

FAE / centro
universitário

LIVRO LAW EXPERIENCE 2020

DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ERA TECNOLÓGICA



LIVRO LAW *experience* 2020

LIVRO LAW EXPERIENCE – 2020
Direitos Fundamentais e a Era Tecnológica

Associação Franciscana de Ensino Senhor Bom Jesus

Frei João Mannes, OFM
Presidente
Frei Mário José Knapiak, OFM
Vice-Presidente
Jorge Apóstolos Sarcos
Diretor-Geral

FAE Centro Universitário

Jorge Apóstolos Sarcos
Reitor da FAE Centro Universitário
Everton Drohomerski
Pró-Reitor de Ensino, Pesquisa e Extensão
Eros Pacheco Neto
Pró-Reitor de Administração e Planejamento
José Vicente Bandeira Mello Cordeiro
Diretor de Pós-Graduação
Marco Antônio Regnier Pedrosa
Diretor do Campus Curitiba
Elcio Douglas Joaquim
Diretor dos Campuses São José dos Pinhais e Araucária
Alessandre Nunes
Assessor da Pró-Reitoria de Administração e Planejamento
Nacib Mattar Junior
Assessor da Pró-Reitoria de Ensino, Pesquisa e Extensão

Editor e Coordenação Editorial

Cleonice Bastos Pompermayer

Editoração

Claudia Mara Ribas dos Santos (Revisão)
Ticiane de Farias Pietro (Diagramação)
Edith Dias (Normalização)
Maristela Ferreira de Andrade Gomes da Silva (Coordenação)

Coordenadores de Curso Campus Curitiba

Adriane Cordoni Savi
Arquitetura e Urbanismo, Bacharelado
Antônio Joaquim Pinto, OFM
Filosofia – Bacharelado e Licenciatura
Cristiane Cecchin Monte Raso
Engenharia de Produção e
Engenharia Mecânica, Bacharelado
Edna Regina Cimanec
Administração, Bacharelado
Érico Eleutério da Luz
Ciências Contábeis, Bacharelado
Jorge Wilson Michalowski
Negócios Internacionais, Bacharelado e CST em Logística
Joyce Kelly Pescarolo
Psicologia, Bacharelado e Clínica PsicoFAE
Karlo Messa Vettorazzi
Direito, bacharelado
Programa FAE Law Experience
Maristela Ferreira de Andrade Gomes da Silva
CST em Gestão Comercial
Randy Rachwal
Comunicação Social: Publicidade e Propaganda, Bacharelado
Design, Bacharelado
Regina Cardoso de Almeida Andrade Costa
Núcleo de Prática Jurídica – NPJ

Comissão Organizadora

Prof^ª. Ma. Miriam Olívia Knopik Ferraz. Prof. Me. Karlo Messa Vettorazzi. Gabriela Ritondaro Galvão. João Victor Menine Machado. Leticia Pastre. Luíza Simon Dobronz. Maria Luíza Heisler Pereira. Paloma Bastos Andrade Copetti. Udo Guilherme Lutz.

Comissão Científica

Prof^ª. Ma. Miriam Olívia Knopik Ferraz (FAE). Prof. Me. Karlo Messa Vettorazzi (FAE). Profa. Me. Marion Bach (FAE). Prof. Me. Decio Franco David (FAE). Prof. Me. Gilberto Andreassa Junior (FAE). Prof. Me. Fernando Schumak (FAE). Prof. Me. Rodrigo Jacob Cavagnari (FAE). Profa. Me. Julia Heliodoro Gitirana (FAE). Profa. Me. Luciana Mello (FAE).

Roger Lahorgue Castagno Junior
Management Experience Program – MEP
Engenharia Civil, Bacharelado
Rogério Tomaz
Letras: Português e Inglês
Sílvia Iuan Lozza
Pedagogia, Licenciatura
Solidia Elizabeth dos Santos
Ciências Econômicas, Bacharelado
Valter Pereira Francisco Filho
CST em Gestão Financeira

Coordenadores de Curso Campus São José dos Pinhais

Andrea Bier
Administração, Bacharelado
Elizabeth Bezerra Lopes Murakami
Núcleo de Prática Jurídica – NPJ
Érico Eleutério da Luz
Ciências Contábeis, Bacharelado
José Carlos Alves Silva
Direito, bacharelado

Coordenadores de Curso Campus Araucária

Andrea Bier
Administração, Bacharelado
Érico Eleutério da Luz
Ciências Contábeis, Bacharelado
Cristiane Cecchin Monte Raso
Engenharia de Produção, Engenharia Mecânica,
e Engenharia Elétrica, Bacharelado

Núcleos e Departamentos

Areta Galat
Coordenadora do Núcleo de Relações Internacionais – NRI
Carlos Roberto de Oliveira Almeida Santos
Coordenador do Núcleo de Extensão Universitária – NEU
Cleonice Bastos Pompermayer
Coordenadora do Núcleo de Pesquisa Acadêmica – NPA
Edith Dias, Soraiá Helena Ferreira Almondes e Tatiana Novicki
Biblioteca
Elaine Cristina de Azevedo Pacheco
Coordenadora do Núcleo de Empregabilidade – NEP
Gabriele Assunção de Melo Camargo
Coordenadora do Núcleo de Admissão de Alunos – NAD
Karla Adriane Fernandes Zeni
Coordenadora do Núcleo de Registro e Controle Acadêmico – NRCA
Monica Bosio
Ouvidoria
Nacib Mattar Júnior
Coordenador do Núcleo de Legislação e Normas Acadêmicas – NLEG
Naiara Fernanda Johnsson
Coordenadora da Comissão Própria de Avaliação – CPA
Nelcy Terezinha Lubi Finck
Coordenadora do Núcleo de Carreira Docente – NCD
Paulo Roberto Araújo Cruz
Diretor de Relações Corporativas
Rita de Cássia Marques Kleinke
Coordenadora da Pastoral Universitária
Valter Pereira Francisco Filho
Coordenador do Núcleo de Inovação e Empreendedorismo – NIE
Vera Fátima Dullius
Coordenadora do Núcleo de Educação a Distância – NEAD

APRESENTAÇÃO

Este livro, em formato de coletânea, se deu em um amplo processo de reflexão sobre as interseções e margens existentes entre o Direito e a Tecnologia, e consolidou-se na presente obra pelas mãos de discentes e docentes. Faz parte da estruturação da disciplina de Pesquisa científica no **FAE Law Experience**, na qual ministro. O objetivo desta disciplina é despertar a paixão pela técnica na pesquisa científica em direito e este foi o norte que guiou as minhas aulas. Como resultado material desta experiência tivemos o evento “Law Experience 2020: Direitos Fundamentais e a era Tecnológica” e o desenvolvimento desta obra.

Assim, participaram ativamente do processo de idealização, elaboração, editoração e coordenação os discentes: Gabriela Ritondaro Galvão, Letícia Pastre, Luíza Simon Dobronz, Maria Luiza Heisler Pereira, Paloma Bastos Andrade Copetti e Udo Guilherme Lutz, que superaram as expectativas em sua responsabilidade e dedicação.

A presente obra está composta primeiramente pelos artigos científicos, estes tanto de discentes da FAE como externos.

Primeiramente tem-se o “Admirável mundo novo: a relação entre o Biodireito e Manipulação Genética” dos autores Ariê Scherreier Ferneda e Aron Vitor Fraiz Costa, que traz uma intersecção entre direito, literatura e tecnologia de forma dialógica e científica. Após, o “Direito à autodeterminação informativa e proteção de dados em tempos de pandemia: análise do atual contexto jurídico brasileiro” da autora Carolina Borges Soares, com o enfoque nas relações entre indivíduo, dados e Estado no contexto da pandemia. O artigo “A proteção de dados pessoais como direito e garantia fundamental na Constituição da República de 1988” dos autores Dânton Hilário Zanetti de Oliveira e Cinthia Obladen de Almendra Freitas, aborda a teorização da proteção de dados na Constituição de 1988. Após, os artigos “Os limites da administração pública no tratamento de dados pessoais no enfrentamento de calamidades públicas” dos autores Diogo Kastrup Richter e Marcelo Reviglio Bertoncini; “A quarta revolução industrial e seus impactos nos direitos fundamentais à privacidade e proteção de dados” dos autores Gilberto Bomfim e Bruno Fediuk de Castro; “Direitos fundamentais e a lei geral de proteção de dados” dos autores Gilberto Bomfim

e Renato Maia de Faria, retomam a temática do indivíduo, dados e Estado, cada qual com uma abordagem diversa e verticalizada. Reafirma-se, então, a interlocução entre literatura e direito pelo artigo “Diálogos literários: *Minority Report* à luz do direito constitucional à privacidade e do princípio da culpabilidade” dos autores Isabela Maria Stoco e Udo Guilherme Lutz. O biodireito e os diálogos com a tecnologia está presente nesta obra principalmente nas proposições dos artigos “Regulação, mercado e bioética: estratégias diante do advento de novas tecnologias genéticas e o sistema CRISPR-CAS9” de Jairo Lemos Neto Junior e “Tecnologia assistiva: instrumento para a acessibilidade da pessoa com deficiência na consecução de direitos fundamentais” das autoras Jussara Maria Leal de Meirelles e Elizabete Aparecida Pereira.

Ao fim, adentra-se nos artigos elaborados para a disciplina de Pesquisa Científica os quais eu pude acompanhar o processo evolutivo dos alunos. O primeiro é a análise casuística realizada no artigo “Saúde mental: impacto dos tratamentos apresentados por Nise da Silveira na formulação da Lei Antimanicomial Brasileira” de Letícia Pastre, demonstrando a sua sensibilidade em pesquisar sujeitos e direitos.

Após tem-se o artigo “A nova óptica dos dados pessoais: direitos protegidos pela Lei Geral de Proteção de Dados” de Paloma Bastos Andrade Copetti que complementa pontualmente os temas debatidos no evento “Law Experience 2020: Direitos Fundamentais e a era Tecnológica”, pela palestrante Ana Paula Copetti, como um diálogo intergeracional.

No artigo “Educação domiciliar: uma questão controversa no Brasil – análise do Recurso Extraordinário 888.815 - RS” a autora Gabriela Ritondaro Galvão enfrenta o tema com seriedade, tecnicidade e atenção as particularidades que este estudo impõe.

No artigo “Aborto e eutanásia: impactos da pandemia do covid-19” a autora Maria Luiza Heisler Pereira adentra em um tema pouco debatido no Estado em Pandemia, mas que, como ela demonstra, possui ampla ligação e carece de respaldo jurídico.

Por fim, o artigo “O Judiciário e a tentação de limitar através da moral a liberdade de expressão: análise do deferimento liminar em segundo grau (6ª câmara TJ-RJ) do pedido de proibição de exibição do “especial de natal Porta dos Fundos – 2019: a primeira tentação” dos autores Udo Guilherme Lutz e Luciana Ferreira de Melo, que abordam o direito fundamental à liberdade de expressão em análise casuística e atual, demonstrando o quanto um diálogo discente-docente pode render frutos de grande valor.

A presente obra ainda está composta dos comunicados científicos, tanto de discentes da FAE como externos, apresentados no evento “Law Experience 2020: Direitos Fundamentais e a era Tecnológica” que ocorreu nos dias 22 e 29 de maio. Este se desenvolveu inteiramente por videoconferência, composto de palestras e apresentação de trabalhos. No primeiro dia tivemos a palestra da Professora Ana Paula Copetti sobre o tema “Como

fica a privacidade no mundo digital” e no segundo dia da Professora Julia Gitirana sobre o tema: “Direitos sexuais e reprodutivos e tecnologias de controle: um olhar crítico sobre o caso Janaína Aparecido Quirino”. As apresentações de trabalho foram realizadas para uma banca avaliadora e contaram com alunos da FAE e externos, os trabalhos estão publicados nesta obra, quais sejam: “Sandbox regulatório como alternativa de regulação de fintechs” dos autores Ariê Scherreier Ferneda e Aron Vitor Fraiz Costa; “Antídoto da tributação na era digital: apontamentos críticos sobre a competência tributária ativa no mercado de softwares” do autor Jeferson Ferreira dos Santos e “A liberdade de expressão e a sua limitação na produção artística online: análise do caso “Especial de Natal - Porta dos Fundos” do autor Udo Guilherme Lutz.

Em tempos tão difíceis de cativar os alunos, ao fim, eles que me cativaram, com seus sorrisos, força de vontade, determinação e entrega a tudo o que se propõem. De forma paralela, tive ao lado grandes colegas que sempre incentivaram e apoiaram a iniciativa, os quais destaco: Karlo Messa Vettorazzi, Marion Bach, Decio Franco David, Gilberto Andreassa Junior, Fernando Schumak, Rodrigo Jacob Cavagnari, Julia Heliodoro Gitirana e Luciana Mello.

Esta obra é o começo de uma grande saga.

Curitiba, julho de 2020.

Miriam Olivia Knopik Ferraz

Professora FAE LAW Experience – 2020

SUMÁRIO

Bloco 1 – ARTIGOS CIENTÍFICOS

**ADMIRÁVEL MUNDO NOVO: A RELAÇÃO ENTRE O BIODIREITO E MANIPULAÇÃO
GENÉTICA _____ 09**

Ariê Scherreier Ferneda

Aron Vitor Fraiz Costa

**DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E PROTEÇÃO DE DADOS EM TEMPOS DE
PANDEMIA: ANÁLISE DO ATUAL CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO _____ 23**

Carolina Borges Soares

**A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL NA
CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 _____ 35**

Dânton Hilário Zanetti de Oliveira

Cinthia Obladen de Almendra Freitas

**OS LIMITES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NO
ENFRENTAMENTO DE CALAMIDADES PÚBLICAS _____ 51**

Diogo Kastrup Richter

Marcelo Reviglio Bertoncini

**A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E SEUS IMPACTOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À
PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS _____ 65**

Gilberto Bomfim

Bruno Fediuk de Castro

DIREITOS FUNDAMENTAIS E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS _____ 79

Gilberto Bomfim

Renato Maia de Faria

DIÁLOGOS LITERÁRIOS: MINORITY REPORT À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL À PRIVACIDADE E DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE _____ 93

Isabela Maria Stoco

Udo Guilherme Lutz

REGULAÇÃO, MERCADO E BIOÉTICA: ESTRATÉGIAS DIANTE DO ADVENTO DE NOVAS TECNOLOGIAS GENÉTICAS E O SISTEMA CRISPR-CAS9 _____ 109

Jairo Lemos Neto Junior

TECNOLOGIA ASSISTIVA: INSTRUMENTO PARA A ACESSIBILIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA CONSECUÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS _____ 125

Jussara Maria Leal de Meirelles

Elizabete Aparecida Pereira

SAÚDE MENTAL: IMPACTO DOS TRATAMENTOS APRESENTADOS POR NISE DA SILVEIRA NA FORMULAÇÃO DA LEI ANTIMANICOMIAL BRASILEIRA _____ 143

Letícia Pastre

A NOVA ÓPTICA DOS DADOS PESSOAIS: DIREITOS PROTEGIDOS PELA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS _____ 157

Paloma Bastos Andrade Copetti

EDUCAÇÃO DOMICILIAR - UMA QUESTÃO CONTROVERSA NO BRASIL: ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 888.815 - RS _____ 171

Gabriela Ritondaro Galvão

ABORTO E EUTANÁSIA: IMPACTOS DA PANDEMIA DO COVID-19 _____ 193

Maria Luiza Heisler Pereira

O JUDICIÁRIO E A TENTAÇÃO DE LIMITAR ATRAVÉS DA MORAL A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ANÁLISE DO DEFERIMENTO LIMINAR EM SEGUNDO GRAU (6ª CÂMARA TJ-RJ) DO PEDIDO DE PROIBIÇÃO DE EXIBIÇÃO DO “ESPECIAL DE NATAL PORTA DOS FUNDOS - 2019: A PRIMEIRA TENTAÇÃO DE CRISTO” _____ 209

Udo Guilherme Lutz

Luciana Ferreira de Melo

Bloco 2 – COMUNICADOS CIENTÍFICOS APRESENTADOS NO EVENTO LAW EXPERIENCE 2020

SANDBOX REGULATÓRIO COMO ALTERNATIVA DE REGULAÇÃO DE FINTECHS _____ 229

Ariê Scherreier Ferneda

Aron Vitor Fraiz Costa

**ANTÍDOTO DA TRIBUTAÇÃO NA ERA DIGITAL: APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE A
COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA ATIVA NO MERCADO DE SOFTWARES _____ 231**

Jeferson Ferreira dos Santos

**A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A SUA LIMITAÇÃO NA PRODUÇÃO ARTÍSTICA ON-LINE:
ANÁLISE DO CASO “ESPECIAL DE NATAL - PORTA DOS FUNDOS” _____ 233**

Udo Guilherme Lutz

ADMIRÁVEL MUNDO NOVO: A RELAÇÃO ENTRE BIODIREITO E A MANIPULAÇÃO GENÉTICA

BRAVE NEW WORLD: THE RELATIONSHIP BETWEEN BIO LAW AND GENETIC MANIPULATION

Ariê Scherreier Ferneda¹

Aron Vitor Fraiz Costa²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar, baseando-se na obra de Aldous Huxley, “Admirável Mundo Novo”, a regulamentação jurídica brasileira no que tange à manipulação genética e as consequências dela decorrentes. Com o advento de novas tecnologias e o desenvolvimento de estudos atinentes ao genoma humano, torna-se necessário debater a respeito da imposição de limites a determinadas práticas, cuja função se atribui ao biodireito. A metodologia utilizada é a dedutiva, aliada, porém, ao diálogo com a ficção criada por Huxley, para construção teórica e exemplificação a partir de uma situação problema referente aos limites, princípios e valores que devem incidir em práticas que visem à manipulação genética ou condicionamento do ser humano, tal como ocorre na obra literária. Assim, buscou-se identificar a legislação pertinente à temática, bem como avaliar se nela encontram-se meios de evitar que a sociedade se torne, de fato, um Mundo Novo.

Palavras-chave: Biodireito; Bioética; Genética; Literatura; Admirável Mundo Novo.

¹ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito. Membro do Grupo de Estudos Trabalhistas. Pesquisadora de Iniciação Científica 2019-2020. *E-mail*: ariefernedaxx@gmail.com

² Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito. Pesquisador de Iniciação Científica 2019-2020. *E-mail*: aronvitor@gmail.com

ABSTRACT

This article aims to analyze, based on the work of Aldous Huxley, “Brave New World”, the Brazilian legal regulation with regard to genetic manipulation and the consequences resulting from it. With the advent of new technologies and the development of studies related to the human genome, it is necessary to debate about the imposition of limits on certain practices, whose function is attributed to the biolaw. The methodology used is the deductive one, allied, however, to the dialogue with the fiction created by Huxley, for theoretical construction and exemplification from a problem situation regarding the limits, principles and values that should affect practices aimed at genetic manipulation or conditioning of the human being, as occurs in literary work. Thus, an attempt was made to identify the legislation relevant to the theme, as well as to assess whether it contains means to prevent society from becoming, in fact, a New World.

Keywords: Biolaw; Bioethics; Genetics; Literature; Brave New World.

INTRODUÇÃO

Na sociedade distópica descrita em *Admirável Mundo Novo*, de Aldous Huxley, as pessoas são formadas e desenvolvidas de modo psico e biologicamente diferente do convencional. Nas incubadoras, os seres humanos em desenvolvimento são alimentados de forma diversa, uma vez que a sociedade é dividida em classes genéticas, sem a possibilidade de mudança, em decorrência do pré-condicionamento biológico e psicológico aos quais são submetidos.

Ademais, qualquer questionamento quanto ao modelo de sociedade, insatisfações experimentadas pelos indivíduos, bem como o risco de aparição de qualquer sentimento era rapidamente extirpado através do uso de uma droga psicotrópica chamada “soma”.

Todos os meios de controle social descritos por Huxley em sua obra eram aplicados com o intuito de formar uma sociedade integralmente dominada pelas técnicas e saber científico, de modo a resultar em um sistema autoritário, mecânico e desumanizado.

Tendo isso em vista e considerando as reflexões apontadas pelo autor em sua obra, o presente artigo propõe uma discussão de temas que circundam a sociedade moderna, como o biodireito. Para tanto, a pesquisa divide-se em dois pontos principais.

Em um primeiro momento (i) é feita uma análise da obra “*Admirável Mundo Novo*” à luz do biodireito, levando em conta as técnicas de manipulação e condicionamento genético, sem considerar, no entanto, a dignidade da pessoa humana. Após, (ii) deu-se enfoque às tecnologias de manipulação genética e a possibilidade, ainda que remota ou eventual, de se realizar procedimentos tais como os descritos por Huxley.

Assim, o presente artigo busca demonstrar como o conhecimento adquirido através da obra de Aldous Huxley permite questionar os limites sociais e éticos da qual a sociedade se encontra ao se tratar de questões relacionadas à manipulação genética humana. Para tanto, o biodireito se apresenta como uma das respostas aos riscos que os avanços tecnológicos e científicos abarcam, na medida em que aponta princípios e normas que devem ser observados para proteção da dignidade humana.

1 ANÁLISE DA OBRA DE ALDOUS HUXLEY “ADMIRÁVEL MUNDO NOVO” À LUZ DO BIODIREITO

A ficção possui uma riqueza e sensibilidade que “permite que o direito às vezes fique até mais bem preparado para o enfrentamento de conflitos que seriam inimagináveis fora da ficção” (CHUEIRI, 2013). Ademais, destaca-se que, embora esteja

voltada para a realidade, a literatura, assim como filmes e seriados, não se restringe à exposição do “mundo real” (FERREIRA JR., 2016, p. 353).

O que ocorre, portanto, é a delegação do processo de construção do texto, ou outras expressões artísticas, ao leitor ou espectador (MAIA, 2016, p. 55), a partir de sua capacidade de representação, uma vez que existem diversas possibilidades para compreender e transformar a realidade (SANTAMARÍA, 2018, p. 385).

Do mesmo modo, trata-se de uma modalidade de entretenimento que oportuniza a autorreflexão, o que reforça a influência das criações imaginárias na construção da realidade (MARTÍNEZ-LUCEN; SOLA, 2016, p. 17; OLIVEIRA; BRAGANÇA JUNIOR, 2018, p. 582).

Nesse sentido, a relação entre ficção e realidade tem como objetivo “ilustrar em profundidade a função integradora e transformadora da criação literária com relação aos seus pontos de referência na realidade” (CANDIDO, 1972, p. 82). Ademais, destaca-se que a ficção é considerada um “subgênero literário que consiste em uma cuidadosa extrapolação de fatos e princípios científicos ou ainda em contrariar e se opor definitivamente a esses fatos e princípios” (SANTOS; AMORIM NETO; GÓES, 2013, p. 654).

Apona-se, ainda, que o Direito pode ser considerado como narração, uma vez que está constitutivamente pleno de histórias, as quais se encontram “encapsuladas” em normas para que o leitor ou espectador se torne personagem, ou seja, para que possa usá-las ou não em determinadas situações. (LLANOS, 2017, p. 350).

Desse modo, percebe-se que a literatura pode ser considerada como uma das formas de conhecer o Direito e de construí-lo. Isto é, quando se faz referência ao Direito, da mesma forma como se contam histórias, “as causas se tornam razões e a verdade representacional e verificável transforma-se em ‘verossimilhança’” (LLANOS, 2017, p. 352).

Assim, partindo-se da construção e reflexão da realidade por parte do espectador e de uma forma interpretativa do Direito, o presente artigo busca fazer uma análise da obra de ficção científica de Aldous Huxley, “Admirável Mundo Novo”, publicado em 1932, o qual será analisado a partir de uma ótica do biodireito, para, então, no segundo tópico abordar questões relacionadas às novas tecnologias e a regulamentação da manipulação genética no Brasil.

Sendo assim, cumpre destacar, inicialmente, a relação entre o direito e a bioética. Enquanto a bioética aponta questões emergentes e sugere soluções éticas,

o direito fica incumbido de dar soluções jurídicas aos conflitos bioéticos, com vistas à proteção do ser humano em sua integralidade, bem como propõe reflexões a partir de seu maior valor: a dignidade da pessoa humana (RIVABEM, 2017, p. 284).

Desse modo, é possível constatar que a obra de Aldous Huxley pode ser interpretada à luz do biodireito, uma vez que a sociedade, altamente científica, é formada por pessoas psico e biologicamente pré-condicionadas por meio, inclusive, da manipulação genética. Ademais, a interpretação da obra a partir do biodireito se justifica por se tratar do estudo da teoria, da legislação e da jurisprudência referentes às normas que regulam a conduta humana frente aos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina (BARBOZA, s.d. p. 212).

Por sua vez, em seu livro, Huxley deu enfoque a uma sociedade capitalista, industrial e tecnológica, em que a ciência se torna o novo ídolo em um mundo onde a experiência dos indivíduos não parece mais fazer nenhum sentido. O autor pretendeu demonstrar as potencialidades autoritárias, bem como indicou os possíveis riscos decorrentes da não preservação dos valores da civilização humana.

No mesmo sentido, Huxley descreve uma sociedade altamente científica em que as pessoas são geradas através da reprodução artificial (*in vitro* ou clonagem) em incubadoras e nutridas de modo diferente dependendo da classe genética a qual pertenciam, de modo semelhante ao modelo fordista de produção.

As classes, por sua vez, se subdividiam em Alfa, Beta, Gama, Delta e Épsilon, entre outras variações dentro das próprias classes (HUXLEY, 1980). Se o indivíduo fosse integrante da classe Alfa, por exemplo, receberia muito mais nutrientes necessários ao desenvolvimento do que um Épsilon, os quais eram pouco alimentados e, portanto, subdesenvolvidos, destinados aos serviços de menor complexidade.

Esses indivíduos eram inicialmente submetidos às “Salas de Condicionamento Neopavloviano”, induzidos a aceitar sua função de acordo com sua respectiva classe. Ou seja, enquanto dormiam, os indivíduos recebiam instruções ideológicas sobre o comportamento operante a ser desempenhado no Mundo Novo (HUXLEY, 1980). Esta técnica, por sua vez, era aplicada desde a infância até a adolescência.

Assim, todas as pessoas eram desenvolvidas conforme as funções que exerceriam na sociedade e condicionadas psicologicamente a aceitarem, com prazer, sua situação enquanto pertencente de uma determinada classe (HUXLEY, 1980). Desse modo, os seres humanos, naquela sociedade, não tinham perspectiva de crescimento ou possibilidade de ascender ou não à outra classe. Ademais, caso o indivíduo fosse

acometido por dúvidas ou insatisfações, o consumo de uma droga psicotrópica chamada “soma” dissipava qualquer questionamento ou mesmo qualquer indício de tristeza (HUXLEY, 1980).

A distopia criada por Huxley reflete um mundo onde todos são controlados por poucos e suas vidas são criadas e categorizadas, treinadas a ter um pensamento uniforme, de acordo com a sua classe, em prol de uma sociedade integralmente dominada pelas técnicas e saber científico, resultando num sistema autoritário, mecânico e desumanizado. Nesse sentido, o próprio autor afirma que “as pessoas que governam o Mundo Novo podem não ser sensatas, mas não são loucas, e seu fim não é a anarquia, e sim, a estabilidade social” (HUXLEY, 1980, p. 16).

Se por um lado a obra é categorizada como ficção científica, de modo que aborda a história de uma sociedade futurista e a forma pela qual seus habitantes se sujeitam ao pré-questionamento biológico e psicológico, por outro, possibilitou o questionamento de temas que circundam a sociedade moderna, como o biodireito, o qual tem a difícil tarefa de estabelecer valores que a sociedade, em um determinado momento histórico, considera relevante e merecedor de proteção (BARBOZA, 2009, p. 212).

Do mesmo modo, o rápido desenvolvimento tecnológico e biomédico exige do jurista um “esforço interpretativo para adequar as normas existentes às novas situações”, com vistas a manter íntegro o ordenamento vigente. Ademais, cabe ao Direito, através da lei, “definir a ordem social na medida em que dispõe dos meios próprios e adequados para que essa ordem seja respeitada”, sem olvidar dos princípios da ordem constitucional (BARBOZA, 2009, p. 213).

Entretanto, destaca-se que:

Não basta ao Direito adaptar as categorias jurídicas existentes ou formular novas regras para apreender as novas técnicas e relações interpessoais decorrentes, pois isto seria colocar o Direito à reboque da ciência, subvertendo ou desconhecendo sua natureza científica dotada de princípios, métodos e formulações próprios. [...] O Direito não é somente um conjunto de regras, de categorias, de técnicas: ele veicula também um certo número de valores. [...] As intervenções sobre o corpo humano, como as técnicas de reprodução assistida, as manipulações genéticas, as experimentações em humanos, os transplantes e clonagem, conduzem automaticamente a uma reificação do ser humano, se mantidas determinadas categorias clássicas do Direito. O estabelecimento de regras sobre esses fatos poderá manter esse entendimento ou definir novas categorias, ou adaptar as existentes de modo a assegurar a permanência do primado da pessoa humana (BARBOZA, 2009, p. 213).

Sendo assim, a existência de regras não é o suficiente. Para além de ordenar eventuais intervenções sobre o homem, como em caso de manipulação genética, deve-se levar em conta regras, princípios e valores que constroem uma sociedade, os quais encontram previsão expressa ou implícita na Constituição.

Em suma, o biodireito surge justamente para impor limites a serem observados nas experiências científicas. Em caso de inobservância das normas jurídicas, deve-se aplicar a sanção preestabelecida pelo ordenamento jurídico, quando houver (SILVA, 2008, p. 74). Com efeito, para a bioética e o biodireito, a vida humana não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas sim de “vida com dignidade” (DINIZ, 2010, p. 17) em que cada indivíduo possui autonomia de escolha.

Neste contexto, como verdadeira forma de proteção da vida humana, o biodireito guarda em seu bojo principiológico proteger, tutelar, assegurar a relação ao ser humano individualmente, considerando tanto com relação ao gênero humano e às presentes e futuras gerações, independentemente da etapa de seu desenvolvimento, garantindo não só a vida, mas, sobretudo, a dignidade desta (ROCHA, 2008, p. 131-132).

Pode-se, ainda, questionar as consequências concebidas em “Admirável Mundo Novo” e de que forma a distopia de Huxley se aproxima da problemática transdisciplinar entre manipulação genética e o atual posicionamento do Direito. Desse modo, passa-se, no próximo tópico, a analisar a legislação brasileira atinente à manipulação genética, sem prejuízo de eventuais constatações quanto às consequências e possibilidades oriundas da ausência ou não de regulamentação específica, levando em conta o princípio basilar de qualquer norma jurídica, a dignidade da pessoa humana.

2 NOVAS TECNOLOGIAS E A MANIPULAÇÃO GENÉTICA NO BRASIL

O desenvolvimento de técnicas de manipulação genética oferece novas soluções seguras e eficientes para o tratamento e cura de doenças (FRONTIER TECHNOLOGY QUARTERLY, 2019, p. 1). Em que pese apresente aspectos positivos e que seja capaz de conferir maior qualidade de vida aos indivíduos em determinados aspectos, a manipulação genética pode apresentar alguns riscos, tais como os descritos na obra de Huxley, em que todas as pessoas são reproduzidas pelo método *in vitro* ou pela clonagem.

Os riscos, por sua vez, podem caracterizar-se pela redução da expectativa de vida, conforme se verificou em estudos realizados após o nascimento de duas irmãs gêmeas que sofreram alterações em seu DNA, em determinado gene específico, ainda enquanto embriões. A técnica utilizada pelo médico chinês Jiankui He em 2018 é denominada CRISPR/Cas9³ e foi duramente criticada por violar diversas normas éticas (MA; ZHANG; QIN, 2019, p. 1-2).

Constata-se, assim, que já existem tecnologias capazes de alterar o DNA do ser humano, o que pode ser utilizado para correção de falhas genéticas, tentativa de cura de determinadas doenças, ou mesmo para condicionar a forma pela qual o indivíduo irá se desenvolver. Entretanto, não é possível verificar o mesmo avanço na legislação, uma vez que “o direito não tem conseguido acompanhar o aperfeiçoamento das técnicas e a ampliação do mercado” de reprodução assistida e manipulação genética (QUEIROZ, 2018, p. 73).

Importante reconhecer que, em âmbito internacional, apenas em 1997 editou-se a primeira regulamentação de práticas concretas no que tange à área genética, com a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. Em seu artigo 11, a aludida Declaração condena a clonagem de seres humanos com fins reprodutivos, e ainda, junto ao artigo 24, censura intervenções na linha germinal humana (UNESCO, 1997 *apud* CARNEIRO, 2015).

