, "is not enough to ensure that identification of the data subject is no longer possible. It will often be necessary to take additional measures to prevent identification, once again depending on the context and purposes of the processing for which the anonymised data are intended"¹⁶. La pseudonimizzazione, in altri termini, pur sempre consente la scoperta della identità del titolare dei dati (Zeno Zencovich 2016). L'identificazione rimane possibile attraverso il rilascio volontario delle informazioni da parte degli utenti che operano sulle piattaforme e/o scambiano criptovalute come nel caso delle operazioni sulla blockchain di Bitcoin (Capaccioli S., 2015, 40; Rinaldi G., 2019, 1, 257).

Le soluzioni per impedire l'effettiva identificazione del titolare della chiave pubblica sembrano passare attraverso sofisticate applicazioni tecnologiche che ora impediscono di individuare quale delle chiavi dei membri del gruppo è stata utilizzata per produrre la firma (ring signatures); ora limitano le tracce della avvenuta transazione includendo "in every transaction a zero-knowledge proof of validity of the confidential transaction" (Bünz B. et al., 2016). Ma anche in questo modo, i dati racchiusi nella *blockchain* non possono ritenersi effettivamente "anonimi". Cosa che ovviamente rinvia al discorso sulla individuazione del soggetto responsabile e sulla necessità di adottare *blockchain permissioned* - piuttosto che *permissionless* - in

¹⁶ Cfr., ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques, Adopted on 10 April 2014, accessible at <https://www.pdpjournals.com/docs/88197.pdf> p. 9

quanto la selezione di chi accede alla piattaforma e può visionare la *blockchain* rende l'intero sistema più facilmente controllabile¹⁷.

Insomma le difficoltà di applicazione delle regole del GDPR sono molteplici e si rinvengono altresì in tema di identificazione delle responsabilità che investono titolare e responsabile del trattamento; di trasferimento dei dati personali; di esercizio del diritto alla cancellazione dei dati e di definizione dell'ambito territoriale di applicazione della normativa.

5. Blockchain e GDPR: un difficile collegamento

Un punto fermo nel discorso che si sta svolgendo riguarda il fatto che la disciplina del GDPR è stata pensata per raccolte dei dati nelle quali “there is often only one entity that qualifies as a data controller” (Fink M., 2018). La distinzione fra titolare e responsabile del trattamento serve a definire correttamente il quadro dei compiti e delle responsabilità, in rapporto alla raccolta di dati personali. Da una parte, il titolare del trattamento è colui che determina le “*finalità e mezzi del trattamento*” (Art. 4, par. 1, n. 7) e, quindi, si assume la responsabilità 1) del rispetto delle norme a tutela dei dati personali nonché 2) la adeguata scelta dei mezzi tecnici e organizzativi per assicurare la tutela dei dati; dall'altra, il responsabile del trattamento è colui che “*tratta dati personali per conto del titolare del trattamento*”. La distinzione è importante perché mentre il titolare stabilisce gli obiettivi del trattamento (e, dunque, definisce il perché i dati sono raccolti), il responsabile agisce nel rispetto delle indicazioni date dal titolare del trattamento, preoccupandosi di verificare che ne siano adempiute le indicazioni (cioè colui che controlla come i dati sono organizzati e trattati, Finocchiaro G., 2012, 80). Ma se in presenza di precisi “data controller”, l'individuazione del soggetto responsabile è relativamente facile, non altrettanto è a dirsi per la Blockchain, specie se di tipo *permissionless*. In questo caso, l'individuazione del soggetto chiamato ad assumere le decisioni strategiche per il trattamento dei dati non è semplice (Moser J., 10). La rete di nodi, uguali fra loro, che si connettono senza intermediazione e senza che qualcuno determini scopi e modalità di utilizzo dei dati rende difficile stabilire chi è il titolare e chi è il responsabile del trattamento dei dati.

¹⁷ Cfr., la prospettiva adottata dalla Commission Nationale Informatique & Libertés francese (CNIL, La Blockchain: quelles solutions pour un usage responsable en présence de données personnelles?, 2018, 6

Certo, l'art. 26, comma 1, del GDPR prevede che quando “due o più titolari del trattamento determinano congiuntamente le finalità e i mezzi del trattamento, essi sono **contitolari** del trattamento. Essi determinano in modo trasparente, mediante un accordo interno, le rispettive responsabilità in merito all'osservanza degli obblighi derivanti dal presente regolamento”.

Tuttavia, nel caso della *blockchain*, ritenere che tutti i nodi che prendono parte ad una operazione siano titolari del trattamento mentre quelli che ne rimangono estranei sarebbero solo responsabili non pare opportuno. In realtà i nodi non possono considerarsi “contitolari del trattamento” (secondo quanto dice l'art. 26, comma 1, GDPR), in quanto essi non sono in grado (come dice la legge) di determinare “congiuntamente le finalità e i mezzi del trattamento”. Ogni nodo sviluppa, in realtà, un comportamento individuale condizionato soltanto dal ruolo assunto nella blockchain. A ben vedere, infatti, la condotta del nodo è ora determinata dalle logiche dei programmatori del software (allorchè non sia coinvolto direttamente nella blockchain), ora dalla funzione centrale che è chiamato a svolgere (Finck M., 2018, 26). Ancora.

Il GDPR stabilisce che il “titolare del trattamento” deve mettere in atto adeguate misure e procedure tecniche e organizzative in modo tale che il trattamento sia conforme al Regolamento e assicuri la tutela dei diritti dell'interessato. Si riconosce così al titolare del trattamento il potere di intervenire sul trattamento dei dati che, nel caso dei nodi, non è possibile, considerata la natura distribuita della blockchain. Tanto meno è possibile cambiare i dati una volta che questi sono stati memorizzati in un conto perché ciò risulterebbe nell'obbligo di cambiare l'intera “catena” di transazioni distribuite attraverso la rete (Finck M., 2017, 17). Ma non è neppure possibile esercitare un effettivo controllo sugli altri nodi, per poter assolvere a quei molteplici obblighi previsti dal GDPR, da ricondurre al principio di *Accountability*.

Una parte della dottrina ha così ritenuto che tutti i nodi (Maxwell W. et al., 11) che prendono parte alla operazione sarebbero titolari del trattamento, mentre gli altri dovrebbero ritenersi solo responsabili perché contribuendo alla conservazione di copia degli atti nel registro svolgerebbero funzioni meramente strumentali e di ausilio. Ma è evidente che, per come è concepito il funzionamento della blockchain, manca quella consapevole e partecipata definizione del quadro delle responsabilità da parte dei contitolari, cui si riferisce l'art. 26, comma 1, GDPR.

In altro senso si è ritenuto, all'opposto, (Finck M., 2018) che nessun nodo possa ritenersi titolare del trattamento, per la mancanza delle condizioni che consentono di gestire e dominare tutto il network. Non così, ovviamente, nel caso delle *blockchain permissioned*, in cui il soggetto o i soggetti che stabiliscono i criteri di selezione negli accessi e il grado di trasparenza della *blockchain* sono in grado di monitorare i nodi e le loro attività. Ma la difficoltà di individuare la persona responsabile del trattamento e, dunque, i soggetti chiamati a dare effettività al principio di accountability, nel caso delle *blockchain permissionless*, conferma del fatto che il GDPR nasce guardando ad un'altra realtà (quella della raccolta centralizzata dei dati). Le categorie elaborate dal legislatore europeo insomma non funzionano nel caso della DLT e, anzi, esigono un ripensamento alla luce degli sviluppi tecnologici.

Lo stesso è a dirsi in tema di definizione dell'ambito territoriale di applicazione del GDPR. Qui la pur ampia possibilità di fare applicazione del Regolamento presuppone comunque un collegamento con un paese membro dell'Unione europea; per cui messa da parte l'ipotesi di *blockchain permissioned*, nel caso di *blockchain permissionless*, la difficoltà di individuare un titolare e un responsabile del trattamento rende di fatto molto difficile, se non impossibile, definire l'ambito di applicazione territoriale del GDPR. Né, minori difficoltà si avvertono sul piano dell'esercizio del diritto di cancellazione e rettifica.

Il principio per cui i dati vanno “*conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati*” (Art. 5, par. 1, lett. e, Reg) contrasta con il tipo di conservazione dei dati che si realizza nella blockchain. In dottrina si è osservato che quando il legislatore discorre di “finalità” non si riferirebbe al trattamento ma, piuttosto, al corretto funzionamento del sistema nel suo complesso (Roughton T. et al., 2017, 9). La illimitata conservazione dei dati in blockchain appare così compatibile con la natura del trattamento e, soltanto, sarebbe necessario pensare a soluzioni – come ad esempio la distruzione della chiave crittografica – che impediscano di identificare gli interessati o rendano inaccessibile il dato. Si tratta di profili - questi della cancellazione del dato e dei limiti della sua conservazione e della rettifica – che, pur tenendo conto della immutabilità della blockchain, confermano della possibilità di elaborare soluzioni diverse al fine di raggiungere gli stessi obiettivi che si prefigge il GDPR (art. 17 Reg.). Ma, anche qui il vero problema rimane quello

della individuazione del soggetto titolare del trattamento, che è colui al quale va indirizzata la richiesta di rettifica e/o cancellazione del dato. Profilo questo centrale anche nel caso dell'esercizio del diritto di accesso, al fine di ripercorrere i trattamenti effettuati, in favore dell'interessato¹⁸.

La stessa possibilità di ammettere il trasferimento dei dati personali, purchè “il livello di protezione delle persone fisiche garantito dal presente regolamento non sia pregiudicato” (art. 44 GDPR) entra in crisi quando riferita alla *blockchain*.

Si tratta di un aspetto, quello della trasferibilità dei dati personali estremamente delicato che aveva trovato una prima risposta negativa in un caso, *Bodil vs. Lindqvist* (Case C-101/01) in cui si discuteva se si configurasse un trasferimento di dati nel caso in cui una serie di informazioni messe in rete fossero state scaricate in un'altro paese. I giudici risolsero allora la questione, ritenendo che “There is no transfer [of data] to a third country within the meaning of Article 25 of Directive 95/46 where an individual in a Member State loads personal data onto an internet page which is stored on an internet site on which the page can be consulted and which is hosted by a natural or legal person who is established in that State or in another Member State, thereby making those data accessible to anyone who connects to the internet, including people in a third country”.

Ma la decisione è del 2003, assunta sotto il vigore della Direttiva del '95 e in un'epoca molto diversa da quella in cui viviamo. Tuttavia essa ha rappresentato un *leading case* per i giudici della CGCE che, sia in *Weltimmo* che in *Google Spain*, hanno fatto riferimento alla giurisprudenza *Bodil vs. Lindqvist*.

Per i giudici, in *Weltimmo* (Case C-230/14), la Dir. 95/46 “permitting the application of the law on the protection of personal data of a Member State other than the Member State in which the controller with respect to the processing of those data is registered” è da ritenersi applicabile. Applicabilità ribadita in *Google Spain SL e Google Inc. contro l'Agencia Española de Protección de Datos e Mario Costeja González* (causa C-131/12) secondo cui la Direttiva è applicabile “to operation of web-search engines in California which would be able to trawl through personal data in Spain”. Le sentenze più recenti sembrano dunque volersi liberare della impostazione seguita dai giudici in *Bodil vs. Lindqvist*.

¹⁸ World Economic Forum, Global Agenda Council On The Future Of Software & Society, Deep Shift, Technology Tipping Points and Societal Impact, Survey Report, settembre, 2015, 24

In realtà dal ragionamento seguito dai giudici, sia in *Weltimmo* che in *Google Spain*, emerge la difficoltà di conciliare tutela dei dati personali e principio del libero trasferimento di dati. L'inadeguatezza della Direttiva 46/95, pensata per una diversa dimensione della rete, è chiara. Già nel 2012 (in *Google Spain*) i giudici si accorgono però che il legislatore non riesce a star dietro agli sviluppi della tecnologia: non ne capisce le prospettive, non ne penetra il linguaggio specialistico. Il legislatore appare piuttosto legato ad una realtà che scompare, costringendo i giudici europei ad artifici interpretativi, pur di tutelare i dati personali. Eppure, nel caso della blockchain, la giurisprudenza *Bodil vs. Lindqvist* sembra tornare utile.

In un passaggio della sentenza i giudici evidenziano che “in circumstances such as those in the case in the main proceedings, personal data which appear on the computer of a person in a third country, coming from a person who has loaded them onto an internet site, were not directly transferred between those two people but through the computer infrastructure of the hosting provider where the page is stored”. Anche nella blockchain, i dati non sono trasferiti direttamente, ma all'esito di un processo di validazione e successiva replica nei nodi della *catena*. (Gambino A.M. et al., 2019, 630 ss). Diversamente si dovrebbe ritenere che i dati contenuti nei blocchi potrebbero essere conosciuti, a livello dei vari nodi in cui la *blockchain* è replicata, da chiunque sia autorizzato, anche in un paese terzo. A seguire *Bodil vs. Lindqvist* si dovrebbe ritenere che nella blockchain non si può parlare di trasferimento dei dati ai sensi del GDPR.

D'altro canto, anche ad ammettere il trasferimento, rimane il fatto che nel caso di *blockchain permissionless* vengono meno le condizioni di applicabilità della normativa. La mancata conoscenza dell'identità dei soggetti che si celano dietro i nodi rende infatti difficile distinguere, ai sensi degli artt. 46¹⁹ e 47 del GDPR²⁰ fra Paesi terzi e Paesi membri dell'Unione. Né, come pure una parte della dottrina sostiene, (M. Finck, 2017, 28) il trasferimento sarebbe comunque possibile qualora “l'interessato,

¹⁹ Art. 46, GDPR: “Il trasferimento di dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale è ammesso se la Commissione ha deciso che il paese terzo, un territorio o uno o più settori specifici all'interno del paese terzo, o l'organizzazione internazionale in questione garantiscono un livello di protezione adeguato. In tal caso il trasferimento non necessita di autorizzazioni specifiche”.

²⁰ Art. 47, GDPR: “In mancanza di una decisione ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 3, il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento può trasferire dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale solo se ha fornito garanzie adeguate e a condizione che gli interessati dispongano di diritti azionabili e mezzi di ricorso effettivi”.

previa informativa inerente anche i rischi di trasferimento attuato in mancanza di decisione di adeguatezza o garanzie adeguate, prestì espresso consenso” (art. 49 GDPR), per la difficoltà di informare e ottenere il consenso in una *blockchain permissionless*.

Conclusioni

Quali le non semplici conclusioni? La blockchain sembra muoversi in linea con esigenze di efficienza, semplificazione, ma anche sicurezza e trasparenza, che sempre più caratterizzano la moderna economia. La tecnologia è certamente in grado di schermare i dati personali e di trovare espedienti per risolvere questioni delicate come quella della anonimizzazione dei dati, della inaccessibilità degli stessi, della distruzione della chiave crittografica. Ma la tutela della persona, soprattutto in un’epoca in cui la sua rappresentazione digitale ne definisce l’identità, rischia di essere compromessa da uno sviluppo non “controllato” della tecnologia (D’Antonio V., et al., 2016). È da quest’ultima prospettiva che ben si coglie la necessità per il giurista di adeguare il suo lessico giuridico. La blockchain - per come strutturata - non sembra compatibile con quelle categorie giuridiche che si incontrano nel GDPR (Zeno Zencovich, 2016, 29; Bocchini R., 2017, 7). Né è prova la difficoltà di definire titolare e responsabile del trattamento, di pensare all’esercizio di un diritto di accesso o di cancellazione/rettifica dei dati e così via. Alla protezione dei dati personali, pensata per raccolte centralizzate di dati, si affianca la necessità di immaginare soluzioni ulteriori in grado di rispondere alle sfide di una tecnologia che inventa nuovi modelli e nuovi strumenti (Enisa, 2016, 15).

La strada da percorrere, per evitare che la τέχνη (Techne) si impadronisca dell’esistenza è creare le condizioni per un dialogo proficuo con un legislatore consapevole che lo sviluppo di normative sulla protezione dei dati deve mostrare flessibilità in merito ai meccanismi specifici impiegati. È da quest’ultima prospettiva che si coglie l’importanza di valorizzare un linguaggio tecnico uniforme che definisca cosa sia una *blockchain* e, su questa base, consenta per un verso di elaborare un sistema di protezione adeguato e condiviso e, per l’altro, stimoli le aziende che operano nel settore a progettare i loro prodotti in conformità con questo importante obiettivo

di politica pubblica²¹. In questa direzione sembra essersi mosso il legislatore italiano che all'art. 8-ter, legge 11 febbraio 2019, n. 12 (di conversione del decreto legge n. 135 del 14 dicembre 2018, denominato “Decreto Semplificazione”) tenta di definire cosa debba intendersi per “tecnologie basate su registri distribuiti” (Gambino A.M. et al., 2019, 643; Bomprezzi C., 2019).

Bibliografia

Article 29 DataProtectionWorkingParty, Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques, 10 aprile 2014, 20.

Avitabile A., *Il data protection officer*, in G. Finocchiaro (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali, Zanichelli, 2017, 331.

Aa. Vv., *Smart contracts as a specific application of blockchain technology*, *Smart contract Working Group, Dutch Blockchain Coalition*, 16 (www.ducthblockchain.coalition.org).

Barcelo J., *User Privacy in the Public Bitcoin Blockchain*, *Journal of Latex Class Files*, Vol. 6, No. 1, January 2007, 2.

Berberich M., Steiner M., *Blockchain technology and the GDPR - How to Reconcile Privacy and Distributed Ledgers?*, *2 Eur. Data Prot. L. Rev.*, 2016, 425;

Bocchini R., *Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, *Dir.inf. e dell'informatica*, 2017, 27.

Bolognini L., Pelino E., Bistolfi C., *Il Regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Giuffrè, 2016.

Bomprezzi C., *Blockchain e assicurazione: opportunità e nuove sfide*, in *Diritto, Mercato, Tecnologia*, 7 luglio 2017, 29.

²¹ CEN-CENELEC Focus Group on Blockchain and Distributed Ledger Technologies (FG-BDLT) White Paper Subgroup: N 001, Recommendations for Successful Adoption in Europe of Emerging Technical Standards on Distributed Ledger/Blockchain Technologies (<ftp://ftp.cenelec.eu/EN/EuropeanStandardization/Sectors/ICT/Blockchain\%20+\%20DLT/FG-BDLT-White\%20paperVersion1.2.pdf>). Per un tentativo di definizione della blockchain si veda il Malta Digital Innovation Law Act, Innovative Technology Arrangement and Services Act, Virtual Financial Assets Act) e la Ordonnance n. 2016-520 du 28 avril 2016 relative aux bons de caisse e Ordonnance n° 2017-1674 du 8 décembre 2017 relative à l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé pour la représentation et la transmission de titres financiers con cui il governo francese tenta di disciplinare la blockchain.

Bomprezzi C., *Commento in materia di Blockchain e Smart contract alla luce del nuovo Decreto Semplificazioni*, in *Diritto, Mercato, tecnologia*, 27 febbraio 2019 (<https://www.dimt.it/index.php/it/notizie/17391breve-commento-alla-legge-11-febbraio-2019n-12-di-conversione-del-decreto-legge-14-dicembre-2018-n-135-recante-disposizioni-urgentiin-materia-di-sostegno-e-semplificazione-per-le-impres-e-per-la-pubblica-amministrazione>).

Boucher F., *How blockchain technology could change our lives*, European Parliamentary Research Service, 2017, 6 ss.

Bünz B. et al., *Bulletproofs: Short Proofs for Confidential Transactions and More*, 2016, at <https://eprint.iacr.org/2017/1066.pdf>

Buterin V., *On Public and Private Blockchains*, *Ethereum Blog*, 7 agosto 2015 (<https://blog.ethereum.org/>).

Capaccioli S., *Criptovalute e bitcoin: un'analisi giuridica*, Giuffrè, 2015, 40.

CEN-CENELEC Focus Group on Blockchain and Distributed Ledger Technologies (FG-BDLT) White Paper Subgroup: N 001, Recommendations for Successful Adoption in Europe of Emerging Technical Standards on Distributed Ledger/Blockchain Technologies (<ftp://ftp.cencenelec.eu/EN/EuropeanStandardization/Sectors/ICT/Blockchain\%20+\%20DLT/FG-BDLT-White\%20paperVersion1.2.pdf>).

Chang H., *Blockchain: Disrupting data protection?*, *150 Privacy Laws & Business International Report*, SSRN, 2017, 2.

CNIL, *La Blockchain: quelles solutions pour un usage responsable en présence de données personnelles?*, 2018, 6.

Comellini S., Vasapollo M., *Blockchain, criptovalute, I.C.O. e smart contract*, Maggioli, 2019.

Compton J., *How Blockchain Could Revolutionize The Internet of Things*, 2017, <https://forbes.com>.

Dax Hansen J., Reyes C.L., *Legal aspects of smart contracts applications*, Perkins Coie, 2017, 14 (<https://www.virtualcurrencyreport.com>).

D'Antonio V., Riccio G., Sica S.(a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Cedam, 2016.

European Data Protection Supervisor (EDPS), Opinion 7/2015, "Meeting the Challenges of Big Data: A Call for Transparency, User Control, Data Protection by Design and Accountability (www.edps.europa.eu).

Fabiano N., *The Internet of Things ecosystem: the blockchain and privacy issues. The challenge for a global privacy standard*, *Advances in Science, Technology and Engineering Systems Journal*, Vol. 3, No. 2, 2018, 5.

Faini F., *Dati, algoritmi e Regolamento europeo 2016/679*, in A. Mantelero, D. Poletti (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna, Studi in tema di Internet ecosystem*, Pisa University Press, 2018, 333 ss.

Finck M., *Blockchains and Data Protection in the European Union*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper n. 18-01, 2017, 6 ss.

Finck M., *Blockchain regulation and Governance in Europe*, Cambridge University Press, 2018, 113 ss.

Finocchiaro G., *Introduzione al Regolamento Europeo sulla protezione dei dati*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2017, 1, 1.

Finocchiaro G. (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli, 2017.

Finocchiaro G., (a cura di), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d. lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Zanichelli, 2019.

Finocchiaro G., *Privacy e protezione dei dati personali*, Zanichelli, 2012, 80.

Gambino A.M., voce *Informatica giuridica e diritto dell'informatica*, in *Diritto online*, Treccani, 2013.

Greco L., *I ruoli: titolare e responsabile*, in G. Finocchiaro (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, op. cit., 254 ss.

Ibáñez L.D., O'Hara K., Simperl E., *On Blockchains and the General Data Protection Regulation*,
reperibile all'indirizzo
https://eprints.soton.ac.uk/422879/1/Blockchains_GDPR_4.pdf

Mantelero A., *Il nuovo approccio della valutazione del rischio nella sicurezza dei dati. Valutazione d'impatto e consultazione preventiva (Artt. 32-39)*, in G. Finocchiaro, (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, 2019, 287 ss.

Maxwell W., Salmon J., *A guide to blockchain and data protection*, Hogan Lovells, 2017 (www.hoganlovells.com).

Moser J., *The Application & Impact of the European General Data Protection Regulation on Blockchains*, R3 Reports, 2017, 9

Nicotra M., F. Sarzana Di Sant'Ippolito F., *Diritto della blockchain, intelligenza artificiale e IoT*, Ipsoa, 2018.

Perugini M.L., *Distributed ledger technologies e sistemi di blockchain: digital currency, smart contract e altre applicazioni*, Key editore, 2018.

Philipps Erb K., *'IRS Tries Again To Make Coinbase Turn Over Customer Account Data'* *Forbes*, 20 March 2017.

Pizzetti F., *GDPR e Intelligenza artificiale. Codici di condotta, certificazioni, sigilli, marchi e altri poteri di soft law previsti dalle leggi nazionali di adeguamento: strumenti essenziali per favorire una applicazione proattiva del Regolamento europeo nell'epoca della IA*, in A. Mantelero, D. Poletti (a cura di), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa University Press, 2018.

Rathan Kumar R., *Impact of Blockchain Technology on Data Protection and Privacy*, SSRN, 2017.

Ricci A., *I diritti dell'interessato*, in G. Finocchiaro (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, op. cit., 181 ss.

Riccio G.M., Scorza G., Belisario E. (a cura di), *GDPR e normativa privacy. Commentario*, 1a ed., Wolters Kluwer, 2018.

Rinaldi G., *Approcci normativi e qualificazione giuridica delle criptomonete*, in *Contr. e Impresa*, 2019, 1, 257.

Rodotà S., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.

Roughton T., Bidewell P., *Smart insurance contracts*, Pinsent Masons, 2017, 9.

Rugani G., *Il diritto all'oblio dell'articolo 17 Regolamento (UE) 2016/679: una grande novità? Una denominazione opportuna?*, in A. Mantelero, D. Poletti (a cura di), op. cit., 455.

Schwartz P.M., Solove D.J., *The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information*, in *N.Y.U. L. Rev.*, 86, 2011, 1814 ss.

Wright A., De Filippi P., *Decentralized Blockchain Technology and The Rise of Lex Cryptographia*, Social Science Research Network, 2015, <http://papers.ssrn.com/abstract=2580664>, 4-5.

Zeno-Zencovich V., *Ten legal perspectives on the "big data revolution"*, in *Concorrenza e mercato*, fasc.1, 2016, 29.

3. Contenido esencial del Derecho Fundamental al Internet: Teoría y praxis¹

César Landa²

Presentación

En el Perú la mitad de la población de 30 millones de habitantes está conectada al Facebook, y, existe alrededor de 31 millones de teléfonos celulares, a través de los cuales millones de personas se conectan al internet. Asimismo, el Perú es el octavo país latinoamericano con mayor cantidad de usuarios en Facebook y el número 24 a nivel mundial.

La interconectividad va creciendo año a año, gracias al uso de las nuevas tecnologías de la comunicación, como el internet, que está modificando no solo el goce y ejercicio de los derechos fundamentales, particularmente los referidos a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, sino que también ha supuesto un replanteamiento del modelo de organización social, cultural y económica del Estado y los ciudadanos.

Es que el Perú no está ajeno al cambio de los paradigmas mundiales de la economía y la política; acontecido con el rápido proceso de la caída del Muro de Berlín, que fue la expresión del cambio del modelo político y económico universal hasta entonces vigente. Este orden estuvo basado en la tensión entre el capital y el trabajo, que ordenó a los países bajo la órbita de los Estados Unidos con los valores de la libertad y el mercado, y, de la otrora Unión Soviética, con los valores del trabajo y el Estado.

Dicho cambio fue muy importante, debido a que se cerró el modelo de confrontación de la guerra fría, entre los dos sistemas ideológicos mundiales, y; se

¹ Publicado en el *Libro de homenaje del área de derecho constitucional por los 100 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* (editor). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú – Departamento Académico de Derecho, 2019.

² Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex Presidente del Tribunal Constitucional. Vicepresidente de la *International Association of Constitutional Law*.

DOI – <https://doi.org/10.36592/9786587424347-3>

transformó hacia una sociedad global de la comunicación y la tecnología. En ese escenario, el internet es un producto del desarrollo científico al servicio de la sociedad, y; por tanto, permiten el acceso a la información, su almacenaje, procesamiento y transmisión de datos, que se viene incrementado exponencialmente en la actual “era digital”³.

Esta sociedad de la información promovida por los países desarrollados en la era post industrial, constituye una oportunidad estratégica para las sociedades en vías de desarrollo para contribuir a superar su situación de retraso económico y social; así como, para potenciar la protección y desarrollo de los viejos y nuevos derechos fundamentales, a través del internet y las nuevas tecnologías; en la medida que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado, dispone el artículo 1 de la Constitución Política (CP).

Así, en el Perú la convergencia de las tecnologías de la informática –equipos y softwares-, las telecomunicaciones –televisión y radio- y la comunicación digital – telefonía móvil-, están generando aceleradas transformaciones de índole social, económico y política. En esta era digital, el internet se viene convirtiendo en un nuevo “bien de dominio público” del siglo XXI; por cuanto, su acceso alcanza progresivamente a casi todos los ciudadanos interesados o no; pero, también está sirviendo para expandir el control del Estado y las corporaciones sobre la vida privada de las personas.

Por ello, nos interesa analizar el internet, como un nuevo derecho fundamental en sí mismo, a raíz del impacto en todos los ámbitos de la vida humana, particularmente perfilando su naturaleza y contenido esencial a partir de su acceso y uso generalizado; así como, analizando la escasa jurisprudencia administrativa sobre la materia que muestra el control de los excesos de las empresas y también usuarios de las relaciones digitales; todo lo cual pone en evidencia la necesidad de regular los alcances y los límites del internet, en un balance con los derechos fundamentales.

³ Al respecto, un disco de almacenaje fijo o portátil de un terabyte puede guardar 300 horas de video o 3,6 millones de fotografías digitales estándar. Asimismo, un terabyte puede almacenar el equivalente a mil copias de la Enciclopedia Británica digital.

I. Internet y derechos fundamentales

El internet constituye el ícono de la sociedad de la información, en la medida que facilita la creación, el acceso, el almacenamiento, el procesamiento y la distribución de la información; jugando un papel esencial en las relaciones sociales, culturales y económicas entre las autoridades, las empresas y los ciudadanos, y, entre estos entre sí. En esta nueva etapa de transformación del Estado y la sociedad, el internet es el fundamento principal para construir la nueva identidad de los derechos fundamentales.

En el marco del nuevo paradigma de la sociedad de la información y del conocimiento, el internet se convierte en un derecho fundamental⁴; en la medida que, faculta a todas las personas a través de las nuevas tecnologías, ampliar sus posibilidades de goce y ejercicio de los derechos y libertades clásicos; aunque, directamente potencializa los referidos a la libertad de expresión y el libre acceso a la información⁵.

Más aún, en la medida que los derechos fundamentales son universales, interdependientes e indivisibles, el internet los integra digitalmente y permite que trasciendan más allá de las fronteras de los Estados nacionales; no solo para el goce del mismo, sino también para su defensa y protección. Por ello las Naciones Unidas ha llegado a declarar al internet como un derecho humano⁶; lo cual demanda que los Estados cumplan con sus compromisos internacionales en esta nueva era digital.

En ese entendido, el internet constituye no solo un derecho fundamental para su acceso y uso, sino que también es una garantía institucional de la democracia; en la medida que, se constituye en una necesidad social para acceder y gozar a plenitud los derechos y libertades, reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

⁴ GARCÍA MEXÍA, Pablo. "El Derecho de Internet". En *El derecho de Internet* (F. Pérez Bes, coord.). Barcelona: Atelier, 2016, pp. 17-39; asimismo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y libertad de expresión en la Red*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México. 2004.

⁵ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. *Directrices de la UE sobre derechos humanos relativas a la libertad de expresión en Internet y fuera de Internet*. Bruselas, 9647/14. pp. 6-8.

⁶ Cfr. La ONU declara el acceso al internet como un derecho humano. Ver: <https://computerhoy.com/noticias/internet/onu-declara-acceso-internet-como-derecho-humano-47674>. (Consultado el 5 de febrero de 2019).

1. Contenido esencial del derecho al internet

Como todo derecho fundamental el derecho al internet debe contar con un contenido esencial constitucionalmente protegido, que se deriva de la articulación de los derechos referidos a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley (artículo 2°-4 CP); a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, exceptuando las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional (artículo 2°-5 CP); a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (artículo 2°-6 CP), y; al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias (artículo 2°-7 CP), básicamente.

En ese sentido, como el internet entrelaza directamente a los derechos fundamentales mencionados, adquiere una naturaleza de bien de dominio público, que el Estado tiene la responsabilidad de asegurar a toda persona como un derecho autónomo al internet, mediante un conjunto de atributos en su contenido constitucionalmente protegido, como los siguientes:

1.1. Acceso al internet

El acceso informado y consentido a internet es una condición indispensable para poder gozar no solo de las libertades comunicativas, sino todos los demás derechos fundamentales. Pero, como el internet consiste en un sistema de grandes redes interconectadas, ello supone dos condiciones: Primero, que las personas cuenten con un equipo *–hardware–* y un programa *–software–*, que les permita acceder al internet. Segundo, que exista una infraestructura de comunicación *–elétrica, plataforma satelital y/o cableado dorsal de fibra óptica–*, a cargo del Estado, las empresas y particularmente el sistema educativo⁷.

⁷ Cfr. Los programas nacionales de aprovechamiento de nuevas tecnologías de información y comunicación, para la educación pública del Ministerio de Educación del Perú. Ver <http://educaciontic.perueduca.pe/?p=253>. (Consultado el 30 de agosto de 2016).

Pero, como el acceso público al internet tiene un costo, en algunos países de la región su acceso es gratuito dada las políticas de Estado para mejorar la educación pública básica e incluso la integración social de los jubilados⁸. La inclusión digital para determinados grupos humanos vulnerables –particularmente de las zonas rurales- es importante; sin perjuicio de poner el internet al alcance de la ciudadanía en espacios y recintos públicos, como: plazas, parques, bibliotecas, escuelas, universidades, centros comunitarios, hospitales, aeropuertos, instituciones públicas, y, demás espacios de infraestructura y servicios públicos.

Para asegurar dicho acceso al internet, informado y consentido, se deben ofrecer también equipos y servicios de calidad básica, que deben ir mejorando en función de los nuevos desarrollos tecnológicos; así como, garantizar la libertad de elección del sistema, aplicación y uso de los programas, para evitar la concentración y/o las posiciones dominantes en el mercado de los *hardware* y *software*: para lo cual, se debe asegurar el acceso universal, mediante la interconectividad de los protocolos e infraestructuras de comunicación; esto es lo que se ha venido a establecer como el “principio de neutralidad”⁹.

Al Estado también le compete regular el acceso al internet en condiciones de igualdad sin discriminación por razones de origen, sexo, raza, religión, opinión política, idioma, nacionalidad, condición económica o de cualquier otra índole; sin perjuicio de establecer políticas de acciones afirmativas para facilitar el acceso al internet a personas en situación de discapacidad y a comunidades marginadas, especialmente. Promoviendo que las corporaciones privadas no establezcan barreras arbitrarias o desproporcionadas de acceso al internet, sino por el contrario amigables para todas las personas, dado su carácter de universal.

En ese entendido, la protección del libre acceso - informado y consentido- al internet requiere pues de neutralidad para garantizar la pluralidad y la diversidad del flujo informativo; por cuanto, el internet es un bien de dominio público que permite la inter conexión entre las personas. Por eso, el Estado debe asegurar el intercambio

⁸ Cfr. Plan Ceibal y Plan Ibirapitá que buscan reducir la brecha digital entre ricos y pobres. Ver <http://pulsoslp.com.mx/2013/10/25/gobierno-uruguayo-entrega-tabletas-a-escolares-de-4-a-6-anos-deedad/>; asimismo, <http://www.scidev.net/america-latina/desarrollo-de-capacidades/noticias/gobierno-deuruguay-entrega-tabletas-gratis-a-jubilados.html>. (Consultado el 30 de agosto de 2016).

⁹ Cfr. Proyecto de “Reglamento de Neutralidad de Red”, presentado por OSIPTEL. https://www.osiptel.gob.pe/repositoriooaps/data/1/1/1/PAR/104-2015-cd-osiptel/Proyecto_Reglamento_Neutralidad_Red-Res104-2015-CD.pdf. (Consultado el 27 de setiembre de 2016).

libre, abierto, equitativo y sin discriminación de la comunicación e información¹⁰; mediante una regulación sin privilegios personales u obstáculos por razón de contenidos políticos, económicos, culturales o sociales; lo cual no se opone a que puedan expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por la diferencia entre las personas, como dispone el artículo 103 de la Constitución.

1.2. Libertad del uso del internet

Toda persona tiene derecho a la libertad personal en el marco de su libre desarrollo y bienestar, en la medida que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (artículo 2º-24-A CP); pero, también, debe gozar de la protección de su libertad frente a los peligros de una actuación desproporcionada o arbitraria de los poderes públicos y privados.

El internet debido a su naturaleza multidireccional e interactiva, su velocidad y alcance global a un relativo bajo costo y sus principios de diseño abierto y descentralizado¹¹, también es un medio de acceso para el robo de la identidad digital, el intrusismo, el uso indebido de datos por terceros, o, el ciber-acoso; así como, toda forma de delito que se cometa utilizando el internet. Por eso, el Estado requiere tomar medidas especiales desde las políticas de educación, campañas de prevención y el combate delictivo nacional e internacional¹².

Sin perjuicio de los delitos informáticos, también se cometen abusos en el uso o administración del internet que configuran conflictos de derechos o potestades entre los usuarios y los proveedores¹³. De allí que, sea constitucional que el Estado busque

¹⁰ Téllez Valdés, Julio. “Libertad de expresión en internet y redes sociales”. En *Fodertics 3.0 (Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia)* (F. Bueno de Mata, coord.). Granada: Editorial Comares, 2015, pp.2522-253.

¹¹ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Libertad de expresión e internet*. OEA, 2013. Ver http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_internet_web.pdf. p. 17.

¹² Cfr. ORTEGO RUIZ, Miguel. *Prestadores de servicios de internet y alojamientos de contenidos ilícitos*. Madrid: Editorial Reus, 2015, p. 174. VILLAVICENCIO, Felipe. *Delitos informáticos en la Ley 30096 y la modificación de la Ley 30071*. En http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/revista/articulos/Felipe_Villavicencio_Terreros_Delitos_Informaticos_Ley30096_su_modificacion.pdf. (Consultado el 3 de setiembre de 2016).

¹³ Cfr. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – Dirección General de Protección de Datos Personales. Resolución Directoral N° 026.2016-JUS/DGPD del 11 de marzo de 2016, mediante la cual multó a la empresa Google Perú S. R. L. o Google Inc., por no retirar los datos personales de un ciudadano peruano que había tenido un proceso penal, pero del cual ya había sido absuelto. Asimismo, revisar la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. C:2014:317, del 13 de mayo de 2014, donde se consagra el derecho a “solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, estos derechos prevalecen, en

garantizar la libertad del uso del internet, regulando la resolución de los conflictos y señale las ulteriores responsabilidades, con criterios de legitimidad y ponderación en el ámbito de los derechos digitales.

Sobre todo porque, en los últimos años se han planteado desafíos y conflictos entre el entorno digital y la libertad de expresión, libertad de información, acceso a la información pública, derecho a la autodeterminación informativa, a la privacidad, al honor público, derechos de autor, así como, el interés superior de niñas, niños y adolescentes¹⁴. Casos en los cuales debe garantizarse la protección de contenidos mínimos, regulando los alcances del derecho al internet.

Ahora bien, los requisitos que debe cumplir cualquier regulación o restricción de los derechos digitales a los proveedores y/o usuarios son: a) expedición de una ley; b) legitimidad constitucional de la finalidad restrictiva; c) necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida restrictiva; d) garantías judiciales de control, y; e) respeto al debido proceso.

No obstante, deben existir medidas exigidas gubernamentalmente o de las propias empresas intermediarias de filtrado, bloqueo o suspensión de portales web, direcciones IP, enlaces (links), datos, extensiones de nombre de dominio, puertos, protocolos de red y sitios web del servidor en los que están alojados, que solo debería ser admisibles cuando contengan o son usados con fines ilícitos. Tarea que corresponde determinar al Estado, y, aplicar a las empresas en tanto violen los términos contractuales y/o de uso establecidos, de conformidad con la ley y los principios constitucionales.

Pero, ante el vertiginoso avance de las nuevas tecnologías la regulación estatal se encuentra rezagada, desprotegiendo muchas veces al usuario frente a las empresas proveedoras de servicio de internet (PSI), de alojamiento de sitios web, plataformas de redes sociales y los motores de búsqueda. Las cuales permiten o también limitan o condicionan la conexión entre usuarios a través de plataformas de redes sociales, alojamiento de material publicado y búsquedas en la red, trasmisión, procesamiento y ordenación del tráfico, transacciones financieras. Con lo cual se afecta el derecho del consumidor a elegir con información y opciones suficientes entre los distintos equipos,

principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona”.

¹⁴ ORIZAGA, Isabel – CABRERA, Karen. “Sexting y redes sociales: diversas relaciones y consecuencias jurídicas”. En *Fodertics 3.0 (Estudios sobre nuevas tecnologías y justicia...*, op. cit., pp. 185-196.

programas y servicios de internet; derecho a la información que el Estado tiene la obligación de defender (artículo 65° CP).

Todo ello sobre la base de asumir que el negocio del internet es global, en la medida que brindan servicios de acceso e interconexión al internet con programas, sitios web, motores de búsqueda y redes sociales. Escenario donde también se producen pugnas entre las empresas de telecomunicaciones y/o las empresas informáticas; procurando unas y otras monopolios o posiciones dominantes del mercado, poniendo a veces en peligro la libertad de acceso en igualdad de condiciones a todos los servicios de internet –principio de neutralidad-¹⁵.

1.3. Seguridad del internet

Con el vertiginoso desarrollo de las nuevas tecnologías la seguridad de los internautas se ha puesto en peligro; no solo por la acción de la delincuencia informática que se acrecienta, sino también por los excesos comerciales de las empresas proveedoras del derecho al internet y por la intrusión del Estado no solo nacional en las llamadas actividades sospechosas de los internautas. Lo cual, entonces, demanda establecer medidas de seguridad que al suponer restricciones a la libertad del internet, deben estar basadas en los principios básicos de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

La llamada “ciberseguridad” abarca desde la infraestructura y las redes a través de las cuales se provee el servicio de internet. Para lo cual, también se requiere que los titulares disfruten de conexiones seguras en internet y cautelen la reserva de sus claves de acceso y evitar la acción ilícita de los *hackers* y *crackers*¹⁶.

¹⁵ Cfr. Las empresas Verizon y AT&T de los Estados Unidos afirman que la regulación del internet como un servicio público sometido al principio de “neutralidad de la red” restringe y desalienta la inversión que realizan en el mercado del internet. Por el contrario, Twitter, Netflix, Yelp, consideran que es necesario asegurar que los proveedores de Internet eviten acuerdos que puedan favorecer un servicio y bloquear el de la competencia. En <https://business-humanrights.org/es/estados-unidos-corte-federal-ratifica-que-internet-es-un-servicio-p%C3%BAblico-verizon-y-att-apelar%C3%A1n-para-quitar-regulaciones>. (Consultado el 8 de setiembre de 2016).

¹⁶ Cfr. VARELA, Borja. “¿Quién responde si me roban mis datos o archivos en Internet? El robo de 60 millones de contraseñas en Dropbox, producido el 2012 pero conocido ahora, es el último caso que pone de manifiesto la desprotección de los usuarios respecto a las empresas que tienen sede en EEUU”. En http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2016/09/05/actualidad/1473063219_596119.html. (Consultado el 7 de setiembre de 2016). Asimismo, Yahoo sufrió el mayor ciberataque el 2014, cuando los *hackers* robaron 500 millones de credenciales de sus usuarios; MySpace admitió en junio que le habían robado 360 millones de cuentas y, LinkedIn sufrió el robo de 100 millones de claves. “Quién está detrás del ataque a Yahoo?”. En http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2016/09/26/actualidad/1474891005_071895.html (Consultado el 26 de setiembre de 2016).

A efecto de proveer seguridad sin afectar el contenido esencial del derecho al acceso y a la libertad e igualdad del internet es importante delimitar el alcance de la ciberseguridad, debido a que desde una concepción amplia de la misma se podría afectar desproporcionadamente esferas de la integridad de las redes e infraestructura de internet, ó, la integridad y confidencialidad de la información que portan los cibernautas. Pero, desde una concepción estrecha solo debería sancionarse actos y prácticas que puedan afectar el honor, la intimidad, la privacidad, o, incluso los derechos de autor, entre otros, que no merecen una respuesta penal, sino civil o administrativa.

Ello en la medida que, se debe otorgar una posición jurídica preferente al ejercicio de la libertad de expresión, acceso a la información y difusión del pensamiento, las que aun pudiendo ejercerse con abuso del derecho, desviación o exceso de poder, o, con una posición dominante en el mercado, *prima facie* no merecen su rechazo penal. Por cuanto dichos actos o medidas provienen de usuarios, proveedores y autoridades del Estado que también constituyen una garantía institucional de las sociedades democráticas, pluralistas y tolerantes, para contribuir al mayor tráfico de ideas y críticas, a partir de establecer el derecho al internet con libertad, igualdad y seguridad para todos los internautas.

El ese entendido, las políticas y regulaciones legales deben ser proporcionales a los riesgos que se enfrenta la sociedad digital, ponderando el ejercicio de los derechos fundamentales y la seguridad ciudadana; asimismo, deben hacer público los acuerdos establecidos con los intermediarios privados, así como, las medidas de seguridad que implementan los proveedores de servicios.

1.4. Privacidad e internet

Si bien nadie puede ser objeto de interferencias arbitrarias en su vida privada, su domicilio, o su correspondencia, también es cierto que en la sociedad de la información y del conocimiento, toda persona se encuentra inserta en diversas bases de datos de los sistemas informáticos públicos y privados, para poder gozar y ejercer de sus derechos fundamentales. No obstante, toda persona tiene derecho a mantener un espacio individual y familiar privado, ajeno al Estado y a terceros; en ese ámbito desarrollar su proyecto personal de vida; mantener en secreto los datos que se generen

en ese espacio que considere necesario, y; proteger el derecho a su propia imagen de terceros¹⁷.

La privacidad no es incompatible con la libertad de expresión y derecho a la información, pero, supone cuando menos dos políticas muy claras: Una, la protección de datos personales, y, dos, la protección del discurso anónimo.

La protección de datos personales mediante el derecho a la autodeterminación informativa requiere que el Estado regule el almacenamiento, procesamiento, uso y transferencia de los mismos¹⁸; esto, es que se debe prohibir el uso de datos que violen derechos fundamentales, vinculados especialmente a la intimidad personal y familiar, así como, asegurar el derecho del titular al acceso a dichos datos, la corrección o supresión razonablemente de los mismos de las intromisiones indebidas.

Para tal efecto, el habeas data es el proceso constitucional reconocido en la Constitución¹⁹ y desarrollado en el Código Procesal Constitucional²⁰, que tutela no solo el derecho a la autodeterminación informativa, sino también derecho de acceso a la información pública.

La participación en el debate público a través de las redes sociales y el internet²¹ sin revelar la identidad del emisor es una garantía de las democracias modernas; dado

¹⁷ CORDOBA, Diego – DíEZ-PICAZO, Ignacio. “Reflexiones sobre los retos de la protección de la privacidad en un entorno tecnológico”. En *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico*. Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. Madrid: CEPC, 2016, pp. 99-110.

¹⁸ Constitución Política. “Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

(...)

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.”

¹⁹ Constitución Política. “Artículo 200º.- Son garantías constitucionales:

(...)

3. La Acción de Hábeas data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos da que se refiere el artículo 2º, incisos 5 y 6 de la Constitución”.

²⁰ Código Procesal Constitucional. “Título IV. Proceso de Hábeas Data.

Artículo 61.- El hábeas data procede en defensa de los derechos constitucionales reconocidos por los incisos 5) y 6) de la Constitución. En consecuencia, toda persona puede acudir a dicho proceso para:

1) Acceder a información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que generen produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética, o que obre en cualquier otro tipo de soporte material.

2) Conocer, actualizar, incluir y suprimir o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica, o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicios o acceso a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privados que afecten derechos constitucionales.”

²¹ SANJURJO Rebollo, Beatriz. *Manual de Internet y Redes Sociales*. Dykinson, 2015, p. 540.

que así protegen a los usuarios que podrían sufrir represalias por la difusión de sus opiniones y críticas a los poderes públicos o privados; que en algunos casos ha supuesto llamar a movilizaciones ciudadanas, sobre todo a los jóvenes, para manifestarse u organizarse políticamente para cuestionar medidas arbitrarias en el Perú como “la repartija” o la llamada “Ley Pulpin”²², o, en otras latitudes del mundo para enfrentarse contra autoridades dictatoriales y/o corruptas, como ha sucedido en Egipto, Libia o Marruecos, durante la “Primavera Árabe”²³.

Como toda regla existen excepciones, así el anonimato no protege de cualquier información del acceso o difusión de cualquier información, sobre todo si se trafica con pornografía infantil, se hace propaganda a la guerra o apología al odio racial, sexual, o, al genocidio. De modo que, la autoridad competente tendría la legitimidad para develar la identidad del emisor y tomar las medidas administrativas y/o judiciales correspondientes.

Desde luego que los registros informáticos de las entidades públicas o privadas que lo requieran, así como, en las transacciones comerciales o de interacciones sensibles, la identificación y autenticación de los usuarios en línea es una garantía de la seguridad jurídica de la transacción; pero, siempre conforme al principio de proporcionalidad en función del tipo de riesgo alto o intermedio que exista; pero, si este riesgo es bajo el anonimato debe ser la regla a aplicar.

1.5. Derecho al uso del seudónimo

Como el derecho al internet no solo permite el acceso a base de datos y a la interconectividad, sino que también permite expandir el uso de la libertad expresión, el acceso al internet debe permitírsele a todo usuario identificado o identificable, de acuerdo a los requerimientos sociales que no infrinjan las normas legales, administrativas y/o los contratos jurídicos.

Los usuarios son todas las personas que gozan de derechos fundamentales para el amplio acceso y uso eficiente del internet, como el “seudonimización” o anonimato

²² “El uso de las redes facilita la confluencia alrededor de un tema específico”. Entrevista a Claudia Cisneros, en *#Código-Abierto_CC*. En <http://codigo-abierto.cc/claudia-cisneros-el-uso-de-redes-facilita-la-confluencia-alrededor-de-un-tema-especifico/>. Visitado el 12 de setiembre de 2016.

²³ Cfr. “Las redes sociales como núcleo de las movilizaciones ciudadanas a nivel mundial”. En <https://sisgecom.com/2012/03/14/las-redes-sociales-como-nucleo-de-las-movilizaciones-ciudadanas-a-nivel-mundial/>. Visitado el 11 de setiembre de 2016.

–*nickname*–, en el acceso a la información pública; dado que les permite garantizar tres derechos fundamentales²⁴:

Libertad de expresión.- Bajo el anonimato no solo se potencializa las denuncias pública y privadas, permitiendo que los grandes poderes queden al descubierto de ciertas prácticas contrarias al orden público o a la opinión pública; pero, también, cabe señalar que el anonimato viene siendo usado para producir información falsa –*fake news*–, pornografía de menores, discursos de odio, acoso y hostilización sobre determinadas personas. En este contexto, el agresor y/o emisor anónimo resultan ser un problema poder identificarlo.

Estas situaciones de agresiones, violaciones y manipulación de la opinión pública debe ser una preocupación para el Estado, con junta razón, a fin de regular el anonimato; pero, no para controlar todos los contenidos en internet. Por cuanto, la esencia del internet se basa en la libre interconectividad entre los usuarios; esto es, trasladar información sin restricción, propio de los derechos de acceso a la información, libertad de información, libertad de opinión y expresión.

Privacidad.- Los datos personales seudonimizados –*nickname*–, que cabría atribuir a una persona física constituye un derecho a fin de proteger esta esfera de la intimidad, ante las distintas formas de intrusiones y violaciones, tanto de particulares como de agentes el Estado, de las esferas de la intimidad y/o privacidad personal y familiar. Lo que no es óbice para que una persona física sea identificable, directa o indirectamente, por razones objetivas derivadas de infracciones a deberes públicos u obligaciones privadas, previstas en la ley, que demanden su identificación rápida y oportuna.

Por lo tanto, los principios de protección de datos no deben aplicarse a la información anónima de forma absoluta, salvo a la información que no guarda relación con la infracción de bienes públicos y derechos privados imputable a la persona física “anonimizada”, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo.

Seguridad personal.- El anonimato protege a los usuarios en las redes, en la medida que no es pasible o hace complicado que alguien atente contra un usuario anónimo. Como no recordar a la “primavera árabe”, que simbolizó cómo las redes

²⁴ ARROYO, Verónica. “El poder del anonimato en la libertad de expresión *on line*”. Ponencia presentada a la Mesa Temática N° 2 Libertad de Expresión y Nuevas Tecnologías. I Jornada Nacional de Derechos Fundamentales. PUCP – Área de Derecho Constitucional. Lima, 29 de setiembre a 1 de octubre, 2016.

sociales cambiaron el curso de años de gobiernos autoritarios, a partir de una simple foto subida al internet y “viralizada” por las redes sociales; asimismo, el anonimato en la campaña de las elecciones presidenciales de los Estado Unidos para favorecer a Trump y atacar a Clinton, a través del *twitter* y *facebook* han jugado un rol a veces determinante.

No obstante, al igual que en el ejercicio de los derechos comunicativos, el Estado debería establecer regulaciones sobre el anonimato en el internet, en situaciones muy excepcionales y avaladas por los instrumentos internacionales como lo prevé la Convención Americana de Derechos Humanos en el Artículo 13 inciso 4. Debido que el uso del internet a través del anonimato ha permitido que voces no escuchadas salgan a la luz pública y ello dentro de un modelo democrático es lo deseable; pero, también que puedan alterar la voluntad popular en las democracias abiertas.

En consecuencia, se debe de considerar al anonimato o seudonimización como un contenido esencial del acceso y uso del internet; en virtud del cual, el Estado debería regularlos en el tratamiento de datos personales; el mismo que no debe excluir al responsable del almacenamiento, tratamiento y transmisión de datos, para que adopte las medidas técnicas y organizativas necesarias para garantizar que se aplique razonablemente el anonimato en el marco de la protección datos personales. En esa medida la seudonimización o anonimato debe ser concebido como parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al internet.

1.6. Derecho al olvido digital

El desarrollo del internet ha traído consigo nuevas amenazas a los derechos fundamentales, en la medida que el internet se constituye como un registro permanente de los datos que se suben a la red de redes. De ahí que registros o noticias sobre antecedentes penales o fotografías y vídeos en situaciones embarazosas almacenados en la red (especialmente en redes sociales) puedan, con el paso del tiempo, ser perjudiciales para la persona e incidir de modo negativo en su vida personal, familiar, social, académica, laboral o profesional.

Frente a dichas situaciones se ha ido construyendo un derecho al olvido o a ser olvidado (*right to oblivion* o *right to be forgotten*), cuya finalidad consiste, en último término, en cancelar o suprimir los datos de carácter personal (datos de identidad,

fotografías, vídeos, noticias, publicaciones de redes sociales, etc.) que estando alojados en internet puedan afectar a la persona. Para el Reglamento de Protección de Datos Personales de la Unión Europea el derecho al olvido es la manifestación del derecho de supresión aplicado de forma concreta a los buscadores de Internet²⁵.

En la doctrina, se discute sus alcances; por cuanto, de un lado, se señala que este derecho al olvido puede ser entendido como un derecho a cancelar o anonimizar los datos de origen legal o jurisprudencial referidos a los antecedentes judiciales o administrativos de las personas, especialmente penales, que obran en bases de datos o repertorios disponibles en internet, cuando pasado el tiempo hayan dejado de tener interés público, resulten gravosos o el interesado desea que quedasen en el olvido.

Pero, de otro lado, al derecho al olvido también se le concibe como un derecho a cancelar información agravante o difamatoria por la divulgación de fotos, audios o vídeos privados que forman parte del contenido del derecho a la protección de datos privados personales; en tanto afectan el honor, la intimidad, privacidad o la propia imagen de una persona²⁶. De allí que, el derecho al olvido surja como un derecho a que se eliminen los datos de una persona alojados en internet, tanto de las web fuentes como de los motores de búsqueda.

Desde la perspectiva jurisprudencial, bajo los lineamientos de la decisión del Supremo Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE), en el caso *Google Inc. y Google Spain v. Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González*, se consideró que el derecho al olvido debió ser entendido como un derecho del interesado a solicitar que la información sobre su persona ya no se pusiera a disposición del público en general mediante su inclusión en la red; por haber perdido interés la publicación de una orden judicial de remate de sus inmuebles por falta de pago de las cotizaciones sociales al Estado, dado que ya habían sido canceladas.

El mencionado caso finalmente fue resuelto por el Tribunal de Luxemburgo estableciendo que la supresión de la información debía ser efectuada caso por caso en

²⁵ Cfr. REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento General de Protección de Datos – RGPD). Asimismo, se puede revisar los artículos 93 y 94 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales del Reino de España, publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 294 de 06 de Diciembre de 2018.

²⁶ MARTÍNEZ OTERO, Juan María. “Derecho al olvido en internet: Debates cerrados y cuestiones abiertas tras la STJUE *Google vs AEPD y Mario Costeja*”. En. *Revista de Derecho Político* N.º 93, mayo-agosto 2015, UNED, pp. 111-117.

función de criterios muy precisos: “naturaleza de la información, su grado de sensibilidad en relación a la vida privada de la persona afectada, y el interés para el público de tener acceso a esta información, noción que cobra importancia cuando la persona objeto del tratamiento de información es conocida públicamente”²⁷.

Si bien el derecho al olvido representa un mecanismo de garantía del derecho al buen nombre de la persona afectada por la difusión de la noticia, implica a la vez un sacrificio innecesario del principio de neutralidad de internet y, con ello, de las libertades de expresión e información, sobretodo, si a partir de los principios democrático y constitucionales se sustenta el interés legítimo por mantener la memoria histórica, tanto general como particular. De hecho, se hace necesario realizar una ponderación o una fórmula orientada a establecer un adecuado balance entre los derechos y/o bienes en conflicto.

Las posiciones doctrinales, la sentencias reseñada y la legislación comparada solo son un indicativo de que hay muchos aspectos que son constantemente discutidos en torno al concepto y alcances del derecho al olvido, como un contenido esencial del derecho fundamental al internet, dado el vertiginoso desarrollo del entorno digital.

1.7. Control de la vigilancia electrónica

Las amenazas del terrorismo, el narcotráfico, la trata de personas, entre otras modalidades delictivas de alcance nacional y/o internacional, ha llevado a los Estados a establecer estándares de prevención y persecución de los delitos, mediante acuerdos internacionales, para desarrollar políticas y leyes nacionales armonizadas para combatir la delincuencia internacional y nacional²⁸.

Para lo cual, el uso de programas o sistemas de vigilancia electrónica de las comunicaciones privadas de acuerdo a ley, resulta ser una medida adecuada y necesaria cuando se la use de forma estrictamente proporcional a los fines legítimos

²⁷ PÉREZ GÓMEZ, Ana María. “Cuando Google juega con la información privada... El derecho al olvido digital en Europa, una lucha de titanes”. En *Revista La Propiedad Inmaterial* n.º 22, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre 2016, pp. 173-186. doi: <http://dx.doi.org/10.18601/16571959.n22.09>. (Consultado le 7 de febrero de 2019).

²⁸ Cfr. Convenio sobre la ciberdelincuencia – Budapest, 23-11-2001. Es el primer tratado internacional con el cual los Estados tratan de enfrentar a los delitos informáticos y a los delitos en Internet, a través de procurar la homogenización de leyes nacionales, la mejora de las técnicas de investigación y la cooperación policial entre los países. En <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802fa41c>. Visitado el 12 de setiembre de 2016.

perseguidos por las autoridades. Por eso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha planteado los límites de la apelación de algunos Estados a la doctrina de la seguridad nacional²⁹, cuando se vaya a usar como argumento para vigilar la correspondencia y los datos personales, por su discrecionalidad y excesos.

El desarrollo de las nuevas tecnologías permiten a las industrias de las telecomunicaciones e informática desarrollar cada vez más sofisticados sistemas, programas y aparatos de vigilancia electrónica; que demandan de nuevos estándares de protección de los derechos fundamentales, para no cometer excesos que afecten a terceros o a los investigados, sino en lo estrictamente necesario. Y si se cometen, existan mecanismos de control no solo del Estado sobre los privados, sino también de la ciudadanía y/o sus representantes sobre el Estado. Por cuanto, la interceptación y el almacenamiento de datos de las comunicaciones privadas en la era digital, constituye un grave peligro para los ciudadanos e incluso autoridades.

Por eso, los paladines mundiales de la libertad de la información por internet y del derecho a la privacidad como Edward Snowden han contribuido al mundo con las revelaciones del espionaje gubernamental de los Estados Unidos –programa *PRISM*³⁰–, Julian Assange ha aportado la difusión de documentos oficiales filtrados sobre asuntos de interés público mantenido en secreto por los gobiernos–*Wikileaks*³¹, o, el Consorcio Internacional de Investigación Periodística (ICIJ) ha difundido las actividades empresariales no éticas o ilegales de personajes públicos de fama internacional –*The Panama Papers*³².

²⁹ Corte IDH. *Molina Theissen vs. Guatemala*. Sentencia de 4 de mayo de 2004 (Fondo). Párrafo 40.2.

³⁰ *PRISM* es un programa mundial de espionaje de la Agencia de Seguridad Nacional del Gobierno de los Estados Unidos, en base a la Ley de Vigilancia de la Inteligencia Extranjera, que se reforzó con la Ley Patriótica, después del derribo a las torres gemelas de Nueva York de 2001, caracterizado por capturar los datos de las comunicaciones electrónicas privadas de compañías como Google, Apple, Microsoft o Facebook. Cfr. “Facts on the Collection of Intelligence Pursuant to Section 702 of the Foreign Intelligence Surveillance Act”. Office of the Director of National Intelligence. June 8, 2013. Ver <https://www.dni.gov/index.php/newsroom/press-releases/191-press-releases-2013/871-facts-on-the-collection-of-intelligence-pursuant-to-section702-of-the-foreign-intelligence-surveillance-act>. (Consultado el 11 de setiembre de 2016).

³¹ Cfr. “El Pentágono: Wikileaks sería irresponsable si publica los documentos”, en *Europa press*. <http://www.europapress.es/internacional/noticia-pentagono-wikileaks-seria-irresponsable-si-publica-documentos-20100813085329.html>. (Consultado el 11 de setiembre de 2016). Como respuesta el Congreso de los Estados Unidos aprueba la Ley *SHIELD* (*Securing Human Intelligence and Enforcing Lawful Dissemination*), prohibiendo la publicación de información clasificada sobre secretos internacionales de inteligencia.

³² Cfr. The International Consortium of Investigative Journalists. “Los papeles de Panamá” que aporta a la opinión pública información sobre la elusión y defraudación fiscal de empresas y personajes públicos –jefes de Estado, políticos, artistas, deportistas, etc.–, que alcanza a más de 11,5 millones de documentos del bufete de abogados panameños Mossak Fonseca. Ver <https://offshoreleaks.icij.org>. (Consultado el 13 de setiembre de 2016).

Como los derechos fundamentales tienen límites, estos límites a su vez tienen límites; en este entendido los derechos a la protección de datos, como el secreto de los documentos de Estado y/o la privacidad empresarial o económica, no son derechos absolutos; pero, ello, no significa que el interés público siempre deba prevalecer frente al interés particular del Estado o de los particulares. En todo caso, es legítimo realizar y difundir responsablemente investigaciones periodísticas, pero también resulta necesario realizar investigaciones fiscales y judiciales cuando sea el caso sobre las propias actividades ilícitas de los aparatos de seguridad del Estado en materia de vigilancia electrónica, como de las empresas y personajes defraudadores del Estado.

En general se puede señalar que el progresivo desarrollo del acceso y uso del derecho al internet en las dimensiones esenciales identificadas –libre acceso, seguridad, privacidad, uso de seudónimo, olvido digital y control de la vigilancia electrónica-, requiere de una tutela institucional y jurisprudencial adecuada. No obstante, a continuación se analiza la jurisprudencia sobre la materia emitida por el Tribunal Administrativo competente de la protección de los datos personales.

2. Jurisprudencia administrativa sobre internet y derechos fundamentales

Realizado el planteamiento de la naturaleza del internet como un derecho, con todas las ventajas y dilemas que presenta sobre los derechos fundamentales, dado su agresivo desarrollo tecnológico y/o comercial, corresponde analizar cómo ha respondido el Estado Constitucional a este nuevo desafío de las sociedades de la comunicación y el conocimiento en la actual era digital. Al respecto, el año 2011 el Congreso de la República dictó la Ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales (LPDP), creando la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, radicada en la Dirección General de Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la misma que conoce dos tipos de procedimientos:

a) Procedimiento administrativo sancionador por infracciones a la LPDP y su Reglamento, de acuerdo a lo establecido en los artículos 37 a 40 de la LPDP, que se inicia de oficio o denuncia de parte.

b) Procedimiento trilateral de tutela para la protección de los derechos reconocidos en la LPDP a los titulares de los datos almacenados en bancos de datos personales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 24 de la LPDP.

En atención a dichas facultades, la DGPDP desde el inicio de sus funciones el año 2014 ha resuelto casos vinculados a ambos tipos de procedimientos. En dicho sentido, a la fecha en los casos resueltos se pueden observar lo siguiente:

Tipo de procedimiento	Número de casos resueltos
Procedimientos administrativos sancionadores	42* (*)
Procedimientos trilaterales de tutela	39** (**)
Total	91

Fuente: ³³ Elaboración: Propia

Se han revisado todos los casos publicados en el portal institucional de la DGPDP de los cuales se han seleccionado 5 casos de procedimientos sancionadores y 6 casos de procedimientos trilaterales de tutela (3 del 2014 y 2 del 2015). La selección ha tenido como criterio el que el caso se vincule con la protección de datos personales en internet (bancos de datos o páginas web).

* Según la información de la página web de la DGPDP solo se ha publicado las decisiones recaídas en procedimientos sancionadores concluidos.

** Cabe añadir que de acuerdo a la información proporcionada por la página web de la DGPDP en el 2013 se resolvieron 3 casos, en el 2014 fueron 17 y en el 2015 se han resuelto 19 casos.

³³ Procedimientos administrativos sancionadores <http://www.minjus.gob.pe/procedimientos-administrativos-sancionadores/> (Consultado el 22 de setiembre de 2016). Procedimientos trilaterales de tutela <http://www.minjus.gob.pe/ptt-dgpd/> (Consultado el 22 de setiembre de 2016).

Seguidamente se efectuará una presentación de los casos seleccionados poniendo énfasis en la argumentación empleada por la DGPDP, bien para sancionar a los titulares de banco de datos personales (procedimiento sancionador) o, para proteger los derechos de los titulares de datos personales (procedimiento trilateral)³⁴.

1.1. Caso Clínica San Felipe

Según se señala en la Resolución Directoral N° 043-2015-JUS/DGPDP-DS, de fecha 15 de julio de 2015, la Clínica San Felipe fue sometida a procedimiento sancionador por utilizar tratamiento de datos personales sin consentimiento, al haberse detectado que obtiene formas de consentimiento inválidas para el tratamiento de los datos de los usuarios de su página web, ya que mediante el link “Contáctanos” realizaba recopilación y almacenamiento de datos personales de clientes y de no clientes (nombres, apellidos, sexo, DNI, fecha de nacimiento y correo electrónico).

Al respecto, en su descargo, Clínica San Felipe señaló que la información recabada de los usuarios no era información vinculada a datos sensibles dado que no estaban vinculados con su salud, asimismo que la información recabada podía ser ubicada en otras bases de datos de acceso público como guías telefónicas, registros del RENIEC y guías profesionales en el caso de los correos electrónicos, por ello, sostenía, que no sería información que afectase su esfera íntima. La Clínica también señaló que la información recaba y proporcionada por los usuarios tenía por objeto entablar una relación contractual vinculada a los servicios de salud que ofrece.

De igual manera, sostuvo que, a través de su “Política de Protección de Datos Personales” otorgaba a los usuarios de su página web información acerca del tratamiento que se brindaría a los datos que proporcionaban, siendo controvertible únicamente la forma en que se obtenía el consentimiento (de manera tácita o presunta).

Ante los descargos, la Dirección de Sanciones de la DGPDP, primera instancia administrativa, sostuvo que la Clínica había reconocido que realizaba tratamiento de datos personales, que de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 de la LPDP, el tratamiento de datos personales requiere el consentimiento de su titular. Sin embargo,

³⁴ Para identificar a los casos se ha utilizado el nombre del administrado sujeto al procedimiento sancionador. Asimismo, se debe precisar que se ha tomado aquellos aspectos de los casos que vinculan el tratamiento de los datos personales con el uso del internet.

según el artículo 14.5 de la misma LPDP establece que no se requiere dicho consentimiento cuando los datos personales sean necesarios para la ejecución de una relación contractual en la que el titular sea parte.

En virtud al parámetro legal citado, el tratamiento de datos personales de los clientes de la Clínica, quienes mantenían una relación contractual, se efectuaba a través del proceso denominado “Admisión de Pacientes”; por ello, se consideró que el tratamiento de datos a través de su página web, mediante el enlace “Contáctanos”, es un tratamiento adicional de datos personales que sí requería el consentimiento de su titular, siendo más evidente ello en el caso de los usuarios que no son clientes de la Clínica, por lo que no resultaba aplicable el artículo 14.5 de la LPDP (numeral 10.8 de la Resolución).

En esa misma dirección, se señaló que no resultaba de aplicación la excepción al consentimiento del titular, prevista en el artículo 14.2 de la LPDP, que establece que no se requiere el consentimiento para el tratamiento de datos obtenidos de fuentes accesibles al público, en la medida que los datos recopilados y almacenados a través del mencionado enlace no fueron obtenidos de guías telefónicas o registros públicos, sino que fueron proporcionados por los mismos usuarios de su página web, con lo que se requería su consentimiento (numeral 10.11 de la Resolución).

De otro lado, sobre la “Política de Protección de Datos Personales”, se concluyó que, tal y como estaba redactada, no constituía una política de protección de datos sino cláusulas de consentimiento inválidas pues no se ajustaba a los requisitos establecidos en el artículo 12 del Reglamento de la LPDP, que establece que el consentimiento debe obtenerse de manera libre, previa, expresa e inequívoca e informada.