Por sua vez, em 2004 a UNESCO aprovou a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos, objetivando pela “proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em matéria de recolha, tratamento, utilização e conservação de dados genéticos humanos, em conformidade com os imperativos de igualdade, justiça e solidariedade” (UNESCO, 2004, p. 1).

Ato contínuo, em 2006, publicou-se a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, a qual norteia e unifica as normas éticas para o domínio das ciências biomédicas. Ocorre que tais diplomas legais possuem caráter recomendatório, isto é, apenas orientam a identificação da legislação e a implementação de políticas públicas, ficando a critério de cada país a sua adoção ou não (FIGUEIRO, 2018, p. 499).

Assim sendo, em se tratando da legislação em âmbito nacional, a Constituição da República Federativa do Brasil preserva no artigo 225, § 1º, incisos II e V, a atribuição

³ Desenvolvido a partir de mecanismos moleculares do sistema imunológico bacteriano, o sistema CRISPR possibilita a edição do genoma através de clivagem do DNA por uma endonuclease (Cas9), guiada a partir de uma sequência de RNA, que é capaz de se parear com as bases de uma sequência-alvo (AREND; PEREIRA; MARKOSKI, 2017, p. 81).

do Estado pela proteção da diversidade e da integridade do patrimônio genético brasileiro, fiscalizando as entidades envolvidas com pesquisa e manipulação genética.

Para melhor regulamentar os incisos II, IV e V do artigo 225 da Constituição Federal, foi publicada a Lei nº 11.105/05⁴, conhecida como Lei de Biossegurança, estabelecendo “normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados”, na medida em que proibiu a manipulação genética em organismo vivo, incluindo o genoma brasileiro, art. 1º; art. 5º, incisos I e II, § 1º e § 2º; e art. 6º, incisos III e IV.

Não obstante, das normas infralegais, encontram-se importantes disposições nas Resoluções n. 340/2004 e n. 466/2012 publicadas pelo Conselho Nacional, que fixam parâmetros para pesquisa envolvendo seres humano e, conseqüentemente, asseguram a privacidade dos dados genéticos obtidos durante a realização destas investigações (ANGELUCI; ALMEIDA, 2020, p. 197).

Por fim, o sistema legislativo também dispõe da Resolução n. 1.031/09, do Conselho Federal de Medicina, aprovando o Código de Ética Médica, instituindo normas regulamentadoras que os médicos devem seguir no exercício de sua profissão, inclusive no exercício de atividades relativas ao ensino, à pesquisa e à administração de serviços de saúde (BRASIL, 2009).

O destaque desta resolução advém de seu artigo 15, vedando ao médico “descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética” e ainda, impede que seja realizada a procriação medicamente assistida que tenha por objetivo criar seres humanos geneticamente modificados ou embriões para investigação.

Dessa forma, procedendo à análise do que foi acima exposto, depreende-se que as diretrizes nacionais que versam sobre os limites da manipulação genética humana ainda são recentes, de modo que ainda há um caminho de adequação da realidade.

Neste sentido, afirma Sandel (2018, p. 19) que as descobertas genéticas apresentam à sociedade, a um só tempo, uma promessa e um dilema:

A promessa é que em breve seremos capazes de tratar e prevenir uma série de doenças debilitantes. O dilema é que nosso recém descoberto conhecimento genético também pode permitir a manipulação de nossa própria natureza – para melhorar nossos músculos, nossa memória e nosso humor; para escolher o sexo, a altura e outras características genéticas de

⁴ A Lei de Biossegurança revogou a Lei nº 8974 de 1995, que estabelecia normas para o uso de técnicas de engenharia genética, na medida que pela nova lei, tornou-se ineficiente.

nossos filhos; para melhorar nossas capacidades físicas e cognitiva; para nos tornar “melhores do que a encomenda”.

Nesta ótica, tendo em vista a rapidez das revoluções operadas pelas ciências biomédicas, acarretando o surgimento de difíceis questões ético-jurídicas, o direito não pode deixar de reagir, de modo a impor limites (DINIZ, 2006, p. 58). Por tal motivo que o biodireito é de tamanha importância, permitindo um discurso internacional com a bioética, “evitando abusos por parte dos cientistas responsáveis pela manipulação genética, limitando-se sua atuação nas ciências da vida contra as agressões à dignidade da pessoa humana” (SAUWEN; HRYNIEXICZ, 1997, p. 17).

Assim, qualquer intervenção de ordem genética deve observar os princípios que norteiam o biodireito, tais como (i) precaução, o qual limita a ação do profissional, uma vez que deve sempre estar atento aos riscos de sua atividade; (ii) responsabilidade, que se relaciona ao dever jurídico das partes em respeitar o acordado; (iii) autonomia privada, que diz respeito à liberdade de escolha de cada indivíduo; (iv) dignidade da pessoa humana, a partir da qual se garante o desenvolvimento dos seres humanos (PEREIRA; VIDINHA; MONTEIRO, 2013, 14074)

Por fim, é imprescindível o constante diálogo entre os avanços científicos e o biodireito, principalmente ao versarem sobre manipulação genética em humanos, de modo a coibir qualquer prática que possibilite alguma violação aos direitos do indivíduo.

CONCLUSÃO

A obra de Aldous Huxley, Admirável Mundo Novo, apresenta uma sociedade que, em um primeiro momento, parece absurda: as pessoas são geradas de modo totalmente artificial por meio da manipulação genética, divididas por classes genéticas, não possuem emoções e ao menor sinal de surgimentos destas, os indivíduos são doutrinados a ingerir uma droga chamada “soma”.

No entanto, os rápidos avanços da tecnologia, medicina, biomedicina, entre outras áreas correlatas, revelam que a realidade descrita na distopia de Huxley não está muito distante. Como demonstrado, já existem meios capazes de manipular geneticamente os seres humanos, tanto positiva quanto negativamente.

O domínio científico e tecnológico permite, principalmente, resguardar a vida, promovendo uma melhor qualidade ao homem que, em sentido amplo, interage ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Neste prisma, a bioética e o biodireito surgem como verdadeiros entraves legais, impondo limites a determinadas práticas que visem o condicionamento humano por meio da manipulação genética, tal como ocorre na obra em análise. Para tanto, estabelecem princípios que devem ser observados em todos os procedimentos.

As questões que Huxley permite suscitar, quanto à (im)possibilidade da manipulação do genoma humano, apresentam desafios constantes permeados por conflitos morais e éticos que o Estado e a sociedade precisam enfrentar. Cabe ao Direito, portanto, fomentar esse debate, de modo a apresentar mecanismos reguladores que unam o progresso à ética e à dignidade.

REFERÊNCIAS

- ANGELUCI, Cleber Affonso; ALMEIDA, Thaís Queiroz de. Direito e cinema: estudo sobre as consequências da manipulação genética a partir do filme Gattaca. **Revista Científica do UniRios**, Paulo Afonso, Bahia, v. 14, n. 23, p. 108-207, jan. 2020. Disponível em: <https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2020/23/direito_e_cinema.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2020.
- AREND, Marcela Corso; PEREIRA, Jessica Oliveira; MARKOSKI, Melissa Medeiros. O Sistema CRISPR/Cas9 e a Possibilidade de Edição Genômica para a Cardiologia. **Arquivos Brasileiros de Cardiologia**, São Paulo, v. 108, n. 1, p. 81-83, jan. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/abc/v108n1/pt_0066-782X-abc-108-01-0081.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2020.
- BARBOZA, Heloísa Helena. Princípios da Bioética e do Biodireito. **Bioética**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 209-216, jul. 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/276/275>. Acesso em: 17 abr. 2020.
- BRASIL. Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 abr. 2020.
- BRASIL. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 19 abr. 2020.
- CANDIDO, Antônio. A literatura e a formação do homem. **Ciência e cultura**, São Paulo, v. 24, n. 9, set. 1972. Disponível em: <http://www.rogerioa.com/resources/Opt_Lit/Candido---LitForma.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2020.
- CARNEIRO, Cláudia Aparecida Maciel. Engenharia genética frente ao princípio da dignidade da pessoa humana e suas implicações ético-jurídicas. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 18, n. 135, abr. 2015. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15894#_ftn1>. Acesso em: 19 abr. 2020.
- CHUEIRI, Vera Karam. Onde o direito e a literatura se encontram. Entrevista concedida a Katna Baran. **Gazeta do Povo**, Curitiba, mar. 2013. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/onde-o-direito-e-a-literatura-se-encontram-b2yn714yocf2hz62cladr6p1q>>. Acesso em: 21 mar. 2020.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.031, de 28 de junho de 2013. Habilita a Associação Brasileira de Oncologia Veterinária para concessão de Título de Especialista em Oncologia Veterinária. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 4 jul. 2013, Seção 1, p. 101. Disponível em: <<http://portal.cfmv.gov.br/uploads/files/Res%201031.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução CNS 340, de 8 de julho de 2004. Aprova as Diretrizes para Análise Ética e Tramitação dos Projetos de Pesquisa da Área Temática Especial de Genética Humana. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 jul. 2004. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/images/comissoes/conep/documentos/NORMAS-RESOLUCOES/Resolucao_n_340_2000_rea_Tematica_Especial_de_Genetica_Humana.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2020.

_____. Resolução CNS 466, de 12 de dezembro de 2012. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jun. 2013, Seção 1, p. 59. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html>. Acesso em: 19 abr. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA JR., Ednaldo Silva. Semelhanças entre a ficção jurídica e a ficção literária: os processos judiciais enquanto narrativas ancoradas na realidade. **Anamorphosis: Revista Internacional de Direito e Literatura**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 349-370, jul./dez. 2017.

FIGUEIREDO, Antônio Macena. Bioética: crítica ao princípalismo, Constituição brasileira e princípio da dignidade humana. **Bioética**, Brasília, v. 26, n. 4, p. 409-505, out./dez. 2018. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v26n4/1983-8042-bioet-26-04-0494.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

FRONTIER TECHNOLOGY QUARTERLY. Playing with genes: the good, the bad and the ugly. **United Nations**, June 2019. Disponível em: <<https://www.un.org/development/desa/undesavoiced/more-from-undes/2019/06/45413.html>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. São Paulo: Abril, 1980.

LLANOS, Leonor Suárez. Literatura do Direito: entre a ciência jurídica e a crítica literária. **Anamorphosis: Revista Internacional de Direito e Literatura**, Brasília, v. 3, n. 2, p. 349-386, jul./dez. 2017.

MA, Yuanwu; ZHANG, Lianfeng; QIN, Chuan. The first genetically gene-edited babies: It's "irresponsible and too early". **Animal Models and Experimental Medicine**, Jan. 2019. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/ame2.12052>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

MAIA, Fernanda Lima. Da realidade à metaficção: a reflexão espetacular no livro ilustrado. **Encontros de Vista**, Recife, v. 16, n. 1, p. 52-61, jan./jun. 2016.

MARTÍNEZ-LUCENA, Jorge; SOLA, Javier Cigüela. Screen Technologies and the imaginary of punishment: A reading of Black Mirror's "White Bear". **Empedocles: European Journal for the Philosophy of Communication**, Londres, v. 7, n. 1, p. 3-22, jan. 2016.

OLIVEIRA, Joaquim Humberto Coelho de; BRAGANÇA JUNIOR, Sergio Henrique Fernandes. Direito e a Metaficção Black Mirror: Justiça e vingança de mãos dadas com o Urso Branco (White Bear). In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITO E LITERATURA: AS ILUSÕES DA VERDADE E AS NARRATIVAS PROCESSUAIS, 6., 2017, Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre, 2018. v. 1, p. 579-595. Disponível em: <<http://rdi.org.br/seer/index.php/anacidil/article/view/388/pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa; VIDINHA, Chyara Melo; MONTEIRO, Raíssa Ávila. Direito e Literatura: o “Admirável Mundo ‘Novo’” da Bioética e do Biodireito. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, v. 2, n. 12, p. 14063-14081, 2013. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/12/2013_12_14063_14081.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

QUEIROZ, Christina. Gestações transnacionais: demanda por reprodução assistida amplia entrada de material genético estrangeiro no Brasil. **Humanidades**, São Paulo, v. 7, n. 269, p. 78-83, jul. 2018. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2018/07/078-083_Reprodu%C3%A7%C3%A3o-assistida_269.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2020.

RIVABEM, Fernanda Schaefer. Biodireito: uma disciplina autônoma? **Bioética**, Brasília, v. 25, n. 2, p. 282-289, jul. 2017.

ROCHA, Renata. **O direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SANTAMARÍA, Ramiro Avila. Utopia, literatura e Direito. **Anamorphosis: Revista Internacional de Direito e Literatura**, Brasília, v. 4, n. 2, p. 379-406, jul./dez. 2018.

SANTOS, Ana Carolina Clemente dos; AMORIM NETO, Thomaz Pereira de; GÓES, Andréa Carla de Souza. Ficção científica e o Admirável mundo novo: previsões concretizadas no atual século e considerações bioéticas. **História, Ciências, Saúde**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 653-673, abr./jun. 2013.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEXICZ, Severo. **O Direito “in vitro”**: da Bioética ao Biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA, Ivan de Oliveira. **Bioética, biodireito e patrimônio genético brasileiro**. São Paulo: Pillares, 2008.

UNESCO. **A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, de 1997**. 1997. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

_____. **Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, de 16 de outubro de 2004**. 2004. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2020.

_____. **Declaração Universal sobre Bioética e os Direitos Humanos, de Outubro de 2006**. 2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2018.

DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E PROTEÇÃO DE DADOS EM TEMPOS DE PANDEMIA: ANÁLISE DO ATUAL CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO

RIGHT OF INFORMATIONAL SELF-DETERMINATION AND DATA PROTECTION DURING THE CORONAVIRUS PANDEMIC: AN ANALYSIS OF THE CURRENT BRAZILIAN LEGAL FRAMEWORK

Carolina Borges Soares¹

RESUMO

As notícias sobre a possibilidade de os governos monitorarem os dados dos usuários como forma de auxiliar no controle ao alastramento do corona vírus, traz à tona questionamentos sobre os limites desse controle em contraposição à proteção de dados e à privacidade dos cidadãos. Mesmo antes da pandemia, já se observava um crescimento da vigilância da vida das pessoas através da utilização de seus dados pessoais, tanto pelos Estados, como pelas empresas privadas. O presente artigo irá analisar a proteção de dados e a privacidade dos cidadãos brasileiros no contexto da pandemia de Covid-19. Para isso, primeiramente se fará um breve apanhado conceitual acerca da proteção de dados e do direito à autodeterminação informacional, no contexto da sociedade de informação em que vivemos. Após, será feito o exame a respeito do contexto jurídico brasileiro atual a respeito da proteção de dados. A análise prosseguirá com o cotejo acerca da necessidade de compatibilização entre os interesses coletivos (saúde pública) e direitos individuais (proteção de dados e privacidade), enfocando na situação específica da pandemia de corona vírus. Por fim, serão tecidas algumas conclusões acerca do risco da utilização oportunista da coleta de dados pessoais, sob o pretexto de proteção à saúde pública, levando-se em consideração a situação atual de vácuo legislativo, em que não existe um direito fundamental à proteção de dados (embora haja uma PEC neste sentido); e há uma Lei Geral de Proteção de Dados aprovada, mas não vigente.

Palavras-chave: Direito à Autodeterminação Informacional; Proteção de Dados; LGPD. Privacidade; Pandemia.

¹ Advogada (OAB-PR nº 97.415); LL.M em International Human Rights Law (Queen Mary University of London); LL.M em Intellectual Property and Information Law (Kings College London); Especialista em Direito Processual Civil (Instituto Romeu Felipe Bacellar); Pós-graduanda em Direitos Humanos (CEI); Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. *E-mail:* carol_bsoares@yahoo.com.br

ABSTRACT

News regarding the government monitoring of users data as a way to support the control over the spread of the corona virus, brings up questions about the limits of this control over the citizen's data protection and privacy. Even before the pandemic, there was already an increase in the surveillance of people's life by using their personal data, both by States and private corporations. The present article aims to analyse the citizen's data protection and privacy under the context of the corona virus pandemic. To do so, firstly, it will be established a brief conceptual framework regarding data protection and the right of informational self-determination, in the context of the informational society we live in. After that, it will be examine the current Brazilian legal framework regarding data protection. Then, it will be considered the need to reconcile collective interests (public health) and individual rights (data protection and privacy), taking into account the specific situation of the corona virus pandemic. In the end, it will be drawn some conclusions about the risk of the opportunistic use of data collection, under the pretext of public health protection, bearing in mind the current legislative vacuum, in which the right to informational self-determination is not incorporated in the Constitution; and there is an approved Data Protection Law, that is not yet in force.

Keywords: Right to Informational Self-Determination; Data Protection; Privacy; Coronavirus Pandemic.

INTRODUÇÃO

As notícias sobre a possibilidade de os governos monitorarem os dados dos usuários como forma de auxiliar no controle ao alastramento do corona vírus, traz à tona questionamentos sobre os limites desse controle em contraposição à proteção de dados e à privacidade dos cidadãos².

Mesmo antes da pandemia, já se observava um crescimento da vigilância da vida das pessoas através da utilização de seus dados, tanto pelos Estados, como pelas empresas privadas. As discussões se davam principalmente no âmbito da necessidade de regulamentação para o processamento dos dados, em especial os de conteúdo sensível, bem como da exigência do consentimento informado dos usuários acerca da forma de utilização e compartilhamento de referidos dados.

O presente artigo irá analisar a proteção de dados e a privacidade dos cidadãos brasileiros no contexto da pandemia de corona vírus.

Para isso, primeiramente se fará um breve apanhado conceitual acerca do da proteção de dados e o direito à autodeterminação informacional, no contexto da sociedade de informação em que vivemos.

Após, será feito o exame acerca do contexto jurídico brasileiro atual a respeito da autodeterminação informacional e a proteção de dados.

A análise prosseguirá com o cotejo acerca da necessidade de compatibilização entre os interesses coletivos (saúde pública) e direitos individuais (proteção de dados e privacidade), enfocando na situação específica da pandemia de corona vírus.

Por fim, serão tecidas algumas conclusões acerca do risco da utilização oportunista da coleta de dados pessoais sensíveis sob o pretexto de proteção à saúde pública, levando-se em consideração a situação atual de vácuo legislativo.

1 DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL E PROTEÇÃO DE DADOS NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO

A sociedade de informação pode ser definida como “uma organização geopolítica dada a partir da terceira revolução industrial, com impacto direto no uso da informação e das tecnologias da informação e comunicação (TICSs)” (SANTOS; CARVALHO, 2009, p.1).

² Países que conseguiram resultados consistentes no controle da transmissão do Covid-19, como a China, Taiwan e Coreia do Sul, colocaram o direito à privacidade de lado em nome do “bem maior” da saúde pública. Vale lembrar que os países em questão são sociedades regidas por uma lógica de dar uma prioridade maior ao coletivo, além de aceitarem mais tendências ao autoritarismo, já possuindo uma estrutura grande para o controle de seus cidadãos (por exemplo, sistemas de reconhecimento faciais; aplicativos de georreferenciamento; aplicativos com QR codes para acesso a determinados locais, etc). Sobre a questão: Coreia do Sul e Taiwan dão respostas eficazes na contenção de corona vírus (REVIEW, 2020, s. p.).

Em referida sociedade, observa-se o fenômeno da formação dos *big datas*, caracterizados pelo “o acúmulo de variados tipos de dados, os quais são capturados de fontes diversas, formando um conjunto de dados em proporções antes inimagináveis, tendo por desafio o recolhimento, armazenamento, análise, partilha, privacidade e visualização destes dados” (SARAIVA NETO; FENILI, 2018, p. 3).

Neste contexto, tido como a Quarta Revolução Industrial, marcado pelo avanço da tecnologia, uso da internet e acesso à informação (SARAIVA NETO; FENILI, 2018, p. 6), os dados pessoais adquiriram verdadeiro status de *commodity*³ (ROMÃO, 2018), sendo que “o valor agregado ao dado pessoal e o mercado que gira em torno dele nos expõe ao risco da violação da intimidade” (ROMÃO, 2018), o que trouxe a necessidade de se criar mecanismos jurídicos de controle para referidos dados, em especial os dados pessoais sensíveis, que são aqueles relativos à “origem racial ou étnica, convicções religiosas ou filosóficas, opiniões políticas, filiação sindical, questões genéticas, biométricas e sobre a saúde ou a vida sexual de uma pessoa”.

Assim,

o avanço tecnológico revolucionou a capacidade de organização, armazenamento e transmissão de dados de uma forma sem precedentes. E é exatamente por isso que há preocupação quanto ao direito à privacidade, pois impacta significativamente no controle que o indivíduo deve ter sobre suas próprias informações (SARAIVA NETO; FENILI, 2018, p. 9).

Dentro dessa perspectiva, emerge o chamado direito à autodeterminação informacional, entendido em sua dimensão individual como “a faculdade de o indivíduo determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais por terceiros, inclusive pelo Estado” (NAVARRO, 2011, p. 26), e na sua dimensão coletiva como um direito capaz de “garantir um sistema de comunicação livre e democrático” (ASSMANN, 2014, P. 21).

Tal direito teve origem no emblemático caso de 1983, da Corte Constitucional da Alemanha, envolvendo o censo, no qual se afirmou que “não existem mais dados insignificantes no contexto do processamento eletrônico de dados” (MENDES, 2020), sendo que “uma sociedade na qual os cidadãos não detêm controle sobre as suas próprias informações coloca em risco o seu próprio sistema democrático, em razão do estado de vigilância permanente trazido por essa situação” (MENDES, 2020).

Neste sentido, no que toca ao papel Poder Público em relação aos dados pessoais dos cidadãos, temos que

³ “São dados que funcionam como matéria-prima, produzidos em larga escala e que podem ser estocados sem perda de qualidade, assim como petróleo, café, soja e ouro. O seu preço é determinado pelo mercado mundial como uma consequência da oferta e da procura, e não pela pessoa que produz, uma vez que seu “nome” não importa tanto” (ROMÃO, 2018).

o *Big Data* é onipresente em um quadro no qual a coleta e tratamento de dados pessoais pelo poder público traz inegáveis benefícios à coletividade, mas, ao mesmo passo, amplia os riscos da má utilização das informações armazenadas. Dentre todos estes riscos, o mais preocupante é o do uso da informação pelo poder público para fins diversos daqueles aos quais foi recolhida originariamente, o que pode resultar em desvios de finalidade, distanciados do interesse público, a serem coibidos pelo Direito (NAVARRO, 2011, p. 4).

Importante destacar que referido direito não se encontra enunciado de forma expressa em nossa constituição, embora a doutrina defenda que ele possa ser extraído do texto constitucional de forma indireta, como corolário dos direitos da dignidade da pessoa humana, do livre desenvolvimento da personalidade e do direito à privacidade.

2 CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO ATUAL SOBRE A AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL E A PROTEÇÃO DE DADOS

A autodeterminação informacional e a proteção de dados, até 2018, não possuíam um regramento jurídico específico no Brasil, embora se pudesse extrair tais garantias das normas constitucionais e outras leis esparsas, de maneira indireta e/ou setorizada.

De acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 5º, X, são “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Ao seu turno, temos a PEC nº 17/2019, já aprovada no Senado, segundo a qual procura-se alçar a proteção de dados pessoais ao status de direito fundamental, incluindo tal disposição no inciso XII do art. 5º, da CF, que versa sobre a inviolabilidade do sigilo de correspondência, dados e comunicações telefônicas e telemáticas.

No tocante às legislações esparsas, poder-se-ia extrair proteção aos dados pessoais, por exemplo, na Lei do Habeas Data (1997), no Código de Defesa do Consumidor (1990), na Lei de Acesso à Informação (2011), na Lei de Acesso ao Cadastro Positivo (2011) e Marco Civil da Internet (2014) (SARAIVA NETO; FENILI, 2018, p. 14).

Finalmente, no ano de 2018, o Brasil, seguindo a tendência (e pressão) da União Europeia⁴, editou a Lei nº 13.709/2018, conhecida como Lei Geral para Proteção de Dados (LGDP), que tem como objetivo precípuo a proteção dos “direitos fundamentais

⁴ Com o advento do GDPR da União Europeia, os países que fazem negócios com o referido bloco financeiro foram obrigados a adequar suas legislações internas, na medida em que a regulamentação em questão possui amplitude global. Neste contexto, foi aprovada a LGPD no Brasil, que se espelha em grande parte na supracitada Regulamentação europeia.

de liberdade e de privacidade e a livre formação da personalidade de cada indivíduo” (GUIA DE BOAS PRÁTICAS LGPD, 2020, p. 9), conforme art. 2º, LGPD⁵, versando sobre “o tratamento de dados pessoais, dispostos em meio físico ou digital, feito por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado e engloba um amplo conjunto de operações efetuadas em meios manuais ou digitais” (GUIA DE BOAS PRÁTICAS LGPD, 2020, p. 9), nos termos do art. 1º, LGPD.

De acordo com a lei em questão, é necessário que se observe o princípio da finalidade para o tratamento dos dados pessoais, que devem ter por finalidade propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, “sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades” (art. 6º, I, LGPD).

Ademais, para o tratamento dos dados em questão, devem ser observados os princípios da adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas (art. 6º, LGPD).

Dentre as hipóteses em que se permite o tratamento de dados pessoais, sem a necessidade do consentimento do usuário, que nos interessam no presente artigo, destaca-se a execução de políticas públicas previstas em lei, regulamentos ou contratos (art. 7º, IV, LGPD); para a proteção da vida ou incolumidade física de terceiro (art. 7º, IV, LGPD); e para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária (art. 7º, VIII, LGPD).

No que toca aos dados pessoais sensíveis, nele se incluindo os relativos à saúde, as hipóteses de tratamento sem o consentimento do titular incluem, dentre outras: “o tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos” (art. 11,II, b, LGPD); a “realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis” (art. 11,II, c, LGPD); a “proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro” (art. 11,II, e, LGPD); e a “tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária” (art. 11,II, f, LGPD);

⁵ Art. 2º, LGPD: A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Ainda, é prevista a instituição de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados, cujas atribuições estão descritas nos art. 55-J, LGPD, podendo solicitar, dentre outras providências, que agentes do Poder Público adotem um Relatório de Impacto à proteção de dados pessoais e Padrões e boas práticas para o tratamento de dados pessoais (art. 32, LGPD), sendo estas medidas preventivas que visam a mitigação do risco no tratamento de dados pessoais.

Referida legislação entraria em vigor em agosto de 2020, mas possivelmente terá a sua vigência postergada⁶, em virtude da pandemia global do corona vírus e da consequente decretação de estado de calamidade pública em nosso país.

3 PANDEMIA DO CORONA VÍRUS: INTERESSE COLETIVO (SAÚDE PÚBLICA) VERSUS DIREITOS INDIVIDUAIS (PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS)

O contexto da pandemia do corona vírus, em razão de sua excepcionalidade e gravidade, exigiu do Poder Público a edição de diversas medidas provisórias, regulamentos e demais atos normativos. No que se refere à proteção de dados e a pandemia especificamente, foram editadas a Lei 13.979/2020 e a MP n° 954, a seguir analisadas.

Na data de 06/02/2020, foi editada a Lei 13.979/2020, que “dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”, prevendo expressamente a obrigatoriedade de compartilhamento entre os órgãos e entidades da Administração Pública, bem como pelas pessoas jurídicas de direito privado, quando solicitadas pela autoridade sanitária, de “dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com a finalidade

⁶ Na data em que o presente artigo foi escrito, ainda estava incerta a data da vigência da LGPD. Neste contexto, havia sido publicada a MP 959, que adiou a vigência da LGPD para maio de 2021. Ademais, tramita no Congresso diversos projetos de lei acerca da LGPD, sendo que o PL 1.179 prevê que a vigência da LGPD se dará a partir de 1º de janeiro de 2021, a exceção das multas e sanções, que entrarão em vigor em 15 de agosto de 2021. Aqui, poderá haver possível divergência entre o PL e a MP, havendo vários cenários possíveis: i) MP ser votada antes do PL, passando a valer a data de vigência fixada na MP; ii) MP não ser aprovada pelo Congresso, o que ocasionaria a volta da redação original da LGPD com a vigência para agosto de 2020, caso não seja aprovado o PL; iii) parlamentares apresentarem emendas à MP, fixando novas datas.

exclusiva de evitar sua propagação” (art. 6º, *caput* e §1º)⁷. Além disso, dispõe que o Ministério da Saúde manterá referidos dados públicos e atualizados, resguardando o direito ao sigilo das informações pessoais (art. 6º, §2º), sem, contudo, detalhar como isso deve ser feito.

Posteriormente, em 17/04/2020, foi editada a MP nº954, que determinou o compartilhamento de dados não anonimizados de telefonia móvel e fixa e do endereço dos usuários ao IBGE, sendo que referida MP foi atacada por cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas por partidos políticos e pela OAB, sob o fundamento de que referido compartilhamento traria riscos à privacidade e à própria democracia, nos termos do art. 5º, X, XII e LXXII, da CF (MENDES, 2020).

Referida MP teve sua vigência suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, em face do reconhecimento de sua inconstitucionalidade, tendo a relatora Ministra Rosa Weber afirmado que o combate à pandemia, enquanto crise sanitária mundial, induz a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam o acesso à dados específicos, mas que isso não pode legitimar “o atropelo de garantias fundamentais consagradas pela Constituição”⁸.

Em seu voto, a Ministra ressaltou a necessidade de se prever especificamente a finalidade e a forma como os dados pessoais serão utilizados, além de dispor sobre a fiscalização e as medidas de responsabilização contra o mau uso ou acesso indevido dos dados.

Por parte dos outros Ministros, foram ainda aventados os seguintes argumentos: a) a exigência de observância à proporcionalidade e razoabilidade, nos casos de colidência entre direitos e garantias fundamentais (Ministro Alexandre de Moraes); b) a necessidade de um prévio debate público sobre a necessidade, relevância e urgência da medida (Ministro Luís Roberto Barroso); e c) que o regulamento sanitário internacional emitido pela OMS e incorporado em nosso ordenamento pelo Decreto nº 10.212/2020⁹,

⁷ Art. 6º, Lei 13.979/2020: É obrigatório o compartilhamento entre órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação.

§ 1º A obrigação a que se refere o caput deste artigo estende-se às pessoas jurídicas de direito privado quando os dados forem solicitados por autoridade sanitária.

§ 2º O Ministério da Saúde manterá dados públicos e atualizados sobre os casos confirmados, suspeitos e em investigação, relativos à situação de emergência pública sanitária, resguardando o direito ao sigilo das informações pessoais.

⁸ Acórdão ainda não publicado, informações retiradas do site do STF e sites de notícias jurídicas (BRASIL, 2020, s. p.); (MIGALHAS, 2020, s. p.).

⁹ Artigo 45, Decreto 10.212/2020: Tratamento de dados pessoais

1. As informações de saúde coletadas ou recebidas por um Estado Parte de outro Estado Parte ou

não permite o processamento de dados desnecessários e incompatíveis com a avaliação e o manejo dos riscos à saúde (Ministro Gilmar Mendes).

O que supracitadas leis e decisão do STF nos trazem é um debate interessantíssimo acerca da ponderação a ser feita entre o interesse público (saúde pública) e os direitos individuais (privacidade e proteção de dados) em jogo, não havendo como se estabelecer, *a priori*, qual deve prevalecer, ainda que, em um primeiro momento, podemos tender à pensar que o interesse público, identificado pela tônica do “bem comum”, devesse prevalecer.

É que, aqui, deve-se ter a cautela de diferenciar entre o interesse público genuíno e a utilização do fundamento do “bem comum” como forma de mascarar outros interesses estatais oportunistas.

Nesta toada, pela utilização do princípio da proporcionalidade, com o intuito de preservar o núcleo duro axiológico dos interesses em disputa, procura-se justificar a interferência ou mesmo o sacrifício de um dos valores, apenas na medida estritamente necessária, adequada e proporcional em sentido estrito.

Na situação em análise, a resposta deve ser baseada no estabelecimento da finalidade e adequação da aplicação dos dados em questão, não se permitindo o acesso além do necessário à consecução da finalidade declarada, aliado à previsão de mecanismos que resguardem a segurança no tratamento dos dados em comento, tendo em vista que, em princípio, se incluem dentro das exceções que permitem o tratamento dos dados sem o consentimento do seu titular.

Veja-se que, a Lei 13.979/2020 até se justificaria no sentido de proteção do interesse coletivo de proteção da saúde pública, possuindo finalidade em consonância ao disposto na LGPD, embora se tenha dúvidas acerca da devida anonimização dos dados coletados e processados para esse mister, levando-se em conta que se tratam de dados pessoais sensíveis (saúde), os quais requerem atenção redobrada.

da OMS, consoante este Regulamento, referentes a pessoas identificadas ou identificáveis, deverão ser mantidas em sigilo e processadas anonimamente, conforme exigido pela legislação nacional.

2. Não obstante o Parágrafo 1º, os Estados Partes poderão revelar e processar dados pessoais quando isso for essencial para os fins de avaliação e manejo de um risco para a saúde pública, no entanto os Estados Partes, em conformidade com a legislação nacional, e a OMS devem garantir que os dados pessoais sejam:

(a) processados de modo justo e legal, e sem outros processamentos desnecessários e incompatíveis com tal propósito;

(b) adequados, relevantes e não excessivos em relação a esse propósito;

(c) acurados e, quando necessário, mantidos atualizados; todas as medidas razoáveis deverão ser tomadas a fim de garantir que dados imprecisos ou incompletos sejam apagados ou retificados; e

(d) conservados apenas pelo tempo necessário.

3. Mediante solicitação, a OMS fornecerá às pessoas, na medida do possível, os seus dados pessoais a que se refere este Artigo, em formato inteligível, sem demoras ou despesas indevidas e, quando necessário, permitirá a sua retificação.

De outro turno, a MP nº 954, ao prever de forma genérica o acesso a dados pessoais não anonimizados de telecomunicações de todos os cidadãos, para fins de utilização pelo IBGE, não preenche os requisitos da finalidade específica e nem da segurança exigida para o tratamento de dados pessoais.

Aqui, nos defrontamos com a questão da vulnerabilidade jurídica presente, em que, na ausência de uma regulamentação específica para a proteção de dados pessoais, temos que nos valer da judicialização da matéria, a fim de que seja feita uma subsunção de normas constitucionais para o contexto específico da proteção de dados.

Se a LGPD já estivesse vigente, por exemplo, as legislações promulgadas no período da pandemia de corona vírus, que é uma situação peculiar e excepcional que exige medidas enérgicas, estariam necessariamente submetidas ao controle e mecanismos previstos na LGPD¹⁰, estando o cidadão mais resguardado em seu direito à autodeterminação informativa.

Contudo, além de a LGPD não estar em vigor, temos que a situação da pandemia, que certamente coloca em cheque a proteção de dados pessoais, ainda foi utilizada como argumento para se prorrogar ainda mais a vigência da legislação em análise, sendo uma das leis com maior *vacatio* da história, vez que editada em 14/08/2018 e sem data certa (no momento) para entrar em vigor.

CONCLUSÃO

Como exposto no presente artigo, a pandemia de corona vírus, classificada como emergência de saúde internacional, dentre vários problemas, trouxe à tona a questão da utilização de dados pessoais, em especial os sensíveis, como forma de auxiliar os governos no controle do alastramento da epidemia.

De um lado, temos a situação excepcionalíssima de calamidade pública gerada pela pandemia global do corona vírus, que certamente exige a adoção de medidas que limitem o interesse privado em favor da coletividade.

De outro, há a necessidade de se resguardar os direitos fundamentais da privacidade e seus corolários da intimidade, vida privada e dignidade da pessoa humana, sem que tenhamos ainda em vigor uma legislação específica (LGPD), e nem o reconhecimento de um direito à autodeterminação informacional de estatura constitucional.

Neste sentido, o contexto jurídico brasileiro atual que temos é o seguinte: possuímos uma Lei Geral de Proteção de dados aprovada, mas ainda não vigente, o que impede a

¹⁰ Como por exemplo: a fiscalização por parte da ANPD; a prévia exigência de um Relatório de Impacto de Dados Pessoais (RIDP); a cominação das penalidades previstas nos art. 52, LGPD.

utilização dos mecanismos específicos para a proteção de dados previstos no diploma em questão, como por exemplo a instituição de uma Autoridade Nacional para Proteção de Dados (ANPD), a exigência de Relatório de Impacto de Dados Pessoais (RIDP), bem como a cominação de penalidades administrativas.

Assim, a proteção disponível se dá em termos constitucionais, por meio do direito à privacidade, sigilo de dados, dignidade, honra e liberdade. No entanto, a vigência da LGPD traria um arcabouço jurídico mais robusto, vez que regula de forma mais específica esses direitos em relação ao tratamento de dados.

A justificativa da utilização de dados, principalmente os sensíveis, com a finalidade proteção à saúde pública, deve ser feito depois que outras medidas menos invasivas sejam adotadas.

Ademais, deve-se avaliar a quantidade e o tipo de dados necessários para a finalidade proposta (proteção à saúde pública), sendo isso feito no limite estrito de referida finalidade, sob pena de permitir a utilização indevida dos dados dos usuários, com a consequente violação à sua privacidade.

Exemplo disso, como citado, foi o caso da MP n° 954, que teve sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, em importante julgado sobre a aplicabilidade das normas constitucionais no contexto da proteção de dados pessoais, como forma de assegurar os direitos fundamentais da privacidade e do sigilo de dados, além do resguardo da própria democracia.

A alegação de defesa do “bem comum” pode parecer sedutora, mas deve-se manter atento para que esse fundamento não seja utilizado em detrimento dos demais valores constitucionais, levando-se em consideração que mesmo os direitos e garantias individuais possuem uma irradiação coletiva, no sentido de que o seu respeito nos casos concretos contribui para a consolidação de sua implementação em um nível transindividual.

Importante ressaltar, ainda, que o que permitimos que se faça nesse momento, deixará reflexos significativos para o depois. Em outras palavras, temos que no contexto político atual, não só no Brasil, verifica-se uma crescente ascensão de governos autoritários que desrespeitam as instituições democráticas.

Dessa forma, a grande questão é que os Estados podem se utilizar desse momento presente, em que há uma clara situação excepcional e gravíssima de saúde, que não é questionada pela maior parte da população, para a flexibilização dos direitos fundamentais de forma oportunista, desmontando mecanismos de controle e transparência existentes, o que, em última análise, atenda contra as próprias bases e instituições democráticas.

REFERÊNCIAS

ASSMANN, Jhonata. **O direito à autodeterminação informativa no direito germânico e brasileiro**. 2014. 65 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2014.

BRASIL. Guia de boas práticas: Lei Geral de Proteção de dados (LGPD). Comitê Central de Governança de Dados. **Gov.br**, abr. 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/guia-de-boas-praticas-lei-geral-de-protecao-de-dados-igpd>>. Acesso em: 4 maio 2020.

MENDES, Laura Schertel. A encruzilhada da proteção de dados no Brasil e o caso do IBGE. **Conjur**, abr. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-24/laura-shertel-mendes-encruzilhada-protecao-dados>>. Acesso em: 06 maio 2020.

MIGALHAS. **Rosa Weber mantém suspensão de MP de compartilhamento de dados com IBGE**. Maio 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/326226/rosa-weber-mantem-suspensao-de-mp-de-compartilhamento-de-dados-com-ibge>>. Acesso em: 8 maio 2020.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. **O direito fundamental à autodeterminação informativa**. 2011. 29 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI), Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>>. Acesso em: 04 maio 2020.

NIKKEI ASIAN REVIEW. Coreia do Sul e Taiwan dão respostas eficazes na contenção do coronavírus. **Valor Econômico**, abr. 2020. Disponível em: <<https://valor.globo.com/mundo/noticia/2020/04/21/coreia-do-sul-e-taiwan-dao-respostas-eficazes-na-contencao-do-coronavirus.ghtml>>. Acesso em: 04 maio 2020.

ROMÃO, Elvis. Dados pessoais: uma nova commodity. **LinkedIn**, 2018. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/dados-pessoais-uma-nova-commodity-elvis-rom%C3%A3o>>. Acesso em: 04 maio 2020.

SANTOS, Plácida Leopoldina Ventura Amorim da Costa; CARVALHO, Ângela Maria Grossi. Sociedade da informação: avanços e retrocessos no acesso e no uso da informação. **Informação & Sociedade: Estudos**, Rio Grande do Sul, v. 19, n. 1, p. 45-55, jan./abr. 2009. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/20.500.11959/brapci/91340>>. Acesso em: 04 maio 2020.

SARAIVA NETO, Pery; FENILI, Maiara Bonetti. Novos marcos legais sobre a proteção de dados pessoais e seus impactos na utilização e tratamento de dados para fins comerciais. **Revista de Estudos Jurídicos e Sociais**: Rejus, Cascavel, v. 1, n. 1, p. 1-18, dez. 2018. Disponível em: <<https://www.univel.br/ojs-3.0.2/index.php/revista/article/view/46>>. Acesso em: 8 maio 2020.

STF suspende compartilhamento de dados de usuários de telefônicas com IBGE. **STF**, maio 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902&ori=1>>. Acesso em: 08 maio 2020.

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

PERSONAL DATA PROTECTION AS A FUNDAMENTAL RIGHT AND GUARANTEE BASED ON THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988

Dânton Hilário Zanetti de Oliveira¹
Cinthia Obladen de Almendra Freitas²

RESUMO

Os direitos e garantias fundamentais são bens jurídicos que merecem uma proteção privilegiada, dada sua profunda relevância para o livre exercício dos atos da vida civil em sociedade. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, consagrou expressamente um extenso rol de direitos aos quais conferiu tal *status* e, com isso, maior grau de proteção, dentre os quais se pode elencar a vida privada e a intimidade (art. 5º, X). Sinal dos tempos, a proteção de dados pessoais, ao menos expressamente, não foi contemplada no texto original da Carta Republicana. No entanto, é sabido que a Constituição deve sempre ser interpretada de forma sistêmica e, por vezes, expressa valores, princípios e até mesmo direitos, não previstos textualmente, mas que dela emanam. Porém, seria possível considerar a proteção de dados como um direito “invisível”, porém presente no texto constitucional de forma não-escrita? A

¹ Advogado. Mestrando em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC-PR. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Curitiba (Unicuritiba). Professor de Direito Processual Civil e Direito Empresarial nas Faculdades Santa Cruz. Membro da Comissão de Inovação e Gestão da OAB-PR, coordenando o Grupo Permanente de Discussão sobre Privacidade e Proteção de Dados Pessoais. *E-mail*: danton.zanetti@zomadv.com

² Doutora em Informática pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Professora Titular da PUC-PR do curso de Direito. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da PUC-PR. Founder em Direito Inteligente - Consultores Associados. Membro consultivo da Comissão de Inovação e Gestão da OAB-PR. Membro do Grupo Permanente de Discussão sobre Privacidade e Proteção de Dados Pessoais da OAB-PR. *E-mail*: cinthia@ppgia.pucpr.br

partir do método dedutivo, pretendeu-se demonstrar como a crescente interpretação da proteção de dados pessoais, *de per si*, como um direito e garantia individual, leva à conclusão pela tutela constitucional deste direito, embora não contemplado no texto da Constituição.

Palavras-chave: Novas Tecnologias; Sociedades; Proteção de Dados Pessoais; Direitos Fundamentais; Garantias Individuais.

ABSTRACT

Fundamental rights and guarantees are legal assets that deserve privileged protection, given their profound relevance to the free exercise of civilian acts in society. The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, in its article 5, expressly enshrined an extensive list of rights to which it conferred such status and, with it, a greater degree of protection, among which private life and intimacy can be listed (Article 5, X). As a sign of the times, personal data protection, at least expressly, was not included in the original text of the Republican Charter. However, it is known that the Constitution must always be interpreted in a systemic way and, at times, express values, principles and even rights, not expressed verbatim, but that emanate from it. Although, would it be possible to consider data protection as an “invisible” right, yet present in the constitutional text in an unwritten way? From the deductive method, it was intended to demonstrate how the growing interpretation of the protection of personal data, per se, as an individual right and guarantee, leads to the conclusion by the constitutional protection of this right, although not contemplated in the text of the Constitution.

Keywords: New Technologies; Societies; Personal Data Protection; Fundamental Rights; Individual Guarantees.

INTRODUÇÃO

Privacidade não é uma preocupação recente. As discussões a respeito do tema não se iniciaram em meados da década de 1990, com o trágico episódio envolvendo Lady Di, a Princesa de Gales, e os *paparazzi* que incessantemente procuravam realizar uma devassa em sua vida pessoal., ou no início dos anos 2000, com as primeiras edições do mundialmente conhecido *reality show* chamado “*Big Brother*”, um verdadeiro observatório antropológico no qual a vida dos participantes é exibida aos telespectadores 24 horas por dia, sete dias por semana e que, não por acaso, teve seu nome inspirado na clássica obra de George Orwell, intitulada “1984”.

Com efeito, a preocupação – agora na acepção jurídica do termo – com a privacidade é longínqua, remetendo ao final do século XIX, época do artigo intitulado “*The right to privacy*” (WARREN; BRANDEIS, 1890). Atualmente, porém, seu conceito tardiamente recebe uma completa ressignificação, sofrendo os efeitos da modernidade e a inevitável associação à proteção de dados pessoais.

Isto se deve, em síntese, em razão da evolução tecnológica nesta nova era liderada pelos avanços e o desenvolvimento das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), processo desencadeado a partir da Guerra Fria, que, paulatinamente, foi revolucionando o próprio sistema capitalista como um todo, cujo principal combustível deixou de ser o petróleo, passando a ser movido a dados (*data driven economy*).

Não é à toa que os dados – especialmente os *pessoais*, ou seja, aqueles dados capazes de identificar pessoas naturais ou torná-las identificáveis – ganharam tanta importância a ponto de se tornarem *headline* da edição de 6 de maio de 2017 da revista *The Economist*, que os qualificou como “*The world’s most valuable resource*”, dando origem ao já conhecido jargão: “*data is the new oil*”.

No plano jurídico interno, a Constituição Federal de 1988, dentre o rol de direitos e garantias fundamentais previstos em seu art. 5º, contempla apenas a proteção da vida privada e intimidade, dois valores muito caros ao ordenamento jurídico pátrio, não versando a respeito da proteção de dados pessoais. Ao menos, não de forma expressa.

A partir desta constatação e considerando o advento da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (BRASIL, 2018), em período de *vacatio legis*, com previsão de entrada em vigor em 16 de agosto de 2020, a qual se propõe a tutelar a privacidade e dispor a respeito das regras para o tratamento lícito de dados pessoais, questiona-se: A ausência textual da proteção de dados pessoais na Constituição é mero preciosismo técnico, não afetando o *status* constitucional da proteção de dados como direito e garantia fundamental? Ou este bem jurídico dispõe de alteridade tal que demande menção expressa no texto da Constituição?

Ainda, o direito à proteção de dados pessoais é uma mera extensão do direito à intimidade e vida privada, ou um direito autônomo? Em que medida se diferencia a proteção de dados dos demais direitos já mencionados? E, na atual conjuntura constitucional, pode a proteção de dados pessoais ser considerada um direito e garantia fundamental?

Para responder tais questionamentos, utilizou-se do método dedutivo, lastreado na revisão de literatura doutrinária a respeito da privacidade e proteção de dados pessoais, a fim de verificar, primeiramente, os riscos inerentes ao tratamento de dados pessoais. Em segundo momento, se há efetiva distinção e alteridade dos conceitos de privacidade e proteção de dados pessoais, traçando os paralelos e nuances com a intimidade e vida privada, a fim de concluir se tal diferença justifica a inclusão da proteção de dados pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais, pilar da Carta Magna de 1988.

1 POSSÍVEIS RISCOS DECORRENTES DA INSUFICIENTE TUTELA À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

O potencial econômico decorrente da exploração dos dados é latente. Yuval Harari (2018, p. 107-111), um dos grandes pensadores da atualidade, cujas ideias a respeito do futuro da humanidade vêm reverberando na comunidade científica, afirma que a regulamentação acerca da “propriedade” dos dados é essencial para o equilíbrio da economia mundial, apontando esta como uma das questões políticas mais importantes da nossa era e que, se mal executada, possui potencial de colapsar o sistema sociopolítico global.

Em complemento, Srnicek (2017, p. 39) alerta que *“As the digital economy is an increasingly pervasive infrastructure for the contemporary economy, its collapse would be economically devastating”*.

A questão, no entanto, transcende à seara econômica, afetando de forma inegável a vida, em seu mais amplo e profundo sentido, de todos nós, sendo que Harari, em palestra ministrada no ano de 2008, em Davos, durante o Fórum Econômico Mundial, ao questionar a importância dos dados, afirma que com uma quantidade suficiente de dados atualmente é possível *hackear* não apenas computadores, mas também seres humanos e outros organismos (HARARI, 2018, s. p.).

Os efeitos e externalidades decorrentes do tratamento de dados pessoais, contudo, não precisam ser levados às últimas consequências para serem sentidos ou percebidos. É

fértil o campo de estudo ligado à ciência dos dados e cada vez maior seu uso indiscriminado por diversos segmentos da iniciativa privada e pela Administração Pública em geral.

Todavia, a fim de limitar o escopo do presente estudo, três relevantes aspectos de risco inerentes às atividades de tratamento de dados pessoais são abordados, a saber: (i) a análise algorítmica; (ii) a falta de *accountability* da economia movida a dados; e (iii) o poder de controle das grandes plataformas e do Estado sobre os cidadãos por meio do uso de dados pessoais.

1.1 ANÁLISE ALGORÍTMICA

A ciência dos dados se embasa em técnicas de agrupamento ou segmentação de dados, na identificação de fraudes ou anomalias, na busca de associações e complementaridades e na análise preditiva, a qual tem por base as técnicas de Aprendizagem de Máquina (*machine learning*). Isso leva à problemática da tomada automatizada de decisões que impactam a vida humana questões, que vão desde a possibilidade de análise do estado de ânimo de uma pessoa, até mesmo as preferências e características de sua personalidade, inclusive com relação à sua propensão à criminalidade e a previsão de doenças e sintomas clínicos³, inclusive psicológicos (TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, 2019, p. 32).

Holmes (2017, p. 57) alerta que a intervenção humana possibilita melhor controle da utilização de algoritmos para a análise de dados, uma vez que tal controle pode servir de filtro para evitar abusos, de modo que os resultados algorítmicos tão-somente serão empregados nas correlações efetivamente úteis e adequadas aos fins propostos.

Nesse ponto, com sua forte carga principiológica, a LGDP estabelece que o tratamento de dados pessoais deve se limitar a um conjunto mínimo de dados, o que vai contra a própria lógica da análise algorítmica que, para prover as melhores e mais precisas soluções, demanda a coleta do maior número de dados possível, baseando-se em técnicas de *profiling* (FERRARIS et al., 2013) e *behavioral tracking* (CASTELLUCCIA; NARAYANAN, 2012).

Cabe mencionar que o uso de algoritmos pode gerar discussões sobre vieses e discriminação. Os computadores não têm preferências nem atitudes, no entanto, as técnicas de *machine learning* funcionam com a premissa de que se “aprende” como se comportar baseado na experiência passada. Assim, deve-se ter em mente que

³ A título ilustrativo, vale menção à notícia de um recente caso em que o monitoramento dos batimentos cardíacos – dados pessoais sensíveis (art. 5º, II, LGPD), ligados à biometria e saúde – de um determinado indivíduo, realizado por um *applewatch* (dispositivo considerado uma espécie de “relógio inteligente”), possibilitou a identificação de sintomas correspondentes a um quadro de infarte e, com o aviso do titular, a tomada de medidas preventivas. (RODDICK, 2020, s.p).

as decisões obtidas são majoritariamente proferidas por seres humanos, que são potencialmente tendenciosos, por isso a necessidade e dificuldade de se estabelecer bases de dados significativas e representativas, sem vieses, ou, tecnicamente, *bias* (FREITAS; BARDDAL, 219, p. 107-126).

1.2 TRATAMENTO DE DADOS E *ACCOUNTABILITY*

Outro relevante problema a ser considerado quanto à proteção de dados é a falta de transparência em seu tratamento. Aqui, além dos dados em si, ganha importância a forma pela qual o tratamento de dados ocorre, sobretudo em se tratando do contexto do processamento algorítmico de dados pessoais.

Isso se deve em razão da não disponibilização de meios efetivos de controle quanto aos mecanismos empregados para a execução dos atos de tratamento, muitas vezes resguardados por direitos de propriedade intelectual e segredos industriais/comerciais (ou de Estado) dos agentes de tratamento (TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, 2019, p. 38).

A necessidade de conferir transparência e permitir uma adequada prestação de contas ao titular dos dados são exigências previstas na LGPD como princípios (art. 6º, incisos VI e X). A noção de *accountability*⁴, importada do regulamento europeu sobre proteção de dados pessoais (*General Data Protection Regulation* - GDPR, Diretiva EU 2016/679) (INTERSOFT CONSULTING s. d.) para a lei brasileira, impõe ao agente de tratamento a demonstração da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância das normas de proteção de dados pessoais, inclusive a ser registrada em um relatório de impacto à proteção de dados (art. 5º, inciso XVII), quando exigido pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (BIONI; MENDES, 2019, p. 815).

Ocorre que as próprias tecnologias que impulsionam a economia movida a dados (v.g. *big data*, análise algorítmica, *machine learning*) são, por essência, “caixas pretas” sob o olhar dos titulares de dados. Porém, sob o olhar tecnológico do operador, aquele que realiza o tratamento de dados pessoais (art. 5º, inciso VII), sabe-se exatamente que algoritmo é ou foi aplicado, quais as operações realizadas com os dados, que base de dados foi utilizada e diversos outros parâmetros, como condições de contorno e heurísticas, visto que se um método algorítmico for corretamente projetado, será imparcial e não tendencioso ou discriminatório. Neste contexto, a responsabilização

⁴ “*Accountability*” é um dos princípios do regulamento europeu de proteção de dados, previsto no artigo 5º, § 2º, GDPR, que, em síntese, estabelece o dever do Controlador em manter registro das operações de tratamento de dados pessoais e, sempre que necessário, demonstrar que este se deu em conformidade com as diretrizes legais: “*The controller shall be responsible for, and be able to demonstrate compliance with, paragraph 1 (‘accountability’)*”.

e prestação de contas é uma resposta que está na intersecção entre a Estatística, Matemática e Ciência da Computação (FREITAS; BARDDAL, 2019, p. 110).

1.3 O PODER DAS *BIG TECHS* E DO ESTADO SOBRE OS CIDADÃOS

Ficou conhecida como “GAFA” a rede composta pelas multinacionais *Google*, *Amazon*, *Facebook* e *Alibaba*, companhias cujo aspecto comum é a vasta quantidade de dados pessoais e informações que geram, aliada à extrema eficiência em processá-las e utilizá-las em prol de seus respectivos negócios.

Em virtude da enorme quantidade de dados que possuem, as “*big techs*”, grandes plataformas tecnológicas, ocupam papel central na economia movida a dados, sendo chamadas “*gatekeepers*” por BARZILAI-NAHON (2008, p. 1496), uma vez que controlam, dão acesso e permitem a participação dos usuários a uma gama de conveniências, oportunidades, serviços. O acesso, entretanto, não deve ser interpretado apenas em seu lado positivo, de inclusão, mas também em seus aspectos negativos: controle, exclusão e a formação de “bolhas informacionais”⁵.

Conforme Boff, Fortes e Freitas (2018, p. 75-77), este controle também pode vir a ser exercido pelo Estado, por quem a otimização de dados, informações, comunicações e conteúdo é, frequentemente, utilizado como justificativa para a adoção de medidas de segurança, políticas sociais e de saúde pública, fomentando uma sociedade de constante e permanente vigilância.

Estes problemas podem ser potencializados ao se deparar com a ameaça ao exercício de liberdades e direitos essenciais à democracia. A título de exemplo, vale menção ao emblemático caso da *Cambridge Analytica*, em que o acesso a dados pessoais disponíveis na rede social *Facebook*, permitiu a manipulação das intenções de voto dos eleitores norte-americanos e, conseqüentemente, do próprio resultado da eleição para a presidência dos Estados Unidos da América, como retratou o documentário “Privacidade Hackeada”⁶.

Uma vez abordadas três questões relevantes que demonstram os riscos atrelados ao tratamento de dados pessoais, passa-se à análise dos bens jurídicos que, direta ou indiretamente, são afetados por estes processos, notadamente a privacidade e a proteção de dados pessoais.

⁵ Bolha informacional é um fenômeno tipicamente próprio do ambiente digital, que se explica a partir dos filtros e mecanismos de busca, capazes de filtrar e refinar com tamanha eficiência para definir quem somos, o que queremos, o que iremos fazer a seguir, criando um “universo de informações exclusivo para cada um de nós (...) que altera constantemente o modo como nos deparamos com ideias e informações” (PARISER, 2012, p. 14).

⁶ O referido documentário foi lançado no ano de 2019, produzido e dirigido por Karim Amer e Jehane Noujaim. Para detalhes do Caso *Cambridge Analytica*, recomenda-se consultar (THE GUARDIAN, s. d.).

2 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO BEM JURÍDICO AUTÔNOMO E DIVERSO DA PRIVACIDADE

Considerando que o objeto central do presente estudo é a autonomia do direito à proteção de dados pessoais, não serão aprofundadas as diferenças entre os conceitos de intimidade e vida privada. Apenas a fim de minimamente conceituar ambos os termos, vale trazer à lume a teoria das esferas concêntricas, na lição de Chianelato (2012, p. 51): “Vida privada e intimidade são sinônimos. Aquela tem âmbito maior, que contém a intimidade, ou seja, vida privada e intimidade podem ser consideradas círculos concêntricos”.

Entretanto, cabe esclarecer, apesar de haver registro no texto constitucional brasileiro quanto à inviolabilidade da “intimidade” e da “vida privada”, o ordenamento jurídico pátrio segue a linha alemã ao tomar ambos estes bens jurídicos como direitos gerais de personalidade (MAURMO, 2014, p. 33). A este respeito, Tavares (2006, p. 579) sustenta que embora a Constituição não elenque expressamente a “privacidade” como uma garantia fundamental, este direito deve ser entendido em sentido amplo, contemplando qualquer forma de manifestação da intimidade, privacidade e da própria personalidade da pessoa humana. O uso da expressão “privacidade”, em sentido genérico, abarcando todas as manifestações da intimidade consagradas no texto constitucional também é adotada por Silva (1993, p. 188).

Feitas estas observações, partindo do pressuposto que intimidade e vida privada, como direitos da personalidade, são espécies bastante similares contidas no gênero “privacidade”, passa-se a tratar os traços distintivos entre privacidade e proteção de dados pessoais.

Inicialmente, como conceito geral, Monteiro Filho e Castro (2019, p. 326) explicam que “Tradicionalmente, a privacidade era definida como o direito a ser deixado só, isto é, a um espaço reservado de intromissões indesejadas”. Tal conceito se baseia nitidamente na definição de Warren e Brandeis (1890), que deu gênese à privacidade como bem jurídico digno de tutela. Aliás, desde sua obra *“The right to privacy”* até estudos mais recentes como os de Warner e Stone (1970), permanece a conclusão de que este é um direito subjetivo, pois cada indivíduo tem sua própria concepção daquilo que constitui invasão à privacidade, sendo também um direito não-estático, evoluindo e mutando ao longo do tempo e do espaço. Fica, assim, evidenciado o significativo aspecto contextual da privacidade, o que se torna relevante em tempos tecnológicos.

Para Bioni (2018, p. 95-97), a privacidade é resultado de uma barreira dicotômica, que separa aquilo que é público daquilo que é privado na vida de um indivíduo (art. 5º, X, CF), no seio de sua residência (art. 5º, XI, CF) e no sigilo de suas comunicações (art. 5º, XII, CF).

Assim, visto que o conceito de privacidade comporta múltiplas facetas merecedoras de tutela – tanto no que toca à vida privada e familiar de um indivíduo,

quanto no que diz respeito ao segredo de suas comunicações – este se distingue do âmbito de proteção dos dados pessoais desse mesmo indivíduo, como bem elucida Rodotà (2008, p. 17):

A distinção entre o direito ao respeito da vida privada e familiar e o direito à proteção dos dados pessoais não é bizantina. O direito ao respeito da vida privada e familiar reflete, primeira e principalmente, um componente individualista: este poder basicamente consiste em impedir a interferência na vida privada e familiar de uma pessoa. Em outras palavras, é um tipo de proteção estático, negativo. Contrariamente, a proteção de dados estabelece regras sobre os mecanismos de processamento de dados e estabelece a legitimidade para a tomada de medidas – i.e. é um tipo de proteção dinâmico, que segue o dado em todos os seus movimentos.

Constata-se que a tutela da privacidade se dá “de fora para dentro”, ou seja, visa impedir a interferência do mundo na vida do indivíduo. O indivíduo, estático, é que não pode ser afetado em sua esfera privada, particular, íntima, em torno da qual se cria uma verdadeira barreira protetora. Diversamente, a proteção de dados ocorre “de dentro para fora”, eis que o titular – sujeito a quem os dados, que são objeto de tratamento, se referem (art. 5º, inciso V, LGPD) – ao revelar seus dados pessoais àqueles que deverão utilizá-los, recebe uma proteção legal quanto aos limites do uso desses dados. Esse limite não é estático, mas dinâmico. O espectro de proteção transcende ao titular e se projeta aos dados pessoais, acompanhando-o onde quer que os dados circulem e afetando todos aqueles que com eles tiverem contato.

Essa noção é reforçada por Doneda (2011, p. 95), para quem a proteção de dados pessoais amplia o campo de tutelas relacionadas à privacidade, permitindo considerar outros interesses e, assim, contemplar as diversas formas de controle viabilizadas pelo tratamento de dados pessoais.

Ainda, pontua Zanon (2013, p. 146-151) que o direito à proteção de dados é amplo e volta-se também à pessoa, assegurando e promovendo sua dignidade, paridade, não-discriminação e liberdade. Aprofundando o elo entre liberdade e proteção de dados, Doneda (2011, p. 97) complementa que a proteção de dados se insere num processo mais complexo, pois afeta a participação do indivíduo na vida em sociedade, o que exige uma análise contextual das situações em que o titular tem seus dados pessoais coletados e tratados. Disto surge uma das preocupações centrais da proteção de dados pessoais: a autodeterminação informativa, conceito que associa o grau de consciência do titular dos dados acerca dos efeitos de sua escolha em fornecê-los, e a liberdade em decidir quanto ao tratamento dos dados.

Outro aspecto relevante é apontado por Canotilho (2007, p. 550-551), ao afirmar que a proteção de dados, assim como a privacidade, também é um gênero, compreendendo e se desdobrando em vários direitos derivados, a saber: (i) acesso

aos dados constantes de registro informático; (ii) conhecimento da identidade dos responsáveis pelo tratamento de dados; (iii) contestação e retificação dos dados objeto de tratamento; (iv) atualização de dados; (v) eliminação de dados.

Importa observar que estas espécies de direitos derivados não guardam uma relação direta com a privacidade ou vida privada, mas se relacionam diretamente com a proteção de dados pessoais, mais especificamente com o ciclo de vida dos dados. Aliás, note-se que o direito de acesso aos dados, exercido pelo respectivo titular, já pressupõe a ausência de privacidade, pois, caso esta existisse de fato, o responsável pelo tratamento sequer teria em seu poder quaisquer dados ou informações sobre o titular e, conseqüentemente, não poderia fornecer o acesso.

Daí é possível concluir que a proteção de dados possui alteridade, diferenciando-se da pura e simples privacidade (intimidade ou vida privada), na medida em que a proteção de dados pessoais é bem jurídico digno de tutela autônoma, ainda que esta proteção não implique em violação direta à privacidade *lato sensu*. Ademais, da noção de proteção de dados exsurtem diversas tutelas derivadas que, igualmente, possuem estreita ligação com a proteção de dados pessoais, nem sempre afetando diretamente os demais direitos da personalidade.

3 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No contexto europeu, o reconhecimento da proteção de dados pessoais como um direito fundamental vem ocorrendo paulatinamente. Desde as décadas de 1970 e 1980, países como Alemanha e Portugal, respectivamente, já adotaram esta posição, o que vem sendo seguido por várias outras nações (CUEVA, 2017, p. 59-60). No ano 2000, a União Europeia promulgou a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (PARLAMENTO EUROPEU, 2000), prevendo que “todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito”.

Este amadurecimento precoce da comunidade europeia, segundo Doneda (2011, p. 97), teria surgido da percepção de que a participação social do cidadão não mais era viável sem que dados pessoais fossem fornecidos, passando a exceção a se tornar a regra.

O Brasil, contudo, não possui tal disposição de forma expressa em sua Constituição, especialmente no rol de direitos considerados garantias fundamentais, que compõem o art. 5º da Carta Magna. Seria, então, esta ausência textual da proteção de dados pessoais no dispositivo constitucional um empecilho para que este direito goze do *status* de uma garantia fundamental?