El consentimiento no era libre en tanto el usuario no tenía la opción de otorgar o denegar el consentimiento ya que según la propia Política cualquier interacción web en sí misma implica que la clínica dé por otorgado el consentimiento (numeral 10.16). No era previo, pues la recopilación de los datos se daba con la sola navegación en la web. Tampoco era expreso e inequívoco, pues por sus propias características, con la sola navegación en web la Clínica presumía el consentimiento del usuario. Tampoco era informado pues de acuerdo a la propia información de la Política no se sabía a quién debería dirigirse la revocación para el tratamiento de los datos y cuál era la finalidad específica de su tratamiento (numerales 10.15 a 10.19 de la Resolución).

Por las razones expuestas se sancionó a Clínica San Felipe con cinco Unidades Impositivas Tributarias por usar formas de consentimiento inválidas para el tratamiento de datos personales. Asimismo, cabe precisar que esta decisión fue declarada firme mediante Resolución Directoral 028-2015-JUS/DGPDP de fecha 21 de setiembre de 2015, que rechazó el recurso de apelación de Clínica San Felipe por haber sido interpuesto de manera extemporánea.

El acceso a una página web y a las bases de datos que en ella se alojan para navegar, requiere no solo del conocimiento del usuario sino también de su consentimiento para poder asegurar su derecho de acceso al internet, libre e informado. Para lo cual las fórmulas del consentimiento deben ser claras, sencillas y precisas; a fin de asegurar que la relación virtual establecida no sea perjudicial para la parte más débil, que es el usuario, y, controlar a la parte fuerte de esta relación asimétrica, dado que el proveedor del servicio es el único que al ofrecer un producto lo conoce en detalle.

Por eso, el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios; para tal efecto, debe garantizar el derecho a la información sobre los servicios y bienes que se encuentran a su disposición en el mercado; asimismo, protege en particular la salud y la seguridad de las personas, señala el artículo 65 de la Constitución.

1.2. Caso SENTINEL PERU SA

SENTINEL PERU SA es una empresa dedicada al rubro de centrales privadas de información de riesgos (CEPIRS) que en el mes de setiembre de 2014 habilitó en su página web una herramienta denominada “Conoce a tu candidato”, desde la cual se podía acceder de manera gratuita a toda la información crediticia de los candidatos de las elecciones regionales y municipales del año 2014 (deudas reportadas con detalle de los montos, estado, calificación crediticia y situación de morosidad). En el mismo contexto, el director comercial de la empresa en diversos medios de comunicación difundió los alcances de dicha herramienta señalando que con ello la empresa cumplía una función social para permitir a la ciudadanía el acceso a información que les permitiría elegir por quien votar en el referido proceso electoral.

Por estos hechos mediante la Resolución Directoral 085-2015-JUS/DGPDP-DS, de fecha 11 de noviembre de 2015, SENTINEL PERU SA fue sancionada con 42

UIT por efectuar tratamiento de datos personales con infracción de los principios de finalidad y proporcionalidad de la LPDP³⁵, decisión que fue confirmada mediante Resolución Directoral 0006-2016-JUS/DGPD de fecha 22 de enero de 2016.

En primera instancia, la empresa sancionada alegó como sustento de su defensa los siguientes argumentos: a) la difusión y publicación de la información crediticia de los candidatos se hallaría amparada por la Ley 27489, Ley de Centrales de Riesgo, que faculta a las empresas dedicadas al rubro a efectuar tratamiento de datos crediticios para evaluar la solvencia económica de una persona; b) difundir información sobre la pertenencia de los candidatos a un partido político, información que se encuentra en fuentes de acceso público (bases de datos de ONPE y JNE), no puede constituir tratamiento de datos sobre convicciones políticas; c) el campo de acción de las centrales privadas de información de riesgo no se circunscribiría solo al mercado financiero sino también el denominado “mercado electoral”; d) la difusión de información a través de la herramienta “Conoce a tu candidato” no constituyó una estrategia publicitaria o de marketing, dado que como central de riesgo también puede realizar fines sociales, lo que se hizo con el acceso gratuito a información crediticia de los candidatos a través de la herramienta citada; e) la información proporcionada por la herramienta “Conoce a tu candidato” no afectaba el bien jurídico protegido por la LPDP dado que los propios candidatos difundieron su información electoral (pertenencia a un partido político) al presentarla ante la ONPE y hacerla pública en diversos medios de comunicación, por lo que la misma se convertiría en información de acceso público, por lo que no estaría bajo el ámbito de protección del derecho a la intimidad y la LPDP.

En relación con los argumentos de SENTINEL PERU SA, en primera instancia se sostuvo que de acuerdo al artículo 6 de la LPDP los datos personales deben ser recopilados para una finalidad específica. En esa dirección, la Ley 27849, Ley de Centrales de Riesgo autoriza que las CEPIRS solo efectúen tratamiento de datos

³⁵ Ley de Protección de Datos Personales

Artículo 6. Principio de finalidad Los datos personales deben ser recopilados para una finalidad determinada, explícita y lícita. El tratamiento de los datos personales no debe extenderse a otra finalidad que no haya sido la establecida de manera inequívoca como tal al momento de su recopilación, excluyendo los casos de actividades de valor histórico, estadístico o científico cuando se utilice un procedimiento de disociación o anonimización.

Artículo 7. Principio de proporcionalidad Todo tratamiento de datos personales debe ser adecuado, relevante y no excesivo a la finalidad para la que estos hubiesen sido recopilados.

vinculados a riesgos en el mercado, por lo que cualquier interpretación extensiva es contraria a dicha finalidad.

Por ello, cuando se verificó que el uso de la herramienta “Conoce a tu candidato” proporcionaba información que vinculaba los datos crediticios (información económica) del candidato con su afiliación al partido político que representaba y al cargo al que postulaba (información electoral), se concluyó que SENTINEL PERU SA había efectuado un tratamiento adicional de datos personales no razonable a su finalidad autorizada como central de riesgos. Asimismo, se concluyó que la empresa se convirtió en un “actor electoral” dado que proporcionaba información para que la ciudadanía decidiera su voto, siendo esta una finalidad ajena a la que como central de riesgos se encontraba autorizada por la Ley de Centrales de Riesgo, cual es entregar un reporte de crédito para evaluar la solvencia económica de una persona, lo cual además suponía una infracción al principio de proporcionalidad, en tanto la información proporcionada sobre los candidatos no resulta imprescindible o relevante para cumplir con la finalidad para la que como central de riesgos sí estaba autorizada (numeral 17.2 de la Resolución de primera instancia).

De otro lado, también se concluyó que este accionar constituía una forma de publicidad en beneficio de SENTINEL PERU SA, ya que la empresa difundió este servicio en medios de comunicación masiva a través de su director comercial, quien tiene por finalidad vender los servicios de la empresa, indicando que era la empresa más moderna del mercado en el rubro, además de publicitar sus tarifas y el alcance de sus servicios; y que, en todo caso, como toda empresa SENTINEL PERU SA puede efectuar la publicidad que le convenga, pero lo cuestionable es que lo haga difundiendo masivamente datos personales (numeral 18.5 de la Resolución de primera instancia).

Por último, se concluyó que hubo lesión al derecho a la protección de datos personales ya que este no exige una lesión al derecho a la intimidad personal, puesto que lo discutido, tal y como ya se ha evidenciado, fue el uso de información económica de los candidatos no acorde con la finalidad para la cual SENTINEL PERU SA se encontraba autorizada como central de riesgos (numeral 18.2 de la resolución de primera instancia).

Al apelar la decisión de primera instancia SENTINEL PERU SA sostuvo como argumentos los siguientes: a) la información electoral se encontraría bajo los alcances de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, por lo que al ser

información pública era viable que la misma pueda ser objeto de difusión por cualquier privado sin restricciones; b) tanto los candidatos como la ONPE difundieron, en diversos medios, su pertenencia o afiliación a un partido político, por lo que hicieron de la misma información pública no amparable por la LPDP, por lo que la decisión impugnada incurriría en un error al haber analizado el accionar de la empresa bajo el prisma del derecho a la protección de datos personales y no del derecho a la información pública como correspondía; c) considera que el concepto de mercado no solo debería circunscribirse al financiero sino también que debería extenderse al “mercado electoral” donde existe un cruce de información entre una oferta (candidatos) y una demanda (ciudadanos) para la toma de decisiones que pueden afectar el rumbo del país, por lo que con su accionar cumplen una función social.

Al respecto, la decisión de segunda instancia que confirmó la multa impuesta a SENTINEL PERU SA, sostuvo que: a) el hecho de que la información de un ciudadano se encuentre en una fuente de acceso público no hace de dichos datos información pública, por lo que para su tratamiento a través de su difusión se requiere recabar el consentimiento libre, previo, expreso e inequívoco e informado, de lo contrario estamos, como en el presente caso, frente a una infracción al derecho a la protección de datos personales, en todo caso, si la ONPE o el JNE difundieron la misma lo hicieron porque se encontraban autorizados de manera expresa por la ley, situación distinta a la de la empresa sancionada (numeral 3.2.3 de la Resolución de Segunda instancia); b) la DGPDP es la autoridad nacional en materia de protección de datos personales, por lo que sostener que el caso debió enfocarse desde el derecho de acceso a la información pública es un error ya que no es la autoridad competente en dicha materia y menos en materia electoral (numeral 3.2.2 de la Resolución de segunda instancia); c) la empresa sancionada es una CEPIR que de acuerdo a la ley de la materia solo está autorizada a brindar información para la evaluación de riesgos en el mercado, por lo que el uso de esa información para fines distintos a los autorizados por la Ley de Centrales de Riesgos, como lo es el uso electoral, constituye un tratamiento ajeno a su finalidad, más si se evidencia que el mismo ha tenido fines publicitarios, por lo que es erróneo sostener que SENTINEL PERU SA que el deber de información de riesgos en el mercado comprende información electoral, pues dicha finalidad no está establecida de forma clara, expresa e inequívoca en la Ley de Centrales de Riego (numeral 3.2.4 de la Resolución de segunda instancia).

En efecto, la protección de datos personales se funda en el derecho a la autodeterminación informativa que tiene toda persona, en tanto portadora y titular de información personal y/o familiar que no puede ser difundida o utilizada por terceros, salvo que medie consentimiento o se produzca por mandato de la ley³⁶. Así, el derecho a la autodeterminación informativa permite el control de los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, a que no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar, según el artículo 2, inciso 6 de la Constitución.

A partir de lo cual, se ha producido una vis expansiva de dicho derecho a la autodeterminación informativa, en la medida que: por un lado, la prohibición señalada no se ha reducido a proteger el clásico derecho a la intimidad, sino también a la intimidad patrimonial; así como, se ha establecido una interpretación restrictiva de la Ley de Centrales de Riesgo para la recopilación de datos personales inclusive que se hallen en bancos de datos públicos, que está acotada a registrar y transmitir información para el mercado –económico–, pero, no información para el “mercado electoral”.

1.3. Casos Cooperativa de Servicios Educativos San Felipe (San Felipe), Institución Educativa Teresa González de Fanning (Teresa González), CEP Isabel Flores de Oliva (Isabel Flores)

Se ha citado todos los casos de manera conjunta en tanto a todas las instituciones educativas sancionadas se les atribuye una misma infracción el tratamiento de datos personales sin haber recabado el consentimiento de sus titulares, el hecho específico, consiste en publicitar en su página web institucional fotografías de sus estudiantes sin acreditar haber recabado el consentimiento de sus padres o tutores legales.

En dicho sentido, el colegio San Felipe señaló que las fotografías publicadas en su portal web correspondían a una sesión de fotos del verano del año 2011 para la campaña promocional de la admisión de dicho año, que en aquella ocasión todos los padres asistieron y prestaron su consentimiento, que a la fecha de descargo no todos los padres continuaban en el colegio, sin embargo, presentaron el consentimiento

³⁶ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. *Informática y protección de datos personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)*. Madrid: CEC, 1993, pp. 15-36.

firmado por los que aún permanecían con sus hijos en el colegio. Por su parte, Teresa González sostuvo que las imágenes no serían datos personales, sino imágenes de actividades que se realizan en el colegio, pues han sido tomadas en sus instalaciones. Por último, Isabel Flores indicó, como argumento de defensa, que las imágenes de su página web corresponden a ex alumnos del colegio.

Al respecto, la Dirección de Sanciones sostuvo respecto de todos los casos que no se había acreditado que las instituciones educativas hayan obtenido el consentimiento previo y expreso para el tratamiento de los datos personales (imágenes de alumnos o ex alumnos) a través de su página web, que se procedía a sancionar a cada una de las instituciones educativas con las Resoluciones Directorales 117-2015-JUS/DGPDP-DS del 18 de diciembre de 2015 a San Felipe (confirmada por la Resolución Directoral 20-2016-JUS/DGPDP de fecha 23 de febrero de 2016); 016-2016-JUS/DGPDP-DS del 18 de enero de 2016 a Teresa González, y 025-2016-JUS/DGPDP-DS Isabel Flores del 18 de enero de 2016, cabe añadir que estas dos últimas resoluciones no fueron impugnadas por las instituciones educativas sancionadas por lo que quedaron consentidas en primera instancia.

La propia imagen es un derecho fundamental que la Constitución reconoce a toda persona en su artículo 2, inciso 7 *in fine*; el derecho a la propia imagen de toda persona tiene una doble vertiente, como derecho a su figura humana, y, el derecho a que no se haga uso de su imagen sin su consentimiento. En virtud del cual cualquier utilización de nuestra imagen sin nuestro consentimiento constituye una vulneración de dicho derecho fundamental³⁷.

No obstante, que las imágenes captadas de los alumnos y alumnas de las instituciones educativas fueron realizadas en sus locales y en el marco de sus actividades de formación, hizo bien la Autoridad en establecer un escrutinio estricto para controlar el registro de los datos personales, en la medida que se requiere el consentimiento expreso de la voluntad de cada persona para ceder su propia imagen, en tanto derecho fundamental indisponible por terceros³⁸.

³⁷ ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel. *El derecho a la propia imagen*. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 77-83.

³⁸ PASCUAL MEDRANO, Amelia. *El derecho fundamental a la propia imagen. Fundamento, contenido, titularidad y límites*. Navarra: Thomson – Aranzadi, 2003, pp. 44-55.

1.4. Caso “El Comercio”

El denunciante³⁹ cuestionaba que el diario *El Comercio* no atendiera su solicitud de cancelación respecto del alojamiento desde el año 2011 de un link en su página web (<http://elcomercio.pe/archivo/2011-03-17>) que enlazaba con una publicación de otra página web (<http://whiskyleaksperu.blogspot.com/>) en la que se alojaba un audio de una llamada telefónica sostenida entre el denunciante y el ex presidente Alejandro Toledo. En la web de *El Comercio* se mostraba la información a modo de nota periodística con la opinión del ex Presidente Toledo respecto del referido audio. El denunciante consideró al seguir dicha publicación activa al año 2014 se afectada sus derechos a la intimidad, el honor y buena reputación, en tanto ya no actúa en la vida política del país. Por su parte *El Comercio* en su defensa señaló que la publicación se derivó de las declaraciones del ex Presidente brindadas a la prensa en general, por lo que se contenido se ajustó a la labor periodística que cumple como tal; asimismo, indicó que había retirado la publicación y que la misma ya no figuraba en su página web.

La denuncia fue declarada infundada mediante Resolución 061-2014-JUS/DGPDP de fecha 1 de agosto de 2014 porque si bien la libertad de información debe armonizarse con los principios de la protección de datos personales, en el caso debía evaluarse la “importancia que conlleva mantener de forma permanente una absoluta accesibilidad a los datos personales contenidos en noticias, cuya relevancia informativa puede devenir en inexistente en el contexto actual. Asimismo, debe tener en cuenta los efectos sobre la privacidad de las personas que deriva de ello, considerando además si la persona involucrada desarrolla actividad de relevancia pública” (numeral 10).

Por ello, señaló la Autoridad, si bien en la nota periodística figuran datos personales del denunciante, en la difusión de la noticia existe un interés público en atención a la actividad pública del denunciante porque: a) el reclamante fue Ministro de Estado y congresista de la República durante el gobierno del ex Presidente Toledo, por lo que existe un interés público en las informaciones vinculadas a la actuación de un ex funcionario público; b) si bien la noticia se difundió en el 2011, al 2014 el interés

³⁹ En la resolución de la DGPDP se ha tachado el nombre del denunciante para mantener en reserva su identidad y así respetar su derecho al olvido.

público no ha dejado de existir, más si en ella está involucrado un ex presidente que sigue vinculado a la vida política del país; c) la noticia se publicó en virtud a las declaraciones del ex Presidente Toledo en el marco de una actividad proselitista siendo este quien aludió al reclamante; y, d) el audio no fue publicado por la web de *El Comercio*, que además, a la fecha de emisión de la resolución, había bloqueado y luego cancelado los datos del reclamante y que fueron motivo de la denuncia.

Esta decisión fue objeto de un recurso de reconsideración el que fue declarado infundado mediante Resolución 070-2014-JUS/DGPDP de fecha 3 de octubre de 2014. El reclamante como argumentos sostiene, por un lado, que, si bien comparte el criterio de que es legítimo el interés de conocer sobre los cargos y acciones de quienes han sido funcionarios públicos, tales informaciones no deberían haber sido obtenidas por medios ilegales como en el caso en el que se vulnera el derecho a la intimidad personal del reclamante al haberse interceptado una comunicación telefónica, de otro lado, que la relevancia pública de la información ya no se mantendría pues el audio difundido fue interceptado en el año 2004, es decir hace más de 10 años.

Al respecto, la DGPDP sostuvo que en la reclamación no se había sostenido ni probado que el audio original difundido haya sido interceptado de manera ilegal por *El Comercio* y que, en todo caso, el denunciante había optado por la vía penal para cuestionar la ilegal interceptación telefónica. Finalmente, consideró que, a pesar de la cancelación por parte de *El Comercio* de la información sobre el reclamante, la difusión de la noticia y del audio que se hizo en su momento revestía un notorio interés público que el reclamante no había podido desvirtuar.

Cabe agregar que un caso sustancialmente igual, referida a la difusión del mismo audio, formulada por el mismo reclamante pero esta vez en la página web del diario *La República* fue resuelta en términos similares mediante la Resolución Directoral N° 062-2014-JUS/DGPDP de fecha 1 de agosto de 2014, confirmada mediante Resolución Directoral 069-2014-JUS/DGPDP de fecha 3 de octubre de 2014 que declaró infundado el recurso de reconsideración del reclamante.

El derecho al olvido o cancelación de datos en internet en las páginas web de los periódicos se fundamenta en el derecho a la intimidad personal y familiar. Así, la protección de datos personales se extiende a las informaciones publicadas por los medios de comunicación digitales que obren en otras fuentes de internet, como los blogs. No obstante, en este caso no se trata de la exposición de información privada –

sobre asuntos de interés político- de cualquier persona, sino de un ex Ministro de Estado.

De modo que, el derecho al olvido no debería ser absoluto, en la medida que se trate de un personaje público; porque, una sobreprotección de sus datos podría afectar la libertad de expresión, que incluye el derecho a la información ciudadana. En un mundo donde cada vez la política se desprestigia por quienes asumen dichas responsabilidades, incluso de elección popular, para medrar de los cargos públicos; parece razonable que la presunción sea más bien el de la publicidad y la excepción sea el derecho al olvido digital⁴⁰.

1.5. Caso “datosperu.org”

Mediante Resoluciones Directorales 074-2014-JUS/DGPDP de fecha 24 de octubre de 2014 y 075-2014-JUS/DGPDP de fecha 24 de octubre de 2014 se declaró fundada dos solicitudes de tutela contra Datosperu.org debido a que esta página web difundía anuncios obtenidos de otros bancos de datos (Diario Oficial *El Peruano*) sin haber recabado el consentimiento de los titulares de los datos personales difundidos y sin haberla actualizado debidamente.

En relación el primer caso, se trataba del hecho de que en la dirección electrónica <<http://www.datosperu.org/>> se encontraba alojada en formato portátil la resolución que autorizaba al procurador público de la Policía Nacional del Perú a impugnar judicialmente las resoluciones supremas de ascenso y posterior pase a retiro por causal de renovación del reclamante. En el segundo caso, se discutía el hecho de la publicación de la resolución que impuso sanción disciplinaria de destitución al reclamante en su condición de ex funcionario de la unidad de tesorería de una municipalidad.

En ambos casos los reclamantes acreditaron que datosperu.org no había recabado su consentimiento para realizar tratamiento automatizado de sus datos personales. También se constató que la referida página web no había anonimizado los datos de los reclamantes y que la información difundida con los datos de los reclamantes no estaba debidamente actualizada, pues en el primer caso la resolución

⁴⁰ Álvarez Caro, María. *Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*. Madrid: Editorial Reus, 2015, pp. 107-125.

que autorizó al Procurador a accionar judicialmente fue dejada sin efecto, y en el segundo caso la resolución de destitución del reclamante fue declarada nula por la Corte Suprema que dispuso se realice un nuevo procedimiento administrativo en donde fue absuelto por haberse declarado la prescripción.

Las funciones de los funcionarios públicos se encuentran regladas por la Constitución y las leyes, en esa medida el acceso a la información pública es un derecho fundamental, es una manifestación del principio de transparencia, propio de las sociedades democráticas. Por eso, toda persona puede solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública en el plazo legal y con el costo que suponga el pedido; con excepción de las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por la ley o por razones de seguridad nacional, señala el artículo 2, inciso 5 de la Constitución.

Más aún la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley N° 27806, ampara el derecho fundamental a conocer los asuntos públicos, ciertamente solicitando su acceso. Por tanto, no es de recibo que la información pública registrada en la base de datos del diario oficial, que da cuenta de las normas y resoluciones, sobre los funcionarios públicos, no puedan ser captadas y difundidas por internet; sino que estas para que estén protegidas deben ser verdaderas en el tiempo, es decir deber ser actualizadas, salvo que se señale su carácter sucesáneo en un momento determinado

1.6. Caso del blog “Defensa de los derechos humanos laborales”

El blog citado fue objeto de una reclamación por parte del gerente de una empresa que había sido sancionada por la autoridad de trabajo por la vulneración de los derechos de sus trabajadores. El reclamante sostenía que en el blog se había efectuado un tratamiento de datos –recopilación y difusión- relativos a su persona, específicamente su nombre, DNI e imagen.

El blog reclamado adujo en su defensa que la información propalada era de acceso público pues se encontraba alojada en fuentes accesibles para el público (Consulta RUC SUNAT y web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo) y no estaba referido a aspectos sensibles de la personalidad del reclamante y que no era necesario recabar el consentimiento del titular pues la información era de acceso público.

En la Resolución Directoral 030-2015-JUS/DGPDP de fecha 22 de octubre de 2015, que declaró fundado el reclamo, se consideró en primer lugar que la LPDP y su Reglamento protegen los datos personales de las personas naturales, más no de las personas jurídicas, lo que no quiere decir que los datos de estas no estén protegidas, sino que no se encuentran bajo el régimen legal de la LPDP y su Reglamento; por ello la difusión de los datos de la empresa (razón social, RUC, giro de negocio) no constituye una infracción a la LPDP.

De otro lado, se sostuvo que el tratamiento de datos de las personas naturales que representan a las personas jurídicas, en tanto su uso esté vinculado con la actividad comercial de la empresa o como parte de los datos de esta, no se encuentra protegida por la LPDP. En el caso, se consideró contrario al principio de proporcionalidad el uso de datos personales del reclamante, tales como su DNI e imagen, para propalar la información vinculada a la lesión de derechos laborales por parte de la empresa que constituye en estricto información en torno a la propia actividad de la persona jurídica y no del reclamante.

Asimismo, se sostuvo que en el presente caso era necesario contar con el consentimiento del reclamante para difundir en el blog su DNI e imagen, debido a que este los hechos informados no eran de interés general o relevancia pública, debido a que el afectado no desarrolla actividad pública.

También se sostuvo que el blog realizaba tratamiento automatizado de datos personales que si bien habían sido obtenidos de fuentes de acceso público, la LPDP autoriza el acceso sin consentimiento de los datos personales a dichas fuentes, pero no autoriza a su archivo o difusión sin mediar el consentimiento de su titular.

Finalmente, el hecho de que la información difundida se encuentre en fuentes de acceso público no conlleva que los datos personales se conviertan en información pública, el acceso se autoriza para fines de consulta y no de difusión.

Esta decisión fue confirmada en todos sus extremos por la Resolución Directoral 035-2015-JS/DGPDP de fecha 24 de noviembre de 2015. De esta resolución cabe resaltar el análisis que se realiza del conflicto entre la libertad de información y el derecho a la protección de datos personales. Según la DGPD se debe ponderar de un lado la naturaleza de la información publicada y el interés público en la difusión de la información.

Respecto del primer aspecto, se concluyó que el blog reclamado en la entrada cuestionada contiene datos personales del reclamante que exceden la identificación del reclamante como representante de la persona jurídica que son tratados sin su consentimiento. Es decir, el tratamiento de los datos del representante de una empresa debe limitarse a aquellos que sean necesarios para identificarlo como tal. Sobre el segundo elemento se concluyó que no existe un interés público relevante en que terceros accedan a información personal del reclamante, pues la información publicada se centra en emitir opiniones en torno a la actividad comercial de la empresa de la cual el reclamante es representante, es de la persona jurídica mas no de la persona natural.

Resulta pertinente que se haya establecido que obtener información de bases de datos públicas sobre determinadas personas naturales, no faculta a que un tercero las archive, procese y difunda en un blog; por cuanto, se requiere del consentimiento del titular de la información personal, más no cuando son asuntos de interés público referidos a personas jurídicas, que no gozan del derecho de protección de datos personales.

No obstante, acertadamente se plantea la necesidad de realizar un test de razonabilidad y proporcionalidad entre la libertad de información por internet y el derecho a la “privacidad” de la empresa denunciada. Tarea que queda amparada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la medida que ha reconocido ciertos derechos fundamentales a las personas jurídicas, como el de la autodeterminación informativa ⁴¹; motivo, por el cual podría ser justiciable mediante el proceso constitucional de amparo.

1.7. Caso “Google”

En el presente caso una persona intentó infructuosamente que *Google Perú SRL* y *Google Inc.* Cancelen sus datos que aparecen a través del motor de búsqueda *Google Search* que lo vinculan con un proceso penal del cual a la fecha de solicitud había sido sobreseído. *Google Inc* le respondió que debía dirigirse directamente a los administradores de las páginas webs que difundían la información cuestionada.

⁴¹ Tribunal Constitucional. Expediente N° 4972-2006-PA/TC. FJ 14, e.

A nivel del procedimiento de tutela, tanto *Google Perú SRL* como *Google Inc* eludieron formular descargos bajo el argumento de que la segunda no operaba el motor de búsqueda y que no tiene la titularidad de la información cuya protección que se reclama; y la segunda no se encontraba domiciliada en territorio peruano por lo que las disposiciones de la LPDP y su Reglamento no le resultaban aplicables.

Mediante la Resolución Directoral 045-2015-JUS/DGPDP de fecha 30 de diciembre de 2015, la DGPDP considera que el motor de búsqueda *Google Search* (a través del sitio web “<http://www.google.com.pe>”) constituye un tratamiento de datos personales por dos motivos: a) porque realiza una operación técnica automatizada que tiene por finalidad identificar, recopilar, sistematizar, almacenar y difundir información en sus servidores, esto constituye una clasificación de información que permite luego su acceso a terceros; y, b) porque brinda servicios de búsqueda por internet empleando nombres y apellidos de las personas afectándose con ello su privacidad.

De otro lado, en el análisis se ha concluido que *Google Perú SRL* y *Google Inc*. están vinculados indisolublemente por el tratamiento de la publicidad y las operaciones efectuadas a través de la web <http://www.google.com.pe/> estuvieron ubicadas en territorio peruano, por lo que estaban sujetos a la LPDP y su Reglamento y además afectan la privacidad del reclamante.

Asimismo, se ha considerado que al permitirse a los robots de búsqueda vincular y hipervisibilizar los datos personales (nombres y apellidos) del reclamante con la información que se pide cancelar, porque no se ajusta a los nuevos hechos, dado que fue absuelto del delito por el que se le procesaba, supone una lesión a su derecho a la protección de datos personales y su difusión mediante el motor de búsqueda debe cesar. Finalmente, se ha ordenado que se excluya como criterio de búsqueda los nombres y apellidos del reclamante, lo que no impide que se pueda acceder a dicha información a través de otros criterios de búsqueda.

Esta decisión fue impugnada, habiéndose rechazado el recurso y confirmado la decisión antes citada mediante la Resolución Directoral 026-2016-JUS/DGPDP de fecha 11 marzo de 2016. En esta se han empleado básicamente los argumentos ya reseñados en los párrafos precedentes.

Como el internet es un almacén de información a la que se accede desde cualquier lugar, que se multiplica exponencialmente, la obtención, consulta, y difusión

a través de las redes sociales es una tarea muy simple, poniendo en tensión derechos de los usuarios y las empresa prestadoras de servicios de internet. Por eso, parece tan necesario la protección de datos personales, como asegurar los intereses legítimos de los operadores económicos y de los usuarios del internet, en el marco de una interpretación sobre la base del principio de proporcionalidad⁴².

II. Conclusiones y perspectivas

El nuevo paradigma de la sociedad de la información y del conocimiento permiten que con el desarrollo del internet y las nuevas tecnologías se potencialice no solo cuantitativamente los derechos fundamentales, sino que también adopten un grado artificial de desarrollo, propio de las sociedades de consumo de la información y la comunicación.

El Estado como garante del interés general debe mejorar la tecnología digital, ampliar los servicios diversos y baratos de banda ancha, alfabetizar digitalmente y cerrar la brecha tecnológica que existe entre ricos y pobres, entre jóvenes y viejos; pero, se encuentra a la zaga de los avances de las nuevas tecnologías, que amplían y masifican el consumo de instrumentos y medios de comunicación, a través del uso del internet; con lo cual, las regulaciones normativas no existen o no prevén el impacto del goce y ejercicio del derecho frente a terceros y a los bienes constitucionalmente protegidos.

Desde luego, que el internet se está convirtiendo en un nuevo derecho fundamental de las personas; pero, cuya titularidad reposa no solo en el ciudadano sino también en los proveedores –privados y estatales donde fuera- de los insumos estructurales para el uso de esta red de comunicación.

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales el internet debe gozar de un contenido esencial, constitucionalmente protegido; debido a que es un bien de dominio público. En virtud del cual el Estado debe asegurar su acceso para todos, la libertad de uso del mismo, la seguridad y privacidad de los datos y comunicaciones, el uso anónimo del mismo, el derecho al olvido digital; así como, el control de la vigilancia electrónica, para evitar los excesos públicos y/o privados en la lucha contra la ciberdelincuencia.

⁴² RALLO, Artami. *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*. Madrid: CEPC, 2014, p. 257.

En particular, la vinculación entre el derecho a la protección de datos personales y el internet, como medio de registro y difusión de información, es innegable, dado que todos los días en ella se aloja información que atañe a aspectos personales de los ciudadanos; protegidos por la el derecho a la autodeterminación informativa, del artículo 2, inciso 6 de la Constitución.

Los pocos casos resueltos por la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales demuestran que se está empezando a sentar una línea de protección del derecho a la protección de datos personales, que en todo caso, aún resulta insuficiente. Al respecto podemos ver como se ha sancionado a todas las páginas webs de instituciones educativas, empresas y entidades públicas que emplean imágenes de sus miembros para publicitar sus funciones o servicios sin haber requerido de manera previa el consentimiento de sus titulares (casos San Felipe, Teresa González e Isabel Flores).

De igual manera, resulta interesante advertir que la protección de los datos personales puede constituirse en un límite válido del ejercicio de la libertad de información, en vista que se emplea el juicio de relevancia pública para determinar la legitimidad de la difusión de datos personales por parte de medios de comunicación social a través del internet (casos El Comercio, La República, Blog Defensa de los derechos humanos laborales).

En esa misma dirección ha resultado interesante advertir el análisis que se ha hecho de la difusión de información crediticia de candidatos, en el marco de un proceso electoral, por medio de una empresa del rubro de las centrales de riesgo que no se encontraba autorizada para vincular dicha información económica con la de tipo político.

Todo ello demuestra que quienes son objeto de control son las instituciones y corporaciones privadas, que gracias al internet han hecho un uso mercantil de los derechos ciudadanos; pero, que la Autoridad pública al comienzo de su funcionamiento ha iniciado una línea de protección de los derechos fundamentales personales.

No obstante, constituye un gran desafío regular los ámbitos de desprotección del derecho ciudadano al internet y de sus datos personales, no solo frente a los poderes privados sino también frente al propio Estado. Ello será posible a partir de comprender que todo Estado constitucional tiene como fundamento proteger tanto los

nuevos derechos y libertades ciudadanas, como limitar los excesos de los poderes públicos y ahora también de los privados.

Lima, 8 de febrero de 2019.

4. El discurso del odio contra las minorías sexuales: respuestas penales y administrativas en España

*O discurso do ódio contra as minorias sexuais:
respostas penais e administrativas em Espanha*

*Hate speech against sexual minorities:
criminal and administrative responses in Spain*

Miguel Ángel Presno Linera¹

Resumen

En este estudio se analiza, en el contexto europeo, el significado jurídico del discurso del odio, así como las respuestas normativas de tipo penal y administrativo que se han aprobado en España frente al discurso del odio contra las minorías sexuales.

Palabras clave: discurso del odio, minorías sexuales, orientación sexual, identidad sexual.

Resumo

Neste estudo se analisa, no contexto europeo, o significado jurídico do discurso do ódio, bem como as respostas normativas de índole penal e administrativa que se aprovaram em Espanha frente ao discurso do ódio contra as minorias sexuais.

Palavras chave: discurso do ódio, minorias sexuais, orientação sexual, identidade sexual.

Abstract

This study analyses, in the European context, the legal significance of hate speech, as well as criminal and administrative normative responses that have been approved in Spain regarding hate speech against sexual minorities.

Keywords: hate speech, sexual minorities, sexual orientation, sexual identity.

¹ Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Oviedo. presnolinera@gmail.com Blog: <http://presnolinera.wordpress.com>; Web: <http://presnolinera.wix.com/presnolinera>; Twitter: @PresnoLinera
DOI – <https://doi.org/10.36592/9786587424347-4>

Introducción: La orientación y la identidad sexuales como una forma de libre desarrollo personal vinculada al derecho a la intimidad y, en su caso, a la integridad física y moral

En un ordenamiento constitucional democrático la vida y la orientación sexuales de las personas con plena capacidad volitiva forman parte del ámbito de libertad protegido por los derechos a la intimidad y, en su caso, a la integridad física y moral. En este sentido, y por lo que se refiere al derecho a la intimidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sostuvo en el conocido caso *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981, que la vida y orientación sexuales forman parte de la intimidad. En dicho asunto, y en los posteriores *Norris c. Irlanda*, de 26 de octubre de 1988, *Modinos c. Chipre*, de 22 de abril de 1993, y *A.D.T. c. Reino Unido*, de 31 de julio de 2000, el TEDH concluyó que la interferencia del Estado en el desarrollo de la vida privada, basada en la protección de la moralidad comunitaria sobre la sexualidad, no constituye un fin legítimo que ampare la restricción de ese derecho.

En España, la jurisprudencia constitucional se ha venido ocupando, sobre todo, de la orientación sexual y ha declarado que se trata de una circunstancia en la que no puede basarse un trato peyorativo para el ejercicio de otro derecho constitucional como es el derecho al trabajo. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 41/2006, de 13 de febrero dijo que la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el artículo 14 de la Constitución como uno de los concretos supuestos en los que está prohibido un trato discriminatorio, está incluida en la cláusula “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación².

A esta conclusión se llegó a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el artículo 14 el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1, por los profundos prejuicios arraigados normativa y

² Sobre esta sentencia, Ascensión ELVIRA PERALES “La interdicción de discriminación por razón de orientación sexual: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 41/2006”, *Teoría y realidad constitucional*, n.º 20, 2007, págs. 655-661.

socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex artículo 10.2, debe servir de fuente interpretativa del artículo 14.

En efecto, en cuanto a lo primero, es notoria la posición de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido las personas de orientación homosexual. En cuanto a lo segundo, puede citarse a modo de ejemplo que el TEDH, al analizar el alcance del artículo 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo³.

Otro ámbito en el que se ha proyectado la orientación sexual sin restricciones ha sido, en el ordenamiento constitucional español, el del matrimonio, articulado a partir de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código civil en materia de derecho a casarse, cuya constitucionalidad fue admitida en la STC 198/2012, de 6 de noviembre⁴.

³ Al analizar el alcance del artículo 14 del CEDH, el TEDH ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, (STEDH de 21 de diciembre de 1999, caso *Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal*); insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el artículo 14 CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias de trato basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas (entre otras, SSTEDH de 9 de enero de 2003, casos *L. y V. contra Austria*, § 48, y *S.L. contra Austria*, § 37, o 24 de julio de 2003, caso *Karner contra Austria*, § 37, a las que se han remitido numerosas sentencias posteriores como son las SSTEDH de 10 de febrero de 2004, caso *B.B. contra Reino Unido*; 21 de octubre de 2004, caso *Woditschka y Wilfing contra Austria*; 3 de febrero de 2005, caso *Ladner contra Austria*; 26 de mayo de 2005, caso *Wolfmeyer contra Austria*; 2 de junio de 2005, caso *H.G. y G.B. contra Austria*; o 22 de enero de 2008, caso *E.B. contra Francia*, § 91).

La propia Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 21) contempla de manera explícita la “orientación sexual” como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación. Previamente, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea (Resolución A-0028/94 del 8 de febrero de 1994, DOC 28.02.94)... “pide a la Comisión que presente una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales; 14. Opina que la recomendación debería, como mínimo, tratar de poner fin: § A la existencia de edades distintas y discriminatorias para el consentimiento necesario para mantener relaciones homosexuales. § A la persecución de la homosexualidad como un atentado contra el orden público o las buenas costumbres. § A toda forma de discriminación en el derecho laboral y relativo a los servicios públicos y a la discriminación en el derecho penal, civil, contractual y comercial. § Al almacenamiento electrónico de datos relativos a la orientación sexual de un individuo sin su conocimiento y consentimiento, o a la divulgación no autorizada o al uso indebido de dichos datos. § A la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales; la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia...”

⁴ Me ocupé de esta cuestión en “El matrimonio: ¿garantía institucional o esfera vital? A propósito de la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 19, 2013, disponible, a 20 de julio de 2020, en https://www.ugr.es/~redce/REDCE19/articulos/13_PRESNO.htm; véanse también los trabajos de Javier MATÍA PORTILLA “Matrimonio entre personas del mismo sexo y

Y si bien la bisexualidad no sido objeto, en términos históricos, de la represión y estigmatización que sufrió la homosexualidad, también habría que entender que se trata de una circunstancia personal vinculada al libre desarrollo personal ínsito en el derecho fundamental a la intimidad y, por tanto, debe ser garantizada por los poderes públicos.

Igualmente, está amparada por la autonomía personal, siempre que se trate de una persona mayor de edad, la decisión de someterse a una cirugía transexual, y en tal sentido el artículo 156 del Código penal exime de responsabilidad en tales supuestos. Al respecto, y como se resume en la STC 176/2008, de 22 de diciembre (FJ 3),

“debe recordarse que en la actualidad nuestro ordenamiento jurídico reconoce la condición de transexual de una persona sin exigir la superación de todas las fases necesarias para el cambio de sexo y, en concreto, el haberse sometido a una intervención quirúrgica de reasignación sexual. En efecto, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, posibilita a la persona transexual corregir la inicial asignación registral de un sexo que no se corresponde con su identidad de género, así como el cambio de nombre en consonancia con este último, bastando para ello con que acredite, mediante informe de médico o psicólogo clínico, que le ha sido diagnosticada disforia de género, y que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes del sexo reclamado (art. 4.1 de la Ley 3/2007), lo que dará derecho a poder solicitar la rectificación de la mención registral del sexo, que tendrá efectos constitutivos (art. 5 de la Ley 3/2007), incluso con carácter retroactivo, según ha señalado la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2007”.

Mucho más reciente en términos legales y jurisprudenciales es la atención a la identidad sexual: basta recordar que en la STC 176/2008, de 22 de diciembre, se alude a ella como un “trastorno” (FJ 8); cuatro años después el mismo Tribunal Constitucional pasa a referirse a la “discriminación por razón de identidad sexual”

Tribunal Constitucional: un ensayo sobre la constitucionalidad del primero y los límites de la actuación del segundo” en *Constitución y democracia: ayer y hoy : libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Vol. 2, Universitas Editorial, 2012, págs. 2257-2278; “Interpretación evolutiva de la constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 31, 2013, págs. 541-554

(STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 12).

1. ¿De qué hablamos, en términos jurídico-constitucionales, cuando hablamos de discurso del odio?

En primer lugar, y aunque resulte obvio, conviene recordar que cualquier consideración al respecto debe articularse teniendo en cuenta un concreto marco jurídico-constitucional -en este caso el español-, incluida la repercusión que puedan tener en dicho marco la normativa y la jurisprudencia internacional a las que remite el propio texto constitucional (aquí, en particular, el Convenio Europeo de Derechos Humanos -CEDH- y la jurisprudencia del TEDH)⁵.

Pues bien, desde el bien conocido asunto *Handyside c. Reino Unido*, de 1976, el TEDH sostiene que la libertad de expresión ampara “no sólo las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existen una "sociedad democrática" (por citar algunos de los casos más recientes en los que se reitera esta doctrina, *Morice v. Francia* 2015; *Pentikäinen v. Finlandia*, 2015; *Perinçek c. Suiza*, 2015 y *Bédat v. Suiza*, de 2016).

⁵ Sobre el discurso del odio en la doctrina española: Miguel Ángel PRESNO LINERA/Germán TERUEL LOZANO *La libertad de expresión en América y Europa*, Juruá, Lisboa, 2017; con más detalle, David MARTÍN HERRERA “Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio”, *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, vol. 62, nº 2, 2014, págs. 15-40; Miguel REVENGA SÁNCHEZ (dir.) *Libertad de expresión y discursos del odio*, Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones; Andrés GASCÓN CUENCA *El derecho a la libertad de expresión y su relación con el discurso del odio: estándares internacionales de protección y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, Tesis Doctoral, Valencia, 2016; del mismo autor, *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacional de protección*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016; Rafael ALCACER GIRAO “Diversidad cultural, intolerancia y derecho penal”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 18, 2016, y “Opiniones constitucionales”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2018, disponible en <http://www.indret.com/pdf/1362.pdf>; Fernando MIRÓ LLINARES (dir.) *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, 2017; Francisco VALIENTE MARTÍNEZ *Límites constitucionales al discurso del odio*, Tesis doctoral, Universidad Pontificia Comillas, 2017; en Lucía ALONSO y Víctor VÁZQUEZ (dirs.) *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*, Athenaica, Sevilla, 2017; Ana VALERO HEREDIA “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial”, *Revista española de Derecho constitucional*, nº 110, 2017, págs. 305-333; Jon Milena LANDA GOROSTIZA/Enara GARRO CARRERA (Coords.) *Delitos de odio : derecho comparado y regulación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

Así pues, la libertad de expresión protege el discurso que exterioriza aversión u hostilidad –odio- hacia el sistema constitucional, el Estado, sus instituciones y, en principio, contra una “fracción de la población”, siempre que no haya incitación, directa o indirecta, a la violencia (*Karakoyun y Taran c Turquía*, de 2007).

En esta línea, el Tribunal Constitucional español declaró que la sanción penal de la difusión de ideas que justifiquen el genocidio solo resulta posible “siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión” (STC 235/2007, F. 9). Y esta tutela constitucional del “odio como discurso” resulta reforzada en el contexto del debate político o sobre asuntos de interés general, lo que ampararía actos expresivos de hostilidad a los símbolos del Estado, altos cargos institucionales, concretas ideologías o creencias,... Son, pues, ejercicio de la libertad de expresión discursos que manifiesten aversión, hostilidad, odio... a la bandera de un Estado (STEDH *Partido Demócrata Cristiano del Pueblo c. Moldavia*, 2010), a próceres o a un alto cargo institucional (*Murat Vural c Turquía*, 2014; *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, 2018), a las fuerzas de seguridad del Estado (*Savva Terentyev c. Rusia*, de 28 de agosto de 2018).

No estaríamos, pues, muy lejos, al menos en este punto, de lo que sostuvo el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el caso *Watts v. United States*, de 1969, donde consideró libertad de expresión decir “si tuviera un rifle la primera persona que querría tener en el punto de mira sería Lindon B. Johnson”. Pero, en general, en Estados Unidos el umbral de protección del “discurso odioso” es más alto que en Europa: “el discurso que degrada en base a la raza, la etnia, el género, la religión, la edad, la discapacidad o cualquier otro terreno similar es odioso, pero el mayor orgullo de nuestra jurisprudencia es que protegemos la libertad de expresar el pensamiento que odiamos” (*Matal v. Tam*, de 2017).

En Europa, el TEDH ha articulado, en buena medida, el “discurso del odio” a partir de la obligatoriedad que tienen los poderes públicos de combatir expresiones que incidan en la estigmatización que ya padecen los grupos vulnerables. Según el propio TEDH la vulnerabilidad es un concepto relacional (depende de factores históricos, institucionales y sociales), particular (las personas que pertenecen a estos grupos son más vulnerables que otras) e implica un daño o estigmatización, especialmente en un contexto de discriminación. Así, en un pronunciamiento reciente ya citado (*Savva Terentyev c. Rusia*), se entiende por vulnerable “una minoría o grupo

desprotegido que padece un historial de opresión o desigualdad, o que se enfrenta a prejuicios arraigados, hostilidad y discriminación, o que es vulnerable por alguna otra razón, y por lo tanto puede, en principio, necesitar una mayor protección contra los ataques cometidos a través del insulto, la ridiculización o la calumnia (así, en *Soulas y otros v. Francia*, de 10 de julio de 2008, y *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009, donde las declaraciones controvertidas se dirigieron contra las comunidades de inmigrantes no europeos en Francia y Bélgica respectivamente; *Balsytė-Lideikienė c. Lituania*, de 4 de noviembre de 2008, donde dichas declaraciones se referían a minorías nacionales en Lituania poco después del restablecimiento de su independencia en 1990, o *Vejdeland y otros c. Suecia*, de 9 de febrero de 2012, donde la declaración impugnada había sido dirigida contra los homosexuales).

Por su parte, la Recomendación General n. 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, adoptada el 8 de diciembre de 2015, ha definido como discurso del odio “el uso de una o más formas de expresión específicas –por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones- basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico, al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual”.

La Constitución española (CE) no menciona la vulnerabilidad pero prevé la protección para grupos que hoy consideramos vulnerables, como los demandantes de asilo (art. 13), prohíbe la discriminación por nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otra circunstancia personal o social, incluida la orientación sexual (art. 14), manda a los poderes públicos desarrollar “una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de disminuidos [sic] físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49),... Y, según el art. 9.2 CE, los poderes públicos deben promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud y facilitar la participación de todos en la vida política, económica, cultural y social.

Así pues, la protección jurídica de los grupos vulnerables justificaría excluir de la garantía constitucional expresiones de odio dirigidas contra ellos aunque no implicaran incitación a la violencia. Y eso podría articularse de diferentes formas (penales, civiles, administrativas) y, en su caso, a través de distintas sanciones. A título de ejemplo, y aunque se volverá más adelante, el Código penal incluye el discurso del odio (sin citarlo expresamente) como agravante de delito básico cometido por aversión discriminatoria (art. 22.4), como tipo específico de aversión discriminatoria criminógena (art. 510.1.a), como subtipo agravado de aversión discriminatoria lesiva por atentar contra la paz pública y generar un clima de hostilidad o inseguridad (art. 510.4)...

En suma, y a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos, en Europa, con carácter general, no hace falta que concurra incitación a la violencia en las expresiones de odio hacia grupos vulnerables. En estos casos o bien se entiende que ha habido abuso del derecho ex artículo 17 CEDH o que, directamente, se trata de conductas expresivas no amparadas por el artículo 10 CEDH.

Fuera de estas expresiones de hostilidad hacia los grupos vulnerables, la represión de discurso del odio exigiría una incitación, directa o indirecta, a la violencia motivada por la aversión hacia las personas contra las que se dirige. Así, de acuerdo con la STC 235/2007, “la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado ‘discurso del odio’, esto es, a aquel desarrollado en términos que supongan una incitación a la violencia contra ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular”.

2. La respuesta penal frente a los ataques contra la orientación e identidad sexuales en el marco del convenio europeo de derechos humanos

Hay que empezar recordando que la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), del Consejo de Europa, en su Recomendación General nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio ha definido este fenómeno en los siguientes términos: “el discurso de odio debe entenderse como fomento, promoción o instigación, en cualquiera de sus formas, del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o

grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de “raza”, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, *identidad de género*, *orientación sexual* y otras características o condición personales” (la cursiva es nuestra).

Pues bien, el TEDH ha tenido ocasión de analizar de manera específica la respuesta penal a la homofobia con ocasión del asunto *Vejdeland y otros c. Suecia*, de 9 de febrero de 2012⁶. Los hechos, tal y como se relatan en la sentencia, fueron los siguientes:

en diciembre de 2004, los demandantes, junto a otras tres personas acudieron a una escuela secundaria superior y distribuyeron aproximadamente un centenar de panfletos dejándolos en o sobre las taquillas de los alumnos. El incidente finalizó cuando intervino el director del instituto y les conminó a abandonar el edificio. El autor del panfleto era una organización llamada National Youth y los folletos contenían, entre otras, las siguientes declaraciones: «Propaganda Homosexual En el curso de las últimas décadas, la sociedad ha pasado del rechazo de la homosexualidad y otras desviaciones sexuales a abrazar estas inclinaciones a las desviaciones sexuales. Vuestros profesores antisuecos conocen perfectamente que la homosexualidad tiene un efecto moral destructivo en la sociedad y ellos, voluntariamente trataran de considerarla como algo normal y bueno. Contarles que el HIV y el SIDA aparecen rápidamente entre los homosexuales y que su estilo de vida promiscuo es una de las principales razones y punto de apoyo de esta plaga moderna. Contarles que las

⁶ En la doctrina española pueden verse menciones y comentarios a esta sentencia, entre otros, en los trabajos de Octavio SALAZAR BENITEZ y Luca GIACOMELLI “Homofobia, Derecho penal y libertad de expresión: un estudio comparado de los ordenamientos italiano y español”, *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, n^o 26, julio-diciembre 2016, disponible (a 20 de julio de 2020) en https://www.ugr.es/~redce/REDCE26/articulos/04_SALAZAR_GIACOMELLI.htm; Irene SPIGNO “Homofobia y transfobia: los discursos de odio contra las minorías sexuales en el ágora europea” en Lucía ALONSO y Víctor VÁZQUEZ (dirs.) *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*,.... págs. 241 y sigs.; en un contexto más amplio, Germán TERUEL LOZANO “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, n^o 27, enero-junio 2017, disponible (a 20 de julio de 2020) en https://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/03_TERUEL.htm; sobre alcance de la libertad de expresión en ejercicio de la libertad religiosa y su proyección sobre las personas homosexuales véanse, en una línea similar, Ángel LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ “La libertad de expresión de la jerarquía eclesiástica y el discurso del odio”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n^o 42, 2016; Javier MARTÍNEZ TORRÓN “Hate speech, libertad de expresión y sentimientos religiosos”, *Estudios eclesiásticos*, vol. 92, n^o 363, 2017, págs. 749-767, y Enrique HERRERA CEBALLOS “El discurso religioso contra la homosexualidad. Análisis desde la perspectiva de la libertad religiosa”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n^o 47, 2018.

organizaciones homosexuales están tratando de minimizar la importancia de la pedofilia y solicitan que su desviación sexual sea legalizada.

Después de sucesivas resoluciones judiciales el asunto llegó al Tribunal Supremo de Suecia que, por mayoría, condenó a los demandantes por agitación contra un grupo nacional o étnico. Dicha mayoría (tres de cinco) consideró, en primer lugar, que la injerencia en la libertad de los demandantes de distribuir los panfletos podía ser considerada necesaria en una sociedad democrática y proporcionada al objetivo de la protección del grupo de los homosexuales de la violación de la que eran objeto en el panfleto. En concreto, dijo que “a la luz de la jurisprudencia del TEDHE en relación con el artículo 10, en la interpretación de la expresión "desprecio" de la disposición relativa a la incitación contra un grupo, debería hacerse una valoración exhaustiva de las circunstancias del caso, donde, en particular, debiera considerarse lo siguiente. El reparto de folletos tuvo lugar en una escuela. Los acusados no tenían libre acceso a los edificios, que pueden considerarse como un entorno relativamente protegido en cuanto a las acciones políticas de los intrusos. La colocación de los folletos en y sobre las taquillas de los alumnos significaba que los jóvenes los recibieron sin tener la posibilidad de decidir si querían aceptarlos o no. El propósito de la entrega de los folletos de hecho era iniciar un debate entre alumnos y profesores sobre una cuestión de interés público, en concreto la objetividad de la educación en las escuelas suecas y proporcionar argumentos a los alumnos Sin embargo, estas acciones se llevaron a cabo de una manera ofensiva y despectiva para los homosexuales como grupo y sin tratar de evitar en la medida de lo posible declaraciones que sean injustificablemente ofensivas para otros, ocasionando así una lesión de sus derechos y sin contribuir a ninguna forma de debate público que podría ayudar aún más a la comprensión mutua. El propósito de los folletos se podría haber logrado sin declaraciones que fueran ofensivas para los homosexuales como grupo.

Los tres primeros demandantes fueron condenados a sentencias con suspensión combinadas con multas que iban desde las 1.800 coronas suecas (unos 200 euros) a 19.000 coronas suecas (aproximadamente 2.000 euros) y el cuarto condenado lo fue a libertad condicional.

Al respecto, el TEDH recuerda que en los panfletos se decía que la homosexualidad era una desviación sexual» que tenía un «efecto moral destructivo en la sociedad». Los panfletos también afirmaban que la homosexualidad era una de las

principales razones por las que el VIH y el SIDA se habían desarrollado y que el «lobby homosexual» intentaba restar importancia a la pedofilia. En opinión del Tribunal, a pesar de que estas declaraciones no incitaban directamente a las personas a cometer actos de odio, son acusaciones graves y perjudiciales.

Añade el TEDH que la incitación al odio no necesariamente entraña la llamada a un acto de violencia, u otros delitos. Los ataques que se cometen contra las personas al injuriar, ridiculizar o calumniar a grupos específicos de la población son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión ejercida de una forma irresponsable (*Féret c. Bélgica*, de 2009) A este respecto, el Tribunal matiza que la discriminación basada en la orientación sexual es tan grave como la discriminación basada en la «raza, origen o color», añadiendo que los demandantes no fueron sentenciados a prisión, a pesar de que el delito por el cual fueron condenados llevaba aparejada una pena de prisión de hasta dos años. En cambio, tres de ellos fueron sancionados con multas que iban desde aproximadamente 200 euros a 2.000 euros, y el cuarto demandante fue puesto en libertad condicional. El Tribunal no encuentra estas penas excesivas dadas las circunstancias.

Considerando lo mencionado anteriormente, el TEDH concluyó que la condena de los demandantes y las penas impuestas no eran desproporcionadas al objetivo legítimo perseguido y que los motivos dados por el Tribunal Supremo sueco para justificar estas medidas eran pertinentes y suficientes. La injerencia en el ejercicio de los demandantes de su libertad de expresión podía ser considerada por las autoridades como necesaria en una sociedad democrática para la protección de la reputación y de los derechos ajenos.

En el voto concurrente del juez Yudkivska que suscribe el juez Villiger se lamenta que el Tribunal pierda una oportunidad de «consolidar un enfoque sobre el discurso de odio» contra los homosexuales, como comentaron las terceras partes intervinientes. Además, se reconoció que, «a pesar de que el Tribunal no ha tratado todavía este aspecto, el discurso homófobo también entra dentro de lo que puede considerarse como una categoría de «discurso de odio», que no está protegido por el artículo 10».

En dicho voto, se recuerda que aunque no existe ninguna definición consensuada sobre la incitación al odio en el derecho internacional, el Comité de

Ministros del Consejo de Europa fue muy claro en su Recomendación núm. R (97) 20: el término «incitación al odio» debe ser «entendido como abarcando todas las formas de expresión que extienda, incite, promueva o justifique el odio racial, xenofobia, antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia ...». En el presente caso los demandantes describen la homosexualidad como una «conducta sexual desviada» y acusan a los homosexuales de «tener un efecto moralmente destructivo en el seno de la sociedad» y de ser la principal razón de la extensión del VIH y del SIDA. En opinión de estos jueces, dichas acusaciones se ajustan perfectamente a la mencionada definición.

En resumen, por una parte, el TEDH no exige que haya habido una incitación a la violencia o a la realización de actos delictivos; basta con que se produzca algún tipo de estigmatización o difamación contra una parte de la sociedad. En segundo lugar, y no resulta trivial, esa hostilidad o aversión basada en la orientación sexual es tan grave como la discriminación basada en la raza.

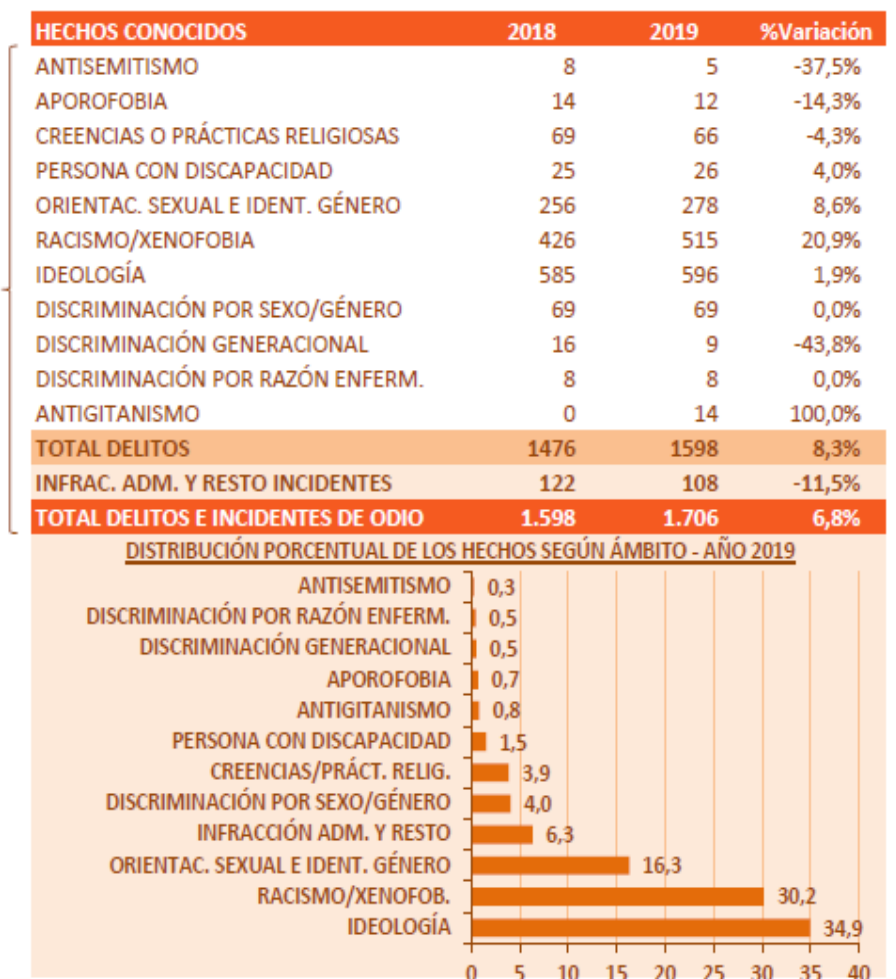
No obstante, y ahí radica la crítica que llevan a cabo los jueces Yudkivska y Villiger se perdió la oportunidad de «consolidar un enfoque sobre el discurso de odio» basado en la orientación sexual de las personas porque no hay que olvidar que en el fallo resultaron determinantes dos circunstancias: la colocación de los folletos en y sobre las taquillas de los alumnos significaba que los jóvenes los recibieron sin tener la posibilidad de decidir si querían aceptarlos o no y el público destinatario de los panfletos eran estudiantes menores de edad y, por tanto, más proclives a ser influenciados. No parece descabellado pensar que, en otro contexto, el TEDH podría haber considerado que se trataba de opiniones que podían molestar, inquietar u ofender pero que tenían que ser toleradas en aras al pluralismo propio de una sociedad democrática avanzada.

3. La situación criminológica en España de los delitos de odio, con especial atención a los vinculados a la identidad/orientación sexual

Desde el año 2014 las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuentan con un Protocolo de Actuación sobre delitos de odio y conductas que vulneran las normas legales sobre discriminación. Este protocolo facilita el reconocimiento de estos hechos por parte de los cuerpos policiales, la correcta recogida y documentación de los

mismos, al tiempo que permite mejorar y ofrecer una mayor protección a las víctimas de estos actos⁷.

En este contexto, el Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España correspondiente al año 2019⁸ da cuenta de los siguientes hechos:



Según esta información, los hechos delictivos de odio por razón de orientación o identidad sexual habrían crecido un 8'6% del año 2018 al 2019 y supondrían el 16,3% del total.

Además, y en cuanto al género de las víctimas, los datos son los siguientes:

⁷ <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/PROTOCOLO+ACTUACION/99ef64e5-e062-4634-8e58-503a3039761b> (a 20 de julio de 2020).

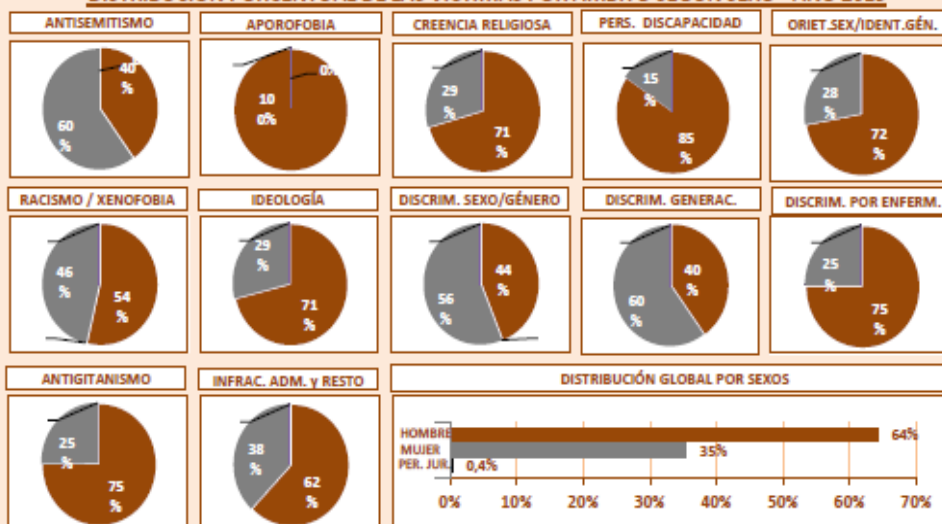
⁸ <http://www.interior.gob.es/documents/642012/3479677/Informe+sobre+la-f2b64c117a0a> (a 20 de julio de 2020).

>> VICTIMIZACIONES REGISTRADAS SEGÚN SEXO



VICTIMIZACIONES POR DELITOS DE ODIO	Hombre	Mujer	Pers.Jur./Desc.	Total
ANTISEMITISMO	2	3	0	5
APOROFOBIA	13	0	0	13
CREENCIAS O PRÁCTICAS RELIGIOSAS	36	15	0	51
PERSONA CON DISCAPACIDAD	22	4	0	26
ORIENTAC. SEXUAL E IDENT. GÉNERO	230	89	2	321
RACISMO/XENOFOBIA	298	257	2	557
IDEOLOGÍA	408	166	2	576
DISCRIMINACIÓN POR SEXO/GÉNERO	32	41	0	73
DISCRIMINACIÓN GENERACIONAL	2	3	0	5
DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN ENFERM.	6	2	0	8
ANTIGITANISMO	9	3	0	12
TOTAL VICTIMIZACIONES POR DELITOS	1058	583	6	1647
INFRAC. ADM. Y RESTO INCIDENTES	23	14	0	37
Total VICTIMIZACIONES	1.081	597	6	1.684

DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL DE LAS VÍCTIMAS POR ÁMBITO SEGÚN SEXO - AÑO 2019

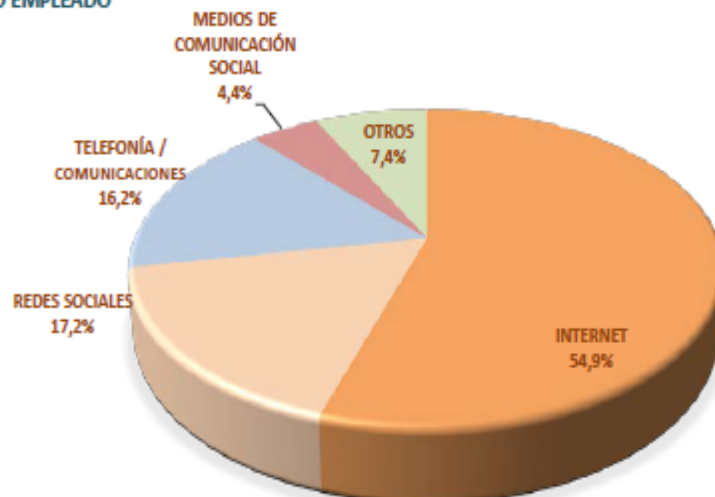


Entre los hechos conocidos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad relativos a los “delitos de odio” que se hayan podido cometer por Internet o redes sociales, los ámbitos de “racismo/xenofobia” “orientación sexual e identidad de género” e “ideología” son los que muestran mayor incidencia en 2019, con un total 204 casos registrados.

INTERNET Y REDES SOCIALES	2018	2019	%Variación
ANTISEMITISMO	2	0	-100,0
APOROFOBIA	0	0	0,0
CREENCIAS O PRÁCTICAS RELIGIOSAS	5	12	140,0
PERSONA CON DISCAPACIDAD	4	5	25,0
ORIENTAC. SEXUAL E IDENT. GÉNERO	32	31	-3,1
RACISMO/XENOFOBIA	89	133	49,4
IDEOLOGÍA	24	17	-29,2
DISCRIMINACIÓN POR SEXO/GÉNERO	9	5	-44,4
DISCRIMINACIÓN GENERACIONAL	0	0	0,0
DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN ENFERM.	1	0	-100,0
ANTIGITANISMO	0	1	100,0
TOTAL DELITOS E INCIDENTES DE ODIO	166	204	22,9

TIPO DE HECHO	
AMENAZAS	47
OTROS CONTRA LA CONSTITUCIÓN	19
INJURIAS	33
DISCRIMINACIÓN	22
CALUMNIAS	8
RESTO	75
Total	204

>> MEDIO EMPLEADO



4. La protección penal frente a los ataques por razón de orientación o identidad sexuales

En el Código penal de 1995, luego de numerosas y no siempre coherentes reformas, aparecen varias prescripciones que tratan de proteger a las personas frente a los ataques que puedan recibir por razón de su identidad u orientación sexual. Aquí también se evidencia que el Derecho penal asume, en un ordenamiento constitucional democrático, la condición de ultima ratio: se justifica en la protección de un bien jurídico frente a conductas que revelen una especial potencialidad lesiva para el mismo y, además, solo debe ocuparse de las concretas conductas que resulten más graves e intolerables, debiendo acudir en los demás supuestos al Derecho administrativo

sancionador, pues de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado (así, STC 51/2005, de 14 de marzo, FJ 3).

4.1. A través de la agravación de una conducta típica básica: el artículo 22.4 del Código penal

Con carácter más general, el artículo 22.4 configura como circunstancia agravante “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, *orientación o identidad sexual*, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad”⁹.

Una agravante de esta naturaleza, que responde a lo que se denominado en Estados Unidos el “animus model”, fue avalada por el Tribunal Supremo norteamericano en el conocido caso *Wisconsin v. Mitchell*, de 7 de octubre de 1989, por entender que la motivación -el odio en este caso- justificaba la mayor sanción penal que se imponía a unos hechos que objetivamente ya eran delictivos¹⁰.

En España, la doctrina ha señalado que “para aplicar la agravación por motivos discriminatorios es necesario que cualquiera de los mismos, o varios de ellos, sean el desencadenante del ilícito penal, de tal manera que si el mismo sobreviene durante o tras la acción delictiva, no cabrá apreciarla. Por ello, desde un punto de vista cronológico, sostiene la Jurisprudencia que los motivos de discriminación tienen que concurrir en un momento inmediatamente anterior al dolo o a la determinación delictiva, sin perjuicio, en caso contrario, de valorar las expresiones que se profirieran, pero que no motivaron el hecho delictivo, como injurias o vejaciones¹¹.

⁹ Octavio SALAZAR y Luca GIACOMELLI señalan que habría sido más correcto usar los términos “diversidad afectiva y sexual” e “identidad de género” para referirse a las posibles acciones discriminatorias de las que pueden ser víctimas las personas del colectivo LGTBI; *ob. cit.*, nota 24.

¹⁰ Juan Alberto DÍAZ LÓPEZ analiza este caso al tratar la agravante genérica del Código penal español en “El artículo 22.4 y la motivación discriminatoria online”, en Fernando MIRÓ LLINARES (dir.) *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*,..., págs. 111 y 112; para una perspectiva general del odio como delito véase el estudio con el mismo título de Juan Luis FUENTES OSORIO en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2017, disponible, a 20 de julio 2020, en <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-27.pdf>

¹¹ Dulce María SANTANA CUESTA “El tratamiento penal de la discriminación por razón de orientación o identidad sexuales”, en Víctor CUESTA LÓPEZ/ Dulce María SANTANA CUESTA *Estado de Derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pág. 397, y la bibliografía que allí se cita.