Para iniciar a construção desta resposta, é possível partir das contribuições de Tribe (2008) quanto à existência de uma Constituição “invisível”, ou seja, tudo aquilo que embora não se encontre escrito na Constituição, não podendo nela ser visto, dela faz parte. Os direitos invisíveis, segundo o autor, decorrem de uma visão de historicidade e contextualidade, o que pode ocorrer, por exemplo, no processo de consolidação de direitos não escritos no texto constitucional.⁷

Portanto, admitindo a existência de direitos invisíveis na Constituição pode-se considerar a proteção de dados como um direito constitucional invisível, pois os riscos do tratamento automatizado de dados pessoais sobre a personalidade do indivíduo, que evocam as garantias constitucionais de igualdade substancial, liberdade e dignidade da pessoa humana, são marco contextual para a caracterização como garantia fundamental (DONEDA, 2011, p. 45). Além disso, os diversos diplomas legais infraconstitucionais que contemplam, expressa ou implicitamente, a proteção de dados como um direito decorrem desta matriz constitucional não-escrita.⁸

Vale ressaltar que a única menção expressa ao caráter de direito fundamental da proteção de dados pessoais em um documento oficial assinado pelo Estado brasileiro se encontra na Declaração de Santa Cruz de La Sierra, documento oriundo do evento “XIII Cúpula Ibero-Americana de Chefes de Estado e de Governo”, firmado em 15 de novembro de 2003, que em seu item 45 assim dispõe:

Estamos também conscientes de que a proteção de dados pessoais é um direito fundamental das pessoas e destacamos a importância das iniciativas reguladoras ibero-americanas para proteger a privacidade dos cidadãos, contidas na Declaração de Antígua, pela qual se cria a Rede Ibero-Americana de Proteção de Dados, aberta a todos os países da nossa Comunidade.

Rodotà (2008, p. 17) afirma que a proteção de dados pessoais, por estar intimamente associada à liberdade e dignidade da pessoa humana, não apenas se constitui em direito fundamental, indo muito além ao qualificá-lo como o direito mais significativo da humanidade na sociedade contemporânea. A seu turno, Bioni (2018, p. 98) salienta que a proteção de dados pessoais não pode ser uma mera evolução do direito de privacidade, possuindo autonomia própria, como uma nova categoria dos direitos da personalidade, demandando uma ampliação normativa para melhor tutelá-lo.

⁷ Analisando essa teoria, Barboza e Kozicki (2019) afirmam que esta não seria aplicável apenas às Constituições de países em que vige o sistema do *common law*, mas também aos países que adotam o *civil law*, como é o caso do Brasil.

⁸ A título exemplificativo, vale menção ao art. 43, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90); Lei do Cadastro Positivo (Lei 12.414/2011); Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011); Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014); e a própria Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018).

É possível afirmar que, judicialmente, a proteção de dados pessoais vem sendo firmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) como um direito fundamental, não apenas em virtude de um desdobramento hermenêutico decorrente da vida privada ou da intimidade, mas garantido no próprio âmbito de tutela do *habeas data*, remédio constitucional previsto no art. 5º, LXXII, “a”, da Carta Magna. A lição (BRASIL, 2012, s. p.), vale explicar, não versou a respeito de dados pessoais que refletiriam em ofensas à vida privada ou intimidade individuais, residindo na simples negativa de acesso de um contribuinte a informações constantes de base de dados contida em sistema de controle interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB), que, por não possuir caráter público, desobrigaria a SRFB a fornecer as informações requisitadas.

No entanto, em julgamento pelo plenário do STF, reconheceu-se que as informações relacionadas a determinado contribuinte, independentemente da publicidade do banco de dados onde se encontram armazenadas, deve ser a este acessível, sempre que solicitado.

Ao reconhecer o direito do contribuinte ao manejo do *habeas data* para ter acesso aos dados a ele referentes, reflexamente, reconheceu-se a própria natureza fundamental do direito à proteção de dados. Isto se extrai do voto do Ministro Gilmar Mendes, que, apartando o Direito processual instrumentalizado pelo *habeas data* do Direito subjetivo material, à proteção de dados, deu a este certo grau de autonomia. Outro ponto relevante nos debates em plenário foi a contribuição do Relator, Ministro Luiz Fux, ao afirmar que “quanto mais expressivo for o direito material assegurado, maior é o número de instrumentos de tutela a serviço desse direito”, qualificando expressamente a proteção de dados pessoais como um direito fundamental.⁹

Conclui Doneda (2011, p. 106) que a melhor interpretação dos incisos X e XII, do art. 5º da CF, deve ser realizada de modo mais fiel ao tempo presente, consideradas as vicissitudes e riscos intrínsecos à Sociedade da Informação. Isto porque, ao mesmo tempo em que existe um elo entre privacidade e proteção de dados, é preciso reconhecer nesta última uma autonomia capaz de permitir a adequada tutela de seus direitos derivados, eliminando ofensas às liberdades fundamentais.

É relevante destacar que a atenção com a proteção de dados pessoais tem sido considerada pelo legislador pátrio não apenas a nível infraconstitucional, mas também na seara constitucional, valendo informar que atualmente se encontra em trâmite a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 17/2019¹⁰. Nela, pretende-se alterar o

⁹ Idem.

¹⁰ A PEC 17/2019 foi aprovada pelo Senado Federal em 02/07/2019, encontrando-se atualmente na Câmara dos Deputados para o devido trâmite (BRASIL, 2019, s. p.).

disposto no art. 5º, inciso X, CF, para incluir, agora expressamente, a proteção de dados pessoais como uma garantia fundamental. Além disso, a PEC em questão pretende adicionar o inciso XXX ao artigo 22, CF, para resguardar à União a competência privativa para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais.

CONCLUSÃO

Uma vez apresentadas algumas breves reflexões sobre os riscos intrínsecos às atividades ligadas ao tratamento de dados e capacidade da *data science*, construção imprescindível para despertar a consciência quanto à necessidade de tutela positiva da proteção de dados pessoais, passou-se à análise dos elementos que apontam para a alteridade da proteção de dados pessoais.

Demonstrou-se que a proteção de dados não decorre diretamente da noção de privacidade. Com efeito, a preocupação do constituinte em estabelecer garantias quanto à vida privada, intimidade e inviolabilidade das comunicações e, pela via do *habeas data*, assegurar a possibilidade de acesso e retificação de dados referentes a um determinado indivíduo, significa reconhecer que, em torno de todos esses direitos fundamentais, orbita uma modalidade de direito não expressamente mencionado, mas com autonomia igualmente assegurada: a proteção de dados pessoais. Assim, ao mesmo tempo que sofre ação ou influência das referidas garantias, a proteção de dados pessoais possui aspectos próprios, pois sua violação implica ofensa a outros direitos derivados não ligados diretamente à privacidade.

Portanto, conclui-se que, embora não conste do texto constitucional, a proteção de dados pessoais possui densidade jurídica suficiente para ser individualmente considerada como um direito fundamental. Isso, entretanto, não ofusca a acolhida da PEC 17/2019 que, se aprovada pela Câmara dos Deputados e vier, assim, a modificar o texto constitucional para incluir expressamente a proteção de dados pessoais no rol de direitos fundamentais já previsto no art. 5º, inciso X, da Carta Magna, certamente conferirá maior segurança jurídica e força cogente à tutela deste bem jurídico em nível constitucional, o qual será automaticamente reconhecido e prescindirá de maiores esforços teóricos e argumentativos neste sentido.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; Kozicki, Katya. Common Law and Civil Law: Convergences Beyond a Written Constitution. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Coyoacán, v. 51, n. 40, p. 39-73, enero/jun. 2019.

BARZILAI-NAHON, Karine. Toward a theory of network gatekeeping: a framework for exploiting informational control. **Journal of the American Society for Information Science and Technology**, Carolina do Norte, v. 59, p. 1493-1512, jul. 2008.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____.; MENDES, Laura Schertel. Regulamento Europeu de Proteção de Dados Pessoais e a Lei Geral brasileira de Proteção de Dados: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. In: TEPEDINO, Gustavo et al. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. **Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional n. 19, de 14 de março de 2019. Altera o art. 144 da Constituição Federal, para incluir a Força Nacional de Segurança Pública dentre os órgãos de segurança pública. **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF, n. 27, 15 mar. 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135721>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão geral no Recurso Extraordinário 673.707 MG**. Recorrente: Rigliminas Distribuidora LTDA. Recorrido: União. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 jun. 2015.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Definição e parâmetros para uso de dados pessoais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, v. 157, n. 1, página 59, publicação dia 15 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/36849373/do1-2018-08-15-lei-no-13-709-de-14-de-agosto-de-2018-36849337>. Acesso em: 27 abr. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa anotada**. São Paulo: RT, 2007.

CASTELLUCCIA, Claude; NARAYANAN, Arvind. Privacy considerations of online behavioural tracking. **ENISA – European Network and Information Security Agency**, p. 1-33, nov. 2012. Disponível em: <<https://www.enisa.europa.eu/publications/privacy-considerations-of-online-behavioural-tracking>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

CHIANELLATO, Silmara Juny de Abreu. Comentários à parte geral: artigos 1º a 21 do Código Civil. In: MACHADO, Antonio Cláudio da Costa (Org.); CHIANELLATO, Silmara Juny de Abreu (Coord.). **Código civil interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 5. ed. Barueri: Manole, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução n. 340, de 8 de julho de 2004. Diretrizes para Análise Ética e Tramitação dos Projetos da Área Temática Especial de Genética Humana. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 jul. 2004. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2004/res0340_08_07_2004.html>. Acesso em: 01 nov. 2019.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A insuficiente proteção de dados pessoais no Brasil. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 13, n. 4, p. 59-67, out-dez. 2017.

DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como um Direito Fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

_____.; ALMEIDA, Virgílio. What is algorithm governance? **IEEE Internet Computing**, Cambridge, v. 20, n. 4, p. 60-62, jul. 2016. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Danilo_Doneda/publication/305801954_What_Is_Algorithm_Governance/links/5a189afaaca272df080a8701/What-Is-Algorithm-Governance.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.

FERRARIS, Valeria et al. Defining profiling. **United Nations Interregional Crime and Justice**, Dec. 2013. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2366564>. Acesso em: 27 abr. 2020.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 88, n. 88, p. 439-459, jan.1993. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; BARDDAL, Jean Paul. Análise preditiva e decisões judiciais: controvérsia ou realidade? **Democracia Digital e Governo Eletrônico**, Florianópolis, v. 1, n. 18, p. 107-126, dez. 2019.

HARARI, Yuval Noah. **21 Lições para o Século 21**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

_____. O futuro frente aos avanços da IA e da Bio Tecnologia. In: FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL, n. 48, 2018, Davos. **Anais...** Davos, 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?time_continue=625&v=LkwHEw8Njd4&feature=emb_logo>. Acesso em: 23 mar. 2020.

HOLMES, Dawn E. **Big data**: a very short introduction. Oxford: Oxford University, 2017.

INTERSOFT CONSULTING. General Data Protection Regulation. **Intersoft Consulting**, Bruxelas, abril 2016. Disponível em: <<https://gdpr-info.eu>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

MAURMO, Júlia Gomes Pereira. A distinção conceitual entre privacidade, intimidade, vida privada, honra e imagem. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 15, n. 57, p. 33-52, jan./mar. 2014.

MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 79, n. 1, p. 45-81, jul. 2011.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; CASTRO, Diana Paiva de. Potencialidades do direito de acesso na nova Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018). In: TEPEDINO, Gustavo et al. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 10-15.

PARISER, Eli. **O filtro invisível**: o que a internet está escondendo de você. Trad. Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

PARLAMENTO EUROPEU. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, Bruxelas, dez. 2000. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 17 maio 2020.

RODDICK, Rodrigo. Brasileiro descobre doença com ajuda de Apple Watch e post viraliza. **TechTudo**, jan. 2020. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2020/01/brasileiro-descobre-doenca-com-ajuda-do-apple-watch-e-post-viraliza.ghml>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1993.

SRNICEK, Nick. **Platform capitalism**. Cambridge: Polity, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

THE GUARDIAN. The Cambridge analytica files. **The Guardian**. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/news/series/cambridge-analytica-files>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

TRIBE, Laurence H. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University, 2008.

WARNER, M.; STONE, M. G. **The data bank society**: organizations, computers and social freedom. New York: Allen & Unwin, 1970.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. **Harvard Law Review**, New York, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890.

ZANON, João Carlos. **Direito à proteção dos dados pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OS LIMITES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NO ENFRENTAMENTO DE CALAMIDADES PÚBLICAS

PUBLIC ADMINISTRATION'S LIMITS ON THE PROCESSING OF PERSONAL DATA FACING PUBLIC CALAMITIES

Diogo Kastrup Richter¹
Marcelo Reviglio Bertoncini²

RESUMO

Em momentos de enfrentamento de calamidades públicas, tal como aquele decretado em decorrência do COVID-19, a Administração Pública é chamada ao dever de tentar solucionar ou mitigar os efeitos negativos que a emergência impõe à sociedade. Nesse sentido, em decorrência do desenvolvimento tecnológico, o uso de sistemas eletrônicos que processam dados pessoais se tornou um instrumento importante para a concretização de políticas públicas que visem enfrentar calamidades. O tratamento de dados pessoais para medidas estatais de tal sorte, embora de extrema relevância, encontra limites no ordenamento jurídico pátrio, em especial na Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), no sentido de se evitar o tratamento ilegal, desproporcional e autoritário das informações. Logo, mesmo em momentos de urgência, é de extrema relevância que o tratamento de dados pessoais pela Administração Pública seja realizado em conformidade com as balizas constitucionais e legais, visando a cessação ou mitigação dos efeitos negativos da calamidade pública

¹ Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pós-graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bacharel em Direito pela PUCPR, com período de estudos na Universidad de Zaragoza (UNIZAR/Espanha). Advogado corporativo. *E-mail*: diogo.k.richter@gmail.com.

² Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bacharel em Direito pela mesma Universidade. É especialista pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) e pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (FEMPAR). Advogado, sócio do Kozikoski, Paiva dos Santos e Bertoncini Advogados Associados. *E-mail*: bertoncinimarclo@gmail.com.

enquanto resguarda o direito fundamental à privacidade e à proteção de dados dos cidadãos. Para a realização do estudo, utilizou-se do método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, de direitos encartados na Constituição Federal, e instrumentos normativos como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Palavras-chave: Calamidade Pública; Políticas Públicas; Proteção de Dados Pessoais; Privacidade; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

In times of confronting public calamities, such as the one decreed because of COVID-19, the Public Administration is called on duty to try to solve or mitigate the negative effects that the emergency imposes on society. In this sense, as a result of technological development, the use of electronic systems that process personal data has become an important instrument for the implementation of public policies created to face calamities. The processing of personal data for such state measures, although of extreme relevance, finds its limits in the national legal system, especially in Law No. 13.709 / 2018 (General Personal Data Protection Law), in order to avoid illegal, disproportionate and authoritarian processing of the information. Thus, even in times of urgency, it is extremely important that the processing of personal data by the Public Administration is carried out in accordance with constitutional and legal guidelines, aiming at the cessation or mitigation of the negative effects of public calamity while safeguarding the fundamental right to privacy and the protection of citizens' data. To carry out the study, the deductive method was applied through bibliographic research and the study of the Federal Constitution and normative instruments such as the General Personal Data Protection Law.

Keywords: Public Calamity; Public Policies; Personal Data Protection; Privacy; Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

O estado de calamidade pública decretado pela União Federal em decorrência da pandemia do novo coronavírus, o COVID-19, deflagrou diversas medidas por parte da Administração Pública que dependem do tratamento de dados pessoais dos cidadãos para a consecução de políticas públicas relacionadas à tutela da saúde.

Embora de extrema relevância para a saúde pública, (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD)³. É o que este trabalho se propõe a estudar.

Inicialmente, se faz necessária a compreensão de algumas categorias jurídico-constitucionais, notadamente a explicação do que é compreendido como calamidade pública e políticas públicas. Após, passa-se à análise detida do conteúdo dos direitos fundamentais à privacidade e à de proteção de dados, para então se estudar as hipóteses e os limites do tratamento de dados pessoais para o cumprimento de providências no estado de calamidade pública.

1 CALAMIDADES E POLÍTICAS PÚBLICAS

1.1 DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DE CALAMIDADE PÚBLICA

A calamidade pública é mencionada no texto da Constituição Federal em cinco oportunidades: quando trata das competências da União (art. 21, XVIII), estipulando-a como causa para decretação de estado de defesa (art. 136, *caput*, e inciso II), para fins de instituição da espécie tributária empréstimo compulsório (art. 148, I) e, por fim, como exceção à regra para abertura de crédito extraordinário (art. 167, § 3º combinado com o art. 62, § 1º, I, *d*), na seção dos Orçamentos públicos, (Seção II, Capítulo II, do Título VI).

³ Cumpre observar que, ao tempo em que este artigo foi submetido, a LGPD ainda não vigorava, pois conforme o art. 65, II, da Lei nº 13.709/2018, modificado pela redação dada pela Medida Provisória nº 959/2020 (ainda pendente de apreciação pelo Congresso Nacional), seus dispositivos passarão a valer a partir de 3 de maio de 2021 – com exceção dos artigos que dizem respeito à criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. Contudo, conforme se observa no julgamento conjunto das ADIs 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, a LGPD já tem balizado decisões do Poder Judiciário que dizem respeito ao tratamento de dados pessoais pela Administração Pública.

Quanto à definição de calamidade pública, adota-se a explanação de Maria Helena Diniz (1998, p. 463):

Calamidade Pública. 1. Direito administrativo e direito constitucional. Infortúnio público causado por fato da natureza (inundação, seca prolongada, peste) ou por ato do homem (guerra, motim) que impossibilita o funcionamento normal dos serviços ou põe em risco a vida humana. O Poder Público deverá tomar providências para remover, no que for possível, os efeitos da calamidade.

Logo, pode-se classificar a calamidade pública, conforme o texto constitucional, por função, em quatro classes: a) calamidade pública enquanto competência administrativa da União no planejamento e promoção da defesa permanente contra as calamidades públicas (MORAES, 2014, p. 316-317); b) calamidade pública como hipótese autorizadora para decretação do estado de defesa (TAVARES, 2018, p. 946); c) como causa (COÊLHO, 2018, p. 86) ou critério de validação constitucional (PAULSEN, 2018, p. 60) da espécie tributária empréstimo compulsório; e, d) para abertura de crédito extraordinário para atender despesas imprevisíveis e urgentes, decorrentes de calamidade pública (BASTOS, 1995, p. 85), podendo inclusive ser implementado por via de medidas provisórias.

Portanto, as supramencionadas funções encontram escólio na definição colacionada. A decretação da calamidade pública pelo Ente e Poder competentes tem como objetivo maior o afastamento, na medida do possível, do estado de fato que perturba a ordem social e/ou econômica, independentemente da sua natureza - se de saúde pública, de natureza ambiental, dentre outras. Referida intervenção deverá ocorrer por meio de políticas públicas que visem a proteção e promoção do combate contra as calamidades públicas, como se dissertará no subcapítulo seguinte.

Anota-se importante reflexão. Das quatro funções da calamidade pública, as que importam para este estudo são duas: calamidade pública enquanto competência administrativa da União e como exceção orçamentária para abertura de créditos extraordinários. Referidas funções vão implicar diretamente na promoção de políticas públicas de defesa e combate às calamidades públicas, especialmente, como proposto, as de saúde pública, vez que indicam o Ente competente para gestão federal da calamidade⁴,

⁴ Importante destacar que, a depender da sua natureza, há participação comum, cooperativa e concorrente dos entes de todos os níveis da Federação, mas que dependem da atuação da União para deflagração de medidas, especialmente em situações urgentes nas quais somente o Presidente da República pode editar

bem como o referido enfrentamento pode ser financiado, especialmente de forma urgente⁵.

Por fim, diante do caso paradigma (combate à pandemia do novo coronavírus) é importante frisar que as políticas públicas a serem promovidas não visam somente o financiamento do sistema de saúde pátrio, mas também a manutenção das atividades econômicas⁶ – exercidas com restrições, inclusive de locomoção dos cidadãos –, e proteção à dignidade humana, do mínimo existencial, daqueles que perderam a oportunidade de serem remunerados pelo trabalho que exerciam, impedidos pelas políticas públicas de limitação de interação social⁷.

1.2 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTOS DE PROMOÇÃO DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

As políticas públicas são iniciativas da Administração Pública de intervenção no domínio social, visando a promoção do bem-estar dos cidadãos por manifestado interesse público (MELLO, 2017, p. 841). Sobre este último, resumem Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem (2010, p.195):

Entendendo o interesse público como aquele resultante da parcela coincidente dos interesses individuais de determinada sociedade, externado pela dimensão coletiva desses interesses e fixado pelo próprio Direito positivo cuja ontologia é constitucional – tal como defendem Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Romeu Felipe Bacellar Filho – não há qualquer perigo de confundi-lo com o interesse secundário, relativo aos anseios da máquina estatal ou da pessoa física do administrador público; nem mesmo de ser promovida uma restrição inconstitucional de direitos subjetivos – situações estas que revelariam, aí sim, uma concepção autoritária dessa categoria (e não se nega que tais anomalias ocorram a todo o tempo na prática administrativa brasileira – mas as irregularidades no plano do ser não

medidas provisórias de natureza orçamentária para financiamento das políticas públicas de enfrentamento das calamidades públicas. Este é o quadro no combate à calamidade pública da pandemia do novo coronavírus, decretada no já citado Decreto Legislativo nº 6, de 2020, do Senado Federal.

⁵ Conforme o Decreto Legislativo nº 6, de 2020, do Senado Federal, publicado em 20.3.2020, em edição extra do Diário Oficial da União.

⁶ Conforme o Decreto nº 10.292/2020 e a Medida Provisória 925/2020, dispendo sobre medidas emergenciais para a aviação brasileira em razão da pandemia do novo coronavírus.

⁷ Lei nº 13.982/2020 que instituiu o auxílio emergencial aos trabalhadores que cumprem os respectivos requisitos, no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais, por três meses.

são capazes de desconstruir o regime jurídico nele incidente; pelo contrário, devem servir de mote para a sua constante defesa e reafirmação).

Diante dessa moldura, vislumbra-se que políticas públicas são, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello (2017, p. 843): “[...] um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o país”.

Assim, por ser a saúde um direito social (art. 6º, *caput*, da Constituição Federal) que se deve promover e defender permanentemente, especialmente em momentos de calamidades públicas como as de natureza da pandemia do novo coronavírus, referido direito deve ser objeto de políticas públicas. Afinal, esta é uma das formas de intervenção do Estado no domínio social, por meio de serviços públicos sustentados naquelas (MELLO, 2017, p. 844).

Isso é o que se depreende da redação do art. 196 da Constituição Federal, do qual se extrai a obrigatoriedade do Estado em promover políticas que assegurem o direito social à saúde da melhor maneira possível⁸. Ora, se relaciona o direito à saúde diretamente com a dignidade humana e o direito à igualdade, promovido pelo “Estado-garantidor”, que assegura as condições mínimas de vida e desenvolvimento (TAVARES, 2018, p. 744).

Soma-se à obrigação de prestação e garantia pelo Estado o encaminhamento dado pela Constituição Federal da diretriz de “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais” (art. 198, II), que, como aponta André Ramos Tavares (2018, p. 744), “deve preocupar-se igualmente com a prevenção de doenças e outros agravos, mediante a redução de riscos”. Esta última lição tem ainda mais relevância em estados de calamidade pública na saúde pública, eis que é razão para a liberação de recursos extraordinários, ante a relevância e urgência decorrentes daquele, para a proteção da saúde pública, direito social de todos, por meio de políticas públicas que visem a repressão da mazela enfrentada, bem como a prevenção de seu alastramento⁹⁻¹⁰.

⁸ Neste ponto importante lembrar a exigibilidade de tal prestação ante a “reserva do possível” (MELLO, 2017, p. 844).

⁹ Como dispôs a Lei nº 13.979/2020 sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

¹⁰ É o que se denota no exemplo do combate à pandemia do novo coronavírus, no qual promove-se

Tendo em vista as políticas públicas de prevenção à propagação de mal causador de estado de calamidade pública; por se tratar de intervenção no domínio social que afeta diretamente o dia-a-dia do cidadão brasileiro, bem como, no caso em estudo, da possibilidade de tratamentos de dados pessoais daqueles para fins de se promover a eficiência das políticas públicas de contenção do avanço do novo coronavírus, faz-se mister a análise do embasamento e do conteúdo dos direitos fundamentais à privacidade e à proteção de dados antes de dar início ao estudo das limitações legais ao dito tratamento de dados pessoais.

2 O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS PARA O CUMPRIMENTO DE PROVIDÊNCIAS NO ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA

2.1 A PRIVACIDADE E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO OBJETO DE TUTELA LEGAL E CONSTITUCIONAL

Mesmo não havendo correspondência expressa no texto constitucional brasileiro, o direito fundamental à privacidade engloba direitos como os que dizem respeito à intimidade e vida privada dos indivíduos, prescritos no art. 5º, X, da Constituição Federal (TAVARES, 2018, p. 543). Referido direito tem forte vínculo com o fundamento constitucional da dignidade humana, visando a proteção da esfera particular e mais íntima das pessoas contra quaisquer violações ou intromissões excessivas que não anseiem tão somente a informação objetiva e de interesse público (MORAES, 2014, p. 54).

Observe-se, também, a utilização de estratificação da intimidade do indivíduo, especialmente para representar a diferença entre a intimidade – esfera mais reservada, cujo acesso é vedado ou muito restrito – e a vida privada – âmbito detentor de menor

políticas de custeio de equipamentos e serviços de saúde (como a Medida Provisória nº 940/2020 que abriu crédito extraordinário em favor do Ministério da Saúde), intervenção no mercado de referidos equipamentos (como a Lei nº 13.993/2020 que dispõe sobre a proibição de exportações de produtos médicos, hospitalares e de higiene essenciais ao combate à epidemia de coronavírus no Brasil.) e o tratamento de dados dos cidadãos para fins de controle da irradiação dos efeitos da referida pandemia (como a Medida Provisória nº 954/2020, que dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.).

camada protetiva, mas que não implica em divulgação irrestrita ou sem autorização de informações pessoais (TAVARES, 2018, p. 544). É como elucida Alexandre de Moraes (2014, p. 54), ao afirmar que “intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.”.

O texto constitucional não mencionou dados referentes às atividades sociais dos indivíduos na *internet*, ou, sequer imaginou a possibilidade de gestão de dados pessoais por meio de aplicativos, *softwares*, mídias sociais e redes de relacionamento possibilitados pela comunicação eletrônica, tendo em vista a inexistência das referidas tecnologias ao tempo da última Assembleia Nacional Constituinte (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2018, p. 455).

Nada obstante, há tempos a doutrina e jurisprudência brasileiras, preocupadas com os desdobramentos da sociedade da informação¹¹, vêm buscando justificativas constitucionais e legais para categorizar a proteção de dados pessoais como uma evolução do conceito de privacidade, conferindo a esta tutela dos dados pessoais tanto uma natureza de direito da personalidade quanto de direito fundamental.

Na seara constitucional, Laura Mendes (2011) afirma que a extensa experiência institucional a respeito da evolução do conceito da privacidade permite reconhecer um direito fundamental à proteção de dados pessoais, tratando-se de uma dimensão da já mencionada inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Nesse sentido, inclusive, existem movimentações legislativas para que se disponha, no texto constitucional, a proteção dos dados pessoais como direito fundamental¹².

Já na seara legal, Bruno Bioni (2019, p. 58-61) defende que a proteção dos dados pessoais se trata de um novo direito da personalidade, recepcionado como um bem

¹¹ Castells explica que tal economia, atualmente, é informacional, global e em rede. É informacional porque depende da capacidade de os agentes econômicos processarem dados e transformá-los em conhecimento; é global porque as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação dos componentes de produção estão organizados em escala mundial; é em rede porque a produtividade e a concorrência estão organizadas em uma rede de interação global de empresas (CASTELLS, 1999, p. 119).

¹² Conforme o Projeto de Emenda Constitucional nº 17/2019, que altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais.

da personalidade passível de resguardo jurídico, dada a natureza elástica do sistema geral de tutela à pessoa humana, que vai além dos direitos previstos nos arts. 11 a 21 do Código Civil.

A promulgação da LGPD, em 2018, veio a reforçar essa concepção da proteção dos dados pessoais dos indivíduos como verdadeiro direito. Referida Lei dispõe sobre o tratamento¹³ de dados pessoais por pessoas naturais e pessoas jurídicas, tanto as de direito público com as de direito privado, possuindo, conforme seu art. 1º, o objetivo de “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”. Logo, é plenamente possível reconhecer a existência de um direito à proteção de dados pessoais, tutelado tanto a nível constitucional quanto legal.

Esse direito à proteção de dados é constituído tanto de um aspecto negativo (direito de defesa) quanto positivo (direito à prestação). Negativo, por delimitar um campo de proteção inviolável pelo poder estatal ou privado. Positivo, por ensejar uma ação do Estado para que tal proteção seja garantida (MENDES, 2011).

Contudo, tal direito não é absoluto, fato que se denota ainda mais em um cenário peculiar como o da citada calamidade pública. Dados pessoais podem ser objeto de tratamento para o atendimento de políticas públicas, desde que conforme determinadas hipóteses e limites previstos na LGPD, inclusive sem o consentimento do seu titular.

2.2 AS HIPÓTESES E OS LIMITES PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS EM POLÍTICAS PÚBLICAS

O cenário atual de calamidade pública, decretada em razão da pandemia do COVID-19, levou a Administração Pública a adotar determinadas medidas até então inéditas para o combate ao novo coronavírus, tal como o tratamento de dados pessoais dos cidadãos brasileiros em larga escala com a finalidade de se controlar a propagação do vírus e de se obter informações a respeito da evolução da pandemia.

Nesse sentido, a promoção de políticas públicas que visam proteger a saúde pública, tal como se observa agora, representa uma possível interferência

¹³ O termo “tratamento”, segundo o art.5º, X, da LGPD, diz respeito a toda operação realizada com dados pessoais, sem distinção.

no aspecto negativo (não-interventivo) do direito à proteção de dados. Logo, a ingerência estatal sobre dados pessoais de particulares sofre limites inerentes à proteção desse direito.

A primeira questão a ser analisada em uma política pública que se utilize de *dados de indivíduos* para sua promoção é se tal política se vale de dados pessoais ou não. A LGPD conta com ampla definição de *dado pessoal*, dispondo em seu art. 5º, I, que dado pessoal é toda “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”. A (in)definição se justifica, pois é inviável o legislador prever, de antemão, toda informação que tenha o condão de identificar um sujeito.

Caso determinada informação utilizada em promoção de política pública, isolada ou em conjunto com outras, não permita a identificação do indivíduo, está-se diante de dado anonimizado, que segundo o inciso III do artigo supramencionado, é “dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento”. Se assim for, conforme o art. 12 da LGPD, tais dados não serão considerados dados pessoais, salvo se for possível reverter o processo de anonimização por meio de esforços razoáveis.

No entanto, uma vez verificada que a política pública se vale de dados pessoais, há de se consultar, então, o disposto no art. 7º da LGPD, que prevê as hipóteses em que qualquer agente de tratamento¹⁴ pode realizar o uso de dados pessoais. Dentre as hipóteses elencadas, destaca-se a prevista no inciso III do referido artigo, que dispõe que o tratamento de dados pessoais poderá ser realizado pela Administração Pública para a execução de políticas públicas *previstas em leis e regulamentos* ou que *encontrem respaldo em contratos, convênios ou instrumentos congêneres* firmados com entes públicos ou privados. Assim, é necessário que o tratamento de dados para o atendimento de política pública esteja previsto em instrumento formal, em coerência com as demais exigências da Lei.

A exigência que mais merece destaque é a da *finalidade* (art. 6º, I, da LGPD), que determina que o tratamento de dados ocorra para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular. Às pessoas de direito público, a questão da finalidade

¹⁴ O termo “agente de tratamento” diz respeito ao controlador e ao operador. O primeiro é pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais. O segundo é pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador (LGPD, art. 5º, VI, VII e IX).

é ainda mais central, haja vista que, segundo o art. 23 da referida Lei, o tratamento de dados deve ser realizado para o atendimento da finalidade pública e na persecução do interesse público, como já debatido no primeiro capítulo deste trabalho.