También operaría la agravante en los casos de *error in personam* (por ejemplo, se quiere atentar contra una persona por ser homosexual y se ataca a una persona heterosexual que se le parecía) y cuando la circunstancia discriminatoria no determina la acción pero sí la elección de la víctima (un grupo de personas quieren sustraer dinero pero eligen a las víctimas por su identidad sexual)¹².

Para aplicar esta circunstancia agravante se han venido utilizando por los tribunales una serie de elementos indiciarios, principalmente el empleo de expresiones de odio de manera previa a la comisión del delito y la “gratuidad” de la agresión, entendida como la ausencia de un móvil alternativo¹³.

En el Código penal se han incluido varios tipos que se dirigen contra las conductas discriminatorias por razón de orientación o identidad sexual. Cabe destacar, en primer lugar, el artículo 314: “Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, *orientación sexual*, situación familiar, enfermedad o discapacidad, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses”.

En segundo lugar, los artículos 511 y 512 recogen conductas delictivas en las que se castiga la denegación de servicios públicos o una prestación a la que se tenga derecho en el contexto de una relación empresarial o actividad profesional¹⁴.

¹² Para una argumentación más detallada véase el texto, ya citado, de Dulce María SANTANA LÓPEZ, págs. 398 y 399, donde también se ponen los ejemplos aquí citados.

¹³ Véanse, al respecto, Jacobo DOPICO GÓMEZ-ALLER “Motivos racistas o similares” en MOLINA FERNÁNDEZ (Coord.) *Memento práctico penal 2017*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, págs. 479 y sigs., y DÍAZ LÓPEZ, *ob. cit.*, pág. 123.

¹⁴ Artículo 511. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años.

En estos tres preceptos llama la atención que no se contemple la identidad sexual como una de las circunstancias que determina la existencia del hecho delictivo¹⁵, sí el castigo debido a la discriminación por “orientación sexual”, que ha de entenderse referida a la homosexualidad, la bisexualidad y la transexualidad; es obvio, como señala la profesora Rodríguez Yagüe¹⁶, que el concepto orientación sexual incluye también las manifestaciones heterosexuales pero también lo es que únicamente se pueden referir a aquéllas, y no a éstas últimas, las notas de rechazo y prejuicio que han padecido a lo largo de la Historia por parte de determinados sectores de la sociedad. Parece que tampoco cabría incluir entre las causas de discriminación sancionadas en estos artículos concretas prácticas sexuales que puedan ser consideradas en un determinado momento como transgresoras de los cánones sociales, si bien no faltan opiniones doctrinales que abogan por proteger frente a la discriminación a quienes desarrollan esas prácticas, teóricamente, minoritarias¹⁷.

4.3. A través de la tipificación de “conductas de odio” por motivos de orientación e identidad sexuales: el artículo 510 del Código penal

De acuerdo con el artículo 510.1 del Código penal, reformado en el año 2015¹⁸,

4. En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre uno y tres años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

Artículo 512. Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio”.

¹⁵ Véase, sobre los artículos 511 y 512, el exhaustivo estudio de Cristina RODRÍGUEZ YAGÜE *La tutela penal del derecho a no ser discriminado (Análisis de los artículos 511 y 12 del Código Penal)*, Bomarzo, Albacete, 2007; mucho más reciente, “La sanción penal de la denegación discriminatoria de prestaciones: una reflexión a partir de su (in)aplicación por los tribunales” en *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española* (coord. por Jon Mirena LANDA GOROSTIZA y Enara GARRO CARRERA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 261-302`.

¹⁶ *La tutela penal del derecho a no ser discriminado...*, págs. 526 a 528.

¹⁷ Así, Jesús BERNAL DEL CASTILLO *La discriminación en el derecho penal*, Comares, Granada, 1998, págs. 44 y sigs; María Luisa CUERDA ARNAU *Comentarios al Código penal de 1995* (coordinados por Tomás VIVES ANTÓN), Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 244, o Alfonso ARROYO DE LAS HERAS *Las circunstancias agravantes en el Código penal de 1995*, VARIOS AUTORES, Aranzadi, Cizur Menor, 1997; pág. 59.

¹⁸ Para una panorámica de la redacción anterior y de la vigente véase, por ejemplo, el trabajo de Víctor GOMEZ MARTÍN “Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista”, en Fernando MIRÓ LLINARES *ob. cit.*, págs. 177 y sigs.

serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a.- Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél,... su sexo, orientación o identidad sexual,...

b.- Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél,... su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

c.- Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo,..., su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

Así pues, en este apartado se contemplan la “orientación o identidad sexual” como circunstancias cuya concurrencia justifica la sanción, primero, de quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia; en segundo lugar, la de quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para realizar alguna de las conductas del apartado a); finalmente, la de quienes nieguen, trivialicen o enaltezcan una serie de delitos especialmente graves y así se promueva un clima de violencia, odio, hostilidad o discriminación por razón de identidad u orientación sexual.

Es importante tener presente, por lo que respecta a la letra a), que debe tratarse de un comportamiento “público” y que el fomento, promoción o incitación pueden ser directos o indirectos; también en la letra b) se incluyen materiales o soportes que

idóneos para fomentar, promover, o incitar “directa o indirectamente” al odio, hostilidad, discriminación o violencia.

Por su parte, el artículo 510.2 sanciona con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses a:

“a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología,... su sexo, orientación o identidad sexual,..., o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología,..., su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución”.

Como explica el profesor Gómez Martín, el apartado b) del 510.2 se diferencia del apartado c) del 510.1 en que, primero, en el precepto segundo no se sanciona la “justificación”, lo que sí ocurre en el 510.2; además, las conductas previstas en el 510.1.c) se vinculan a delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, mientras que en el 510.2.b) se estaría ante otros delitos cometidos por los motivos discriminatorios indicados en el tipo penal.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo “se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación”, lo que debe entenderse en el sentido de creación de una atmósfera o estado de opinión propicio para la reproducción de

conductas violentas, hostiles, de odio o discriminatorias contras los grupos protegidos por el tipo penal¹⁹.

El artículo 510.3 regula como subtipo agravado la realización de alguna de las conductas previstas en los apartados anteriores “a través de un medio de comunicación social, por medio de Internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que aquél se hiciera accesible a un elevado número de personas”. Es sabido que en apartados anteriores del artículo 510 se exige que la conducta sea realizada públicamente -art. 510.1.a), 510.1.c)- o por cualquier medio de expresión pública -510.2.b)- por lo que debe entenderse que la publicidad prevista en el artículo 510.3 CP se refiere no a cualquier medio de comunicación pública sino a los vinculado, como se dice en el propio precepto, a las tecnologías de la información y la comunicación (páginas web, blogs, redes sociales...), si bien hay que tener en cuenta que la potencial amplia difusión de estos instrumentos no implica que, de hecho, se consiga llegar a mucha gente: si es cierto que hay cuentas de Twitter con cientos de miles de seguidores también lo es que muchas otras tienen unas pocas decenas.

Para tratar de singularizar el alcance de cada uno de estos apartados, Gómez Martín apunta que el carácter público de las conductas previstas en los números 1 y 2 del artículo 510 alude a los supuestos de comunicación pública a un colectivo de personas sin acudir para ello a los medios de comunicación masivos y pone como ejemplos las conferencias, charlas, mítines políticos... para un colectivo amplio²⁰.

El artículo 510.4 define otro subtipo agravado: “cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado”.

Finalmente, y conforme al artículo 510 bis, “cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33. En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el

¹⁹ Así lo explica Ana GARROCHO SALCEDO “Delito de incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia”, en Fernando MOLINA FERNÁNDEZ (dir.) *Memento Práctico Penal 2016*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pág. 1759.

²⁰ *Ob. cit.*, pág. 192.

número 3 del artículo 510 del Código Penal”.

6. La protección administrativa frente a los ataques por razón de orientación o identidad sexuales

En el Estado social, el poder público dotado de más capacidad de gestión para remover los citados obstáculos a la igualdad real lo constituyen las diferentes administraciones públicas, especialmente la estatal y las autonómicas. Pues bien, los Parlamentos autonómicos han generalizado en los últimos diez años leyes dirigidas a garantizar la no discriminación y la libertad sexual de quienes, por razón de su orientación o identidad, han venido siendo objeto de ataques y estigmatizaciones de diferente naturaleza²¹.

En general, estas leyes tienen un contenido similar e incluyen, entre otras cosas, medidas para garantizar el derecho de toda persona en el territorio de la respectiva comunidad autónoma a no ser discriminada por razón de su orientación sexual o identidad y/o expresión de género; también a la protección efectiva por parte de la Administración autonómica a personas que sean víctimas de discriminación y delitos de odio, o sufran trato discriminatorio, vejatorio o degradante por orientación sexual e identidad y/o expresión de género. En particular, se contemplan previsiones

²¹ Cabe mencionar, entre otras, la Ley 14/2012, de 28 de junio, de derechos de las personas transexuales del País Vasco; la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia; Ley 11/2014, de 10 de octubre, de la Generalitat de Cataluña para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia; la Ley 8/2014, de 28 de octubre, de Canarias, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales; la Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid, y Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid; la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBIfobia de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; la Ley 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana; la Ley Foral Navarra 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+; la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía y la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía, y la Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de Aragón.

formativas, divulgativas, de sensibilización y, en general, acciones positivas que permitan la igualdad real de las personas LGTBI; medidas de apoyo y protección a personas LGTBI en situación de vulnerabilidad o exclusión social; acciones positivas, medidas de apoyo y reconocimiento institucional, en los ámbitos familiar y educativo, en el trabajo y la salud; medidas contra las agresiones y delitos de odio por orientación sexual e identidad o expresión de género y, finalmente, un capítulo de infracciones y sanciones para su aplicación a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, por la realización de las acciones u omisiones tipificadas en estas leyes.

En algunos casos hay similitud entre las previsiones sancionadoras de estas leyes y las incluidas en el Código penal; por ejemplo, la discriminación en el disfrute de un servicio público o de una prestación profesional (artículos 511 y 512 del Código penal); en tales circunstancias las autoridades administrativas pasarán el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrán de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones. De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados (artículo 69 de la Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid).

Aquí, como en otros ámbitos, el problema surge con el fenómeno de creciente tipificación de conductas expresivas, que, en su fase más exacerbada, alcanza la imposición de cuantiosas sanciones económicas por descalificar a determinados colectivos, llevar a cabo actos de mera provocación a las instituciones o a una parte de la sociedad. Puede discutirse, en primer lugar, si ha lugar a la sanción de estos comportamientos; en segundo lugar, si el derecho adecuado para la sanción es el penal o el administrativo y, en tercer término, el alcance de las sanciones a imponer según se trate de conductas más o menos graves.

Respecto a la primera cuestión, y como hemos comentado más arriba, la tipificación de conductas sancionables exigiría que se tratase de comportamientos que incitan a la violencia contra las minorías sexuales o que inciden en su estigmatización;

en relación con la segunda, y como se viene entendiendo tradicionalmente, se reservarían al Derecho penal los atentados más graves a los bienes jurídicos tutelados; finalmente, las sanciones deben ajustarse al principio de proporcionalidad²².

No obstante, hay que añadir otras consideraciones: algunas de estas sanciones pueden suponer una limitación a lo que, en principio, podría ser el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión por lo que habrá que ver si realmente estamos ante un comportamiento antijurídico. Y viendo el catálogo de hechos sancionables por parte de las citadas leyes autonómicas resulta discutible que lo sean, a título de mero ejemplo, ciertas prácticas, por muy censurables que se consideren social y sanitariamente, si son aceptadas de manera voluntaria por personas con suficiente capacidad de discernimiento a las que la norma administrativa pretende proteger; en este sentido, el artículo 70.4.c de la citada Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBIfobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid, considera infracción muy grave, sancionable con multa de 20.001 hasta 45.000 euros, “la promoción y realización de terapias de aversión o conversión con la finalidad de modificar la orientación sexual o identidad de género de una persona. Para la comisión de esta infracción será irrelevante el consentimiento prestado por la persona sometida a tales terapias”.

En la misma línea, resulta que se habilita a la propia Administración para calificar una expresión como vejatoria por razón de orientación o identidad sexual y no solo cuando la misma se ha emitido en el contexto de la prestación de un servicio público sino también si se llevó a cabo, como dicen, por ejemplo, el artículo 60 de Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía o el 50 de la Ley 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no

²² Sobre esas cuestiones y su análisis desde la perspectiva del Derecho administrativo, que es la que nos ocupa en este apartado, pueden verse los trabajos, bien conocidos, de Alejandro NIETO -*Derecho administrativo sancionador* (5.^a ed.), Tecnos, Madrid, 2012-, Alejandro HUERGO LORA -*Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007-, Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR -*El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2007-, Miguel BELTRÁN DE FELIPE –“Realidad y constitucionalidad en el procedimiento administrativo sancionador” (I y II), *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 39 y 40, 2005/2006-; Blanca LOZANO CUTANDA – “La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el Derecho administrativo sancionador”, VV.AA. *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador*, CGPJ, Madrid, págs. 41 y sigs.-; Ignacio PEMÁN GAVÍN -*El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs, Barcelona, 2000-; Iñaki LASABAGASTER HERRARTE “Constitución, derecho penal y límites de la potestad sancionadora de la administración”, *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 193/2018, págs. 23-56-.

Discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón, “en cualquier medio de comunicación, en discursos o intervenciones públicas o a través de las redes sociales”. La reiteración de estas conductas hace que la infracción pase de leve a grave, lo que en muchas Comunidades Autónomas conlleva una sanción que puede llegar a los 20.000 euros (Madrid, Comunidad Valenciana, Aragón, Murcia, Extremadura, Navarra...) pero que, por ejemplo, es sancionable hasta con 30.000 en Balears y 60.000 euros en Andalucía. En esta última Comunidad se configura como infracción muy grave - artículo 62.e-, y sancionable hasta con 120.000 euros, “promover, difundir o ejecutar por cualquier medio cualquier tipo de terapia para modificar la orientación sexual y la identidad de género con el fin de ajustarla a un patrón heterosexual y/o cissexual”. Sanciones administrativas de esta cuantía pueden perfectamente implicar un importe económico muy superior al que correspondería a un delito de injurias graves hechas con publicidad, que (art. 209 del Código penal) se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses.

A nuestro juicio encontramos aquí ejemplos de sanciones que, por incidir de manera directa en el objeto protegido por un derecho fundamental tan relevante como la libertad de expresión, es, más que cuestionable que su imposición pueda confiarse a las autoridades administrativas, incluyendo la obviedad de que, en todo caso, son recurribles a la jurisdicción contencioso-administrativa, recurso que, por otra parte, no está exento de incentivos económicos para no interponerlo, bien previstos de manera expresa en la propia ley autonómica²³ o aplicables por la remisión al procedimiento sancionador contemplado en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas²⁴.

²³ Así, en la Ley andaluza “las multas impuestas se reducirán en un 30 % de la cuantía cuando la persona infractora abone la multa y el importe total de las indemnizaciones en un plazo máximo de un mes a contar desde el día siguiente en que se haya notificado la resolución en que se impone la sanción” (art. 69).

²⁴ “... cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de, al menos, el 20 % sobre el importe de la sanción propuesta, siendo éstos acumulables entre sí. Las citadas reducciones, deberán estar determinadas en la notificación de iniciación del procedimiento y su efectividad estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción. El porcentaje de reducción previsto en este apartado podrá ser incrementado reglamentariamente” (art. 85.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Doutrina Nacional

5. A liberdade de expressão na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana: entre a categorização e o balanceamento

Freedom of expression in the United States Supreme Court case law: between categorization and balancing

Eugênio Facchini Neto¹

Resumo

O artigo analisa a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre a liberdade de expressão, nos últimos cem anos. Buscou-se identificar a existência, ou não, de algum padrão constante de proteção a este direito fundamental, ao longo do último século. A análise dos *leading cases* a respeito do tema conduziu à conclusão de que desde os primeiros casos se reconheceu uma grande importância a esta liberdade, logo se chegando a atribuir a ela uma posição preferencial. Isso significa que qualquer tentativa de impor restrições à liberdade de expressão é considerada, a princípio, inconstitucional, salvo se ficar demonstrado, de forma clara e convincente, ser imperiosa a imposição de limites, em razão de algum excepcional interesse contrário e superior. Esse teste é quase intransponível, tendo-se como resultado uma liberdade de expressão, por palavras ou condutas, praticamente irrestrita e ilimitada. Por outro lado, embora a Suprema Corte reconheça uma especial importância à liberdade de expressão de posicionamentos políticos, ela opta por não fazer qualquer categorização distinguindo entre discursos mais ou menos protegíveis, preferindo fazer um balanceamento entre a concreta manifestação da liberdade de expressão e os interesses que se levantam contra ela, no caso específico. Especial destaque será dado à evolução dos critérios que foram desenvolvidos para realizar tal balanceamento, como o *clear and present danger test*. Também se analisa a concepção da importância da liberdade de expressão para a criação de um *free market place of ideas*, essencial à manutenção de uma democracia pluralista. Quanto aos aspectos metodológicos, trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa, usando-se o método dialético. No que se refere

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 do TJ/RS.
DOI – <https://doi.org/10.36592/9786587424347-5>

ao procedimento, usou-se a pesquisa bibliográfica, consultando-se essencialmente a bibliografia norte-americana a respeito do tema, especialmente a jurisprudência oriunda da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; jurisprudência norte-americana; Suprema Corte; categorização; balanceamento; posição preferencial.

Abstract

The article analyzes the case law of the United States Supreme Court on freedom of expression over the past hundred years. We sought to identify the existence, or not, of some constant pattern of protection for this fundamental right, over the last century. The analysis of the leading cases on the subject led to the conclusion that from the first cases a great importance to this freedom was recognized, and a preferential position was soon attributed to it. This means that any attempt to impose restrictions on freedom of expression is considered, at first, unconstitutional, unless it is demonstrated, in a clear and convincing way, that the imposition of limits is imperative, due to some exceptional contrary and superior interest. This test is almost insurmountable, with the result that freedom of expression, through words or conduct, is virtually unrestricted and unlimited. On the other hand, although the Supreme Court recognizes a special importance to the freedom of expression of political positions, it chooses not to make any categorization by distinguishing between more or less protectable speeches, preferring to balance the concrete expression of freedom of expression with interests that stand against it, in the specific case. Special emphasis will be given to the evolution of the criteria that were developed to achieve such a balance, such as the clear and present danger test. It also analyzes the conception of the importance of freedom of expression for the creation of a free market place of ideas, essential to the maintenance of a pluralist democracy. As for the methodological aspects, this is a research with a qualitative approach, using the dialectic method. With regard to the procedure, bibliographic research was used, essentially referring to the North American bibliography on the subject, especially the jurisprudence from the United States Supreme Court.

Keywords: Freedom of expression; North American jurisprudence; Supreme Court; categorization; balancing; preferred position./

Introdução

A história da defesa de uma ampla liberdade de expressão não é recente, se lembrarmos que Sócrates, em 399 a.C., teria dito, antes de ingerir cicuta, que preferia morrer do que abdicar do direito de expressar suas ideias.

Mas após essa precoce defesa da liberdade de expressão, o que reinou durante boa parte dos dois milênios sucessivos, foi o silêncio. Por toda a parte imperava a censura. Na Inglaterra, até 1694 havia um sofisticado sistema de censura prévia, pois nenhuma publicação era possível sem que tivesse sido previamente autorizada pelo governo. Quanto à liberdade de expressão, as normas britânicas consideravam crime de sedição as críticas ao governo. A *Star Chamber*, temida Corte britânica, havia fixado o princípio de que o Rei estava acima de qualquer criticismo público e que, conseqüentemente, qualquer afirmação crítica ao governo estava proibida (CHEMERINSKY, 2015, p. 966/967).

Mas foi também nesta mesma Inglaterra que o silêncio foi quebrado, ao menos no terreno das ideias, ainda no século XVII. Inicialmente pelo escritor John Milton, com a publicação do sua apaixonada defesa da liberdade de expressão, em 1644: *Areopagitica; A speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England*, no qual se opunha à necessidade de autorização para publicar e à censura então existentes. Depois, com John Locke e sua *A Letter Concerning Toleration*, publicado em 1689, em defesa da tolerância religiosa e a ampla liberdade de expor pontos de vista religiosos divergentes da maioria. Essa tradição britânica de defesa da liberdade de expressão continuou com William Blackstone, que, nos seus influentes *Commentaries on the Laws of England*, de meados do século XVIII, proclamou a ilegitimidade da *doctrine of prior restraints* (censura prévia), ainda que admitisse a posterior punição de publicações perniciosas.² E no século seguinte o bastão de defensor da liberdade de expressão foi retomado por John Stuart Mill, com a publicação de *On Liberty*, em 1859.³

A liberdade de expressão deriva, de certa forma, da liberdade de imprensa, que acabou sendo relativamente garantida na Inglaterra, ainda no séc. XVII. Naquela

² Apud CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law – Principles and Policies*. 5ª ed. New York: Wolters Kluwer, 2015, p.966.

³ Sobre essa cronologia, v. WARBURTON, Nigel. *Free Speech – A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p.102.

época e país, porém, a liberdade de expressão era garantida apenas aos membros do parlamento.

Essa precoce tradição britânica, de relativa defesa da liberdade de expressão, foi levada para suas colônias norte-americanas, onde várias delas garantiam expressamente a liberdade de imprensa, mas, tal qual na Inglaterra, reconheciam a liberdade de expressão apenas aos membros do legislativo. Mais tarde, aquelas ideias libertárias antes referidas converteram-se em norma positiva fundante daquele país, com a Primeira Emenda à Constituição Norte-Americana, promulgada em 1791, como uma clara reação contra a possibilidade de limitações à liberdade de expressão e de imprensa. Mencione-se, porém, que a primeira manifestação legislativa que garantiu a liberdade de expressão aos cidadãos em geral, e não somente aos parlamentares, ocorreu em 1776, com a *Pennsylvania Declaration of Rights* (PATRICK, 2006, p. 138).

Nos séculos XVIII e XIX predominou a concepção de Blackstone, no sentido de que não se poderia previamente censurar ou restringir a liberdade de expressão e de imprensa, embora fosse possível a punição dos seus autores, em momento subsequente. Todavia, tal ideia foi abandonada ao longo do século XX, quando se passou a proteger de forma mais incisiva a liberdade de expressão, vedando-se não só a censura prévia como também a posterior punição.

Além da recepção, pela Primeira Emenda à Constituição norte-americana, da liberdade de expressão, todas as constituições dos Estados-membros igualmente consagraram tal liberdade. Mas coube à Suprema Corte a liderança na definição do sentido e alcance da liberdade de expressão nos Estados Unidos. Isso ocorreu a partir da segunda década do século XX, quando teve ela que decidir sobre questões de manifestação de dissenso político em época de guerra (casos *Schenck v. United States* e *Abrams v. United States*, ambos julgados em 1919). Foi nesses casos que Holmes expressou o teste do *clear and present danger* e a concepção da liberdade de expressão como um *marketplace of ideas*. Ao longo do século XX, a Suprema Corte oscilou entre a metodologia da *categorization* em oposição à do *balancing*. Pela primeira, identificam-se alguns tipos de *speech* que pela sua própria natureza não seriam protegidos pela Primeira Emenda ou dela receberiam uma proteção menor, como difamação, obscenidade ou as chamadas *fighting words*⁴. Já a metodologia da

⁴ Sobre as *fighting words*, costuma-se dizer que tradicionalmente se entende que a liberdade de expressão cessa no ponto em que se transforma em conduta capaz de prejudicar um interesse protegido. Onde fica esse ponto, porém, é controvertido. Normalmente, a definição é pragmática e derivada da

balancing não parte de categorias apriorísticas e prefere analisar pontualmente a importância do *speech* como expressão de ideias por um indivíduo frente ao eventual interesse do governo em limitá-lo (SPILLENGER, 2002, p. 739-741).

Esse artigo analisará a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana sobre a liberdade de expressão, interpretando e aplicando a Primeira Emenda à Constituição Federal, a partir das suas primeiras manifestações sobre o tema, em 1919, acompanhando a evolução do seu entendimento nos cem anos seguintes. Seu objetivo é perceber se houve variação do entendimento daquela Corte a respeito do tema, ao longo desses cem anos, especialmente para saber se algum tipo de discurso obteve uma maior proteção, relativamente aos demais.

Quanto aos aspectos metodológicos, trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa, usando-se o método dialético. No que se refere ao procedimento, usou-se a pesquisa bibliográfica, consultando-se essencialmente a bibliografia norte-americana a respeito do tema, incluindo-se análise da jurisprudência pertinente, da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Os casos citados ao longo deste trabalho foram consultados no site oficial da Suprema Corte dos Estados Unidos (<https://www.supremecourt.gov/>), salvo referências pontuais extraídas dos comentadores citados ao longo do texto. Dentro de cada tópico, os casos serão apresentados com observância da ordem cronológica em que apareceram, para que sejam representativos da evolução da orientação jurisprudencial.

O artigo analisará, inicialmente, as origens constitucionais da liberdade de expressão e as primeiras decisões da Suprema Corte sobre o seu alcance. Duas delas serão selecionadas para ilustrar o pensamento então assentado. Outros dois casos ilustrarão o segundo tópico abordado, referente aos limites à liberdade de expressão. O terceiro tópico selecionado para análise diz respeito à afirmação da liberdade de expressão como uma liberdade preferencial, quando se firmou a ideia de que qualquer restrição à liberdade de expressão seria submetida a um escrutínio muito rígido. Na sequência, analisar-se-á o âmbito de proteção da liberdade de expressão. Seis acórdãos

experiência. Em alguns casos, pode ser facilmente demonstrado onde fica esse ponto, como no caso de textos ou imagens que explicam como cometer suicídio, praticar eutanásia, cultivar e usar drogas, enganar a receita federal, fabricar bombas, incitar discriminação baseada em raça, religião ou etnia, etc. Mas em inúmeros outros casos, tal identificação não é tão clara assim. Sobre isso, v. ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. *Freedom of Expression. A Critical and Comparative Analysis*. New York: Routledge-Cavendish, 2008, p.84.

foram selecionados para ilustrar esse importante aspecto da discussão norte-americana sobre o tema. Por último, serão analisados dois acórdãos para ilustrar o tema da liberdade de expressão e as novas formas de comunicação. Encerram o artigo algumas considerações finais, seguidas das referências bibliográficas utilizadas ao longo do texto.

1. A Primeira Emenda à Constituição norte-americana e seus primórdios. A defesa de um *livre mercado de ideias*

A vigente Constituição norte-americana, de 1787, possui apenas sete artigos (embora os dois primeiros desdobrados em várias seções) e não prevê direitos fundamentais aos cidadãos. Na época de sua promulgação, entendeu-se que estes já eram protegidos suficientemente pela *common law*. Todavia, durante o processo de ratificação pelos treze futuros Estados-membros, processo que durou dois anos, houve acalorados debates sobre a necessidade de um rol de direitos fundamentais. Para aplacar a resistência de alguns Estados (lembrando-se que desde a independência dos Estados Unidos, em 1776, vigoravam os *Articles of Confederation*, que haviam criado uma confederação. A transformação desta em uma federação só ocorreu com a constituição de 1787, ratificada em 1789), em 08/06/1789 James Madison propôs as primeiras dez emendas à Constituição, aprovadas pelo Congresso Federal no mesmo ano, mas entrando em vigor somente em 1791, quando se concluiu a ratificação pelos Estados membros. Costuma-se denominar essas dez primeiras emendas de *Bill of Rights*. Desde então apenas mais dezessete emendas foram aprovadas.

A Primeira Emenda à Constituição, que interessa a este estudo, tem a seguinte redação:

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.

Tradicionalmente doutrina e jurisprudência extraem de tal dispositivo constitucional seis “cláusulas” diversas, embora relacionadas, que proíbem o Congresso federal de:

- Estabelecer uma religião oficial ou dar preferência a uma dada religião (a "*Establishment Clause*", que institui a separação entre a Igreja e o Estado)

- Proibir o livre exercício da religião (*Free exercise clause*);
- Limitar a liberdade de expressão (*Free speech clause*);
- Limitar a liberdade de imprensa (*freedom of the press clause*);
- Limitar o direito de livre associação pacífica (*freedom of assembly clause*);
- Limitar o direito de fazer petições ao governo com o intuito de reparar agravos (*right to petition clause*);

A Primeira Emenda sempre foi tida como aplicável exclusivamente à União Federal, já que ela alude expressamente ao Congresso e não aos legislativos estaduais. Mas uma proteção adicional foi acrescentada oitenta anos depois, em 1866, com a XIV Emenda à Constituição Federal, cuja seção I estabelece que “*No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law*”. Em meados da terceira década do século XX, a Suprema Corte passou a invocar essa seção da XIV Emenda para estender aos Estados e governos locais a obrigação de respeitar a liberdade de expressão e de imprensa.

Durante os primeiros 130 anos de vigência da norma, não chegou à Suprema Corte nenhuma causa envolvendo sua aplicação. Foi necessário esperar até 1919 para se ter as primeiras duas manifestações daquela Corte sobre o tema. Tratava-se dos casos *Schenck v. United States* e *Abrams v. United States*, nos quais a Suprema Corte afirmou a constitucionalidade de normas federais editadas por ocasião da Primeira Guerra mundial, que restringiam a liberdade de expressão. Nessas decisões, criaram-se os primeiros parâmetros interpretativos para lidar com o tema – os testes do *clear and presente danger* e do *bad tendency*. Este último seria posteriormente abandonado e o primeiro sofreu ulteriores desenvolvimentos e esclarecimentos, como será visto.

Mais alguns anos se passaram para que a Suprema Corte se manifestasse sobre a validade constitucional de leis estaduais que restringiam a liberdade de expressão. Isso ocorreu por ocasião do julgamento do caso *Gitlow v. New York*, em 1925, quando afirmou que a liberdade de expressão de imprensa prevista na I Emenda fora incorporada na expressão “liberty”, prevista na XIV Emenda, aplicável também aos Estados membros.

Vejamos, mais de perto, esses casos iniciais que fixaram algumas premissas que foram retomadas posteriormente, quer para confirmá-las, quer para modificá-las, quer para revogá-las.

O primeiro caso em que a Suprema Corte teve que interpretar e aplicar a *freedom of expression clause* foi julgado em 1919. Será igualmente o primeiro a ser abordado, já que algumas passagens – em especial, o *clear and present danger test*, criado por Holmes – foram recorridamente invocadas em acórdãos posteriores. Na exposição desse e dos demais casos analisados, far-se-á breve exposição da situação fática, seguida de informações sobre os aspectos mais importantes do julgamento. Na maioria das vezes, optou-se pela tradução livre do articulista, sem manter também a frase original, para limitar a extensão do texto, ressalvadas frases ou expressões icônicas ou célebres.

1.1. Caso *Schenck v. United States* (1919)

Situação fática:

Os EUA tardiamente (em abril de 1917) ingressou na I Guerra Mundial, dando início a uma agressiva e maciça campanha de recrutamento de soldados.

Charles Schenck, secretário geral do partido socialista americano, juntamente com outros membros do partido, foram presos por terem organizado a impressão e distribuição de 15 mil folhetos contra o recrutamento. Esta conduta aparentemente violava uma lei federal de junho de 1917 (*Espionage Act*) que, dentre outras condutas, incriminava atos tendentes a obstruir o processo de recrutamento militar e particularmente considerava crime sério (*felony*) usar o sistema americano de correios para encorajar recusas ao serviço militar.

Schenck foi condenado em dezembro de 1917 e recorreu à Suprema Corte, questionando a constitucionalidade do *Espionage Act* frente à Primeira Emenda à Constituição federal.

Julgamento (9 x 0):

Foi a primeira oportunidade que teve a *United States Supreme Court* (doravante, USSC) de interpretar uma lei federal à luz da garantia da liberdade de expressão, prevista na Primeira Emenda.

Em uma decisão unânime, redigida por Oliver Wendell Holmes Jr ⁵, foi reconhecida a constitucionalidade da lei, criando-se o famoso parâmetro do *clear and*

⁵ Holmes é considerado unanimemente como um dos maiores *Justices* de todos os tempos. À parte a sua grande contribuição doutrinária, com a publicação do clássico *The Common Law*, em 1881, a importância de Holmes para a ciência jurídica norte-americana está ligada à sua atividade junto à

present danger (perigo manifesto e iminente) como teste para analisar os limites da liberdade de expressão. Holmes desenvolveu sua doutrina através de um raciocínio jurídico puro e conciso⁶, sem se basear em quaisquer precedentes.

Argumentou Holmes que “a mais rigorosa proteção da liberdade de expressão não protegeria um homem gritando falsamente ‘fogo’ em um teatro e causando pânico” (“the most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting ‘fire’ in a theatre and causing a panic”). Holmes afirmou que o que se deve analisar em casos semelhantes é se as palavras usadas são expressas em circunstâncias e contextos tais “a ponto de criar um perigo manifesto e iminente de desencadear os males que o legislador tem o direito de tentar evitar”.

Holmes ponderou que em tempos de paz, a atitude de Schenck seria protegida pela Primeira Emenda, mas, em tempos de guerra, a conduta de Schenck e seus companheiros representava um *clear and present danger* para a nação.

Afirmou-se, portanto, que a Primeira Emenda, conquanto importante, não confere uma liberdade absoluta e irrestrita.⁷

Sua concepção do *clear and present test* foi saudada na época como um critério mais objetivo e protetivo do que o anterior critério que por vezes era utilizado 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 ameaças à ordem pública, subversão de padrões aceitos de moralidade ou perturbação do esforço de guerra, então poderia ser constitucionalmente restringida. Esse teste não

Suprema Corte norte-americana durante as três primeiras décadas do século XX. Sobre essa grande figura, v. DUXBURY, Neil. *Patterns of American Jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 1997, p. 33 e ss e FACCHINI NETO, Eugênio; WEDY, Ana Paula Martini Tremarin. Oliver Wendell Holmes Jr. e a jurisdição constitucional norte-americana. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3 (2017), n. 4, p. 405-450.

⁶ “Eu odeio e desprezo longos discursos, e concordo com Carducci quando afirma que ‘um homem que precisa de meia página para dizer o que pode ser dito numa frase deve ser amaldiçoado’”, escreveu Holmes em uma carta a Pollock. Holmes foi fiel a si mesmo quando redigiu seu voto no caso *Schenck v. United States*, pois apesar de ser a primeira vez que a Suprema Corte enfrentava a constitucionalidade ou não da Lei de Espionagem e a interpretação da Liberdade de Expressão, todo o voto de Holmes não ultrapassou quatro páginas – COHEN, Jeremy. *Congress Shall Make No Law – Oliver Wendell Holmes, the First Amendment, and Judicial Decision Making*. Ames: Iowa State University Press, 1989, p. 90.

⁷ Sobre esse caso, v. FRIEDMAN, Lawrence M. *American Law – An Introduction*. 2nd ed. New York: W. W. Norton & Co., 1998, 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*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 309/310; HALL, Kermit L. & PATRICK, John J. (2006). *The Pursuit of Justice – Supreme Court Decisions that Shaped America*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 77/84.

exigia a apresentação de evidências claras que vinculassem diretamente a manifestação do pensamento e uma conduta ilícita.

No ano seguinte, ao julgar o caso *Schaefer v. United States*, Holmes sustentou que ‘*clear and present danger*’ não é um standard, nem um absoluto matemático – “é uma questão de proximidade e grau”; portanto, sua aplicação variará caso a caso e dependerá das particulares circunstâncias que se apresentem. Discursos que seriam inócuos se dirigidos a uma plateia esclarecida, poderiam produzir um resultado inteiramente diferente em bairros onde uma leve fagulha poderia ser suficiente para acender uma chama. Esse posicionamento de Holmes tem clara inspiração em John Stuart Mill, que em seu celebrado ensaio *On Liberty* formulou exemplo bastante assemelhado (SCHWARTZ, 1985, p. 130).

Mas foi ainda em 1919, ao julgar o emblemático caso *Abrams*, que Holmes clareou suas ideias a respeito do tema, justificando a necessidade de uma ampla liberdade de expressão.

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

Situação fática:

Cinco imigrantes russos (dentre os quais Jacob Abrams), já residentes nos Estados Unidos entre 5 e 10 anos, autodescritos como revolucionários e anarquistas, foram presos em 1918 por imprimir e distribuir em New York cinco mil panfletos criticando o Presidente W. Wilson por enviar tropas americanas para combater os bolcheviques na Rússia, conclamando uma greve geral e incitando os trabalhadores em fábricas de armamentos a pararem de produzir armas que seriam usadas pelas tropas americanas.

A acusação fundava-se no *Sedition Act*, de maio de 1918⁸, e no *Espionage Act of Congress* (de 1917) que incriminavam a conduta de se manifestar, publicar, advogar,

⁸ Quase todos os países incriminavam, desde no mínimo o século XVIII, a sedição. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, o crime de sedução tinha em mira quaisquer “palavras perigosas” (*dangerous words*) que pudessem ameaçar a autoridade do Estado, a sacralidade das leis ou a reputação dos agentes públicos. A imprecisão dessas noções, ao longo da história, permitiu que se restringisse severamente a liberdade de expressão e de crítica. Especialmente em épocas de guerra recrudescia o combate ao dissenso. Sobre a sedição, nos Estados Unidos, v. ROSENBERG, Norman L. Verbete “Sedition”. In: BOYER, Paul S. (ed.). *The Oxford Companion to United States History*. New York: Oxford University Press, 2001, p.696.

incitar a redução da produção de material bélico ou que comprometesse o esforço bélico, durante período de guerra (HARTMAN, MERSKY e TATE, 2004, p. 361).

Abrams e seus companheiros foram condenados a penas entre 15 a 20 anos de prisão.

Ele conseguiu fazer com que seu caso chegasse à USSC.

Julgamento (7 x 2):

A maioria da corte defendeu a constitucionalidade da lei, entendendo que a manifestação dos condenados representava um perigo manifesto e iminente ao esforço de guerra norte-americano, pois ocorrera num momento de grave crise. *Justice John Clarke*, escrevendo pela maioria, fundamentou seu voto substancialmente no *bad tendency test*, mantendo a condenação dos anarquistas russos por entender que os panfletos que eles distribuíaam criavam um perigo real e iminente, consistente em provocar e encorajar a resistência contra a intervenção americana.

Em sua discordância, Holmes afirmou a importância da liberdade de expressão numa sociedade livre, embora tenha realçado que o seu exercício devesse ser compatível com a preservação de outras liberdades essenciais a uma democracia. Quando essas outras liberdades democráticas são ameaçadas por aquela, a Constituição não inibe o governo de limitá-la (GROSSMAN, 2000, p. 193-194). Embora não renegasse seu *'clear and present danger test'*, Holmes reformulou-o e adotou uma postura mais liberal, mantida nos inúmeros casos seguintes, entendendo que no caso em tela a conduta dos acusados não representava tal perigo real e iminente, pois "silly leaflets thrown by obscure individuals ... from a loft window presented no danger of resistance to the American war effort". Na formulação anterior, Holmes havia expressado que o discurso não precisava produzir imediatamente uma ação, para que acarretasse uma responsabilidade criminal, posição agora reformulada para esclarecer que o *clear and present danger* somente existiria quando o discurso pudesse ser direta e imediatamente conectado a ações específicas que causassem comportamentos ilícitos que ameaçassem a segurança dos Estados Unidos. Não se demonstrando isso, o *speech* não poderia ser limitado (PATRICK, 2006, p. 16).

Holmes rejeitou o *bad tendency test*, que procurava identificar a intenção do agente de encorajar comportamentos ilegais. Em seu voto vencido, de apenas doze parágrafos, ele desenvolveu a ideia de que a liberdade de expressão prevista na Primeira Emenda procura garantir um "livre mercado de ideias" (*marketplace of*

ideas): “O melhor teste da verdade é o poder do pensamento competindo no mercado para ser aceito” (*the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market*). Invocando Milton e S. Mill, Holmes enfatizou que o melhor teste para o alcance da verdade se dá através da competição dos diversos projetos para a sociedade, em um livre mercado de ideias, buscando sua aceitação pelo povo. O requisito *sine qua non* para tanto era exatamente uma irrestrita liberdade de intercâmbio de ideias (SCHWARTZ, 1985, p. 126).

A posição adotada nesse seu voto divergente foi por ele sustentada, acompanhado sempre por Brandeis, até o fim do seu mandato. Todavia, foi necessário esperar mais outras duas décadas para que a Suprema Corte iniciasse seu caminho na defesa da Primeira Emenda como garantidora de um livre mercado de ideias (BURNS, 2009, p. 130). O teste do *clear and present danger*, tal como reformulado no caso *Abrams*, serviu de fundamento para o julgamento de *Yates v. United States* (1957), que garantiu a liberdade de expressão de membros do partido comunista, bem como do caso *Brandenburg v. Ohio* (1969), em que a Corte garantiu a liberdade de expressão até mesmo de desprezíveis posições racistas de um líder da Ku Klux Klan.

O voto divergente de Holmes nesse caso foi tido como “the most eloquent and moving defense of free speech since Milton’s *Areopagitica*” (HALL, WIECEK e FILKELMAN, 1996, p. 416).⁹ Esse voto reforçou sua imagem como um paladino da liberdade de expressão contida na Primeira Emenda.¹⁰ Dez anos mais tarde, por ocasião do julgamento do caso *United States v. Schwimmer* (1929), Holmes reforçou e sintetizou seu credo, afirmando que “se há algum princípio da Constituição que imperativamente nos exige um maior apego do que outros, é o princípio da liberdade de pensamento - não liberdade de pensamento para aqueles que concordam conosco, mas a liberdade para expressar o pensamento que odiamos”.¹¹

⁹ Llewellyn (2008, p. 140), na sua obra clássica sobre o Judiciário americano, colocou o voto de Holmes no caso *Abrams* no mesmo patamar do discurso de Lincoln em Gettysburg (*Gettysburg address*).

¹⁰ Sobre esse caso e seus desdobramentos, v. HARTMAN, Gary; MERSKY, Roy M.; TATE, Cindy L. *Landmark Supreme Court Cases – The Most Influential Decisions of the Supreme Court of the United States*. New York: Facts on File, 2004, p. 361-363.

¹¹ Para avaliar a vitalidade e a influência da noção de *marketplace of ideas*, veja-se o que cem anos depois ainda se diz dele: “The Marketplace of Ideas Theory resonates throughout American culture. Scholars in the United States readily apply the capitalistic concepts found in the marketplace of ideas to discussions of emerging news media models, the information society, and legal structures” – BYRUN, Kristie. *The European Right to be Forgotten – The First Amendment Enemy*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2018, p. 21.

Ainda que os votos de Holmes e Brandeis frequentemente fossem vencidos, suas ideias triunfaram e influenciaram o discurso sobre liberdade de expressão desde então. Sua percepção de que um livre mercado de ideias é essencial tanto para a democracia quanto para a liberdade individual é a pedra fundamental do moderno *Bill of Rights* (NEUBORNE, 1997, p. 92). Se na primeira década em que a USSC passou a formatar a ideia da liberdade de expressão foi dominada substancialmente por Holmes, na década seguinte foi a vez de Brandeis dar sua contribuição para o debate sobre seu alcance, por ocasião do julgamento do caso *Whitney v. California*. É o que será visto a seguir.

2. Limites à liberdade de expressão

Por mais relevante que seja um direito ou liberdade, pelo fato de vivermos em sociedade o seu exercício não pode ser ilimitado. Limites razoáveis dependem do tempo, local e forma de expressão – trata-se da chamada *time, place, and manner rule* (PATRICK, 2006, p. 349). Ou seja, dependendo dessas circunstâncias, pode o governo limitar a liberdade de expressão, se a limitação for neutra em relação ao conteúdo da mensagem. Por exemplo, pessoas podem se comunicar livremente umas com as outras, mas não podem fazê-lo em horário ou local que implique bloqueio do tráfego. Ou, noutro exemplo, a liberdade de expressão visa proteger primariamente a possibilidade de se criticar e se opor a qualquer governo ou a qualquer candidato, ou de apoiar ideias alternativas. Todavia, ninguém pode se arrogar o direito de expor suas ideias através de potentes alto-falantes, de madrugada. No caso *Kovacs v. Cooper* (1949), por exemplo, a Suprema Corte validou norma que restringia tal conduta, por entender que tal comportamento desarrazoadamente “disturb the peace” de uma comunidade. Mas nenhum governo pode restringir ou orientar o tipo de mensagem que se pretende expressar. Por outro lado, não se tem o direito de provocar uma rebelião ou qualquer comportamento violento. Especialmente em épocas de crise nacional, o governo pode limitar a liberdade de expressão quando ela concretamente possa ameaçar a segurança nacional, pois a liberdade individual de expressão deve ser sopesada frente à necessidade comunitária de estabilidade e segurança.

Todavia, há divergência quanto à localização do ponto de equilíbrio entre esses dois interesses eventualmente contrapostos. No âmbito da Suprema Corte norte-

americana, três posicionamentos diversos foram manifestados ao longo do século XX (PATRICK, 2006, p. 140/141). *Justice* Hugo Black reconhecidamente era um convicto defensor de uma posição extremada de ilimitada liberdade de expressão. Famoso foi seu voto vencido por ocasião do julgamento do caso *Dennis v. United States* (1951), analisado mais adiante, quando afirmou que uma irrestrita liberdade de expressão era a base sobre a qual se erigia a nação norte-americana, destinada a proteger justamente pensamentos não ortodoxos, já que os demais raramente precisam de proteção. Naquele mesmo caso, porém, prevaleceu o entendimento diverso, exposto pelo Chief Justice Fred Vinson, que garantia maior espaço para o legislador impor restrições à liberdade de expressão, para proteger o governo de ataques desestabilizadores.

Uma terceira posição fora exposta por Louis Brandeis ao julgar o caso *Whitney v. California* (1927). Naquele julgamento, ressaltou Brandeis a fundamental importância da liberdade de expressão, embora não fosse absoluta. Todavia, as restrições ao seu exercício somente poderiam ser impostas em caso de verdadeira emergência, quando não houvesse tempo para combater a manifestação de alguma ideia com a apresentação de ideias contrapostas. O ponto de equilíbrio que parece ter prevalecido no maior número de casos, ao longo do século XX, nos Estados Unidos, situou-se em algum lugar entre o posicionamento mais radical de Black e aquele um pouco mais prudente de Brandeis, em detrimento da posição mais limitadora de Vinson.

Vejamos, então, esses casos.

2.1. Caso *Whitney v. California* (1927)

Situação fática:

Em 1919 o Estado da Califórnia aprovou uma lei que incriminava a defesa de mudanças no sistema do capitalismo industrial, punindo qualquer conduta “advocating, teaching or aiding .. sabotage... or unlawful acts of force and violence ... as a means of accomplishing a change in industrial ownership or control, or effecting any political change”

A primeira significativa persecução criminal de alguém pela violação desta lei envolveu Charlotte Anita Whitney, que apesar de neta de um grande magnata da indústria, era uma ativista social e proeminente integrante do *Communist Labor*

Party. Ainda em 1919 foi ela presa por participar da convenção do Partido Comunista, que ela integrara por um curto período de tempo. Como o partido defendia a substituição do capitalismo pelo modo comunista de produção, inclusive por meios violentos, se necessário, ela foi processada pela violação da referida lei. Tratava-se de um típico caso de “culpa por associação”.

Condenada pela justiça californiana, ela recorre à USSC.

Julgamento (9 x 0):

Embora a USSC tenha mantido a constitucionalidade da lei californiana, sob o argumento que o Estado tinha o poder de proteger o público contra a ação política violenta, entendendo que podia ser considerado como participação em conspiração criminosa o ato de simplesmente se associar a uma organização que representava uma ameaça à paz pública e à segurança do Estado (BURNS, 2009, p. 134), esse caso é famoso pela lição incluída no voto concorrente de Louis Brandeis¹² (acompanhado por Holmes).

Brandeis estaria disposto a acolher o recurso de Whitney, caso seu advogado tivesse invocado o correto argumento – liberdade de expressão, diante da ausência de *clear and present danger*, e não o fundamento da alegada violação das cláusulas do *due process* e *equal protection* que foram invocadas no recurso. No sistema adversarial, isso impedia o seu acolhimento.

Brandeis acentuou o valor da liberdade na cultura americana: “Aqueles que conquistaram nossa independência acreditavam que o objetivo final do Estado era tornar os homens livres para desenvolver suas faculdades ... Eles valorizavam a liberdade tanto como um fim quanto como um meio. Eles acreditavam que a liberdade é o segredo da felicidade e que a coragem é o segredo da liberdade. Eles acreditavam que a liberdade de pensar como quiser e falar como você pensa são meios indispensáveis para a descoberta e difusão da verdade política ... Eles sabiam ... que é perigoso desencorajar o pensamento, a esperança e a imaginação; que o medo gera repressão; que a repressão gera ódio; que o ódio ameaça um governo estável; que o caminho da segurança reside na oportunidade de discutir livremente supostos

¹² Esse voto concorrente é considerada a sua maior contribuição durante sua permanência na Corte (1916-1939), onde adotou uma eloquente defesa da liberdade de expressão, bem mais enfática e ampla do que aquela adotada pela maioria dos seus pares, naquele momento histórico – nesses termos, STRUM, Philippa. Verbete “Brandeis, Louis Dembitz”. In: HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to American Law*. New York: Oxford University Press, 2002, p. 70.

problemas e as soluções propostas; e que o remédio adequado para os maus conselhos são os bons conselhos”.

Prosseguindo, disse que “a maior ameaça à liberdade é um povo inerte; que a discussão pública é um dever político”. Ressaltou que “o simples medo de uma grave lesão (*serious injury*) não pode, por si só, justificar a supressão da liberdade de expressão e reunião.” Em tempos passados, “os homens temiam as bruxas e queimavam as mulheres.” Pela expressão da palavra pode-se “libertar os homens da escravidão dos medos irracionais”. Mais além, referiu também que “nenhum perigo decorrente de um discurso pode ser considerado claro e iminente, a menos que a incidência do mal temido seja tão iminente que possa ocorrer antes que haja oportunidade para discussão completa.” Se houver tempo para expor, por meio da livre discussão de ideias, as falsidades e falácias das ideias que se temem, ou, pelo processo da educação, evitar-se o mal temido, “o remédio a ser aplicado é mais discurso, não silêncio forçado. Só uma emergência pode justificar a repressão”.

Mas Brandeis admitia que, por fundamental que fosse a liberdade de expressão e de associação, ela não era absoluta por natureza. Seu exercício é sujeito a restrições, se isso for imprescindível para proteger o Estado da destruição ou de sérios danos políticos, econômicos ou morais. “Para que a supressão da liberdade de expressão se justifique, é imperioso que haja razoável fundamento para temer que um grande mal ocorrerá se a liberdade de expressão for exercida”.

Um quarto de século mais tarde, com outra composição, a USSC voltou ao tema no caso *Dennis*.

2.2. Caso *Dennis v. United States* (1951)

Em 1940 o Congresso norte-americano aprovou uma lei coibindo a sedição. Conhecida como *Smith Act*, referida lei considerava crime “to knowingly and willfully advocate, abet, advise or teach the duty, necessity, desirability, or propriety of overthrowing or destroying any government in the United States by force or violence”. Também considerava crime a organização de um grupo com o propósito de derrubar violentamente o governo federal.

Após a Segunda Guerra mundial, Estados Unidos e União Soviética, aliados durante o período bélico, tornaram-se adversários durante a guerra-fria. Suspeitava-

se que membros do Partido Comunista dos Estados Unidos (CPUSA) colaborassem com os comunistas da União Soviética para derrubar o governo americano. Nesse clima, líderes políticos norte-americanos pretenderam usar o *Smith Act* para eliminar o partido comunista.

Situação fática:

Em 1949 onze membros do CPUSA foram presos, processados e condenados por violar o *Smith Act*. Eugene Dennis, um dos condenados, conseguiu fazer com que seu caso chegasse à Suprema Corte, alegando a inconstitucionalidade da referida lei, por violar a I Emenda.

Julgamento (6 x 2):

Por maioria, a Suprema Corte manteve a condenação de Dennis e seus colegas de partido, reconhecendo a constitucionalidade da lei. Falando pela maioria, Chief Justice Fred Vinson garantiu maior espaço para restrição da liberdade de expressão por parte do legislador. Disse ele que a proteção da segurança dos Estados Unidos justificava a invocação do *Smith Act* para limitar a liberdade de expressão de indivíduos que defendessem a derrubada violenta do governo nacional. Afirmou o voto majoritário que “overthrow of the Government by force and violence is certainly a substantial enough interest for the Government to limit speech. Indeed, this is the ultimate value of any society, for if a society cannot protect its very structure from armed internal attack, it must follow that no subordinate value can be protected”.

Dois vigorosos votos vencidos, de Hugo Black e de William Douglas, defenderam a inconstitucionalidade do *Smith Act*.

O voto de Black, particularmente, representou uma ode à liberdade de expressão, que ele queria irrestrita. Em suas palavras: “Não posso concordar que a Primeira Emenda nos permite sustentar leis que suprimem a liberdade de expressão e imprensa com base nas meras noções de ‘razoabilidade’, quer do Congresso, quer nossas. Uma tal doutrina enfraquece a Primeira Emenda, de modo que ela passaria a equivaler a pouco mais do que uma advertência ao Congresso. Interpretada desta forma, a Emenda provavelmente não protegerá ninguém, exceto para manifestar pontos de vistas seguros ou ortodoxos, que raramente precisam de sua proteção.”

E prosseguiu: “Sendo a opinião pública o que é agora, poucos protestarão contra a condenação desses comunistas. Há esperança, no entanto, de que em tempos mais calmos, quando as pressões, paixões e medos atuais diminuam, este ou algum Tribunal

posterior recolocará as liberdades da Primeira Emenda ao lugar preferencial que elas devem ocupar em uma sociedade livre.”

Ele estava ciente dos perigos que uma irrestrita liberdade de expressão poderia acarretar, mas sempre acreditou que os potenciais benefícios correlatos eram mais vantajosos: “uma política governamental de comunicação irrestrita de ideias acarreta perigos. Para os fundadores desta Nação, porém, os benefícios derivados da liberdade de expressão valiam o risco. (...) Sempre acreditei que a Primeira Emenda é a pedra angular de nosso governo, que a liberdade que ela garante oferece o melhor seguro contra a destruição de toda liberdade”.

O entendimento da maioria prevaleceu por pouco tempo e a esperança manifestada por Black frutificou alguns anos mais tarde. Em 1957, ao julgar o caso *Yates v. United States*, a Corte, então sob a presidência de Earl Warren, recusou-se a manter a condenação de outros membros do Partido Comunista, igualmente processados com base no *Smith Act*. Daquele momento em diante, embora não fosse reconhecida a inconstitucionalidade do *Smith Act*, não foi ele mais usado para suprimir atividades políticas de comunistas ou de qualquer outra pessoa (PATRICK, 2006, p. 108-109 e 388/389).

A enfática defesa da liberdade de expressão ganhou novo capítulo com o acolhimento da noção de posição preferencial de alguns direitos e liberdades. É o que será visto a seguir.

3. A afirmação da liberdade de expressão como uma liberdade preferencial

A chamada *Preferred Position Doctrine* (uma doutrina criada jurisprudencialmente que sustenta a possibilidade de hierarquizar os direitos e liberdades previstos na constituição, dentre os quais encontra lugar privilegiado a liberdade de pensamento e opinião) foi formulada inicialmente na década de 40, pelo Justice Harlan Stone, no caso *Jones v. City of Opelika*.

Todavia, o embrião dessa doutrina começa com um voto de Benjamin Cardozo, em 1937 (caso *Palko v. Connecticut*), no qual Cardozo refere que a liberdade de expressão “é a matriz, a condição indispensável de quase todas as outras formas de liberdade” (FRIEDMAN, 1998, p. 223). Cardozo defendia a doutrina da “incorporação

seletiva” (*selective incorporation*), segundo a qual a XIV Emenda não havia incorporado a totalidade do *Bill of Rights*, mas somente algumas partes (HARTMAN, MERSKY, TATE, 2004, p. 198-199). O problema era saber quais eram essas partes. Isso transformava a Suprema Corte em um poderoso árbitro sobre o que poderia ser tido como direito fundamental. Cardozo argumentou que alguns direitos eram tão fundamentais que necessariamente deveriam ser protegidos tanto na esfera federal quanto na estadual. Ele incluía entre tais direitos as liberdades de expressão, de imprensa, de religião, de reunião e o direito do acusado de ser assistido por um advogado. Já outros direitos poderiam ser disciplinados de várias formas, razão pela qual os Estados poderiam disciplinar o tema de forma diversa e não homogênea.

Um ano mais tarde, com o voto do C.J. Harlan Fiske Stone, no caso *United States v. Carolene Products Co.*¹³, de 1938, deu-se um passo adiante na definição de quais eram os direitos tidos como claramente fundamentais, afirmando-se textualmente que a Primeira e a Décima Quarta Emendas Constitucionais colocaram as liberdades de expressão e de religião numa “posição preferencial” (*preferred position*), expressão repetida no ano seguinte pelo J. Douglas, no caso *Murdock v. Pennsylvania*. No seu voto, Stone fixou uma nova agenda para a Corte (HALL, WIECEK, FINKELMAN, 1996, p. 492), alertando o legislador que, embora passasse a lhe conferir maior deferência em matéria de regulação econômica, a partir de então a Corte iria devotar maior atenção às leis que afetassem direitos individuais não econômicos¹⁴, especialmente aqueles particularmente importantes para o pleno funcionamento do processo político globalmente considerado.

¹³ Para mais informações sobre esse caso, v., dentre outros, VILE, John R. *Essential Supreme Court Decisions – Summaries of Leading Cases in U.S. Constitutional Law*. 16th ed. Lanham/Maryland: Rowman & Littlefield, 2014, p. 210-211 e PATRICK, John J. *The Supreme Court of the United States – A Student Companion*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 269-270.

¹⁴ Efetivamente, durante sua curta presidência, Harlan F. Stone conduziu a Corte no sentido de se afastar dos temas envolvendo a proteção da propriedade e a regulação econômica e se aproximar de temas envolvendo *civil rights*, explorando as implicações de sua famosa *footnote 4* no caso *U.S.v. Carolene Products*, seu voto mais importante. Fazendo a distinção entre *property rights* e *other liberties*, a Suprema Corte passou a conceder deferência ao Executivo para estabelecer e implementar regulações econômicas e sociais, mas adotou um escrutínio mais rígido quando o tema envolve direitos como liberdade de expressão, de religião ou discriminação, buscando proteger mais intensamente proteger esses quando em colisão com aqueles. Tal postura representou uma marcada ruptura com a crença dos *founding fathers* no sentido de identificar um amálgama entre *economic rights* e *political freedom*, tidos como inseparáveis. Sobre esse tema, v. ELY JR., James W. Verbete “Property Rights”. In: HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to American Law*. New York: Oxford University Press, 2002, p. 675; EAGLE, Steven J. Verbete “Property”. In: HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to American Law*. New York: Oxford University Press, 2002, p. 659 e HALL, Kermit L. Verbete “Stone, Harlan Fiske”. In: HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to American Law*. New York: Oxford University Press, 2002, p. 767.

O caso *Carolene Products* em si era simples e destinado a não ter muita relevância, não fosse pela célebre *footnote 4* de J. Stone. Envolveu a discussão sobre uma lei federal de 1923 e o alcance da chamada *Commerce Clause*, que atribuía ao Congresso competência para regular o comércio interestadual. O caso em si não teria relevância, não fosse pela sua famosa nota de rodapé n. 4 (*footnote four*), em que Stone estabeleceu seu célebre duplo standard de decisão (*double standard of adjudication*), afirmando que a legislação econômica deveria ser presumida constitucional salvo diante de uma manifesta inconstitucionalidade. Todavia, reservava um standard mais rígido de apreciação da constitucionalidade para a análise de legislação que violasse uma específica norma do *Bill of Rights* ou da 14^a Emenda, legislação relativa ao processo político (especialmente quando bloqueasse canais democráticos), bem como legislação direcionada contra “*religious, racial or other discrete and insular minorities*” que talvez não tivessem capacidade para se proteger através dos ordinários canais políticos.

Em resumo, a famosa *footnote 4* do caso *Carolene Products* fixou a orientação que o Judiciário seria deferente às opções legislativas, salvo se detectasse uma discriminação contra uma minoria “*discrete and insular*” ou uma restrição a um direito fundamental. Nestas hipóteses, a opção legislativa somente prevaleceria se superasse o teste do *strict scrutiny*. Caso o direito envolvido não fosse fundamental, geralmente a Corte se contentaria com a aplicação do *rational basis test* (CHEMERINSKY, 2015, p. 828-829).

Os níveis de escrutínios estão relacionados à interpretação da *equal protection clause* da XIV Emenda, que assegura a todos a igual proteção da lei, proibindo que órgãos governamentais tratem seus cidadãos de forma desigual. Todavia, a Suprema Corte, ao longo de sua história, reconheceu que, em certas circunstâncias, algum tratamento desigual é possível. Para orientar sua aplicação, acabou desenvolvendo três níveis de escrutínios: *minimal scrutiny*, *intermediate scrutiny* e *strict scrutiny*. No nível mais baixo, *minimal scrutiny*, exige-se que o órgão governamental demonstre que a diferenciação seja razoável, frente a um legítimo interesse público, como ocorre com algumas restrições em razão da idade, limitações físicas ou mentais, ou por razões econômicas. Seriam exemplos a exigência de uma idade mínima para casar ou para votar ou ser eleito, ou para o estabelecimento de faixas econômicas para fins de tributação progressiva. O nível intermediário – *intermediate* ou *heightened scrutiny*

– exige que o governo comprove a existência de um relevante interesse público na pretendida diferenciação. Esse é o nível usado, quando o critério discriminatório se refere ao sexo ou gênero. Com base nesse nível de escrutínio foram consideradas inconstitucionais alguns programas ou normas governamentais que tratavam mulheres de forma diferente de homens, quanto ao acesso a certas oportunidades educacionais, de emprego, ou de benefícios previdenciários. Já o uso do *strict scrutiny* é empregado para analisar questões em que a raça ou a religião foram tidas em consideração para estabelecer alguma diferenciação entre pessoas. Nesse caso, a diferenciação é tida *prima facie* como uma *suspect classification*, somente sendo admissível quando o governo comprovar um “*compelling interest*”. Nesse grau de escrutínio, parte-se da presunção de inconstitucionalidade, devendo o governo comprovar um incontornável interesse público na pretendida discriminação, para derruir tal presunção, o que é raríssimo.¹⁵

Todavia, foi somente em 1945, no caso *Thomas v. Collins*, que o J. Rutledge formulou claramente o alcance da teoria da posição preferencial das liberdades civis: “Mais uma vez temos de enfrentar o dever, imposto a esta Corte, pelo nosso sistema constitucional, de dizer onde termina a liberdade individual e onde começa o poder do Estado. A escolha do limite, sempre delicada, é-o ainda mais quando a presunção usual em favor da lei é contrabalançada pela posição preferencial atribuída, em nosso esquema constitucional, às grandes e indispensáveis liberdades democráticas asseguradas pela Primeira Emenda. (...) [q]ualquer tentativa de restringir essas liberdades deve ser justificada por evidente interesse público, ameaçado não por um perigo duvidoso e remoto, mas por um perigo evidente e atual”.

Estabelecer um elevado grau de proteção às liberdades comunicativas, porém, não resolve todos os problemas a elas relacionadas, pois controvérsias surgem quanto à definição do âmbito de sua proteção, como se verá a seguir.

4. Âmbito de proteção da liberdade de expressão

Ao longo de sua história, por vezes a USSC foi chamada a se manifestar sobre o grau de proteção a ser conferido a vários tipos de discursos. Só o discurso político

¹⁵ Sobre esses níveis, v. PATRICK, John J. *The Supreme Court of the United States – A Student Companion*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 332-333.

mereceria proteção, ou a liberdade de expressão abrangeria também a literatura pornográfica e a comercial, por exemplo? Caso também esses discursos fossem protegidos, o seriam com a mesma intensidade?

Inicialmente, há pouca controvérsia sobre o fato de que é o discurso de natureza política que é essencialmente protegido pela Primeira Emenda. Mas essa enfática proteção a esse tipo de discurso não relega a um posto subalterno a proteção de outras manifestações, como a questão da liberdade de expressão envolvendo pornografia/obscenidade, por exemplo. A esse respeito, o posicionamento da Suprema Corte não é linear. Ela começou a lidar com o tema ainda na década de cinquenta. O caso *Burstyn v. Wilson* (1952) envolveu a ordem, por agentes públicos do Estado de Nova Iorque, da retirada de cartaz do filme italiano *O Milagre*, sob a alegação de ser ‘sacrílego’. A Suprema Corte entendeu que tal conduta dos agentes públicos afrontava a 1ª e a 14ª Emendas. Escrevendo por uma Corte unânime, J. Clark afirmou que filmes eram um meio significativo de comunicar ideias, além do simples entretenimento, e que sua produção, distribuição e exibição eram protegidas pela Primeira Emenda tanto quanto livros, jornais e revistas. Afirmou-se que o standard “sacrilegious” era demasiadamente vago. Cinco anos mais tarde, no caso *Roth v. United States*, julgado conjuntamente com o caso *Alberts v. California* em 1957, a Corte dividiu-se (6x3 no caso *Roth* e 7x2 no caso *Alberts*). Os casos envolviam uma lei federal e uma estadual (Califórnia), que proibiam a publicação e expedição de material obsceno. Roth fora condenado por enviar publicações obscenas e Alberts por ter publicado material obsceno. Escrevendo pela maioria da Corte, J. Brennan afirmou que a liberdade de expressão não era absoluta e que ela fora prevista para permitir a livre troca de ideias sobre questões políticas, filosóficas e sociais que tivessem alguma importância para a sociedade. O teste para a identificação de uma obscenidade seria aquele de uma pessoa normal, aplicando standards contemporâneos de sua comunidade e examinando o contexto sem preconceitos. Assim o fazendo, referidas normas não eram inconstitucionais no seu entendimento. Afirmou-se, assim, o que posteriormente veio a ser chamado de *Roth test*, tal como aperfeiçoado nos julgamentos seguintes. Segundo o *Roth test*, três elementos devem estar presentes para a constatação de obscenidade: (1) o tema dominante do material em questão deve apelar para um lascivo interesse em sexo; (2) deve afrontar standards contemporâneos da comunidade; (3) o material deve ser totalmente desprovido de qualquer valor social. Esse último critério foi

posteriormente substituído por nova fórmula (o material, em seu conjunto, deve ser desprovido de um sério valor literário, artístico, político ou científico) no caso *Miller v. California* (1973). Uma posição mais flexível foi adotada pela Suprema Corte ao julgar o caso *Reno v. American Civil Liberties Union*, em 1997. Tratava-se de analisar a constitucionalidade do *Communications Decency Act of 1996* (CDA), uma lei federal que pretendia proteger menores no ambiente da internet, evitando que recebessem comunicações “indecent” e “patently offensive”. Reconheceu-se a inconstitucionalidade dos dispositivos da lei a respeito, por usar termos demasiadamente vagos e capazes de afetar o direito constitucional que pessoas adultas têm de receber e enviar umas para as outras os materiais que lhes interessarem.¹⁶

Em relação ao chamado “*commercial speech*”, por muitos anos a Suprema Corte o tratou como uma categoria merecedora de menor proteção do que o discurso político ou filosófico. Em anos mais recentes, porém, a Suprema Corte acabou aplicando ao *commercial speech* uma proteção mais próxima daquela que dedica aos outros tipos de discursos, como ocorreu no caso *44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island* (1996). Este caso envolvia a discussão sobre a constitucionalidade de uma lei do Estado de Rhode Island que proibia publicidade de preços de bebidas alcoólicas. Um comerciante de bebidas, *44 Liquormart, Inc.*, foi multado por ter divulgado propaganda que, embora não indicasse o preço cobrado, deixava entender que os preços eram muito baixos. O comerciante, então, ajuizou uma ação questionando a constitucionalidade da lei, frente à proteção constitucional da liberdade de expressão. Uma Corte unânime reconheceu a inconstitucionalidade da lei. Escrevendo pela Corte, J. Stevens referiu que os precedentes dos casos *Bigelow v. Virginia* (1975) e *Virginia Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.* (1976) firmaram a existência de um interesse público em receber precisas informações comerciais. Vedações contrárias a tais informações partem da ofensiva presunção de que o público reagirá de forma irracional à verdade. Ainda que o poder público tenha um legítimo interesse em promover a sobriedade, não restara evidenciado que a proibição da publicidade

¹⁶ Sobre todos esses casos, além de outros envolvendo o mesmo tema (*Ginzburg v. United States*, de 1966; *New York v. Ferber*, de 1982; *National Endowment for the Arts v. Finley*, de 1998; *Ashcroft v. The Free Speech Coalition*, de 2002; e *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, de 2004), v. VILE, John R. *Essential Supreme Court Decisions – Summaries of Leading Cases in U.S. Constitutional Law*. 16th ed. Lanham/Maryland: Rowman & Littlefield, 2014, p. 296-303.

promoveria substancialmente tal interesse ou que outro meio menos drástico não poderia ser usado para o mesmo fim.¹⁷

Não há dúvida, porém, de que os casos mais importantes julgados pela USSC, envolvendo liberdade de expressão, dizem respeito a manifestações de opiniões políticas, críticas a agentes públicos ou informações de interesse público, ainda que possam ser constrangedoras ou tragam algum risco para os interesses do Estado. Refere-se aos casos *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (1943), *New York Times Co. v. Sullivan* (1964), *New York Times Co. v. United States (The Pentagon papers)* (1971), *Brandenburg v. Ohio* (1969) e *Texas v. Johnson* (1989), que serão analisados a seguir.

4.1. West Virginia State Board of Education v. Barnette (1943)

Situação fática:

Numa democracia constitucional sempre há uma potencial ocorrência de colisão entre vontades e atitudes da maioria da população – por vezes convertidas em normas legais – e os direitos da minoria. Não há uma resposta prévia e definitiva para esse conflito. Por vezes, inclusive, respostas diversas e até opostas são adotadas em países diferentes e até mesmo no mesmo país, mas em momentos históricos diferentes. No início dos anos quarenta do século passado, a Suprema Corte, no giro de apenas três anos, teve que enfrentar tal colisão, dando respostas opostas ao conflito.

Em 1940, ao julgar o caso *Minersville School District v. Gobitis*, uma Suprema Corte quase unânime (8x1) permitiu que as autoridades educacionais exigissem dos seus alunos saudação compulsória à bandeira e um juramento de fidelidade à nação (*Pledge of Allegiance*), mesmo que fossem seguidores das Testemunhas de Jeová, que achavam tal prática uma espécie de idolatria proibida pela Bíblia (HALL, PATRICK, 2006, p. 95-98).

Essa decisão incentivou a promulgação de leis semelhantes em outros Estados. Uma lei do Estado de West Virginia passou a obrigar os alunos de escolas daquele Estado a saudar e fazer um juramento de fidelidade à bandeira norte-americano no início das atividades escolares. Caso se recusassem a fazê-lo, os alunos poderiam ser

¹⁷ Sobre o *commercial speech*, v. VILE, John R. *Essential Supreme Court Decisions – Summaries of Leading Cases in U.S. Constitutional Law*. 16th ed. Lanham/Maryland: Rowman & Littlefield, 2014, p. 260 e 293-294.

impedidos de continuar a frequentar o colégio até que se dispusessem a observar tal dever, considerando-se tal período como ausências injustificadas. Em caso de definitiva desobediência, inclusive seus pais poderiam ser processados pela violação da lei e condenados a uma multa de cinquenta dólares e pena de prisão por trinta dias (VILE, 2014, p. 308-309).

Walter Barnette e outro pai, cujos filhos eram membros da Igreja Testemunhas de Jeová e haviam sido expulsos da Escola por terem se recusado a saudar a bandeira, ajuizaram uma demanda questionando a constitucionalidade da referida lei, invocando a liberdade religiosa prevista na Primeira Emenda.

Um *three-judge panel* da justiça federal de primeira instância concedeu uma *injunction* para fazer cessar imediatamente a exigência da saudação da bandeira. Os juízes reconheceram o precedente do caso *Gobitis*, mas referiram que a decisão no caso *Jones v. Opelika* estava a sugerir que a Corte estava por mudar de posição, até porque sua composição também mudara. Tratava-se da aplicação de verdadeiro *anticipatory overruling*.

O Estado recorreu diretamente à USSC, como é possível em casos de julgamento por *three-judge panel*.

Julgamento (6 x 3) :

Apesar do curto período de tempo entre a decisão do caso *Gobitis* e o caso *Barnette*, algumas questões explicam a mudança. Em primeiro lugar, houve difusa crítica acadêmica à decisão no caso *Gobitis*. Além disso, a decisão daquele caso incentivou inúmeras manifestações de violências de supostos “*super-patriots*” contra os impopulares adeptos das Testemunhas de Jeová nos meses subsequentes à decisão do caso anterior. Era impossível não comparar tais atitudes com outras de que se tinham notícias, oriundas da Europa, envolvendo posturas semelhantes de simpatizantes nazistas contra os judeus e outras minorias. Por outro lado, além da mudança de posição de alguns *Justices*, ocorrera a nomeação de dois novos juízes—Robert Jackson e Wiley Rutledge -, conhecidos como fortes defensores de liberdades públicas.

Todos esses fatores explicam porque a *Supreme Court* mudou de posição e considerou a lei estadual inconstitucional, por violar a Free Speech Clause, em vez da Religion Clause, ambas da Primeira Emenda.

Afirmou-se que a saudação a bandeira era uma forma de expressão e que o governo não poderia compelir seus cidadãos, mesmo crianças (HARRIS, 2002, p. 95-97), a expressarem suas convicções, sem violar a liberdade de expressão. Assim, independentemente de saber se a objeção à saudação à bandeira era motivada por crença religiosa ou não, a liberdade de expressão teria que ser respeitada.

Justice Robert Jackson, falando pela maioria, reconheceu a importância do simbolismo da bandeira, dizendo que “o simbolismo é uma forma primitiva, mas eficaz de comunicar ideias. O uso de um emblema ou bandeira para simbolizar algum sistema, ideia ou instituição é um atalho de mente para mente. Causas e nações, partidos políticos, lojas e grupos religiosos procuram vincular a lealdade de seus seguidores a uma bandeira ou estandarte, uma cor ou desenho (...)”.

Mas disse também que “quem começa a eliminar coercitivamente as discordâncias, logo a seguir estará exterminando os que discordam. A unificação compulsória das opiniões só consegue a unanimidade do túmulo”.

E prosseguiu, em palavras destinadas a serem reproduzidas em muitas decisões posteriores: “Se há alguma estrela fixa em nossa constelação constitucional, é a de que nenhum funcionário, de alta ou baixa categoria, pode prescrever o que será ortodoxo em política, nacionalismo, religião ou outras questões de opinião, ou forçar cidadãos a confessar, por palavras ou atos, sua fé nas mesmas... A razão de ser de um *Bill of Rights* é precisamente a de retirar certas questões das vicissitudes das polêmicas políticas, colocá-las fora do alcance das majorias e das autoridades, e afirmá-las como princípios jurídicos a serem aplicados pelas cortes judiciais. Os direitos fundamentais à vida, liberdade e propriedade, à liberdade de expressão, de imprensa, de crença e de reunião, além de outros direitos fundamentais não podem ser sujeitos ao voto, porque eles não dependem do resultado das urnas”. Disse, ainda, que “o caso atual torna-se difícil não porque os princípios subjacentes à decisão sejam obscuros, mas porque a bandeira em questão é a nossa.... Acreditar que o patriotismo não florescerá se as cerimônias patrióticas forem voluntárias e espontâneas, em vez de uma rotina compulsória, é avaliar pobremente a sedução exercida pelas nossas instituições sobre os espíritos livres”. Em palavras imorredouras, disse que “a liberdade para divergir não se limita a coisas que não importam muito. Isso seria uma mera sombra de liberdade. O teste de sua substância é o direito de discordar quanto às coisas que tocam o cerne da ordem existente”.

Divergindo, o único judeu que integrava a Corte naquela época, Felix Frankfurter iniciou afirmando que “quem pertence à minoria mais vilipendiada e perseguida na história não pode ser insensível à liberdade garantida pela nossa Constituição. Fosse relevante minha atitude puramente pessoal, eu me associaria de coração aberto às opiniões libertárias contidas no acórdão, que representam o pensamento e a ação de toda uma vida. Mas, como juízes, não somos judeus nem gentios, católicos nem agnósticos.”¹⁸ Frankfurter divergiu por entender que a Corte estava vinculada ao recente precedente que fixara, não podendo dele se afastar só porque houve mudança de composição ou de entendimento.

O precedente fixado no caso *Barnette* foi seguido por toda a justiça norte-americana desde então. Com base nele, juízes federais bloquearam várias posteriores tentativas de autoridades estaduais de retomarem variações de saudações à bandeira (PATRICK, 2006, p. 379-381).

Quase três décadas mais tarde, em 1969, a Suprema Corte enfrentou caso ainda mais dramático (*Street v. New York*), em que se questionava a constitucionalidade da condenação de Sidney Street, um afro-americano que, ao saber que um líder de direitos civis, James Meredith, havia sido assassinado por um franco-atirador, ateou fogo à bandeira norte-americana no centro de Nova Iorque. Ao ser abordado por um guarda que indagou se fora ele que havia posto fogo à bandeira, ele respondeu: “sim, é a minha bandeira e eu a queimei. Se permitimos que aconteça com Meredith aquilo que ocorreu, não temos mais necessidade de uma bandeira americana”. Foi então processado e condenado por profanar a bandeira americana. Escrevendo pela maioria, J. Harlan desconstituiu a condenação invocando a XIV Emenda, alegando que fora violada a liberdade de expressão de Street. Harlan invocou longos trechos do voto de J. Jackson, no caso *Barnette*, e concluiu que “não temos nenhuma dúvida de que a liberdade garantida pela Constituição ‘de sermos intelectualmente diversos e até contrários’ e o ‘direito de dissentir sobre coisas que tocam o coração da ordem

¹⁸ Sobre esse acórdão e seus bastidores, v. UROFSKY, Melvin I. *Dissent and the Supreme Court – Its Role in the Court’s History and the Nation’s Constitutional Dialogue*. New York: Pantheon Books, 2015, p. 244-246; IRONS, Peter. Justice at War. In: GROSSMAN, George S. (ed.). *The Spirit of American Law*. Boulder/Colorado: Vestview, 2000, p. 280-281; RODRIGUES, Leda Boechat. A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1992, p. 262-265; REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New Edition. New York: Alfred A. Knopf, 2001, p. 142; FRIEDMAN, Lawrence M. *American Law in the 20th Century*. New Haven: Yale University Press, 2002, p. 283; VILE, John R. *Essential Supreme Court Decisions – Summaries of Leading Cases in U.S. Constitutional Law*. 16th ed. Lanham/Maryland: Rowman & Littlefield, 2014, p. 308-309.

existente’, compreende a liberdade de exprimir publicamente a própria opinião sobre a nossa bandeira, incluindo aquelas opiniões que nos soam insolentes e desprezíveis” (GREENBAUM, 1992, p. 212).

Outro julgamento essencial para compreender até onde vai a liberdade de expressão ocorreu em 1964, com o caso *NYT v. Sullivan*. Nesse caso desenvolve-se a doutrina da *actual malice*, destinada a ocupar lugar importante em debates do gênero, inclusive fora dos EUA. É o que se passa a analisar.

4.2. *New York Times Co. v. Sullivan* (1964)

Situação fática:

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, para 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. Encerravam pedindo contribuições monetárias para auxiliar na campanha pela igualdade racial.

Sullivan, que era o Comissário de Polícia de Montgomery, 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]). Foi-lhe concedida uma indenização de 500 mil

dólares pela justiça de Alabama¹⁹, em decisões que percorreram os três graus de jurisdição daquele Estado.

O jornal NYT recorreu à USSC, alegando que a decisão feria a Primeira Emenda à Constituição Federal.

Julgamento (9 x 0):

Além da demanda em discussão, havia outras onze demandas contra a revista *Times*, pretendendo condenações em total superior a cinco milhões de dólares, além de outras cinco demandas contra a rede televisiva CBS, onde se pleiteavam um milhão e setecentos mil dólares, todas em razão da divulgação do mesmo material publicitário. Para a época, tratavam-se de valores bastante expressivos.

O perigo era claro, pois se juízes e jurados pudessem impor condenações vultosas à imprensa, por falha ao verificar a precisão dos fatos afirmados em cada material publicitário que publicasse, então nenhum jornal poderia arriscar publicar matérias controversas. Brennan²⁰, redator do acórdão, referiu que o temor de tais condenações possivelmente era maior do que o temor de condenações criminais (HORWITZ, 1998, p. 36).

A USSC reverteu o julgamento estadual, afirmando que demandas por difamação escrita (*libel*) estavam sujeitas à Primeira Emenda e que tais demandas, quando ajuizadas por agente público, somente poderiam ter sucesso se o autor provasse que a publicação fora feita “with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not” (com o conhecimento de que era falso ou com negligente desconsideração sobre ser falso ou não). Trata-se da doutrina da “*actual malice*” (malícia real).

Em passagem multicitada, Brennan afirmou haver “um profundo compromisso nacional com o princípio de que o debate sobre questões públicas deve ser desinibido, robusto e aberto, e que pode muito bem incluir ataques veementes, cáusticos e às vezes desagradáveis contra o governo e agentes públicos”.

¹⁹ 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. Uma exaustiva análise desse caso e sua repercussão na jurisprudência argentina encontra-se em SHINA, Fernando E. *La libertad de expresión y otros derechos personalísimos*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2009, p. 39-58.

²⁰ 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.

Brennan disse ainda que “no reino da fé religiosa e no âmbito da crença política, surgem ásperas diferenças. Em ambos os campos as opiniões de um homem podem parecer profundamente erradas ao seu vizinho. Para persuadir outros ao próprio ponto de vista, pode-se, às vezes, como sabemos, recorrer ao exagero, ao vilipêndio de pessoas que são conhecidas na Igreja ou no Estado, e até a falsas declarações, mas os cidadãos desta nação estabeleceram, à luz da história, que inobstante haja a possibilidade de excessos e de abusos, estas liberdades são, no longo andar, essenciais para que se forme uma opinião iluminada e se siga uma justa conduta por parte dos cidadãos de uma democracia”.

Sobre o fato de algumas afirmações da publicação serem falsas, Brennan afirmou que “afirmações euivocadas são inevitáveis em um debate livre” e que inclusive afirmações falsas “devem ser protegidas se a liberdade de expressão deve ter o espaço para respirar (*breathing space*) que ela precisa ... para sobreviver”. E justificou seu ponto de vista, dizendo que “uma regra que compelissem o crítico de uma conduta de um agente público a garantir a verdade de todas as suas afirmações factuais” levaria a uma intolerável “auto-censura” (*self-censorship*).

Sob uma tal regra, “os potenciais críticos da conduta oficial podem ser dissuadidos de fazerem as suas críticas, ainda que acreditem que sejam verdadeiras e mesmo que de fato o sejam, por causa da dúvida de poderem isso provar em juízo ou por receio de quanto gastariam para fazê-lo”. Caso uma tal regra de tal jaez fosse proclamada, segundo a Corte, ela “amorteceria o vigor e limitaria a variedade do debate público”²¹ – o chamado “*chilling effect doctrine*”.

Houve três votos concorrentes, de *Justices* Black, Douglas e Goldberg, os quais sustentaram que a Corte deveria ter ido ainda mais longe, afirmando que nenhuma demanda indenizatória por difamação poderia ser ajuizada por um agente público (REHNQUIST, 2001, p. 204-205).

A Corte, ainda, sustentou que tais requisitos deveriam ser provados mediante “*clear and convincing proof*”, sendo que tais aspectos, à diferença da esmagadora maioria das questões fáticas, estariam sujeitos à revisão em grau de recurso (lembrando-se que, como regra, a matéria de fato só é apreciada no primeiro grau de

²¹ Posner (2008, p. 178) criticou o formato da decisão no caso *NYT Co. v. Sullivan*, por definir de forma muito estreita o precedente a ser seguido, com isso limitando a possibilidade das cortes inferiores de estabelecer, “in light of the facts of new cases, a more nuanced code of rules and principles to govern this subfield of constitutional law”.

jurisdição, podendo ser objeto de recurso apenas as questões de direito). Retirava-se, desta forma, ao júri, a possibilidade de dar a última palavra a esse respeito (FINKELMAN, 2002, p. 589).

Segundo Atiyah (1996, p. 143-144), a decisão da Suprema Corte neste caso, “revolucionou” a *common law* norte-americana sobre a difamação. Após aquele julgamento, a Suprema Corte acabou distinguindo quatro categorias de situações: quando o autor é um agente público, quando o autor é uma figura pública e notória, quando o autor é um particular envolvido em matéria de interesse público, e quando o autor é uma figura particular e a matéria não reveste interesse público (CHEMERINSKY, 2015, p. 1098).

Num primeiro momento, em casos posteriores (Curtis Publishing Co. v. Butts e Associated Press v. Walker, ambos de 1967 e *Gulf Oil Corp. v. Copp. Paving Co.* [1974]), a USSC estendeu, por apertada maioria, a mesma ideia (*holding*) para pessoas que não eram agentes públicos, mas sim artistas, atores, atletas, industriais, ou seja, pessoas notórias (“*public figures*”). No caso *Rosenbloom v. Metromedia*, de 1971, a Corte, também por maioria, estendeu o privilégio do caso *Sullivan* a afirmações falsas feitas em conexão com “matéria de interesse público”.

Todavia, em 1974, no caso *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, a USSC, também por maioria apertada, voltou atrás e adotou a posição de que o *holding* do caso *N.Y. Times v. Sullivan* não se aplicava a pessoas privadas, mesmo quando a afirmação difamatória estivesse relacionada a matéria de interesse público. Esta orientação ainda permanece em vigor. Assim, para pessoas privadas, é possível obter indenização “merely by showing that the publisher or broadcaster had acted negligently in disseminating the defamatory material”. Quanto à extensão dos danos, o réu responde apenas pelos danos que o autor conseguir demonstrar ter sofrido individualmente (CHAMBERLIN, 2002, p. 551). Todavia, segundo HAY (2010, p. 174) tal prova é dispensável quando o réu age com ‘*malice*’, caso em que é adequada a imposição de *punitive damages*.

Dois anos mais tarde, no caso *Time Inc. v. Firestone* (1976), a USSC manteve essa postura mais restritiva. O caso envolvia a notícia do divórcio de um dos casais mais ricos dos Estados Unidos, em razão do “adulterio da mulher”. O decreto de divórcio não era claro sobre suas causas, referindo apenas “extreme cruelty” e “lack of domestication”. A ex-esposa agiu contra a Revista *Time* por difamação, em razão da notícia sobre seu divórcio ter sido adulterada. Na Suprema Corte, a maioria entendeu

que a sra. Firestone não era uma figura pública, ainda que seu nome regularmente fosse citado na imprensa local, em colunas sociais. O simples fato de ter se envolvido em processo rumoroso tampouco fazia dela uma pessoa pública.

A tendência de restringir o espectro de pessoas “públicas” continuou com os casos *Wolston v. Reader's Digest* e *Hutchinson v. Proxmire*, ambos de 1979 (WHITE, 1988, p. 442-445). No caso *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc*, julgado em 1985 pela Suprema Corte, diferenciou ainda mais os casos envolvendo divulgação de fatos revestidos de algum interesse público daqueles desprovidos de tal interesse, referindo que nestes últimos o acolhimento da pretensão indenizatória não exige a prova de uma culpa evidente (HAY, 2017, p. 156).

Segundo uma série de casos examinados por Chemerinsky (2015, p. 1105, 1107-1108), não há total clareza sobre quem é uma figura pública nos Estados Unidos. A casuística indica, porém, que há uma postura jurisprudencial restritiva, exigindo que reste evidenciado que a pessoa tenha buscado voluntaria e conscientemente uma projeção social. Conclui o autor que o equilíbrio buscado pela Suprema Corte a respeito da ponderação entre a liberdade de expressão e de imprensa e o direito à reputação, honra e imagem, passa por conferir mais peso à liberdade de expressão quando se trata de matéria de interesse político ou de interesse público, ao passo que confere mais valor à reputação quando se trata de pessoas privadas e que não buscaram notoriedade, envolvidas em matéria sem interesse público.

Um esforço para aperfeiçoar o *clear and present test* e ampliar ainda mais o âmbito protegido da liberdade de expressão veio com o caso *Brandenburg v. Ohio*, analisado na sequência.

4.3. *Brandenburg v. Ohio* (1969)

Situação fática:

Clarence Brandenburg, um líder da Ku Klux Klan, havia convidado um repórter para assistir e filmar uma cerimônia de queima da cruz (*cross-burning ceremony*), onde foi filmado fazendo apologia da supremacia da raça branca e denegrindo negros e judeus. Pregava vingança contra os líderes da nação que haviam protegido os negros. Foram filmados também uma dúzia de homens encapuçados brandindo armas.

Brandenburg foi condenado criminalmente sob uma lei do Estado de Ohio que incriminava a associação criminosa (*Criminal Syndicalism Act*).

Recorre ele à USSC, invocando a proteção da 1^a e 14^a Emendas.

Julgamento (9 x 0):

O caso *Brandenburg v. Ohio* representou o *leading case* em matéria de ampla proteção da liberdade de expressão. A USSC usou esse caso para revogar o precedente *Whitney v. Califórnia*, consolidar mas também aperfeiçoar o *clear and present danger test*, tido como muito vago e pouco protetivo (HORWITZ, 1998, p. 66-67).

Em decisão *per curiam*, largamente redigida pelo *Justice* Brennan, foi afirmado o princípio de que as garantias constitucionais de liberdade de expressão e de imprensa não permitem que o Estado proíba a apologia do uso da força ou da violação da lei, exceto quando isso for direcionado para incitar ou produzir ação ilegal iminente e for provável que incite ou produza tal ação. Trata-se do chamado *incitement test*. Segundo Dorf e Morrison (2010, p. 109), não se tratou de uma simples alteração de fórmula verbal, mas sim de uma mudança de atitude: “ao deslocar o teste do perigo claro e iminente, o Tribunal desaprovou amplamente os casos que o usaram para permitir ao governo justificar a censura, no presente, baseada em consequências adversas temidas - como resistência ao recrutamento militar - em um futuro hipotético” (DORF, MORRISON, 2010, p. 169). De acordo com Chemerinsky (2015, p. 1048-1049), nessa nova formulação, uma punição por incitamento só poderia ocorrer quando estivessem presentes três requisitos: um dano iminente, a clara percepção de que o incitamento produziria uma ação ilegal, bem como a intenção de causar uma ilegalidade iminente.²² Simples incitamento não é punível.

O *Brandenburg Test* foi aplicado em casos subsequentes (*Hess v. Indiana*, de 1973, e *NAACP v. Claiborne Hardware Co.*, de 1982), sendo ainda a doutrina acolhida pela USSC para casos semelhantes.

Poucos anos mais tarde foi a vez de ampliar os limites da liberdade de imprensa.

4.4. *New York Times Co. v. United States (The Pentagon papers) (1971)*

Situação fática:

²² Sobre esse caso, v. PATRICK, John J. *The Supreme Court of the United States – A Student Companion*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 49/50.

Em 13.06.1971 o New York Times publicou a primeira série dos chamados “*Pentagon Papers*” – um conjunto de sete mil páginas de documentos secretos (envolvendo a história e razões do envolvimento inicial dos EUA no Vietnã e sua posterior escalada, especialmente sob os governos Kennedy e Johnson), vazados por um ex-funcionário do Pentágono, Daniel Ellsberg, que tivera acesso a tais documentos e que se tornara crítico da guerra do Vietnã. Tais documentos foram mandados elaborar por Robert McNamara, em 1967, quando era Secretário de Estado do Presidente Johnson, para avaliar o que dera errado no Vietnã. O estudo revelava que os diversos governos americanos, desde o início, tinham conhecimento de que a guerra do Vietnã não poderia ser ganha. Apesar disso, deliberadamente teriam mentido à sociedade norte-americana por mais de vinte anos e conscientemente enviaram mais tropas para tentarem adiar a admissão do fracasso²³.

No dia seguinte, segunda-feira, 14.06.71, houve a publicação da segunda série dos documentos.

Na terça-feira, dia 15.06, o Governo conseguiu de um juiz federal uma liminar para sustar a continuidade da publicação. Três dias depois o juiz voltou atrás. Houve recurso e um “desembargador federal” manteve a proibição enquanto pendesse recurso.

Todavia, na quinta-feira, dia 17.06, o Washington Post, a quem igualmente Ellsberg entregara parte das cópias dos *Pentagon Papers*, começou também a publicar a primeira de uma série de notícias, com parcial reprodução dos referidos documentos.

Durante o final de semana seguinte, outros dezessete jornais igualmente tiveram acesso aos documentos e também publicaram notícias a respeito.

Em razão de recursos das partes envolvidas, as Cortes Federais de Apelação de Nova Iorque e de Washington concederam liminares de sentido oposto. Assim, em 24.06 a USSC concedeu *certiorari* e, por 5x4, suspendeu a publicação de outras notícias pelo New York Times e pelo Washington Post, até decisão final. Já no dia seguinte ouviu os argumentos das partes e em 30.06 publicou sua decisão.

Julgamento (6 x 3):

²³ Sobre a origem de tais documentos, v. HERRING, George C. Verbete “*Pentagon Papers*”. In: BOYER, Paul S. (ed.). *The Oxford Companion to United States History*. New York: Oxford University Press, 2001, p. 587.

Após as sustentações orais ²⁴, os *Justices* perceberam que o normal procedimento de redação dos votos (que costuma durar de 4 a 6 semanas) levaria tempo demais, diante da sentida necessidade de uma pronta solução (além de retardar o início do recesso²⁵, já que a Suprema Corte não encerra suas atividades enquanto não julgar todos os processos pendentes). Assim, resolveu-se publicar uma sintética decisão *per curiam*, anunciando o resultado e apenas afirmando que o governo não tinha se desincumbido do ônus probatório de demonstrar a necessidade imperiosa de uma censura prévia das publicações. Além dessa síntese, cada um dos nove *Justices* redigiu seus votos separadamente, expondo suas razões (bastante diversas entre si). Entre a primeira publicação da matéria pelo *The New York Times* e a decisão da Suprema Corte decorreram apenas 18 dias, dentro dos quais houve outras três decisões judiciais das instâncias inferiores (CHEMERINSKY, 2015, p. 1004).

A USSC entendeu que somente em situações absolutamente extraordinárias se poderia impedir a divulgação de informações, o que não ocorreria aqui. Mesmo que a obtenção dos documentos pudesse ser ilegal, o que poderia acarretar a responsabilização criminal de quem praticara o ilícito²⁶, isso não impediria a sua divulgação pela imprensa. Somente quando a publicação “certamente acarretasse um dano direto, imediato e irreparável à Nação ou à população” é que se poderia pensar

²⁴ Foram contratados para fazer as sustentações orais dois dos mais famosos professores norte-americanos – de um lado, Prof. Alexander Bickel, de Yale; de outro, o Prof. emérito Erwin Griswold, de Harvard – ATIYAH, Patrick S.; SUMMERS, Robert S. *Form and substance in Anglo-American Law – A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 401.

²⁵ Desde 1873 a Suprema Corte exerce suas funções durante 36 semanas anuais, desde a primeira segunda-feira do mês de outubro até o final de junho do ano seguinte. Excepcionalmente, como nesse caso, bem como no dramático caso *United States v. Nixon*, em 1974, que levaria à renúncia do Presidente, diante da importância e urgência das questões que estavam em jogo, houve o retardamento por alguns dias do início do recesso – ABRAHAM, Henry J. *The Judicial Process*. 7^a ed. New York: Oxford University Press, 1998, p. 206.

²⁶ De fato, a Suprema Corte deixou claro, pelo voto dos seus *Justices*, que tanto o *The New York Times* quanto o *The Post*, assim como o responsável pelo vazamento dos documentos, poderiam ser processados criminalmente com base no *Espionage Act*. Apesar disso, o governo não tentou responsabilizar criminalmente os jornais, mas dois dias depois acionou criminalmente Daniel Ellsberg com base na Lei de Espionagem. Sua primeira condenação foi anulada quando foi revelado que o governo havia grampeado uma conversa telefônica entre o acusado e seu advogado. Um segundo julgamento começou em janeiro de 1973. Todavia, veio à tona a informação que dois agentes da Casa Branca haviam invadido o consultório do psiquiatra de Ellsberg, em busca de informações úteis à acusação. Diante disso, o juiz encarregado do caso encerrou o caso, afastando todas as acusações contra Ellsberg, com base em má-conduta do governo (*government misconduct*) – GRAETZ, Michael J.; GREENHOUSE, Linda (2016). *The Burger Court and the Rise of the Judicial Right*. New York: Simon & Schuster, 2016, p. 309-310 e HARTMAN, Gary; MERSKY, Roy M.; TATE, Cindy L. *Landmark Supreme Court Cases – The Most Influential Decisions of the Supreme Court of the United States*. New York: Facts on File, 2004, p. 415.

em uma censura prévia (SCHWARTZ, 1993, p. 328). Justices Black e Douglas mantiveram sua posição de que nunca é possível uma censura prévia à imprensa.

Os três votos divergentes (de Burger, Harlan e Blackmun) entenderam que o Governo havia provado que a divulgação das informações acarretaria um “dano imediato e irreparável para a nação”. Afirmaram, ainda, que a divulgação não era urgente e que o jornal teria tempo suficiente para examinar detidamente os documentos e eventualmente consultar o Governo, antes de publicá-los. Entenderam, ainda, que o Presidente tinha direito a uma maior deferência, em se tratando de política externa (VILE, 2014, p. 275/276).

A USSC, nesse caso, legitimou o papel da imprensa como paladino do povo contra os ilícitos governamentais. Essa foi a mais importante decisão da corte Burger sobre o alcance da Primeira Emenda.

Frise-se que o único caso em que a Suprema Corte autorizou uma restrição à circulação de publicação foi no caso *Snepp v. United States*, de 1980. Nesse caso, a Suprema Corte deu razão ao governo norte-americano, que exigia que Frank Snepp, ex-agente da CIA, apresentasse o livro que pretendia publicar (*Decent Interval*, sobre a queda do Vietnã) para prévia análise da CIA. Nesse caso, porém, a Corte se baseou num acordo – *Security Agreement* – feito pelo ex-agente e a CIA, ao se desligar da entidade, pelo qual se comprometia a permitir tal análise prévia caso viesse a pretender publicar alguma coisa envolvendo fatos de que tivera conhecimento em razão de sua atividade. Entendendo que tal acordo era vinculante e como o livro já fora publicado em descumprimento de tal acordo, a Suprema Corte autorizou a busca e apreensão dos livros em circulação (CHEMERINSKY, 2015, p. 1007).

No final da década seguinte, a USSC estendeu a liberdade de expressão a “condutas expressivas”, como queimar uma bandeira.

4.5. *Texas v. Johnson* (1989)

Situação fática:

Durante a Convenção nacional do Partido Republicano, em 1984, em Dallas, Gregory Lee Johnson participou de uma passeata de protesto na frente do prédio onde se desenrolava a Convenção, contra a administração Reagan.

Ao término da passeata, ele ateou fogo numa bandeira americana, enquanto outros participantes cantavam “America, the red, white, and blue, we spit on you”.

Johnson foi processado por “profanação de um objeto venerado”, segundo lei do Texas, e condenado a um ano de prisão e multa de dois mil dólares em primeira instância. Em apelação, a condenação foi revertida, entendendo o tribunal que a conduta de Johnson era uma forma de expressão protegida pela 1ª emenda.

O Estado do Texas recorreu à USSC.

Julgamento (5 x 4):

Como se entende que o governo tem maior poder para punir uma conduta do que um ‘speech’, uma Suprema Corte dividida teve que definir, inicialmente, se queimar uma bandeira era uma conduta ou um speech.

Escrevendo pela maioria, Brennan afirmou que se tratava de uma ‘conduta expressiva’ ou discurso simbólico (*symbolic speech*), porque se tratava de uma conduta que pretendia expressar uma particular mensagem.

Em sendo assim, afirmou que “se existe um princípio fundamental subjacente à Primeira Emenda, ele significa que o Governo não pode proibir a expressão de uma ideia simplesmente porque a sociedade a considera ofensiva ou desagradável”. E continuou: “não podemos imaginar uma resposta mais apropriada à queima da bandeira do que balouçar a sua própria, nenhuma maneira melhor de contra-atacar a mensagem de um queimador de bandeira do que saudar a bandeira que arde.”

Em vigoroso voto vencido, o Presidente Rehnquist defendeu a condenação de Johnson, em razão do papel único representado pela bandeira da nação. Afirmou que a bandeira americana era um “visible symbol embodying our Nation”, e não apenas mais um símbolo, razão pela qual merecia uma especial proteção. Outro dissidente, J. John P. Stevens, afirmou que a bandeira representa valores, como liberdade e igualdade, pelas quais “vale a pena lutar”.

A opinião pública foi contrária a essa decisão. Uma pesquisa feita na sequência apurou que mais de 80% da população desaprovou a decisão e desejava uma intervenção do legislativo para reverter tal entendimento.

Em resposta à decisão da USSC, o congresso norte-americano, poucos meses depois dessa decisão, aprovou a *Flag Protection Act of 1989*, incriminando a conduta de queimar a bandeira nacional.

Tal lei teve vida curta, pois em 1990, no caso *United States v. Eichman*, a USSC declarou a inconstitucionalidade da nova lei, reafirmando sua jurisprudência (VILE, 2014, p. 312-313).

Mais recentemente, a USSC revisitou o tema, em âmbito eleitoral.

4.6. *Citizens United v. Federal Election Commission (FEC) (2010)*.

Situação fática:

Em 2008, pouco antes das eleições primárias do partido democrata, uma ONG conservadora produziu um filme – *Hillary: The Movie* –, de teor bastante crítico à candidata Hillary Clinton.

Referida ONG queria publicizar o filme na tv e colocá-lo no ar através da DirecTV.

Seu intento foi barrado pela FEC (*Federal Election Commission*) por aparentemente violar o *Bipartisan Campaign Reform Act* – BCRA, lei de 2002 que impedia empresas e sindicatos de usar a mídia para se manifestar a favor ou contra um candidato, em período próximo às eleições (30 dias antes das primárias e 60 antes das eleições gerais), bem como proibia empresas e sindicatos de contribuir para campanhas eleitorais.

A ONG ingressa na justiça federal, arguindo a inconstitucionalidade de tal restrição. Não tendo sucesso, consegue que seu caso seja examinado pela USSC.

Julgamento (5 x 4):

Apesar da Corte Suprema ter, em 2003 (caso *McConnell v. FEC*), reconhecido a constitucionalidade do BCRA, sete anos depois a Corte, com composição parcialmente alterada, revogou o anterior precedente, afirmando que a Primeira Emenda vedava qualquer medida legislativa que pudesse limitar a liberdade de expressão, mesmo por pessoas jurídicas.

Afirmou J. Kennedy que a liberdade de expressão é um mecanismo essencial para a democracia e que qualquer norma que a limite deve ser submetida a um “*strict scrutiny*” (escrutínio rigoroso), exigindo do governo que demonstre a necessidade de proteger um interesse superior, e a imperiosidade da medida estritamente necessária para alcançar aquele objetivo. O governo não pode privar o público do direito e do

privilégio de determinar, por si próprio, qual discurso e qual orador é digno de consideração, segundo ele.

Segundo a maioria, é constitucionalmente irrelevante saber qual a proveniência do dinheiro que possibilita a difusão do discurso. Todas as mensagens são pagas com dinheiro oriundo do mercado. Por essa razão, reverteu o caso *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* (1990) e acabou com a restrição de contribuição financeiras pelas empresas (*corporations*), regra essa que vigorava há mais de século.

Em seu voto concorrente, o C.J. Roberts, para justificar a revogação de um precedente recente, afirmou que “when considering whether to reexamine a prior erroneous holding, we must balance the importance of having constitutional questions *decided* against the importance of having them *decided right*”. Poder-se-ia acrescentar: “certo”, é claro, significa ‘certo’ aos olhos dos atuais membros da Corte, segundo May (2016, p. 51).

Houve vigoroso e extenso voto vencido (90 páginas) do J. Stevens, mostrando o risco que o mundo empresarial pode representar para o mundo político. Reportou-se a notícias informando os valores bilionários gastos pela *United States Chamber of Commerce* e outras associações comerciais em contribuições eleitorais (GRAETZ, GREENHOUSE, 2016, p. 267). Também criticou o fato de a maioria ter revogado o precedente do caso *Austin*, de 1990, que servira de base ao caso *McConnell* de 2003, sem que tivesse assumido o ônus de enfrentar os tradicionais aspectos da *antiquity of the precedent, the workability of its legal rule, and the reliance interests at stake*”, como comumente faz a Corte quando pretende *overrule* um precedente (VILE, 2014, p. 287-289).

A decisão acarretou inúmeras reações desfavoráveis da sociedade e da academia. Apesar disso, a Corte, assumindo o viés amplamente conservador da sua maioria, no caso *McCutcheon v. Federal Election Commission*,²⁷ julgado em 2014, reafirmou sua posição e foi ainda além, ao derrubar limites fixados legislativamente para doações individuais a campanhas eleitorais.²⁸

²⁷ Sobre esse caso, seus bastidores e repercussões, v. UROFSKY, Melvin I. *Dissent and the Supreme Court – Its Role in the Court’s History and the Nation’s Constitutional Dialogue*. New York: Pantheon Books, 2015, p. 26 e ss.

²⁸ Uma cáustica crítica ao raciocínio *naïf* exposto no voto da maioria nos dois casos foi feita por AMAR, Akhil Reed. *The Law of the Land – A Grand Tour of Our Constitutional Republic*. New York: Basic Books, 2015, p. 100-103.

5. Liberdade de expressão e as novas formas de comunicação

Formas modernas de comunicação social colocaram novos desafios à Suprema Corte. Já em 1997, por exemplo, a Suprema Corte teve que lidar com restrições à liberdade de expressão no âmbito da internet. Naquele ano foi julgado o caso *Reno v. American Civil Liberties Union*, em que se considerou inconstitucional a *Communications Decency Act* (CDA), uma regulamentação federal de 1996, que proibia a veiculação de mensagens consideradas indecentes por e-mail ou através da internet, com a intenção de proteger crianças.

Poucos anos mais tarde foi a vez de analisar a censura no âmbito da tv a cabo. Ao julgar o caso *United States v. Playboy Entertainment Group* (2000), a Suprema Corte derrubou uma lei federal que proibia amplamente a transmissão de programas contendo sexo explícito através da tv a cabo. Também aqui o propósito legislativo era evitar que crianças pudessem ser prejudicadas em seu desenvolvimento sadio através da exposição a tais cenas, razão pela qual os operadores poderiam ou bloquear tais imagens ou transmiti-las apenas em horário em que as crianças presumivelmente estivessem dormindo. A Suprema Corte afirmou que tal regulamentação era demasiadamente restritiva e violava a Primeira Emenda, pois impedia que todos os assinantes pudessem assistir os programas que escolhessem. Afirmou que uma alternativa bem mais razoável (e possível) era instalar mecanismos que permitissem a cada usuário bloquear os programas que ele (ou seus filhos) não gostaria de assistir, sem afetar o direito de outro usuário que desejasse acessar tais programas no horário que lhe aprouvesse.

Todavia, em 2003, ao julgar o caso *United States v. American Library Association*, a Suprema Corte validou uma lei federal que exigia que bibliotecas públicas usassem softwares contendo filtros em seus computadores, para proteger crianças de imagens pornográficas ou obscenas.²⁹ Passa-se a examinar alguns desses casos.

²⁹ Sobre esses casos, v. PATRICK, John J. *The Supreme Court of the United States – A Student Companion*. New York: Oxford University Press, 2006, p.141-142.

5.1. *Reno v. American Civil Liberties Union (1997)*

Situação fática:

Em 1996o Congresso norte-americano aprovou o *Communications Decency Act (CDA)*, proibindo a transmissão de mensagens indecentes ou pornográficas por e-mail, considerando um crime quem enviasse tal material a alguém menor de 18 anos. Também proibiu a disponibilização de tal material pela internet, de forma que pudesse ser acessada por pessoas menores de 18 anos. A lei não definia com precisão qual o tipo de material proibido, referindo-se genericamente a materiais “patently offensive” ou que expusessem cenas sexuais ou excretórias consideradas “indecent”.

Os defensores da lei sustentavam que ela atendia a um *compelling public interest*, qual seja, o de proteger o desenvolvimento moral de crianças e jovens. Já seus oponentes afirmavam que se tratava de uma violação à liberdade de expressão.

A *American Civil Liberties Union*, em concerto com outras organizações da sociedade civil, como a *American Library Association*, ajuizou uma ação contra a autoridade responsável pela implementação (*enforcement*) e execução da norma, a *Attorney General* dos Estados Unidos, Janet Reno. O caso foi apreciado por um *three-judge panel* na justiça federal, que acolheu a demanda e reconheceu a inconstitucionalidade da lei.

Reno, então, recorreu à Suprema Corte.

A questão era relevante e pela primeira vez a Suprema Corte teve que decidir se o mundo virtual deveria ser regido pelas mesmas regras e princípios que a imprensa tradicional, escrita, falada ou televisionada, onde tradicionalmente se garantia uma ampla e quase irrestrita liberdade de expressão, ou se, pelas suas peculiaridades, poderia a internet ser regulada por normas governamentais mais estritas, em suposto benefício da coletividade.

Julgamento (9x0):

J. John P. Stevens, escrevendo pela corte, declarou a inconstitucionalidade da lei, afirmando que “não obstante a legitimidade e importância do objetivo do Congresso de proteger as crianças de materiais nocivos, concordamos ... que a lei restringe a liberdade de expressão protegida pela Primeira Emenda. (...) O interesse em encorajar a liberdade de expressão em uma sociedade democrática supera qualquer benefício teórico, mas não comprovado, da censura”.

A decisão foi unânime, embora J. Sandra D. O'Connor tenha referido que a lei poderia ser considerada constitucional em casos em que ficasse claro que o transmitente do material visava exclusivamente a um público infantil ou adolescente. C.J. Rehnquist aderiu ao seu voto.

Esse importante caso sinalizou que o mundo da internet é governado pelas mesmas leis que regem a liberdade de expressão no mundo real, ou seja, de forma tendencialmente irrestrita.

5.2. *United States v. American Library Association (2003)*

Situação fática;

Ao contrário da decisão no caso *Reno*, a decisão nesse caso foi em sentido conservador, refletindo a alteração da composição da Corte.

No ano 2000, em resposta a uma crescente preocupação de pais e educadores com a exposição de crianças e adolescentes a materiais tidos como obscenos e pornográficos que passaram a circular pela internet, o Congresso aprovou a *Children's Internet Protection Act* – CIPA. Partiu-se da suposição de que a exposição a tais conteúdos prejudicaria o sadio desenvolvimento moral

A lei visava evitar que crianças e adolescentes pudessem ter acesso a conteúdos obscenos usando computadores de bibliotecas públicas. Para tanto, deveriam as bibliotecas públicas instalar softwares que impedissem tal acesso. Caso as bibliotecas não o fizessem, deixariam de receber a regular ajuda econômica federal.

Os defensores da Primeira Emenda entenderam, porém, que tal legislação ofendia a liberdade de expressão, que deveria continuar sendo irrestrita, mesmo no âmbito da internet, fossem os destinatários adultos ou jovens. Sua preocupação maior era o fato de que tais softwares iriam impedir inclusive adultos frequentadores de bibliotecas de acessarem tais conteúdos, se o desejassem.

A Associação Americana de Bibliotecas ajuizou então uma ação judicial, arguindo a inconstitucionalidade da referida lei, frente à liberdade de expressão garantida pela Primeira Emenda. Tendo tido sucesso nas instâncias federais inferiores, o governo consegue fazer com que o caso fosse conhecido pela Suprema Corte.

Julgamento (6x3):

A Suprema Corte, por folgada maioria de 6 a 3, reverteu a decisão inferior e reconheceu a constitucionalidade da lei. Escrevendo pela Corte, C.J. William Rehnquist afirmou que o acesso à internet em bibliotecas públicas não constitui um *constitutionally protected public forum*. Trata-se, na verdade, de um tipo de acesso a informações que pode ser limitado e restringido no interesse da proteção de pessoas ainda em desenvolvimento, e que adultos que frequentassem tal ambiente e que quisessem ter acesso a determinados conteúdos bloqueados, poderiam simplesmente pedir o auxílio de bibliotecários.

A divergência dos J. Stevens, Souther e Ginsburg foi no sentido de considerar a lei inconstitucional, por violar a liberdade de expressão e de irrestrito acesso a informações, sendo que a norma acabava afetando o direito de adultos frequentadores de bibliotecas.

Essa decisão foi muito controversa, especialmente por ter tomado uma posição desalinhada com outros precedentes anteriores - *Reno v. ACLU*, de 1997 e *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, de 2002.

É momento de concluir.

Considerações finais

Ao longo do tempo, a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos paulatinamente firmou o entendimento de que liberdade de expressão e de imprensa significa que as pessoas podem publicamente expressar ideias e divulgar informações – inclusive ideias tidas como impopulares, pouco sábias ou incorretas – sem o temor de sofrerem sanções. Assim, agentes públicos podem ser criticados e novas formas de pensar e de se comportar podem ser divulgadas. Além da clássica liberdade para divulgar ideias pela imprensa escrita, falada e televisionada, a liberdade de expressão foi interpretada no sentido de incluir condutas expressivas, ao ponto de se aceitar inclusive a queima de bandeiras, símbolo da nação, para expressar sentimentos contrários ao governo (PATRICK, 2006, p. 138).

Mas essa orientação não foi linear ao longo do século XX. Muitas nuances foram identificadas. Votos vencidos tornaram-se vencedores em momentos posteriores. Cortes mais conservadoras ou mais liberais também resolveram de forma diversa os mesmos problemas. Ao longo de sua história, por vezes a USSC foi chamada a se

manifestar sobre o grau de proteção a ser conferido a vários tipos de discursos, tendo que definir se só o discurso político mereceria proteção, ou se a liberdade de expressão abrangeria também a literatura pornográfica e a comercial, por exemplo.

É verdade que há pouca controvérsia sobre o fato de ser o discurso de natureza política aquele que é essencialmente protegido pela Primeira Emenda. A Suprema Corte chegou a afirmar que a possibilidade de criticar livremente o governo e agentes governamentais constitui “*the central meaning of the First Amendment*” (afirmação feita no caso *New York Times v. Sullivan*, em 1964). Uma minoria de autores³⁰ vai ao ponto de sustentar que o *political speech* deveria ser o único *speech* protegido pela Primeira Emenda. Tal posição restritiva, porém, jamais foi acolhida pela Suprema Corte, que também já estatuiu que “as garantias da liberdade de expressão e da imprensa não se limitam a proteger a expressão política ou comentários sobre assuntos públicos” (caso *Time, Inc. v. Hill*, de 1967). Em parte, isso se deve à dificuldade de definir o que é um discurso político. Eventualmente tudo pode ter uma dimensão política, desde tiras em quadrinhos à publicidade comercial.³¹ Por outro lado, essa posição mais liberal também reflete a importância da liberdade de expressão para virtualmente todas as outras áreas da sociedade (CHEMERINSKY, 2015, p. 970-971).

Assim, a dúvida sobre se a Suprema Corte adotaria uma prévia categorização dos tipos de liberdade de expressão, conferindo maior proteção a alguns deles, em detrimento de outros, foi resolvida em sentido negativo. A casuística da Suprema Corte sobre o tema permite a conclusão de que ela optou pela metodologia do balanceamento, da ponderação, preferindo não se utilizar de categorias apriorísticas. A USSC realiza uma análise pontual da importância de um determinado *speech* como expressão de posicionamentos e ideias por um indivíduo frente ao eventual interesse do governo em limitá-lo. Ao fazer essa ponderação, a Corte acabou por defender uma posição das liberdades de expressão e de imprensa como preferenciais, frente a outros interesses contrapostos. Qualquer tentativa de impor restrições ou limites à livre manifestação da expressão deve ser analisada a partir de uma tomada de posição apriorística, ou seja, em princípio a restrição é inválida, salvo se o governo demonstrar uma imperiosa necessidade da imposição do limite, em razão de outros interesses

³⁰ Expoente de tal posição é BORK, Robert. *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*. *Indiana Law Journal*, vol. 47, fasc. 1. 1971, p. 28.

³¹ No caso *Brown v. Entertainment Merchants Association* (2011), a Suprema Corte afirmou que “The Free Speech Clause exists principally to protect discourse on public matters, but we have long recognized that it is difficult to distinguish politics from entertainment, and dangerous to try”.

igualmente relevantes que não possam ser alcançados de outra forma. Trata-se de um teste difícil de superar, como se constata do exame da jurisprudência da Suprema Corte.

A casuística analisada demonstra a enorme importância que à liberdade de expressão sempre foi reconhecida pelo mais elevado tribunal dos Estados Unidos, caracterizando-se como verdadeira liberdade preferencial. Isso se deve, em parte, à posição destacada que ela ocupa na arquitetura normativa do *Bill of Rights*, inserindo-se na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Mais importante do que isso, porém, é o fato de que a liberdade de expressão está vinculada às origens da nação norte-americana, formada por muitos colonos que foram para lá exatamente para poderem livremente expressar suas ideias e crenças.

Apesar das constituições dos demais países ocidentais não conferirem uma posição tão destacada à liberdade de expressão e de imprensa quanto a norte-americana, e apesar dessa liberdade não ter tido especial relevo na formação histórica das demais nações, a jurisprudência da Suprema Corte acabou influenciando a jurisprudência de inúmeros países, o que revela a presença de uma certa identidade cultural e uma comunidade de valores entre os países ocidentais, sendo irrelevante sua inserção na família da *common law* ou da *civil law*.

Referências bibliográficas

ABRAHAM, Henry J. *The Judicial Process*. 7ª ed. New York: Oxford University Press, 1998.

AMAR, Akhil Reed. *The Law of the Land – A Grand Tour of Our Constitutional Republic*. New York: Basic Books, 2015

ATIYAH, Patrick S.; SUMMERS, Robert S. *Form and substance in Anglo-American Law – A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*. New York: Oxford University Press, 1996.

BORK, Robert. Neutral Principles and Some First Amendment Problems. *Indiana Law Journal*, vol. 47, fasc. 1. 1971

BURNS, James MacGregor. *Packing the Court – The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*. New York: Penguin Press, 2009.

BYRUN, Kristie. *The European Right to be Forgotten – The First Amendment Enemy*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2018.

CHAMBERLIN, Bill F. Verbete “Media and Law”. In: HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to American Law*. New York: Oxford University Press, 2002.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law – Principles and Policies*. 5^a ed. New York: Wolters Kluwer, 2015.

COHEN, Jeremy. *Congress Shall Make No Law – Oliver Wendell Holmes, the First Amendment, and Judicial Decision Making*. Ames: Iowa State University Press, 1989.

DORF, Michael C.; MORRISON, Trevor W. *Constitutional Law*. New York: Oxford University Press, 2010.

DUXBURY, Neil. *Patterns of American Jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 1997.

EAGLE, Steven J. Verbete “Property”. In: HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to American Law*. New York: Oxford University Press, 2002.

ELY JR., James W. Verbete “Property Rights”. In: HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to American Law*. New York: Oxford University Press, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio; WEDY, Ana Paula Martini Tremarin. Oliver Wendell Holmes Jr. e a jurisdição constitucional norte-americana. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3 (2017), n. 4, p. 405-450.

FRIEDMAN, Lawrence M. *American Law – An Introduction*. 2nd ed. New York: W. W. Norton & Co., 1998.

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

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.

GRAETZ, Michael J.; GREENHOUSE, Linda (2016). *The Burger Court and the Rise of the Judicial Right*. New York: Simon & Schuster, 2016.

GREENBAUM, Jeffrey (org.) (1992). *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti – I giudici Warren e Burger*. Milano: Giuffrè, 1992.

GROSSMAN, George S. (2000). (ed.) *The Spirit of American Law*. Boulder/Colorado: Westview Press, 2000.

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

HALL, Kermit L.; WIECEK, William M.; FINKELMAN, Paul. *American Legal History – Cases and Materials*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 1996.

HALL, Kermit L. Verbete “Stone, Harlan Fiske”. In: HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to American Law*. New York: Oxford University Press, 2002.

HARRIS, Leslie J. Verbete “Children’s Rights”. In: HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to American Law*. New York: Oxford University Press, 2002.

HARTMAN, Gary; MERSKY, Roy M.; TATE, Cindy L. *Landmark Supreme Court Cases – The Most Influential Decisions of the Supreme Court of the United States*. New York: Facts on File, 2004.

HAY, Peter. *Law of the United States*. 3rd ed. Paris: Dalloz. 2010.

HAY, Peter. *The Law of the United States. An Introduction*. London: Routledge, 2017.

HERRING, George C. Verbete “Pentagon Papers”. In: BOYER, Paul S. (ed.). *The Oxford Companion to United States History*. New York: Oxford University Press, 2001.

HORWITZ, Morton J. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. New York: Hill and Wang, 1998.

IRONS, Peter. Justice at War. In: GROSSMAN, George S. (ed.). *The Spirit of American Law*. Boulder/Colorado: Vestview, 2000.

LLEWELLYN, Karl N. *The Bramble Bush*. 11^a ed. (Publicado originariamente em 1930). New York: Oxford University Press, 2008.

MAY, Christopher N.; IDES, Allan; GROSSI, Simona. *Constitutional Law – National Power and Federalism*. 7^a ed. New York: Wolters Kluwer, 2016.

NEUBORNE, Burt. An Overview of the Bill of Rights. In: MORRISON, Alan B. *Fundamentals of American Law*. New York: Oxford University Press, 1997.

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

POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge/USA: Harvard University Press, 2008.

REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New Edition. New York: Alfred A. Knopf, 2001.

RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1992.

ROSENBERG, Norman L. Verbete “Sedition”. In: BOYER, Paul S. (ed.). *The Oxford Companion to United States History*. New York: Oxford University Press, 2001.

SCHWARTZ, Bernard. *Algunos artifices del derecho norteamericano*. Trad. esp. de *Some Makers of American Law*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985.

SCHWARTZ, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York, Oxford University Press, 1993.

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

SPILLENGER, Clyde. Verbete “Speech and the press, Freedom of”. In: HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to American Law*. New York: Oxford University Press, 2002.

STRUM, Philippa. Verbete “Brandeis, Louis Dembitz”. In: HALL, Kermit L. *The Oxford Companion to American Law*. New York: Oxford University Press, 2002.

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

UROFSKY, Melvin I. *Dissent and the Supreme Court – Its Role in the Court’s History and the Nation’s Constitutional Dialogue*. New York: Pantheon Books, 2015.

VILE, John R. *Essential Supreme Court Decisions – Summaries of Leading Cases in U.S. Constitutional Law*. 16th ed. Lanham/Maryland: Rowman & Littlefield, 2014.

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

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.

6. Ética e democracia na sociedade da informação

Ethics and democracy in the information society

Irineu Francisco Barreto Junior¹

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger²

Resumo

Este artigo examina a necessária revalorização da Ética frente aos desafios impostos ao ambiente democrático no contexto da Sociedade da Informação. O foco da análise reside nos desafios advindos da transformação do aparato tecnológico, que exigem a ressignificação de primados éticos e valores liberais que norteiam o direito e asseguram o funcionamento das sociedades democráticas. A análise específica do texto examina as recentes ondas de desinformação, coloquialmente conhecidas como Fake News, e a necessidade de imposição de limites éticos na programação de algoritmos de Inteligência Artificial, cujas decisões afetam vidas e o conjunto de valores conhecido como dignidade da pessoa humana. Conclui que a evolução do conceito de privacidade permitiu distorções nas aplicações de dados pessoais amealhados dos usuários das tecnologias de comunicação e informação, que passaram a servir na violação, de forma profunda e, por vezes, definitiva, da dignidade humana.

Palavras-Chave: Sociedade da Informação; Ética; Democracia; Fake News; Inteligência Artificial.

¹ Pós Doutor em Sociologia pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo – USP-SP (Brasil). Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP (Brasil). Professor do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação e do Curso de Graduação em Direito da FMU-SP. Coordenador do Grupo de Pesquisa Ética e Fundamentos Jurídico-Políticos na Sociedade da Informação. Analista de Pesquisas da Fundação Sistema Estadual de Análise de dados - Seade –São Paulo (Brasil). neubarreto@hotmail.com

² Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito pela UFPR. Professora-adjunta da Universidade Federal do Rio Grande – Furg. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande – Furg. Professora dos cursos de Graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, Direito Constitucional, Direitos Humanos, América Latina e questões decoloniais. Professora pesquisadora do CNPq e Fapergs. Pesquisadora dos Grupos de Pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Indisponíveis, Linha Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados, e coordenadora do Grupo de Pesquisa Direito constitucional e violência da Furg. fabiana7778@hotmail.com

DOI – <https://doi.org/10.36592/9786587424347-6>

Abstract

This paper examines the necessary revaluation of Ethics in face of the challenges imposed to the democratic environment in the Information Society context. The focus of the analysis resides on the challenges arising from the apparatus technological transformation, which demand the resignification of ethical primacy and liberal values that guide the law and ensure the democratic societies functioning. The specific text analysis examines the recente desinformation surge, colloquially known as Fake News, and the need to impose ethical limits on the programming of Artificial Intelligence algorithms, whose decisions affect lives and the set of values known as human person dignity. It concludes that the evolution of the concept of privacy has allowed distortions in personal data applications collected from communication and information technologies users, which began to serve in the profound, and sometimes definitive, violation of human dignity.

Keywords: Information Society; Ethics; Democracy; Fake News; Artificial Intelligence.

Introdução

Este artigo examina a necessidade de resignificação de primados éticos e sua revalorização frente aos desafios impostos no contexto da Sociedade da Informação. Considera que as sociedades contemporâneas atravessam um novo estágio de desenvolvimentos econômico, social e político, impulsionado pelo avanço das tecnologias de comunicação e informação, especialmente decorrentes da conexão planetária propiciada pela Internet. Convencionou-se designar essa nova era como Sociedade da Informação, que não obstante ter trazido negáveis avanços, imprime infundáveis novos desafios ao Direito e à manutenção dos ambientes democráticos.

O foco específico da análise reside nos reptos advindos do aparato tecnológico e que exigem a resignificação de primados éticos que norteiam o direito e asseguram o funcionamento das sociedades democráticas, a saber, como contornar as recentes ondas de desinformação, coloquialmente conhecidas como Fake News, e seus efeitos em pleitos eleitorais recentes, tais como o plebiscito que decidiu a saída do Reino Unido da Zona do Euro (BREXIT) e as eleições presidenciais americanas.

O artigo examina ainda a necessidade de imposição de limites éticos na programação de algoritmos cujas decisões afetam vidas humanas e o conjunto de

valores conhecido como dignidade da pessoa humana. Decisões automatizadas implementadas por tecnologias de Inteligência Artificial e *Big Data* têm como marca a opacidade dos algoritmos responsáveis pela sua programação, de tal sorte que vieses no seu desenho ou desvirtuamento do aprendizado de máquina (*Machine Learning*) têm impacto objetivamente vidas humana, do que decorre a premência da sua parametrização por primados éticos e, conseqüentemente, conformidade jurídica.

A metodologia do artigo adota a linha jurídico-dogmática que considera o direito com autossuficiência epistemológica e trabalha com os elementos internos ao ordenamento jurídico. Essa abordagem desenvolve investigações com vistas à compreensão das relações normativas nos vários campos do direito e com a avaliação das estruturas interiores ao ordenamento jurídico. Aborda de forma complementar a linha investigativa Jurídico Sociológica que se propõe a compreender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo. Esse enfoque analisa as normas jurídica como variáveis dependentes da sociedade e trabalha com as noções de eficiência, eficácia e efetividade das relações entre direito e com os demais campos: sociocultural, político e antropológico (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 20-25).

1. Sociedade da Informação e a necessidade de resignificar o paradigma da Ética no ambiente informacional

Desde que a internet difundiu-se na sociedade mundial, ela vem se tornando a principal ferramenta de comunicação entre os atores sociais em todas as esferas de atividade humana. É natural, portanto, que os movimentos sociais e os atores políticos também façam uso da internet como instrumento para atuação, informação, organização, dominação e resistência. A revolução tecnológica ocorrida nos meios de comunicação, desde meados da década de 1990, deu origem a uma nova era denominada *Sociedade da Informação*. A sua principal característica é a geração e propagação de informações, advindas de qualquer lugar do mundo, em tempo quase que real e de forma inédita na história da tecnologia. Denota-se que a *informação é o centro gravitacional* desta nova era ou, em outras palavras, é possível afirmar que ela possui valor comercial (BARRETO JUNIOR, 2007, p. 61-78).

O paradigma da ciência moderna há tempos encontra-se em crise, pois não alcança a evolução da sociedade e do ser humano, à medida que não acompanha a

complexidade das relações humanas em todos os seus sentidos. A experiência histórica mostrou que não há certezas absolutas e universais e neutralidade científica. Os acessos aos dados pessoais são o combustível para o modelo econômico hoje dominante, alicerçado no compartilhamento de conhecimento e de informações. Com a crescente utilização dos meios tecnológicos, e sem uma regulamentação adequada, há o evidente risco de abusos, tais como a utilização não autorizada de dados para disparo de campanhas publicitárias e a comercialização dos dados pessoais para outros fins que não aqueles para os quais foram coletados.

Sabe-se que, antes da Internet, inexistiu ferramenta capaz de transmitir e armazenar tanta informação em tão pouco tempo. A Sociedade da Informação, iniciada na década de 60 do século 20, parece ter um novo marco histórico a cada momento em que se descobrem maneiras de armazenar e transmitir o maior número de informação pelo menor custo, ocupando menos espaço. O grande problema dessa era parece ser a capacidade de transformar tudo em informação, enquanto se presume sua veracidade.

A evolução da Sociedade da Informação erodiu o conceito de privacidade, provocada pelo mau uso de dados, refletindo na capacidade de violar, de forma profunda e, por vezes, definitiva, a dignidade humana. Esta realidade traz à tona a necessidade de discutir o tema na sociedade do cansaço, que, assim, se converte cada vez mais em uma sociedade de vigilância, cuja missão é a de controlar e tutelar progressivamente as emoções das pessoas a partir dos dados disponibilizados em redes digitais (TEIXEIRA; SPAREMBERGER, 2020).

Essa sociedade da vigilância tem seus efeitos multiplicados pela Inteligência Artificial, tecnologia que pressupõe a programação de *algoritmos*, sequencias de linhas de códigos repletas de complexos cálculos matemáticos – alimentados por incalculáveis quantidades de dados. Na medida em que a revolução tecnológica propicia a digitalização de dados de forma exponencial, os *algoritmos* se tornam cada vez mais poderosos, pois possuem a capacidade de aprender através de exemplos (*Machine Learnig*). É necessário compreender que a Inteligência Artificial realiza uma *simulação da compreensão humana* e, portanto, torna-se imprescindível discutir a necessidade de imperativos éticos nas suas aplicações. (BARRETO JUNIOR; VENTURI, 2020b, p. 337-360)

2. Desinformação, *Fake News* e desafios impostos ao ambiente democrático

A Sociedade da Informação tem gerado uma série de debates, novas tendências e desafios na contemporaneidade. Uma das grandes preocupações é a questão da compreensão de categorias como desinformação e informação e o que, principalmente, estas podem desencadear para a democracia ou para a comunicação entre as pessoas, tendo em vista que tal informação possui conteúdos imprecisos ou manipulados de forma intencional. Nesse sentido, a ideia de *Dis-information* é diferente de *mis-information*, que é a disseminação inadvertida ou não intencional de informações imprecisas sem intenções maliciosas. Essas operações de informações “são tomadas por atores organizados (governos ou atores não estatais) para distorcer o sentimento político interno ou externo, mais frequentemente para alcançar um resultado estratégico e/ou geopolítico” (SILVA, 2019, p. 55).

Para Weedon, Nuland e Stamos, citados por Silva (2019, p. 53), “essas operações podem usar uma combinação de métodos, como notícias falsas, desinformação ou redes de contas falsas destinadas a manipular a opinião pública (nos referimos a elas como ‘falsos amplificadores’). Tais operações apresentam-se a partir de diversos tipos de conteúdo que circulam pela rede mundial de computadores e em outros meios digitais, e causam uma verdadeira desordem no âmbito do direito de informação, mostrando manipulação, discursos de ódio, formação de bolhas sociais, etc. De acordo com Silva (2019) para o relatório da Comissão Europeia, essas notícias falsas podem ser classificadas a partir de três categorias:

Dis-information: consiste em notícias falsas criadas e espalhadas deliberadamente para prejudicar uma pessoa, um grupo social, uma organização ou um país.

Mis-information: consiste também numa notícia falsa compartilhada por uma pessoa desavisada que a princípio não tem a intenção de prejudicar alguém.

Mal-information: consiste em notícias que, embora tenham bases reais, são manipuladas e disseminadas com a finalidade de causar danos. (SILVA, 2019, p. 53).

As notícias falsas ou as *Fake News* ganharam notoriedade no final de 2016 com base em dois contextos políticos mundiais: o primeiro foi a decisão da maioria dos britânicos, por meio de um referendo, a favor da saída do Reino Unido da União Europeia, que recebeu o apelido de “Brexit” (contração de *Britain* e *Exit*). O processo

eleitoral, realizado em 2016, foi pautado no discurso de que, se a saída não fosse aprovada, o país seria invadido por imigrantes turcos, ou ainda que os investimentos britânicos para manutenção na Zona do Euro levariam o país à bancarrota. O segundo contexto foi a eleição de Donald Trump para a presidência dos Estados Unidos, também em 2016. O sucesso do candidato republicano, apontam os analistas, estaria na postura de parte dos eleitores ao ignorarem os discursos de ódio, sensacionalismo e no descrédito das diversas advertências ao perfil do candidato em relação à disseminação de mentiras (SILVA, 2019, p. 17). Segundo Horbach (2019), o “O termo *Fake News* carrega consigo grande peso de censura, desinformação e notícia falsa, e, nesse sentido, pensar em segurança da fonte da informação, bem como no respeito pela verdade, é diferenciar de *Fake News*. Conforme o autor, esse fenômeno, conhecido como das *Fake News*, rediscute e possibilita a reflexão dos sentidos da verdade e da mentira, do real e da ficção, do atual e do virtual (HORBACH, 2019).

Tais contextos demonstram o quanto a desinformação ou as informações equivocadas e falsas prejudicam o diálogo comunicativo entre os indivíduos, gerando, a partir do discurso, as chamadas crises democráticas. Nesse sentido, indaga-se como introduzir a formação da opinião e da vontade, visando à formação democrática diante da desinformação latente e explícita construída nos meios digitais? Percebe-se que, hoje, o ciberespaço é um espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das suas memórias. Para Lévy (1999), “tal definição significa o conjunto dos sistemas de comunicação eletrônicos [...], na medida em que transmitem informações provenientes de fontes digitais ou destinadas à digitalização” (LÉVY, 1999, p. 94-95). O ciberespaço é a nova ágora dos debates políticos, e proporciona aos indivíduos flexibilidade, interatividade, maior capilaridade na troca de informações em tempo real, ampliação de conexões e a criação de redes cada vez mais interativas (LÉVY, 1999, p. 95).

O fenômeno das notícias falsas é, talvez, o maior exemplo do contrário. No latim, o vocábulo “informação” corresponde à *informātio*, e significa a explicação de uma ideia, a concepção a respeito de algo (LEWIS; SHORT, 1879). Seu antônimo é a palavra *dezinformatsiya*, de origem Russa, que descreve o processo deliberado de criação de narrativas falsas ou imprecisas para sabotar a opinião e decisão públicas (DORNAN, 2017).

A chamada desinformação, como antônimo de informação, infere a distinção verdade e falsidade, uma dicotomia um tanto quanto perigosa no que diz respeito à relação entre democracia, liberdade de expressão e direito à informação. Trata-se de uma relação codependente, razão pela qual é difícil pensar em um sem, imediatamente, pressupor o outro. Para não fugir ao escopo da presente pesquisa, será imperativo considerar a existência de uma ordem democrática em curso que permita a livre-manifestação de ideias, para, enfim, compreender a desinformação como uma violação ao direito à informação previsto constitucionalmente no artigo 5º, XIV, da Constituição Federal.

Como é possível pensar em direito à informação quando não se pode investigar a verdade ou a falsidade das coisas?³ A carga semântica de desinformação oferece a resposta: não é preciso discutir veracidade de conteúdo, posto que se refere a um processo deliberado de ação. Esse processo, além de deliberado, é coordenado e serve como uma rede alternativa de narrativas, em que a informação é manipulada para servir a propósitos específicos e, geralmente, políticos (DORNAN, 2017).

Soa abstrato não discutir a veracidade da informação para descobrir se algo é ou não desinformação. Partindo, no entanto, da pressuposição de que ninguém – ou quase ninguém – compartilha uma publicação sabendo que é falsa e deliberadamente propõe a desinformar outras pessoas, é fácil perceber que a desinformação é um *processo coordenado que se alimenta da estrutura das redes sociais e da falta de senso crítico da população*.

Antes da Internet, o direito à informação visava a garantir à população o acesso à informação livre de censura. Com sua constante democratização e publicização, a eficácia desse direito direciona-se a dois eixos difusos: a necessidade de o Estado estar constantemente atualizado para lidar com o mercado de desinformação e manipulação por meio das redes sociais, a fim de evitar a prática dessa conduta,⁴ e a capacidade do

³ A busca da verdade não é uma característica da atualidade, mas uma das crenças mais discutidas em todos os séculos. A epistemologia da verdade, no século passado, no entanto, teve sucesso em concluir que a verdade é mais que linguagem; é contexto e comunicação. De maneira que inexistente verdade única e, não obstante, porque a razão humana é limitada, talvez seja impossível concebê-la. Sobre isso, ver KANT, 2001; ARENDT, 1967; GADAMER, 1997.

⁴ Em primeiro plano, o Estado deve garantir que as plataformas digitais de informação sejam transparentes na forma com que elas armazenam os dados privados dos cidadãos, posto que é dessa maneira que a desinformação chega a determinados grupos de pessoas (por intermédio de suas preferências, padrões de crenças e consumo que empresas utilizam para direcionar e potencializar o marketing ou uma campanha política). De outro lado, precisa identificar comportamento inautêntico coordenado e responsabilizar os agentes financiadores desse tipo de desinformação, como fez

sistema de ensino de formar cidadãos com senso crítico. O primeiro consiste em desenvolver uma estratégia técnica de entender esse mercado e determinar quais condutas devem ser responsabilizadas (se civil, penal ou administrativamente); o segundo impõe a reestruturação do sistema de ensino brasileiro, dependente de um programa *de Estado*, não somente *de governo*.