No combate ao novo coronavírus, por exemplo, não basta o ente público apontar que o tratamento de dados será para fins de evitar a propagação do COVID-19. Os riscos aos dados pessoais devem ser mitigados mediante o apontamento de finalidade pública necessária e restrita, fazendo-se uso de técnicas de tratamento menos invasivas possíveis, evitando, assim, usos abusivos ou discriminatórios (DATA PRIVACY BRASIL, 2020, p. 17-18). O tratamento de dados, assim, deve se restringir ao mínimo necessário para cumprir a finalidade à qual se propõe na política pública, conforme dispõe o art. 6º, II, da LGPD.

Uma vez que a finalidade e a limitação do tratamento de dados pessoais sejam detalhadamente descritas em instrumento formal, é necessário definir o *ciclo de vida* dos dados, isto é, por quanto tempo serão utilizados. Embora o Regulamento Sanitário Internacional (art. 45, 2, d) preveja que os referidos dados podem ser conservados pelo “*tempo necessário*”, isso não escusa a definição de um prazo de validade, sendo vedado o uso eterno (DATA PRIVACY BRASIL, 2020, p. 18-19). Nesse aspecto, quanto mais clara a finalidade para uso de dados pessoais descrita na política pública, mais fácil será de definir o tempo adequado para conservação dos dados, que deverão ser adequadamente descartados uma vez que aquela se encerre.

Além disso, o tratamento de dados em favor de determinada política pública há de seguir medidas de contenção e de salvaguardas com o fim de se respeitar a autodeterminação informativa e a privacidade (art. 2º, I e II, da LGPD), respeitando-se o nível de segurança razoável que o titular possa esperar de tal tratamento, como o seu modo de realização e os resultados e riscos que dele se esperam (art. 44 da LGPD). Sugere-se, por exemplo, a adoção de sistema de gerenciamento de identidades e de controle de acesso a bancos de dados ligados a tal política pública, bem como, sempre que possível, o uso de técnicas de segregação ou pseudoanonimização de bancos de dados (DATA PRIVACY BRASIL, 2020, p. 24-25).

Por fim, o tratamento de dados pessoais em prol de política pública deve estar respaldado por mecanismos de efetiva publicidade e transparência, tal como a publicização das medidas envolvendo o tratamento de dados em portal de transparência

com fácil acesso ao público. Tãmanha a importãncia desses princípios, estes encontram extensa tutela no ordenamento pátrio, como no art. 37, *caput*, da Constituição Federal; no art. 6º, VI, da LGPD; no art. 31, *caput*, da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação); e no art. 7º, III, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) (DATA PRIVACY BRASIL, 2020, p. 25).

O objetivo desse direcionamento é que se garanta aos cidadãos a efetiva transparência no tratamento de dados pessoais, o que implica na obrigação de a Administração Pública, no curso da política pública que se valha de dados pessoais, fornecer informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre as finalidades e as entidades envolvidas no referido tratamento (art. 6º, VI, da LGPD).

Também, e por consequência, a transparência é o meio pelo qual o ente público oportunizará a eficácia dos direitos individuais dos titulares previstos nos incisos do art. 18 da LGPD, notadamente o direito de confirmação da existência do tratamento, o acesso aos dados que estão amparados pela Administração e a correção daqueles dados que se identifiquem por seu titular como incompletos, inexatos ou desatualizados.

Afinal, é somente por meio da verdadeira transparência a respeito do tratamento de dados pessoais efetivado pelo Poder Público que os cidadãos poderão exercer seus direitos e garantias, o que compreende avaliar se o tratamento almejado para o atendimento de determinado interesse público realmente se concretiza ao que se propõe. Interesses e finalidades obscuros, quaisquer que sejam as intenções, não combinam com regimes democráticos. Ao fim e ao cabo, ao que a Administração deve se atentar é que se dê efetividade à política pública de proteção ao direito social à saúde sem que jamais se anule os níveis de proteção individual na esfera da privacidade, da intimidade e da proteção de dados dos cidadãos, o que se faz avaliando cada caso concreto para fins de validar a legitimidade constitucional da flexibilização (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2018, p. 455).

CONCLUSÃO

Mesmo em momentos de urgência, é de extrema relevância que o tratamento de dados pessoais na consecução de políticas públicas seja realizado em conformidade

com as balizas constitucionais e legais delineadas neste artigo. As medidas estatais devem incidir na cessação ou mitigação dos efeitos negativos da calamidade pública enquanto resguarda o direito fundamental à privacidade e à proteção de dados dos cidadãos. O arcabouço jurídico de proteção de dados, especialmente aquele trazido pela LGPD, demonstra que esse equilíbrio é um dever e não coloca em risco de realização mesmo aquelas medidas incisivas no uso de dados pessoais que se façam necessárias pelo Estado.

Evidentemente, dada a complexidade, novidade e extensão do tema, os limites elencados neste artigo não são exaustivos, mas acredita-se que fornecem as bases mínimas para o adequado tratamento de dados pessoais em prol de políticas públicas ligadas ao enfrentamento de calamidades públicas – não só para esta do COVID-19, mas também para quaisquer outras que a sociedade brasileira venha a enfrentar.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Trad. de Roneide Venancio Majer. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DATA PRIVACY BRASIL. **Relatório Privacidade e Pandemia: recomendações para o uso legítimo de dados no combate à COVID-19**. São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://www.dataprivacybr.org/os-dados-e-o-virus>>. Acesso em: 23 abr. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O Suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 155-201.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2017.

MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**, Brasília, v. 79, p. 45-81, jul./set. 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E SEUS IMPACTOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS

THE FOURTH INDUSTRIAL REVOLUTION AND ITS IMPACTS ON FUNDAMENTAL RIGHTS TO PRIVACY AND DATA PROTECTION

Gilberto Bomfim¹

Bruno Fediuk de Castro²

RESUMO

A mudança de paradigma em curso na sociedade a partir da quarta revolução industrial é considerada, em sua escala, escopo e complexidade, como algo diferente de tudo aquilo que já foi experimentado pela humanidade. Essa revolução digital vem trazendo profundas alterações nos sistemas econômicos, sociais, políticos e culturais. Ao lado da certeza de que as mudanças tecnológicas e digitais que virão pela frente irão revolucionar toda a sociedade, existe uma profunda incerteza que rodeia o desenvolvimento e adoção de tecnologias emergentes e os desdobramentos das transformações geradas por essa revolução disruptiva. Esse novo cenário já tem produzido uma série de conflitos complexos, que vem exigindo a atuação do Direito, que precisará acompanhar esta complexidade e apresentar soluções jurídicas e normativas que garantam a segurança e o exercício de direitos fundamentais. O problema a ser enfrentado no artigo é compreender como é tratada pelo Direito a proteção à privacidade e à proteção de dados pessoais do cidadão frente ao crescente fluxo de informações na *internet*, proporcionado pela quarta revolução industrial. Pretende-se identificar as potenciais violações ao direito à privacidade e seus impactos no Direito. Ao final, conclui-se

¹ Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba - PR, Brasil). Procurador federal, membro da AGU. *E-mail*: g_bomfim@hotmail.com

² Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba - PR, Brasil). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - UniCuritiba (Curitiba – PR, Brasil). Advogado. *E-mail*: bfc.adv@gmail.com

pela necessidade de adaptação constante do Direito para responder às demandas geradas pela revolução digital e que, nesse ponto, a Lei nº 13.709, de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados, representa um avanço em busca da efetivação e promoção de Direitos Humanos Fundamentais como justificativa para a tutela dos dados pessoais.

Palavras-chave: Quarta Revolução Industrial; Big Data; Privacidade; Proteção de Dados; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The paradigm shift in society since the fourth industrial revolution is considered, in its scale, scope and complexity, as something different from everything that has ever been experienced by humanity. This digital revolution has brought profound changes in economic, social, political and cultural systems. Alongside the certainty that the technological and digital changes that will come ahead will revolutionize the whole of society, there is a deep uncertainty surrounding the development and adoption of emerging technologies and the unfolding of the transformations generated by this disruptive revolution. This new scenario has already produced a series of complex conflicts, which has been demanding the performance of law, which will need to accompany this complexity and present legal and normative solutions that ensure the security and exercise of fundamental rights. The problem to be faced in the article is to understand how the right to protect the privacy and protection of personal data of the citizen in the face of the growing flow of information on the Internet, provided by the fourth industrial revolution, is treated by the right. It is intended to identify potential violations of the right to privacy and their impacts on the law. In the end, it is concluded by the need for constant adaptation of the Law to respond to the demands generated by the digital revolution and that, at this point, Law No. 13,709, of 2018, General Data Protection Law, represents an advance in the search for the realization and promotion of Fundamental Human Rights as a justification for the protection of personal data.

Keywords: Fourth Industrial Revolution; Big Data; Privacy; Data Protection; Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

A mudança de paradigma em curso na sociedade a partir da quarta revolução industrial é considerada, em sua escala, escopo e complexidade, como algo diferente de tudo aquilo que já foi experimentado pela humanidade. Estão sendo promovidas profundas alterações nos sistemas econômicos, sociais, políticos e culturais.

A humanidade está sendo atingida diretamente pela nova modelagem social proporcionada pela revolução digital e a velocidade da inovação, em termos de desenvolvimento e ruptura, está mais rápida do que nunca. Além da velocidade e amplitude, a quarta revolução industrial é disruptiva por causa da crescente harmonização e integração de muitas descobertas e disciplinas diferentes.

Se por um lado a quarta revolução industrial vem gerando grandes benefícios à humanidade, impulsionada pela robótica, inteligência artificial, realidade aumentada, big data, nanotecnologia, impressão 3D, biologia sintética, *blockchain* e a chamada internet das coisas, de outro, em igual medida, apresenta também grandes *desafios*.

Ao lado da certeza de que as mudanças tecnológicas e digitais que virão pela frente irão revolucionar toda a sociedade positivamente, existe uma profunda incerteza que permeia o desenvolvimento e adoção de tecnologias emergentes e os desdobramentos das transformações geradas por essa revolução.

Esse novo cenário revolucionário já tem produzido uma série de conflitos, que vem exigindo a atuação do Direito, que precisará se adaptar a esta complexidade e apresentar soluções jurídicas que garantam a segurança e o exercício de direitos daqueles agentes que estão inseridos neste novo modelo, direta ou indiretamente.

Nesse contexto novos desafios, a partir das polêmicas envolvendo as redes sociais ligadas ao *Facebook* e suas políticas de privacidade, uma tecnologia que anda em destaque nos últimos tempos, pelo seu potencial de causar a violação de direitos do cidadão, é a chamado *big data* - termo utilizado para grandes quantidades de dados, em alta velocidade, gerados por uma multiplicidade de fontes, contendo uma grande coleção de áudio, vídeo, texto e documentos.

O problema a ser enfrentado no artigo é compreender como é tratada pelo Direito a proteção à privacidade e proteção de dados pessoais do cidadão frente ao crescente fluxo de informações na *internet*, proporcionado pela quarta revolução industrial. O objetivo é identificar as potenciais violações ao direito à privacidade e proteção de dados e seus impactos no Direito. A metodologia utilizada será o método hipotético-dedutivo, com uma abordagem qualitativa, buscando-se fomentar a reflexão a respeito da necessária preservação dos direitos fundamentais à privacidade e proteção de dados.

Este trabalho encontra-se estruturado da forma a seguir apresentada. No capítulo 1, serão abordadas a quarta revolução industrial e a big data. No capítulo 2, serão

analisadas as possíveis violações de direitos decorrentes da utilização da big data e a proteção constitucional ao direito fundamental a proteção de dados. No capítulo 3, será avaliada a defesa aos direitos do usuário no ordenamento jurídico brasileiro.

1 A QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E A BIG DATA

A expressão “quarta revolução industrial” ganhou destaque a nível global a partir do encontro Hannover Fair 2011, durante o lançamento do programa *Hightech Strategy 2020* de indústria 4.0 do governo alemão, que tinha como objetivo estabelecer a Alemanha na vanguarda da mudança de paradigma tecnológico mundial.

De acordo com Schwab (2016, p.15), as chamadas revoluções têm ocorrido quando novas tecnologias e novas formas de perceber o mundo desencadeiam uma alteração profunda nas estruturas sociais e nos sistemas econômicos.

A primeira revolução industrial aconteceu entre os anos de 1760 e 1840. Movida pela construção das ferrovias e pela invenção da máquina a vapor, ela deu início à produção mecânica, que multiplicou a eficiência das tecnologias produtivas, que antes dependiam dos trabalhos humano e animal. Operários começaram a produzir bens em grandes quantidades usando máquinas acionadas por motores (BRITANNICA, 2019, s.p.).

Já a segunda revolução industrial iniciou na segunda metade do século XIX (1850 - 1870) e terminou durante a Segunda Guerra Mundial (1939 - 1945), envolvendo o advento da eletricidade e da linha de montagem, possibilitando a produção em massa de bens de consumo em razão da maior eficiência da produção das fábricas (BRITANNICA, 2019, s.p.).

Por sua vez, a terceira revolução industrial, chamada também de revolução informacional, começou em meados do século XX, após a segunda guerra mundial (1945), por volta de década de 1960. Caracterizada pelo desenvolvimento da computação (década de 1960), da computação pessoal (década de 1970 e 1980) e da internet (década de 1990). O poder de processamento dos computadores e a ampliação do acesso à memória foram idealmente planejados para conduzir tarefas automáticas e repetitivas (BEZERRA, 2019, s.p.).

A quarta revolução industrial, por sua vez, teve início na virada do século XXI e se baseia em uma revolução digital. É caracterizada por uma *internet* mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se tornaram mais baratos e pela inteligência artificial e aprendizagem automática (ou aprendizado de máquina).

No entanto, a quarta revolução industrial não diz respeito apenas a sistemas e máquinas inteligentes e conectadas. Para Schwab (2016, p.16), em que pese as tecnologias digitais, fundamentadas no computador, *software* e redes, não serem novas, estão causando rupturas à terceira revolução industrial, pois estão se tornando

mais sofisticadas e integradas e, conseqüentemente, transformando a sociedade e a economia global. Essa nova revolução é caracterizada pelos sistemas *ciberfísicos*, nos quais os humanos interagem com máquinas, e está presente a “*internet das coisas*” (tradução do termo em inglês de “*IOT - Internet Of Things*”), a qual considera a interação das máquinas entre si. A principal diferença entre a atual fase e os avanços tecnológicos anteriores é a grande interação entre os mundos físico, digital e biológico (STEIBEL; VICENTE; JESUS, 2019, p.54).

Assim, a quarta revolução industrial é marcada por transformações exponenciais jamais observadas na história e tem potencial de acarretar profundas alterações nos sistemas econômicos, sociais, políticos e culturais. A sociedade não sabe precisamente como esses sistemas serão executados, como os objetos serão manufaturados e vendidos e como os serviços serão disponibilizados às pessoas, pois essa revolução está sendo pensada ao mesmo tempo em que está acontecendo. Por essa razão que, mesmo os especialistas em análise de mercado e os visionários de cenários, paralelamente, encontram-se em discussões e estudos (SOARES, 2018, s.p.).

Nesse contexto, onde cada vez mais dispositivos, equipamentos e objetos estão conectados uns aos outros por meio da *internet*, o fluxo de informações cresce de forma acelerada. E, como consequência, o cidadão, assumindo a figura de “usuário” de serviços de *internet*, passa a enfrentar problemas relacionados às garantias de seus direitos pessoais. Isto porque, a quarta revolução industrial acontece por meio da influência da tecnologia na sociedade contemporânea, com potencial para atingir direitos e garantias fundamentais.

Dentre das novas tecnologias da quarta revolução industrial, uma que se encontra em evidência nos últimos tempos é a chamado *big data*, que pode ser definido como um grande volume de dados heterogêneos produzidos por diferentes fontes autônomas, distribuídas e descentralizadas que geram rapidamente dados com relações complexas e em evolução (SILVA et al., 2013, s.p.).

Importante salientar que a expressão *big data* assume, no atual contexto, um sentido muito mais amplo do que o utilizado para caracterizar a *análise de volumes massivos de dados*. É uma estrutura de dados muito extensa e complexa que utiliza novas abordagens para a captura, análise e gerenciamento de informações. Além dos dados gerados por usuários e clientes, os quais estão cada vez mais abundantes e acessíveis, eles também são gerados através de todo o processo de produção, sendo possível analisar deficiências e mapear problemas mais rapidamente e com a utilização de menos recursos.

Diante das novas configurações decorrentes da tecnologia, a vida dos indivíduos e suas relações são marcadas por novos padrões de interação social. Com efeito, as relações jurídicas também passaram por um processo de adaptação a esse momento.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS

A nova conjuntura que permeia a sociedade contemporânea alterou a forma de comunicação dos indivíduos nos mais diversos níveis, de forma que a utilização de sistemas ligados à *internet* e trocas de informações aumenta exponencialmente. Os indivíduos, ao utilizarem aplicativos e programas disponibilizados “on-line”, disponibilizam informações pessoais, de forma direta e consciente e involuntariamente.

A respeito do consentimento inconsciente dos usuários, o “aceite” do termo de uso e política de dados e privacidade, por muitas vezes concede liberdade às empresas que prestam serviço *online*, de fazer uso dos dados de seus usuários e monitorar todas suas atividades. Neste processo, o usuário se torna o produto, passando a receber anúncios e propagandas direcionados, muitas vezes sem saber que este movimento foi consentido por ele e trabalhado pela empresa e seus parceiros.

E a importância dos dados deve aumentar ainda mais ao longo dos próximos anos. Um dos fatores para isso será a popularização da *internet* das coisas, impulsionada pela tecnologia 5G, a próxima geração de transferência de dados em dispositivos móveis. Com isso, a coleta e o armazenamento de dados em larga escala, combinados à capacidade de processamento de dados que não necessariamente tenham relação entre si, de forma a gerar novos dados e informações, está cada vez sendo mais utilizada. Os dados já são chamados de “novo petróleo” no atual modelo econômico, com a observação de que o petróleo vai acabar um dia e os dados, não.

Essas mudanças associadas às tecnologias da quarta revolução industrial, seguindo a fluidez das relações humanas, têm provocado problemas relacionados à garantia da proteção dos dados pessoais. Ao mesmo tempo em que a big data possibilita a criação de novos produtos e serviços, os quais atendem a demandas e solucionam problemas de diversos setores da sociedade, levanta uma série de questionamentos relacionados aos direitos à privacidade e à proteção dos dados pessoais. Redes sociais, hábitos de navegação, acesso a *sites* sem boas políticas de privacidade podem ser alguns elementos que colocam sua privacidade em risco.

E diante deste cenário, o reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais enquanto um direito fundamental ganha ainda maior relevância, devendo a sua preservação e respeito ser observado tanto nas relações entre Estado e indivíduo particular e em relações entre particulares (SARMENTO, 2008, p. 107).

A temática a respeito da violação de dados pessoais ganhou força na agenda mundial em meio ao escândalo envolvendo a Cambridge *Analytica*, empresa privada que combinava mineração e análise de dados com comunicação estratégica para o processo eleitoral, e o *Facebook*. Nesse episódio, a Cambridge *Analytica* teria acessado

dados pessoais de milhões de usuários do *Facebook* espalhados pelo mundo, inclusive no Brasil, ao lançar um aplicativo de teste psicológico na rede social. Os usuários que participaram do teste disponibilizaram, voluntária e ingenuamente, algumas de suas informações e dados relativos aos amigos do perfil na rede social. Além disso, as eleições de outros países, além dos Estados Unidos e, no Reino Unido, a campanha pró-Brexit, podem ter sido afetadas pela ingerência das redes sociais.

Como se percebe, a utilização dos dados em constante fluxo na *internet* adquiriu dimensões inimagináveis, podendo influenciar e manipular o cidadão e suas escolhas, alicerçadas em interesses econômicos e políticos. Além disso, uma das formas mais atuais e eficientes de estimular o consumo é a publicidade indesejada por meio das redes sociais e *sites* de navegação e busca.

Conforme apontado por Holland (2019, p.269), outra prática que tem grande probabilidade de violação de dados pessoais é o *profiling*, que é a criação por parte do controlador do perfil do titular de dados, com o intuito de servir como parâmetro de avaliação sobre alguns aspectos da sua personalidade.

Ao tratar do tema, Bodin e Teffé (2016, p. 21) afirmam que tal prática ocorre quando as entidades privadas e governamentais, uma vez munidas de tais informações (dados pessoais), conseguem “rotular” e relacionar cada pessoa a um determinado padrão de hábitos e de comportamentos, situação que pode favorecer graves discriminações, principalmente se analisados dados sensíveis. As autoras citadas sustentam que um acervo suficientemente amplo de informações permite a elaboração de perfis de consumo, o que se, de um lado, pode ser utilizado para incrementar e personalizar a venda de produtos e serviços, de outro, pode aumentar o controle sobre a pessoa, desconsiderando sua autonomia e dificultando a participação do indivíduo no processo decisório relativo ao tratamento de seus dados pessoais, de seu patrimônio informativo.

Ressalta-se que nem todas as informações são entregues de forma consciente e voluntária pelos usuários, tendo em vista que alguns mecanismos permitem o rastreamento e captação de informações sem que o usuário tenha de formalmente fazer a entrega - o que ocorre quando do preenchimento de formulários, por exemplo³.

Há, ainda, uma série de preocupações vinculadas à coleta compulsória e ao uso de dados de identificação do cidadão, sem qualquer autorização, em nome da segurança pública. Corrêa (2019, s.p) entende que isso ocorre no Brasil devido aos altos índices de violência e insegurança e que esse cenário, aliado à aposta na tecnologia como vetor inexorável de desenvolvimento, constitui um ambiente favorável ao afrouxamento

³ De acordo com Fucuta (2018, p.187), os “cookies e web bugs são duas ferramentas usadas para rastrear nossos hábitos, gostos e dados de identidade”, o que, evidentemente, acaba por violar o direito à privacidade da pessoa humana

dos limites à coleta e utilização de dados pessoais pelo poder público. Para o autor, é preciso estar atento aos riscos de autoritarismos e violação não apenas de direitos, em sua dimensão individual (proteção de dados pessoais e privacidade), mas também das garantias do Estado Democrático de Direito.

Necessário, portanto, proporcionar um debate sobre a atual proteção jurídica aos direitos à privacidade e aos dados pessoais, a partir das mudanças de tratamento trazidas pela quarta revolução industrial, levando em consideração que a *big data* possui aspectos positivos para diversos setores da sociedade, embora a evidente necessidade de que existam formas de controle dos possíveis abusos dele decorrentes.

O cuidado deve ser ainda maior por se tratar de um direito fundamental. Segundo Mulholland (2019, p.270), apesar de não existir no Brasil uma previsão constitucional expressa sobre o direito à proteção de dados enquanto categoria de direitos fundamentais, o seu reconhecimento pode se dar por diversos dispositivos constitucionais. Nesta interpretação, é possível relacionar alguns dispositivos constitucionais à proteção de dados, como é o caso da proteção à intimidade (artigo 5º, X); o direito à informação (art.5º, XIV); o direito ao sigilo das comunicações e dados (artigo 5º, XII) e a garantia individual ao conhecimento e correção de informações pessoais pelo *habeas data* (artigo 5º, LXXII).

O reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais enquanto um direito fundamental o dota de eficácia direta e imediata, típica dessa categoria de direito, decorrendo daí que o mesmo seja respeitado não apenas na relação constituída entre Estado e sujeito, mas necessariamente nas relações travadas entre particulares (SARMENTO, 2008, p.107).

Nesse sentido, Stefano Rodotà (2017 s.p.) entende que além do princípio da dignidade humana, aplicam-se à proteção dos Indivíduos na *internet*, os princípios da finalidade, da pertinência, da proporcionalidade, da simplificação, da harmonização e da necessidade. O autor compreende que o Direito não deve se render à razão tecnológica e que o equilíbrio e a ponderação devem estar constantemente presentes nas relações entre direito, tecnologia e sociedade.

Considerando, portanto, a necessidade de se dar proteção jurídica aos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais, foram elaboradas no Brasil e ao redor do mundo diversas legislações com o objetivo de regulamentar o acesso, tratamento e o compartilhamento de dados pessoais, que serão analisadas a seguir.

3 A DEFESA AOS DIREITOS DO USUÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Seguindo uma tendência mundial de busca pela proteção à privacidade e à proteção de dados, o Brasil aprovou alguns diplomas legais que merecem atenção: a Lei

nº 12.527, de 2011, Lei da Transparência, que regula o acesso às informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º da Constituição; a Lei 12.737, de 2012, que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; a Lei nº 12.965, de 2014, Marco Civil da Internet, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e, também, a Lei nº 13.709, de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais⁴.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais dispõe sobre tratamento de dados de pessoas naturais, tanto por meio físico, quanto por meio digital, por pessoas natural ou jurídica, pública ou privada, reconhecendo a finalidade da tutela desses dados para a proteção de direitos como a privacidade, honra e imagem. Ela reconhece a efetivação e promoção de Direitos Humanos Fundamentais como justificativa para a tutela dos dados pessoais (MULHOLLAND, 2018, p. 162).

Segundo Caitlin Mulholland (2018, p. 162 e 163), a lei protege situações que concernem exclusivamente a operações de tratamento de dados, ou seja, aquelas que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração (art. 5º, X da LGPD).

Araújo e Martins (2020, p. 65) destacam que, muito embora a LGPD traga um novo viés para a proteção dos dados pessoais, a proteção aos dados já existia em leis esparsas, bem como norma constitucional regulamentadora sobre os dados pessoais (artigo 5º, X e XII). Os autores reforçam que a LGPD foi criada para unificar as diversas leis que já tratavam sobre os dados pessoais, trazendo ao Brasil uma maior segurança jurídica aos dados tratados dentro e fora do território brasileiro.

Nos termos da LGPD (artigo 5º, inciso IV), considera-se banco de dados o “conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico”. O banco de dados é uma composição de informações coletadas, onde são organizadas, caracterizadas ou não, gerando um perfil individualizado do indivíduo ou de um grupo de pessoas ou até mesmo anonimato. Assim, para criar-se um banco de dados é necessário que ocorra um processamento das informações coletadas, os dados deverão ser lapidados, formando por fim, o banco de dados pessoais com o resultado do tratamento das informações.

Com relação ao tratamento dos dados pessoais constantes de um banco de dados, no âmbito da LGPD, este pode ser realizado por dois “agentes de tratamento”, o controlador, definido na Lei como a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem compete as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais e o

⁴ A Lei Geral de Proteção de Dados brasileira foi nitidamente inspirada na legislação europeia sobre proteção de dados pessoais, conhecida como GDPR – General Data Protection Regulation.

operador, que é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador, aí incluídos agentes públicos no sentido amplo que exerçam tal função, bem como pessoas jurídicas diversas daquela representada pelo controlador, que exerçam atividade de tratamento no âmbito de contrato ou instrumento congêneres (LGPD, artigo 5º, incisos VI e VII).

A LGPD estabeleceu uma estrutura legal que empodera os titulares de dados pessoais, fornecendo-lhes direitos a serem exercidos perante os controladores de dados. Esses direitos devem ser garantidos durante toda a existência do tratamento dos dados pessoais do titular realizado pelo órgão ou entidade (BRASIL, 2020, p.13).

A privacidade exige que as instituições respeitem os direitos dos titulares dos dados pessoais. Isso é alcançado por meio de medidas como padrões fortes de privacidade, avisos apropriados e interfaces amigáveis que empoderem o titular dos dados. Os melhores resultados para a proteção da privacidade, geralmente, são aqueles projetados de acordo com os interesses e necessidades dos titulares dos dados pessoais, que têm o maior interesse em gerenciar seus próprios dados. Empoderar os titulares de dados a desempenhar um papel ativo no gerenciamento de seus próprios dados pessoais pode ser o meio mais eficaz de verificação contra abusos de e uso indevido (BRASIL, 2020, p.49).

De acordo com o Guia de Boas Práticas do Comitê Central de Governança de Dados do governo federal (BRASIL, 2020, p.49), o respeito à privacidade do titular dos dados pessoais é suportado pelos aspectos do consentimento, da precisão, acesso e conformidade.

O consentimento ou hipótese de tratamento prevista em lei, determina que é necessário o consentimento livre e específico do titular dos dados para a coleta, uso ou divulgação de dados pessoais, exceto onde for permitido por lei. As hipóteses de tratamento de dados pessoais e dados pessoais sensíveis estão preconizadas pelos artigos 7º e 11 da LGPD. A respeito da precisão, significa que os dados pessoais devem ser precisos, completos e atualizados, conforme necessário para cumprir finalidades especificadas. O acesso implica que os titulares devem ter acesso aos seus dados pessoais e ser informados do uso e divulgação de tais dados. Os mencionados titulares devem ser capazes de contestar a precisão e integridade dos dados e alterá-los conforme apropriado. Por fim, a conformidade determina as instituições devem estabelecer mecanismos de reclamação e reparação e comunicar informações sobre eles ao público (BRASIL, 2020, p.49).

Desta feita, o consentimento do titular dos dados, elemento essencial da LGPD, é a base para que dados pessoais possam ser tratados, embora existam algumas exceções a isso, tendo em vista que é possível tratar dados sem consentimento se isso for indispensável para: (i) cumprir uma obrigação legal; (ii) executar política pública prevista em lei; (iii) realizar estudos via órgão de pesquisa; (iv) executar contratos;

(v) defender direitos em processo; (vi) preservar a vida e a integridade física de uma pessoa; (vii) tutelar ações feitas por profissionais das áreas da saúde ou sanitária; (viii) prevenir fraudes contra o titular; (ix) proteger o crédito; ou (x) atender a um interesse legítimo, que não fira direitos fundamentais do cidadão (LGPD, artigo 7º).

A LGPD manteve o conceito de dado pessoal trazido pela Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e evoluiu sobre o conceito de informação sensível, considerando em seu artigo 5º, inciso II como dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Diferentemente da Lei de Acesso à Informação, no entanto, os direitos e salvaguardas sobre dados pessoais da LGPD incidem sobre todos os tipos de dados pessoais, observadas as legislações existentes, inclusive os regimes existentes de transparência e acesso à informação. Ou seja, a tutela da lei se estende não mais apenas aos dados pessoais sensíveis ou diretamente relacionados aos direitos de personalidade, mas, em maior ou menor medida, a todos os dados pessoais (BRASIL, 2020, p.19).

É inegável, portanto, que a legislação brasileira vem se aprimorando e que a LGPD, à semelhança ao que fez o General Data Protection Regulation (GDPR) da União Europeia⁵ - ao estruturar o exercício da liberdade e da privacidade no ambiente informático, trouxe avanços na busca pela proteção dos dados pessoais e efetividade do direito fundamental à privacidade do cidadão.

CONCLUSÃO

A última década foi marcada pela quarta revolução industrial, caracterizada por uma *internet* mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se tornaram mais baratos, pela inteligência artificial e aprendizagem automática (ou aprendizado de máquina) e pela *big data*.

Ao mesmo tempo em que essas novas tecnologias possibilitaram a criação de produtos e serviços inovadores, a utilização ilimitada da *big data* causou uma série de questionamentos relacionados a possíveis violações aos direitos à privacidade

⁵ O Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, que é o novo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia (UE), estabelece as regras relativas ao tratamento, por uma **pessoa, uma empresa** ou **uma organização**, de **dados pessoais** relativos a **pessoas** na UE. (COMISSÃO EUROPEIA, s.p.).

e à proteção dos dados pessoais. Redes sociais, hábitos de navegação, acesso a *sites* sem boas políticas de privacidade podem ser alguns elementos que colocam a privacidade e os dados pessoais em risco, pois há elementos por trás de páginas *web* que podem armazenar seus dados e confiscar algumas informações. Há pequenas peças de informações em páginas eletrônicas que são depositadas em seu navegador e armazenam seus gostos pessoais. Desta forma, ao você voltar em determinado *site*, ele mais rapidamente te reconhecerá e oferecerá suas preferências.

Em virtude das novas complexidades identificadas a partir da revolução digital, faz-se necessário observar os mecanismos disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro para a solução de litígios envolvendo novas tecnologias, especialmente a *internet*. Consideram-se, nesse contexto, os limites e as possibilidades do Direito diante de novas situações-problema.

As relações humanas são atingidas diretamente pela tecnologia digital e este cenário tem produzido uma série de conflitos complexos. Em decorrência desses novos vínculos, constata-se o importante papel do Direito no acompanhamento dessa complexidade. Faz-se necessário apresentar soluções jurídicas e normativas que garantam a segurança e o exercício de direitos.