Isso porque criar uma lei objetivando discutir o que são *Fake News* é um enorme problema para o direito à informação. Mesmo a qualificação de “falsidade” não tem qualquer significado que possa cumprir os requisitos jurídicos para aplicação de uma lei, abrindo ampla margem de discricionariedade para o intérprete. Não obstante a falta de precisão semântica, o bem jurídico a ser tutelado pela norma legal resta indefinido.

Se o direito à informação é motivo para criar uma legislação contra *Fake News*, se está implicitamente conferindo a existência do direito à verdade. Que verdade é essa e quem é capaz de determinar o que ela é? Enquanto não se pode afirmar que existe um direito a manipular a democracia, também não se pode entregar a alguém o poder de afirmar o que a verdade é, pois, na prática, o efeito é o mesmo. Uma legislação, portanto, visando a coibir “*Fake News*”, jamais combaterá a desinformação. Efetivamente, a ameaça de criminalização aponta para o imediatismo e o punitivismo, tão caros à sociedade policlesca desacostumada com a consciência democrática. É preciso, pois, estar em consonância com a Constituição, somente entendida com um estudo profundo dos direitos fundamentais, principalmente |àquele diz respeito à informação.

O direito à informação é um direito humano de quinta geração, junto a democracia e o pluralismo (BONAVIDES, 2004). A ordem coesa da Constituição Federal de 1988 requer que sua interpretação não sofra limites temporais fixos, de forma que sua eficácia deve ser entendida conforme seus efeitos reais, não mero formalismo estático e refém do passado. A evolução e a transformação do direito à informação, já referidas, impõem que a sociologia e a dogmática jurídicas forneçam as novas bases para sua compreensão diante de tamanho prejuízo à democracia, não causado por notícias falsas involuntárias, mas pelo comportamento deliberado e compromissado com a manipulação do processo de escolha.

recentemente o Facebook (cf. <https://about.fb.com/news/2020/07/removing-political-coordinated-inauthentic-behavior/>).

Assim, muito mais que a criminalização de condutas, é preciso preparar o cidadão para ser um *checador* de notícias, pois a legislação somente pode atuar em retrospecto. Para isso, devem o Estado e a sociedade unirem-se em um projeto de educação e compromisso democrático. A legislação, seja penal, civil ou administrativa, não é capaz de prever as novas formas que surgirão para encobrir a desinformação, enquanto a educação é o verdadeiro escudo contra teorias conspiracionistas e, ainda, que não o segredo para a verdade, tem eficácia garantida para armar o cidadão de conhecimento e capacidade crítica.

A palavra democracia, no contexto da mídia digital, exerce uma função mediadora, concebida enquanto capacidade de estabelecer um elo entre “o não mais” e “o não ainda”, e de atuar em nome de novos começos. Sabe-se que a decisão democrática precisa ser a mais informada possível, sendo importante assegurar o direito à informação e a liberdade de expressão individuais, mas, também, a existência de múltiplos meios de comunicação abertos, pelos quais o maior número possível de agentes possa expressar suas opiniões (MACHADO, 2002).

Há um consenso quanto à existência de diversas ameaças à democracia na internet. Notícias falsas e discursos de ódio sempre estiveram presentes no mundo virtual. Esses problemas, no entanto, apresentam novas dimensões especificamente relacionadas ao espaço da internet. O alcance global e a velocidade da disseminação da informação na internet, tornam difícil retificar ou negar informações falsas e discursos ofensivos.

3. Imposição de limites éticos às decisões algorítmicas que afetam vidas humanas

Inteligência artificial é a tecnologia informática desenvolvida com o intuito de oferecer soluções para perguntas humanas, com crescente probabilidade estatística de acerto, questões cujas respostas exigem a simulação da capacidade humana de raciocinar, perceber, tomar decisões e resolver problemas. A inteligência artificial carrega consigo diversas ambivalências: da mesma forma que pode liberar o trabalho humano de tarefas repetitivas e aumentar a produtividade econômica, o crescente uso de equipamentos informáticos gera volumes de dados cada vez maiores e, com isso,

aumenta de forma exponencial a exposição humana à máquina e aos mecanismos de vigilância e controle social (BARRETO JUNIOR; VENTURI, 2020b, p. 337-360).

Segundo Defleur, citado por Silveira (2018, p. 35), “as teorias finalistas da manipulação nasceram nas primeiras décadas do século 20, enfatizando que o público poderia ser alvo de mensagens bem estruturadas que o atingiriam como uma bala mágica levando massas a adotarem determinadas opiniões”. Assim, as redes sociais utilizam algoritmos para determinar qual conteúdo aparecerá na tela de cada usuário, dispondo-os em uma ordem hierárquica de informação. Esses algoritmos são regras matemáticas que especificam como um grupo de dados se comporta, a fim de otimizar a experiência do usuário, tomando como base o engajamento particular. Permanece uma questão vaga: a maneira pela qual redes sociais instituem seus algoritmos, posto que nenhuma das corporações é transparente quando se trata de dados de usuários.

A falta de inteligibilidade dos algoritmos que forma a estrutura cognitiva da inteligência artificial merece destaque, são indecifráveis para leigos e, como destaca O’Neil (2016), tratam-se de formulações humanas, desde logo falíveis e voltadas a oferecer respostas para questões eminentemente humanas. Em razão disso faz todo o sentido abordar a necessidade de submeter a IA ao debate sobre o teor ético de sua formulação. Daí o conceito de *Armas de Destruição Matemática* (WMDs), de O’Neil, ou, em suas palavras, “modelos matemáticos destrutivos que estão acelerando um terremoto social (*Ibid.*)”. Afirma ainda que “os modelos matemáticos são *essencialmente opacos, não responsáveis*; e miram acima de toda “otimização” das massas consumidoras” e “os sistemas são construídos para devorar mais e mais dados, e afinar suas análises de modo a despejar neles [nos sistemas] mais e mais capacidade de gerar valor (O’NEIL, 2016).”

IA não significa, portanto, autonomia das máquinas na tomada de decisões ou exercício de uma ilimitada discricionariedade informática. Com base na IA, programadores informáticos, que recentemente passaram a ser chamados de *cientistas da informação*, propiciam a interação entre os usuários/clientes das aplicações por eles desenvolvidas e equipamentos/dispositivos com elevada capacidade de armazenagem e processamento de dados. Com base na pergunta humana, a IA é capaz de estabelecer a relação estatística entre palavras, traduzindo-a e tornando-a inteligível na linguagem computacional (BARRETO JUNIOR; VENTURI, 2020b, p. 337-360)

A constatação de que a IA realiza uma *simulação da compreensão humana* é imprescindível na abordagem da necessidade de imperativos éticos na sua aplicação. Em decorrência da estreita dependência tecnológica no emprego da IA, uma das grandes preocupações éticas decorrentes do emprego dessa tecnologia está no fato de que tais sistemas podem desenvolver correlações baseadas em abordagens meramente vazias de sentido humano e, a partir delas, propiciar a tomada de decisões cujo fundamento ético é de difícil apreensão (*Ibid.* p. 337-360).

Tome-se como exemplo de desvirtuamento das funções algorítmicas a decisão do Ministério do Interior do Reino Unido, que revisará seu algoritmo de imigração, considerado racista por organizações de defesa dos direitos civis. Conforme noticiado pelo *The Guardian*⁵, em 16 de agosto de 2020, a ferramenta de imigração é criticada por ativistas de direitos humanos britânicos por criar um ambiente hostil para migrantes africanos que solicitam vistos para o Reino Unido e oferecer deferimentos ágeis para pessoas brancas.

A decisão de descartá-lo foi precedida por um pedido de revisão judicial, solicitada pelo Conselho Conjunto para o Bem-Estar dos Imigrantes (JCWI), que desafiou o *sistema de inteligência artificial* do Ministério do Interior, responsável por analisar os pedidos de visto do Reino Unido. Os ativistas afirmam que a decisão do ministério por abandonar o algoritmo, antes do processo judicial, representa o primeiro desafio bem-sucedido do Reino Unido a um sistema de tomada de decisão de IA. Conforme depoimento de *Chai Patel*, diretor de políticas do Conselho Conjunto para o Bem-Estar dos Imigrantes, para o *The Guardian*:

The Home Office's own independent review of the Windrush scandal found it was oblivious to the racist assumptions and systems it operates. "This streaming tool took decades of institutionally racist practices, such as targeting particular nationalities for immigration raids, and turned them into software. The immigration system needs to be rebuilt from the ground up to monitor such bias and to root it out.

Dessa forma, a relativização dos valores éticos, percebida na transposição da vida real para a virtual, torna-se um dos atributos mais evidentes na Sociedade da

⁵ Disponível em: https://www.theguardian.com/uk-news/2020/aug/04/home-office-to-scrap-racist-algorithm-for-uk-visa-applicants?utm_source=Mailing+Seman%C3%A1rio&utm_campaign=a1doff22df-EMAIL_CAMPAIGN_2020_02_04_10_03_COPY_01&utm_medium=email&utm_term=0_723d7d1345-a1doff22df-248782221. Acesso em: 17 ago. 2020

Informação. O ambiente de *internet* desloca parcela significativa da sociabilidade humana para o ciberespaço e, em razão disso, é necessário, constantemente, ponderar se a disseminação da tecnologia não tem contribuído para mitigar princípios que são fundamentais na vida real e se perdem na dimensão virtual. Essa ponderação pode ser feita sobre as aplicações de Inteligência Artificial. Ao utilizar a tecnologia para obtenção de respostas para problemas humanos, é imprescindível observar se a programação informática foi elaborada em conformidade com primados éticos que asseguram a preservação de liberdades individuais e valores democráticos formulados nos séculos recentes de construção da noção de direitos humanos. (BARRETO JUNIOR; VENTURI, 2020b, p. 337-360)

O imperativo ético torna-se ainda mais premente, caso considerada a hipótese, bastante plausível, de que regimes políticos autocráticos usem dados pessoais e perfis em redes sociais de seus opositores para promoverem perseguição, expurgos, prisões ou banimento daqueles que se erguem contra esse *status quo*. Mesmo nas democracias as aplicações de inteligência artificial podem provocar o desequilíbrio de armas entre opositores em períodos eleitorais, referendos, plebiscitos e consultas populares, ao manipular notícias e direcionar conteúdos falsos, como mencionado anteriormente, a disseminação de *Fake News*. A Sociedade da Informação sem primados éticos pode ser provocar a propagação de um ambiente virtual deturpado que acaba exercendo reflexos no mundo real.

Considerações finais

Este capítulo abordou a Sociedade da Informação e os reflexos que esse novo estágio de desenvolvimento contemporâneo impõe à sociabilidade humana, nas suas diferentes dimensões, tais como economia, cultura, tecnologia, política, relações de trabalho e especialmente ao Direito, sobre o qual reside o foco da análise. Tal é o alcance das mutações impostas pela nova era, que se torna premente a necessidade de revalorização da Ética, como componente inexorável das respostas jurídicas e sociais aos desafios impostos pelo avanço tecnológico e seus efeitos sobre a existência humana.

O foco específico da análise residiu nos reptos advindos do aparato tecnológico e que exigem a ressignificação de primados éticos e valores liberais que norteiam o

direito e asseguram o funcionamento das sociedades democráticas. Especificamente, como contornar as recentes ondas de desinformação, coloquialmente conhecidas como Fake News, e seus efeitos em pleitos eleitorais, tais como o plebiscito que decidiu a saída do Reino Unido da Zona do Euro (BREXIT) e as eleições presidenciais americanas. Somam-se a esses desafios a necessidade de imposição de limites éticos na programação de algoritmos cujas decisões afetam vidas humanas e o conjunto de valores conhecido como dignidade da pessoa humana e o pleno usufruto de direitos. O artigo apontou que decisões automatizadas implementadas por tecnologias de Inteligência Artificial e *Big Data* têm como marca a opacidade dos algoritmos responsáveis pela sua programação, de tal sorte que vieses de programação ou desvirtuamento do aprendizado de máquina têm impacto objetivamente vidas humana, do que decorre a premência da sua parametrização por primados éticos e, conseqüentemente, conformidade jurídica.

Conclui que a evolução do conceito de privacidade permitiu distorções nas aplicações de dados pessoais amealhados dos usuários das tecnologias de comunicação e informação, que passaram a servir na violação, de forma profunda e, por vezes, definitiva, da dignidade humana. Nesse contexto, a nova era dos dados se converte em uma *sociedade de vigilância*, cuja missão é controlar e tutelar progressivamente as emoções das pessoas a partir dos dados disponibilizados em redes digitais. Tais contextos demonstram o quanto a desinformação ou as informações equivocadas e falsas prejudicam o diálogo comunicativo entre os indivíduos, gerando, a partir do discurso, as chamadas crises democráticas.

Quanto à inteligência artificial, tecnologia surgida ainda no século passado, com o aprimoramento da informática seus algoritmos passam a provocar diversas ambivalências: da mesma forma que pode liberar o trabalho humano de tarefas repetitivas e aumentar a produtividade econômica, o crescente uso de equipamentos informáticos gera volumes de dados cada vez maiores e, com isso, aumenta de forma exponencial a exposição humana à máquina e aos mecanismos de vigilância e controle social. A falta de inteligibilidade dos algoritmos que forma a estrutura cognitiva da inteligência artificial merece destaque, são indecifráveis para leigos.

A constatação de que a IA realiza uma *simulação da compreensão humana* é imprescindível na abordagem da necessidade de imperativos éticos na sua aplicação. Em decorrência da estreita dependência tecnológica no emprego da IA, uma das

grandes preocupações éticas decorrentes do emprego dessa tecnologia está no fato de que tais sistemas podem desenvolver correlações baseadas em abordagens meramente vazias de sentido humano e, a partir delas, propiciar a tomada de decisões cujo fundamento ético é de difícil apreensão.

A relativização dos valores éticos, percebida na transposição da vida real para a virtual, torna-se um dos atributos mais evidentes na Sociedade da Informação e, em razão disso, a revalorização dos imperativos éticos torna-se ainda mais premente pois a Sociedade da Informação, esvaziada de primados éticos, pode ser provocar a propagação de um ambiente virtual deturpado que acaba exercendo reflexos no mundo real.

Referências

ARENDT, Hannah. **Truth and politics**. Nova York: The New Yorker, 1967.

ARENDT, Hannah. **Lying in politics**: reflections on the pentagon papers. Nova York: The New York Review of Books, 1971. Disponível em: <https://www.nybooks.com/articles/1971/11/18/lying-in-politics-reflections-on-the-pentagon-pape/>. Acesso em: 15 jul. 2020.

ARENDT, Hannah. **The human condition**. 2. ed. Chicago: University Press, 1998.

ARENDT, Hannah. **Truth and politics**. Nova York: The New Yorker, 1967.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do conceito sociedade da informação para a pesquisa jurídica. *In*: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O direito na sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 61-78.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Fake News e discurso do ódio: estratégia de guerra permanente em grupos de WhatsApp *In*: RAIS, Diogo (coord.). **Fake News: a conexão entre desinformação e o Direito**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; VENTURI JUNIOR, Gustavo. *Fake News* em imagens: um esforço de compreensão da estratégia comunicacional exitosa na eleição presidencial brasileira de 2018. **Revista Debates**, Porto Alegre, v. 14, n. 1, p. 4-35, jan./abr. 2020a.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; VENTURI JUNIOR, Gustavo. Inteligência artificial e seus efeitos na sociedade da informação. *In*: LISBOA, Roberto Senise (org.).

O direito na sociedade da informação V. 4. São Paulo: Almedina, 2020b. p. 337-360. 2020b.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 15^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 out. 2018.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura.** 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001. V. 1.

COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da comissão ao parlamento europeu, ao conselho, ao comitê econômico e social europeu e ao comitê das regiões: combater a desinformação em linha: uma estratégia europeia.** Bruxelas, 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0236>. Acesso em: 07 out. 2018.

DORNAN, Christopher. “Dezinformatsiya: The past, present and future of fake news”. Series of reflection papers. **Canadian Commission for Unesco**, mar. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/335881115_Dezinformatsiya_The_past_present_and_future_of_'fake_news'_A_Reflection_Paper_for_the_Canadian_Commission_for_UNESCO. Acesso em: 10 ago. 2020.

FULLER Greice Patrícia; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Desinformação e Covid-19 no Brasil: desafios e limites do enquadramento penal da disseminação de notícias falsas. In: LIMA, Fernando Rister de Sousa; SMANIO. Gianpaolo Poggio; WALDMAN. Ricardo Libel; MARTINI, Sandra Regina (coord.). **Covid-19 e os impactos no direito: mercado, estado, trabalho, família, contratos e cidadania.** São Paulo: Almedina, 2020. p. 35-48.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método.** 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GOMES, Wilson. **Democracia digital: Que democracia?** 2011. Disponível em: www.compolitica.org/uploads/2011/01/gt_ip-wilson. Acesso: 10 ago. 2020.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Teresa Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica.** 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HORBACH, Lenon Oliveira. **Fake News, liberdade de expressão, internet e democracia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** São Paulo: Editora 34, 1999.

LÉVY, Pierre. **Inteligência coletiva**: por uma antropologia do ciberespaço. 10. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

LEWIS, Charlton T.; SHORT, Charles. **A Latin Dictionary**. Oxford: Clarendon Press, 1879. Disponível em: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.04.0059:entry=informatio>. Acesso em: 10 ago. 2020.

MACHADO, Jônatas. **Liberdade de expressão**. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002.

O'NEIL, Cathy. **Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy**. *Crown Publishing Group's*, 2016.

SILVA, Fernanda de Barros. **O regime de verdade das redes sociais on-line: pós-verdade e desinformação nas eleições presidenciais de 2018**. 2019. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro/Escola de Comunicação, Programa de Pós-Graduação em Ciência da Informação, 2019. Disponível em: repositorio.ibict.br. Acesso em: 10 ago. 2012.

SILVEIRA, Sergio Amadeu da. A noção de modulação e os sistemas algorítmicos. In: SOUZA, Joyce; AVELINO, Rodolfo; SILVEIRA, Sergio Amadeu da (org.). **A sociedade do controle**. Manipulação e modulações nas redes digitais. São Paulo: Hedra, 2018.

TEIXEIRA, João Paulo Allain; SPAREMBERGER, Raquel F. L. Da sociedade do cansaço à sociedade da vigilância: entre utopias e distopias, o Direito da privacidade no contexto pós-pandemia. In: MELO, Ezilda; BORGES, Lizi, SERAU JUNIOR, Marco Aurélio (org.). **Covid-19 e Direito brasileiro**: mudanças e impactos. São Paulo: Tirant Blanch, 2020.

7. Direitos humanos fundamentais e a empresa privada no contexto da globalização

Fundamental human rights and the corporations in the context of globalization

Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini¹

Resumo

O presente artigo tem por objetivo verificar se há vinculação da Empresa Privada com os Direitos Humanos, em âmbito internacional e nacional no contexto da globalização. No âmbito internacional com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e os Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas (Princípios Ruggie) e no âmbito nacional com os Direitos Humanos Fundamentais insculpidos em nossa Constituição Federal e no Decreto 9571/18, que estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. Trata-se de um artigo de caráter exploratório, que buscará investigar, pela técnica da pesquisa documental (legislação) e bibliográfica, os principais conceitos necessários para atingir o objetivo almejado, sem, contudo, esgotar o tema, que será objeto de novas pesquisas.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Direitos Humanos Fundamentais; Globalização; Empresa Privada; Empresas Transnacionais.

Abstract

The purpose of this article is to verify whether there is a link between Corporations and Human Rights, both in an international and a national levels in the context of globalization. In the international level with the International Human Rights Treaties and the United Nations Guiding Principles for Business and Human Rights (Ruggie

¹ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Docente e pesquisadora e professora permanente do Programa de Mestrado em Direito na Sociedade da Informação e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP). Docente e pesquisadora permanente do Mestrado em Direito do Centro Universitário de Marília – UNIVEM. Editora da Revista Em Tempo do UNIVEM. Membro associado e Diretora Executiva do Conselho de Pesquisa e Pós Graduação em Direito - CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito - ABEDi.
DOI – <https://doi.org/10.36592/9786587424347-7>

Principles) and in the national level with the Fundamental Human Rights enshrined in our Federal Constitution and Decree 9571/18, which establishes the National Guidelines on Business and Human Rights. It is an exploratory article, which will seek to investigate, using the technique of documentary (legislation) and bibliographic research, the main concepts necessary to achieve the desired objective, without, however, exhausting the theme, which will be the object of new research.

Keywords: Human rights; Fundamental Human Rights; Globalization; Corporations; Transnational Companies.

Introdução

O presente artigo tem por objetivo verificar se há vinculação da Empresa Privada com os Direitos Humanos, em âmbito internacional e nacional. No âmbito internacional com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e no âmbito nacional com os Direitos Humanos Fundamentais insculpidos em nossa Constituição Federal.

Trata-se de um artigo de caráter exploratório, que buscará investigar, pela técnica da pesquisa documental (legislação) e bibliográfica, os principais conceitos necessários para atingir o objetivo almejado, sem, contudo, esgotar o tema, que será objeto de novas pesquisas.

Para responder ao problema enfrentado, o artigo dividir-se-á em vários tópicos que compõem o seu desenvolvimento. No primeiro tópico serão conceituados os Direitos Humanos e realizar-se-á um resgate da historicidade dos mesmos com o intuito de verificar o alcance dos chamados direitos de terceira dimensão ou de solidariedade. No segundo, será tratada a questão da Globalização como contexto econômico e social no qual ocorre o crescimento das empresas, principalmente as transnacionais. No terceiro tópico serão estudados os mecanismos internacionais de proteção aos Direitos Humanos no que diz respeito às empresas transnacionais, tais como os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e os Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas e no último tópico será estudada a vinculação das empresas com os Direitos Humanos Fundamentais insculpidos em nossa Constituição Federal e no Decreto 9571/18, que estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos.

A relevância da atual pesquisa encontra-se no fato de que num contexto de economia globalizada várias situações de conflito e violações aos Direitos Humanos envolvendo a empresa privada e os particulares têm ocorrido no Brasil e no mundo, o que merece a atenção e a providência dos organismos Internacionais e dos Estados Nacionais.

1. Conceito e Histórico dos Direitos Humanos Fundamentais

Direitos Humanos Fundamentais para a presente pesquisa são considerados como aqueles Direitos Humanos que foram positivados na nossa Constituição Federal, por meio de normas jurídicas. Isto não significa, porém, reduzir a concepção de Direitos Humanos à sua dimensão normativa, jurídica, uma vez que se considera os Direitos Humanos como:

conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional. (LUÑO, 1999, p. 43)

No mesmo sentido, e reforçando o aspecto extra-jurídico dos Direitos Humanos, David Sanchez Rubio concebe-os a partir de dois referenciais:

como articulação de tramas e processos sociais, políticos, econômicos, culturais e jurídicos, de abertura e como a consolidação de espaços de luta por concepções particulares de dignidade humana. (2010, p. 122)

Portanto, tanto os Direitos Humanos, quanto os Direitos Fundamentais destinam-se a conferir dignidade à existência humana, porém não podem ser compreendidos como sinônimos, pois possuem âmbitos de aplicação diferenciados. Os Direitos Humanos, a partir dos espaços de luta, foram sendo normatizados em Tratados Internacionais e pretendem a característica da universalidade. Por outro lado, os Direitos Fundamentais são direitos essenciais à pessoa humana, definidos na Constituição de um Estado, contextualizados conforme a política do país, ou seja, os Direitos Fundamentais são Direitos Humanos constitucionalizados.

Segundo Vieira (2006, p. 36):

Embora incorporados pelo direito positivo, os direitos fundamentais continuam a partilhar de uma série de características com o universo moral dos direitos da

pessoa humana. Sua principal distinção é a positividade, ou seja, o reconhecimento por uma ordem constitucional em vigor.

A presente pesquisa considera que os Direitos Humanos, em todas as suas dimensões, são fruto de diversas variáveis históricas, filia-se, portanto, ao pensamento de Bobbio, de que não é possível “atribuir fundamento absoluto a direitos historicamente relativos” (2004,18) e que na atualidade o problema “não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*”(2004, 23).

Neste mesmo sentido, concorda com Zaffaroni quando afirma que os Direitos Humanos não representam uma utopia, mas "um programa de longo alcance de transformação da humanidade." (1991, p. 149).

Historicamente, pode-se encontrar a matriz jurídico-filosófica dos Direitos Humanos na teoria jurídica designada de Direito Natural, que está situada nos séculos XVII e XVIII, e foi elaborada em um intenso período de eventos históricos, como o desenvolvimento capitalista do mercado, o fim da cristandade, a conquista da América e a afirmação do Estado nacional. (LIMA LOPES, 2002, 179). Conforme relato de Wieacker, pode ser designada como época do jusracionalismo estes dois séculos “nos quais a antiga filosofia jurídica e social do ocidente (jusnaturalismos), na forma que lhe foi dada pelo primeiro iluminismo, adquiriu uma influência direta sobre a ciência jurídica, a legislação e a jurisprudência da maior parte dos povos da Europa.” (1967, 279).

A cultura e a filosofia neste início da modernidade são marcadas pela reafirmação do sujeito e da razão individuais, a partir de um novo postulado antropológico, que vê no homem um ser natural, um elemento de um mundo concebível segundo leis naturais.” (FERRAZ JR, 1980, 24).

Por sua vez, a sociedade “passa a ser encarada como soma de indivíduos isolados, que se organizam por formas de contrato social. O novo direito será, pois, *contratualista*.” (LIMA LOPES, 2002, 181) (grifos do autor).

Direitos inatos oriundos da razão, estado de natureza e contrato social foram, portanto, os principais conceitos que caracterizaram o jusnaturalismo deste período e “permitiram a elaboração de uma doutrina do Direito e do Estado a partir da concepção individualista de sociedade e da história, que marca o aparecimento do mundo moderno.” (LAFER, 1988, 38)

Assim, pode-se situar o surgimento dos Direitos Humanos de primeira dimensão², no Estado Moderno Liberal, que nasce devido à busca de um limite ao poder soberano, sendo a razão desse limite os direitos inerentes ao homem, os quais couberam ao Estado preservar.

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social surgiu a necessidade de garantia de novos direitos, os direitos sociais, ditos de segunda dimensão. Como explica Vladimir de Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano, esses direitos, reivindicados pelos movimentos sociais dos séculos XIX e XX:

surgiram após conquistas históricas dos direitos individuais ou de primeira geração. Eles traduziram uma próxima fase da evolução histórica dos direitos humanos, reivindicando um reposicionamento do Estado diante de um novo patamar mínimo de necessidades humanas. (2010, 175).

Assim, nesta nova fase, os direitos humanos exigirão do Estado um posicionamento ativo, prestacional, no sentido de atender às necessidades humanas como exigência da preservação da sua dignidade. Surgem aqui, os direitos econômicos, sociais, tais como os trabalhistas e previdenciários.³

Na fase que se inicia após a Segunda Guerra mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, inaugura-se uma nova dimensão dos Direitos Humanos, a terceira, que trará uma nova concepção para esses direitos. Ao mesmo tempo sintetizando e superando os direitos de primeira e segunda dimensão, ou seja, os individuais de liberdade e os sociais de igualdade, a terceira dimensão traz a idéia de direitos de solidariedade, cujo sujeito é difuso.

Assim, os direitos de solidariedade expressam-se como direito à paz, meio ambiente sadio, autodeterminação dos povos e desenvolvimento econômico. Em um mundo globalizado e em um contexto econômico de capitalismo avançado há um número cada vez maior de situações e condutas humanas que exigem do Estado ações

² Adotar-se-a aqui o termo “dimensão” em detrimento do termo “geração” que dá a idéia de sobreposição de uns direitos sobre os outros. Segundo Willis Santiago Guerra Filho: “Mais importante é que os direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem numa ordem jurídica que já traz direitos de uma geração sucessiva, assumem outra dimensão, pois os direitos de geração mais recentes tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e conseqüentemente melhor realizá-los.” (GUERRA FILHO, 2001. P. 46-47

³ Ver a respeito: NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra; BENACCHIO, Marcelo. A Efetivação dos Direitos Humanos Sociais no Espaço Privado. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo. (Org.). A Problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa: Desafios Materiais e Eficaciais. 1ed. Joaçaba: Editora da UNOESC, 2012, v. 1, p. 377-422.

de proteção e de prestação. Porém, os direitos de solidariedade, não só relativizam a soberania dos Estados, mas comprometem com a pauta de direitos também o sujeito particular.

Ao longo desses anos e dimensões, os Direitos Humanos foram sendo incorporados como Direitos Fundamentais positivados nas Constituições de vários países, sendo no século XX normatizados por importantes documentos internacionais, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos, produzida na Assembléia das Nações Unidas em dezembro de 1948; a Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma em novembro de 1948; o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos adotados pela Resolução 2.200 da Assembléia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1966; a Convenção dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em setembro de 1992 (VIEIRA, 2001), entre outros.

Este processo é descrito por Bobbio da seguinte forma: “Os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais” (1992, p. 30)

Entre nós, a Constituição atual, em seu art. 5º e em outros, apresenta extenso rol de normas destinadas a assegurar os Direitos Humanos, sendo que esta relação não é taxativa, podendo o Brasil acrescentar novos Direitos Fundamentais aos já existentes mediante Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

2. Globalização, Sociedade da Informação, Empresas Transnacionais e Nacionais

Fenômeno da Pós Modernidade, a Globalização foi possível principalmente devido aos avanços nos meios de comunicação que tiveram início nos anos de 1970. Refere-se às transformações ocorridas ao redor do globo, em virtude da rapidez da comunicação propiciada pelas novas tecnologias.

Para Ulrick Bech (BECK, 1999, p. 30) globalização significa “os processos, em cujo andamento os Estados nacionais vêem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais” e significa também *sociedade mundial sem Estado*

mundial e sem governo mundial. Está se disseminando um capitalismo global desorganizado, pois não há poder hegemônico ou regime internacional econômico ou político. (BECK, 1999, p. 33)

Nas palavras de Zygmunt Bauman:

O significado mais profundo transmitido pela idéia da globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo. A globalização é a “nova desordem mundial” de Jowitt com um outro nome. (BAUMAN, 1999, p.66)

Neste contexto foi possível às Empresas transnacionais expandiram-se por vários lugares, aproveitando-se das condições econômicas que outros países ofereciam tais como redução de carga tributária, tributação menor, grande quantidade de mão-de-obra barata e débil legislação de proteção ambiental. Isto somado às facilidades da Internet gera aumento da produtividade e dos lucros, aumentando a concentração de renda em grandes corporações. Assim, “a economia de atuação global enterra os fundamentos do Estado e da economia nacional.” (BECK, 1999, p. 15). Há um imperialismo da economia, no qual as empresas impõem as condições sob as quais elas poderão otimizar suas metas, como o apontamento de que não existe escapatória ao domínio do mercado mundial.

Mas, não só as economias se relacionam globalmente mas, segundo Ulrich Bech para além do foco econômico ocorrem mudanças em outras áreas como na social, cultural e ecológica:

1. Ampliação geográfica e crescente interação do comércio internacional, a conexão global dos mercados financeiros e o crescimento do poder das companhias transnacionais.
2. A ininterrupta revolução dos meios tecnológicos de informação e comunicação.
3. A *exigência*, universalmente imposta, por direitos humanos – ou seja, o princípio (do discurso) democrático.
4. As correntes icônicas da indústria cultural global.
5. À política mundial pós-internacional e policêntrica- em poder e número – trazem para os governos uma quantidade cada vez maior de atores transnacionais (companhias, organizações não-governamentais, uniões nacionais).
6. A questão da pobreza mundial.
7. A destruição ambiental.
8. Conflitos transculturais localizados. (BECK, 1999, p. 31)

A esperança, ou promessa, era que a globalização, com a quebra de barreiras e a convergência de valores universais transformasse o mundo em um lugar com condições e oportunidades semelhantes para todos, porém, na crítica de Bauman: “Nada disso restou no significado globalização, tal como formulado no discurso atual. O novo termo refere-se primordialmente aos *efeitos globais*, notoriamente não pretendidos e imprevistos, e não às *iniciativas e empreendimentos globais*.” (BAUMAN, 1999, p.66)

Analisando o tema, Stiglitz resume:

Em si mesma, a globalização não é boa nem má. Tem o poder de fazer muito bem e, para os países da Ásia Oriental que a abraçaram nas suas próprias condições e ao seu próprio ritmo, ela foi extremamente benéfica, apesar do revés da crise de 1997. Mas em muitos países do mundo, não trouxe benefícios comparáveis. Para muitos, mais parece uma catástrofe. (STIGLITZ, 2002, p 58)

No mesmo sentido, Milton Santos afirma que para a maior parte da humanidade a globalização está se impondo como uma fábrica de perversidades: o desemprego crescente torna-se crônico; a pobreza aumenta e as classes médias perdem em qualidade de vida; o salário médio tende a baixar; a fome e o desabrigo se generalizam; novas enfermidades se instalam e doenças tidas como erradicadas retornam; a mortalidade infantil permanece; a educação de qualidade é cada vez mais inacessível. (SANTOS, 2001).

Neste contexto de globalização, muitos autores especificam a chamada Sociedade da Informação, identificada, segundo Irineu Barreto Júnior como as “modificações da sociedade contemporânea trazidas pelas novas tecnologias, com especial foco à produção e uso da informação” (2007, p. 2).

Conforme Roberto Senise Lisboa (2006, p. 115), trata-se do período histórico em que a informação prevalece sobre os meios de produção e distribuição dos bens. Nas palavras do autor:

“Sociedade da informação”, também denominada de “sociedade do conhecimento”, é expressão utilizada para identificar o período histórico a partir da preponderância da informação sobre os meios de produção e a distribuição dos bens na sociedade que se estabeleceu a partir da vulgarização das programações de dados utiliza dos meios de comunicação existentes e dos dados obtidos sobre uma pessoa e/ou objeto, para a realização de atos e negócios jurídicos (SENISE LISBOA, 2006, p. 115).

Importante para a presente pesquisa é que a Sociedade da Informação faz surgir “complexas redes profissionais e tecnológicas voltadas à produção e ao uso da informação, que alcançam ainda sua distribuição através do mercado, bem como as formas de utilização desse bem para gerar conhecimento e riqueza”. (BARRETO JR, 2007, p. 2)

Para Takahashi a Sociedade da Informação é um fenômeno global que traz uma profunda mudança nas atividades sociais e econômicas, havendo quem a considere “um novo paradigma técnico-econômico.” (TAKAHASHI, 2000, p. 5)

Neste contexto de sociedade da informação, globalizada, a tecnologia e a comunicação se tornaram aspectos centrais do desenvolvimento social, gerando novas formas de exclusão e desigualdades sociais. Surgem, assim novas violações de direitos nas relações públicas e privadas.

Assim, segundo Vieira e Poppovic (2014, p. 21)

É equivocado afirmar que terminou a necessidade de estabelecer parâmetros de direitos humanos (*standard-setting*), como se a História houvesse chegado ao seu fim. A cada momento vislumbramos o surgimento de novas lutas por reconhecimento e de novas demandas de bem-estar. As mudanças tecnológicas e ambientais já estão impactando o modo como nos relacionamos, assim como nos organizamos como sociedade. Essas mudanças constantes demandam uma também constante necessidade de renovação, ampliação e refundação de mecanismos que proponham lastros de natureza moral, para pautar o convívio social, bem como a relação com as diversas formas de poder, assegurando igual respeito e consideração aos seres humanos.

Assim, se torna cada vez mais imperiosa a proteção dos Direitos Humanos, principalmente quando se faz necessário a sua observação pela grandes Empresas Privadas, nacionais e transnacionais as quais têm ocupado cada vez mais o espaço político e econômico nas sociedades nas quais estão inseridas. Por outro lado, os direitos humanos surgidos na terceira dimensão, reflexos das necessidades históricas da atualidade, situam-se dentro do paradigma da solidariedade, no qual se pode falar na convergência de sujeitos como o poder público, o sujeito particular, as empresas e a coletividade como ao mesmo tempo sujeitos desses direitos e responsáveis pela sua proteção e concretização.

Quanto às Empresas desde o seu surgimento até os dias de hoje, ocorreu uma grande conquista de espaço central no cenário político e econômico mundial, na

medida em que são as principais responsáveis pela atividade econômica.⁴ Algumas grandes corporações possuem uma influência política e econômica maior que muito Estados. Neste sentido, Newton De Lucca afirma que a empresa com seu poder de transformação e eficácia de atuação é a instituição vencedora do século XXI. (LUCCA, 2009, pp. 312 – 313)

A empresa cumpre relevante papel social e econômico, produzindo bens e serviços, fazendo circular o capital, criando empregos, diretos ou indiretos, e gerando a arrecadação tributária para o Estado. Além disso, várias das atividades outrora exclusivamente estatais (saúde, educação, transporte, previdência) foram transferidas aos titulares da livre iniciativa econômica. Doravante, o acesso a bens essenciais não é feito na qualidade de cidadão social, mas sim como consumidor de serviços concedidos pelo poder estatal.

Segundo Eloy Pereira Lemos Júnior, quando se fala em empresa nos referimos a um conjunto de atos preordenados e voltados para o desempenho de uma atividade produtiva. (LEMONS JÚNIOR, 2009, p. 111)

Uma empresa é considerada como sendo transnacional quando ela ultrapassa os limites impostos pelas fronteiras territoriais do seu Estado de nacionalidade. Inicialmente essas empresas eram conceituadas como multinacionais, porém esse conceito, como lembra Dalmo de Abreu implicava em imprecisões:

O primeiro aspecto a ser abordado é o que se refere ao conceito de empresa multinacional. O que é "empresa multinacional"? Na verdade, a resposta ainda não foi dada de maneira satisfatória ou que possa ser considerada definitiva. Apesar de inúmeros estudos a respeito do assunto, verifica-se que ainda existe uma procura da conceituação satisfatória. Verifica-se também que, no âmbito jurídico, é menor a quantidade de estudos dedicados ao problema da empresa multinacional. (DALLARI, 1981, p. 110-111)

Reforçando a imprecisão conceitual, em documentos da Organização das Nações Unidas os conceitos aparecem como “multinacional”, "transnacional" ou "internacional" indistintamente. De qualquer forma, o ponto comum é a presença de tais empresas em mais de um Estado. Portanto, temos a transnacionalidade quando

⁴ Ver a respeito: NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra ;SILVEIRA, Vladmir de Oliveira da. A Função Sócio Solidária da Empresa Privada e o Desenvolvimento Sustentável. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; Mezzaroba, Orides; COUTO, Mônica Bonetti; NASPOLINI SANCHES, Samyra H D F. (Org.). **Empresa, Funcionalização do Direito e Sustentabilidade: Função sócio solidária da Empresa e Desenvolvimento**. 1ed.Curitiba: Clássica, 2013, v. 4, p. 109-127.

uma empresa desenvolve suas atividades em um Estado que não é o de sua nacionalidade.

Para o Direito brasileiro a empresa privada é definida como “atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens.” (BULGARELLI, 1995, p. 100)

Disciplinada na Constituição de 1988 e no Código Civil de 2002, a atividade empresarial deve estar subordinada aos preceitos constitucionais, principalmente pelo fato de a empresa, assim com o direito privado como todo, desenvolverem as relações e âmbitos reservados e protegidos pelos Direitos Fundamentais.

Levando-se em consideração a importância das empresas e principalmente das grandes corporações no cenário político econômico mundial, estas possuem uma grande capacidade de atuar em conjunto com os Estados para realizar os direitos humanos. “Em particular, isso é de grande importância no mundo em desenvolvimento, onde a imposição de obrigações positivas às empresas tem o potencial de ajudar essas sociedades a satisfazer os interesses fundamentais dos indivíduos que nelas vivem.” (BILCHITZ, 2010. p 212)

Para tanto, faz-se necessário que a Empresa não sejam aceitas simplesmente como entidades focadas na “maximização autointeressada do lucro, mas que sejam estruturas cujas atividades sejam projetadas para promover e beneficiar as sociedades e os indivíduos com quem interagem.” (BILCHITZ, 2010. p 213)

Cumprido, portanto, analisar agora, como se dá no âmbito internacional e nacional a proteção dos Direitos Humanos em relação às atividades desenvolvidas por essas empresas.

3. Empresa e Direitos Humanos: âmbito internacional

No plano internacional a proteção dos direitos humanos em relação às atividades das empresas vem sendo ampliada sequencialmente. Em junho de 2011, o Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou por unanimidade o conjunto de “Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas”.

Corolário do trabalho de John Ruggie “após seis anos e quase 50 consultas internacionais em cinco continentes, várias visitas in loco, projetos piloto e milhares de

páginas de relatórios de pesquisa” (RUGGIE, 2014. p 22), os Princípios possuem uma longa trajetória.

Em 2003, a Subcomissão das Nações Unidas para os Direitos Humanos aprovou um documento denominado Normas da ONU sobre as Responsabilidades das Empresas Transnacionais e outros Empreendimentos Privados com relação aos Direitos Humanos. Essas Normas buscavam determinar de modo definitivo os direitos humanos e responsabilidades ambientais imputáveis às empresas e concebidas para serem obrigações imperativas impostas pelo direito internacional às empresas, tais como direitos trabalhistas, ambientais e uma disposição genérica abrangente de que as empresas podem ser responsáveis por toda a gama de direitos humanos em sua “esfera de influência” (BILCHITZ, 2010. pp 209 e ss)

Tempos depois, a pedido da Comissão, o professor John Ruggie, da Universidade de Harvard, foi nomeado Representante Especial (RESG) para investigar mais profundamente algumas das questões pendentes relacionadas com empresas e direitos humanos.

Ruggie desenvolveu uma pesquisa abrangente nessa área e lançou uma série de importantes relatórios, sendo que em abril de 2008, ele tornou pública sua proposta de marco normativo para a imposição, às corporações, de responsabilidades em direitos humanos, o que ficou conhecido como “marco Ruggie”.

O marco Ruggie assenta-se sobre o que ele chama de “responsabilidades diferenciadas, mas complementares” e compreende três princípios fundamentais: a obrigação do Estado de proteger os direitos individuais, a responsabilidade das empresas em respeitar os direitos humanos e assegurar que ocorram processos de investigação onde houver denúncia de violações, bem como tomar medidas de reparação e punição, quando necessárias.

As responsabilidades diferenciadas mas complementares de “proteger, respeitar e reparar” os direitos humanos nas empresas deram origem aos Princípios Orientadores aprovados pela ONU em 2011,⁵ e adotados também por outras organizações internacionais tais como a OECD (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e a União Europeia (UE), bem como por governos de diversos países e empresas privadas.

⁵ Disponível em <https://www.conectas.org/publicacoes/download/empresas-e-direitos-humanos-parametros-da-onu>

Os apelidados “Princípios Ruggie” são, portanto, considerados formadores do primeiro modelo oficial global na área de negócios e Direitos Humanos. Todavia, é importante salientar que não se vinculam juridicamente pelos Estados que os adotaram, uma vez que ainda se tratam das chamadas *soft law*.

Para solucionar a questão e dar obrigatoriedade aos Princípios em 2014, na 26ª Sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, foi aprovada, por maioria de votos, a Resolução A/HRC/26/L.22/Rev. 1, que tem por intuito a criação de um tratado internacional capaz de vincular Estados e empresas. Esse será um passo decisivo na proteção dos Direitos Humanos face às empresas no âmbito internacional.

4. Empresa e Direitos Fundamentais no Brasil

Segundo o art. 5º, parágrafo 1º da CF, todos os direitos e garantias fundamentais são direta e imediatamente vinculantes. Segundo Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis (2008, p. 104):

Essa norma prescreve, em primeiro lugar, que os direitos fundamentais vinculam todas as autoridades do Estado, *incluindo o Poder Legislativo*. [...] Em segundo lugar, a referida norma determina que os titulares dos direitos não precisam aguardar autorização, concretização ou outra determinação estatal para poder exercer seus direitos fundamentais. [...] Em outras palavras, o parágrafo 1º do art. 5º deixa claro que os direitos fundamentais não são simples declarações políticas ou programas de ação do poder público e tampouco podem ser vistos como normas de eficácia “limitada” ou “diferida”. *Todas as normas relacionadas a direitos e garantias fundamentais são preceitos normativos que vinculam o poder do Estado de forma direta e imediata*.

Quando se tratar de Direitos Sociais e Difusos, segundo os autores, seria equivocado concluir que os mesmos não possuem aplicabilidade imediata, ou que seriam normas programáticas, devido a impossibilidade de se conhecer imediatamente as possibilidades de sua incidência e exercício. A aplicabilidade imediata dos mesmos consiste na obrigação do legislativo e do executivo em cumprir a regulamentação e execução do que for necessário para o gozo dos mesmo, ou do judiciário para obrigar os órgão do Estado a implementá-los.(2008).

Ao efeito vinculante dos Direitos Fundamentais que obriga o Estado não só a abster-se de intervir na liberdade e garantias do indivíduo, mas também de prestar

determinados serviços e assistência, dá-se o nome de eficácia vertical dos Direitos Fundamentais. (Martins; Dimoulis, 2008).

Porém, os efeitos dos Direitos Fundamentais não se reduzem ao Estado, ou seja, não é somente o Estado o destinatário dos Direitos Fundamentais, uma vez que o particular também não pode violá-los, neste caso se estaria falando em eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais. Esta teoria elaborada na segunda metade séc. XX, baseia-se na idéia de superação da concepção de Direitos Fundamentais somente como direitos exigíveis em face do Estado, mas como um sistema de valores válido para todo o ordenamento jurídico.⁶

Importante salientar que o entendimento sobre a eficácia vinculante dos Direitos Fundamentais aos particulares suscita algumas divergências, dentre as quais pode-se destacar três correntes distintas.

Há a corrente que nega existir quaisquer efeitos dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares, recorrendo a argumentos históricos para afirmar que os Direitos Fundamentais tendo surgido para proteger o indivíduo do poder arbitrário do Estado, devem-se aplicar somente às relações estabelecidas entre estado e particular.

Dentre as correntes que entendem que os Direitos Fundamentais produzem efeitos nas relações entre os particulares há os que defendem que esses efeitos ocorrem apenas de forma indireta e os que sustentam a incidência direta dos mesmos.

Inicialmente, contra o argumento histórico de vinculação somente entre indivíduo e Estado, as duas correntes entendem que essa é uma relação típica do Estado Liberal, e que com o advento do Estado Social essa vinculação teria expandido-se, também, aos particulares. Nas palavras de Sarlet:

No Estado Social de Direito não apenas o estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas. (2006, p. 395)

⁶ Ver a respeito: NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra ; MAILLART, Adriana da Silva. **Vinculação da Empresa Privada aos Direitos Humanos Fundamentais.** In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Florianópolis. Anais do XIX Congresso do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux

A divergência ocorre com relação ao entendimento quanto à forma como a vinculação entre os particulares irá acontecer, se de uma maneira indireta, chamada eficácia mediata ou de uma maneira direta, chamada eficácia imediata.

Para a primeira corrente, que tem como seu principal expoente o publicista alemão Dürig, os Direitos Fundamentais somente poderiam ser aplicados nas relações entre os particulares após a recepção destes pelo direito privado, mediante um processo de aplicação, interpretação e integração do direito privado à luz dos Direitos Fundamentais. (SARLET, 2006)

Para a corrente que defende a eficácia imediata dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, representada por Nipperdey e Leisner, uma vez que os Direitos Fundamentais, estando positivados na Constituição, constituem-se em normas válidas para todo o ordenamento jurídico e “não se pode aceitar que o privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional.” (SARLET, 2006, p. 397)

Assim, segundo esta última corrente, a qual a presente pesquisa se filia, os particulares podem recorrer diretamente aos Direitos Fundamentais para interpô-los tanto contra ato de outro particular ou de pessoas jurídicas assim como o faria se a violação fosse do Estado, não havendo necessidade de uma autorização ou concretização por parte do legislador infraconstitucional.

Neste sentido assevera Steinmetz:

Eventuais posições contrárias à vinculação dos particulares a direitos fundamentais bem como posições favoráveis a uma vinculação exclusivamente mediata ou com abertura mínima para uma vinculação imediata são mais consistentes e conseqüentes com o paradigma do constitucionalismo liberal do que com o do constitucionalismo social e democrático da contemporaneidade, paradigma do qual a CF é um caso-exemplo. (2008, p. 100)

Ao efeito vinculante vertical dos Direitos Fundamentais da-se o nome de dimensão jurídico-subjetiva dos Direitos Fundamentais, enquanto que ao efeito vinculante horizontal dá-se o nome de dimensão jurídico-objetiva.

Para Wilson Steinmetz, a partir da teoria da dupla dimensão, a subjetiva e a objetiva dos Direitos Fundamentais:

fundamenta-se o efeito irradiante dos direitos fundamentais, os direitos fundamentais como direitos a proteção do indivíduo e deveres de proteção do estado (mandamentos de atuação estatal), a vinculação positiva do legislador aos direitos fundamentais e a vinculação dos particulares a direitos fundamentais. (2004, p. 105)

Daniel Sarmento constata que com a dimensão objetiva consagra-se o reconhecimento de que os Direitos Fundamentais expressam os valores mais relevantes de determinada comunidade política, e que o zelo e a defesa desses direitos não é mais exclusivamente uma função do Estado, mas desta comunidade. Ampliando o foco dos Direitos Fundamentais para os Direitos Humanos, o autor constata:

Neste sentido é preciso abandonar a perspectiva de que a proteção dos direitos humanos constitui um problema apenas do Estado e não também de toda a sociedade. A dimensão objetiva liga-se a uma perspectiva comunitária de direitos humanos, que nos incita a agir em sua defesa, não só através dos instrumentos processuais pertinentes, mas também no espaço público, através de mobilizações sociais, da atuação de ONG's e outras entidades, do exercício responsável do direito de voto. (2008, p. 106-107)

Assim, verificada a existência da dimensão objetiva dos Direitos Fundamentais, a sua principal conseqüência é a eficácia irradiante destes direitos, o que significa dizer que os valores engendrados nos Direitos Fundamentais irradiam por todo o ordenamento jurídico, segundo Daniel Sarmento a eficácia irradiante:

Uma das mais importantes conseqüências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento da sua eficácia irradiante. Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o judiciário. A eficácia irradiante, neste sentido, enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional. (2008, p. 124)

Constatada a vinculação da Empresa Privada aos Direitos Fundamentais segundo a nossa Constituição de 1988, é nesta mesma Constituição e no Código Civil de 2002 que a atividade empresarial se encontra normatizada, devendo estar subordinada aos preceitos constitucionais, principalmente pelo fato de a empresa, assim com o direito privado como todo, desenvolverem as relações e âmbitos reservados e protegidos pelos Direitos Fundamentais.

Assim, encontra-se a chamada “função social da empresa”⁷ no conjunto dos fundamentos da República Federativa do Brasil, dispostos no art. 1º, no artigo 3º, que dispõe sobre os objetivos fundamentais do Estado brasileiro e no artigo 170, que estabelece como fundamentos da ordem econômica a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, e afirma que a sua finalidade é a de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Seguem-se os como princípios da ordem econômica, a soberania nacional; a propriedade privada; a função social da propriedade; a livre concorrência; a defesa do consumidor; a defesa do meio ambiente; a redução das desigualdades regionais e sociais; a busca do pleno emprego; e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

A função social da empresa exige desta uma atividade voltada para os fins sociais e ambientais, e para os objetivos relacionados ao interesse coletivo. Não implica somente no cumprimento efetivo das obrigações legais e na observância dos direitos sociais trabalhistas e tributários, mas também no compromisso com a preservação ambiental, relacionamento ético com fornecedores e consumidores, bem como o cuidado com o impacto de sua atuação na comunidade onde está inserida.

Assim, assumindo a empresa atividades historicamente estatais e não sendo possível o retrocesso social, evidentemente, à luz da eficácia horizontal dos direitos humanos, é perfeitamente cabível a exigência de observância pela empresa dos Direitos Humanos Fundamentais.

Para além da questão da função social da empresa, claramente fixada pela Constituição Federal, em 2016 iniciaram-se de forma mais organizada no Brasil as primeiras discussões para a elaboração de um Plano Nacional brasileiro sobre Direitos Humanos e Empresas. De iniciativa da Rede Brasileira do Pacto Global, a Primeira Conferência Livre sobre Direitos Humanos e Empresas contou com o apoio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD Brasil), do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) e com a

⁷ Ver a respeito: NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra ;SILVEIRA, Vladimir de Oliveira da. A Função Sócio Solidária da Empresa Privada e o Desenvolvimento Sustentável. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; Mezzaroba, Orides; COUTO, Mônica Bonetti; NASPOLINI SANCHES, Samyra H D F. (Org.). **Empresa, Funcionalização do Direito e Sustentabilidade: Função sócio solidária da Empresa e Desenvolvimento**. 1ed.Curitiba: Clássica, 2013, v. 4, p. 109-127.

Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV), além de representantes de várias organizações. (PACTO GLOBAL REDE BRASILEIRA, 2016).

Também é importante registrar, no âmbito nacional o Decreto no 9.571 de 21 de novembro de 2018, publicado no Diário Oficial da União em 22 de novembro de 2018, que “estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos para médias e grandes empresas, incluídas as empresas multinacionais com atividades no País.”(Art.1º).

O Decreto sofreu várias críticas pelo fato de não ter havido a participação da sociedade civil e de organizações atuantes na área, porém em que pese o fato dessas críticas serem fundadas, o Decreto revela-se com um documento bastante completo e seguidor das orientações internacionais.

Os eixos orientadores do Decreto, os quais recebem cada qual um capítulo são: I - a obrigação do Estado com a proteção dos direitos humanos em atividades empresariais; II - a responsabilidade das empresas com o respeito aos direitos humanos; III - o acesso aos mecanismos de reparação e remediação para aqueles que, nesse âmbito, tenham seus direitos afetados; e IV - a implementação, o monitoramento e a avaliação das Diretrizes.

Percebe-se claramente nos primeiros três eixos a adoção dos Princípios Norteadores da ONU cunhados por Ruggie, aos quais se acrescenta um quarto capítulo que trata do acompanhamento das atividades fixadas nos três primeiros, com a criação de um Comitê de Acompanhamento e Monitoramento das Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos.

Com relação à responsabilidade do Estado quando envolvido em atividades empresariais, o Decreto estabelece várias regras, dentre as quais são importantes destacar: a) capacitação de servidores públicos sobre a temática de direitos humanos e empresas, com foco nas responsabilidades da administração pública e das empresas, de acordo com os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas; b) fortalecimento da consonância entre políticas públicas e proteção dos direitos humanos; c) aperfeiçoamento dos mecanismos de transparência e de participação social; d) implementação de políticas, normas e incentivos à conduta das empresas quanto aos direitos humanos; e) integração dos direitos humanos ao investimento social, aos projetos de desenvolvimento sustentável para as comunidades impactadas e às políticas de patrocínio; f) combate à

discriminação nas relações de trabalho e promoção da valorização da diversidade; g) promoção e apoio às medidas de inclusão e de não discriminação, com criação de programas de incentivos para contratação de grupos vulneráveis; h) aperfeiçoamento dos programas e das políticas públicas de combate ao trabalho infantil e ao trabalho análogo à escravidão. (Art.3º e incisos).

Quanto às Empresas, o Decreto estabelece que caberá a elas o respeito aos direitos humanos protegidos nos tratados internacionais dos quais o seu Estado de incorporação ou de controle sejam signatários; e aos direitos e às garantias fundamentais previstos na Constituição.

Merece destaque que caberá às empresas monitorar o respeito aos direitos humanos na cadeia produtiva vinculada à empresa; manter compromisso com as políticas de erradicação do trabalho análogo à escravidão e garantir ambiente de trabalho saudável e seguro; combater a discriminação nas relações de trabalho e promover a valorização e o respeito da diversidade em suas áreas e hierarquias, com ênfase em esguardar a igualdade de salários e de benefícios para cargos e funções com atribuições semelhantes, independentemente de critério de gênero, orientação sexual, étnico-racial, de origem, geracional, religiosa, de aparência física e de deficiência.(Art. 8º)

Também são resguardados os direitos das pessoas com deficiência, das pessoas idosas, das mulheres da população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais ou transgêneros em âmbito empresarial. (Art. 8º)

Por fim, o decreto ainda determina que caberá as empresas efetivar os direitos sociais, econômicos e culturais das comunidades locais e dos povos tradicionais, respeitadas a sua identidade social e cultural e a sua fonte de subsistência e promover consulta prévia e diálogo constante com a comunidade.(Art. 8º).

No último capítulo o Decreto estabelece que o Ministério dos Direitos Humanos instituirá o Comitê de Acompanhamento e Monitoramento das Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, com as atribuições de implementar, monitorar e avaliar a execução e o cumprimento do disposto neste Decreto. (Art. 16).

Infelizmente o Decreto opta pelo caráter voluntário de suas normas, considerando-as apenas Diretrizes (§ 2º do Art. 1º) e instituindo o Selo “Empresa e Direitos Humanos”, destinado às empresas que voluntariamente implementarem essas Diretrizes.

Conclusão

O presente artigo teve por objeto o efeito vinculante dos Direitos Humanos Fundamentais nas relações privadas e, em especial, na empresa privada, tendo por objetivo verificar se há vinculação da Empresa Privada com os Direitos Humanos, em âmbito internacional e nacional no contexto da globalização.

No âmbito internacional constatou-se que os Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas (Princípios Ruggie), embora já aprovados por Resolução da ONU, ainda necessitam do caráter de voluntariedade dos estados-membros para o seu cumprimento, sendo que, de qualquer forma, a transformação dos Princípios em Tratado Internacional parece ser um questão de tempo.

No âmbito nacional, concluiu-se que as empresas privadas no Brasil encontram-se vinculadas aos Direitos Humanos Fundamentais insculpidos na Constituição Federal devido ao efeito horizontal dos Direitos Fundamentais, que faz com que os mesmos sejam irradiados por todo o ordenamento jurídico, inclusive para o direito privado. Também foi estudado o Decreto 9571/18, que estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos seguindo os Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas, mas, porém, adotando a voluntariedade.

O artigo buscou focar a produção teórica sobre o tema tratado para lançar bases a futuras pesquisas.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do Conceito Sociedade da Informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). O Direito na Sociedade da Informação. São Paulo: Atlas, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. Globalização. As consequências humanas. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1999.

BECK, Ulrich. O que é globalização? Equívocos do globalismo- respostas à globalização. Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BENACCHIO, Marcelo; NASPOLINI, Samyra. H D. F. A efetivação dos direitos humanos sociais no espaço privado. IN: BAEZ, Narciso; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo. (Orgs). *A problemática dos direitos humanos fundamentais na América latina e Europa: desafios materiais e eficaciais*. Joaçaba: Editora da UNOESC, 2012. p 377-422.

BILCHITZ, David. O Marco Ruggie: uma proposta adequada para as obrigações de direitos humanos das empresas. IN: SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos. v.7, n. 12, jun 2010.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BULGARELLI, Waldírio. Tratado de direito empresarial. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. Afirmação histórica dos direitos humanos. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. A Luta pelos Direitos Humanos. In: LOURENÇO, Maria Cecília França. *Direitos Humanos em Dissertações e Teses da USP: 1934-1999*. São Paulo: Universidade de São, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Empresas multinacionais e soberania do Estado. *Revista da Faculdade de Direito / Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP)*: v. 76, p. 107–121, jan./dez., 1981.

DIMOLIUS, Dimitri, MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2008.

FARIA, José Eduardo. (org). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das letras, 1988.

LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira. *Empresa & Função Social*. Curitiba: Juruá: 2009.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LUCCA, Newton De. *Da ética geral à ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LUÑO, Antonio Henrique Perez. Derechos humanos, estado de derecho e Constitución. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. Manual de metodologia da pesquisa no direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra ; MAILLART, Adriana da Silva. Vinculação da Empresa Privada aos Direitos Humanos Fundamentais. In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Florianópolis. Anais do XIX Congresso do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux,

NASPOLINI, Samyra Haydêe Dal Farra ; SILVEIRA, Vladmir de Oliveira da. A Função Sócio Solidária da Empresa Privada e o Desenvolvimento Sustentável. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; Mezzaroba, Orides; COUTO, Mônica Bonetti; NASPOLINI, Samyra H D F. (Org.). Empresa, Funcionalização do Direito e Sustentabilidade: Função sócio solidária da Empresa e Desenvolvimento. 1ed. Curitiba: Clássica, 2013, v. 4, p. 109-127.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional: estudo comparativo dos sistemas interamericano, europeu e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RUGGIE, John Gerard. Harvard Carrier Center for Human Rights Policy. Disponível em: <https://carrcenter.hks.harvard.edu/people/john-ruggie>. Acesso em 20 fev. 2020.

RUGGIE, John Gerard. Just Business. Multinational Corporations and Human Rights. New York. W.W. Norton & Company. 2013.

RUGGIE, John Gerard. Quando os negócios não são apenas negócios. São Paulo. Ed. Planeta Sustentável. 2014.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 24-25.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6ª . ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SENISE LISBOA, Roberto. Direito na sociedade da informação. Revista dos Tribunais, v. 95, n. 847, 2006.

SILVA, Virgilio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira; ROCASOLANO, Maria Mendez. Direitos Humanos: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.

STIGLITZ, Joseph E. Globalização – a grande desilusão (prefácio de António Simões Lopes), Lisboa, Ed Terramar, 2002.

STIGLITZ, Joseph. Globalização: como dar certo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

TAKAHASHI, Tadao. Sociedade da informação no Brasil: livro verde. Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT), 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Porto Alegre: Fabris, 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos humanos: normativa internacional. São Paulo: Max Limonad, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena; POPPOVIC, Malak el Chichini. Perspectivas sobre o Movimento Internacional de Direitos Humanos no Século XXI: as respostas mudam. IN: Revista SUR. N. 20. São Paulo: Conectas Direitos Humanos, 2014.

8. Os delitos e as novas tecnologias em face da relação dialógica com os direitos humanos

Crimes and new technologies in the face of the dialogical relationship with human rights

Greice Patrícia Fuller¹

Resumo

O artigo apresenta como objetivo a análise dos delitos cometidos em meio à sociedade da informação e instrumentalizados através das novas tecnologias, gerando uma nova realidade fenomênica e dogmático-jurídica. A análise parte da conceituação dos delitos informáticos, considerando-se os direitos humanos por eles violados, em razão de seu arquétipo estrutural gerando a justificação de uma releitura sobre a tutela jurídica no âmbito penal.

Palavras-chave: delitos, novas tecnologias; sociedade da informação, direitos humanos.

Abstract

The article presents the analysis of crimes committed in the midst of the information society and instrumented through new technologies, generating a new phenomenal and dogmatic-legal reality. The analysis starts from the conceptualization of computer crimes, considering the human rights violated by such crimes due to their structural archetype, generating the justification of a re-reading of the legal protection in the criminal scope.

Keywords: crimes, new technologies; information society, human rights.

¹ Pós-doutora em Direito Ambiental pela Universidade de Navarra/Espanha com bolsa concedida pela CAPES. Doutora e mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação e da Graduação das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Professora dos Cursos de Graduação das Faculdades de Direito e Pós-Graduação *Lato Sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Líder do Projeto de Pesquisa Efetividade jurisdicional estatal certificado pelo CNPq do Programa em Direito da sociedade da informação. Professora visitante da Universidade de Navarra-UNAV (Espanha).

DOI – <https://doi.org/10.36592/9786587424347-8>

Introdução

Este artigo apresenta como objetivo analisar os delitos praticados na sociedade da informação através das novas tecnologias em face da relação dialógica com os direitos humanos. Pretende analisar o conceito e as características específicas da criminalidade informática, assim denominada, demonstrando-se tratar-se de delitos ofensivos aos direitos humanos privilegiados no contexto histórico e constitucional nacional e internacional, caracterizando-se pela desconstituição da pessoa humana em sua identidade biopsicossocial e pela banalização de sua dignidade. Ao término, o artigo discute que a relação dialógica entre os direitos humanos e as condutas delitivas perpetradas no mundo digital é calcada por violações incontestes e ainda não tuteladas pela dogmática clássica penal.

Cabe destacar que para realização do artigo se utiliza o método dedutivo reflexivo-crítico, consistente na revisão bibliográfica e legislativa, objetivando trazer à tona discussão sobre o tema referente ao assincronismo entre o uso dos meios tecnológicos com a proteção dos direitos humanos.

1. Os delitos e as novas tecnologias

Ao aduzir a expressão novas tecnologias, invoca-se ato contínuo a denominada sociedade da informação que não se trata de um simples agrupamento ou de uma simples reunião de homens, mas sim, de um grupo ou um agrupamento com algumas características, a saber: a) presença de vínculos, ou seja, interesses definidos com vistas a determinados objetivo de manutenção do próprio grupo b) contribuição consciente no sentido de alcançar a melhor consecução das finalidades privadas e coletivas; c) nova entidade com existência autônoma e superior aos interesses individuais (o bem estar social deve sobrepujar as metas individuais) (FILOMENO, 2016, p.29).

Garcia Marques e Lourenço Martins estabelecem que:

A sociedade da informação- expressão que cada vez importa menos definir na medida em que se vai vivendo em maior escala – assenta sobre o uso óptimo das novas tecnologias da informação e da comunicação, em respeito pelos princípios democráticos, da igualdade e da solidariedade, visando o reforço

da economia e da prestação de serviços públicos e, a final, a melhoria da qualidade de vida de todos os cidadãos (MARQUES; MARTINS, 2000, p. 23)

Claro é que aliada à expansão das novas tecnologias, observa-se o desenvolvimento de uma intensa e complexa extensão de novas situações fáticas ainda desprovidas de regulamentação jurídica, especialmente, na área criminal, que acaba por ser dependente de conhecimentos muito precisos e técnicos sobre o mundo digital, impondo-se assim, o seu estudo de forma inclusive multidisciplinar. Ademais, o crescimento tecnológico percorre dimensões objetivamente mais rápidas em comparação ao desenvolvimento doutrinário e legislativo sobre o tema que requer o rompimento de barreiras dogmáticas em face dos institutos jurídicos penais e processuais penais propostos até o presente momento.

Os crimes praticados no seio da sociedade da informação impõem o fenômeno da transnacionalização, levando-se em conta, o local de execução e consumação no qual os crimes são perpetrados - denominado ciberespaço (considerado como o espaço virtual de convivência e comunicação social) – os sujeitos ativos que se desdobram em um número indeterminado, se salientarmos a ideia de que quem compartilha acaba por tornar-se um possível partícipe, os sujeitos passivos que em um único ataque podem abranger toda a sociedade (MARAS, 2017, p.14) e os resultados geradores de efeitos transfronteiriços destas práticas delitivas. Não se pode olvidar que o mundo está interligado, moldando um novo processo civilizatório, no qual as “pessoas de todos os cantos do mundo estão adquirindo poder; a Globalização 3.0 possibilita a um número cada vez maior de pessoas se conectarem num piscar de olhos, e veremos todas as facetas da diversidade humana entrando na roda”(FRIEDMAN, 2014, p.20).

Nesse ponto, faz-se imperiosa a observação de que, portanto, a sociedade da informação não pode ser vista como um grupo sem rosto e sem regras ou um espaço anômico e legitimador de práticas lesivas ao interesse social e liberdades individuais de cada um de seus interlocutores.

Nesse espaço digital encontra-se a democracia que pressupõe igualdade de oportunidades e no dizer de Tocqueville, de “soberania absoluta da maioria”. Portanto, cada um do povo participa da vontade geral, compreendendo-se na inteligência de Tomás de Aquino que a democracia configura um sistema onde “todos tenham alguma parte no exercício do poder, pois por aí se logra a melhor paz do povo e que todos amem e guardem tal constituição” (CASTELO BRANCO, 1988, p. 89).

Contudo, a vontade geral democrática não pode dissonar da lei, conforme grifado na “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, insculpida na Revolução Francesa de 1789, art. 1º, inciso VI: “A lei é a expressão da vontade geral; todos os cidadãos têm o direito de participar pessoalmente, ou por seus representantes, de sua elaboração; ela deve ser a mesma para todos, seja no que beneficie, seja no que puna”.

Subsumindo-se o tema da democracia às novas tecnologias, nota-se ser ela elemento imprescindível ao desenho da sociedade da informação, visto pressupor o elemento opinião pública (verdadeiro guia à tomada de decisões) para que se evite a chamada “ditadura da maioria” e se enalteça a disposição para diálogos, evitando-se discursos de intolerância, discriminatórios e de ódio. Para além disso, a democracia impõe como valores a liberdade, a responsabilidade, a igualdade e a participação que se vilipendiados, deverá impor, em face dos requisitos de carência e dignidade criminal (DOLCINI; MARINUCCI, 1994, p. 156) a construção de novos tipos penais que tutelem os direitos fundamentais, assim como a segurança e autodeterminação informacional, considerados como novos bens jurídicos de nossa sociedade tecnológica (FULLER, 2014)

Seguindo o raciocínio acima narrado, a carência criminal está plenamente destacada na necessidade de tutela penal nos crimes informáticos, notadamente em face de comportamentos individuais, coletivos ou conduzidos por algoritmos caracterizadores da chamada violência simbólica, geradora da propagação de práticas delitivas nas redes sociais, através de discursos que visam a polarização constante de opiniões fortemente estabelecidas no ódio em contrapartida à denominada cultura da paz.

Pode-se afirmar ainda que os direitos violados por serem de natureza fundamental, caracterizam a noção de dignidade criminal, posto que ofensivos ao direito à vida privada, aos direitos inerentes à intimidade, à imagem, à honra, ao segredo das comunicações detentoras de confidencialidade. Para além dos mencionados, Romeo Casabona ainda afirma como passíveis de violação através do uso de instrumentos tecnológicos de comunicação e informação, os direitos à produção e criação literária, artística, científica e técnica, o direito inerente à proibição de toda e qualquer forma de discriminação, em razão de raça, sexo, cor, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social, o desprezo à dignidade

da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade, aos direitos dos demais que afetem a ordem política e social (CASABONA, 2006, p.51).

O crime informático como singularidade concreta neste momento histórico gera tensões em relação aos direitos humanos que, segundo Peces-Barba (1993, p.25) não são somente humanos porque seus destinatários sejam os humanos, mas fundamentalmente, porque seus criadores são os homens com origem na terra. Trata-se, no dizer de Thomas Jefferson em sua Declaração da Independência de 1776, de que os direitos à vida e liberdade (para não dizer felicidade) são verdades autoevidentes e por isso, premente será a necessidade do equilíbrio entre o uso das novas tecnologias pelos emissores (notadamente em relação às liberdades de expressão e opinião) e à integridade biopsicossocial, intimidade, privacidade e imagem correspondente aos interlocutores receptores.

Assim, a intervenção do Direito Penal em face dos crimes informáticos, se faz necessária em razão do cenário de atentados intoleráveis aos valores sociais e interesses coletivos, ou seja, à defesa de direitos humanos, visto portanto, segundo Mir Puig como “ medio de control social”(1990, p. 5). O princípio da intervenção mínima completado com o caráter o de *ultima ratio* do Direito Penal restam plenamente identificáveis nos crimes em comento, vez que desconstroem direitos e garantias da pessoa, especialmente, em sua liberdade. A integridade pessoal, seja física ou psicossocial determina a recorrência ao Direito penal, cogitando-se em um novo paradigma denominado Direito Criminal Digital (FULLER, 2014). Portanto, é clara a violação ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana nos crimes informáticos.

Consoante isso, afirma-se que toda a atividade estatal e todos os órgãos públicos se encontram vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes a um só tempo um dever de respeito e proteção que se exprime tanto na obrigação de o Estado abster-se de ingerências na esfera individual quanto no dever de protegê-lo contra agressões de terceiros (SARLET, 1998, p.110).

Segundo Greice Patrícia Fuller (2017, p. 215) o princípio da dignidade da pessoa humana, traduz-se em elemento preexistente a qualquer reconhecimento expressamente legal, justamente por ser um elemento inato à condição humana, sendo claro, que o ordenamento confere segurança jurídica, servindo como preceptivo didático ao intérprete e à coletividade, em relação ao necessário cumprimento dos direitos individuais, sociais e coletivos constitucionais.

Portanto, os interlocutores da sociedade da informação devem fazer uso das tecnologias de informação, observando a lei e sua imposição para além de interesses particulares, ou seja, a consecução do bem-estar comum. A invasão aos limites impostos pela lei gera a caracterização de delitos chamados informáticos ou cibernéticos:

[...] Sociedade da Informação não apresenta o seu âmbito de abrangência apenas ao uso da internet, mas também qualquer outro meio de comunicação, a saber: televisão, rádio e telefone. Portanto, para além dos inegáveis efeitos positivos trazidos à sociedades, o advento dos novos meios de comunicação, em especial da Internet, dada a vulnerabilidade dos limites do seu uso, traz riscos ao bem estar comum e a valores constitucionais, visto que se está diante de um mundo virtual, no qual cada indivíduo é capaz de liberar sua inquietudes e anseios de forma anônima. (FIORILLO; FULLER, 2016, p. 203)

Do exposto, inegável é a conclusão de que as novas tecnologias desenvolvem e fundamentam uma mudança na organização político-social, notadamente sob as vertentes das áreas referentes ao trabalho, administração, lazer, economia e relações interpessoais, cedendo espaço crescente à sociedade denominada global, ou seja, uma sociedade que transcende nosso “entorno social mediato” (CLOTET, 2006, p. 93), ou seja, uma sociedade denominada da informação.

Assim, para além dos inegáveis efeitos positivos trazidos à sociedade, o advento das novas tecnologias, em especial da *internet*, dada a vulnerabilidade dos limites de seu uso, pode impor violações ao bem estar individual e coletivo, bem como a valores constitucionais, visto ser considerado, muitas vezes, pelo autor do crime como um mundo situado *extramuros* do real (e, portanto, metajurídico). E, em meio a este pensamento, a *internet* passa a ser compreendida de forma ilegítima como artefato para o cometimento de crimes contra direitos humanos, como *v.g.* neonazismo digital, ciberterrorismo, *ciberbullying* etc.

Contudo, neste contexto situa-se o paradoxo entre a segurança e a liberdade; o direito a ser informado e informar e o estigma da censura; ou seja, os limites entre a legalidade e legitimidade constitucional e o desvio axiológico e interpretativo da cedência aplicativa dos direitos constitucionais. Portanto, a *vexata quaestio* deita raízes sobre os limites do Estado quanto à intervenção nas redes sociais sem que tal ato represente uma ameaça à liberdade de quem está por trás de um computador, e até

onde cada uma dessas pessoas pode liberar suas tendências e impulsos no sentido de cometimento de crimes no chamado ciberespaço.

As liberdades de expressão e opinião podem colidir com os valores de intimidade, privacidade, imagem, honra, dentre outros. Ocorre, que no dizer de Einstein, a tecnologia “(...) pôs a humanidade diante de problemas de profunda gravidade” e diante deles, propõe-se em sua dicção a seguinte reflexão:

(...) os meios de comunicação – os processos de reprodução da palavra escrita e o rádio, quando combinados com os armamentos modernos, tornam possível subjugar corpo e alma a uma autoridade central – esta é uma terceira fonte de perigo para a humanidade. As tiranias modernas e seus efeitos destrutivos mostram essas conquistas em benefício da humanidade. Também sob este aspecto, as circunstâncias exigem uma solução internacional, o mesmo tempo que a base psicológica para tal solução ainda não foi lançada (EINSTEIN, 2017, p. 137)

E, qual é o sentido merecedor do pensamento acima transcrito por Einstein e o comportamento humano em face das novas tecnologias?

A resposta é que apesar da sociedade da informação ser tomada como a quarta revolução mundial (SCHWAB, 2016, 16), clara é a conclusão de que o homem não pode se furtar ao fato de que, de um lado, a ciência tecnológica lhe trouxe instrumentos para transmutar a informação em conhecimento, mas, de outro, pode servir também para desmaterializar os processos de reprodução de pensamento e expressão em usurpações aos direitos humanos e destruição à segurança e autonomia informacionais, *v.g.* crimes contra a honra perpetrados pelas redes sociais, crimes de *revenge porn*, subtrações de identidades digitais, *stalking online*, crimes de discriminação e preconceito, ciberterrorismo, *ciberbullying*, divulgação de notícias geradores de possíveis danos à saúde pública (notadamente, em face da pandemia do vírus COVID), política, economia, assim denominadas de *fake news* que não podem ser entendidas apenas como notícias falsas ou simples mentiras, mas como componentes de estratégias comunicacionais de desinformação sofisticadas que envolvem desde a produção de conteúdo deliberadamente fraudulento, falso e distorcido ideologicamente, até a distribuição e impulsionamento destas mensagens pela Internet (FULLER; BARRETO JÚNIOR, 2020, p. 35), bem como

outros tantos ataques cibernéticos ainda inominados no Brasil e plenos de lacunas normativas.

2. O arquétipo tipológico dos crimes informáticos e os direitos humanos

Segundo o entendimento de Fernando Miro Llinares , o conceito de crime informático ainda não é unívoco, entretanto o autor na tentativa de identificá-lo, analisa que o mesmo pode apresentar dois aspectos, quais sejam: comportamento concreto que reúne uma série de características criminológicas, relacionadas com o ciberespaço” ou ainda como “um tipo penal concreto com um pressuposto e uma sanção que pretende prevenir a realização de condutas no ciberespaço que afetam bens jurídicos dignos de proteção “(2012, p. 42).

Portanto, a *cibercriminalidade* ou também denominada de *ulterior geração da delinquência* outro termo cunhado para crimes informáticos, segundo o citado autor acima, corresponde ao fenômeno da criminalidade cometido no ciberespaço, inicialmente assim chamado para denominar o espaço virtual criado pelas redes informáticas (GIBSON, 1984).

O conceito acima encontra-se em consonância com as conclusões do Décimo Congresso das Nações Unidas *sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente* (Viena, 10 a 17 de abril de 2000) que declara:

Por delito cibernético se entiende todo delito que puede cometerse por medio de un sistema o una red informáticos, en un sistema o una red informáticos o contra un sistema o una red informáticos.

Nesse trabalho desenvolve-se a noção de que o delito informático, será caracterizado em sentido amplo, entendido como qualquer conduta delitativa realizada no ciberespaço (espaço virtual comunicacional) definido pelo uso das tecnologias dando surgimento a comportamentos cujo conteúdo ilícito é novo e se relaciona diretamente com as condutas tradicionalmente ilícitas praticadas pela internet ou outras tecnologias de informação os novos bens jurídicos com elas surgido (como segurança e autodeterminação informacionais)

Portanto, observa-se que os crimes informáticos em sentido amplo (VASQUEZ NUÑEZ, 2006, p.98) violam bens jurídicos relevantes e fundamentais que, no dizer de Luigi Ferrajoli (2011, p. 12), podem ser de quatro classes, a saber, os direitos humanos, que são os direitos primários das pessoas, que dizem respeito indistintamente a todos os seres humanos, como, *v.g.* o direito à vida, à integridade da pessoa, a liberdade pessoal, a liberdade de consciência e de manifestação de pensamento, o direito à saúde e à instrução; os direitos públicos referentes à cidadania,

como o de moradia, reunião e associação, trabalho e previdência; os direitos civis, elencando às liberdades negociais e de agir em juízo; os direitos políticos como o direito de votar e de ser votado.

Denota-se que a teoria por ele construída referente à teoria dos direitos e bens fundamentais, corresponde aos bens jurídicos atingidos por grande parte de condutas produzidas no cenário informático, sendo profundamente reais e ofensivas a pessoas humanas que experenciam resultados que se perpetuam no tempo e no espaço.

Nesse contexto, aproveitando-se assim, das palavras de Pierre Lévy (1999, p. 47) que assinala que o virtual é corriqueiramente associado ao que não é material, ao que não é tangível, passando a falsa ideia de que o virtual corresponderia àquilo que pode ter forma, mas não existe. Contudo, o citado filósofo ressalta que o virtual não se opõe ao real, mas sim ao atual, sendo que o virtual estaria associado ao que “existe apenas em potência e não em ato”, não deixando, todavia, de ser real (LÉVY, 1999, p. 47). Por fim, o mencionado autor, afirma categoricamente que a “virtualidade e atualidade são apenas dois modos diferentes da realidade”, depreendendo de maneira pontual que “se a produção da árvore está na essência do grão, então a virtualidade da árvore é bastante real (sem que seja, ainda, atual)” (LÉVY, 1999, p.49).

Trata-se, portanto, de compreender que o crime informático é calcado no cenário de vítimas sem rostos, mas reais, sendo que a individualidade de cada uma delas é destituída de significância e a sua própria dignidade é desmerecida pelo autor do delito, transformando seu alvo passivo em mísera imagem burlesca social pela intolerância ou degradação à condição de humano do outro.

Nesse sentido, a tipificação penal para condutas praticadas na sociedade da informação será importante e destacado instrumento para colmatar as lacunas normativas sobre o tema, tendo em vista que no Brasil não há descrição típica específica e taxativa sobre a mencionada criminalidade, seja em relação às condutas, seja em face das sanções (obedecidos rigorosamente os critérios da proporcionalidade, os estudos de criminologia, notadamente a crítica e a clínica). Ao tratar da norma jurídica, sob a ótica das regras de conduta, Bobbio (2012, p. 24) assevera que

A nossa vida se desenvolve em um mundo de normas. Acreditamos ser livres, mas na realidade, estamos envoltos em uma rede muito espessa de regras de conduta que, desde o nascimento até a morte, dirigem nesta ou naquela direção as nossas ações.

Vale dizer que em um Estado Democrático de Direito, não é possível mais haver a tentativa de subverter a proibição do princípio da proibição da analogia *in malam partem*, realizando-se apenas a sutil incorporação de letras a um dispositivo já existente, inflando-o com todo o alfabeto, sem qualquer técnica legislativa para considerá-lo como nova realidade dogmático-jurídica.

Tomando-se a conduta de *ciberbullying*, como exemplo do acima citado, observa-se a inexistência de legislação específica sobre o tema, podendo as situações referentes a esta prática ser subsumidas de forma apenas indireta nos crimes previstos no Código Penal como crimes: a) contra a honra (arts. 138 a 140); b) constrangimento ilegal (art. 146); c) ameaça (art. 147); d) participação, auxílio ou instigação ao suicídio (art. 122); dentre outros. O mesmo ocorre no que tange aos crimes informáticos que atingem o à ordem econômica do Estado Brasileiro.

Em razão da inexistência de legislação específica abrangente sobre o tema, seria possível a aplicação de tipos genéricos como o art. 171 do Código Penal, ou a Lei Complementar 105/2001 sobre quebra de sigilo bancário ou a Lei 7492/86 sobre crimes contra o sistema financeiro nacional, a Lei 9613/98 referente aos crimes de lavagem de dinheiro ou ainda a Lei 8078/90 sobre o Código de Defesa do Consumidor? E, em relação à conduta de *stalking digital*? Seria ilegal posto que ofensivo ao princípio da legalidade estrita realizar a subsunção aos crimes de ameaça, lesão corporal, injúria, cujos núcleos do tipo penal não incorrem na prática de intimidação sistemática, de perseguição ou assédio a uma pessoa por meio eletrônico com o objetivo de imputar medo ou cerceamento de liberdade à vítima? Seria proporcional tipificar a conduta como uma mera contravenção penal, prevista no Decreto-lei 3.688/1941 que prevê a conduta prevista no art. 65.de “molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável: Pena prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa (...), tendo em vista tratar-se de uma conduta marcada pela repetição e insistência de ligações telefônicas, mensagens, *e-mails* que acabam por invadir a esfera de intimidade da vítima, bem como, coarctar sua liberdade e segurança individual como se fosse uma “presa” pronta para uma caçada em um estado de natureza hobbesiano?

Da mesma forma, nota-se a inexistência de arcabouço normativo em relação à proteção de dados. Referente ao tema, observa-se que no Brasil existem leis que regulamentam a proteção de dados pessoais bancários (Lei nº 12.414, de 9 de junho de

2011), a lei geral de telecomunicações (Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997) e atualmente a Lei 13.709/2018 (Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD) que trouxe regras sobre a proteção de dados pessoais.

Entretanto, observa-se que no Brasil não há tutela penal específica para a proteção de dados pessoais. É possível assim afirmar-se tendo em vista que, os crimes que tutelam dados como v.g. artigo 313 A e B do Código Penal apresenta como objetos jurídicos de tutela a administração, moralidade, fé e patrimônio público. Neste sentido também se observa o crime previsto no artigo 151 do Código Penal (inviolabilidade de correspondência) cujo bem jurídico protegido é o direito à privacidade. Pode-se objetar que o artigo 154-A do Código Penal tutela os dados informáticos, ao mencionar a invasão de dispositivo informático. Ocorre que se não houver mecanismo de segurança a ser violado, a conduta será atípica, deixando práticas de invasão desprovidas de qualquer possibilidade de responsabilização em nível penal. Posteriormente foi promulgada a denominada “Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD: Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018) que passou a vigor em 2020 e que não trouxe em seu arcabouço responsabilização penal, mas sim administrativa e civil à proteção do direito à autodeterminação informativo como direito ao livre desenvolvimento da personalidade no que tange ao controle das informações sobre seus dados pessoais. Segundo Doneda (2008, p. 371), o “consentimento do interessado para o tratamento de dados é um dos pontos mais sensíveis de toda a disciplina de proteção de dados pessoais”

Importante salientar, portanto, que como não há uma disposição expressa sobre diversas condutas praticadas na sociedade da informação, uma grande quantidade de situações fica à margem da tutela punitiva penal e da crença secreta, mas falaciosa, de que o sagrado acervo de cunho emocional e material de cada vítima podem ser derrubados por uma pseudo estrutura de controle e poder pelo agente do delito. Trata-se do fenômeno *arendtiano* da banalização do mal (ARENDR, 1999). deflagrado por um espaço construído de forma acrítica e algorítmica:

A verdade mais desagradável e chocante de hoje é que o mal é fraco e invisível (...) O mal é débil e amplamente disperso. A triste verdade é que ele está à espreita em cada ser humano normal e saudável. O pior não é a latência do mal presente em cada um de nós, mas as situações e circunstâncias que nossa fé, nossa cultura e nossas relações humanas não podem deter. O mal assume a máscara da fraqueza e ao mesmo tempo é a fraqueza. (BAUMAN; DONKIS, 2014, p.17).

Claro é que não se pode pensar em coibir-se a criminalidade digital sem, de um lado, a criação de um arcabouço preventivo instrumentalizado pela educação calcada nos valores constitucionais vida, saúde, isonomia, liberdade, intimidade, privacidade e dignidade da pessoa humana e, de outro, sem a criação de tipos penais específicos para este momento no qual um *like* ou um compartilhamento possam ser representativos de uma morte digital, social e, posteriormente real de uma *cibervítima*.

Nesse sentido, para além de uma estruturação nas searas preventiva e repressiva, Bauman analisa a possibilidade de “redescoberta do sentido de pertencimento como alternativa viável à fragmentação, atomização e à resultante da perda da sensibilidade” em diálogos postos, segundo ele, pelo fenômeno da “adiaforização da humanidade atual” (BAUMAN, p. 19).

Portanto será legítimo e legal compreender este novo cenário, através da singela adaptação dos arquétipos tipológicos já sedimentados pela doutrina criminal clássica ou há a necessidade de uma escola de Direito criminal e penal em face da sociedade da informação, tendo em vista o caráter disruptivo da estrutura formal de crimes traçados por legislações datadas de séculos anteriores ao desenvolvimento que atualmente vivemos em relação aos meios de convergência tecnológicos?

Houve a inauguração de uma nova era de desinformação e de banalizações sistemáticas aos direitos humanos que agasalham à existência com qualidade, em razão da decorrência das funcionalidades concretizadas pelas novas tecnologias manifestadas pelos *smartphones*, redes sociais e novos paradigmas de sociabilidade., propiciadoras dos fenômenos da *hiperconectividade*, *hiperexposição*, *hiperalienação* e *hiperfragmentação* dos princípios da dignidade da pessoa humana e do solidarismo.

De todo o exposto é possível levantar a hipótese da concretização de um *marco penal da internet*, no qual condensassem normas de direito penal e processual penal, em face da inexistência de legislação específica e coesa sobre o tema de tipificação penal das condutas referentes aos delitos informáticos, afinal “o objetivo não está no fruto da experiência, e sim na própria experiência (..) devemos ter a ousadia de testar a cada instante novas opiniões e cortejar novas impressões, jamais sucumbindo a uma ortodoxia fácil “ (PATER, 1980, p. 188).

Assim sendo, dessume-se a criminalidade digital pressupõe não apenas a violação aos direitos fundamentais acima analisados, como também, a impossibilidade

de um diálogo receptivo à preservação destes. A relação dialógica entre a conduta de um cibercriminoso e os direitos humanos é incurso de abusos e violações sistemáticas a bens jurídicos legitimadores, essencialmente da segurança e liberdade.

Para além dos direitos mencionados para tomar-se por base a necessidade da construção de novos tipos penais, não se pode olvidar que o próprio direito ao acesso à internet é caracterizado como direito humano pela Organização das Nações Unidas (ONU) em publicação de relatório realizado pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU sobre a promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e expressão. No citado documento assevera que impedir o acesso à informação através da *internet* caracteriza-se como crime (contudo, no Brasil ainda não foi assim tipificado) e como violação dos direitos humanos, segundo o art. 19, parágrafo 3º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966 que prescreve ser direito de todo cidadão a liberdade de expressão e acesso à informação por qualquer tipo de veículo, não podendo o Estado interromper em nenhuma ocasião e nem por motivações de ordem política ou econômica, justamente por ser a liberdade²⁵ – bem jurídico-penal tutelado – um direito humano.

Sobre o assunto referente aos limites da liberdade de expressão, observa-se acórdão pátrio expressivo sobre a liberdade de expressão:

VIII. A liberdade de manifestação do pensamento: um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos. Tenho sempre enfatizado, nesta Corte, Senhor Presidente, que nada se revela mais nocivo e mais perigoso do que a pretensão do Estado de reprimir a liberdade de expressão, mesmo que se objetive, com apoio nesse direito fundamental, expor ideias ou formular propostas que a maioria da coletividade repudie, pois, nesse tema, guardo a convicção de que o pensamento há de ser livre, sempre livre, permanentemente livre, essencialmente livre. Torna-se extremamente importante reconhecer, desde logo, que, sob a égide da vigente Constituição da República, intensificou-se, em face de seu inquestionável sentido de fundamentalidade, a liberdade de manifestação do pensamento. Ninguém desconhece que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, mostra-se intolerável a repressão estatal ao pensamento (STF, Ministro Celso de Mello, ADPF 187, j. 15.06.2011)

Ocorre que a liberdade acima pode ser limitada quando ofensiva a direitos fundamentais alheios, assim como, *v.g.* a privacidade ou intimidade que não podem ser compreendidos como direitos absolutos em face do princípio da ponderação de direitos (ALEXY, 2008, p.118) que analisando a casuística e suas circunstâncias,

indicará sob o crivo da justificação interna e externa, ou seja, o interesse mais relevante à hipótese, citando-se como exemplo, um passageiro “escaneado” em um aeroporto quando da entrada para seu embarque ou ainda a restrição da liberdade de expressão em face de condutas de ódio racial e antisemitismo contra grupos em razão de raça, religião ou etnia.

A grande questão encontra-se na adoção de um critério material e uniforme, segundo ditames constitucionais e manifestados em tratados, para a análise de conteúdos veiculados nos meios de convergência como indesejáveis para a manutenção de direitos constitucionalmente elencados, bem como, para a construção da pluralidade assentada no ideal democrático social que compatibiliza liberdades e dignidade da pessoa humana.

3. Uma visão sobre um Direito Penal Digital Supranacional: frívola inquietude ou efetiva resposta?

O direito penal em face da nova criminalidade informática deve observar uma nova perspectiva interna e global, visto que o modelo penal clássico não mais atende à estrutura da denominada sociedade da informação. Shunemann (1998, p. 13) afirma que o Direito Penal se encontra entre a intransigência da Escola de Frankfurt e a capitulação do Direito Penal do inimigo como um cartão de apresentação da sociedade (JACKOBS, 2013, p. 15).

De todo modo, como visto quando analisada a estrutura do crime informático - que tem como pontos característicos o anonimato; a vulnerabilidade sistemas e redes telemáticas; o baixo custo; o desenvolvimento de novos bens jurídicos como a segurança informacional (integridade, funcionalidade e confidencialidade), bem como, a autodeterminação para consentir acerca do tratamento de dados; resultados transfronteiriços e sujeitos ativos e passivos indetermináveis ou indeterminados - acaba tornando inefetiva a estrutura do Direito Penal Clássico absorto em sua estrutura de soberania estatal e de fenômeno criminal contrário ao caráter difuso, notadamente em decorrência de seus resultados, sujeitos ativos e passivos.

Claro é que o Direito criminal digital para ser considerado constitucionalmente legítimo deverá ter um sentido garantístico, assim como democrático, reverenciando

a imposição de uma política criminal calcada no fato do legislador atentar às normas que tutelam os direitos fundamentais e não o poder político.

Portanto, a busca é de um direito penal com características próprias, podendo-se até imaginar a noção de um modelo supranacional que exigirá a inegável cooperação entre os Estados (já assentado atualmente no Convênio de Budapeste sobre cibersegurança) que deverão estar vinculados a *hard law* (apesar deste cenário ser mais factível à *soft law*). Este modelo fatalmente exigirá uma renúncia a espaços de soberania, bem como, imporá a harmonização da ordem normativa interna de cada Estado à normatividade supraestatal. Tais requisitos, por si só, já trarão grandes desafios para um Direito Penal Digital supranacional em termos de realizabilidade. Para além disto, ainda é necessário contemplar em meio à esta proposta que o Direito internacional público é pautado em um direito acordado e não posto, verificando-se um grande entrave no que concerne a conciliação desta proposta com o princípio da legalidade estrita imprescindível à manutenção do Direito Penal democrático e legítimo.

Assim, se o modelo da supranacionalidade é atualmente apenas um produto imaginativo seduzido pela Arte ditada por George Orwell, não o é, a possibilidade da construção de um Direito Criminal Digital calcado em um microsistema dogmático próprio, coeso e garantidor dos preceitos constitucionais pátrios.

Portanto, não é possível ver o tema em questão como frívola inquietude, tendo em vista que a realidade propugna por respostas tendentes à prevenção e repressão desta nova criminalidade. Contudo, também não há como cobrar-se uma resposta peremptória a todos os desafios acima observados.

Conclusões

O artigo busca a análise dos crimes em face das novas tecnologias, observando que desde a nomenclatura e conceituação até a sua responsabilização, o país ainda carece de normatividade para a prevenção e repressão destas condutas.

O avanço das novas tecnologias, determina o desenvolvimento de um intenso e nevrálgico aparecimento de situações fáticas que demandam responsabilização na área criminal pautada também em conhecimentos técnicos multidisciplinares. Contudo, não se pode cogitar na construção de um Direito Penal Digital pautado em um movimento de *Law and Order*, mas sim, de garantias estabelecidas

constitucionalmente, na ordem democrática e nos princípios garantísticos de direitos penais e processuais penais.

Certo é que, não se pode conceber a inexistência de tutela penal específica dos bens jurídicos agredidos pela criminalidade informática, visto que se caracterizam como direitos humanos, legitimando, portanto, os princípios franqueados do Direito Penal como *ultima ratio* e o da mínima intervenção penal.

A criminalidade informática apresenta características próprias e marcantes que denotam, portanto, a necessidade do rompimento da subsunção de condutas previstas no Direito Penal Clássico para a ousadia da construção de uma nova estrutura microssistêmica- penal digital capaz de preencher os princípios da legalidade e da dignidade humana.

Portanto, se a sociedade da informação é capaz de fornecer os benefícios singulares ao desenvolvimento da comunicação, paradoxalmente, pode ser utilizada como meio e como fim violador de direitos humanos. O paradoxo está formado e no dizer de Kahlil Gibran: “nas contradições e paradoxos da vida, descobrimos a unidade de toda a vida, uma unidade refletida na experiência de singularidade da alma.”

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio A. Da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. **Cegueira moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 5. ed., São Paulo: Edipro, 2012.

CASABONA, Carlos María Romeo. De los delitos informáticos al cibercrimen: na aproximación conceptual y político-criminal. In: **El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales**. Granada: Comares, 2006.

CASTELO BRANCO, Elcir. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1988.

CLOTET, Juan Salom. Delito informático y su investigación, p.93. In: Vazques Nuñez, Eloy. Delitos contra y a través de las nuevas tecnologías. **¿Cómo reducir su**

impunidad? Cuadernos de Derecho Judicial, III. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006.

DOLCINI, Emílio; MARINUCCI, Giorgio. **Constituição e escolha dos bens jurídicos. Revista portuguesa de ciência criminal.** Lisboa. Abril/junho 1994.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção dos dados pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos Direitos e dos bens fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FRIEDMAN, Thomas. **O mundo é plano. Uma breve história do século XXI.** Tradução Cristina Serra, Sergio Duarte, Bruno Casotti Cristina Cavalcanti São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Teoria geral do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2016.

FIORILLO, Celso Antonio; FULLER, Greice Patrícia. Sociedade da Informação, Crimes e Direitos Humanos Sob o Viés dos Países Centrais e Periféricos. **Conpedi Law Review**, Oñati, Espanha. V.2, n. 1, p. 201-220. Jan/jun 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3603>.

FULLER, Greice Patrícia. O Direito criminal difuso, a dignidade da pessoa humana e a mídia na sociedade da informação. **Anais do VII Congresso brasileiro de Direito da sociedade da informação: regulação da mídia na sociedade da informação.** São Paulo 16 e 17 de novembro de 2014, v.7, ISSN 1982-6788. Disponível em <<http://www.revistaseletronicas.fmu.br>>

FULLER, Greice Patricia. A responsabilidade social e ambiental das entidades financeiras em face do direito ambiental como direito humano e da sociedade da informação. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, pp. 211 - 242, jul./dez. 2017

FULLER, Greice Patricia; BARRETO JÚNIOR, Irineu. Desinformação e Covid-19: desafios e limites do enquadramento penal da disseminação de notícias falsas. In: **Covid-19 e os Impactos no Direito: Mercado, Estado, Trabalho, Família, Contratos e Cidadania.** Fernando de Sousa Rister, Giampaolo Poggio Smanio, Ricardo Label Waldman e Sandra Regina Martini (Coords), São Paulo: Almedina, 2020.

GIBSON, Willian Ford. **Neuromancer.** Acer Book: Canadá, 2014.

JACKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional.** Buenos Aires: Ad Hoc, 2013.

KAHLIL, Gibran. **O pequeno livro da vida.** Rio de Janeiro: Best Seller, 2019.

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

LLINARES, Fernando Miro. **El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

MARAS, Marie-Helen. **Cybercriminology**. New York: Oxford University Press, 2017.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal. Parte General**. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1990.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. **Direito da informática**. Coimbra: Almedina, 2000.

PECES-BARGA, Gregorio. **Derechos Fundamentales**. Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana**. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 1998.

VASQUEZ NUÑEZ, Eloy. Delitos contra y através de las nuevas tecnologías. Como reducir su impunidad? **Cuadernos de Derecho Judicial, III**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006.

WALTER PATER, **The renaissance. Studies in art and poetry**. DONALD, Hill (org). Berkeley: University of California Press, 1980.

9. Reflexões sobre o modelo do “juízo 100% digital” À luz do direito fundamental ao acesso à justiça

*Talking about the “juízo 100% digital” model Under the perspective of the
Fundamental right to access to justice*

Luis Alberto Reichelt¹

Resumo

O presente estudo propõe-se a refletir sobre as principais características do modelo do “Juízo 100% Digital”, introduzido pela Resolução CNJ nº 345/2020, sob a ótica do direito fundamental ao acesso à justiça.

Palavras-chave: Processo Civil – Direito Constitucional – direitos fundamentais – acesso à justiça – Juízo 100% digital.

Abstract

The present study intends to examine the main features of the “Juízo 100% Digital” model, introduced by the Resolução CNJ nº 345/2020, under the perspective of the fundamental right to access to justice.

Keywords: Civil Procedure – Constitutional Law - fundamental rights – access to justice – Juízo 100% digital.

Introdução

No exercício da competência específica que lhe é atribuída pelos arts. 103-B, § 4º da Constituição Federal, 196 do Código de Processo Civil e 18 da Lei nº 11.419/2006, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução CNJ nº 345/2020, dispondo sobre um modelo específico a ser adotado com vistas à prática e à comunicação de atos processuais por meio eletrônico, qual seja o “Juízo 100% Digital”. O referido ato normativo vem à lume em um contexto no qual transformações do direito fundamental

¹ Mestre e Doutor em Direito pela UFRGS. Professor nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado em Direito da PUCRS. Procurador da Fazenda Nacional em Porto Alegre (RS).

E-mail: Luis.reichelt@puers.br

DOI – <https://doi.org/10.36592/9786587424347-9>

ao acesso à justiça² decorrentes do advento de novas tecnologias acabam por ganhar especial relevância³, ensejando surgimento de uma série de reflexões.

No presente ensaio, propõe-se pensar a respeito dos principais aspectos da Resolução CNJ nº 345/2020 à luz do direito fundamental ao acesso à justiça. Nesse sentido, em um primeiro momento, discutir-se-á o impacto exercido pela ideia de obrigatoriedade da adoção de forma eletrônica com vistas à prática de atos processuais, nos termos da Resolução CNJ nº 345/2020, ponderando-se, a seguir a respeito da existência de limites à opção das partes pelo modelo do “Juízo 100% Digital”. Mais adiante, serão apresentadas reflexões sobre os desafios presentes na interpretação do art. 2º, parágrafo único, e 3º da Resolução CNJ nº 345/2020, na parte em que dispõe sobre a adoção de forma eletrônica com vistas à comunicação de atos processuais e do art. 5º do mesmo ato normativo, ao regular a obrigatoriedade da forma eletrônica com vistas à prática de atos processuais com vistas à produção da prova oral e à realização de sustentação oral.

2. A Resolução CNJ nº 345/2020 e a obrigatoriedade da adoção de forma eletrônica com vistas à prática de atos processuais. Considerações gerais.

Nos termos do parágrafo único do art. 1º da Resolução CNJ nº 345/2020, a adoção do modelo do “Juízo 100% digital” faz com que todos os atos processuais passem a ser exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto por intermédio da rede mundial de computadores. Nesse sentido, a resolução em questão dialoga com o quanto previsto nos arts. 193 a 199 do Código de Processo Civil, na parte em que dispõem tais determinações legais sobre as balizas de forma a serem respeitadas com vistas à prática de atos processuais por meio eletrônico, criando um modelo no qual *a vontade previamente expressa por ambas as partes, somada à disponibilidade de estrutura correspondente por parte dos órgãos jurisdicionais, torna obrigatória a adoção de forma eletrônica para a prática de todos os atos a serem praticados no processo.*

² A respeito do conteúdo e da fundamentalidade do direito ao acesso à justiça, ver as considerações já feitas em REICHELDT, Luis Alberto. *Reflexões sobre o conteúdo do direito fundamental ao acesso a justiça no âmbito cível em perspectiva contemporânea*. Revista de Processo, vol. 296 (2019): 21-39.

³ Para ilustrar as transformações em questão, veja-se, no ponto, o panorama retratado em SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019. especialmente p. 98 e seguintes.

O debate sobre a restrição à liberdade no que tange à forma a ser respeitada com vistas à prática de atos processuais pressupõe algumas reflexões importantes. Nesse sentido, pontue-se, desde logo, que a adoção da forma eletrônica na prática de atos processuais passa, em primeiro lugar, por uma política de indução por parte dos órgãos do Poder Judiciário quanto à forma para a prática dos atos processuais, exercendo influência sobre o agir dos demais atores envolvidos no debate dos autos. Essa prerrogativa tem como ponto de partida o art. 8º da Lei nº 11.419/2006, segundo o qual tais órgãos jurisdicionais possuem a prerrogativa de desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas⁴. Da mesma forma, o art. 2º da mesma lei prevê que o envio de petições, de recursos e a prática de atos processuais em geral por meio eletrônico serão admitidos mediante uso de assinatura eletrônica, na forma do art. 1º desta Lei, sendo obrigatório o credenciamento prévio no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos⁵. Desses comandos é possível extrair uma poderosa ideia, qual seja a de que *os órgãos do Poder Judiciário, mediante a adoção de uma decisão político-administrativa quanto à adoção de plataforma eletrônica para o armazenamento da documentação dos atos processuais, acabam por exercer determinante influência sobre o regime jurídico processual como um todo.*

A construção acima apresentada, por sua vez, acaba por dialogar com o constante do art. 188 do Código de Processo Civil, o qual veicula a *liberdade quanto à forma dos atos processuais* como regra geral do sistema jurídico⁶, e com o art. 193 da mesma codificação, no ponto em que dispõe no sentido de que os atos processuais

⁴ Da leitura da Resolução CNJ nº 345/2020, parece encontrar eco a posição de José Carlos de Araújo Almeida Filho no sentido de que “faltou coragem ao legislador ao implantar o sistema. Faltou coragem em assumir a obrigatoriedade do processamento totalmente eletrônico, desde que assim iniciado” (ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 281).

⁵ A necessidade de prévio credenciamento junto ao Poder Judiciário é definida por José Carlos de Araújo Almeida Filho como uma “prática salutar”, mas não suficiente, já que necessária também a obtenção de uma assinatura digital (ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 242)

⁶ Para Fernando Gajardoni, o art. 188 do CPC transpõe a regra do art. 107 do Código Civil para o campo dos atos jurídicos processuais (GAJARDONI, Fernando da Fonseca, DELLORE, Luiz, ROQUE, André Vasconcelos e OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte. *Teoria Geral do Processo. Comentários ao CPC de 2015. Parte Geral*. São Paulo: Método, 2015. p. 605). Sobre a exegese do comando legal em questão, ver, ainda, as considerações feitas por Pedro Henrique Nogueira, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (org.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 585 e seguintes.

podem ser total ou parcialmente digitais, de forma a *permitir* que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei⁷. Sob essa ótica, atos processuais poderiam até eventualmente não serem produzidos, de maneira original, por meio eletrônico, mas ao menos a sua documentação acabaria, invariavelmente, adotando a citada forma.

Interessante é ver, nesse sentido, que o modelo acima previsto nunca excluiu, também, o reconhecimento quanto à eventual necessidade de prática de alguns atos por meio analógico em determinadas circunstâncias. Nesse sentido, de acordo com o art. 9º, § 2º da Lei nº 11.419/2006, nos casos em que, por motivo técnico, for inviável o uso do meio eletrônico para a realização de citação, intimação ou notificação, tais atos processuais podem ser praticados segundo as regras ordinárias, digitalizando-se o documento físico⁸.

Semelhante argumento impôs uma conclusão na via contrária, qual seja a adoção obrigatória da forma eletrônica com vistas à prática de atos processuais no contexto da pandemia da COVID-19. Veja-se, nesse sentido, que a suspensão do trabalho presencial determinada pela Resolução CNJ nº 313/2020 fez com que diversos tribunais editassem atos com vistas a estabelecer o emprego de sessões virtuais de julgamento⁹

⁷ A abertura de linguagem do comando em questão envolve não só o caráter autorizativo quanto à adoção da forma, mas, também, das atividades descritas pelo legislador (“produzidos, comunicados, armazenados e validados”) como passíveis de prática por meio eletrônico. Assim pensa Augusto Tavares Rosa Marcacini, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (org.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 603 e seguintes.

⁸ Não é demais lembrar que problemas *técnicos*, nesse contexto, constituem-se em verdadeiros problemas *jurídicos* (ou *jurisdicionais*, na linguagem proposta por ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 285).

⁹ A título de exemplo, rememore-se que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região editou a Resolução TRF4 nº 18/2020, dispondo sobre o regime de plantão extraordinário e outras medidas temporárias e emergenciais de prevenção ao contágio e à transmissão do novo coronavírus (COVID-19) no âmbito da Justiça Federal de Primeiro e Segundo Graus da 4ª Região. O art. 4º da Resolução TRF4 nº 18/2020 determinou a suspensão de prazos dos processos administrativos e judiciais, a realização de audiências, perícias, sessões de julgamento e de conciliação, atermações e outros atos presenciais, ressalvadas situações de urgência devidamente fundamentadas pelo magistrado ou órgão decisório, que deverão ser comunicadas à Presidência, e à Corregedoria Regional, e desde que possam ser atendidas sem a necessidade de atos ou medidas presenciais a serem adotadas pelos sujeitos processuais. O parágrafo único desse mesmo art. 4º, por sua vez, ressaltou da referida suspensão, entre outras providências e atos jurisdicionais, as sessões e fóruns virtuais que já se encontrassem em andamento, devendo as presenciais serem convertidas em virtuais, mediante o aproveitamento dos atos processuais praticados até a vigência da mencionada Resolução TRF4 nº 18/2020. Da mesma forma, a Portaria TRF4 nº 302/2020, em cujo art. 3º vinha estabelecido que as sessões de julgamento dos órgãos do Tribunal, das Turmas Recursais, e de Uniformização Regional, dos Juizados Especiais Federais, e as de conciliação realizadas no âmbito dos Cejuscons, e do SISTCON deveriam ser realizadas, sempre que possível,

3. Os limites à opção das partes pelo modelo do “Juízo 100% Digital”

O modelo do “Juízo 100% Digital” depende de concordância de ambas as partes para funcionar. Segundo o art. 3º da Resolução CNJ nº 345/2020, a opção pelo “Juízo 100% Digital” será exercida pela parte demandante no momento da distribuição da ação. Não obstante isso, a parte demandada opor-se a essa opção até o momento da contestação, caso no qual não será adotado o modelo citado na referida resolução. Nesse sentido, caso uma das partes manifeste sua discordância, o processo segue a sistemática geral, mantendo-se em autos físicos ou eletrônicos, conforme o caso, e os atos processuais poderão ser praticados na forma prevista pelo Código de Processo Civil e, em caso de autos eletrônicos, pela Lei nº 11.419/2006.

A possibilidade de retratação quanto à escolha feita pelo modelo do “Juízo 100% digital” é reconhecida no parágrafo primeiro do art. 3º da Resolução CNJ nº 345/2020 até a prolação da sentença. Sob essa ótica, mesmo a escolha feita pelo autor no momento da distribuição da ação pode ser objeto de revisão de sua parte, cabendo sublinhar que não há sentido em condicionar o exercício dessa prerrogativa apenas a uma janela de oportunidade posterior à apresentação da contestação. Significa dizer: antes mesmo de apresentada a contestação, nada impede que também o autor manifeste sua vontade no sentido de reconsiderar a opção originalmente feita. Da mesma forma, a concordância ou a discordância do réu também pode também ser objeto de reconsideração.

A limitação da retratação da opção a uma única opção evidencia, aqui, a existência de uma restrição à possibilidade de autorregulação das partes, tema que tanto importou ao legislador do Código de Processo Civil em seus arts. 190 e 191¹⁰. É justificada a limitação imposta às partes no ponto, visto que a manifestação de vontade por elas apresentada envolve não só prerrogativas inerentes à forma dos atos a serem por elas praticados, mas, para além disso, acaba por perpassar também uma dimensão de ordem pública, na qual há um âmbito de indisponibilidade. Trata-se de reconhecer que é necessário um mínimo de ordem e de estabilidade a ser considerado do ponto de

virtualmente, por videoconferência ou outro recurso tecnológico que permitisse a participação à distância, dispensando a presença, a circulação e a aglomeração de pessoas nessas sedes funcionais.

¹⁰ Para uma compreensão segura a respeito da exegese dos comandos legais citados, veja-se, por todos, as lições de CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais: Teoria Geral dos Negócios Jurídicos Processuais*. 3ª edição. Salvador: Juspodivm, 2020; DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os Negócios Jurídicos Processuais*. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2021; e NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. 4ª edição. Salvador: Juspodivm, 2020.

vista do aparato estatal a ser considerado como palco para o exercício da atividade processual que entrelaça autor, juiz e réu.

Ainda sobre a possibilidade de retratação, é de se registrar, ainda, que a revisão da opção pelas partes em momento posterior, desde que antes de prolatada a sentença, não faz com que sejam invalidados os atos processuais até então praticados de outra forma. A circunstância de os atos processuais serem praticados por meio eletrônico apenas a partir de determinado momento do debate processual, ou de eles passarem a observar, para o futuro, a forma analógica (em especial, aqui, no que se refere aos atos de comunicação e de produção de provas mencionados na citada resolução) impõe sempre atenção à necessidade de atenção quanto à presença de atos jurídicos perfeitos até então praticados pelas partes e pelo órgão julgador, exigência situada no âmbito dos direitos fundamentais processuais, a teor do art. 5º, XXXVI da Constituição Federal.

A preocupação com direitos fundamentais processuais transparece, ainda, no art. 3º, § 2º da Resolução CNJ nº 345/2020, ao consignar que em hipótese alguma, a retração poderá ensejar a mudança do juízo natural do feito, devendo o “Juízo 100% Digital” abranger todas as unidades jurisdicionais de uma mesma competência territorial e material. O comando em questão é fundamental no ponto em que impede que as partes transformem a opção pelo “Juízo 100% Digital” em ferramenta para burlar o direito fundamental ao juiz natural, inscrito no art. 5º, XXXVII e LIII da Constituição Federal, fazendo com que os autos deixem de seguir tramitando sob a direção do juízo considerado preventivo. Na mesma trilha caminha o art. 2º da citada resolução ao estabelecer que as unidades do Poder Judiciário que trabalharem com o modelo do “Juízo 100% Digital” não terão a sua competência alterada.

Há, contudo, pontos importantes que não foram cobertos pela normatização em questão. Em especial, pensa-se que a escolha pelo “Juízo 100% Digital” pode assumir feições preocupantes na medida em que incorporadas cláusulas a seu respeito em negócios jurídicos processuais realizados de maneira prévia à propositura de eventual demanda ao Poder Judiciário. Por se tratar, em tal caso, de comandos contratuais que impõem restrição à liberdade das partes, fundamental que a leitura de tais pactos seja feita de modo a não gerar desproporcional restrição do ponto de vista das possibilidades de escolha de que as partes efetivamente dispõem. A admissibilidade de celebração de convenções processuais prévias à existência da demanda judicial poderia

gerar, como um perigoso resultado, a existência de réus aos quais não seria dada, em um momento posterior, a oportunidade de manifestar sua desconformidade com o modelo do “Juízo 100% Digital”. Uma leitura extremada quanto ao papel da liberdade de contratar poderia, aqui, levar ao perigo de tornar irreversível a desigualdade inicial em desfavor de quem, por alguma razão, pudesse ser considerado prejudicado de antemão ao ser obrigado ao emprego da forma eletrônica para a prática de atos processuais.

4. A adoção de forma eletrônica com vistas à comunicação de atos processuais. Os desafios na interpretação do art. 2º, parágrafo único, e 3º da Resolução CNJ nº 345/2020

O regime jurídico aplicável do ponto de vista da comunicação dos atos processuais, por sinal, é um dos mais afetados pelo debate a respeito das possibilidades e limites a serem observados com vistas à adoção de forma eletrônica. Nesse sentido, é conhecida a orientação no sentido de que o respeito à forma eletrônica para a comunicação de atos processuais para as partes que não fossem cadastradas previamente junto aos sistemas eletrônicos elaborados pelo Poder Judiciário na forma do art. 2º da Lei nº 11.419/2006 é uma facilidade que pode ser estendida às partes que com isso concordassem, na trilha da orientação consolidada no âmbito do plenário do Conselho Nacional de Justiça no julgamento do Procedimento de Controle Administrativo nº 0003251-94.2016.2.00.0000, em 23.06.2017. A fórmula em questão caminha na trilha de um juízo pela *admissibilidade* da prática de atos de comunicação processual por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, na forma do estabelecido no art. 236, § 3º do CPC¹¹.

A liberdade quanto à adoção da forma eletrônica para a comunicação de atos processuais nos termos do acima apontado coexiste, de outro lado, com a obrigatoriedade aplicável àqueles que houvessem efetuado o cadastro na forma do art. 2º da Lei nº 11.419/2006, aos quais se aplica a obrigatoriedade de submissão à forma

¹¹ Sobre a instrumentalidade do comando em questão, visto como ferramenta a serviço do acesso à justiça e da paridade de armas, consigne-se a posição de André Vasconcelos Roque, in GAJARDONI, Fernando da Fonseca, DELLORE, Luiz, ROQUE, André Vasconcelos e OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte. *Teoria Geral do Processo. Comentários ao CPC de 2015. Parte Geral*. São Paulo: Método, 2015. p. 728.

eletrônica de comunicação de atos processuais praticados no âmbito do processo eletrônico, nos termos do constante do art. 5º da mesma lei, bem como do art. 270 do Código de Processo Civil¹².

Toda essa reflexão é importante na medida em que é exatamente no que se refere à comunicação dos atos processuais que se verifica a primeira dificuldade a ser enfrentada na exegese da Resolução CNJ nº 345/2020. O parágrafo único do art. 2º do citado comando prevê que no ato do ajuizamento do feito, a parte e seu advogado deverão fornecer endereço eletrônico e linha telefônica móvel celular, sendo admitida a citação, notificação e intimação por qualquer meio eletrônico, nos termos dos arts. 193 e 246, V, do Código de Processo Civil. A se admitir que a citação seja feita por e-mail ou por mensagem enviada a telefone celular (ou a aplicativo instalado em *smartphone*), tem-se não só uma ruptura com o modelo anterior, mas se abrem as portas para inúmeros debates quanto à efetividade do principal ato de comunicação processual.

O art. 3º da mencionada resolução, por sua vez, dispõe que a parte demandada poderá se opor à opção feita pelo autor até o momento da contestação. O ponto é relevante na medida em que a leitura atenta do comando em questão permite a identificação de três questões a serem analisadas. A primeira delas é a do silêncio do ato normativo examinado sobre a forma a ser adotada pela manifestação a ser apresentada pelo réu com vistas à referida oposição. Considerando a opção do autor na petição inicial, tem-se que até esse momento o réu está diante de autos eletrônicos, mas desejará que atos processuais não sejam praticados exclusivamente por meio telemático. Indaga-se, no ponto, se já essa primeira manifestação do réu poderia ser apresentada ao cartório por meio físico, imaginando-se, por certo, que a resposta deve ser afirmativa, cabendo ao cartório a tarefa de eventual digitalização e certificação nos autos eletrônicos a respeito da referida opção.

A segunda questão pendente de resposta é a relativa ao regime jurídico a ser aplicado em caso de litisconsórcio passivo. Nesse sentido, parece que, à luz da principiologia até aqui apresentada, a adoção do citado modelo não ocorrerá na medida em que houver oposição a esse respeito por parte de algum dos réus, bastando uma voz a se manifestar nesse sentido. Em se tratando de litisconsórcio passivo facultativo

¹² Assim também pensa Sidnei Amendoeira Jr., in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (org.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 723-724.

simples, seria interessante que o julgador intimasse a parte autora para que manifestasse seu interesse na limitação do litisconsórcio, de modo que a cumulação de ações em um mesmo processo pudesse ser abandonada em detrimento da adoção de diferentes processos em face de diferentes réus, de modo que em cada um dos procedimentos seja respeitada a forma dos atos processuais desejada pela parte. Esse mesmo expediente não poderia ser adotado em se tratando de litisconsórcio passivo necessário, mas poderia, eventualmente, ser estendido também para casos de litisconsórcio passivo facultativo unitário.

A última questão a ser enfrentada é a que diz respeito à necessidade de reorganização de prazos nos casos em que o réu apresentar a opção no sentido de rejeitar o modelo do “Juízo 100% digital”. Eventual perspectiva de tentativa de conciliação, que até então (imagina-se) tenha sido originalmente agendada para ser realizada por meio eletrônico (seja via audiência, seja por meio de sessão virtual), certamente deverá ser designada para nova data. Isso implica em repensar, os mecanismos para o cômputo de prazos considerados importantes, em especial aquele constante do art. 334, § 5º do Código de Processo Civil, reabrindo-se à parte a oportunidade de manifestar seu desinteresse até dez dias antes da data da realização da nova audiência que vier a ser designada.

De outro lado, tem-se que a apresentação de manifestação da ré no sentido de não desejar a adoção do modelo do “Juízo 100% Digital” não produz impacto sobre o prazo para apresentação de contestação nas hipóteses em que o seu termo inicial for o descrito no Código de Processo Civil em seu art. 335, II (data do protocolo do pedido de cancelamento da sessão de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, nos termos do contemplado no art. 334, § 4º, I da citada lei) e III (data indicada na forma do art. 231, para a hipótese de não ser admissível a conciliação, a teor do previsto no art. 334, § 4º, II, todos da mesma codificação). Esse impacto, contudo, pode acabar sendo produzido nos casos em que o requerimento da parte importar, de alguma forma, em remarcação da sessão de mediação ou de conciliação.

5. A obrigatoriedade da forma eletrônica com vistas à prática de atos processuais com vistas à produção da prova oral, à realização de sustentação oral e à tentativa de autocomposição de litígios. O art. 5º da Resolução CNJ nº 345/2020

De outro lado, é de se registrar que em sede de atividade de instrução, a prática de atos processuais por meio eletrônico sempre foi vista como uma escolha que passava por conveniência das partes e do juízo. Nesse sentido, o art. 385, § 3º do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de colheita do depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, podendo tal ato ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento. Sublinhe-se que se trata, aqui, de *possibilidade* que, por certo, nunca impediu a parte de manifestar sua vontade de praticar o ato na sede do juízo, às suas expensas, mas, antes, sempre foi pensada como uma forma de racionalizar o custo em termos de despesas e de tempo associados às providências envolvidas na oitiva do relato da parte em outra comarca, seção ou subseção judiciária. Não haveria fundamento para o julgador que insistisse em rejeitar o pleito da parte que manifestasse sua preferência por comparecer espontaneamente à sede do juízo para prestar o seu depoimento pessoal em audiência designada para tanto. Essa mesma lógica vale, por certo, também para a possibilidade de produção de prova testemunhal por videoconferência na forma do art. 453, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil, e para a possibilidade de a acareação ser realizada sob a mesma sistemática, nos termos do art. 461, § 2º da mesma codificação processual¹³.

Ao lado de todas essas ponderações, há, ainda, uma outra vantagem na afirmação da existência de uma possibilidade de escolha quanto ao meio para a produção da prova oral. Trata-se de acompanhar a lição de Jordi Nieva-Fenoll ao

¹³ Interessante é que a doutrina, ao comentar o tema, enfatiza a inclusão de tais comandos como relacionada a avanços tecnológicos, destacando serem os mesmos bem-vindos, mas não enfrenta diretamente a perspectiva de a fórmula legal não impor uma fórmula obrigatória a ser utilizada pelo julgador (o que, por alguns, poderia ser considerado desnecessário de ser comentado, dada a menção textual ao verbo poder nos comandos legais citados). Sobre o ponto, ver as considerações de Gisele Fernandes Góes (em análise dos parágrafos do art. 385 do CPC) e de Marcelo Abelha Rodrigues (comentando os parágrafos do art. 453 e 461 do CPC), in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (org.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.051, 1152 e 1164.

referir que “*bajo la vigencia del sistema de valoración libre, lo único necesario es disponer al declarante en la mejor situación para obtener información útil de sus manifestaciones. Es decir, en condiciones de tranquilidad sobre todo. Pero a partir de ahí se deben tomar en consideración las circunstancias que afectan a la credibilidad de su testimonio*”. A maior ou menor comodidade para fins de oferta do relato, levando-se em conta a perspectiva do depoente a esse respeito, pode servir como critério a ser levado em conta na opção por uma ou outra via em termos de forma para a prática do ato processual¹⁴.

Lógica análoga à acima apontada pauta a possibilidade de o advogado com domicílio profissional em cidade diversa daquela onde está sediado o tribunal realizar sustentação oral por videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, na forma do art. 937, § 4º do Código de Processo Civil¹⁵. Trata-se, aqui, por certo, de disposição cujo comando que veicula uma prerrogativa que assiste ao advogado, que, por sua vez, atua na defesa do interesse da parte.

Em todos esses comandos, parte-se da premissa de que a opção da parte pela participação mediante a prática de atos processuais por meio eletrônico é, antes de tudo, uma opção pela via que o litigante considera como sendo a mais eficiente ou adequada com vistas à apresentação de sua manifestação nos autos. Nesse sentido, ao prever que as audiências e sessões no “Juízo 100% Digital” ocorrerão exclusivamente por videoconferência, a opção normativa acaba por engessar o sistema, de modo a não permitir que o julgador, no exercício dos poderes de direção do processo que lhe são associados nos arts. 139 e 932 do Código de Processo Civil, possa, eventualmente, lançar mão de outra forma que se repute mais satisfatória para a prática pontual de determinado ato processual.

De maneira especial, pensa-se que o melhor seria permitir que as partes pudessem, mediante consenso, indicar ao julgador sua vontade no sentido de audiências de mediação, nas quais se busca a restauração da comunicação entre elas, pudessem ser realizadas de maneira presencial. De se pensar, nesse sentido, que o investimento em tecnologia deve ser ponderado com a necessidade de se viabilizar efetivas condições de controle com vistas à independência e à autonomia daqueles que

¹⁴ FENOLL, Jordi Nieva. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madri: Marcial Pons, 2018. p. 80.

¹⁵ Sobre a exegese do comando em questão, ver as ponderações feitas por Rodrigo da Cunha Lima Freire, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (org.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2.096.

se submetem a sessões de mediação, de modo que, nos termos do previsto no art. 1º, V, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais anexo à Resolução CNJ nº 125/2010, sejam efetivamente asseguradas aos protagonistas envolvidos no conflito condições para que venham a atuar “com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável”.

6. Em sede de conclusão

Uma leitura crítica da Resolução CNJ nº 345/2020 revela que a eleição da forma eletrônica com vistas à prática de atos jurídicos processuais não pode ser alçada à condição de escolha inarredável ou irracional por parte daqueles que exercem a tarefa de gestão dos órgãos do Poder Judiciário. Ao contrário, o reconhecimento de que decisões *políticas* adotadas por parte dos órgãos do Poder Judiciário acabam por influenciar a conformação do regime *jurídico* a ser respeitado pelas partes revela a existência de um profundo debate que precisa ser enfrentado. A margem de *discricionariedade* que venha a ser associada ao âmbito daquele que atua como *gestor* acaba por condicionar, de maneira substancial, o agir *vinculado* daquele que vem a exercer a posição de *juiz*, bem como os direitos dos jurisdicionados em face deste último.

Subjacente ao texto da Resolução CNJ nº 345/2020 está, ainda, uma outra ideia fundamental, qual seja a de que o emprego da tecnologia não é capaz de minimizar a necessidade de orientação do sistema de justiça de modo a respeitar a livre vontade do jurisdicionado. Essa liberdade, por sua vez, encontra seu verdadeiro sentido apenas na medida em que considerada à luz do direito fundamental ao acesso à justiça, mostrando-se como expressão de uma das essências do ser humano. Sob essa ótica, a previsão quanto à possibilidade de escolha quanto à forma dos atos processuais não pode esconder as desigualdades experimentadas por jurisdicionados inseridos em contexto de exclusão digital, nem se transmutar em uma fórmula que, utilizada de maneira cega, acabe por impor restrições desproporcionais ao livre agir daqueles a quem é prometida a oferta de proteção por parte do Poder Judiciário.

Referências bibliográficas

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais: Teoria Geral dos Negócios Jurídicos Processuais*. 3ª edição. Salvador: Juspodivm, 2020.

DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os Negócios Jurídicos Processuais*. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2021.

FENOLL, Jordi Nieva. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madri: Marcial Pons, 2018.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. 4ª edição. Salvador: Juspodivm, 2020.

REICHELT, Luis Alberto. *Reflexões sobre o conteúdo do direito fundamental ao acesso a justiça no âmbito cível em perspectiva contemporânea*. Revista de Processo, vol. 296 (2019): 21-39.

SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of justice*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (org.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

10. Reflexos da Sociedade da Informação na efetivação do ODS 5 da Agenda 2030 frente às mulheres refugiadas do MERCOSUL

Reflections of the Information Society in the effectiveness of SDG 5 of Agenda 2030 in front of refugee women from MERCOSUR

Larissa Marques Brandão¹

Luis Felipe de Oliveira²

Sandra Regina Martini³

Resumo

Na sociedade da informação, a desigualdade de gênero ainda se apresenta como um dos grandes desafios a serem superados, a tal ponto de sua desproporcionalidade ensejar na criação de um objetivo de desenvolvimento sustentável pela agenda 2030 da ONU somente para tratar de tal revés social. E, quando aliado a fatores como refúgio, sua efetivação se mostra cada vez mais urgente, diante das hipervulnerabilidades vivenciadas por mulheres nessa condição. Assim, o presente artigo tem por objetivo principal analisar os reflexos da sociedade da informação na efetivação do ODS 5 da Agenda 2030, especialmente às mulheres refugiadas do MERCOSUL. A justificativa está pautada no fato de que a igualdade de gênero é um direito humano que precisa ser efetivado para um desenvolvimento sustentável, de acordo com o ODS 5, e, diante das hipervulnerabilidades que as mulheres refugiadas podem sofrer, é necessário promover a presente reflexão. Conclui-se que tais reflexos podem se apresentar de modo positivo ou negativo, sendo positivo quando a informação propicia a elaboração de normas, leis e tratados no âmbito do MERCOSUL para proteção das mulheres refugiadas, entretanto, reflexos negativos foi verificado quando a informação pode gerar a desinformação, com consequência drásticas, quando acompanhada de um discurso securitizatório, com discriminações e xenofobia,

¹ Advogada. Aluna Especial do Mestrado em Direito pelo curso do Programa de Pós-graduação Mestrado em Direito, pela Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio de Jesus. E-mail: larissa.m.brandao@ufms.br;

² Advogado. Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Graduado em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco - UCDB. E-mail: luisfelipe.deoliveira@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1448054452741915>;

³ Coordenadora e Professora do Programa de Mestrado em Direitos Humanos da Uniritter. Professora Convidada do PPGD-UFRGS. Professora visitante da UFMS. Pesquisadora Produtividade CNPq. Pesquisadora Gaúcha FAPERGS.

DOI – <https://doi.org/10.36592/9786587424347-10>

podendo até acarretar em mortes. Cumpre esclarecer ainda que o referido trabalho não possui o condão de esgotar ou exaurir a temática tratada e sim trazer ao debate pontos acerca de um grande interesse na efetivação de direitos humanos. Por fim, destaca-se que a metodologia utilizada foi o método dedutivo, a pesquisa quanto aos meios é documental e bibliográfica e, quanto aos fins exploratória e descritiva, partindo da hipótese de que a sociedade da informação apresenta reflexos negativos e positivos na efetivação do ODS 5 às mulheres refugiadas do MERCOSUL.

Palavras-chave: Sociedade da informação. ODS 5. Igualdade de gênero. Mulheres Refugiadas. Mulheres Refugiadas do MERCOSUL

Abstract

In the information society, gender inequality still presents itself as one of the great challenges to be overcome, to the point of its disproportionate opportunity to create a sustainable development objective in the UN 2030 agenda just to deal with such a social setback.. And, when combined with factors such as refuge, its effectiveness is increasingly urgent, given the hypervulnerabilities experienced by women in this condition. Thus, the main objective of this article is to analyze the reflexes of the information society in the implementation of SDG 5 of Agenda 2030, especially to women refugees from MERCOSUR. The justification is based on the fact that gender equality is a human right that needs to be implemented for sustainable development, according to SDG 5, and, given the hypervulnerabilities that refugee women may suffer, it is necessary to promote this reflection. It is concluded that such reflexes can present themselves in a positive or negative way, being positive when the information provides the elaboration of norms, laws and treaties within the scope of MERCOSUR for the protection of refugee women, however, negative reflexes were verified when the information can generate disinformation, with drastic consequences, when accompanied by a securitization discourse, with discrimination and xenophobia, which can even result in deaths. It should also be clarified that the aforementioned work does not have the power to exhaust or exhaust the topic addressed, but rather to bring to the debate points about a great interest in the realization of human rights. Finally, it is noteworthy that the methodology used was the deductive method, the research on the means is documentary and bibliographic and, on the exploratory and descriptive purposes, based on the hypothesis that the information society has

negative and positive effects on the effectiveness of the SDG 5 to MERCOSUR refugee women.

Keywords: Information society. SDG 5. Gender equality. Refugee Women. Refugee Women from MERCOSUR

INTRODUÇÃO

Na era da sociedade da informação, as relações sociais se intensificam e seus reflexos podem ser percebidos em questões inerentes aos direitos humanos. Neste aspecto incidem o ODS 5 da Agenda 2030, como forma de efetivar e assegurar direitos humanos de mulheres e meninas.

Nesta sociedade da informação pode ocorrer fenômenos migratórios que pressupõe a integração de direitos humanos requeridos por organizações internacionais regionais, tais como no Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) representado por países que desempenham importante papel na busca pela efetivação de tais direitos.

Dado esse contexto, o objetivo da presente pesquisa é analisar os reflexos da sociedade da informação na efetivação da ODS 5 da Agenda 2030, especialmente às mulheres refugiadas do MERCOSUL. A problemática apresenta-se pelo seguinte questionamento: quais são os reflexos da sociedade da informação na efetivação da ODS 5 da Agenda 2030 especialmente às mulheres refugiadas do MERCOSUL?

A justificativa está pautada no fato de que a igualdade de gênero é um direito humano que precisa ser efetivado para um desenvolvimento sustentável, de acordo com o ODS 5, e, diante das hipervulnerabilidades que as mulheres refugiadas apresentam, é necessário promover tal reflexão, especialmente pela ausência de pesquisas que tratam do tema, diante de toda sua relevância nos tempos atuais.

O artigo encontra-se dividido em três partes, sendo a primeira uma breve consideração sobre o refúgio e a sociedade da informação. Na segunda parte será abordado sobre a igualdade de gênero a partir do ODS 5 e o retrato no MERCOSUL, e, na última parte, será fomentado acerca dos reflexos da sociedade da informação na efetivação do ODS 5 às mulheres refugiadas do MERCOSUL.

Tal propósito possui metodologia o método dedutivo, sendo a pesquisa quanto aos meios bibliográfica e documental, com base em materiais publicados em livros,

artigos, legislações e tratados inerentes ao tema, bem como levantamento de dados oficiais, em sites oficiais. Quanto aos fins, foram utilizadas as faces exploratórias e descritivas, tendo presente como hipótese a sociedade da informação possuindo reflexos negativos e positivos na efetivação do ODS 5.

2. O DIREITO HUMANO AO REFÚGIO E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

O objetivo do presente item é compreender o direito humano ao refúgio e a sociedade da informação, criando deste modo bases para elucidar os reflexos que serão analisadas posteriormente. À vista disso, se faz necessário estabelecer primeiramente os principais aspectos que norteiam tais institutos, de modo que será necessário efetuar essa análise por meio de 2 subtópicos.

No primeiro tratar-se-á do instituto do refúgio, compreendendo seu conceito, aspectos históricos e o porquê o refúgio é uma vertente da proteção internacional da pessoa humana, já ao segundo, delimitar-se-á no tocante a sociedade da informação, que possibilitará compreender o que é esse tipo de sociedade, como ela se formou e atualmente é constituída.

2.1 O direito humano ao refúgio

Dados anteriormente os aspectos introdutórios deste subtópico, o primeiro ponto que deve ser verificado é quanto ao conceito de refúgio. Assim, para defini-lo, inicialmente é preciso compreender que o refúgio é uma espécie de migração, que ocorre de modo involuntário.

Melhor explicando, a migração é o “processo de atravessamento de uma fronteira internacional ou de um Estado. É um movimento populacional que compreende qualquer deslocação de pessoas, independentemente da extensão, da composição ou das causas” (OIM, 2009, p. 40). Desta maneira, o processo de deslocamento pode ocorrer de modo voluntário e involuntário, sendo que quando ocorre o primeiro caso denomina-se por imigração, e ao segundo, por refúgio. Ocorre que, conforme ensina Jubilut (2010, p. 281):

As voluntárias abrangem todos os casos em que a decisão de migrar é tomada livremente pelo indivíduo, por razões de conveniência pessoal e sem a intervenção de um fator externo. Aplicam-se, portanto, a pessoas, e membros de sua família,

que se mudam para outro país em busca de melhores condições sociais e materiais de vida para si e seus familiares. Essas pessoas podem ter um status de migração regular ou irregular, em função de sua entrada e permanência no país de residência, tenham ou não sido observados os requisitos legais previstos no país. Já as migrações forçadas ocorrem quando o elemento volitivo do deslocamento é inexistente ou minimizado e abrangem uma vasta gama de situações (JUBILUT, 2010, p. 281).

Nesse sentido, o elemento volitivo do refúgio está presente em seu conceito, através de instrumentos internacionais de direitos humanos, tendo como principal Convenção do Estatuto dos Refugiados, de 1951, que teve seu protocolo adicional de Nova York em 1967, sendo que o primeiro preconiza que o refugiado é aquele que:

[...] em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele (ONU, 1951).

A Convenção de 1951 foi o segundo tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos⁴, no entanto, conforme é possível verificar no conceito supramencionado, a definição trazida pelo Estatuto somente era aplicada às perseguições ocorridas antes de 1ª de janeiro de 1951, razão pela qual em 1967 foi pactuado o Protocolo de Nova York para retirar tal requisito temporal, ampliando desta forma a proteção às perseguições ocorridas após esse período.

Assim, é possível verificar que o refúgio foi criado oficialmente num contexto histórico pós duas guerras mundiais, fatores estes que demonstraram a urgência e relevância de tal tema, principalmente ao considerar que foi um assunto trazido pelo segundo tratado dessa seara do direito.

Isto porque, nesses períodos, as perseguições por razões de refúgio elencadas pelo Estatuto eram constantes, como pode ser observado no caso de judeus, pessoas contrárias ao regime nazista, por motivos ligados à nacionalidade os quais foram fortalecidas principalmente a partir da primeira guerra mundial, como é o caso dos

⁴ O primeiro foi a convenção contra o Genocídio, de 1948.

Russos e Armênios, dentre inúmeras situações que constantemente eram reproduzidas nesse período.

Diante desse cenário, a partir da “criação, pela Liga das Nações, do Escritório Nansen para os Refugiados, se inicia o campo de estudos sobre refugiados” (NASCIMENTO, 2017, pgs. 33-34), que aliado a fatores como a criação da ONU em 1945 através da Carta das Nações Unidas e a conseqüente criação dos direitos humanos, os quais foram delimitados pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, influenciou-se no processo de proteção às pessoas que estavam sendo perseguidas, proteção esta dada a partir da garantia pelo art. 14 desta Declaração, a qual assegura que “Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo⁵ em outros países” (UNESCO, 1948).