Em nome da segurança pública, existe uma série de preocupações vinculadas à coleta compulsória e ao uso de dados de identificação do cidadão, sem qualquer autorização. Assim são configurados apenas alguns dos riscos associados a esse contexto digital, com potencial de atingir e desrespeitar direitos fundamentais dos cidadãos, dentre os quais o direito à privacidade, intrinsecamente relacionado à proteção de dados em um ambiente de *internet*.

Em um cenário de revolução digital, é possível afirmar que houve avanço no que diz respeito à legislação brasileira em matéria de Direito e novas tecnologias. São exemplos normativos o Marco Civil da Internet e, especialmente, a Lei de Proteção Geral de Dados (LGPD), por meio da qual, dentre outros objetivos, buscou-se a efetivação e promoção de Direitos Humanos Fundamentais como justificativa para a tutela dos dados pessoais.

Nesse cenário, a única certeza possível é a necessidade de adaptação constante do Direito e de seus profissionais para responder às demandas geradas pela revolução digital relacionadas às potenciais violações de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- BAETA, Zíbia. Tribunais investem em robôs para reduzir volume de ações. **Valor Econômico**, São Paulo, mar. 2019. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/legislacao/6164599/tribunaisinvestem-em-robos-para-reduzir-volume-de-aco-es>>. Acesso em: 04 maio 2020.
- BEZERRA, Juliana. **O que foi a Terceira Revolução Industrial**. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/terceira-revolucao-industrial>>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 ago. 2018, p. 59. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 27 abr. 2020.
- BRASIL. **Guia de boas práticas: Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. Governo Digital. 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/guia-igpd.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2020.
- BRITANNICA. **Revolução Industrial**. Disponível em: <<https://escola.britannica.com.br/artigo/Revolu%C3%A7%C3%A3o-Industrial/481567>>. Acesso em: 06 maio 2020.
- CHIOVATTO, Milene. Watson, uso de Inteligência Artificial (AI) e processos educativos em museus. **Revista Docência e Cibercultura**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 217, maio/ago. 2019. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/re-doc/article/view/40293>>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- COMISSÃO EUROPEIA. Para que serve o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados? **Comissão europeia**. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-does-general-data-protection-regulation-gdpr-govern_pt>. Acesso em: 02 maio 2020.
- CONJUR. TSE usa conceito de fake news para mandar Facebook retirar postagens do ar. **Conjur**, jun. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/tse-manda-facebook-retirar-postfake-news-ar>>. Acesso em 06 maio 2019.
- FRAZÃO, Ana. MULHOLLAND, Caitlin. **Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade**. Coord. Ana Frazão e Caitlin Mulholland. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.
- KAGERMANN, Henning; WAHLSTER, Wolfgang; HELBIG, Johannes. Recommendations for implementing the strategic initiative Industrie 4.0. **ACATECH – National Academy of Science and Engineering**, Munique, Apr. 2013.
- KELNAR, David. The fourth industrial revolution: a primer on Artificial Intelligence (AI). **MMC Writes**, Dec. 2016. Disponível em: <<https://medium.com/mmc-writes/the-fourth-industrial-revolution-a-primer-on-artificial-intelligence-ai-ff5e7ffcae1>>. Acesso em: 06 dez. 2019.
- MULHOLLAND, Caitlin; FRAJHOF, Isabella Z. Inteligência artificial e a Lei Geral de proteção de dados pessoais: breves anotações sobre o direito à explicação perante a tomada de decisões por meio de machine learning. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. **Inteligência Artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 265-290.

PIAIA, Thami Covatti Piaia; COSTA, Bárbara Silva Costa; WILERS, Miriane Maria Willers. Quarta revolução industrial e a proteção do indivíduo na sociedade digital: desafios para o Direito. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, a. 24, v. 28, n. 1, p. 122-140, jan./abr. 2019.

ROQUE, Andre. A tutela coletiva dos dados pessoais na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, maio/ago. 2019. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/42138>>. Acesso em: 06 maio 2020.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. São Paulo: Edipro, 2016

SILVA, Ticiania L. C. da. et al. Análise em big data e um Estudo de Caso utilizando Ambientes de Computação em Nuvem. In: SIMPÓSIO BRASILEIRO DE BANCO DE DADOS, 27., 2013, Recife. **Anais...** Recife: SBBB, 2013.

SOARES, Matias Gonsales Soares. A Quarta Revolução Industrial e seus possíveis efeitos no direito, economia e política. **Migalhas**, abr. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/279121/a-quarta-revolucao-industrial-e-seus-possiveis-efeitos-no-direito-economia-e-politica>>. Acesso em: 05 maio 2020.

SOBREIRO, Saulo Abel Ramos. **Estudo de tecnologias para sistemas de big data**. Porto: ISEP, 2018. Disponível em: <https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/11936/1/DM_SauloSobreiro_2018_MEI.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2019; 06 maio 2020.

STEIBEL, Fabro; VICENTE, Victor Freitas; JESUS, Diego Santos Vieira de. Possibilidades e potenciais da utilização da Inteligência Artificial. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. **Inteligência Artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Thompson Reuters, 2019. p. 53-64.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE GENERAL LAW ON DATA PROTECTION

Gilberto Bomfim¹

Renato Maia de Faria²

RESUMO

A Lei nº 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) trouxe um novo panorama regulatório para o uso de dados pessoais relacionados à pessoa natural. Estabelecendo novas regras para o tratamento desses dados, determina que são aplicáveis à pessoa natural e jurídica, pública ou privada, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. A LGPD tem como principais pontos a necessidade de prévio consentimento do titular dos dados para qualquer operação de tratamento de informações pessoais. E, nos casos em que dispensado o consentimento, o tratamento somente poderá ser realizado para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador ou, pela administração pública, quando necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos. O problema a ser enfrentado no artigo é como a LGPD buscou harmonizar o acesso e o compartilhamento de dados pessoais e sensíveis dos cidadãos pelo setor público e privado com a proteção dos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. O objetivo é demonstrar os impactos da regulação nas relações interpessoais e econômicas, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, por meio

¹ Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba - PR, Brasil). Procurador federal, membro da AGU. *E-mail*: g_bomfim@hotmail.com.

² Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Promotor de Justiça. Membro do MPE/SC. *E-mail*: rmaiafaria@hotmail.com

de uma abordagem qualitativa. Ao final, conclui-se que a LGPD regulamentou o uso de dados pessoais, garantindo uma série de novos direitos aos titulares de dados, à semelhança ao que fez o *General Data Protection Regulation* (GDPR) na Europa, elevando o patamar nacional em relação à proteção de dados.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Privacidade; Intimidade; Lei Geral de Proteção de Dados.

ABSTRACT

Law No. 13.709/2018 – General Law on the Protection of Personal Data (LGPD) brought a new regulatory framework for the use of personal and sensitive data related to the natural person. Establishing rules for the processing of such data, applicable to both the public and private sectors, with the aim of protecting the fundamental rights of freedom and privacy and the free development of the personality of the natural person. The LGPD's main points are the need for prior consent from the data subject for any information processing operation. And, in cases where consent is waived, treatment may only be performed for the fulfillment of a legal or regulatory obligation by the controller or, by the public administration, when necessary for the execution of public policies provided for in laws and regulations. The problem to be faced in the article is how the LGPD sought to harmonize access to and sharing of citizens' personal and sensitive data by the public and private sector with the protection of fundamental rights of freedom, privacy and the free development of the personality of the natural person. The objective is to demonstrate, using the hypothetical-deductive method, through a qualitative approach, the impacts of regulation on interpersonal and economic relationships. In the end, it is concluded that the LGPD regulated the use of personal data, guaranteeing a number of new rights to data subjects, similar to what the General Data Protection Regulation (GDPR) did in Europe, raising the national level in relation to data protection.

Keywords: Fundamental Rights; Privacy; Intimacy; General Data Protection Act.

INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD – Lei 13.709 de 2018) trouxe um novo panorama regulatório para o uso de dados pessoais relacionados às pessoas naturais, estabelecendo regras acerca do *tratamento de dados* por pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os *direitos fundamentais de liberdade* e de *privacidade* e o livre desenvolvimento da *personalidade*.

Os dados relacionados à pessoa natural têm papel fundamental nas relações interpessoais, sociais e econômicas na atualidade. O armazenamento e compartilhamento de informações deixou de ser uma atividade esporádica para ser uma dinâmica habitual e, quase obrigatória, no mundo moderno, o que faz com que os indivíduos estejam mais expostos a potenciais violações de sua liberdade, privacidade e personalidade em relação do que estavam no passado.

A violação de dados pessoais é uma infração da segurança que tem por efeito a destruição, a perda, a alteração, a divulgação ou o acesso, não autorizados, a dados pessoais transmitidos, conservados ou sujeitos a qualquer outro tipo de tratamento, seja de modo acidental, seja de modo ilícito.

Por consequência, tanto o acesso, quanto a divulgação não autorizada de dados como nome, endereço, e-mail, números de identificação pessoal e fiscal, informações bancárias, *login*, senha, identidade do usuário, informações relacionadas à saúde, preferência religiosa, política, além de outros dados sensíveis e não-sensíveis, podem ser considerados violação de dados pessoais.

Nesse contexto, diversos casos de violação e vazamento de dados vêm sendo relatados nos últimos anos e as pessoas passaram a perceber que sua privacidade estava em jogo. Com isso, passou a ser necessário definir regras para equilibrar a inovação e a comodidade dos novos serviços com direitos fundamentais como a privacidade, intimidade e livre desenvolvimento da personalidade.

O Direito brasileiro não contava com uma legislação específica quanto à proteção dos dados pessoais. E é justamente com esse objetivo que foi promulgada a Lei nº 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, à semelhança ao que fez o *General Data Protection Regulation* (GDPR) da União Europeia³ - tema de vital pertinência à competitividade

³ O Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, que é o novo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia (UE), estabelece as regras relativas ao tratamento, por uma **pessoa, uma empresa ou uma organização**, de **dados pessoais** relativos a **pessoas** na UE. (COMISSÃO EUROPEIA, s. d.)

comercial do País e à estruturação objetiva do exercício da liberdade e da privacidade no ambiente informático.

A implementação das regras da LGPD para o tratamento de dados vem preocupando tanto o setor público quanto o privado de todos os segmentos no Brasil, tendo em vista os diversos desafios para a efetivação das novas regras ao que é exigido na norma. Tanto que a Medida Provisória nº 959, de 29 de abril de 2020, que tratou do benefício emergencial por conta da crise causada pelo coronavírus, adiou o início da vigência da LGPD para 3 de maio de 2021.

O *problema* a ser enfrentado é como a Lei Geral de Proteção de Dados (13.709/2018) buscou harmonizar o acesso aos dados pessoais dos cidadãos por pessoa natural e jurídica, de direito público ou privado, com a proteção dos direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. O *objetivo* do artigo é demonstrar as principais regras da LGPD referentes ao uso de dados pessoais e seu impacto nas relações interpessoais e econômicas.

No tocante a *metodologia*, será utilizado o método hipotético-dedutivo, por meio de uma abordagem qualitativa, buscando-se fomentar o debate sobre os limites ao acesso e transferência de dados pessoais.

Este trabalho encontra-se estruturado da forma a seguir apresentada. No *capítulo 1*, serão abordados os impactos do armazenamento e transferência de dados nas relações interpessoais e econômicas contemporâneas. No *capítulo 2*, serão analisadas as principais regras da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) acerca do tratamento de dados. No *capítulo 3*, serão avaliados os direitos fundamentais garantidos pela LGPD.

1 OS IMPACTOS DO ARMAZENAMENTO E TRANSFERÊNCIA DE DADOS NAS RELAÇÕES INTERPESSOAIS E ECONÔMICAS

Durante grande parte da história da humanidade, a terra era o ativo mais importante em uma perspectiva global. Aqueles que detinham a propriedade de grande parcela desses campos cultiváveis assumiram o poder social de fato: produziam alimentos, hospedavam camponeses e comandavam os rumos da comunidade. Com a revolução industrial, essa realidade foi alterada. O modo de produção agrícola cedeu espaço ao modelo industrial, na qual as máquinas e as fábricas tornaram-se o cerne do sistema econômico. No século XXI, emerge um novo ativo que irá suplantar em importância tanto a propriedade da terra quanto a titularidade de bens de produção, os dados (HARARI, 2018, p.107).

O armazenamento de dados não é uma atividade atual. Surgiu com o desenvolvimento do comércio e suas atividades econômicas. Assim, para acompanhar o mercado comercial tão competitivo, surgiu a importância, ainda perante os pequenos comerciantes, de armazenarem os dados dos seus clientes, gerando o conhecido banco de dados.

A partir da década de 60, com o forte desenvolvimento tecnológico e industrial, passou-se a realizar o cadastro de informações pessoais em computadores, gerando a expansão da prática de banco de dados (NASCIMENTO, 2019). A troca de informações deixou de ser uma atividade esporádica para ser uma dinâmica habitual e, quase que obrigatória, do mundo moderno.

Desse ponto, começaram a surgir as problemáticas decorrentes da atividade de coleta e armazenamento de dados pessoais, em razão da facilidade que as pessoas possuíam em ter acesso a esse tipo de informação por meio da simples utilização de um computador.

A Revolução Tecnológica, decorrente do período Pós-Segunda Guerra Mundial, e a Revolução da Informática e da Globalização vivenciadas no mundo contemporâneo contribuíram de forma significativa para um modelo de sociedade de consumo, muito bem avaliado por Jean Baudrillard no livro *“A Sociedade de Consumo”*. Segundo o autor, o elevado consumo de bens materiais é proveniente da reprodução sucessiva desses bens, que são colocados no mercado como sendo indispensáveis à espécie humana, bem como da comunicação social que incentiva um consumismo desregrado.

Uma das formas mais atuais e eficientes de estimular o consumo é a publicidade. Como defende Ribeiro (2008, p.3), esse mecanismo mercadológico mostrou-se fundamental para aumentar as vendas e expandir mercados, não apenas para satisfazer necessidades elementares, mas, agora, para construir sonhos, fantasias, magia, algo imaginário ou ideológico que, de alguma maneira, criasse um ambiente simbólico que superasse o produto em si.

De modo a construir essas narrativas e construir esses desejos, os dados mostram-se o elemento básico essencial. O vendedor - não apenas de produtos, mas de imagens - precisa saber do que o consumidor gosta e quanto ele pode pagar de modo a possibilitar uma negociação de produto ou serviço, seja físico seja virtual. Nesse sentido, o acesso a sistemas, redes sociais, aplicativos de mensagens, compras virtuais e diversos outros instrumentos de contato remoto passou a exigir informações pessoais - dados - para seu cadastro.

Ao salientar a importância da titularidade desse ativo, Harari (2018, p.107) afirma que a corrida para a obtenção de dados já se iniciou liderada pelas gigantes da

tecnologia, tais como *Google* e *Facebook*. A atividade parece simples, mas esconde uma lógica cruel. Essas empresas captam a atenção dos usuários, fornecendo, sem cobrança imediata, serviços, entretenimento e informações para vendê-la posteriormente aos anunciantes. Ocorre, contudo, que o verdadeiro negócio dessas corporações não é vender anúncios mas captar nossa atenção. Com isso, “[...]eles conseguem acumular imensa quantidade de dados sobre nós, o que vale mais do que qualquer receita de publicidade. Nós não somos seus clientes - somos seu produto” (HARARI, 2018, p.107).

Nesse contexto, Zanon (2013, p.71) afirma que, com a revolução da informática e o surgimento da sociedade da informação fundada na internet, absolutamente tudo pode ser encontrado e cruzado nessa imensa mina de dados pessoais. Nesse sentido, anota:

Na contemporânea sociedade da informação e das redes, marcada pelo anonimato dos agentes, pela complexidade e velocidade das relações comerciais, a coleta, o cruzamento e a troca das informações são instantâneos e ocorrem em uma escala sem precedentes. Essas características aliadas ao barateamento dos custos de armazenamento de informações e facilidade de manipulação fazem com que surjam bancos de dados e cadastros em profusão e de toda espécie (ZANON, 2013, p. 71).

A informação é o “novo petróleo” e, por isso, mostra-se fundamental definir como extrair, refinar e distribuir esse novo combustível da nova economia. Harari (2016, p.342), conta sobre estudo realizado com 86.200 voluntários, concluindo que com 150 *likes*, um algoritmo de uma rede social pode conhecer mais de nossos comportamentos do que membros de nossa família; e com 300 *likes* mais do que nossos maridos e esposas. Além deste estudo, diversas notícias relatando suspeitas de manipulação de dados confirmam a necessidade de se organizar todo esse novo petróleo.

Como antes salientado, a proteção de dados não é tarefa fácil para o Direito não apenas na realidade pátria, mas no mundo. A volatilidade dos dados, que podem ser copiados e transmitidos quase que infinitamente ao redor do mundo, torna os meios tradicionais de limitação da propriedade- detenção e controle físico - inservíveis. Não obstante essa dificuldade, “faríamos melhor em invocar juristas, políticos filósofos e mesmo poetas para que voltem a atenção para essa charada: como regular a propriedade de dados? Essa talvez seja a questão política mais importante da nossa era” (HARARI, 2018, p. 110-111)

É nesse contexto de relações interpessoais e econômicas que se pretende analisar a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2019) cotejando-a com os direitos constitucionais e com uma sociedade digital.

2 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), inspirada na *General Data Protection Regulation* (GDPR) da União Europeia, pretendeu regulamentar o tratamento de dados pessoais por pessoa natural ou jurídica, pública ou privada, inclusive nos meios digitais, referentes a dados pessoais de consumidores, usuários, *prospects* e empregados, independente do país da sede ou no qual os dados estejam localizados, com o propósito de proteger a liberdade, a privacidade e o livre desenvolvimento da pessoa natural.

O alcance da norma é bastante amplo, aplicando-se (i) sempre que o tratamento de dados seja realizado no território nacional, (ii) quando tenha por objetivo a oferta ou fornecimento de bens ou serviços a indivíduos localizados no Brasil, ou, ainda, (iii) caso os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional (LGPD, artigo 3º).

Basicamente, a LGPD regulamenta o tratamento dos dados pessoais e dos dados pessoais sensíveis. Os *dados pessoais* são as informações relacionadas ao titular, que pode ser a pessoa natural identificada ou identificável, podendo incluir nome, endereço, e-mail, idade, estado civil e situação patrimonial, obtido em qualquer tipo de suporte (papel, eletrônico, informático, som e imagem, etc.). Para Pinhão e Koiffman (2019), “a LGPD optou por um conceito amplo dos dados pessoais, sem uma lista taxativa, o que dá maior longevidade à lei e deixa a definição da sua amplitude para o regulador ou os operadores do direito”.

São considerados *dados pessoais sensíveis*, por sua vez, aqueles dados pessoais sobre a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, as opiniões políticas, a filiação a sindicatos ou a organizações de caráter religioso, filosófico ou político, dados referentes à saúde ou à vida sexual, dados genéticos ou biométricos, quando vinculados a uma pessoa natural. O tratamento destes dados é abordado com maior rigor pela LGPD, sendo vedado o seu tratamento, exceto em hipóteses específicas trazidas pela lei.

Considera-se *tratamento de dados* toda operação realizada com dados pessoais, como a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração (LGPD, artigo 5º, inciso X). Com efeito, a LGPD abrange os dados desde a sua entrada em determinada entidade, todo o período de permanência, até sua eventual eliminação.

Contudo, há casos em que a própria norma excetua certos tipos de tratamento de dados, como por exemplo, o tratamento realizado por pessoa física para fins

exclusivamente particulares e não econômicos e, no caso das pessoas jurídicas, os tratamentos realizados para fins exclusivamente jornalístico e artísticos, acadêmicos, de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado, ou atividades de investigação e repressão de infrações penais.

No âmbito da LGPD, o tratamento dos dados pessoais pode ser realizado por dois “agentes de tratamento”, o controlador e o operador. O *controlador* é definido pela Lei como a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais. O *operador* é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador, aí incluídos agentes públicos no sentido amplo que exerçam tal função, bem como pessoas jurídicas diversas daquela representada pelo Controlador, que exerçam atividade de tratamento no âmbito de contrato ou instrumento congêneres (BRASIL, 2020, p.9).

O cuidado com os dados pessoais não atinge apenas as empresas de tecnologia, mas *todas as empresas que lidam, de alguma forma, com dados pessoais*. Como a lei não se restringe aos dados pessoais armazenados de maneira digital, na verdade quase que a totalidade das empresas detém algum tipo de cadastro com informações pessoais, como dados de funcionários, contato de um fornecedor (ex. nome, telefone, e-mail e endereço), entre outros.

A LGPD estabeleceu uma estrutura legal que empodera os titulares de dados pessoais, fornecendo-lhes direitos a serem exercidos perante os controladores de dados. Esses direitos devem ser garantidos durante toda a existência do tratamento dos dados pessoais do titular realizado pelo órgão ou entidade (BRASIL, 2020, p.13). Assim, o titular deverá ser informado sobre a finalidade, forma e duração do tratamento de seus dados, quem é o controlador, como será feito o compartilhamento dos dados, quais as responsabilidades das entidades detentoras dos dados e os direitos do titular, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva.

Embora a lei pareça restringir bastante as possibilidades de tratamentos dos dados, existe uma série de possibilidades de tratamento de dados que podem ser feitos legalmente. Nesse contexto, a LGPD estabelece que os agentes de tratamento poderão tratar dados pessoais, sendo a principal delas aquela realizada com o *consentimento do titular*.

No entanto, a LGPD prevê outras possibilidades que permitem o tratamento, mesmo quando não obtido o consentimento do titular, quais sejam: (i) para cumprir obrigação legal do controlador do tratamento; (ii) para o tratamento e uso compartilhado para execução de políticas públicas, nos casos de administração pública; (iii) para a realização de estudos por órgão de pesquisa, desde que anonimizados; (iv) para a

proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; (v) para a tutela da saúde, desde que realizada por profissionais do setor; (vi) para a execução ou pré-execução de um contrato com o titular; (vii) para pleitos em processos judicial, administrativo ou arbitral; (viii) interesses legítimos do controlador, desde que não afetem direitos e liberdades fundamentais; (ix) para a proteção do crédito.

No caso de *dados pessoais sensíveis*, a regra geral é de que o tratamento é vedado, exceto quando realizado mediante o consentimento específico e em destaque, pelo titular, para finalidades específicas; ou, sem consentimento, quando for indispensável para: (i) o controlador cumprir uma obrigação legal; (ii) a administração pública executar políticas públicas; (iii) órgão de pesquisa realizar estudos, mediante anonimização; (iv) exercício regular de direitos como em contratos, processos judiciais, administrativos ou arbitrais; (v) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; (vi) tutela da saúde, desde que realizado por profissionais da área; ou (vii) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular.

Vê-se que a LGPD surgiu para garantir direitos aos cidadãos, pois, apesar de existir o Marco Civil da internet, este ainda mantinha as pessoas desprotegidas de direitos aos quais lhe são asseguradas constitucionalmente, como é o caso do direito à privacidade dos seus dados.

A LGPD se baseia na necessidade de se instaurar uma nova cultura para as organizações, partindo da premissa de que o titular está no controle de seus dados. Para César, Aspis e Chaves (2019), as organizações nacionais podem se valer das lições da GDPR como *benchmarking* para “adequar suas operações e garantir a conformidade com a lei brasileira, mitigando riscos, danos financeiros e reputacionais, possibilitando, ainda, um relevante potencial competitivo para seus clientes e demais stakeholders”.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS GARANTIDOS PELA LGPD

Ao estabelecer que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”(art. 5º, X), a Constituição da República confere especial proteção a tais direitos, alçando-os à categoria de direitos fundamentais. O denominado direito à privacidade (*right to privacy*) e os seus consectários direitos à intimidade, à honra e à imagem emanam do reconhecimento de que a personalidade individual merece ser protegida em todas as suas manifestações.

A proteção constitucional não se encerra em tal dispositivo, de modo a instrumentalizar tais direitos, a Lei Maior garante no seu art. 5º, XII, a inviolabilidade do “sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das

comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução penal”.

O direito à privacidade assemelha-se, em grande escala, à liberdade, apenas tem sua importância reconhecida quando suprimidos (FLAHERTY, 1990, p. 831). Tal sentimento de privação ficou cada vez mais presente na realidade pátria com a expansão do mundo digital, emergindo a premente necessidade de uma legislação que desse concretude às determinações constitucionais, não apenas de maneira repressiva pela indenização posterior, mas pela proteção, *a priori*, dos dados.

Nesse sentido, o artigo 2º da LGPD estabelece que a disciplina da proteção de dados tem como fundamentos: o respeito à privacidade (i), a autodeterminação informativa (ii), a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião (iii), a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem (iv), o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação (v), a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor (vi) e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (vii).

Como já exposto, a diretriz central que rege é a lei de proteção de dados é premissa de que os dados apenas podem ser submetidos a tratamento com o consentimento do titular (art. 7º, I). Ao assim proceder, o diploma legal efetiva o mandamento constitucional de respeito à privacidade, tendo em vista que, salvo as exceções previstas na própria lei, a voluntariedade da cessão dos dados mostra-se o pressuposto necessário para a sua utilização.

Indo além, o consentimento exigido pela lei é qualificado: deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular (art. 8º, *caput*), sendo vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento (art. 8º, §3º) e exigido que, na manifestação escrita, a cláusula de consentimento esteja destacada das demais cláusulas contratuais (art. 8º, §1º). Evita-se, com essas determinações, práticas habituais na rede mundial de computadores no sentido de que o mero preenchimento de cadastros implica a cessão dos dados pessoais ali constantes.

Merece ser registrado, inclusive, a previsão de inversão do ônus da prova em favor do titular dos dados, porquanto a norma estabelece que “cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei” (art. 8º, §2º). À luz do que se extrai da experiência no âmbito da seara ambiental e consumerista, tal prerrogativa é de extrema importância prática para a tutela adequada dos direitos, vez que seria inviável para o titular, diante da grande quantidade de bancos de dados que a vida digital lhe impõe, manter o registro de cada consentimento realizado. Por fim, ainda em relação ao consentimento, resta salientar ser ato plenamente revogável por seu titular, o qual deverá fazê-lo de maneira expressa (art. art. 8º, §5º).

Resta, portanto, evidente que o legislador buscou incorporar o controle integral dos dados pessoais à esfera privada do seu titular, vinculando-a à sua expressa manifestação. Em verdade, outra não poderia ser a opção legislativa de modo a manter a compatibilidade com o Texto Magno na medida em que a proteção à intimidade estaria violada caso fosse possível o livre acesso aos dados pessoais dos cidadãos sem o seu consentimento.

Evidenciando tal propósito, logo no seu artigo inaugural a LGPD, estabelece:

Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

A força cogente de tal diploma legislativo também veio expresso em seu bojo com o nítido escopo de robustecer a sua amplitude e o respeito dos operadores e controladores. Nessa senda, estabelece, em seu art. 1º, parágrafo único que: “As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. Não há, portanto, qualquer margem de argumentação para que tantos os Órgãos e Poderes Públicos como os particulares que realizam o tratamento de dados para esquivar-se das obrigações dispostas na norma.

Mais adiante, no seu artigo 17 a LGPD dispõe: “Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei”.

De modo a garantir a concretude a essa titularidade, além do consentimento expresso para a cessão dos dados, o Legislador garantiu ao titular dos dados, amplo e irrestrito direito de requisição (art. 18). Por meio de tal ferramenta, o titular dos dados pessoais tem direito de obter do controlador, a qualquer momento, diversas informações sobre os dados que lhe são vinculados, entre as quais avultam em importância as seguintes: a confirmação da existência de tratamento(I); o acesso aos dados constantes no banco de dados do controlador (II); a correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados (III); a anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto na Lei (IV); a informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados (VII) e a revogação do consentimento (IX).

Conquanto se difunda a precisão do processamento de dados pelos algoritmos entendidos como sequências lógicas de procedimentos utilizados pela resolução de problemas (MEIRELES, 1994, p. 588), o legislador previu a possibilidade de erros dos sistemas informatizados, facultando ao titular o direito de solicitar a revisão de decisões

tomadas unicamente com base em tratamento automatizado, inclusive as decisões que afetem o seu interesse tanto no âmbito pessoal, profissional, de consumo, de crédito, bem como nos aspectos referentes a sua personalidade (art. 20).

Encerrando o capítulo dos direitos dos titulares, duas proposições gerais são estabelecidas: a) os dados pessoais do titular, desde que usados em seu exercício regular, não podem ser utilizados em seu prejuízo (art. 21) e b) a defesa dos interesses e dos direitos podem ser tutelados em juízo tanto individual quanto coletivamente (art.22). Em relação a tal proteção em juízo, importa salientar a importância que o Código de Defesa do Consumidor tem no diálogo de fontes com a Lei Geral de Proteção de Dados, mormente porque, em muitas oportunidades, os dados cedidos são vinculados a uma relação de consumo, atraindo para a relação jurídica as características especiais do titular consumidor.

Do exposto, fica evidente que o direito à intimidade e à privacidade estabelecidos constitucionalmente têm a sua proteção alargada e robustecida pela Lei Geral de Proteção de Dados. Atualizada para um panorama moderno e digital, a norma confere ao titular dos dados um ferramental amplo e efetivo para a proteção e controle dos dados pessoais baseada no consentimento e na transparência.

CONCLUSÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados emergiu da cogente necessidade de uma norma para regulamentar os abusos cometidos por controladores de dados perante os cidadãos, violando, reiteradas vezes, a sua intimidade e privacidade. Tal perspectiva não é uma particularidade pátria, mas um movimento global; evidenciando-se, pois, a forte influência da *General Data Protection Regulation* (GDPR) da União Europeia na legislação brasileira.

De uma detida análise da novel legislação brasileira, conclui-se que, ao definir a propriedade privada dos dados pessoais como direito protestativo do seu titular, a LGPD inovou significativamente na ordem jurídica; fortalecendo, sobremaneira, a garantia constitucional da intimidade e de proteção de dados. De *res nullius* os dados passaram a integrar a esfera do patrimônio imaterial do seu titular, o qual, a partir do novo marco jurídico, regula a transmissão, armazenamento e processamento de suas informações pessoais por meio do seu consentimento.

O direito a proteção de dados pessoais é revestido de fundamentos constitucionais, trazendo a garantia que os dados coletados serão apenas para os fins propostos e previamente informados ao seu titular, assegurando ao indivíduo o controle das informações que lhe dizem respeito e lhe fornecendo a liberdade de escolher em quais situações permitirá o fornecimento de seus dados, assim, garantindo o seu direito à privacidade.

As particularidades do direito de requisição conferido ao titular pela LGPD avaliados neste artigo demonstram que as relações informacionais e econômicas no mundo digital tiveram refinado o fiel de sua balança de modo a reduzir a desigualdade que marcava a relação entre os usuários do sistema e os controladores dos dados.

A *internet* passa a ser um território normatizado. As empresas vão ser obrigadas a fornecer de forma clara o que está sendo coletado e manter registro detalhado do processamento dos dados. Os consumidores vão ter direito a acessar, corrigir e apagar os dados. As organizações vão precisar proteger os dados com segurança adequada, sob pena de responsabilização.

Dessa forma, o patamar nacional de proteção foi elevado pelo novo diploma legal que, além de estabelecer padrões sobre quais dados de usuários, armazenados por pessoas jurídicas públicas e privadas, são pessoais ou sensíveis, traz regras de como eles devem ser tratados e armazenados.

Os impactos nas relações econômicas mostram-se evidentes, mormente porque a lei dispõe acerca de punições para eventuais descuidos ou abusos, prevendo, também, uma autoridade nacional para fiscalização.

Com efeito, é possível concluir que a lei, ao menos em tese, cumpre com a expectativa de concretização dos direitos fundamentais, entre eles os de privacidade, liberdade e inviolabilidade da intimidade, garantindo a proteção efetiva de dados pessoais em respeito a esses direitos fundamentais que são basilares não apenas para o desenvolvimento pessoal, mas também para a construção de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 2010.

BRASIL. Guia de boas práticas: Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). **Governo Digital**. 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/guia-lgpd.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2020.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 ago. 2018, p. 59. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 27 abr. 2020.

CESAR, Ana Carolina Moreira; ASPIS, Fábio Lara; CHAVES, Luis Fernando Prado. 1 ano da GDPR: o que podemos aprender com os erros e acertos da Europa. **Conjur**, maio 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/opiniao-podemos-aprender-europa-ano-gdp>>. Acesso em: 02 maio 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. Para que serve o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados? **Comissão europeia**. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-does-general-data-protection-regulation-gdpr-govern_pt>. Acesso em: 02 maio 2020.

FLAHERTY, David H. On the Utility of Constitutional Rights to Privacy and Data Protection. **School of Law**: Case Western Reserve, Cleveland, v. 41, n. 831, p. 831-855, 1991. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2048&context=caselrev>>. Acesso em: 01 maio 2020.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o Século 21**. Trad.: Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

_____. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. Trad.: Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HENRIQUE, Lygia Maria Moreno Molina. LGPD: cuidados na implementação. **Forense**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 429, jan./jun. 2019. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/06/30/revista-forense-429-lgpd-cuidados-implementacao>>. Acesso em: 01 maio 2020.

MEIRELLES, Fernando de Souza. **Informática: novas aplicações com microcomputador**. 2. ed. São Paulo: Makron Books, 1994.

NASCIMENTO, Letícia. Os principais direitos fundamentais garantidos na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Jus Navegandi**, set. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/76752/os-principais-direitos-fundamentais-garantidos-na-lei-geral-de-protacao-de-dados-pessoais>>. Acesso em: 28 abr. 2020.

RIBEIRO, Fábio Viana. **A publicidade e o consumo**. 2007/2008. Disponível em: <<http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/955-4.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

THOMAZ, Alan Campos Elias; VENTRE, Giovanna Bruno. Alterações Propostas pela Medida Provisória 869 e as suas (176) emendas. **Conjur**, abr. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-25/opiniao-alteracoes-propostas-mp869-176-emendas?>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

ZANON, João Carlos. **Direito à Proteção dos Dados Pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIÁLOGOS LITERÁRIOS: “MINORITY REPORT” À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL À PRIVACIDADE E DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

LITERATURE DIALOGUES: “MINORITY REPORT” IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO PRIVACY AND THE GUILT PRINCIPLE

Isabela Maria Stoco¹

Udo Guilherme Lutz²

RESUMO

“O grande irmão está de olho em você”: o cenário distópico retratado por George Orwell em 1984, em que os sujeitos são constantemente vigiados pelas “teletelas”, não soa tão distante aos olhos dos sujeitos protagonistas do século XXI. O uso da tecnologia – tanto desenhado e ansiado pela literatura e pela indústria cinematográfica do século XX – deixou de ser mera digressão acerca do futuro e se tornou o *presente* e, principalmente, o *futuro*. Aliada à ideia de vigilância constante, a tecnologia, por óbvio, não passou despercebida ao Direito Penal: atualmente, inúmeros *softwares* objetivam *prevenir* e *reprimir* crimes, de modo que nos aproximamos cada vez mais do cenário de ficção científica delineado por Philip Kindred Dick em *Minority Report*. No entanto, diante do atual cenário instaurado, questiona-se: *quais os limites do Estado na vigilância do indivíduo na esfera penal?* Para responder tal questionamento, a presente pesquisa contará, em relação ao seu aspecto metodológico, com uma abordagem dedutiva,

¹ Advogada. Pós-graduanda em Direito Penal Econômico pela PUC-MG e Compliance pela FAE. Membro do grupo de estudos NECcrim (Núcleo de estudos em Ciências Criminais) e NUPPE (Núcleo de Estudo em Direito Penal Econômico). *E-mail*: isabelamariastoco@gmail.com.

² Graduando em Direito pelo curso de Direito LAW Experience - FAE Centro Universitário. Membro do grupo de estudos NECcrim (Núcleo de estudos em Ciências Criminais), membro do grupo de estudos NUPEJURI (Núcleo de Pesquisa em Tribunal do Júri). Pesquisador de Iniciação Científica (FAE) 2019-2020. *E-mail*: udolutz1@gmail.com.

composta por uma pesquisa bibliográfica com técnica de coleta baseada em livros e artigos locais e estrangeiros.

Palavras-chave: Direito Penal; Privacidade; Tecnologia.

ABSTRACT

“The big brother is watching you”: the dystopian scenario portrayed by George Orwell in 1984, in which the subjects are constantly watched by “telescreens”, does not sound so distant in the eyes of the protagonist subjects of the XXI century. The use of the technology – designed and craved by the literature and film industry of the 20th century – is no longer a mere digression about the future and has become the present and, mainly, the future. Coupled with the idea of constant surveillance, technology, has not gone unnoticed by Criminal Law: currently, countless softwares programs aim to prevent and suppress crimes, so that we are getting closer to the science fiction scenario outlined by Philip Kindred Dick in *Minority Report*. However, in view of the current scenario, the question is: what are the limits of the State in the surveillance of the individual in the crime sphere? To answer this question, the present research will have, in relation to its methodological aspect, a deductive approach, composed of a bibliographic research with collection technique to local and foreign articles.

Keywords: Criminal Law; Privacy; Technology.

INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico vislumbrado nas últimas décadas não passou despercebido ao Direito, em especial à seara Penal. Neste sentido, não é incomum vislumbrar órgãos investigativos valendo-se de instrumentos e *softwares* de colheita e tratamento de dados para identificação de áreas propensas à ocorrência de crimes e (possíveis) autores de delitos: tal prática é conhecida como *Predictive Policing*.

Nas linhas desta pesquisa, buscar-se-á realizar um paralelo de tal realidade com a produção cinematográfica *Minority Report*³: por certo que inexistem, tal como no filme, seres humanos capazes de prever o futuro, tais como os “pré-cogs”. No entanto, é certo que o desenvolvimento e aprimoração dos referidos sistemas operacionais são capazes de nos aproximar de tal realidade.

Ponto que se mostra relevante para a presente discussão é que o Estado pode, valendo-se de tais tecnologias, inadequadamente se apossar de dados dos cidadãos e, com isso, violar o Direito – constitucionalmente previsto – à Privacidade, bem como violar o princípio da *culpabilidade* na esfera do Direito Penal. Deste modo, entra-se em um embate: *quais os limites do Estado na perquirição de um crime e de um criminoso?*

Partindo da análise da problemática em tela, ao longo das breves linhas desta pesquisa buscar-se-á: (i) traçar um paralelo entre a referida produção cinematográfica e os atuais *softwares* que buscam prevenir crimes; (ii) tratar, em uma perspectiva constitucional e penal, dos possíveis direitos fundamentais violados em tais práticas, eis que há um conflito entre direito do Estado em perquirir os crimes e o direito à privacidade e culpabilidade.

Para analisar tais apontamentos, a presente pesquisa contará, em relação ao seu aspecto metodológico, com uma abordagem dedutiva, composta por uma pesquisa bibliográfica com técnica de coleta baseada em livros e artigos locais e estrangeiros.

³ O referido filme se passa em 2054, em Washington e Northern Virginia, e o ponto central do roteiro reside no denominado “Pré-Crime”, um departamento de polícia especializada que apreende criminosos com base no conhecimento prévio fornecido por “precogs”, que conseguem “pré-visualizar” crimes recebendo visões do futuro. Estas informações são fornecidas policiais, que tentam descobrir onde será o assassinato.

1 “MINORITY REPORT”: DIÁLOGOS ENTRE TECNOLOGIA E DIREITO PENAL

1.1 “ISSO É TÃO ‘BLACK MIRROR’”: DA DISTOPIA À REALIDADE E O USO DE TECNOLOGIA(S) NA REPRESSÃO PENAL

A literatura, em uma perspectiva crítica, sempre se valeu da tecnologia para elaboração de seus respectivos roteiros: não por outra razão é que os livros distópicos e/ou de ficção científica, tais como 1984, Admirável Mundo Novo, Fahrenheit 451, etc., detêm grandiosa aceitabilidade na sociedade. Em virtude dos (assustadores) cenários retratados, provocam os leitores a refletir sobre o futuro tecnológico e os perigos advindos desta realidade.

O cinema, no mesmo trilhar, não se olvidou de retratar tal panorama: *Matrix*, *Blade Runner* e – objeto fundamental do presente estudo – *Minority Report*, são exemplos de filmes que se prestaram a retratar a (tão imaginada) sociedade tecnológica e informatizada dos séculos XX e XXI. A série *Black Mirror*, que se tornou um grande sucesso no serviço *streaming* Netflix, também se valeu deste cenário para representar as mazelas advindas do uso imoderado das tecnologias.

Ponto que salta aos olhos é que, em virtude do irrefreável avanço tecnológico observado nas últimas décadas, referidos cenários distópicos e de ficção científica antes inimagináveis se aproximam, cada vez mais, da realidade: o “grande irmão” orwelliano está cada vez mais “de olho em você” e o “mundialismo, controle genético, adestramento comportamental e intoxicação coletiva” de Huxley está cada vez mais presente.

Neste sentido – e o que verdadeiramente importa para este trabalho – é que o cenário retratado por Steven Spielberg em *Minority Report*, personificando as lições de Philip Kindred Dick, deixou, há muito tempo, de ser mera distopia futurística: o roteiro da referida representação cinematográfica se passa em Washington e Northern Virginia no ano de 2054, onde “Pré-Crime”, um departamento de polícia especializada, apreende criminosos com base no conhecimento prévio fornecido por “precogs”, que “previsualizam” crimes recebendo visões do futuro. Estas informações são fornecidas a policiais, que se dirigem ao local do assassinato.

Tal cenário antes inimaginável deixou de ser mera digressão acerca do futuro e se tornou o *presente* e, principalmente, o *futuro*: inúmeros *softwares* foram desenvolvidos no intuito de *prever* e *evitar* a ocorrência de um crime. Não é mais novidade a utilização de instrumentos tecnológicos para prevenção e repressão criminal, os quais valem-se, em sua grande maioria, de dados colhidos da população para fazê-lo.

Nada obstante representem um importante instrumento de controle e repressão à criminalidade, o poder de controle e vigilância gerado pela constante colheita de dados individuais traz uma série de questionamentos sobre segurança, liberdade e privacidade em âmbito constitucional, bem como questionamentos acerca da culpabilidade na esfera penal.⁴

Neste liame, denota-se que o cenário retratado em *Minority Report* representa de maneira bastante significativa o paradigma da *alta modernidade*⁵: de um lado, vislumbra-se a eficácia na prevenção de crimes – ponto que é demonstrado de forma incisiva no âmbito do referido filme: “*there hasn’t been a murder in six years. The system, it is perfect*”⁶ (MINORITY REPORT, 2002) – e, de outro, o (des)respeito às garantias asseguradas pelo Estado de Direito, em especial no que atine ao preceito de culpabilidade – uma vez que os indivíduos, na referida representação, são punidos sem que de fato o crime tenha ocorrido: “*you under arrest for the future murder of Sarah Marks and Donald Dubin that was to take place today, April 22 at eight hours and four minutes*”⁷ (MINORITY REPORT, 2002) – e as questões referentes à privacidade e intimidade, uma vez que os sujeitos têm suas vidas constantemente vasculhadas, sob a prerrogativa de manutenção da sua segurança.

Tal dilema não é facilmente resolvível: o Estado, por ser detentor do poder punitivo, pode (e deve) valer-se de todos os instrumentos necessários para fazê-lo. Nada obstante tal fato, é cediço que o referido ente não pode violar direitos e prerrogativas dos indivíduos, sob pena de revestir-se de ilegalidade, tal como o uso indevido de dados da população: por esta razão é que tal debate é (extremamente) pertinente.

⁴ Neste mesmo sentido: “Embora seja uma obra de ficção que se passa em um futuro distante, os problemas ressaltados são atuais e constituem pauta de relevância no debate das políticas preventivas aos delitos. Na seara das Ciências Criminais, nunca houve um sadio equilíbrio entre a eficiência na prevenção de delitos e o inabalável respeito aos direitos e garantias fundamentais, sendo que a adoção de medidas extremas figura como expedientes simbólicos, não guiados para a coação psicológica, mas para o entorpecimento do medo e paranoia da sociedade” (TICAMI; ALBUQUERQUE, 2012).

⁵ Vivemos, na lição de GIDDENS (2002, p. 27), o paradigma da denominada alta modernidade: aos olhos do referido sociólogo, a alta modernidade é consubstanciada pelo reconhecimento de que uma (nova) tecnologia é, em realidade, uma faca de dois gumes. Se por um lado oferece inúmeras facilidades, de outro nos deixa a mercê de inúmeros riscos.

⁶ Tradução livre: “*Não há assassinato há seis anos. O sistema é perfeito*”.

⁷ Tradução livre: “*Você está preso pelo futuro assassinato de Sarah Marks e Donald Dubin, que aconteceria hoje, 22 de abril às oito horas e quatro minutos*”.

1.2 “MINORITY REPORT” VS REALIDADE: SOFTWARES E TECNOLOGIAS UTILIZADAS NA PREVENÇÃO DE CRIMES

*You see the dilemma, don't you? If you don't kill me, Precogs were wrong and Precrime is over. If you do kill me, you go away, but it proves the system works. Precogs were right. So, what are you gonna do now? What's it worth? Just one more murder*⁸ (MINORITY REPORT, 2002).

Existem inúmeros *softwares* e programas desenvolvidos nas últimas décadas que têm por objetivo precípuo a *prevenção* e *repressão* de crimes: o cenário de ficção científica retratado em *Minority Report* – obviamente não nos mesmos moldes, já que os “pre-cogs” são humanos que possuem visões acerca do futuro -, não soa tão distante e utópico em virtude do desenvolvimento tecnológico vislumbrado nas últimas décadas.⁹

Nesse sentido, insta destacar alguns deles: primeiro *software* que chama a atenção é o denominado *Predpol*, o qual, a partir da colheita e processamento de dados, identifica quando e onde os crimes acontecerão, antecipando essas localizações para possibilitar o controle da Polícia nas referidas áreas. O referido *software* foi desenvolvido pela Polícia de Los Angeles e a Universidade da Califórnia e utiliza dados de históricos criminais, dados demográficos, pessoas, lugares, redes sociais, etc, criando uma verdadeira personalidade digital anônima que, a partir do cruzamento dos dados, é capaz de relacioná-la com as identidades civis (OLIVEIRA; SANTANA, 2019, p.05).

Na mesma linha do *Predpol*, há o *Northpointe*, utilizado em Chicago para analisar e prever os indivíduos que têm a possibilidade de se envolver em crimes armados. Para tanto, o mesmo vale-se de dados a respeito do risco de reincidência, informações sobre condenações e sentenças e dados pessoais dos sujeitos, tal como nível educacional e empregos (OLIVEIRA; SANTANA, 2019, p.06).

O *Blue Crush*, por sua vez, é um *software* utilizado em Memphis, no Tennessee, que tem por objetivo, através da análise de dados fornecidos por relatórios policiais e reportagens televisivas, indicar os locais com maior probabilidade da ocorrência de delitos (OLIVEIRA; SANTANA, 2019, p.06).

⁸ Tradução livre: “Você vê o dilema, não vê? Se você não me matar, os Precogs estavam errados e o Precrime acabou. Se você me matar, vai embora, mas isso prova que o sistema funciona. Precogs estavam certos. Então, o que você vai fazer agora? Quanto vale isso? É só mais um assassinato”.

⁹ “Minority Report é evidentemente uma ficção e é ambientado no futuro. Embora não possamos usar Precogs, aranhas robôs, ou manter os infratores em bolhas de vidro, como em muitas ficções futuristas de qualidade, as questões morais que o filme suscita certamente se aplicam ao mundo real de nossas sociedades contemporâneas.” (HUDSON, 2012, p. 43).

Tais *softwares* são denominados de *Predictive Policing*: “*predictive policing is the application of analytical techniques to identify promising targets for police intervention*”¹⁰ (PERRY et al., 2013, p.1). Ou seja: detêm a função precípua de identificar, antecipadamente, áreas propensas à ocorrência de um crime, possibilitando que patrulhamento seja deslocado até o referido local (OLIVEIRA; SANTANA, 2019, p.05).¹¹

Na mesma linha, há o *software* FAST (*Future Attribute Screening Technology*): referido *software*, a partir da medição de pulsação cardíaca, expressões faciais, linguagem corporal, dilatação da pupila, etc., é capaz de identificar padrões comportamentais que normalmente redundam na ocorrência de delitos. Utiliza-se, portanto, de dados psicológicos e fisiológicos para identificação do intento criminoso. Dentre todos os *softwares* apresentados, este foi o que sofreu um maior número de críticas: voltado ao controle de fronteira, como aeroportos, os sentimentos dos ditos intentos criminosos poderiam se confundir com alguém ansioso em virtude da viagem, por exemplo, o que certamente ocasionaria em constrangimentos ao inocente (OLIVEIRA; SANTANA, 2019, p. 06).

A empresa russa NTechLab desenvolveu um *software* nos mesmos parâmetros, que, por meio de reconhecimento facial usado em conjunto de câmeras de vigilância, é capaz de identificar alterações incomuns nos estados psicológico e fisiológico das pessoas, podendo, portanto, prevenir crimes em tempo real (TANGERINO, 2017).

Grande problema que se vislumbra na utilização destes dispositivos e *softwares* é que eles são alimentados através de dados colhidos de um grande número de pessoas – culpadas e inocentes – colocando em risco informações atinentes aos cidadãos, sem falar nas ingerências em aspectos fisiológicos dos seres humanos como nos últimos

¹⁰ Tradução livre: “*Policiamento preditivo é a aplicação de técnicas analíticas para identificar alvos promissores para intervenção policial*”.

¹¹ São divididos nas seguintes categorias: “*Methods for predicting crimes: These are approaches used to forecast places and times with an increased risk of crime; Methods for predicting offenders: These approaches identify individuals at risk of offending in the future; Methods for predicting perpetrators’ identities: These techniques are used to create profiles that accurately match likely offenders with specific past crimes; Methods for predicting victims of crime: Similar to those methods that focus on offenders, crime locations, and times of heightened risk, these approaches are used to identify groups or, in some cases, individuals who are likely to become victims of crime*” (PERRY et al., 2013, p. 1) (Tradução livre: “*Métodos para prever crimes: são abordagens usadas para prever locais e horários com maior risco de crime; Métodos para prever criminosos: Essas abordagens identificam indivíduos com risco de cometer crimes no futuro; Métodos para prever a identidade dos autores: essas técnicas são usadas para criar perfis que correspondam com precisão a possíveis infratores com antecedentes criminais; Métodos para prever vítimas de crime: Semelhante aos métodos que se concentram em criminosos, locais e horários de maior risco, essas abordagens são usadas para identificar grupos ou, em alguns casos, indivíduos que provavelmente serão vítimas de crime*”).

exemplos citados. Além disso, dados, como se sabe, são facilmente manipuláveis: os criminosos, a partir do mau uso destas tecnologias, podem usá-lo no intuito de ludibriar as autoridades policiais (OLIVEIRA; SANTANA, 2019, p. 11).¹²

Nesse sentido, a saber:

Muito embora eficientes, ambos os softwares geram a mesma discussão: para que haja uma análise de dados, necessita-se adquirir grandes bancos de informação, inclusive de pessoas sem nenhum histórico criminal, o que gera preocupações sobre a intimidade e privacidade individual e a liberdade de expressão e informação na internet. Além da discussão que é sempre constante: o software é eficiente, mas nem sempre correto. É necessário ter muita cautela ao analisar possíveis resultados gerados por algoritmos, pois a apofenia pode gerar resultados irrealistas e prejudicar cidadãos (OLIVEIRA; SANTANA, 2019, p. 6).

Não se pode olvidar, sobremaneira, que tecnologias são falíveis e que devem estar apoiadas em amplos sistemas de preservação de dados, não podendo tais dados serem de fácil acesso, tampouco serem levados unicamente em consideração no combate e prevenção de crimes: *“the Precogs are never wrong. But, occasionally... they do disagree”*¹³ (MINORITY REPORT, 2002).

2 “MINORITY REPORT”, O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE E A QUESTÃO DA CULPABILIDADE

Fundamentadas as questões literárias e alocado o leitor na citada realidade sobre a prevenção dos delitos, é fundamental problematizar tais itens à luz do ordenamento jurídico e seus pressupostos. Para tanto, serão realizadas breves digressões sobre questões que envolvem: (i) o direito fundamental à privacidade e suas ramificações; (ii) o princípio da culpabilidade no Direito Penal.

¹² Na mesma linha: “E como *Minority Report* nos adverte, não são apenas os culpados que são atingidas nos embates entre os traficantes e a Polícia Militar. Pessoas inocentes, mães e filhos, são atingidas no fogo cruzado, e muitos têm receio de caminhar até a escola, ao trabalho, freqüentar um bar, e usufruir os hábitos de vida e as atividades de lazer que a todos nós deveríamos ter assegurados. Ainda que possa haver oposição dos ativistas de direitos humanos, de alguns acadêmicos, de políticos e promotores de justiça, o público em geral parece mostrar pouca oposição às táticas brutais da Polícia Militar.” (HUDSON, 2012, p. 46).

¹³ Tradução livre: *“Os Precogs nunca estão errados. Mas, ocasionalmente... eles discordam”*.

2.1 DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE E SUAS IMPLICAÇÕES

Sobre a *realidade* estampada em *Minority Report*, necessário realizar uma análise sobre a forma pela qual o direito à privacidade é retratado na referida película, direito, este, que como se sabe, é de ordem constitucional.¹⁴ Desta feita, nas linhas seguintes serão delineadas questões atinentes ao seu conceito e sua limitação, para, enfim, questionarmos: a utilização de *softwares* coletores de dados para prevenção de crimes e criminosos viola o direito à privacidade?¹⁵

De início, importa salientar que há doutrinadores que destacam – e com razão – a dificuldade em se definir com extrema precisão o conceito do direito à privacidade, e que, portanto, sua definição deve voltar-se à análise de critérios materiais e não formais: noutras palavras, a eventual violação de tal prerrogativa constitucional deve ser analisada à luz dos casos em concreto, e não por critérios objetivos estabelecidos pela lei ou pela doutrina (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2019, p. 458 e 459).

A despeito de tal fato, referidos doutrinadores, como ponto de partida para estudo da matéria, definem o direito à privacidade como:

Dito de outro modo, o direito à privacidade consiste num direito a ser deixado em paz, ou seja, na proteção de uma esfera autônoma da vida privada, na qual o indivíduo pode desenvolver a sua individualidade, inclusive e especialmente no sentido da garantia de um espaço para seu recolhimento e reflexão, sem que ele seja compelido a determinados comportamentos socialmente esperados (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2019, p. 458).

No mesmo sentido, José Afonso da Silva (2015, p. 2018) leciona que a privacidade seria “o conjunto de informações acerca do indivíduo, que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”.

À luz dos conceitos acima esposados, pode-se afirmar que a privacidade nada mais é do que uma *ferramenta de controle* detida pelos indivíduos a partir da qual os mesmos podem eleger as informações que pretendem ver divulgadas (ou não divulgadas) a respeito de sua vida: decorre, portanto, do exercício da *liberdade* em detrimento à terceiros em relação à aspectos privados.

¹⁴ Como disposto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

¹⁵ “A questão chave é em que tipo de política de justiça criminal estas novas técnicas de controle de crime estão aplicadas. Será puramente funcional, sem limites no sistema social ou dentro de princípios democráticos e sociais somente pela regra da lei?” (SWAANINGEN, 2013, p. 13).

Acerca do âmbito de abrangência de tal direito, relevante trazer à tona os preceitos estabelecidos pela Teoria dos Círculos Concêntricos: de acordo com a mesma, a personalidade humana abrange três círculos concêntricos, que, em ordem crescente do comprimento dos raios, são: (i) “o círculo da vida privada em sentido estrito”; (ii) “círculo da intimidade”; (iii) “círculo do segredo” (FROTA, 2006, p. 81). A privacidade, portanto, é o círculo concêntrico de maior abrangência e engloba os referidos conceitos de intimidade e vida privada.¹⁶

Cada uma das esferas em vertente detém âmbitos específicos de tutela: embora distintos e sendo o círculo da privacidade o de maior amplitude, é correto afirmar que o Estado não poderá, de forma *injustificada*, ingressar em quaisquer destes aspectos privados de um indivíduo, eis que dentro deste conceito encontram-se alocados dados da vida pessoal dos quais não se quer que sejam colocados a público, tal como “comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público” (BRANCO; MENDES; 2017, p. 286). Acaso o faça, o Estado violará de maneira indiscriminada não só a privacidade, mas também a vida privada e a intimidade, justamente por estarem tais conceitos, à luz da citada doutrina, interligados.

Ingressando na problemática da presente pesquisa, relevante destacar que não há dúvidas que o aumento da violência e do terrorismo contribuem para o desenvolvimento de tais tecnologias, tornando-se estas verdadeiras ferramentas de controle¹⁷. No entanto, tais atos podem beirar a violação da privacidade (TOMASEVICIUS, 2014, p. 137): “o uso de informações de inteligência e algoritmos pela polícia tem levantado questionamentos sobre privacidade, liberdade de expressão e segurança pública” (OLIVEIRA; SANTANA, 2019, p. 5).

Assim como todo direito fundamental, o direito à privacidade, por óbvio, pode ser limitado. Entretanto, como é uma garantia constitucional, sua supressão deve possuir

¹⁶ Cada um destes raios detém um âmbito de abrangência específico: “No círculo de menor raio - segredo - estaria o âmbito da vida do indivíduo que este deseja manter sob sigilo. Na esfera de tamanho intermediário - círculo da intimidade - situar-se-ia uma parcela do segredo um pouco mais ampla, admitindo-se a presença de pessoas que fazem parte da vida cotidiana do indivíduo, de modo que a coletividade estaria fora deste círculo. Por fim, no círculo mais abrangente - círculo da vida privada em sentido estrito -, o qual engloba os dois supracitados conceitos, encontram-se os dados específicos de determinada pessoa, os quais são conhecidos não somente pelas pessoas que fazem parte do seu cotidiano, mas também pela coletividade que de alguma forma participa da vida dessa pessoa.” (PORTO, 2012, p. 200).

¹⁷ “A proteção à privacidade relaciona-se diretamente ao livre desenvolvimento da personalidade humana, na medida em que é imprescindível garantir ao cidadão que ele não seja submetido a qualquer forma de controle social que, em última análise, tenderiam a anular a sua individualidade e a cercear a sua autonomia privada” (MAURMO, 2014, p. 3).

como objeto de análise outra garantia constitucional: “a restrição apenas se justifica quando necessária a assegurar a proteção de outros direitos fundamentais ou bens constitucionais” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2019, p. 460).

Nesse sentido, relevante destacar que não se olvida da importância e necessidade do Estado se amparar em tais tecnologias para prevenção e repressão de crimes, assegurando a – também garantia fundamental – segurança pública. No entanto, faz-se necessário que o Estado o faça com cautela e que os indivíduos tenham ciência da possível utilização de tais dados, até para que o próprio Estado – brasileiro, no caso – dê cumprimento às lições estampadas na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709 de 2018)¹⁸, sob pena de violação de direito fundamental tão caro à sociedade moderna, a ora em voga *privacidade*.

2.2 A PROBLEMATIZAÇÃO SOBRE O PRINCÍPIO PENAL DA CULPABILIDADE

Além das questões constitucionais analisadas, relevante realizar uma problematização do cenário estampado na produção cinematográfica ora em análise sob uma perspectiva criminal, especificamente no que diz respeito ao princípio da *culpabilidade*. Diferente do que ocorre narrativa literária esposada, é cediço que tal princípio deve ser estritamente observado quando da responsabilização criminal.

Para tanto, referido tema será analisado sob uma perspectiva jurisprudencial e bibliográfica. Posteriormente, realizar-se-á a subsunção da conceituação do que se entende como a culpabilidade e como tal princípio é (in)observado em determinadas questões do controle social pela via tecnológica, como em *Minority Report*.

De início, importa destacar que aos olhos da doutrina penal pátria, a culpabilidade pode ser analisada sob três *distintas* perspectivas – como princípio, como limite à atuação estatal e como elemento analítico do crime -, o que é corroborado pelo entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁹:

O conceito de culpabilidade, envolto em intensos debates doutrinários, costuma ser utilizado em três sentidos no Direito Penal pátrio, que aqui

¹⁸ Na colheita e tratamento de dados, devem ser observados os seguintes princípios: transparência, publicidade, consentimento, direitos de acesso, retificação e cancelamento dos dados e segurança física e lógica (MENDES, 2017, p. 5-6).

¹⁹ O presente caso demonstrado na ementa da jurisprudência tange sobre um Agravo regimental no *habeas corpus* julgado no STJ. O Ministro determina a conceituação de culpabilidade (como transcrito na citação) para a argumentação frente ao caso em concreto - o qual é utilizado como critério do recurso. Para tanto, evidencia-se a parte supracitada proveitosa para o conceito de culpabilidade que irá ser tratado no presente trabalho.

sintetizo apenas para compreensão do julgado: a) como princípio, querendo traduzir a limitação à responsabilidade penal objetiva; b) como limite à sanção estatal, vinculada ao grau de reprovabilidade da conduta; c) como pressuposto da aplicação da pena ou, para os que adotam a teoria tripartida do delito, como elemento analítico do crime (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HABEAS CORPUS Nº 482.345 – SP. Relator: Rogério Schietti Cruz. Julgamento: 17 de setembro de 2019).

Para fins da presente pesquisa, utilizar-se-á o conceito da culpabilidade como *princípio fundamental* do Direito Penal: a respeito de tal perspectiva, relevante destacar, de início, que toda matéria que envolve a discussão penal, deve analisar o critério evidenciado. Conforme destacado por Nilo Batista (2007, p. 104), é o princípio da culpabilidade que irá garantir a *responsabilidade subjetiva* no Direito Penal. Significa dizer que o autor do delito somente poderá ser criminalmente responsabilizado se *realizar* uma ação, seja com dolo ou culpa, rechaçando qualquer tipo de responsabilização em virtude de características pessoais do sujeito.

Neste liame, importa ressaltar que a caracterização de um Direito Penal com responsabilidade subjetiva é uma *garantia fundamental* que deve existir em um Estado Democrático de Direito: é neste ponto que se vislumbra o conflito entre o princípio em vertente com o retratado em *Minority Report*. Isto porque, na referida obra os sujeitos são *punidos* mesmo sem a ocorrência do crime: “*you under arrest for the future murder of Sarah Marks and Donald Dubin that was to take place today, April 22 at 08:00 hours and four minutes*”²⁰ (MINORITY REPORT, 2002).

Roxin (2006, p.133) preleciona que “[...] não pode existir direito penal sem princípio da culpabilidade; é possível conferir a este outra denominação, mas não se pode eliminá-lo”. Ou seja: no âmbito de um processo criminal, busca-se a perquirição – e consequente reprovação – de um ato já realizado. Tal afirmação reveste-se de especial relevância, visto que, não há delito onde não se encontra presente a ação ou omissão (BUSATO, 2019, p. 193).

No mesmo sentido, torna-se evidente a culpabilidade como garantia de um Direito Penal do fato ocorrido, em detrimento a um Direito Penal do autor (BATISTA, 2007, p. 93). Desta feita, não se deve existir o critério preconceituoso da punição pelo autor, garantindo-se a responsabilização subjetiva do indivíduo que cometeu algum ilícito: acaso evitado o crime, como demonstrado no filme, sentido não há em falar em responsabilização criminal.

²⁰ Tradução livre: “*Você está preso pelo futuro assassinato de Sarah Marks e Donald Dubin, que aconteceria hoje, 22 de abril às 08:00 horas e quatro minutos*”.

Em *Minority Report*, denota-se que há a (completa) desconsideração dos preceitos da culpabilidade sobre os meios de reprovação e prevenção do Direito Penal. Tal fato leva o telespectador a problematizar tal aspecto, já que, conforme destacado, tal preceito é um caro princípio de Direito Penal que deve ser rigorosamente observado:

Segundo a doutrina unânime, ainda que não seja em um dispositivo específico, nossa Constituição Federal consagra implicitamente o princípio da culpabilidade, como **fundamento necessário da intervenção penal** (BUSATO, 2019, p. 68, destaque acrescido).

Mesmo sendo uma questão literária, torna-se evidente a aproximação das tecnologias e métodos reais analisados no presente trabalho para a prevenção de crime. Ressalta-se, então, a necessidade da coerência e harmonia com o princípio da culpabilidade para a persecução dos casos em concretos. Afinal, a culpabilidade deve ser analisada, sempre, como garantia de não incriminação (BUSATO, 2018, p. 73).

Um outro tema suscitado em *Minority Report* é sobre ser ou não admissível que se faça qualquer coisa que funcione na prevenção do crime, ou se algumas coisas são inaceitáveis mesmo que sejam eficazes. Em outras palavras, se a eficácia é a única questão a ser considerada ou se existem limites éticos que devem ser defendidos como fundamentais ao estado de direito (HUDSON, 2012, p. 40-41).