E todo esse processo culminou na elaboração da Convenção do Estatuto dos Refugiados, de 1951, com seu protocolo adicional de Nova York em 1967, tal como na criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) em 1952, como órgão responsável pela proteção dos migrantes involuntários, e possui este papel importante até os dias atuais. Cabe destacar que o refúgio é uma vertente da proteção internacional da pessoa humana, pois conforme assinala Cançado Trindade (1996, s/p), anteriormente havia uma:

[...] visão compartimentalizada das três grandes vertentes da proteção internacional da pessoa humana – direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados, em grande parte devido ... aproximações ou Convergências uma ênfase exagerada nas origens históricas distintas dos três ramos (no caso do direito internacional humanitário, para proteger as vítimas dos conflitos armados, e no caso do direito internacional dos refugiados, para restabelecer os direitos humanos mínimos dos indivíduos ao sair de seus países de origem). As convergências dessas três vertentes que hoje se manifestam, a nosso modo de ver, de forma inequívoca, certamente não equivalem a uma uniformidade total nos planos tanto substantivo como processual ... É inquestionável que há aqui um propósito comum, o da salvaguarda do ser humano ... felizmente já superamos a visão

⁵ Destaca-se que o termo “asilo” também é empregado internacionalmente para tratar dos direitos dos refugiados, sendo que somente na América Latina que utiliza os dois termos como sendo diferentes, aplicando-se internacionalmente como sendo sinônimos. De acordo com o Ministério da Justiça, as diferenças estão no fato de o primeiro ser aplicado a casos em que a necessidade de proteção atinge um número elevado de pessoas, onde a perseguição tem aspecto mais generalizado, enquanto que no asilo é empregado em casos de perseguição política individualizada, além de o primeiro ser uma medida de caráter humanitário e a segunda de caráter político, dentre tantas outras diferenças que podem ser conferidas pelo site <https://www.justica.gov.br/news/entenda-as-diferencas-entre-refugio-e-asilo>.

compartimentalizada do passado, e hoje constatamos as aproximações ou convergências entre as três grandes vertentes da proteção internacional da pessoa humana. Temos passado da compartimentalização à interação, em benefício dos seres humanos protegidos (CANÇADO TRINDADE, 1996, s/p).

Melhor explicando, embora as vertentes tenham origens diferentes (por isso a criticada visão compartimentalizada), o refúgio é uma vertente da proteção internacional da pessoa humana pelo fato de proteger o ser humano que está sendo perseguido, sofrendo uma violação de direitos humanos, o qual pode valer-se também do direito humanitário, de modo que são vertentes que complementam e interagem entre si, conforme ressalta Jubilut (2007, p. 58), todos voltados a um objetivo comum “a proteção do ser humano em seus aspectos mais fundamentais e vulneráveis e do modo mais efetivo possível”.

Além do mais, cumpre salientar que o conceito estabelecido pelos instrumentos já mencionados foi ampliado no âmbito do sistema regional de direitos humanos, atualmente composto por 3 sistemas, sejam eles: o africano, o europeu e o interamericano. No caso do sistema interamericano decorrente da Declaração de Cartagena de 1984, a qual trouxe como possibilidade de conceder refúgio na vigência de qualquer perseguição decorrente de violação de direitos humanos. Por fim, conforme ensina Faria (2005, p.23) “não há país ou região do planeta que esteja “imune” ao fenômeno migratório, como também não existe povo que não tenha recebido a influência de diversos fluxos de migrantes ao longo de sua formação”. E, embora a migração sempre tenha estado presente na história humana, esta foi intensificada a partir do fenômeno da globalização.

Desta maneira, considerando que migrar faz parte da história humana e, quando realizada de forma involuntária, tem sido protegida por instrumentos de direitos humanos tanto no âmbito internacional quanto regional, constitui-se como tema presente na denominada sociedade da informação, que é o objeto de estudo do próximo subtópico.

2.2 A sociedade da informação

Vive-se atualmente num contexto social caracterizado pela denominada sociedade de informação, razão pela qual incube elucidar sua definição e detalhar como se caracteriza. Conforme ressalta Matos (2012, p. 12) “a sociedade da informação

é uma expressão comumente usada para designar uma forma de organização social, econômica e cultural que tem como base, tanto material, como simbólica, a informação”. Nesse sentido Takashi esclarece:

é um fenômeno global, com elevado potencial transformador das atividades sociais e econômicas, uma vez que a estrutura e a dinâmica dessas atividades inevitavelmente serão, em alguma medida, afetadas pela infra-estrutura de informações disponível. É também acentuada sua dimensão político-econômica, decorrente da contribuição da infra-estrutura de informações para que as regiões sejam mais ou menos atraentes em relação aos negócios e empreendimentos [...] Tem ainda marcante dimensão social, em virtude do seu elevado potencial de promover a integração, ao reduzir as distâncias entre pessoas e aumentar o seu nível de informação (TAKASASHI, 2000, p. 5)

Portanto, a informação é o principal elemento dessa sociedade, promovendo profundos reflexos nas mais diversas áreas, como na economia, política e na esfera social. Destaca-se que tal expressão passou a ser utilizada pelas ciências sociais como substituta da sociedade industrial.

Surgida na década de 1970 e impulsionada principalmente a partir de década de 1990 pelo “boom” da informática e da cibercultura, esta sociedade é caracterizada pelo “desenvolvimento capitalista contemporâneo, no qual as atividades humanas determinantes para a vida econômica e social organizam-se em torno da produção, processamento e disseminação da informação através das tecnologias eletrônicas” (DANTAS, 1998, s/p).

No entanto, frisa-se que não é o fato de ser uma sociedade da informação que a torna uma sociedade bem informada, de conhecimento e de aprendizagem. Isto porque a informação pode gerar uma desinformação, criando desta forma uma sociedade da desinformação. Prova disso está no tocante às Fakes News, que influenciam resultados de eleições no cenário atual, como ocorreu no Brasil e nos Estados Unidos.

Vive-se, portanto, em uma sociedade de riscos, onde o risco da informação é o risco de uma alienação informacional, da desinformação e também da disparidade social entre as pessoas que possuem ou não acesso à informação, razão pela qual demonstra-se a urgência em analisar seus reflexos em diversos contingentes populacionais, especialmente às pessoas hipervulneráveis, como é o caso das mulheres

refugiadas. Assim, o próximo item analisará outro importante instrumento de proteção humana dessas refugiadas, que é o ODS 5 da Agenda 2030.

3. A AGENDA 2030 PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: UMA ANÁLISE DO ODS 5 ENVOLVENDO O MERCOSUL

O debate acerca da (cri)ação de políticas pautadas no desenvolvimento sustentável ao redor do mundo é um capítulo há muito iniciado, contudo permanece como um grande obstáculo a ser transponível. Assim, se faz necessário abordar os diferentes contextos relativos à desigualdade de gênero com o capitalismo econômico, político, social e cultural.

O presente item tem por principal propósito refletir acerca do objetivo 5 da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, o qual estabelece a necessidade de alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas, trazendo um panorama com o retrato vivenciado no MERCOSUL.

3.1 Contexto histórico envolvendo seu 5º objetivo

Segundo Lester Brown (*apud* Capra, 1997, p. 24): “Uma sociedade sustentável é aquela que satisfaz suas necessidades sem diminuir as perspectivas das gerações futuras.” Neste aspecto, em setembro de 2015, 193 países da Cúpula das Nações Unidas adotaram o que ficou mundialmente conhecido como a Agenda 2030, que pode ser definida como um plano de ação para a população, para o planeta e para a prosperidade.

Logo em seu parágrafo 10º, aborda sobre os propósitos e princípios presentes no plano e fundamentados na Carta da ONU, por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, dos tratados internacionais de direitos humanos e demais instrumentos, tais como a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento.

A Agenda conta com 17 objetivos globais, os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) abrangendo variados temas, que devem ser colocados em ação ao longo de 15 anos, para em suma promover a paz e igualdade, erradicar a pobreza, alavancar o crescimento inclusivo e proteger o meio ambiente. Referidos objetivos são

indivisíveis e estão correlacionados, em que pese as inúmeras realidades, níveis de desenvolvimento e políticas dos países envolvidos, são aplicáveis de forma universal.

Para isso, de acordo com a competência e levando em conta os parâmetros internos, cada governo fica responsável por definir suas metas individuais visando atingir os objetivos constante no plano de ação global. Os obstáculos e compromissos assumidos durante essas grandes conferências e cúpulas mostram-se inter-relacionados, exigindo soluções integradas dos países signatários.

A íntima ligação do desenvolvimento sustentável ao desenvolvimento humano se justifica ainda, pela premissa de que “deve-se garantir às gerações futuras uma diversidade e riqueza de escolhas semelhantes às usufruídas pelas gerações anteriores.” (ONU, 2015, p. 146). Depreende-se ainda do Relatório de 2015 que tais desenvolvimentos são componentes essenciais de uma mesma ética subjacente ao universalismo das reivindicações da vida. Portanto, para o atingimento da meta global, demonstra-se necessário preencher impreterivelmente três grandes requisitos, sendo:

Não diminuir o número e a gama de oportunidades de melhoria de vida — em casa, no trabalho e na comunidade — disponíveis para todos os indivíduos ao longo das suas vidas, nem e as dos seus descendentes; Continuar a reforçar a capacidade para aproveitar estas oportunidades, ao longo da vida de todos os indivíduos e ao longo das gerações; Eliminar as barreiras sociais, culturais, políticas ou físicas suscetíveis de inibir as pessoas de aceder às oportunidades que melhor vão ao encontro das suas capacidades, seja devido à falta de participação, segurança, capacitação ou infraestrutura (ONU.2015,p. 146).

Historicamente, em um panorama global, regia-se a autotutela sob a óbice do Direito patriarcal, onde o Pai, que era o chefe da família, exercia poder de império tanto na esfera familiar quanto na esfera patrimonial. Assim, as mulheres eram completamente subordinadas aos homens, por serem consideradas como um ser humano apto a conduzir sua vida, porém devendo ser tutelada por um homem (pai ou marido), por ser biblicamente vista como um humano frágil, de fácil “perdição” e facilmente influenciável pelo “demônio”.

Uma sociedade marcada pelo patriarcalismo não se limitava a desigualdade entre homens e mulheres, fazendo parte também desta distinção a “integração entre nações, etnias, classes sociais e, em inevitável extensão, entre humanidade e outras formas de vida que habitam o planeta” (HERMANN, 2012, p.14). Partindo-se da premissa de que o Direito não é uma ciência estática, compete aos operadores adequar

as normas conforme as necessidades que surgem com o crescimento econômico-social e suas consequências, buscando assim, o melhor desfecho para os conflitos deles oriundos.

Destarte aduz Norberto Bobbio que “exigências de novos conhecimentos e de novas proteções na passagem da consideração do homem abstrato para aquela do homem em suas diversas fases de vida e em seus diversos estágio” e que por este motivo os “Os direitos de terceira geração, como o de viver num ambiente não poluído, não poderiam ter sido sequer imaginados quando foram propostos os de segunda geração” pela simples razão de que “estes últimos (por exemplo, o direito à instrução ou à assistência) não eram sequer concebíveis quando foram promulgadas as primeiras declarações setecentistas.” Ao final, conclui que tais exigências apenas surgem “quando nascem determinados carecimentos. Novos carecimentos nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los.” (BOBBIO, 2004, p.10).

Neste íterim, tem-se a denominada teologia da libertação, que destaca o principal desafio da globalização o de garantir a efetiva justiça social a todos os indivíduos. Sobre esta seara se partiria de um mínimo existencial, tratada por Boff como uma “justiça social mínima para garantir a vida e sua dignidade elementar.” Complementando, que somente a partir do alcance deste patamar básico de “justiça social se pode postular uma justiça ecológica possível.” e “esta pressupõe mais que a justiça social. Pressupõe uma nova aliança dos humanos com os demais seres, uma ética e mística de fraternidade para com a inteira comunidade cósmica.” (BOFF,1999, p.175).

Longe de ser uma ferramenta utilizada através da força impositiva, isto é, aquela que não há meios cabíveis de deliberação ou impugnação, os poderes atrelados a justiça precisam estar inseridos dentro dos limites nos quais a própria legislação disciplina.

Feito este panorama, importante ressaltar que encabeçada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, os 193 Estados-membros da ONU concordaram em 2015, que nenhum país alcançou a igualdade de gênero bem como o empoderamento das mulheres e, lançam o lema “Por um planeta 50-50 em 2030: um passo decisivo pela igualdade de gênero” (ONU, 2015).

Todavia, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, marco teórico de suma importância para estes direitos e modificação do pensamento humano pós-guerra, a igualdade entre homens e mulheres vem sendo pensada, e sua garantia implementada pouco a pouco nos ordenamentos. Exatamente assim pretendeu o artigo 2º da referida Declaração:

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania (DUDH, 1948).

Imprescindível pensar em Desenvolvimento Sustentável atrelado à efetivação da Igualdade de Gênero pois as desigualdades perpassam todos os campos da vida de mulheres e homens, meninas e menino. Neste liame, a Declaração de Pequim trouxe que

A indigência e a feminização da pobreza, o desemprego, a crescente fragilidade do meio ambiente, a contínua violência contra a mulher e a exclusão generalizada de metade da humanidade das instituições de poder e autoridade colocam em destaque a necessidade de continuar lutando para conseguir o desenvolvimento, a paz, a segurança, e para encontrar soluções que permitam alcançar um desenvolvimento sustentável, centrado nas pessoas. A participação na tomada de decisões pela metade da humanidade composta pelas mulheres é fundamental para conquistar esse objetivo. Portanto, só uma nova era de cooperação internacional entre os governos e os povos baseada num espírito de associação, num contexto social e econômico internacional equitativo e numa transformação radical da relação entre a mulher e o homem em uma associação plena, e em condições de igualdade, tornará possível que o mundo enfrente os desafios do século XXI (Declaração de Pequim, cap. II, art. 17, 1995).

Por outro lado, as metas contidas no Objetivo de Desenvolvimento do Milênio 3 (ODM3): Igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres foram ampliadas resultando na vigente ODS 5, que dialoga e compõe com os demais objetivos. Dessa maneira, os ODS demonstram-se equiparadas aos direitos fundamentais, sendo normas de eficácia plena e, portanto, de imediata aplicação, especialmente em

períodos neoconstitucionalistas. Por esta razão, tem-se como singular o (re)pensar acerca do 5º objetivo, para o fomento de normas infraconstitucionais diante da necessária igualdade de gênero.

3.2 Igualdade de gênero na perspectiva do MERCOSUL

O Estado surge a partir do fomento de reivindicações sociais. Deste modo, historicamente, a sociedade atina a necessidade de estabelecer um órgão detentor de um poder superior para regular a vida individual e em sociedade. Assim, surge o Estado Moderno como o maior titular desse poder, desde que regulado pelo Direito. Por isso mesmo de acordo com Bonavides, o Estado não está fora da sociedade, mas dentro dela. (BONAVIDES, 2002, p. 61).

A criação do MERCOSUL emergiu diante da necessidade de superar os problemas herdados pela região do Cone-Sul, após o fim dos regimes militares. Depois de enfrentar a crise da dívida externa latino-americana na década de 1980, países como Venezuela⁶, Colômbia, México, Argentina, Bolívia, Peru e Brasil se uniram em um bloco econômico voltado a adoção de medidas práticas de ajustamento visando primordialmente a recuperação financeira.

Salienta-se que a seara envolvendo a criação desta aliança dentre outros fatores adveio do inconformismo da população diante das mazelas vivenciadas. Assim, havia à pressão política da população pela abertura de espaços de participação na construção das normas, trazendo a luz uma perspectiva referente as dimensões sociais, políticas e culturais:

Essa crise, que ao fim dos anos 90 avassalava todos os países da América do Sul, não começou, decerto, com a execução do programa neoliberal do Consenso de Washington. Ela pré-existia. Mas as condições econômicas, sociais e políticas, que nos anos 60 e 70 haviam gerado os movimentos de insurgência, agravaram-se, ao fim de uma década de políticas econômicas neoliberais, executadas por governos democraticamente eleitos. (BANDEIRA, 2002, p. 144).

Imperioso destacar que a luta pela igualdade de gênero passou a ser contextualizada no MERCOSUL a partir dos anos 90. Época em que foi realizado o Segundo Seminário Internacional sobre Mulher e o MERCOSUL, fato este que

⁶ Frisa-se que atualmente está suspensa do bloco.

culminou à criação da Reunião Especializada da Mulher (REM) do MERCOSUL em 1998. Onde anos mais tarde, precisamente em 2012 tornou-se na denominada Reunião de Ministros e altas Autoridades de Mulheres do MERCOSUL (RMAAM).

Seguindo as recomendações da IV Conferência de Pequim, 1995, realizou-se o Primeiro Seminário de Treinamento y Análise das Mulheres no MERCOSUL, em São Paulo. Nesse seminário aprovou-se uma carta dirigida aos presidentes dos países do MERCOSUL que expressa:

del trabajo realizado en este importante evento, organizado por FLACSO y que contó con el patrocinio del Parlamento Latinoamericano, Fundación Memorial de América Latina, UNIFEM, The British Council, Fundación Fullbright, BID, Unido y OIT, surge la preocupación del impacto que el proceso de integración puede tener sobre el mercado de trabajo femenino. No obstante, también consideramos que el MERCOSULR puede constituirse en un nuevo escenario para construir relaciones más equitativas entre hombres y mujeres, contribuyendo así a la reafirmación de la justicia y la democracia en nuestra región. En consecuencia solicitamos que las políticas de igualdad de oportunidades sean incorporadas como uno de los temas centrales en la agenda MERCOSULR (La agenda de género en el MERCOSULR, Lilian Celiberti, 2005, p 14)⁷.

Ainda sobre a referida temática, cabe ressaltar que em 1997 foi fundada a Comissão de Mulheres da Coordenadora de Centrais Sindicais do Cone Sul (CCSCS-MERCOSUL). O empoderamento feminino remete a importância dada pela mulher ao adquirir o controle sobre o seu desenvolvimento, cabendo aos governantes e a sociedade como um todo criar as condições para tanto e, apoiá-la nesse processo.

Como dito alhures, o teor do Objetivo 5 pautou-se nas principais normas internacionais relativas aos direitos humanos das mulheres, dentre as quais se evidencia: a Convenção para Eliminar Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), o Plano de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento e a Plataforma de Ação de Pequim, todas ratificadas pelo Estado

⁷ “Do trabalho realizado neste importante evento, organizado pela FLACSO e patrocinado pelo Parlamento Latino-Americano, Fundação Memorial da América Latina, UNIFEM, Conselho Britânico, Fundação Fullbright, BID, Unidos e OIT, há preocupação com o impacto que o processo integração pode ter no mercado de trabalho feminino. No entanto, também acreditamos que o MERCOSULR pode se tornar um novo cenário para a construção de relações mais equitativas entre homens e mulheres, contribuindo assim para a reafirmação da justiça e da democracia em nossa região. Consequentemente, solicitamos que as políticas de igualdade de oportunidades sejam incorporadas como um dos temas centrais da agenda do MERCOSULR (A agenda de gênero no MERCOSULR, Lilian Celiberti, 2005, p. 14)” (Tradução própria).

Brasileiro (ONU BRASIL, 2017, p. 57).

Destaca-se por fim, que os países do MERCOSUL elaboraram e aplicaram mecanismos de administração das políticas públicas voltadas à igualdade de gênero. Tais práticas fomentam assim, a adoção e estímulo de planos e ações em variados níveis de escopo na promoção do desenvolvimento sustentável.

4. REFLEXOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO NA EFETIVAÇÃO DO ODS 5 DA AGENDA 2030 FRENTE ÀS MULHERES REFUGIADAS DO MERCOSUL

Após compreender os principais aspectos voltados ao direito humano ao refúgio, sociedade da informação, ODS 5 da Agenda 2030 e igualdade de gênero no MERCOSUL, este item tem por fim investigar quais são os reflexos da sociedade da informação na efetivação do ODS5 às mulheres refugiadas do MERCOSUL.

Para tanto, necessário se faz dividir a análise sob duas óticas: primeiramente quanto aos seus reflexos positivos e, posteriormente, os negativos. Assim sendo, insta salientar que abordar os reflexos é tratar sobre as reações que o objeto de estudo pode causar a determinada situação ou pessoa, sendo objeto neste caso a sociedade da informação.

4.1 Reflexos positivos

Inicialmente incube destacar que a sociedade da informação produziu reflexos positivos no MERCOSUL antes mesmo da elaboração da ODS 5. Ocorre que, nesta esfera conforme Mariano (2015, p. 143) afirma “uma vez que a integração no MERCOSUL pressupõe alguma forma de integração também na esfera social, isto exigiria maior informação e criação de canais de participação social, possibilitando maior governança sobre o processo”, razão pelas quais foram criados órgãos como o Tribunal Administrativo-Laboral em 2003, o Parlasul em 2005, o Instituto Social do MERCOSUL de 2007, o Instituto de Políticas em Direitos Humanos de 2009 para efetivar a integração dos direitos humanos, possuindo todos portanto, reflexos positivos aos refugiados.

Quanto aos instrumentos de proteção às mulheres, sucederam-se através da criação de leis específicas para punir e prevenir a violência de gênero. Neste aspecto, a RMAAM está integrada por representantes governamentais para as questões de gênero das seções nacionais designadas a tal efeito pelos Estados partes do MERCOSUL (Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai); organismos e Estados associados: Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru, os quais apresentam-se todos como reflexos positivos da sociedade da informação às mulheres.

Quanto aos reflexos positivos aos refugiados, destaca-se as informações que essa sociedade possibilitou em escolherem o local de destino para migrar. Outrossim, puderam ser relevantes através de seus dados para gerar o conhecimento aos países acerca dos fluxos migratórios, e poder cooperar acordos para assegurar e efetivar esse direito humano. Exemplos podem ser encontrados por intermédio da Declaração do Rio de Janeiro do ano 2000 e a Declaração de Princípios do MERCOSUL de 2012 sobre a Proteção Internacional dos Refugiados.

Mais especificamente sobre o tema, há a Memória Institucional do Foro Especial Migratório (MI-FEM), sendo que “objetivo principal do documento é retratar a evolução da política migratória no MERCOSUL, demonstrar quais pautas foram mais relevantes e analisar a incorporação das recomendações pelos Estados-membros e associados” (NICOLAU, 2018, p.66). Desta maneira, é através da informação que elaboram recomendações aos Estados-Membros do MERCOSUL e fazem o rastreamento dessas para averiguar suas incorporações.

Posto que incidem aspectos positivos às mulheres e aos refugiados, o fato de ser mulher refugiada lhe são atribuídos os reflexos positivos supramencionados. O primeiro ponto que merece destaque é na Declaração de Princípios do MERCOSUL sobre a Proteção Internacional dos Refugiados, a qual dispõe que “as diferenças que se estabelecem em função de gênero, idade e diversidade das pessoas, particularmente crianças e adolescentes desacompanhados ou separados de suas famílias, devem receber atenção especial” (MERCOSUL, 2012).

Nesse sentido, pode ser mencionado o cumprimento desse princípio pelo seu país associado Bolívia por intermédio de Lei de Proteção às pessoas Refugiadas nº 251, de 20 de junho de 2012, em seu art. 16, cuja lei inclusive em seu art. 29, I, 1 determina que a entrevista no procedimento de refúgio deve ser realizada por pessoa do mesmo sexo. (BOLIVIA, 2012).

Além do mais, o Paraguai já possuía tal previsão antes de ser considerada princípio no MERCOSUL, quando a Lei N° 1.938, de 9 de julho de 2002 regulamentou tal tratamento especial por intermédio de seu art. 32 (PARAGUAY, 2002), bem como que adotou a proteção em seus Planos Nacionais de Igualdade, que conforme dispõe o IV plano elaborado em 2018 "se deberá trabajar la inclusión de los grupos de mujeres en situación de vulnerabilidad, tales como, las privadas de libertad, niñas madres, ... las migrantes, con adicciones, las que se encuentran en situación de calle, entre otras"⁸ (PARAGUAY, 2018).

No Brasil, além das proteções legais trazidas por seu Estatuto dos Refugiados⁹, Lei de migração¹⁰ e as proteções destinadas às mulheres, o destaque vai para a sua política de reassentamento de refugiados, posto que "na América do Sul, são poucos os países que, como o Brasil, dispõem de um programa de reassentamento dirigido especificamente às refugiadas em situação de maior vulnerabilidade, devido a perseguição por motivos de gênero ou por outra situação de risco" (VARELA, 2015, p. 27).

No âmbito das políticas públicas do MERCOSUL salienta-se também o apoio dado pelo seu Instituto de Políticas Públicas de Direitos Humanos –IPPDH, onde há eventos que tratam sobre o tema, tal como no denominado por "vidas refugiadas" que ocorreu em São Paulo em 2017, o qual trouxe uma série de fotografias de mulheres refugiadas ao Museu da Imigração de São Paulo-Brasil, para refletir o papel de integração social dessas mulheres. Ocasão que é possível visualizar que a informação neste caso não é de texto e sim de imagem.

Assim sendo, estes são alguns dos instrumentos de proteção constantes no MERCOSUL às mulheres refugiadas, os quais foram trazidos para demonstrar que a informação pode produzir reflexos positivos, quando bem usada, e embora seus reflexos incidirem na maior parte anteriormente a criação do ODS 5 da Agenda 2030, o modo que todos foram criados, a partir da informação, possui papel importante na efetivação deste ODS, dando um caminho a seguir para construir novas políticas e instrumentos eficazes. Entretanto, quando a informação não é bem utilizada, ocasiona reflexos negativos, conforme será visto posteriormente.

⁸ Deve-se trabalhar para incluir grupos de mulheres em situação de vulnerabilidade, como as privadas de liberdade, as meninas mães, ... migrantes, com dependências, as que estão nas ruas, entre outros (Tradução própria);

⁹ Lei n° 9.474, de 22 de julho de 1997;

¹⁰ Lei n° 13.445, de 24 de Maio de 2017.

4.2 Reflexos Negativos

Dentre os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, o que atingiu o menor progresso foi o ODM 5: reduzir a mortalidade maternal. Neste aspecto, há uma lacuna deixada de lado por ausência da perspectiva que engloba causas estruturais da discriminação e a violência contra as mulheres e meninas.

Destarte a Anistia Internacional sugere que os Estados adotem medidas que identifiquem discriminação de gênero na legislação, para que seja possível atingir as metas e indicadores do ODM 3. Outrossim, os principais desafios observados ao redor do mundo englobam a educação secundária, inclusão no mercado de trabalho, participação na política, entre outras coisas.

Como foi mencionado ao item 2, a informação pode gerar uma desinformação, e os reflexos dessa desinformação aos refugiados podem incidir ainda na concessão do refúgio e também em sua integração local, conforme retrata Ferreira, *et al*, (2016, p. 125) “A sociedade contaminada pelas informações transmitidas erroneamente e compartilhadas na velocidade da luz impõe restrições no acolhimento dos refugiados”.

Assim também nascem os discursos securitizatórios, que de acordo com Bauman são discursos que surgem atribuindo aos refugiados os problemas sociais como oferta de empregos, confiança, terrorismo, segurança, mas, conforme o mesmo ressalta “ela consiste em desviar a ansiedade, de problemas que os governos são incapazes de enfrentar (ou não têm muito interesse em fazê-lo)” (BAUMAN, 2016, p. 21).

À vista disso, se atribuem a culpa de problemas sociais relacionados à segurança nacional a esses migrantes. Entretanto, ao proferir esse discurso, Bauman destaca que os governos apenas querem alimentar a insegurança que a população já sente quanto a uma pessoa estranha, alheia a seu meio social, fomentando deste modo a incitação ao ódio, a xenofobia, a depressão, podendo levar até a morte (BAUMAN, 2016, p. 21).

Este reflexo pode ser visto no Brasil, onde, de acordo com o ACNUR, em 2019 mais de 40% dos refugiados no Brasil dizem ter sofrido discriminação (ONU, 2019, s/p). Além do mais, essa discriminação pode vir até mesmo por intermédio de integrantes do Estado brasileiro, como ocorreu quando seu atual presidente, ainda quando deputado federal em 2015 afirmou que “os refugiados que chegam ao Brasil são ‘escória do mundo’” (EXAME, 2015, s/p) não efetuando retratação por tal

declaração mesmo após assumir o cargo de presidente, de modo que o poder da influência enquanto deputado federal (que no sistema brasileiro representa o povo ao poder designado para elaboração de leis), pode demonstrar o risco da informação sobre os refugiados.

Assim, resta-se o seguinte questionamento: qual o grau de reflexo que essa desinformação pode gerar, principalmente aqueles que não possuem acesso à informação ou possuem, mas a uma informação falsa, muitas vezes valorada apenas por um conhecimento de senso comum, na proteção dos refugiados?

Ainda mais em tempos que o número de refugiados na América do Sul vem aumentando, devido principalmente as crises políticas que vem se instaurando em países da região, como na Bolívia e Venezuela, sendo este o responsável pela maior parte dos refugiados de países dessa região.

Quando analisado no contexto do Equador, que em sua maior parte recebe refugiados da Colômbia (principalmente devido o conflito da FARCS com o governo) e Venezuela, 61,9% dos migrantes colombianos e 47,5% dos migrantes Venezuelanos afirmam terem sido discriminados e 38,9% dos migrantes colombianos e 21,3% dos migrantes Venezuelanos afirmaram terem sido vítimas de crimes em 2019 nessa região (JIMENEZ, *et al.* 2020, s/p). Outrossim, "40 por ciento de los refugiados colombianos de edad de bachillerato en Quito pueden ser excluidos de la escuela a raíz de falta de documentos"¹¹ (CEJILO. 2019, s/p), o que dificulta a integração local, prática desaconselhada pela Organização dos Estados Americanos-OEA.

E assim, os reflexos negativos às mulheres refugiadas apresenta-se pelo fato de sua hipervulnerabilidade, pois estão sujeitas a todos os reflexos negativos supramencionados, pelo fato de ser mulher, refugiada e mulher refugiada. Fatores que podem se agravar mais ainda se pertencentes ao grupo social LGBTI+ e/ou forem negras, pobres, dentre outras interseccionalidades que só demonstram a urgência em lidar com tal questão.

Outrossim, há de se considerar que meninas e mulheres são as que mais sofrem abusos aos seus direitos humanos, seja como vítima de violência sexual, desempenhando atividades laborais análogas à escravidão, dentre outras mazelas sociais. E, se a mulher está grávida, a sua vulnerabilidade aumenta ainda mais sem ter

¹¹ "40 por cento dos refugiados colombianos em idade escolar em Quito podem ser excluídos da escola por falta de documentos" (Tradução própria).

acesso a serviços sociais básicos, como a saúde.

Já quanto as possíveis soluções a esses reflexos negativos, frisa-se que a mesma informação que lhes causou, pode servir como importante aliado na luta contra a desinformação, o preconceito, discriminação, e todos os reflexos mencionados, posto que, conforme ressalta Pereira (2009, pgs. 83-85):

[...] em meio ao “caos informacional” que se apresenta, a ciência da informação poderá contribuir significativamente, para com a satisfação dos anseios informacionais gerados pelos produtores e consumidores de informação, contribuindo, também, para com os objetivos das organizações e da própria sociedade contemporânea, ao passo que se estabelecem procedimentos de análise, tratamento, armazenamento e disseminação de informação em torno das ações e tomadas de decisões e contexto amplo e genérico. (PEREIRA, 2009, pgs. 83-84) .

Ocorre que, através dessa ciência, possibilitar-se-á estudar mais afundo as questões que norteiam tais reflexos, além de descobrir por meio do critério científico como desconstruir a desinformação presente na sociedade, a qual não veio apenas com a sociedade da informação, pois, diante desses reflexos, pode-se concluir a princípio que um dos maiores reflexos negativos da sociedade da informação foi possibilitar espalhar a desinformação já existente e aperfeiçoa-la a novas perspectivas sociais.

Aliada à ciência da informação, outro importante instrumento se dá para com a fraternidade, pois “o direito fraterno é um direito jurado em conjunto por irmãos, homens e mulheres, através de um pacto, no qual, se “decide compartilhar” regras mínimas de convivência.” (RESTA, 2020, p. 124). E ao compartilhar essas regras, não incide a visão de amigo e inimigo, pois, com esta, protege-se quem é amigo, e criminaliza quem é inimigo e diferente, fazendo com que “o estrangeiro e o criminoso pertencem a um universo comum, em relação ao qual, o comportamento pode ser tanto de indiferença, quanto de intolerância” (RESTAS, 2020, p. 120) ocasionando com que as pessoas inclinem-se “pouco a fim de conhecê-los ou, na verdade, os mantêm irreconhecíveis” (RESTA, 2020, p. 120).

É a partir da fraternidade que é possível se colocar do outro e enxergar as suas vulnerabilidades, hipervulnerabilidades e interseccionalidades, como é o caso das mulheres refugiadas, fatores que demonstram a importância de resgatar esse valor fraterno aliado à ciência da informação para que se possa atingir o tão sonhado objetivo de desenvolvimento sustentável nº 5 da Agenda 2030, ainda mais num

contexto do MERCOSUL, que embora tenha suas diferenças culturais, se torna mais fácil trabalhar a integração de direitos humanos a partir do contexto regional.

Considerações finais

Milhares de cidadãos são diariamente forçados a deixar seus lares, abandonando sua rotina e sua terra, para fugir de perseguições, em busca de melhor qualidade de vida, distante da pobreza e violência sofrida, contexto intitulada por refúgio para o direito internacional dos direitos humanos.

Nesse meio encontram-se as mulheres refugiadas, que embora estejam protegidas por diversos instrumentos de direitos humanos, sofrem devido as hipervulnerabilidades e ausência de políticas públicas efetivas, no que tange à igualdade de gênero, razão pela qual foi criado o ODS 5 que visa principalmente erradicar as formas de desigualdade de gênero ainda existentes.

Quando analisado que tais objetivos foram elaborados por uma sociedade denominada sociedade da informação, deve ser levado em conta a produção de reflexos para sua efetivação, os quais podem ocorrer de modo positivo e/ou negativo. E assim, partindo desta hipótese, a presente pesquisa analisou o item 2 denominado “o direito humano ao refúgio e a sociedade da informação”, sendo possível compreender que o refúgio é uma vertente da proteção internacional da pessoa humana e, que a sociedade da informação utiliza da informação como parâmetro na tomada de decisões.

Ao item 3 elencou-se que durante anos, a participação feminina foi suprimida no ambiente social, cultural e político, tendo a sociedade levado séculos para assentir que homens e mulheres detenham tratamento isonômico. Assim, o despertar legislativo envolvendo à proteção dos direitos das mulheres foi tardio, emanando de forma concreta a partir do século XX, sob forte influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Neste aspecto, a Agenda 2030 trouxe um plano de ação para garantir o desenvolvimento sustentável de forma ampla. Sendo abordado no recorte da pesquisa, o proposto no ODS 5 que envolve as diversas causas estruturais da discriminação de gênero, propondo como solução o empoderamento de meninas e mulheres em todas suas esferas. Verificou-se, portanto, que as políticas adotadas em nível nacional e internacional vêm contribuindo para o alcance da igualdade de gênero de forma relativa, sendo ainda necessário o fomento de ações positivas e medidas afirmativas de todos os organismos e da sociedade.

Por fim, no item 4 foi possível identificar quais são esses reflexos, sendo positivos e negativos. O primeiro apresenta-se com a possibilidade de elaborar normas, leis e tratados no âmbito do MERCOSUL para proteção das mulheres refugiadas, e embora tais reflexos incidirem na maior parte anteriormente à criação do ODS da Agenda 2030, o modo como foram criados, a partir da informação, revela o importante papel na efetivação deste ODS, mostrando um novo caminho na elaboração de novas políticas e instrumentos eficazes.

Entretanto, aos reflexos negativos estão vinculados a possibilidade da informação gerar a desinformação, com consequência drásticas, tal como securitização, xenofobia e a morte, sendo a ciência da informação e a fraternidade importantes objetos para elucidar os problemas trazidos por essa sociedade.

Assim, a partir das exposições aqui elencadas, verifica-se que a população mundial ainda caminha a passos curtos para efetivar os direitos humanos às mulheres refugiadas, diante da velocidade da sociedade da informação, principalmente no tocante a ODS 5 da Agenda 2030, e o ordenamento jurídico dos países do MERCOSUL seguem neste mesmo rumo. Contudo, não se tratam apenas de objetivos e direitos esculpidos, transcendem valores humanitários que precisam ser, o quanto antes, difundido nessa sociedade informacional.

Cumprе esclarecer ainda que o referido trabalho não possui o condão de esgotar ou exaurir a temática tratada e sim trazer ao debate pontos acerca de um grande interesse na efetivação de direitos humanos: o reflexo da sociedade de informação no combate à desigualdade de gênero e o reflexo no cenário das refugiadas no MERCOSUL.

Outrossim, depreende-se que fomentar este debate reverbera de forma ímpar na evolução processual e da mesma forma, deve sempre acompanhar o desenvolvimento da sociedade e aplicação dos mecanismos legais. Uma vez que entraves jurisdicionais, não devem compreender a máxima estabelecida no Estado Democrático de Direito.

Referências bibliográficas

BAUMAN Zygmunt. **Estranhos a nossa porta**. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.

BOFF, Leonardo. **Ecologia: Grito da Terra, Grito dos Pobres**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1999.

_____. **Saber cuidar: ética do humano - compaixão pela terra**. 10 ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia. **Jurisprudência da corte Interamericana de Direitos Humanos: migração, refúgio e apátridas**. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

BOLÍVIA. **Ley de protección a personas refugiadas, 20 de junio de 2012**. Disponível em https://www.lexivox.org/norms/BO-L-N251.xhtml?dcmi_identifier=BO-L-N251&format=xhtml. Acesso em 08. Set. 2020;

CAMPELLO, L. G. B.; COSTA, W. O. S. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e o papel do judiciário na defesa dos Direitos Humanos: cárcere e identidade de gênero. *Revista Direito Mackenzie*, v. 13, p. 1, 2019.

CANÇADO TRINDADE, A. A; **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana. Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados**. Disponível em: <http://www.institutorio Branco.itamaraty.gov.br/images/pdf/CAD/LXVII/Bibliografia/Direitos-Humanos-e-Desenvolvimento-Social/leitura-complementar/Cpt-CancadoTrindade-1996-TresVertProtIntPesHumanaCap1-4.pdf>;

CAPRA, Fritjof. **Teia da Vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Tradução Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

CEJILO. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. **Ecuador: la xenofobia y los discursos de odio no pueden ser la respuesta a la situación de personas migrantes y refugiadas venezolanas**. Disponível em: <https://www.cejil.org/es/ecuador-xenofobia-y-discursos-odio-no-pueden-ser-respuesta-situacion-personas-migrantes-y-refugiadas>. Acesso em 08.set.2020;

CNPD. Comissão das Nações Unidas sobre População e Desenvolvimento. **Situação da População Mundial 2015**. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/sumario_swop2015.pdf. Acesso em 04 de set. 2020

CONVENÇÃO Genebra, 1951. **Relativa ao Estatuto dos Refugiados** Disponível em: <http://www.acnur.org>.

DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS DO MERCOSUL SOBRE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS. Disponível

em:<http://www.ikmr.org.br/declaracao-de-principios-do-MERCOSUL-sobre-protecao-internacional-dos-refugiados/>. Acesso em 09.set.2020.

DIREITOS HUMANOS. Linha do tempo dos Direitos Humanos no Brasil, s.d. Disponível em http://www.dhnet.org.br/tempo/tempo_br.htm. Acesso em 04 de set. 2020.

EDUCAÇÃO. In: BUENO, Francisco Silveira. **Minidicionário da linha portuguesa**. In. rev. e atual. São Paulo: FTD, 2000.

FERREIRA, Letícia Carolina; MORAES, Jucemar da Silva; SILVA, Júlia Garcia da. **Os desafios da recepção dos refugiados no Brasil na era da informação: o paradigma da informação no processo de inserção social e na (des)construção dos discursos xenofóbicos**. In Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca v. 11, n. 2. SP, 2016;

EXAME, **Setembro de 2015**: Bolsonaro chama refugiados de “escória do mundo”. Disponível em: <https://exame.com/brasil/bolsonaro-chama-refugiados-de-escoria-do-mundo/>. Acesso em 08. set. 2020.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Atlas: 2012.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha lei com nome de mulher: violência doméstica e familiar, considerações à lei 11.340/2006, comentada artigo por artigo**. Campinas. Editora Servana. 2012.

JIMENEZ, Luis F; LATUFF, Bettina; PUGH, Jeffrey D. **La Bienvenida Se Agota para Colombianos en Ecuador Mientras Venezolanos Se Hacen Más Visibles**. Disponível em: <https://www.migrationpolicy.org/article/la-bienvenida-se-agota-para-colombianos-en-ecuador>. Acesso em 08. Set. 2020;

JUBILUT, L. L.; APOLINÁRIO, S. M. O. S. **A Necessidade de Proteção Internacional no Âmbito da Migração**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 275-294, jan-jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/13.pdf>. Acesso em: 05. set. 2020.

_____, _____. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

LISBOA, Teresa Kleba. Gênero e Migrações: trajetórias globais, trajetórias locais de trabalhadoras domésticas. In: **REHMU- Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana**. Ano XIV, n. 26 e 27 – 2006. Disponível em: <<http://www.csem.org.br/remhu/index.php/remhu>>. Acesso em 06. set.2020.

MARIANO, Karina Lilia Pasquariello. **Parlasul: o difícil equilíbrio entre discurso e prática**. In: Regionalismo na América do Sul: um novo esquema de análise e experiência do MERCOSUL (online). São Paulo: Editora UNESP, 2015.

MATTOS, Manuel. **O que é a sociedade da informação?** Revista Educação, Sociedade & Culturas, Porto (Portugal). issn: 0872-7643, nº 18, p. 7-23, 2002.

Disponível em:
https://sigarra.up.pt/fpceup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=83372.
Aceso em 06. set. 2020.

MEZZARROBA, Orides. Manual de metodologia da pesquisa no direito. 7. ed. São Paulo: NASCIMENTO. Daniel Braga Nascimento. **Refúgio LGBTI: panorama nacional e internacional** [recurso eletrônico] / Daniel Braga Nascimento - - Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018. 170 p. ISBN - 978-85-5696-359-8 Disponível em: <http://www.editorafi.org>

NICOLAU, Paola Cristina. **Harmonização de normas e procedimentos de refúgio no MERCOSUL** / Paola Cristina Nicolau. –2018. 169 f. Orientador: Prof. Dr. César Augusto Silva da Silva. Dissertação (Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos). Universidade Federal da Grande Dourados, 2018.

OMI. **Glossário sobre Migração.** Disponível em:
<https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml22.pdf>. Acesso em 07.set.2020;

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.** Disponível em:
<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em 30 jul. 2020.

_____. **Igualdade de Gênero: Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas,** 2017. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/06/Documento-Temático-ODS-5-Igualdade-de-Genero-editorado_11junho2017.pdf. Acesso em 30 jul. 2020.

_____. **Glossário de termos do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5:** Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas, 2016. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/ods/glossario-do-ods-5.html>. Acesso em 30 jul. 2020.

_____. **Mais de 40% dos refugiados no Brasil dizem ter sofrido discriminação, revela pesquisa.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/mais-de-40-dos-refugiados-no-brasil-dizem-ter-sofrido-discriminacao-revela-pesquisa/#:~:text=Close%20>. Acesso em 07. Set.2020;

PARAGUAY. **Ley nº 1938 de 2 de julio de 2002 – General sobre refugiados.** Disponível em <http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/normativas/173/ley-ndeg-19382002-ley-general-sobre-refugiados-art-32-sobre-tratamiento-especial> Acesso em 08.set.2020;

PARAGUAY. **IV PlaNi** – Plano Nacional de Igualdad. Disponível em: https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2013/12/2012_05_02_IV_PNI_Relatorio_intercalar_2011.pdf. Acesso em 08.set.2020.

PEREIRA, Rodrigo. **Sociedade da informação e construção do conhecimento**: uma relação constituída em face das novas tecnologias de informação e comunicação e a Ciência da Informação. Revista Conexão Ciência, Minas Gerais, v. 4 n. 1, p. 75-84, 2009)

RESTA, Eligio. **O Direito Fraterno**. Tradução e coordenação de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2020.

TAKAHASHI, Tadao (org.). **Sociedade da Informação no Brasil** - Livro Verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

VARELA, Amanda Gualtieri. **O novo direito dos refugiados a partir das migrações internacionais**. 2015. 68 f. Dissertação (Curso de especialização) - Curso de especialização O nono direito internacional, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em 30 ago. 2020.

11. Teletrabalho, sustentabilidade e proteção de dados: “novos” direitos fundamentais laborais

Telework, sustainability and data protection: “new” fundamental labour rights

Luciane Cardoso Barzotto¹

Bruna Casimiro Siciliani²

Resumo

O teletrabalho segue uma marcha de reconhecimento a partir da revolução tecnológica. Isso porque este tipo de trabalho demorou para adquirir legalmente *status* de um contrato diferenciado de trabalho, o que apenas veio a ocorrer em 2017, pela Reforma Trabalhista, que incluiu cinco artigos na CLT, deixando o teletrabalho regulado como um trabalho subordinado e com uma série de vazios normativos que não foram atualizados na pandemia do COVID-19. Questiona-se se houve um acréscimo ou mesmo se é possível ampliar os direitos fundamentais dos teletrabalhadores em época de Revolução 4.0. Em especial, na pandemia acelera-se o que a OIT mencionava como futuro do trabalho. A situação vivenciada pelo teletrabalhador, é, no mínimo, de readequação dos direitos fundamentais já existentes. Ao mesmo tempo surgem novos direitos fundamentais, como a proteção e dados. Ainda, no exercício desta forma de trabalho remoto observa-se que os teletrabalhadores impactam positivamente para existência de um meio ambiente sustentável equilibrado e verde.

Palavras-chave: Teletrabalho; Direitos Fundamentais; Novas Tecnologias. Trabalhos verdes. Pandemia. LGPD.

¹ Professora adjunta da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pós-doutora pela Universidade de Edimburgo. Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 4^a Região. Líder do Grupo de Estudos Direito e Fraternidade da UFRGS.

² Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

DOI – <https://doi.org/10.36592/9786587424347-11>

Abstract

Teleworking follows a process of recognition based on the technological revolution. This is because it took time to get the status of special working contract, which only happened in 2017, through the Labor Reform, which included five articles in the CLT, leaving teleworking with a series of normative voids that have not been updated in the COVID-19 pandemic. However, the question that remains is remains the question there was an increase or even if it is possible to increase the fundamental rights of teleworkers in times of revolution 4.0, and in times of coronavirus pandemic, which accelerated what the ILO mentioned as the future of work, or if the situation experienced by the teleworker is, at least, the maintenance of existing fundamental rights and a green job.

Keywords: Teleworking; Fundamental rights; New technologies. LGPD. Green Jobs.

Introdução

A legislação da pandemia não aclarou suficientemente os direitos laborais pela MP 927/20³, a qual colocou o teletrabalho como alternativa para manutenção do emprego e da renda. Por isso, o vazio normativo foi preenchido por aditivos contratuais, 10 milhões, segundo a SOBRATT⁴, e mais de 615 negociações coletivas⁵. São estes os direitos dos teletrabalhadores que estão regulados pelo contrato a varejo e que refletem direitos fundamentais que já estão contidos nos artigos 5º, 6º e 7º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Os direitos fundamentais clássicos são revestidos de palpitantes desafios. Surgem novas percepções a respeito dos dados dos trabalhadores e até mesmo novos direitos a partir de debates atuais.

Paralelamente à discussão sobre o direitos dos trabalhadores remotos, ou trabalhadores à distância, na dicção da MP 927/20, por meio de aditivos contratuais ou negociações coletivas, observa-se, de fato, uma redução drástica nos níveis de emissão de carbono na natureza, o que impacta positivamente o ambiente, representando um ganho para a comunidade em geral, em termos de despoluição.

³ A MP 927 vigorou de 22 de março até 19/07/20 e não foi reeditada, deixando dúvidas sobre a regulamentação do teletrabalho, o qual, segundo maior parte da doutrina laboral, deve ser regido pelos acordos entabulados e pela própria CLT.

⁴ <http://www.sobratt.org.br/>

⁵ <http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/>

Este trabalho traça um panorama rápido acerca da evolução tecnológica e os direitos fundamentais trabalhistas do teletrabalhador, revisitando a teoria da eficácia dos direitos fundamentais. Verifica-se o cenário dos direitos fundamentais dos teletrabalhadores exemplificando algumas possíveis colisões a partir dos direitos assegurados na pandemia que estamos vivenciando e explica-se a tentativa de redefinição de alguns destes direitos. Finaliza-se o artigo relacionando-se a possibilidade do teletrabalho ser abordado a partir de um enfoque ambiental sustentável, que ao mesmo tempo garanta direitos fundamentais a quem trabalha.

2 A evolução tecnológica e os direitos fundamentais trabalhistas

Notoriamente o desenvolvimento de novas tecnologias e a evolução do trabalho caminham lado a lado. A tecnologia teve uma influência poderosa no funcionamento das organizações a partir da Revolução Industrial. A Revolução Industrial foi o primeiro marco revolucionário, que trouxe a tecnologia mecânica para substituir os processos manuais, trazendo a lume as primeiras considerações e reflexões a respeito das relações entre o ser humano e o trabalho. A Segunda Revolução Industrial trouxe como inovação a eletricidade e o desenvolvimento dos bens de consumo, de forma a otimizar não apenas os processos produtivos como os domésticos, tornando o tempo um valioso recurso econômico e não renovável. Embora o desenvolvimento tecnológico seja sempre a plataforma básica na qual o desenvolvimento das organizações é impulsionado, foi a invenção do computador na metade do século XX que permitiu que as organizações passassem a apresentar as atuais características de automatização e automação de suas atividades (CHIAVENATO, 2014, p. 414). Ao mesmo tempo, a Terceira Revolução Industrial, também conhecida como Revolução Informacional, unificou a eletrônica e a indústria, aprimorando antigas invenções e desenvolvendo cibernética e, por conseguinte, a informática, a robótica, e tecnologia de informação.

A Tecnologia da Informação, o principal produto da cibernética, representou a convergência do computador com a com a televisão e as telecomunicações. O resultado foi a origem da chamada sociedade de informação e das novas formas de organização do trabalho, implicando uma maior flexibilização e inovação das estruturas organizacionais (LANNER, 2019, p.54) . A era da Informação trouxe o conceito de escritório virtual, ou não-territorial. Os escritórios e prédios sofreram uma

compactação em seu tamanho, e os arquivos eletrônicos acabaram com o papelório e com os arquivos físicos, liberando espaço para outras finalidades. Os centros de processamento de dados (CPD) foram enxugados e descentralizados através de redes integradas de microcomputadores. Surgiram as empresas virtuais conectadas eletronicamente dispensando prédios e reduzindo despesas fixas que se tornaram desnecessárias. A tecnologia de informação passou a oferecer uma nova dimensão especial portátil e virtual (OLIVEIRA NETO, 2018, p.56). As comunicações tornaram-se móveis, flexíveis, rápidas, diretas e em tempo real. A instantaneidade da informação *online* passou a ser a nova dimensão temporal fornecida pela tecnologia de informação. Com nova dimensão espacial-temporal e com o surgimento dos microcomputadores portáteis, nasceu o teletrabalho.

A Quarta Revolução Industrial ou Revolução 4.0 (SCHWAB, 2016, p.77) desponta diante de nossos olhos, evoluindo rapidamente e alterando a forma que nos relacionamos, trabalhamos e vivemos, integrando e convergindo o conjunto de tecnologias disruptivas que se encontram à disposição no mercado de consumo, tornando cada vez mais tênue a linha que separa o “mundo digital” e o “mundo biológico”. A evolução tecnológica permite que as relações de trabalho sejam permeadas pelo uso de notebooks e smartphones, gerenciadas à distância pela internet. A nova dimensão espacial-temporal proporcionada pelos meios tecnológicos trouxe à tona conflitos que, nas palavras de GOLDSCHMIDT E DACHERI (2017, p. 70), desafiam a estrutura do Direito do Trabalho enquanto norma de proteção dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais trabalhistas devem ser preservados dentro deste novo contexto histórico, a fim de que se evitem medidas e interpretações que os relativizem em âmbito universal (FINCATO, 2011, 72). Desse modo, este trabalho abordará, na sequência, os direitos fundamentais dos teletrabalhadores, especialmente após a sua regulamentação pela Reforma Trabalhista e pela intensificação sofrida diante rápida necessidade de adaptação devido à pandemia do COVID-19.

3 Teletrabalho e direitos fundamentais

A pandemia do COVID-19 que acometeu o mundo transformou rapidamente as relações de trabalho diante da necessidade de se laborar em regime de teletrabalho,

devido à efetivação do isolamento social como forma de prevenção e contenção do vírus. O teletrabalho foi, de modo geral, o principal meio adotado pelas empresas para tentar manter parte da sua capacidade produtiva (SICILIANI, DIER, BARZOTTO, 2020, p. 12). Segundo DRUMMOND (2020, p. 113), essa modalidade de prestação de serviços era a exceção no mercado de trabalho. Com a pandemia do Covid-19, a realidade das relações trabalhistas foi drasticamente transformada, de modo que o teletrabalho – que era exceção –, passou a ser regra para aqueles estabelecimentos cujo funcionamento continuou sendo possível. A alteração repentina para este novo regime gerou uma série de incertezas e de desconfortos para muitos empregados, que estavam há anos acostumados e preparados para prestar serviços nas dependências do empregador. Dentre as adversidades experimentadas, é possível citar a ausência de local adequado à execução do trabalho à distância e a coexistência integral com filhos em *homeschooling* e demais parentes que também passaram a trabalhar remotamente, o que inclui a própria divisão do espaço para a realização de todas estas atividades online e a estrutura de acesso à internet. A execução do trabalho remoto por um maior número de pessoas contribuiu para a percepção mais clara do quanto é extremamente difícil disciplinar-se separando horário de trabalho do tempo gasto com tarefas pessoais. O teletrabalho sustentado no tempo pode levar ao isolamento e a jornadas de trabalho muito longas devido à ausência de uma separação clara entre o tempo de trabalho e o tempo livre. (SICILIANI, DIER, BARZOTTO, 2020, p. 17).

Para a OIT, a vivência da humanidade neste momento é de um desastre e, mesmo nesta situação, aponta para a necessidade de que se tenha como meta o trabalho decente como está contido na Recomendação 205 - Recomendação de emprego e trabalho decente para a paz e a resiliência, de 2017. Conseqüentemente, torna-se de crucial importância a discussão a respeito das garantias ou direitos fundamentais dos teletrabalhadores, de modo a dar efetividade ao princípio basilar do Direito do Trabalho, isto é, o princípio da proteção (BARZOTTO, RECKZIEGEL, 2020, p. 505).

3.1 Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações de teletrabalho

Antes de abordar os direitos fundamentais dos teletrabalhadores, impende revisar a doutrina acerca da eficácia dos direitos fundamentais.

Historicamente, os direitos fundamentais são de aplicação na relação entre o Estado e o particular, a chamada eficácia vertical, na qual o Estado deve garantir o conjunto de direitos aos cidadãos, protegendo-os de violações causadas pelo próprio Estado. As relações de trabalho são precipuamente relações entre particulares. Sendo empregado e empregador, portanto, titular de direitos fundamentais, por vezes estes direitos entram em aparente conflito, especialmente no âmbito do Direito do Trabalho, onde a posição de desigualdade é patente. A aplicação dos direitos fundamentais entre particulares passa, dessa forma, a ser compreendida por meio de sua eficácia horizontal.

Na lição de SARLET (2018, p. 399), quando há igualdade virtual das partes figurantes da relação jurídica, deve prevalecer o princípio da liberdade para ambas, somente se admitindo eficácia direta dos direitos fundamentais na hipótese de ameaça ao princípio da dignidade da pessoa humana ou de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal. Quando umas das partes é detentora de poder econômico ou social - como no caso das relações trabalhistas -, é admitida a aplicação da eficácia horizontal, pois tal relação privada assemelha-se àquela que se estabelece entre o cidadão e o Estado.

No âmbito das relações entre particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto. O tratamento a ser dado, na visão de SARLET (2018, p. 393-402), é similar à hipótese de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, ou seja, busca-se uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta, com o intuito de se obter um equilíbrio e harmonia entre deles, de forma que não ocorra o sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, mas sim que seja preservada, na medida do possível, da essência da cada um. Portanto, nas relações de trabalho, diversos direitos fundamentais tem que ser sopesados porquanto estamos diante de relação de poder desigual, mediada pelo contrato de teletrabalho, que, diga-se, é um contrato formal. Como veremos a seguir, na relação de teletrabalho além dos direitos fundamentais clássicos do trabalhador previstos nos artigos 7º e 6º da Constituição Federal de 1988, somam-se os direitos inespecíficos, de todos os cidadãos, inclusive aqueles informacionais, que se agregam pela emergência da sociedade informacional, e já estão previstos no artigo 5º da Carta Magna, especialmente em seu inciso X: intimidade,

vida privada, honra. No período que vivemos de pandemia, os direitos fundamentais não podem ser suspensos porque não estamos diante de um estado de exceção. (SARLET, 2020 – palestra em Rondônia)

3.2 Direitos Fundamentais dos Teletrabalhadores: alguns exemplos

Inicialmente, impende tecer algumas considerações sobre a normatização do teletrabalho. No âmbito internacional, o teletrabalho não é regulamentado pela OIT, mas a Convenção 177, aplica-se ao teletrabalho subordinado à domicílio (NAHAS E FITA, 2020, n.p). No Brasil, a Lei 13.467/2017, mais conhecida como Reforma Trabalhista, incluiu na CLT os artigos 75-A a 75-E, que trazem disposições sobre o teletrabalho. (FINCATO e STÜRMER, 2020, p.300).

A legislação trabalhista brasileira mantém a distinção entre o teletrabalhador e o trabalhador a domicílio, optando por configurar o teletrabalho com espécie de contrato de trabalho subordinado com basicamente duas especificidades: o exercício fora da empresa e a utilização de meios telemáticos. Este conceito está claro na CLT e na MP 927. A MP 927 que toma como sinônimos trabalho à distância, trabalho remoto e teletrabalho. Por isso não entraremos no debate terminológico.

A escassa regulamentação da CLT, somado ao despreparo de organizações e de empregados para a implementação do teletrabalho em tempo recorde devido ao estado de calamidade pública causado pela pandemia do coronavírus, evidenciou a falta de proteção das garantias fundamentais dos teletrabalhadores enquanto cidadãos, no momento de concretização do trabalho remoto.

Embora a remuneração e garantia de renda do teletrabalhador seja aspecto vital e ensejador de legislação da pandemia, além de parte do que se convencionou chamar “trabalho decente justamente remunerado”, diversas são as discussões inclusive de índole dos custos do teletrabalho emergencial a que foi lançado o empregado. Para a maioria esmagadora da doutrina laboral não haveria como exigir que o trabalho fosse remoto sem que o empregador assumisse riscos de indenizar os gastos extras deste empregado com a infraestrutura e manutenção do aparato *on line*, como referem Antonio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto, apenas para citar alguns expoentes justralhistas no dizer de Luiz Eduardo Gunther (GUNTHER, 2020, p. 156).

Caiu por terra, como um castelo de cartas, a fantasiosa noção de que o teletrabalhador estaria sujeito a uma carga de trabalho menor por estar distante da presença física e, supostamente, do poder de fiscalização do empregador. O direito à desconexão passou a ser uma realidade, diante da limitação do direito ao lazer trazido pelo confinamento somado ao aumento de trabalho *on line* (LOPES E SANTOS, 2020 n.p).

O artigo 7º, inciso XIII da Constituição Federal (BRASIL, 2020a) elenca o direito à “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”. Todavia, o inciso III do artigo 62 da CLT (BRASIL, 2020b), incluído pela Reforma Trabalhista, excluiu o teletrabalhador do regime geral de duração do trabalho.

O que se nota é que o teletrabalhador tem laborado de forma muito mais extenuante do que no regime presencial. Por estar em ambiente doméstico, há uma enorme dificuldade em separar o tempo ao lazer em relação ao tempo dedicado ao trabalho. Nesse ponto, o entendimento que deve prevalecer, a guisa de proteção ao trabalhador, é o de que não basta simplesmente o regime de teletrabalho para afastar o regime de duração do trabalho. A Tecnologia de Informação permite que o trabalhador conecte-se às redes das organizações por meio de logins e senhas, registrando o dia e o horário em que são realizadas as mais diversas atividades telemáticas. Desse modo, não deve bastar que o empregador se desonere de realizar o respectivo controle, mas deve-se averiguar se ele, em face das condições específicas que o teletrabalho se reveste, esteja efetivamente impedido de realizar o controle de jornada. Assim, torna-se necessário interpretar este artigo à luz do direito fundamental à duração do trabalho, acrescentando-se mais um requisito: que seja impossível controlar ou mensurar o horário laborado pelo teletrabalhador.

O artigo 7º, inciso XXII da Constituição Federal (BRASIL, 2020a), prevê a garantia de “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. Por sua vez, o artigo 75-E da CLT (BRASIL, 2020b) traz a previsão em seu caput de que “o empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho”, e em seu parágrafo único que “o empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo

empregador”. De igual forma, o mesmo raciocínio deve imperar: a simples declaração assinada pelo empregado não poderá eximir o empregador de sua responsabilidade advinda do poder diretivo e de fiscalização. Nesse ponto, entram em aparente colisão com a supramencionada garantia os direitos fundamentais à intimidade, à vida privada e à garantia constitucional de inviolabilidade de domicílio, todos direitos fundamentais do empregado. Neste ponto, no cotejo entre todas estas garantias, observa-se que aquela prevista no inciso XXII do artigo 7º da Carta Maior visa proteger o direito à vida e a saúde dos empregados, bens a preponderar sobre os demais. Por este motivo, entende-se que o direito à vida privada do teletrabalhador deve ser limitado pelo poder de fiscalização do empregador, que atuará para a garantia do seu bem maior, que é a vida. Evidentemente, esta fiscalização não pode ser confundida com o exercício abusivo do poder pelo empregador, sendo imperioso que encontre harmonia com os outros direitos fundamentais dos teletrabalhadores. O direito à saúde passa, no momento da pandemia a ser direito fundamental tanto na ordem internacional como na ordem interna, estando em alta a sua proteção nos diversos planos normativos (BARZOTTO e FAGUNDES, 2020, p. 352).

A Lei nº 13.709/2018 (BRASIL, 2020c), também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados, lei aberta, com cláusulas gerais e lacunas para serem reguladas pela agência nacional de proteção de dados (DONEDA, 2020, p. 261) disciplina em seu artigo 2º a proteção de dados pessoais nos meios digitais com fundamento no respeito à privacidade, à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, na esteira do preceito constitucional contido no artigo 5º, inciso X, da Carta Magna. Esta lei de normas narrativas tem impacto direto sobre o teletrabalho. Isto porque o teletrabalhador repassará o seu trabalho em forma de dados pelo sistema de TI. Em consequência, os dados objetivamente relacionados ao seu trabalho e obviamente seus dados pessoais, devem ser resguardados visto que dados, como refere a lei, são “toda informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”. O telecontrato de trabalho recebe novidades sob o impulso protetivo visto que os dados físicos, mesmo antes da LGPD já requeriam cuidados por parte dos empregadores (AGUIAR, 2018, p.656), o que, aliás, era reconhecido pelos tribunais trabalhistas.

Já no início da pandemia do COVID-19, a jornada pode ter sido avençada entre as partes telecontratantes, e se este controle exigir imagem ou transmissão de outro dado por uso de softwares de reconhecimento facial, digitais, sistemas de

geolocalização (GPS), isto deve ter sido feito por aditivo contratual com o devido consentimento do empregado (BARZOTTO E CUNHA, 2020, p.267). Portanto, passou-se de um momento em que poderiam ter ajustes tácitos para aditivos escritos, com o devido consentimento do empregado e informações suficientes sobre uso, manutenção, enfim tratamento correto dos dados. Ainda no âmbito do teletrabalho, observa-se que a imagem do empregado pode ser transmitida, e inclusive gravada, por meio de videoconferências e chamadas de vídeo com os demais colegas e superiores hierárquicos que se utilizam de plataformas e softwares controlados pela empresa. Novamente, os direitos e garantias fundamentais entram em aparente colisão. Aqui, os princípios contratuais da lealdade e da boa-fé devem atuar como os pesos de uma balança para equilibrar os direitos fundamentais envolvidos, de modo a coibir que excessos sejam cometidos pelo empregador, mantendo-se a idoneidade, necessidade e proporcionalidade como vetores patronais.

Também os dados pessoais sensíveis, aqueles que revelem a origem racial ou étnica, opiniões políticas e convicções religiosas ou filosóficas, filiação sindical, dados genéticos, dados biométricos, dados relacionados com a saúde, dados relativos à vida sexual ou orientação sexual da pessoa, todos estes devem ser dados do teletrabalhador, dos clientes e terceiros da cadeia produtiva, dos *stakeholders* envolvidos com as empresas, que são tidos por informações que devem ser protegidas. Portanto, o teletrabalhador deverá ser resguardado, advertido e treinado para enfrentar novos riscos tais como: uso inadequado de dados próprios e de terceiros, violação de marcas, *cyberataques*, *ciberbullying* (Lei 13.185/2015), *fake news*, o que fica evidenciado pelas necessidades trazidas pela LGPD. Exige-se a fiscalização real do controlador de dados, mediante protocolos, ajustes de conduta, aditivos contratuais, educação e sistema de *compliance* efetivo que dê conta dos direitos fundamentais de todos os envolvidos (JOBIM, 2018, 56). Lembre-se aqui que discute-se no Brasil a inclusão formal do direito à proteção de dados mediante a menção expressa do inciso XXX no art. 5º da Constituição Federal de 88, mediante a PEC 17/2019 ⁶.

Do ponto de vista histórico, verifica-se uma crescente consciência de que os direitos fundamentais são construídos historicamente a partir de novas necessidades

⁶ Implicitamente, a partir do julgamento do RE 673.707, de relatado pelo Min. Luiz Fux em 17.06.2017, entende-se que a proteção de dados pessoais já é tida por direito fundamental no sentido de garantir a autodeterminação informativa.

humanas. Neste sentido, Lynn Hunt (HUNT, 2009, p. 69) entende que os direitos humanos nascem de mudanças de pontos de vista, a partir de sentimentos coletivos empáticos, que fazem, por exemplo, a humanidade renunciar a tortura e enunciar a defesa de direitos. Portanto, o rol de direitos fundamentais pode ser acrescido pelas alterações sociais, políticas e econômicas de dada sociedade.

Nesta linha, uma recente e interessante discussão surge sobre a possibilidade de que também sejam protegidos os dados genéticos dos trabalhadores e até mesmo os dados neurais. Sobre estes últimos esse debate vem sendo travado entre neurociência e direito. Consoante o professor e neurocientista espanhol Rafael Yuste, pesquisador da Universidade Columbia (SPERB, 2020, n.p), *"com cérebros que em breve serão totalmente mapeados e com tecnologia que os conectará à internet, os chamados "neurodireitos" devem ser garantidos à humanidade"*. Isso porque *"com essas novas tecnologias, os conteúdos da mente poderão ser, cada vez mais, acessados, mudados, manipulados"*.

Em um futuro não muito distante, conectada à rede mundial de computadores, a mente humana dos teletrabalhadores precisaria ser protegida de algoritmos enviesados. A privacidade dos dados neurais seria um direito humano básico, derivada do direito fundamental à privacidade, da inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, trazendo mais complexidades ao debate laboral.

Dos três direitos que acima arrolamos mais detidamente: direito à limitação de jornada, proteção à saúde e direito fundamental à proteção de dados, entre os mais discutidos nos cerca de 10 mil aditivos contratuais sobre teletrabalho, ocorridos durante a pandemia, encontramos perplexidades que certamente continuarão a ser alvo de debate no período pós-pandêmico, juntamente com os chamados "novos direitos" decorrentes da LGPD e definidos nas normas coletivas.

4 "Novos" direitos construídos a partir das normas coletivas:

Importante recordar que o direito à negociação coletiva é tido como um direito fundamental do trabalhador, substancial, essencial, primordial e indispensável porque sobre ela se fundam novos direitos. Pode atuar no vazio legislativo, e integra o Direito do Trabalho, representando importante fonte de direitos fundamentais (SICILIANI, DIER, BARZOTTO, 2020, p. 27).

É isso que se verifica a partir das 625 negociações coletivas sobre teletrabalho, realizadas desde 11.03.2020 até 21.08.2020, em época de pandemia mencionando a palavra teletrabalho. A consulta foi realizada no Sistema de Negociações Coletivas de Trabalho – MEDIADOR⁷ no dia 22.08.2020, e foi escolhida a data inicial de 11.03.2020 por se tratar do dia em que a OMS declarou a pandemia de coronavírus.

Analisa-se algumas cláusulas negociais na seqüência: a) algumas mencionam que o regime de teletrabalho poderá ser estendido para os estagiários e aprendizes, conforme já trazia a previsão legal contida no artigo 5º da MP 927/20; b) outras adotam flexibilização do período de transição previsto no § 2º do art. 75-C da CLT no caso de teletrabalho iniciado em razão da pandemia: o retorno do empregado poderá ocorrer imediatamente após a requisição do empregador, sem a necessidade de se aguardar o período mínimo de quinze dias; c) várias negociações trazem regras atinentes ao uso da imagem do empregado e acidentes de trabalho, como se transcreve:

- c) A empresa deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho, a partir de quando se presumirá que as doenças e os acidentes, que somente poderiam ter origem no descumprimento dessas instruções, foram concebidos ou agravados por culpa exclusiva do empregado, independentemente de prova de fiscalização por parte do empregador, impedido de adentrar à casa do empregado pela garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio.
- d) O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pela empresa.
- e) Fica ajustado que a visualização das imagens capturadas em eventual chamada por vídeo com o empregado, equivalem a uma reunião pública, ocorrida no interior da empresa, podendo ser gravada e utilizada para fins lícitos de exercício do poder empregatício, sendo dever do empregado, livrar o ambiente filmado de acontecimentos íntimos e de sua vida privada.
- f) A aceitação de chamadas por vídeo dependerá de ato próprio do empregado, ficando proibida a ativação remota da câmara pelo empregador para qualquer finalidade.

Da análise dos trechos transcritos, verifica-se que direitos com base em direitos constitucionais já assegurados ao teletrabalhador aparecem nas normas coletivas e

⁷ Estes dados podem sofrer revisões futuras devido à incorporação de negociações coletivas que ainda não haviam sido depositados no sistema à época da consulta.

inclusive direitos novos que estão contemplados na LGPD, Lei n. 13.709/2018, atinentes à imagem e regulamentos que dizem respeito à vida privada.

Tanto a CLT como a MP 927/20 deixaram ao mútuo consentimento ou ao empregador a decisão de adotar o teletrabalho. No entanto diversas normas coletivas têm regulado a possibilidade de tal iniciativa partir do empregado, criando a figura do teletrabalho eventual.

Da mesma consulta realizada no Sistema Mediador retromencionada, onze negociações coletivas trazem a previsão do teletrabalho eventual, assim conceituado:

O Teletrabalho Eventual é aquele que ocorre de forma não programada, em virtude de solicitações pontuais do EMPREGADO ou de situações emergenciais, tais como paralisação de transporte público, bloqueio de vias de acesso, condições climáticas, etc, devidamente analisadas e aprovadas pelo gestor imediato. No teletrabalho eventual o EMPREGADO mantém todos os seus benefícios, inclusive o vale transporte quando ordinariamente fornecido.

O que se nota é que este teletrabalhador eventual é na verdade um trabalhador híbrido (presencial e teletrabalhador a domicílio) cujos direitos fundamentais devem ser os mesmos do trabalhador celetista normal. Corre-se o risco, se isto não for reconhecido, de deixar este teletrabalhador à mercê de uma desproteção, ao não se reconhecer a ele um *status* nem de teletrabalhador, nem de trabalhador a domicílio. Veja-se que o trabalhador à domicílio segundo a OIT é o que habitualmente trabalha em casa, segundo a Convenção 177. Também a Recomendação 184 da OIT dispõe que a ocasionalidade desconfigura o trabalho a domicílio. Por isso no pós-pandemia urge a necessidade em falar-se e de regular o teletrabalho, o que, aliás, já foi feito pela Legislação Argentina, o que se mencionará na sequência (KROST, 2020, n.p.).

5 Eficácia dos direitos fundamentais dos teletrabalhadores na sociedade: o trabalho verde, decente, sustentável

Segundo levantamento da Organização Internacional do Trabalho (OIT), durante a crise, até abril de 2020, 59 países⁸ adotaram a alternativa do teletrabalho para manutenção de empregos. A situação emergencial de teletrabalho pode se tornar

⁸ Veja mais em <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-brasil/2020/06/10/teletrabalho-ganha-forca-como-alternativa-durante-pandemia>.

definitiva ou, ainda, adotada num modelo flexível, alternando-se com o trabalho presencial, na linha do *lavoro agile* e parassubordinado italiano.

O teletrabalho durante e pós-pandemia está sendo discutido tendo em vista os seguintes tópicos: impacto na produtividade, nos custos da empresa, na jornada de trabalho, no deslocamento do ambiente de trabalho para a esfera doméstica, flexibilidade, segurança e saúde, direitos fundamentais de teletrabalhadores, manutenção de emprego e renda.

O que queremos destacar a partir deste ponto é a importância do teletrabalho como participação na construção de um direito fundamental no mundo atual que é o direito ao meio ambiente saudável contido, no artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil. Portanto, um direito fundamental da comunidade nacional e até internacional é a proteção ambiental. A despoluição ambiental é fato verificável empiricamente no caráter verde, ambientalmente sustentável do teletrabalho. A noção de trabalho verde ou empregos verdes para OIT (2020a, n.p) significa a *“transformação das economias, das empresas, dos ambientes de trabalho e dos mercados laborais em direção a uma economia sustentável que proporcione um trabalho com baixo consumo de carbono”*. Portanto, empregos verdes, aqui incluindo o teletrabalho, são fundamentais para o desenvolvimento sustentável e respondem aos desafios globais no tripé da sustentabilidade: ⁹ proteção ambiental, efetividade econômica e inclusão social como será ilustrado a seguir.

5.1 Proteção Ambiental

Reuniões virtuais, cancelamento de viagens desnecessárias, aumento de comércio eletrônico, utilização de meios de transportes sustentáveis, promoção de consumo de produtos locais são práticas de descarbonização da economia a serem mantidas na volta à “normalidade”, grandemente auxiliadas por medidas de teletrabalho do período da pandemia e que devem ser mantidas num futuro próximo.

⁹ Veja-se sobre desenvolvimento sustentável relatoria da Comissão Brundtland, ‘Nosso Futuro Comum’ em: <https://nacoesunidas.org/acao/meio->

5.2 Efetividade Econômica

Conforme relata o jornal Português “Público PT” (TEIXEIRA, 2020, n.p) de 1º de junho de 2020, 50 % das empresas portuguesas pretendem continuar o teletrabalho porque vêem possibilidades de redução de custos, aumento de produtividade. No Brasil, o Ministério da Economia editou, em 30 de julho, novos critérios ampliar o teletrabalho no serviço público, diante da resposta ocupacional positiva dos servidores públicos e economia nas contas públicas presenciadas no momento de confinamento social. Na esfera privada, na microeconomia, as necessidades dos empregados foram contempladas segundo pesquisas de satisfação em países europeus. Da mesma forma, os trabalhadores à distância entendem que tiveram ganhos econômicos na utilização deste sistema ao reduzirem deslocamentos e aproveitarem melhor o tempo da gestão familiar, embora excessos de jornada e desorganização sejam perigos efetivos.

5.3 Inclusão Social

Segundo um novo relatório conjunto da OIT e BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento), de 28 de julho de 2020 (OIT, 2020b, n.p), a adoção de estratégias de descarbonização da economia para atingir o patamar de zero emissões líquidas poderia ter um impacto positivo e ajudar a criar empregos verdes após a crise da COVID-19, incluindo a utilização crescente do teletrabalho. Serão criados 22 milhões de novos empregos limpos ou verdes, sendo 15 milhões na América latina e Caribe, majoritariamente para pessoas de médias e baixas qualificações, sendo que, historicamente esta possibilidade era melhor aproveitada pelos trabalhadores melhor qualificados. O teletrabalho está listado pela OIT e BID entre as medidas de inclusão social para gerar empregos, sendo ele próprio considerado, pela baixa emissão de carbono, em emprego verde. Portanto, o teletrabalho “verde” sustentável, isto é, com proteção ambiental, lucrativo e com inclusão social pode despontar como um fator de superação da crise pandêmica de empregos.

Nesse ponto, vislumbra-se a utilização do teletrabalho na linha de uma sociedade fraterna e sustentável, que, de acordo com Flávia Pessoa (PESSOA, 2020, p. 30), é diretriz contida no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, plenamente aplicável

às relações de trabalho. Isto porque toda a relação sustentável ambientalmente possui componentes do princípio da fraternidade (WALDMAN e MARTINI, 2018, p.198)

Os empregos verdes e sustentáveis, sendo o teletrabalho potencialmente um deles, devem ser dignos produtivos, justamente remunerados, com o respeito aos direitos fundamentais dos teletrabalhadores. A pandemia nos ensinou que partilhamos um destino comum. Esse destino vai se realizar em uma casa comum, que requer o despertar de uma consciência de vizinhança comum e responsabilidade, na feliz expressão da ONU. Dos principais envolvidos na cadeia produtiva e de legislações coerentes com a realidade depende a solução para um de um novo modo de conviver e de trabalhar e o teletrabalho pode ser um instrumento de descarbonização da economia ao lado da efetivação dos direitos fundamentais do teletrabalhador.

Conclusão

No presente artigo, verificamos que alguns direitos fundamentais não restaram bem explicitados tanto na CLT, ao definir o teletrabalho na época da Reforma Trabalhista de 2017, como na legislação da pandemia, a qual deixou muitas lacunas interpretativas, as quais só podem ser complementadas pelo catálogo que já existe de direitos fundamentais laborais. Este trabalho de clarificar os direitos do teletrabalhador tem sido feito mediante negociação e aditivos contratuais na pandemia e, em boa medida, pelas negociações coletivas.

Como o teletrabalho envolve trabalho com tecnologia, tudo evolui rapidamente nesta seara. Fala-se em direitos jusfundamentais à proteção de dados físicos, digitais e até neurais, entre outras questões antigas (jornada) e novas (proteção à saúde).

Em síntese, vemos que a abordagem do teletrabalho deve avançar para além da mera consideração dos riscos que ele traz, os quais devem ser enfrentados. Há uma real possibilidade de que este tipo especial de atividade – teletrabalho – tenha passado de uma exceção para possível regra, a ser mantida na pós-pandemia. Afinal, de março a agosto de 2020, 10 milhões de trabalhadores foram colocados em trabalho remoto por conta da pandemia. O teletrabalho pode ser uma opção patronal e do empregado que, se negociada adequadamente, além de contemplar os direitos fundamentais na relação de emprego, traduzidos pelo que se convencionou a chamar “trabalho decente”, acrescentando uma externalidade positiva, a qual extrapola a relação de

emprego em benefício de toda a sociedade: esverdeia-se a economia, num novo e necessário respeito ao meio ambiente equilibrado, direito e dever fundamental de todos.

Referências bibliográficas

AGUIAR, Antonio Carlos. A proteção de dados no contrato de trabalho. Revista LTr: Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 82, n. 6, p. 655-661, jun. 2018.

BARZOTTO, Luciane Cardoso; RECKZIEGEL, Tânia. Coronavírus e OIT – Organização Internacional do Trabalho. In: CALCINI, Ricardo. (Org.). Coronavírus e OIT. 1. ed. São Paulo: JH Mizuno, 2020, v. 1, p. 7505-7679.

BARZOTTO, Luciane Cardoso e CUNHA, Leonardo Stocker Pereira da. Proteção de dados pessoais e consentimento do empregado: jurisprudência trabalhista e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). In Inovações e Trabalho: o Direito do Trabalho em Tempos de Mudança. BARZOTTO, Luciane Cardoso e DORNELLES, Leandro Dornelles de. (org) Editora da UFRGS: Porto Alegre, 2020 (no prelo) .

BARZOTTO, Luciane Cardoso. Verbete OIT- Declaração de centenário, p. 242/244. In Direito do Trabalho, tecnologia, fraternidade e OIT: compilação de verbetes. BARZOTTO, Luciane Cardoso. FITA, Fernando. FREDIANI, Yone. NAHAS, Thereza (coord) RT Editora (Thomson Reuters): São Paulo, 2020.

BARZOTTO, Luciane Cardoso e FAGUNDES, Bárbara. Saúde e Segurança Ocupacional, In BELMONTE, Alexandre Agra et alii (coord). X Congresso Internacional da ABDT: crise econômica e social e o futuro do Direito do Trabalho - Anais do Congresso [livro eletrônico] São Paulo : Matrioska Editora, 2020.

BELMONTE, Alexandre Agra. A teoria da imprevisão no Direito do Trabalho e as medidas provisórias números 927 e 936/2020 como instrumentos de enfrentamento dos efeitos da COVID – 19. Revista LTr. vol. 84, n. 04, abr. 2020.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 maio 2020a.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 23 maio 2020b.

BRASIL. Lei nº 13.709/2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 23 maio 2020c.

CANZI, Bianca. O “*home office*” e a modernização das leis trabalhistas. LTr Suplemento Trabalhista. São Paulo, ano 56, n. 003/20, p 11-12.

CASTILHO, Giovanni Castiglioni; SILVA, Vitor Antônio Alvino. A transferência dos custos ao trabalhador no teletrabalho: Estratégias da doutrina e jurisprudência para o trabalho digno do futuro. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10^a Região. Brasília, v.24, n.1, 2020. p. 207-218 Disponível em: <<https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/386/306>>. Acesso em 23.ago.2020.

CHIAVENATO, Idalberto. Introdução à Teoria Geral da Administração. São Paulo: Editora Manole, 2014.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de proteção de dados. São Paulo: RT, 2^a Ed, 2019.

DRUMMOND, Giulia de Pinho Drummond. TELETRABALHO: DURAÇÃO DO TRABALHO E OS IMPACTOS DO COVID-19. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10^a Região, Brasília, v. 24, n. 1, 2020, p. 109-117.

FERREIRA, Vanessa Rocha; FERREIRA, Vesalhes Enos Nunes. Os impactos da Medida Provisória 927/2020 nos contratos de trabalho. Revista dos Tribunais– Thomson Reuters. v. 1017/2020, jul 2020, p.301 – 319.

FINCATO, Denise Pires (Org.). Novas tecnologias e relações de Trabalho: reflexões. Porto Alegre: Magister, 2011.

FINCATO, Denise e STÜRMER, Gilberto. Teletrabalho em tempos de calamidade por covid19: impacto das medidas trabalhistas de urgência. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney; O direito do trabalho na crise da covid-19. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo; DACHERI, Emanueli. O impacto da tecnologia nas relações de trabalho: uma análise à luz da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais inespecíficos dos trabalhadores. Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais. Maranhão, v. 3, n^o 2., Jul/Dez 2017.

GUNTHER, Luiz Eduardo. Teletrabalho: antes e depois da crise da Covid-19, 150/163. In BELMONTE, Alexandre Agra et alii (coord). X Congresso Internacional da ABDT: crise econômica e social e o futuro do Direito do Trabalho - Anais do Congresso [livro eletrônico] São Paulo: Matrioska Editora, 2020.

HUNT, Lynn. A invenção dos direitos humanos: uma história. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JOBIM, Rosana Kim. Compliance e Trabalho: entre o poder diretivo do empregador e os direitos inespecíficos do empregado. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

KROST, Oscar. Teletrabalho na Argentina e no Brasil: tão perto, mas tão longe. Disponível em <<https://direitodotrabahocritico.wordpress.com/2020/08/28/teletrabalho-na-argentina-e-no-brasil-tao-perto-mas-tao-longe/>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

LANNER, Máira Brecht. Trabalho decente em meio ambiente digital. 2019. 134 f. Dissertação (Mestrado) sob orientação de Luciane Cardoso Barzotto – PPGD - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.

LOPES, Adriano Marcos Soriano; SANTOS, Solainy Beltrão dos. A interpretação da MP N. 927/20 no que pertine à adoção flexibilizada do teletrabalho em tempos de pandemia: A preservação da vida e saúde do trabalhador. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10^a Região. Brasília, v.24, n.1, 2020. p. 73-83. Disponível em: <<https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/375/327>>. Acesso em 23.ago.2020.

MARTINS, Renata Duval. Princípios da Lei Geral de Proteção de Dados: desenvolvimento normativo no Brasil e análise conceitual. In: ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, 1, 2020. Anais do Evento. Florianópolis: CONPEDI, 2020.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Sistema de Negociações Coletivas de Trabalho - MEDIADOR. Disponível em: <<http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/>>. Acesso em: 22 agosto 2020.

NAHAS, Thereza Christina; FITA, Fernando. Teletrabalho: Pequena reflexão conceitual e de equilíbrio entre capital/trabalho. Revista de Direito do Trabalho. vol 212/2020. Disponível em: <http://www.cielolaboral.com/wpcontent/uploads/2020/05/nahas_fita_noticias_cielo_n5_2020.pdf>. Acesso em 23.ago.2020.

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; WENZEL, Letícia Costa Mota. O Coronavírus: Uma pandemia jurídica trabalhista e a MP N^o 927/2020. Revista Fórum Justiça do Trabalho. Belo Horizonte, ano 37, n. 436, p. 81-97, abril 2020. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/175725>>. Acesso em 20.ago.2020.

OIT - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Programa Empregos Verdes: OIT. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_229629/lang--pt/index.htm> Acesso em 28.ago.2020a.

OIT - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Transição para uma economia com zero emissões líquidas de carbono criaria 15 milhões de empregos na América Latina e no Caribe até 2030. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/noticias/WCMS_752093/lang--pt/index.htm> Acesso em 28.ago.2020b.

OLIVEIRA NETO, Celio Pereira. Trabalho em ambiente virtual. São Paulo: Ltr, 2018.

PESSOA, André; MIZIARA, Raphael. Teletrabalho à luz da Medida Provisória 927 de 2020 (COVID – 19): Um breve guia para empresários, trabalhadores e profissionais. Revista dos Tribunais– Thomson Reuters, v.1017/2020, jul 2020, p.359 - 364.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. O mundo do trabalho pós covid-19: necessidade do Resgate da fraternidade. in BELMONTE, Alexandre Agra et alii (coord). X Congresso

Internacional da ABDT: crise econômica e social e o futuro do Direito do Trabalho - Anais do Congresso [livro eletrônico] São Paulo : Matrioska Editora, 2020.

REIS, Beatriz de Felipe. O direito fundamental à proteção de dados pessoais e sensíveis do trabalhador frente às novas tecnologias da informação e comunicação- 2019. 175 p. Dissertação UNESC.

ROSSETO, Geralda Magela de Faria e Quinan, Paulo Gustavo Magella de Faria. Verbete LGPD- Lei Geral de Proteção de Dados. In Direito do Trabalho, tecnologia, fraternidade e OIT: compilação de verbetes. RT Editora (Thomson Reuters): São Paulo, 2020.

Coordenação: BARZOTTO, Luciane Cardoso. FITA, Fernando. FREDIANI, Yone. NAHAS, Thereza. p. 210-211.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo. Direitos Fundamentais e Democracia em tempos de pandemia. Faculdade Católica de Rondônia, 2020. Disponível em: <http://fcr.edu.br/direitos-fundamentais-e-democracia-em-tempos-de-pandemia-e-tema-de-live-promovida-pela-faculdade-catolica-de-Rondonia/>. Acesso em: 29 abr. 2020.

SICILIANI, Bruna Casimiro; DIER, Bruna; BARZOTTO, Luciane Cardoso. Teletrabalho antes e depois da pandemia: A importância da negociação coletiva. Revista Fórum Justiça do Trabalho. Belo Horizonte, ano 37, n. 439, p. 11-35, julho 2020. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/175728>>. Acesso em 20 agosto 2020.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto; GASPAR, Danilo Gonçalves; COELHO, Fabiano; MIZIARA, Raphael. Medida Provisória 927/2020 comentada artigo por artigo. Brasília, ESMPU, 2020. Disponível em e-book: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/acervo-compartilhado/covid-19-e-os-impactos-da-area-trabalhista>>. Acesso em 20.ago.2020.

SPERB, Paula. Os neurodireitos são os novos direitos humanos. Folha de São Paulo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2020/08/os-neurodireitos-sao-os-novos-direitos-humanos.shtml>>. Acesso em 28 agosto 2020.

TEIXEIRA, Alberto. Quase metade das empresas pretende manter teletrabalho após pandemia. In: Público PT. 1º de junho de 2020, n.p. Disponível em: <<https://eco.sapo.pt/2020/06/01/quase-metade-das-empresas-pretende-manter-teletrabalho-apos-pandemia/>>. Acesso em 28 agosto 2020.

TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.). Lei geral de proteção de dados pessoais: e suas repercussões no Direito Brasileiro. 2. tir. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

WALDMAN, Ricardo Libel; MARTINI, Sandra Regina Os objetivos do desenvolvimento sustentável analisados à luz da metateoria do direito fraterno e a concretização dos direitos

humanos. In Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Vol. 9, Nº. 2, 2018, maio a agosto. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6810997>

12. Sobre a remoção de barreiras tecnológicas

On the removal of technological barriers

*José Marcelo Menezes Vigliar*¹

*Ricardo Libel Waldman*²

Resumo

Uma especial forma de discriminação e exclusão de pessoas pode ser analisada a partir do conceito de “barreiras”, introduzido pela Lei Brasileira de Inclusão (LBI – Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015), inicialmente reservado à inclusão das pessoas com deficiência. Trata-se da exclusão digital que, como consequência, levou à exclusão da educação formal de inúmeras pessoas (do ensino básico ao superior), o que foi revelado a partir do “isolamento social” imposto pela pandemia do COVID 19. A análise da *mens legis* da LBI, que é a inclusão através da remoção de barreiras, permite a utilização de seus conceitos para destacar a existência de barreiras que excluem pessoas por razões diversas das que excluem as pessoas com deficiência. A dificuldade ou impossibilidade de acesso à tecnologia, sobretudo pela insuficiência de recursos financeiros, revela que esses conceitos trazidos pela LBI podem ser utilizados para revelar qualquer forma de exclusão e/ou discriminação, o que possibilita, inclusive, cogitar da possibilidade de se acionar a via judicial para a remoção de barreiras.

Palavras-chave: Remoção de barreiras, Lei Brasileira de Inclusão, barreiras atitudinais, barreiras tecnológicas, exclusão digital e discriminação.

Abstract

A specific form of discrimination and exclusion of people can be analyzed through the

¹ Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (Clássica). Professor do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Pesquisador do Projeto de Pesquisa Efetividade Jurisdicional Estatal certificado pelo CNPq do Programa do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação Advogado.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Coordenador do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas e Professor da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Membro da Comissão de Direito Ambiental da União Internacional para a Conservação da Natureza. Advogado.
DOI – <https://doi.org/10.36592/9786587424347-12>

concept of “barriers”, introduced by Brazilian Inclusion Statute (BIS – Statute n.13146, July 6th 2015), initially reserved to the inclusion of people with disabilities. It’s the digital exclusion which, as a consequence, took a great amount of people to exclusion from formal education (from pre-school to higher education), which was revealed from “social isolation” imposed by COVID-19 pandemics. The analysis of BIS’ *mens legis*, which is the inclusion through barriers remotion, allows the use of its concepts to remark the existence

Barriers which exclude people for different reasons. The difficulty or impossibility of access to technology may be used to reveal any form of exclusion and/or discrimination, which allows, among other possibilities, to cogitate to demand the judicial system to remove barriers.

Key-words: Barrier removal, Brazilian Inclusions Statute, attitudinal barriers, digital exclusion, discrimination

“Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam.”³

Introdução

Revelar a exclusão tecnológica de muitas pessoas foi apenas uma das consequências nefastas da Covid 19. O isolamento social determinou a utilização das tecnologias digitais para atividades que até então eram eminentemente presenciais. Afirma-se que muitas das atividades presenciais serão modificadas em definitivo, diante da notória economia de tempo e recursos financeiros que ocorreram, por exemplo, com a ausência da necessidade de deslocamentos e com o aluguel de espaços para abrigar as mais diversas atividades profissionais. Aulas síncronas, reuniões de trabalho, as centenas de “lives” educativas, invadiram o nosso cotidiano, modificaram o nosso vocabulário e exigiram um rápido aprendizado de conhecimentos mínimos para operar os diversos aplicativos que foram embarcados nos nossos computadores pessoais, nos nossos smartphones e nos tablets.

Para as pessoas que tiveram acesso à tecnologia, com equipamentos que comportavam o *download* dos diversos aplicativos e que tinham acesso a uma rede de

³ Cf. Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 27.1, em <https://www.ohchr.org/>.

wifi ou puderam pagar por planos de dados, a despeito do bombardeio contínuo das más notícias diárias, que tornaram a descoberta de uma vacina o maior desejo de toda a população mundial (curioso que as palavras vacina e vírus também permeiam o vocabulário tecnológico), o ano de 2020 vem passando rápido e proporcionando aprendizados e adaptações inimagináveis.

Mas sabemos da realidade que é a exclusão digital numa sociedade desigual e vamos mencionar, apenas para exemplificar, um segmento que congrega milhões de crianças e jovens da rede pública de ensino, que foi, na sua maior parte, alijado da educação formal no primeiro semestre de 2020, pela intransponível barreira entre esses alunos e o conhecimento, provocado pela exclusão digital. Uma segregação injustificável e inaceitável que fez com que essas pessoas afirmassem a “perda” do ano de 2020. O isolamento se tornou um abandono.

Não há quem, em sã consciência, possa afirmar que os investimentos realizados na montagem de hospitais de campanha, aquisição de testes para a doença, equipamentos médicos e de proteção individual (os EPIs), respiradores etc. não eram e não são necessários.

No mesmo sentido, o socorro financeiro (tardio, mal engendrado e insuficiente) aos desempregados e às empresas se fazia necessário.

Mas a política e planejamento destinados à educação e para permitir um correto isolamento social expôs, conforme referido acima, um imenso abismo entre os que tiveram acesso ao ensino remoto e os que tiveram um semestre desastroso. A rede pública, como regra, ou não preparou conteúdo adequado para o ensino à distância, ou não pensou na imensa maioria dos excluídos pela falta de acesso à tecnologia, ou – o que é mais cruel – não planejou nem uma coisa e nem outra.

O fato é que essa situação pode ser revertida e, a despeito de um sentimento alardeado aqui e ali de que não se pode levar ao Judiciário todos os conflitos de interesses, porque os recursos públicos são finitos e as necessidades da população crescem, principalmente num cenário como o que vivemos, há mais de um caminho judicial para se buscar reverter e/ou minimizar as consequências.

O nosso objetivo não é, propriamente, revelar o caminho a ser escolhido, mas o de mostrar que contamos com uma disciplina jurídica (material e processual) adequada para a dedução de pretensões legítimas, voltadas à remoção dessas barreiras

tecnológicas, no afã de proporcionar ao excluídos um mínimo de acesso à educação formal à distância.

No presente estudo vamos nos apropriar de conceitos que permeiam direitos positivados pelo legislador da Lei Brasileira de Inclusão (LBI – Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015) para concluirmos pela possibilidade do emprego de técnicas processuais disponíveis no nosso sistema jurídico que podem ser empregadas para a tentativa da remoção dessa barreira de desigualdade, porque o acesso à tecnologia ainda é extremamente oneroso, o que, por si só, já promove a exclusão de muitos.

Em alguma medida, faremos o caminho inverso do desenvolvimento da proteção do “*assim chamado mínimo existencial*” (SARLET, 2013, p.29), narrado por Ingo Sarlet, quando descreve o desenvolvimento da proteção a esses direitos na Alemanha.

A reprodução de um trecho de um estudo do referido autor é essencial para que esclareçamos o porquê da afirmação de que estamos num caminho inverso. Vejamos:

Adentrando desde logo este aspecto do tema, é possível afirmar que a noção de um direito fundamental (e, portanto, também de uma garantia fundamental) às condições materiais que asseguram uma vida com dignidade teve sua primeira importante elaboração dogmática na Alemanha, onde, de resto, obteve também um relativamente precoce reconhecimento jurisprudencial. Com efeito, em que pese não existirem, de um modo geral, direitos sociais típicos, notadamente de cunho prestacional, expressamente positivados na Lei Fundamental da Alemanha (1949) - excepcionando-se a previsão da proteção da maternidade e dos filhos, bem como a imposição de uma atuação positiva do Estado no campo da compensação de desigualdades fáticas no que diz respeito à discriminação das mulheres e dos portadores de necessidades especiais (para muitos não considerados propriamente direitos sociais) - a discussão em torno da garantia do mínimo indispensável para uma existência digna ocupou posição destacada não apenas nos trabalhos preparatórios no âmbito do processo constituinte, mas também - após a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949, na qual foi desenvolvida pela doutrina - no âmbito da prática legislativa, administrativa e jurisprudencial.

Observe-se que já no final dos anos 1940, ainda que, de acordo com o autor, não houvesse naquela Lei Fundamental uma tipificação dos direitos sociais, houve a determinação expressa para que o Estado Alemão realizasse a compensação das desigualdades a que se sujeitavam mães e filhos, vítimas da guerra e também aqueles que “portassem necessidades especiais” (SARLET, 2013, p. 29).

A nossa Constituição Federal vigente, foi, certamente, influenciada por todo esse desenvolvimento narrado, que destaca o surgimento da preocupação doutrinária, legal, administrativa e jurisprudencial em torno da proteção do mínimo existencial.

Nossas investigações partem da consideração do texto de uma lei bastante contemporânea ao desenvolvimento doutrinário dos dias atuais, com inúmeras contribuições daqueles que desbravaram esse terreno da ruptura de barreiras, como comportamento necessário e imposto ao Estado, a fim de que se possa perseguir como meta a plena inclusão.

A inclusão da pessoa com deficiência mediante o acesso ao que se pode considerar como o mínimo necessário foi ressaltada na Lei Fundamental da Alemanha e hoje – é o que proporemos – ganha, no Brasil, proteção legislativa que, entre outros avanços, define exatamente o elemento de discriminação (as barreiras), impondo a todos (e não apenas ao Estado Administração) a sua remoção como elemento necessário para que se possa falar em inclusão.

É nesse sentido que afirmamos que estaríamos fazendo um caminho inverso, pois vamos emprestar a outras situações de exclusão, que excedem o âmbito das pessoas com deficiência, os conceitos mais atuais de sua proteção legislativa. Assim, se o direito alemão fez o caminho do geral para o particular, por dedução, vamos fazer aqui o caminho do particular para o geral,

Essa extensão dos conceitos de uma situação legal específica (conceito alocado em lei de inclusão da pessoa com deficiência) é metodologicamente possível, pois referidos conceitos foram forjados e desenvolvidos com a preocupação doutrinária de mais de meio século sobre o tema dos direitos fundamentais e oferta do mínimo necessário como fator de inclusão.

Em certa medida, a LBI se apropriou desses conceitos doutrinários, que não foram desenvolvidos exclusivamente para ela.

Veremos logo adiante que, para a LBI, barreiras constituem obstáculos (nem sempre físicos) que não permitem o pleno desenvolvimento das pessoas com deficiência. Barreiras promovem a segregação e, assim, permitem a discriminação das pessoas, impedindo que possam se integrar plenamente à sociedade.

Passaram a constituir uma categoria jurídica, que merece ser analisada a fim de demonstrar que a exclusão tecnológica, derivada da impossibilidade econômica de

acesso a equipamentos, aplicativos etc. impede o desenvolvimento de todas as pessoas no mesmo nível.

O tema que escolhemos para compor as presentes reflexões vem a calhar com os objetivos do livro que as abriga (*Direitos fundamentais e novas tecnologias*), pois, as novas tecnologias constituem uma das diversas vertentes de investigação dos direitos fundamentais, na exata medida que promovem ou devem promover a inclusão e o desenvolvimento das pessoas no campo tecnológico, como medida apta a consagrar o princípio da igualdade.⁴

Cumprir o mandamento (consistente na contínua remoção de barreiras) contido no art. 3º, inc. I e inc. IV, alínea *f*, da LBI, implica em tornar acessível a todos as tecnologias que definem e justificam os postulados da sociedade da informação. A LBI, entende-se, revela um princípio inerente ao sistema jurídico como um todo, o de que as barreiras que impedem a realização humana para grupos específicos devem ser retiradas do sistema jurídico e da vida concreta.

Os itens subsequentes buscarão construir as respostas a algumas indagações essenciais. Afinal, o que são barreiras? As diversas formas de barreiras definidas na LBI seriam as únicas, encerradas no rol taxativo que ela teria criado? Por que o comportamento que não se volta à remoção de barreiras demonstra uma atitude que, por si só, passou a constituir uma categoria própria de barreiras? Se há um propósito consagrado em lei para a remoção de barreiras, os comportamentos reticentes podem ser substituídos por comandos judiciais? No caso das barreiras a que se sujeitam os excluídos digitais, os quais têm o seu direito à educação tolhido, é possível um tratamento semelhante?

Para respondê-las, analisaremos no item subsequente o núcleo conceitual dessa categoria jurídica, à luz da disciplina apresentada pela LBI. Na sequência, faremos referência às barreiras tecnológicas que, numa sociedade desigual segregam as pessoas com deficiência, mas também as economicamente hipossuficientes. Verificaremos, então, como a técnica processual pode ensejar a remoção dessas barreiras.

4. Vale transcrever o principal dispositivo da LBI: “Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. Principal, pois encerra o conceito de pessoa com deficiência, mas deixa evidente que a participação em igualdade de condições constitui um objetivo que deve sempre considerar a inclusão de todas as pessoas.

1. A interação com barreiras como condição inevitável para caracterizar qualquer situação de exclusão

Há muros que separam nações, há muros que dividem pobres e ricos, mas não há hoje, no mundo um muro, que separe os que têm medo dos que não têm medo. Sob as mesmas nuvens cinzentas vivemos todos nós, do sul e do norte, do ocidente e do oriente. Citarei Eduardo Galiano acerca disto, que é o medo global, e dizer: 'Os que trabalham têm medo de perder o trabalho; os que não trabalham têm medo de nunca encontrar trabalho; quando não têm medo da fome têm medo da comida; os civis têm medo dos militares; os militares têm medo da falta de armas e as armas têm medo da falta de guerras'. (MIA COUTO, 2011, online)

A constatação de que se está diante de uma barreira, depende da interação de uma pessoa com essa barreira e que tem como resultado uma situação de exclusão, que não permitindo o pleno desenvolvimento.

Como referido, a LBI positivou o conceito de barreira (art. 3º, inc. IV), que constitui um de seus conceitos centrais, considerando que a inclusão das pessoas com deficiência (e veremos logo adiante que não apenas das pessoas com deficiência) se dará na exata medida em que, constatada a impossibilidade de pleno desenvolvimento, quando de sua interação com uma barreira, esta seja removida a fim de que a situação de discriminação cesse.

As barreiras excluem e discriminam as pessoas, sendo certo que a lei nos revela a existência duas grandes categorias, chamemos assim, desses entraves ao desenvolvimento da pessoa.

Numa primeira categoria, estariam as barreiras que podem ser facilmente percebidas, as que são, digamos, mais evidentes. Interessante anotar que o próprio art. 3º, inc. IV, afirma que as barreiras são “entraves” ou “obstáculos” e, geralmente, os obstáculos são perceptíveis.

Partindo-se do objetivo central da LBI, revelado em seu art. 1º (assegurar e promover a inclusão), não é difícil concluir, por exemplo, que a ausência de elevadores e/ou rampas adequadas de acesso constituem obstáculos intransponíveis para a locomoção de pessoas que necessitam se utilizar, por exemplo, de cadeiras de rodas, as que apresentam cardiopatias crônicas, mas também aos idosos, ou com qualquer mobilidade reduzida (art. 3º, inc. I) que não se confunde com deficiência.

Ainda que, no presente estudo, nos interesse mais de perto as barreiras tecnológicas,⁵ que são as que dificultam ou mesmo impedem o acesso às tecnologias, destacaremos, num primeiro momento, as que consideramos conter todas as demais, consistindo numa importantíssima inovação do legislador: as denominadas barreiras atitudinais.

No nosso sentir, as barreiras atitudinais formariam a segunda categoria referida, que nem sempre se encontram plenamente reveladas, nem sempre são evidentes e, como demandam ajustes comportamentais para suas remoções, certamente demandam mais tempo, atenção contínua de todos e até mesmo o ajuizamento de ações para que, reconhecidas, comportem a determinação de suas remoções.

Na realidade, na base de todas as barreiras, encontram-se atitudes e comportamentos que, de duas uma: ou as criaram, ou não as removem quando evidenciadas.

A LBI, portanto, reconheceu que no conceito de barreira também se encontram as atitudes e os comportamentos que limitam ou impedem “*a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros*” direitos fundamentais.

⁵ . Dois recentes estudos que integram a obra *Pessoa com deficiência – inclusão e acessibilidade*, coordenada por Jose Marcelo Menezes Vigliar, um dos autores do presente estudo, tratam dos aspectos envolvendo as barreiras tecnológicas e as pessoas com deficiência. O primeiro deles apresenta reflexões sobre as desigualdades sociais e a exclusão tecnológica que excedem o âmbito de defesa das pessoas com deficiência. Consideram os seus autores: “*A inclusão digital compreende a capacidade de utilizar das Tecnologias da Informação e Conhecimento (TIC’s), e dela compreender minimamente o mundo digital, mas, sobretudo, permite melhor qualidade de vida para aqueles que a utilizam. No entanto, a questão da desigualdade social encontra-se interligada com a inclusão digital, uma vez que nem todo o indivíduo têm um computador, ou acesso à internet, ou ainda, não contraiu a capacidade para utilizar das novas tecnologias*”. Cf. CAETANO, Cesar Siqueira, COELHO, Eduardo Salgueiro e SILVA, Priscila Margarito Vieira da. *A inclusão digital de pessoas com deficiência na sociedade da informação*. In: *Pessoa com deficiência – inclusão e acessibilidade*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 89 e ss. O segundo estudo destaca: “*A informação e o conhecimento são as principais maneiras de se transitar com autonomia na Sociedade da Informação, os quais são disseminados por meio de ferramentas tecnológicas arquitetadas para um fim específico. Com base em tais premissas, importante lembrar que a informação, bem como as ferramentas para seu exercício, são garantidoras do exercício da cidadania em uma sociedade democrática; deste modo, o acesso à informação, em especial aquela disponibilizada no ambiente líquido, em razão de sua ontologia, deve ser garantido à todos os cidadãos de determinada sociedade, de maneira igualitária*”. Cf. AMORIM, Denise Souza; FUJITA, Máira de Oliveira Lima Ruiz e CARNEIRO, Mayara Andrade Soares. *A Inclusão Digital da Pessoa com Deficiência na Sociedade da Informação: breves considerações acerca da acessibilidade e das barreiras*. In: *Pessoa com deficiência – inclusão e acessibilidade*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 137 e ss.

A importância desse dispositivo é inquestionável pois, expressamente, anteviu a necessidade de proteger as pessoas (o dispositivo fala da *participação social da pessoa* – de todas as pessoas) das mazelas derivadas da interação com barreiras criadas por comportamentos e atitudes viciosos, a despeito do conceito encontrar-se no âmbito legislativo da especial proteção das pessoas com deficiência.

Efetivamente, outras áreas do Direito já vêm se apropriando do conceito de barreiras para, detectando barreiras atitudinais, concluir pela existência de outras, não previstas expressamente na LBI. Para exemplificar, recentemente, Flavio Alberto Gonçalves Galvão, Jose Marcelo Menezes Vigliar, Gabriel Oliveira Brito e Vinicius Morais de Souza (2020) elaboraram no Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação, do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, uma cartilha (*Isenções tributárias para pessoas com deficiência* – disponível em https://mestradodireitofmu.files.wordpress.com/2020/05/projeto_cartilha_direito.pdf), sobre isenções tributárias para pessoas com deficiência e utilizaram a expressão “barreira financeira” como um entrave para as pessoas adquiram determinados bens, considerando a excessiva carga tributária que os encarece e, assim, apenas quem tem condições financeiras pode adquirir, por exemplo, um automóvel adaptado.

Naturalmente, surge mais uma indagação: a partir da consciência de que barreiras atitudinais constituem uma realidade, esse conceito poderia se verificar também em outras formas de exclusão e discriminação para além da pessoa com deficiência, tais como as que ocorrem contra o idoso, ou em detrimento da criança, nas discriminações raciais, nas de gênero, na livre escolha e realização litúrgica das religiões e espiritualidade e nas de orientação sexual e fundamentalmente àqueles que não têm acesso à tecnologia?

Antes da resposta, cabe, brevemente, mencionar as origens da LBI e destacar a sua vocação, que é a promoção da inclusão.

2. Origem e propósito da LBI

Alguém poderia dizer: quando juízes e legisladores discordam sobre qualquer assunto, o princípio da supremacia do legislativo afirma que a opinião dos legisladores deve prevalecer. (Ronald Dworkin)

A frase de Dworkin foi propositadamente escolhida e não tivemos o intuito de fazer crer que poríamos em discussão os modelos de juízes (Hermes e Hércules) que, diante de um conflito, teriam que interpretar a LBI (DWORKIN, 1999, p. 400).

Para os que conhecem a obra, sabem que o citado autor chega até mesmo a cogitar longamente o que o “Juiz Hermes” (modelo de juiz) deveria considerar sobre as intenções da Senadora Smith, quando votou sobre determinada lei que, como o próprio autor reconhece, preserva uma espécie de peixe pouco significativa. Se o nosso propósito fosse esse, o presente item não teria fim, pois o autor revela uma série de considerações que deveriam ser realizadas no momento da interpretação, envolvendo, inclusive, as intenções do legislador.

Observa-se que o trecho transcrito principia pelo pronome indefinido “alguém”. Portanto, trata-se apenas de uma conjectura de uma pessoa indeterminada. A afirmação não reflete, necessariamente, o pensamento de Dworkin, nem mesmo o nosso pois, a despeito das intenções do legislador (de resto, intangíveis), nem sempre a sua opinião é a que deve prevalecer, num possível confronto sobre possíveis interpretações sobre um mesmo texto legal.

Contudo, no caso da LBI, na sua interpretação (e não apenas pelos juízes, nos conflitos que lhes forem atribuídos para decidir) há que se considerar o seu objetivo que consta na sua denominação, qual seja, a inclusão. Essa o inquestionável propósito da LBI.

Vejamos um breve histórico de sua edição e sua integração com o ordenamento jurídico.

Sabe-se que a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, denominada Lei Brasileira de Inclusão (LBI) ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, surge da necessidade de se dar cumprimento à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi assinada em Nova York - EUA - em 30 de março de 2007.

Posteriormente, o Congresso Nacional aprovou referida Convenção por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008 que, por sua vez, foi promulgado pelo Presidente da República (Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009), passando, assim, a ter o status de Emenda Constitucional, conforme prevê o § 3º, do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que, diga-se de passagem, reserva diversos dispositivos que disciplinam a proteção da pessoa com deficiência.

Podemos destacar alguns. Partindo de uma disciplina jurídica mais genérica, mas que obviamente inclui a pessoa com deficiência, destaca-se o princípio da isonomia (*caput* do art. 5º). Ainda em um âmbito menos específico, deve ser considerado o princípio da dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso I, do art. 1º), que compromete a atuação do Estado Brasileiro com a construção de uma sociedade livre, justa, igualitária, mediante a redução das desigualdades sociais como um dos objetivos fundamentais elencados no seu art. 3º, com a prevalência dos direitos humanos como regra para as relações internacionais conforme o art. 4º.

Indiscutivelmente, esses dois dispositivos denotam o caráter inclusivo adotado pela nossa Constituição, o que ensejou a possibilidade da atividade legislativa da LBI comprometer-se com o objetivo de remover as barreiras.

Mais especificamente, voltados diretamente à inclusão da pessoa com deficiência, destaca-se o disposto no § 2º do art. 227 e no texto do art. 244.

Importa destacar que a referida Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência apresentou diversos conceitos e definições que foram absorvidos pela Lei nº 13.146/2015, sendo o mais importante na nossa forma de sentir a mudança de paradigma no que diz respeito ao próprio conceito de pessoa com deficiência, deixando de adotar o conceito médico até então vigente no Brasil, *“para adotar um conceito ambiental, muito mais preocupado com as barreiras existentes na realidade do indivíduo do que apenas e tão somente no aspecto médico”* (ARAÚJO e COSTA FILHO, 2016, p. 12).

Assim, do ponto de vista do regime jurídico positivado a necessidade de inclusão passa, obrigatoriamente, pela conscientização de que barreiras existem e, considerando que o legislador também incluiu as barreiras atitudinais conforme referimos anteriormente, a figura de linguagem empregada pelos autores acima citados (“conceito ambiental” para a deficiência), ainda que correta, parece-nos incompleta.

A interação social está no núcleo do conceito de barreiras e, considerando que as barreiras atitudinais comportam e parecem estar contidas nas demais barreiras, entendemos que o conceito deixa de ser puramente médico (sendo certo que em determinados casos o reconhecimento médico da deficiência é essencial), passando a ser um conceito sociológico.

A conclusão pela deficiência não se limita mais à pessoa e sim na sua interação social e apenas existe porque há uma ou mais barreiras a impedir a inclusão plena.

Vejamus então, no item subsequente se, realmente, podemos nos apropriar do conceito de barreiras para verificarmos como é possível que se erijam barreiras tecnológicas não apenas para as pessoas com deficiência, mas a todas as pessoas que encontrem entraves à sua inclusão.

3. Quem se sujeita às barreiras atitudinais tecnológicas?

Onde há os mesmos motivos, haverá a mesma disposição de direito.

(Norberto Bobbio)

É de presumir-se que, havendo correspondência de motivos, igual deve ser o preceito aplicável.

(Miguel Reale)

Os escólios de Norberto Bobbio (BOBBIO, 1999, p. 153) e Miguel Reale (REALE, 1975, p. 128) logo acima transcritos constituem variações da antiga regra de hermenêutica, segundo a qual “*ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*”, regra esta que embasa, adiantamo-nos em afirmar a nossa conclusão, que o conceito de barreiras da LBI é igualmente válido para todas as demais formas de exclusão.

Uma grave consequência material produzida por atitudes excludentes, comissivas ou omissivas, é o distanciamento que elas criam entre os que foram, de alguma forma, prejudicados em relação a uma oportunidade.

Sobre a perda de oportunidades derivada de atitudes discriminatórias, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini e Jose Marcelo Menezes Vigliar escreveram⁶ algumas reflexões que, em certa medida, permeiam a fundamentação do presente item, considerando que estamos tratando de barreiras tecnológicas.

Importante que se esclareça que oportunidade não é dádiva, não é óbolo, não é favor e nem sorte. Oportunidade é uma circunstância favorável a todos aqueles que, nas mesmas condições objetivas, dela podem se valer. Nas mesmas condições objetivas, qualquer subjetivismo por parte de quem oferece a oportunidade, cria discriminação, cria favorecimentos. Em outros termos, a discriminação cria diferenças

⁶. Cf. *O conceito de barreiras atitudinais previsto na Lei Brasileira de Inclusão e a possibilidade de sua utilização para outras situações*. Artigo inédito aceito para publicação na Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (ISSN 2175-2168).

que inexistem nas condições objetivas aparentemente oportunizadas, privilegiando um ou alguns em detrimento de todos aqueles que estão nas mesmas condições.

As oportunidades (as circunstâncias favoráveis), como as demais situações, sofrem a influência do tempo. Quem perde uma circunstância favorável como resultado de ação discriminatória, não a recupera, pois o tempo, igualmente, segue seu curso, solidifica situações e transforma a existência das pessoas.

As pessoas discriminadas podem receber, inclusive, tutela jurisdicional coletiva, bastando que a discriminação alcance, por exemplo, a honra e a dignidade de grupos que, historicamente, se sujeitam a atos discriminatórios de todos os tipos, quais sejam, os “*grupos raciais, étnicos ou religiosos*”, conforme prevê a Lei nº 13.004 de 24 de junho de 2014 que, modificando a Lei nº 7.347, de 14 de julho de 1985 (conhecida como *Lei da Ação Civil Pública*), reconheceu a possibilidade da defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, com todas as ações judiciais cabíveis,⁷ inclusive com a postulação de dano moral coletivo, em processos de conhecimento, de execução de título executivo extrajudicial (termos de ajustamento de condutas) e cumprimento de sentença, além das tutelas provisórias a que a referida lei ainda menciona como “ação cautelar”.⁸

Relacionado à perda de oportunidade, ou seja, conduta discriminatória que venha a ensejar a perda de uma objetiva circunstância favorável, há as que são realizadas no âmbito privado das relações e as que se verificam nas relações das pessoas com o Estado. Nestas, principalmente nas relações das pessoas naturais com o Estado, a discriminação oriunda dos agentes públicos causa peculiar aversão, pois retiram daquele que é discriminado a própria condição de cidadania (garantida no art. 1º, inc. II da Constituição Federal). Isso ocorre pois custa a crer que o Poder Soberano, que emana do povo (conforme parágrafo único do mesmo dispositivo), admita que parte daqueles de quem este Poder emanou possa ser submetido a perdas de

7. Conforme preceitua o art. 83 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (conhecido como *Código de Defesa do Consumidor* - CDC), que admite a utilização de quaisquer “ações” para a defesa dos interesses transindividuais. Importante lembrar que o CDC se aplica a toda tutela jurisdicional coletiva e não apenas aos casos concretos derivados de relações de consumo. A afirmativa encontra respaldo no art. 90 do próprio CDC. Este dispositivo, interpretado com o art. 21 de já referida *Lei da Ação Civil Pública* (Lei nº 7.347/85), permite que se conclua que todo o Título III do CDC se aplica a toda e qualquer ação civil pública, tenha ela como objeto o meio ambiente, as relações de consumo coletivas, o patrimônio cultural etc. Inclua-se aqui, portanto, a tutela dos interesses transindividuais ligados a conflitos derivados de etnia, raça ou religiosos.

8. Na atualidade, as tutelas provisórias, previstas na Lei nº 13.105/2015, considerando que o vigente Código de Processo Civil se aplica, subsidiariamente, à *Lei da Ação Civil Pública*.

oportunidades, mediante ação ou omissão que, em última análise, revela devoção de privilégio do Estado entre seus cidadãos. A atitude discriminatória do particular que não contrata uma pessoa em função da idade, etnia, religião ou qualquer outro elemento, constitui atividade vedada, mas torna-se exponencialmente abjeta quando advém do Estado e seus agentes, pelos fundamentos lembrados logo acima.

As ações discriminatórias representam, de qualquer forma, censurável parcela das atitudes, aqui entendidas como os comportamentos das pessoas ditados por disposições interiores, maneiras de agir e reagir, convicções, predileções e condutas reiteradas, que recebeu expressiva disciplina jurídica, em legislação que prima pela inclusão, que declara que o Estado Brasileiro não tolera conviver com atitudes, obstáculos, entraves ou comportamentos que se oponham, de qualquer forma, à participação social. E completa o legislador, num rol meramente exemplificativo, “*bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros*”, ou seja, atitudes que venham a obstaculizar o livre exercício da cidadania em todos os aspectos, inclusive no processo eleitoral, removendo eventuais barreiras que impeçam a pessoa com deficiência de votar, como se destacou em artigo doutrinário voltado a indicar que a inclusão, nesse campo, é dever do Estado, que deve desenvolver as tecnologias adequadas à inclusão (VIGLIAR, LEITE e SIMÃO FILHO, 2016, p. 152).

As atitudes também, na atualidade, receberam disciplina legal e foram elevadas à condição de categoria jurídica, no reconhecimento de que justamente nessas disposições interiores, por vezes reveladas de forma expressa e por vezes detectada pelo conjunto das ações de cada um, se encontra a origem de todas as discriminações (étnico-raciais, religiosas, derivada da orientação sexual, da idade, da condição financeira, entre outras).

A LBI tem a virtude de revelar que mesmo as atitudes omissivas configuram entraves, considerando que deixar de colocar em prática medidas e políticas de inclusão correspondem à criação de uma barreira.

Não obstante a atividade legislativa, que alocou as *barreiras* num determinado diploma, observa-se, pelas definições contidas na LBI, que todas as expressões comportamentais discriminatórias e/ou impeditivas, sejam as veladas ou as explícitas de quaisquer naturezas, constituem-se como modalidades de *barreiras atitudinais*.

Em outras palavras, não há apenas *barreiras atitudinais* que obstem o pleno desenvolvimento da pessoa com deficiência.

Há um elemento importantíssimo, para fins da aplicação extensiva de seus conceitos, que merece destaque considerando que identifica o propósito maior da LBI: a plena inclusão. Essa a sua vocação.

A LBI vai além da conclamação à modificação dessas atitudes. Não se trata de mera apresentação de uma intenção, de um “dever ser”. A estrutura dos dispositivos acima referidos revela que o legislador considera as *barreiras atitudinais* como elemento concreto de identificação da criação de entraves.

A conclusão é obtida de forma inversa. Diante de uma determinada atitude, cabe verificar se, em concreto, obstou a plena participação do indivíduo, retirando-lhe a oportunidade de se haver plenamente na sociedade.

Possível, portanto, retirar de seu texto a solução para quaisquer formas de atitudes não-inclusivas. A solução traduz-se em promover a remoção desses comportamentos, com o objetivo de modificar tais atitudes.

Mas se a atitude não se modifica, acaba por gerar um conflito de interesses e, assim, a possibilidade de intervenção judicial destinada a reparar a perda, seja pela edição de decreto condenatório que veicule obrigação de fazer (destinado à remoção da atitude, benefício individual ou coletivo), seja pela condenação na reparação dos danos materiais e morais decorrentes da atitude obstativa, seja por um provimento que veicule essas duas medidas, tudo a depender da narrativa dos fatos e dos pedidos deduzidos em concreto.

Tratam-se de soluções práticas com várias virtudes que podem ser destacadas: acabar com a hipocrisia de se imaginar que não existem *barreiras atitudinais*, considerando que, apesar de perceptíveis, não são visíveis; reconhecer que estas discriminam e criam entraves, prejudicando o pleno desenvolvimento das pessoas, criando uma sociedade com cidadãos de categorias diversas; reconhecer e reafirmar a vontade da LBI (vontade esta que foi retirada da Constituição Federal) pela remoção de tais *barreiras*, o que implica dizer que há a plena possibilidade de se levar conflitos de interesses ao Judiciário, com a descrição de fatos que geram discriminação; didaticamente, acabam por demonstrar que a manutenção de atitudes discriminatórias geram consequências jurídicas.

Inevitável, conforme já mencionamos anteriormente, a cotidiana interação com as *barreiras atitudinais* que, infelizmente, não são removidas com a mesma eficiência e relativa velocidade com que se removem outras modalidades de *barreiras*, como é o caso das *arquitetônicas*, por exemplo. As *atitudinais* demandam a remoção de hábitos, preconceitos e outros elementos comportamentais que, conforme acima referido, na maioria das vezes se percebe pelo conjunto de atitudes de quem discrimina.

Sempre que a igualdade de condições e oportunidades seja desconsiderada, sob ilegal e inconstitucional evocação, utilização ou consideração íntima de intoleráveis *descrímens* de quaisquer naturezas, terá sido erigida uma *barreira atitudinal*, componente presente em qualquer ato discriminatório.

O dispositivo da LBI reconheceu nas *barreiras atitudinais* um verdadeiro gabarito para a verificação de outras formas de discriminação. Traz os principais elementos da atitude discriminatória que, na realidade, nasce nas atitudes. Determina, ainda, a necessidade de observância da igualdade de condições a fim de que não se promova sucessivas perdas de oportunidades.

Entendemos importante destacar alguns fundamentos jurídicos que apoiam as conclusões acima referidas.

Importa verificar, do prisma das técnicas de hermenêutica jurídica, se as soluções permitidas para colmatar eventuais omissões das leis poderiam ser aplicadas para se estender o conceito de *barreiras atitudinais* para outras formas de discriminação e não exclusivamente para as discriminações que assolam as pessoas com deficiência, considerando que a LBI tem como objetivo a plena inclusão.

Cabe mencionar alguns diplomas que passaram a determinar a inclusão das pessoas que se encontram sob sua disciplina jurídica. Importante verificar que algumas dessas leis introduziram importantes conceitos, mais tarde utilizados na própria LBI, como os de *ações afirmativas* e seus limites, *políticas públicas* coordenadas etc.

Acrescente-se que algumas dessas leis, pelo simples fato de apresentarem dispositivos que denotam preocupação com as pessoas que estão sob seu abrigo, promovem uma importante forma de inclusão: a inclusão jurídica.

A Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, por exemplo, que instituiu o *Estatuto da Igualdade Racial* veicula, sem o denominar, hipóteses de *barreiras atitudinais* que excluem, restringem, distinguem, ou criam preferência em razão da raça, cor,

descendência etc. Ao mesmo tempo, conforme referido, de forma expressa, passam a determinar o conteúdo jurídico de *ações afirmativas, políticas públicas, desigualdade racial, desigualdade de gênero e raça* etc.

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que instituiu o *Estatuto da Criança e do Adolescente* e, já nos anos 1990, tratava de determinar atitudes inclusivas ao proibir, expressamente, apenas como um exemplo, como o faz em seu art. 20, qualquer discriminação oriunda do fato da criança não ter nascido de um (formal) casamento. Tal exemplo foi destacado (e há muitos de índole inclusiva) pois, anteriormente, em seu art. 3º, afirmava que os direitos que disciplina seriam aplicados a todas as crianças e adolescentes, pouco importando a condição de “nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem” (como mais tarde foi disciplinado pela Lei 13.257, de 8 de março de 2016, que trata das políticas públicas para a primeira infância).

Ainda, importante destacar a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, conhecida como o *Estatuto do Idoso*. O art. 2º apresenta um rol exemplificativo de garantias inclusivas, destacando-se a determinação de observância de concessão de oportunidades aos idosos.

São apenas alguns exemplos da legislação vigente, que trata de temas como inclusão, ofertas de oportunidades em igualdade de condições, com destaque à proteção em dois importantes momentos cruciais da existência da pessoa, que necessita da inclusão para o desenvolvimento e para que se mantenha em pleno exercício de seus direitos fundamentais. Diplomas que repudiam discriminações derivadas de cor, raça, gênero.

São diplomas integrados, que demonstram a preocupação do Estado Brasileiro com as seculares e hediondas práticas de discriminação oriundas de um conjunto abominável de atitudes reiteradas.

No ordenamento jurídico brasileiro, conforme destacado anteriormente, há dispositivo que versa sobre o conteúdo jurídico das denominadas *barreiras atitudinais*, apontando a solução para que se transponha tal entrave discriminatório.

Não há lacuna a impedir que o intérprete da lei verifique a sua presença (e consequências) num caso concreto. Não se trata de atividade hermenêutica que necessita de outras formas de expressão do direito para a solução de um caso concreto.

Sobre o tema, há importante escólio (FRANÇA, 2008, p. 45) que traça a diferença entre as formas que a norma jurídica se expressa (leis, costumes, jurisprudência, princípios gerais do direito etc.) e a analogia que, na realidade, se trata de um método de integração do direito, assim como a equidade.

Aplica-se as formas de expressão do direito (as “fontes”) mediante a analogia e a equidade.

Importa revelar o conteúdo do art. 4º do Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, a *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Sobre esse dispositivo, o citado autor afirma que

conforme o que dispõe o art. 4º da Lei de Introdução, o legislador quer que, antes da utilização desses modos complementares de externamento da norma jurídica, o intérprete recorra à analogia, isto é, ao raciocínio que, partindo da solução prevista em lei para certo objeto, conclui pela validade da mesma solução para outro objeto semelhante não previsto. (FRANÇA, 2008, p. 45)

Ainda versando sobre o tema das lacunas, Maria Helena Diniz destaca que a “ausência de norma” e a “disposição legal injusta ou em desuso” são as formas mais comuns de lacunas. A autora destaca, não obstante, que haverá lacuna sempre que se verificar a “falta de conhecimento sobre um status jurídico de certo comportamento”, derivado do que denomina de “*defeito do sistema*”. (DINIZ, 4, 1999)

Nesse particular, nosso sistema não ostenta um “defeito”, para utilizarmos os termos da autora. Bem ao contrário, o “status jurídico de certo comportamento” foi destacado na norma que prevê as *barreiras atitudinais*, assim entendidos os comportamentos ou atitudes que impeçam ou prejudiquem a participação social das pessoas (discriminadas de qualquer forma, com deficiência ou não) em igualdade de condições e oportunidades, na forma do art. 3º, inc. IV, alínea “e”.

Outro dispositivo da *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* também autoriza aplicação desse critério legal que, previsto de forma expressa na LBI, pode ser considerado para todas as formas de discriminação. Trata-se do art. 5º, que

prevê que na “aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

O fim social da LBI, como sugere sua própria ementa, destina-se à inclusão, conceito que intuitivamente se contrapõe às discriminações em todas as suas formas. A gênese da discriminação está na atitude, pois uma atitude reiteradamente omissiva ou comissiva pode criar as barreiras.

Portanto, parece-nos que a pergunta que intitula o presente item pode ser respondida.

Às barreiras atitudinais tecnológicas, sujeitam-se não apenas as pessoas com deficiência, mas todo aquele que ficar à margem das oportunidades que a tecnologia oferece.

Importante dizer que estas barreiras atingem de maneira especial populações que já são afetadas negativamente por outras discriminações como os mais pobres, os negros e os índios (STEVANIN, 2020, p. 11).

Para além disso, de acordo com a pesquisa CETIC kids 18% das crianças entre 9 e 17 anos vivem em domicílios sem internet. O Brasil tem 1,4 milhão de crianças nesta faixa que jamais utilizaram-se da internet. Daqueles que usam internet, 58% utiliza apenas pelo celular sendo que, sendo que nas classes D e E, chega-se a 73%. (CETIC, 2020) Daí se percebe que há barreiras tecnológicas para estas crianças no acesso ao direito à educação eis que no período da pandemia de COVID-19, as atividades têm ocorrido pela rede mundial de computadores. Percebe-se uma desigualdade de oportunidades ainda maior do que aquela já ocorrida antes deste triste evento.

Na comunidade de princípios (DWORKIN, 1999, p. 254-259) que podemos dizer que foi erigida pela Constituição de 1988 e confirmada pela LBI e demais legislações inclusivas: “Uma pessoa é tão digna quanto qualquer outra e deve ser tratada com o mesmo interesse, de acordo com uma concepção coerente do que isso significa.”(DWORKIN, 1999, p. 257). Assim, a prática da igualdade exige que as condições de todos sejam consideradas na tomada das decisões e os sacrifícios não podem todos recair sobre as vítimas preferenciais como o pobre, o negro, o índio, a pessoa com deficiência, as mulheres, as crianças e adolescentes, mas tem que feitos também por aqueles mais beneficiados pela estrutura social (DWORKIN, 1999, p. 257).

Deste modo, percebemos com clareza a existência de um direito das pessoas que sofrem com estas barreiras as verem removidas, o que pode ser realizado, no limite, judicialmente.

Considerações finais

O direito de todos à inclusão no conjunto de oportunidades oferecidos pela sociedade tem base constitucional e é desenvolvido pela LBI. Tal direito é inerente aos princípios do nosso sistema jurídico. Ele, por óbvio, não se aplica somente às pessoas com deficiência.

Assim, entendemos em que uma aplicação por analogia, o direito de remoção de barreiras para o aproveitamento das oportunidades se aplica não só as pessoas com deficiência, mas a qualquer um que sofra com as tais empecilhos, sejam eles físicos ou atitudinais. Este deve ser o critério para exigir e construir soluções para milhões de crianças e adolescentes que pelo fato de não terem acesso adequado (ou por vezes qualquer acesso) à internet, ficam privados do direito à educação, a partir do momento em que todos passaram a ter aulas online.

As providências judiciais não são o único caminho, mas são uma via aberta em um país em que, com frequência, os interesses de algumas camadas da população são deixados de lado.

Referências bibliográficas

AMORIM, Denise Souza; FUJITA, Máira de Oliveira Lima Ruiz e CARNEIRO, Mayara Andrade Soares. *A Inclusão Digital da Pessoa com Deficiência na Sociedade da Informação: breves considerações acerca da acessibilidade e das barreiras*. In: *Pessoa com deficiência – inclusão e acessibilidade*. São Paulo: Almedina, 2020.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. COSTA FILHO, Waldir Macieira da. A Lei 13.146/2015 (O Estatuto da Pessoa com Deficiência ou a Lei Brasileira da Pessoa com Deficiência) e sua efetividade. *Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 7, n. 13, 2016. pp. 12-30.

CAETANO, Cesar Siqueira, COELHO, Eduardo Salgueiro e SILVA, Priscila Margarito Vieira da. *A inclusão digital de pessoas com deficiência na sociedade da informação*. In: *Pessoa com deficiência – inclusão e acessibilidade*. São Paulo: Almedina, 2020.

CETIC. Tic Kids Online Brasil 2019: Principais resultados. São Paulo 23 de junho de 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/analises/tic_kids_online_brasil_2019_coletiva_imprensa.pdf. Acesso em 30 jun 2020.

COUTO, Mia. Murar o medo. 2ª Conferência do Estoril, 2011. Disponível em: <https://www.miacouto.org/murar-o-medo/>. Acesso em 01 nov. 2020.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2008.

SARLET, Ingo. *Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios*. In: Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 01, p. 29-44, dez. 2013.

STEVANIN, Luiz Felipe. RADIS, nº 5. Agosto de 2020. Disponível em <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/43180/2/Exclus%c3%a3oNadaRemota.pdf>. Acesso em 30 set. 2020.

VIGLIAR, Jose Marcelo Menezes. LEITE, Flávia Piva Almeida e SIMÃO FILHO, Adalberto. *Inclusão da pessoa com deficiência na sociedade da informação: considerações sobre a cidadania ativa e passiva no processo eleitoral*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 40, n.2, p. 152-173, jul. / dez. 2016.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes *et al.* *Isenções Tributárias para Pessoas com Deficiência: Informação - Conscientização – Obtenção*. Cartilha. São Paulo: FMU, 2020. Disponível em: <https://mestradodireitofmu.files.wordpress.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2020

Sobre os Autores

Bruna Casimiro Siciliani

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Cesar Landa

Professor de Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica do Peru e na Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex-Presidente do Tribunal Constitucional. Vice-presidente de la *International Association of Constitutional Law*

Claudia E. Zalazar

Doutora, Vogal da Exma. Quinta Câmara Civil e Comercial de Córdoba, Presidente da Sala de Direito à Saúde do Instituto de Pesquisa em Ciências Jurídicas da Universidade Blas Pascal (UBP), Membro do Comité Ejecutivo da Rede Iberoamericana e da Rede Argentina de Direito Sanitário, Docente do curso de especialização em medicina legal no Conselho Médico da Província de Córdoba, Diretora de Projeto de Pesquisa sobre temas relacionados ao direito à saúde. Diretora da Revista de Derecho y Salud do Instituto de Pesquisa em Ciências Jurídicas da UBP.

Eugênio Facchini Neto

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 do TJ/RS

Greice Patrícia Fuller

Pós-doutora em Direito Ambiental pela Universidade de Navarra/Espanha com bolsa concedida pela CAPES. Doutora e mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação e da Graduação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Professora dos Cursos de Graduação das Faculdades de Direito e Pós-Graduação *Lato Sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Líder do Projeto de Pesquisa Efetividade jurisdicional estatal certificado pelo CNPq do Programa do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação. Professora visitante da Universidade de Navarra-UNAV (Espanha).

Ingo Wolfgang Sarlet

Doutor em Direito pela Universidade de Munique (Ludwig-Maximilians-Universität-München). Pesquisas em nível de pós-doutoramento no Instituto Max-Planck de Direito Social e Política Social, Munique, na Universidade de Munique e no Georgetown Law Center. Professor Titular e Coordenador do PPGD da PUCRS. Foi pesquisador visitante na Harvard Law School, Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa, Stellenbosh Institute for Advances Studies (STIAS), África do Sul, Instituto Max-Planck de Direito Privado Estrangeiro e Internacional, Hamburgo, e Instituto Max-Planck de Direito Social e Política Social. Foi professor visitante na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa, na Universidade de Lisboa, na Universidade Pablo de Olavide (Sevilha), no Curso de Mestrado em Direito Constitucional Europeu da Universidade de Granada e na Universidade de Hamburgo. Tem centenas de publicações (livros, capítulos e artigos em periódicos) no Brasil e no exterior (África do Sul, Alemanha, Argentina, Bélgica, Chile, Equador, Espanha, Inglaterra, Peru, Portugal). Desembargador aposentado do TJRS. Advogado e parecerista.

Irineu Francisco Barreto Junior

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

José Marcelo Menezes Vigliar

Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (Clássica). Professor do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Pesquisador do Projeto de Pesquisa Efetividade Jurisdicional Estatal certificado pelo CNPq do Programa do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação Advogado.

Larissa Marques Brandão

Advogada. Aluna Especial do Mestrado em Direito pelo curso do Programa de Pós-graduação Mestrado em Direito, pela Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul(UFMS). Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio de Jesus.

Luciane Cardoso Barzotto

Professora adjunta da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pós-doutora pela Universidade de Edimburgo. Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Líder do Grupo de Estudos Direito e Fraternidade da UFRGS.

Luis Alberto Reichelt

Mestre e Doutor em Direito pela UFRGS. Professor nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado em Direito da PUCRS. Procurador da Fazenda Nacional em Porto Alegre (RS).

Luis Felipe de Oliveira

Advogado. Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Graduado em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco - UCDB. E-mail: luisfelipe.deoliveira@hotmail.com

Miguel Ángel Presno Linera

Catedrático de Direito Constitucional da Universidad de Oviedo

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito pela UFPR. Professora-adjunta da Universidade Federal do Rio Grande – Furg. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande – Furg. Professora dos cursos de Graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, Direito Constitucional, Direitos Humanos, América Latina e questões decoloniais. Professora pesquisadora do CNPq e Fapergs. Pesquisadora dos Grupos de Pesquisa Tutelas à Efetivação dos Direitos Indisponíveis, Linha Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados, e coordenadora do Grupo de Pesquisa Direito constitucional e violência da Furg.

Ricardo Libel Waldman

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor e Coordenador do Mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas e Professor da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Ética e Fundamentos Jurídico-Políticos na Sociedade da Informação.

Membro da Comissão de Direito Ambiental da União Internacional para a Conservação da Natureza. Advogado.

Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Docente e pesquisadora e professora permanente do Programa de Mestrado em Direito na Sociedade da Informação e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP). Docente e pesquisadora permanente do Mestrado em Direito do Centro Universitário de Marília – UNIVEM. Editora da Revista Em Tempo do UNIVEM. Membro associado e Diretora Executiva do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito - ABEDi.

Sandra Regina Martini

Coordenadora e Professora do Programa de Mestrado em Direitos Humanos da Uniritter. Professora Convidada do PPGD-UFRGS. Professora visitante da UFMS. Pesquisadora Produtividade CNPq. Pesquisadora Gaúcha FAPERGS.

Virginia Zambrano

Doutora em Jurisprudência pela Università degli Studi di Napoli Federico II (1992). Professora de Direito Comparado da Università degli Studi di Salerno.