Assim sendo, deve-se garantir que tal princípio não se quebre em justificativa da prevenção do crime. Até porque, o princípio da culpabilidade – também como legitimação – opera de modo a conferir a *limitação* nas punições (SCHUNEMANN, 1991, p. 164).

O uso utilitário do avanço tecnológico pode gerar a elevação do controle social, abrindo as brechas para condutas arbitrárias e contrárias às prerrogativas do conceituado Estado Social Democrático de Direito (TICAMI, ALBUQUERQUE, 2012, p. 188). Para tanto, deve-se aprender com a literatura, analisando o que caracteriza uma afronta aos conceitos principiológicos do Direito Penal e que não pode ser reproduzido em casos reais.

CONCLUSÃO

Consoante se pode observar das linhas traçadas na presente pesquisa, a utilização da tecnologia – em especial *softwares* de colheita e armazenamento de dados – pelo Direito Penal é uma realidade inafastável em virtude do amplo desenvolvimento tecnológico vislumbrado nas últimas décadas.

Na sociedade contemporânea, a proteção dos dados pessoais é tema que se reveste de notável relevância, uma vez que a desobediência deste direito enseja a violação da privacidade dos indivíduos pelo Estado, o qual se vale, para tanto, da justificativa da necessidade de combate aos crimes.

O Estado – detentor do monopólio do poder punitivo – pode (e deve) utilizar todos os instrumentos possíveis para combate e prevenção de crimes. No entanto, para fazê-lo, não pode violar prerrogativas e direitos dos indivíduos para tanto, sob pena de revestir sua atuação de inúmeras ilegalidades.

Para tanto, deve-se questionar, nas perspectivas do caso em concreto, se tais medidas irão atravessar a garantia da privacidade – caracterizando uma violação constitucional. E, na esfera penal, a garantia na impossibilidade da imputação em casos que não ocorreram conduta, portanto, sem o critério de culpabilidade posterior. Tais garantias penais garantem que não ocorra algo caracterizado como Direito Penal do Autor – e garantindo a limitação do poder estatal com a caracterização do controle social.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BRADBURY, G. **Fahrenheit 451**. 2. ed. São Paulo: Globo, 2012.
- BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (Série IDP).
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Habeas Corpus n. 482.345-SP**. Relator: Rogerio Schietti Cruz. Julgamento: 17 set. 2019.
- BUSATO, P. C. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.
- FROTA, H. A. da. A proteção da vida privada, da intimidade e do segredo no direito brasileiro e comparado. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, v. 9, n. 11, p. 79-108, nov. 2006.
- GIDDENS, A. **Modernidade e identidade**. Trad.: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2002.
- GORGA, M. L.; MARCHIONI, G. L. Liberdade da vontade, neurociência e culpabilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 114, n. 114, p. 99-129, maio/jun. 2015.
- HUDSON, B. Minority Report: prevendo o futuro na vida real e na ficção. **Direitos Fundamentais & Democracia**, Brasília, v. 5, n. 5, p. 33-48, jan./jun. 2012.
- HUXLEY, A. **Admirável Mundo Novo**. 22. ed. São Paulo: Globo, 2014.
- MAURMO, J. G. P. A distinção conceitual entre privacidade, intimidade, vida privada, honra e imagem. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 57, n. 1, p. 33x-52, jan./mar. 2014.
- MENDES, L. S. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 79, n. 2, p. 45-81, jul./set. 2011.
- MENEZES NETO, E. J. de. Vigilância ou surveillance? Proposta para começar a compreender corretamente este fenômeno. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 939, p. 159, jan. 2014.
- MINORITY REPORT. Direção de Steven Spielberg. **Glendale**: DreamWorks, 2002. (146 min.).
- OLIVEIRA, G. Fialho; SANTANA, I. da P. L. Softwares de combate e prevenção ao crime sob a perspectiva do direito brasileiro. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 1-13, jul./set. 2019.
- ORWELL, G. **1984**. Trad.: Alexandre Hubner e Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- PERRY, W. L. et al. **Predictive policing**: forecasting crime for law enforcement. Santa Monica, CA: Rand Corporation, 2013. Disponível em: <https://www.rand.org/pubs/research_briefs/RB9735.html>. Acesso em: 26 abr. 2020.
- PORTO, C. B. A proteção à intimidade na Constituição da República de 1988. **Debates em Direito Público**, Belo Horizonte, v. 11, n. 11, p. 197-214, out. 2012.
- ROBL FILHO, I. N. **Direito, intimidade e vida privada**: paradoxos jurídicos e sociais na sociedade pós-moralista e hipermoderna. Curitiba: Juruá, 2010.

- ROXIN, C. **Estudos de direito penal**. Trad.: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- SCHUNEMANN, B. **El sistema moderno del Derecho Penal**: cuestiones fundamentales. Madrid: Tecnos, 1991.
- SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- SWAANINGEN, R. V. Controle do crime no Século XXI: analisando uma nova realidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 42, p. 103-20, jan./mar. 2003; [versão online] p. 1-4.
- TANGERINO, D. F. Coisa de cinema ou vida real: Minority Report e a criminalidade do futuro. **Canal Ciências Criminais**, Porto Alegre, maio 2017. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/minority-report-criminalidade-futuro>>. Acesso em: 26 abr. 2020.
- TICAMI, D. D.; ALBUQUERQUE, P. S. Minority Report: a nova lei e velhos devaneios repressivistas. **Liberdades**, São Paulo, resenha de filme 1, n. 11, p. 179-190, set./dez. 2012.
- TOMASEVICIUS FILHO, E. Em direção a um novo 1984? A tutela da vida privada entre a invasão de privacidade e a privacidade renunciada. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 109, p. 129-169, dez. 2014.
- VIANNA, Túlio Lima. A era do controle: introdução crítica ao direito penal cibernético. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 819, n. 1, p. 448-456, jan. 2004.

REGULAÇÃO, MERCADO E BIOÉTICA: ESTRATÉGIAS DIANTE DO ADVENTO DE NOVAS TECNOLOGIAS GENÉTICAS E O SISTEMA CRISPR-CAS9

REGULATION, MARKET AND BIOETHICS: STRATEGIES IN FACE OF THE ADVENT OF NEW GENETIC TECHNOLOGIES AND THE CRISPR-CAS9 SYSTEM

Jairo Lemos Neto Junior¹

RESUMO

O presente artigo analisa o advento das novas tecnologias de modificação genética, em específico o sistema CRISPR-Cas9, que representa uma promessa de terapias e curas de doenças genéticas. O controle da técnica também representa um dilema acerca do poder do humano em manipular a evolução humana. Assim, analisou-se o risco de que tal cenário possa levar a práticas eugênicas comandadas, principalmente, pela lógica do mercado e pelo capital. Objetiva-se, portanto, refletir acerca das estratégias de controle dessas consequências políticas e sociais geradas do avanço científico na genética, sejam pelo Direito ou pela Bioética. Observou-se que o Direito, em uma perspectiva global, falha em regular técnicas de edição genética da linha germinal humana, optando majoritariamente pela proibição, estratégia criticada pela classe científica sob argumento de ofensa ao direito humano à ciência e ao direito à saúde da criança. Por fim, foi questionada a efetividade da Bioética em impor limites e criar protocolos que maneiem tais consequências sociais, éticas e políticas que possam vir à tona com a propagação das tecnologias genéticas.

Palavras-chave: CRISPR-Cas9; Tecnologias Genéticas; Eugenia; Regulação Jurídica; Limites Éticos.

¹ Bacharel em Direito pela UFPR. Integrante do grupo de pesquisa BIOTEC – Direito, Biotecnologia e Sociedade. *E-mail*: jairolneto@gmail.com

ABSTRACT

The present article analyzes the advent of new technologies of genetic modification, specifically the CRISPR-Cas9 system, which represents a promise of therapies and cures for genetic diseases. The control of the technique also poses a dilemma about the power of the human to manipulate human evolution. Thus, it analyzes the risk that this scenario may lead to eugenic practices mainly driven by market logic and capital. It aims, therefore, to reflect on the control strategies of these political and social consequences, created by the scientific advance in genetics, either by law or by bioethics. It was observed that the law, in a global perspective, fails to regulate techniques of genetic editing on the human germ line, opting mostly for the prohibition, strategy that is criticized by the scientific class on the grounds of offense to the human right to science and the right to health of the child. Finally, Bioethics' effectiveness in imposing limits and creating protocols that deal with such social, ethical and political consequences that may come to light with the propagation of Genetic Engineering was also questioned.

Keywords: CRISPR-Cas9; Genetic Technologies; Eugenics; Legal Regulation; Ethical Limits.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas do século XX e no início do século XXI, observou-se um crescimento exponencial das tecnologias, transformando a maneira com que a ciência afeta a realidade. A biotecnologia, marcada por profunda aceleração tecnológica, adquiriu maior conhecimento para entender o corpo humano e modificá-lo em níveis cada vez mais radicais.

Diante dos intensos avanços da biotecnologia, sobreveio, recentemente, a técnica conhecida como CRISPR (do inglês, Repetições Palindrômicas Curtas Agrupadas e Regularmente Interespaçadas²), como uma promessa de revolução da ciência de modificação genética, uma vez que permite a alteração de DNA de forma extremamente mais precisa – e mais barata – que as técnicas que a antecederam.

Tal sistema promete exercer um papel fundamental para a terapia de doenças genéticas e hereditárias, como “alguns tipos de câncer, distrofia muscular, infecções bacterianas e parasitárias, condições neurodegenerativas, vírus de imunodeficiência humana, entre outras doenças” (BROKOWSKI; POLLACK; POLLACK, 2015, p. 264). Ainda, fornece a possibilidade de alterar as diversas características de microrganismos, animais, plantas e até humanos (LAUXEN; GOLDIM, 2015, p. 205).

Além de alterações genéticas em diferentes tipos de células, animais e plantas, o sistema permite, ainda, a modificação do DNA de células reprodutivas, com o intuito de transmitir a informação de uma geração para a outra (BALTIMORE, *et al.*, 2015, p. 2), o que é chamado de manipulação da linha germinativa.

Porém, a rápida popularização da técnica levanta algumas questões sobre seu futuro, principalmente em relação à edição genética em humanos. Além das consequências indesejadas que a técnica pode trazer com erros, o constante crescimento do conhecimento sobre a genética e a vida humana levanta a discussão sobre as consequências a longo prazo em um cenário em que a edição gênica seja precisamente dominada pela ciência. Dito de outro modo, a discussão vai além dos riscos científicos da técnica, sendo necessário debater seus riscos políticos.

Nesse sentido, pretende-se analisar os possíveis cenários, numa perspectiva política e social, que a popularização de técnicas de edição gênica como o CRISPR-Cas9 pode intensificar, como o flerte entre o melhoramento genético e a eugenia, bem como as influências do pensamento capitalista e neoliberal no desenvolvimento da ciência e da tecnologia.

² Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats.

Ainda, será observada a maneira em que os países, em especial o Brasil, regulam a engenharia genética, de modo a questionar se a regulação tem sido eficiente e, caso positivo, suficiente ao objetivo de conter o avanço das problemáticas trazidas com o avanço científico desenfreado.

Por fim, aponta-se o modo em que a Bioética, além do Direito, possui influência nesse processo, bem como se propõe reflexões a contento das implicações éticas, jurídicas e políticas da engenharia genética e do CRISPR-Cas9.

1 O AVANÇO CIENTÍFICO E EUGENIA NO SÉCULO XXI

Primeiramente, para uma análise mais detida das questões do avanço científico no campo da genética, principalmente acerca do sistema CRISPR-Cas9, é necessário verificar como esse avanço vem sendo tratado pela literatura científica, se, efetivamente, há um problema e se há maneira de freá-lo.

Para compreender a mudança de paradigma ocorrida na tecnociência nas últimas décadas, Paula Sibilia a divide em duas tradições: a prometeica e a fáustica (SIBILIA, 2015, p. 45).

Os saberes prometeicos, fazendo alusão à figura mitológica de Prometeu, pretendem estudar e conhecer tecnicamente a natureza, com o fim de aplicar tais saberes e melhorar a condição da vida humana. Os cientistas que compartilham dessa visão acreditam na existência de um conhecimento puro e meramente instrumental. Assim, o avanço científico gradual levaria a uma sociedade com cada vez menos problemas e mais justa, no sentido de que o progresso tecnológico levaria ao fim a miséria humana. Sobre essa perspectiva, a autora explica:

o prometeísmo embarca nessa epopeia visando ao bem comum da humanidade e à emancipação da espécie - fundamentalmente, aliás, das classes oprimidas. Apostando no papel libertador do conhecimento científico, esse tipo de saber almeja melhorar as condições de vida dos homens graças ao uso da tecnologia. O desenvolvimento gradativo e a acumulação de descobertas importantes levariam à construção de uma sociedade racional e, portanto, mais justa, assentada numa sólida base científico-industrial capaz de erradicar a miséria humana. Confiantes no progresso, os defensores do prometeísmo colocam a ênfase na ciência como conhecimento puro - e, por isso mesmo, superior - enquanto têm uma visão somente instrumental da técnica: esta consistiria na mera aplicação daqueles valiosos saberes (SIBILA, 2015, p. 46).

Em contrapartida, na perspectiva fáustica, as pesquisas científicas não objetivam apenas verdade e nem se limitam a oferecer “meras extensões, projeções e ampliações das capacidades biológicas” (SIBILIA, 2015, p. 48), mas sim exercer a previsão e, principalmente, o controle de seus objetos de pesquisa. Para tanto, a visão fáustica não só admite, mas objetiva a modificação da natureza de elementos que antes era apenas observada e utilizada de maneira instrumental.

Portanto, o fenômeno observado é que as tecnociências contemporâneas, cada vez mais, não enxergam a natureza como um objeto preexistente de estudo, mas sim, como “matéria-prima manipulável” (SIBILIA, 2015, p. 52).

O surgimento e a crescente aceitação pela comunidade científica do sistema CRISPR-Cas9 revela seu escancarado caráter fáustico, uma vez que sua utilização ultrapassa o objetivo de compreensão e previsão dos fenômenos genéticos, propondo seu controle em graus cada vez mais radicais. Esse processo relatado é essencial para que possamos compreender a questão da chamada engenharia genética.

Segundo Lauxen e Goldim (2015), tais técnicas fáusticas de edição genética, como a CRISPR-Cas9, representam uma promessa e um dilema: a promessa de terapias gênicas para a cura de doenças e o dilema de fornecer ao homem o poder de manipular o que chamam de “natureza humana” e definir características desejáveis ou não. Partindo da literatura habermasiana, apontam que a biotecnologia poderá “decidir o futuro da evolução biológica e da espécie humana, caracterizando uma ameaça à autonomia, à dignidade e à natureza humana” (*ibid*, p. 208).

Portanto, a questão posta em discussão trata de analisar criticamente o avanço das tecnologias genéticas e seus impactos políticos/sociais, para além dos de saúde, como o fato de que esse tema com frequência levanta debates acerca de temores da eugenia.

Tal ligação representa uma grande questão ética acerca do melhoramento genético, uma vez que, no passado, nas sociedades cuja eugenia foi institucionalizada, houve grandes violações aos direitos humanos, como nas políticas higienistas do governo brasileiro no início do século XX com o intuito de embranquecer a população, ou ainda, no clássico e extremo exemplo da Alemanha nazista (BROKOWSKI; POLLACK; POLLACK, 2015, p. 269).

Por outro lado, Laymert Garcia dos Santos, compartilhando dos pensamentos de Hermínio Martins, também analisava os riscos eugênicos oriundos da tecnologia genética, possuindo pontos de intersecção e outros de divergência com Habermas.

Em um entendimento diverso ao de Habermas, seguido também por Paula Sibilía, esses autores permitem questionar a utilização da ideia de “natureza humana” como algo fixo, imutável e comum ao longo dos tempos e civilizações.

Ao contrário da perspectiva essencialista da natureza humana de Habermas, não se trata enxergar na tecnologia genética uma ameaça à natureza humana. Sobre a questão, ainda:

Assim, o “nós humanos” se revela uma condição instável e sempre negociada. A condição de humanidade é apenas um ponto de vista, uma perspectiva privilegiada que se pode ocupar e também abandonar. [...] a condição de humanidade não é um dado universal e biológico/natural, mas sim um campo histórico e contingente de disputas e relações de poder. Disso decorre que o que entendemos por natureza humana não é uma essência imutável e universal, mas sim uma tendência, uma virtualidade sempre em vias de atualizar-se aqui ou ali (FERREIRA, 2004, p. 04).

Ora, como podemos tratar a alteração da natureza humana como problema por si só se, assim como diversos conceitos socialmente construídos, ela não é uma definição imutável e depende do contexto histórico e cultural em que nos inserimos? E mais, como podemos afirmar que a tecnologia irá mudar a natureza humana se nem ao menos sabemos o que ela é?

Por outro lado, se de um lado temos a terapia genética sob uma perspectiva da saúde pública com a finalidade de beneficiar a coletividade de modo instrumental, do outro, o melhoramento genético é tido como um mecanismo de eleição privada, nos quais as intervenções no material genético são oferecidas como serviços de caráter consumerista.

A discussão sobre a relação entre tecnologia e mercado não é recente, datando, principalmente, da Revolução Industrial. Desde então, a complexidade das problemáticas em debate avançam paralelamente à própria tecnologia, que vai adquirindo capacidades e poderes mais radicais.

Num primeiro momento, a relação entre a tecnologia e o capital se basearia na substituição dos operários pela máquina nas atividades mecânicas, exigindo, assim, uma adaptação “forçada” pelos primeiros – adaptação esta que não se resumiria em questões físicas, mas sim nos costumes e em todo modo de funcionamento da sociedade (SANTOS; SILVA; FERREIRA, 2011, p. 555). Assim, o impulso produtivo da sociedade capitalista teria a capacidade de modelar todo o modo de viver, eliminando do mercado aqueles que não se adaptarem.

Esse processo se difere daquele observado nas últimas décadas. Não mais se observa uma substituição do homem pela tecnologia, mas, sim, o acoplamento da tecnologia pelo homem, que assume caráter cada vez mais íntimo e completo (*ibid*, 2011). Laymert Garcia dos Santos exemplifica tal mudança com o consumo de drogas que visam o aumento da produtividade do trabalhador que já ocorre há alguns anos.

Tal fenômeno encontra correspondência na classificação de Paula Sibilia (2015, p. 164), que aponta que o caráter cada vez mais fáustico da tecnociência contemporânea não mais consiste na melhoria da condição de vida dos seres humanos, mas, sim, em “modelar os próprios corpos e subjetividades de acordo com as preferências de cada um dos sujeitos, agora definidos quase exclusivamente como consumidores”.

Retomando as reflexões de Laymert Garcia dos Santos (2018, p. 20), podemos compreender que a

redução da vida ao cálculo econômico adquire aqui a sua máxima expressão, ao mesmo tempo em que se torna inteligível a matriz de uma forma inédita de eugenia, que já não passa por mais políticas de Estado, mas que se formula ‘democraticamente’ na incorporação das leis de mercado pelos indivíduos, incorporação que, acima de tudo, passa a reger o próprio processo de individuação.

O autor também utiliza das reflexões de Michel Foucault para apontar como será conferido ao mercado um novo modo de investir sobre a vida e definir como ela será gerida, de forma a atender as demandas do capital e da tecnociência. Assim, numa perspectiva neoliberal, não haveria solução a não ser deixar que o mercado decida pela manipulação da linha germinativa humana (que consistiria na transmissão das modificações entre as gerações), apesar de todas as resistências que os conservadores, humanistas e especialistas em ética poderiam opor.

O que ocorreria, justamente, seria a combinação entre o pensamento social que legitima e estimula o aperfeiçoamento de capacidades que serão aproveitadas pelo mercado, com um patamar tecnológico que irá permitir aperfeiçoamentos “nunca vistos, a não ser na ficção científica” (SANTOS; SILVA; FERREIRA, 2011, p. 559).

Nesta espécie de eugenia, haveria a possibilidade de se melhorar o patrimônio genético através da ação nas linhas germinativas humanas, permitindo a transmissão das mudanças pelas gerações e, ao longo do tempo, criando uma segunda linha de evolução do humano (SANTOS, 2005, p. 164).

Hermínio Martins já alertava que a ausência de limites pode levar ao extremismo do “casamento” entre tecnociência e mercado, de forma a impor a universalização do melhoramento genético, o que o sociólogo chama de Jacobinismo Genético:

Jacobinismo envolveu a fusão dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: recusava quaisquer limitações de poder advinda de uma Constituição, de fato, recusou quaisquer limites em nome do povo, assim, nesse caso, o Jacobinismo Genético recusa quaisquer limites, quaisquer restrições, em nome da ciência ou do progresso, que substituem o povo e a vontade geral (MARTINS, 2002, p. 108).

Portanto, com a análise crítica do capital envolvido nas modificações proporcionadas pelas tecnologias genéticas humanas, surge a necessidade de debater estratégias de regulação ou contenção de seus efeitos, uma vez que podemos nos ver num cenário onde o Capitalismo Genético pode avançar sem limites, impulsionado apenas pela demanda econômica e de consumo.

2 ESTRATÉGIAS ÉTICO-JURÍDICAS FRENTE À TECNOLOGIA GENÉTICA

Os Estados, portanto, adotam estratégias jurídicas de regulações internas em relação às modificações genéticas humanas, sendo majoritariamente proibitivas (LAUXEN; GOLDIM, 2015, p. 217).

Como destaque dessas regulações, cumpre reproduzir a Diretiva 2001/20/CE, do Parlamento Europeu, sobre boas práticas clínicas, a qual define que “não podem ser realizados quaisquer ensaios de terapêutica génica que deem origem a modificações na identidade genética germinal do sujeito” (PARLAMENTO EUROPEU, 2001, Artigo 9º, 6.).

Importante também demonstrar a intenção em renovação da legislação por parte da União Europeia, uma vez que, na Diretiva 2009/120/CE, que dispõe acerca de medicamentos de terapia avançada, considera que:

As definições e os requisitos científicos e técnicos pormenorizados aplicáveis aos medicamentos de terapia genética e de terapia com células somáticas devem ser atualizados. Convém ainda estabelecer requisitos científicos e técnicos pormenorizados para produtos de engenharia de tecidos, bem como para medicamentos de terapia avançada que contenham dispositivos e medicamentos combinados de terapia avançada (PARLAMENTO EUROPEU, 2009).

Tal Diretiva também destaca a importância de estudos relacionados abordarem o risco de transmissão por linha germinal.

Na China, país em que fora feito o polêmico anúncio dos “bebês CRISPR” (LIY, 2018, s.p.), apesar de haver um “Guia de Princípios Éticos” para pesquisa em células somáticas humanas que proíbe a manipulação de embriões humanos para o propósito de reprodução, não há estrutura para denúncia de pesquisadores que cometam violações éticas (KLEIDERMAN; OGBOGU, 2019, p. 258).

A título exemplificativo dos poucos ordenamentos jurídicos que são exceção da onda proibitiva, citam-se as legislações belga, italiana e mexicana, que permitem as aplicações clínicas que possam ter efeitos terapêuticos positivos para o embrião, e o Código Civil Francês, que inclui uma exceção à proibição do estudo clínico para

atividades que visem prevenir doenças genéticas, sem alterar demais características de uma pessoa (BOGGIO; KNOPPERS, *et al.*, 2019, p. 14).

Por outro lado, em âmbito nacional, apesar de modificações genéticas aleatórias e a utilização de embriões não viáveis poderem ser objetos de pesquisa básica, a manipulação do conteúdo genético humano permanece proibido pela Lei de Biossegurança (Lei n 11.105/2005), sem espaço para exceções:

Art. 6º Fica proibido:

I – engenharia genética em organismo vivo ou o manejo in vitro de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas previstas nesta Lei;

[...]

III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano;

IV – clonagem humana; (BRASIL, 2005).

Temos então, como regulação menos genérica e mais profunda, normas regulamentadoras como as resoluções emitidas por órgãos como o Conselho Nacional de Saúde (CNS) e o Conselho Federal de Medicina (CFM). Dessas normativas, não há a definição de um protocolo específico para a pesquisa genética, sendo a única diretriz a “necessidade de que sejam avaliados pelo Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) e pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP)” (LAUXEN; GOLDIM, 2015, p. 219).

Podemos destacar, dessas resoluções, a Resolução CFM nº 2121/2015, que permite, na reprodução assistida, a doação de “embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças” (item VI), ou seja, embriões não viáveis, para a pesquisa.

Ainda, o Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217/2018) dispõe que é vedado ao médico realizar procriação medicamente assistida com seres humanos geneticamente modificados, embriões para investigação e embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos. Ademais, não é permitido “intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação, exceto na terapia gênica, excluindo-se qualquer ação em células germinativas que resulte na modificação genética da descendência” (CFM, 2018, art. 16).

Cumpre também citar a Resolução nº 340/2004, do Conselho Nacional de Saúde (CNS), a qual prevê que “as pesquisas com intervenção para modificação do genoma humano só poderão ser realizadas em células somáticas” (CNS, 2004, item III.16), ou seja, aquelas que são destinadas ao cultivo de tecidos.

Como apontado por Lauxen e Goldim (2015), a legislação brasileira possui uma deficiência a esse respeito. Há somente um artigo sobre o tema na Lei de Biossegurança,

que trata da proibição de clonagens e modificações genéticas em gametas, zigotos ou embriões humanos. Para os autores, tal fato evidencia um déficit legislativo, considerando que o desenvolvimento científico da área tem crescido exponencialmente nas últimas décadas e que a referida Lei data de doze anos atrás, falhando em normatizar tema tão complexo.

Em comparação com a legislação europeia, apesar desta prever a proibição em modificações que alterem a linha germinal, a Lei brasileira se mostra mais deficiente, uma vez que a proibição na Lei de Biossegurança se dá de forma genérica e mais abrangente, sem diferenciação dos diferentes estágios da engenharia genética. Além disso, outros procedimentos de pesquisa que são previstos em normativas do Conselho Federal de Medicina (CFM) e do Conselho Nacional de Saúde (CNS) não passaram pela discussão e legitimação democrática no Congresso Nacional, e também não esgotam o assunto.

Frequentemente, essa proibição legislativa das técnicas de engenharia genética, como o CRISPR-Cas9, é criticada sob o fundamento de ofensa ao direito humano à ciência e ao direito à saúde da criança. O primeiro é previsto no artigo 27 da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) e no artigo 15 Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos ratificados pelo Brasil:

Artigo 27

1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.
2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948).

ARTIGO 15

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:
 - a) Participar da vida cultural;
 - b) Desfrutar o processo científico e suas aplicações;
 - c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.
2. As Medidas que os Estados Partes do Presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à convenção, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.
3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora.
4. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura (BRASIL, 1992, Art. 15).

No entanto, cabe apontar que o referido direito não é absoluto. O artigo 4º do PIDESC prevê que os Estados signatários podem submeter os direitos previstos no Pacto à limitação legislativa, “com o objetivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática” (BRASIL, 1992, Art. 4º).

Boggio et al., bem como Knoppers et al. (2019) sustentam o perigo de ofensa ao direito à saúde da criança, garantido no art. 24 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança³, uma vez que o CRISPR-Cas9, assim que dominado, pode oferecer correções genéticas que seriam de “melhor interesse” à futura criança (KNOPPERS; KLEIDERMAN, 2019, p. 287).

Portanto, tais direitos estariam sendo violados pela total proibição da pesquisa básica e dos estudos clínicos relacionados à engenharia genética, uma vez que estaria limitando tanto a liberdade científica do cientista quanto o direito da população, no geral, de se beneficiar das promessas (algumas delas mais concretas que outras) do sistema CRISPR-Cas9.

Por outro lado, a proibição pode impedir a obtenção de dados sobre curas de doenças genéticas que seriam de extremo benefício para a humanidade. Assim, alguns autores apostam na efetividade de uma regulação jurídica e numa autorregulação da comunidade científica, ambas direcionadas pela Bioética.

Mesmo admitindo a ineficiência do Direito em prever o progresso das pesquisas e suas consequências, Scholze e Mazzaro (2002) defendem que a jurisprudência, ao lado da bioética, deve ser preferida às leis. Somente assim o direito poderia prover respostas rápidas e evitar a facilidade das leis positivadas em tornar-se obsoletas.

Então, não se nega a dificuldade que tem do Direito em acompanhar o avanço científico e regulá-lo, mas mantém-se a aposta na regulação jurídica, auxiliada pelas reflexões éticas. Para contornar essa dificuldade, se recorreria a mecanismos regulatórios mais dinâmicos, como concentrar sua fonte na jurisprudência ou na *soft law*.

Porém, a regulação direcionada pela Bioética não se mostra como uma única saída suficiente. Laymert Garcia dos Santos compartilha da opinião, de certa forma polêmica, de alguns pensadores, ao afirmar que “do ponto de vista coletivo, sinceramente não acredito que existam, no momento, forças capazes de responder a essa estratégia de aceleração total econômica e tecnocientífica do capital. Pode ser que exista, mas eu ainda não encontrei” (SANTOS, 2005, p. 171).

³ “Artigo 24. 1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados Partes envidarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários. 2. Os Estados Partes garantirão a plena aplicação desse direito e, em especial, adotarão as medidas apropriadas com vistas a [...]”.

Logo, não se trata de depositar toda a confiança para solucionar eventuais problemas que possam ser causados pela engenharia genética na Bioética, e muito menos no Direito – que, conforme observado, permanece muito atrasado em regular as tecnologias genéticas –, mas, sim, propor a necessidade da coletivização e da problematização do discurso dominante no campo da ciência.

Assim, o que é urgente de ser feito na sociedade é a politização das novas tecnologias (SANTOS; SILVA; FERREIRA, 2011):

Devemos, portanto, procurar a razão das novas práticas eugênicas emergentes, e suas condições de possibilidade, na própria lógica do capitalismo contemporâneo, e não nas fraquezas institucionais, na inconsciência ou na inconsequência dos indivíduos, ou na incapacidade da ‘bioética’ de enfrentar os argumentos dos cientistas ou resistir às pressões das corporações da ‘indústria da vida’. (*ibid*, p. 559).

Diante de tais tecnologias que prometem mudar a vida humana em um futuro não distante, parece que as saídas propostas em forma de regulação jurídica e debates éticos não se mostram suficientes. Com a referida politização das novas tecnologias, espera-se que possa ser debatido quais mudanças na vida humana devem ser aceitas ou não, independente da influência mercadológica ou da tecnociência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Levantou-se, diante do advento de novas tecnologias como o sistema CRISPR-Cas9, a questão acerca do futuro do humano e da modificação da evolução da espécie, uma vez que se, por um lado, essa tecnologia representa a promessa de terapias até então consideradas impossíveis, por outro, também irá fornecer ao homem o poder de manipular e decidir o que autores como Habermas chamam de futuro da natureza humana.

No entanto, é de extrema pertinência o questionamento de outros pensadores, como Laymert Garcia dos Santos e Paula Sibilia, sobre tal colocação, uma vez que “natureza humana”, por se tratar de um conceito socialmente construído, inserido em uma realidade cultural e temporal, não é imutável e nem fixo. Portanto, se não é possível afirmar que existe uma natureza humana fixa, não há como apontar como problema sua modificação e, mais além, se não se sabe ao certo o que seria a natureza humana *sui generis*, também não há como afirmar que a tecnologia irá modificá-la.

Nesse cenário, é essencial a análise de como se dá a relação da tecnologia com mercado, uma vez que é essa relação que impulsiona os atuais avanços científicos, inclusive no campo da genética.

Notou-se que o Brasil possui déficit legislativo significativo acerca do tema, em comparação com a legislação europeia, uma vez que a prática é proibida pelo art. 6º da Lei n. 11.105/2005, sem maior aprofundamento, socorrendo-se de normas regulatórias de órgãos como o Conselho Nacional de Saúde e o Conselho Federal de Medicina.

A deficiência em regular a Engenharia Genética evidencia a inaptidão do Direito, que responde na forma de proibição ou não-regulamentação. Ademais, por outro lado, também se problematizou o fato de que a simples proibição não fundamentada, além de ineficaz, pode ser vista como ofensa ao direito humano à ciência e ao direito à saúde da criança, além de impedir a obtenção de dados sobre curas de doenças genéticas que seria de extrema importância numa perspectiva de saúde pública. Outros autores também apontam na bioética o caminho para se limitar os efeitos da pesquisa científica. Porém, para pensadores como Laymert Garcia dos Santos e Hermínio Martins, a Bioética também não se mostra como uma única saída suficiente.

Por fim, o que se observou como necessário e urgente diante da presente problemática é a imediata politização das novas tecnologias, promovendo permanentes debates coletivizados acerca do discurso dominante no campo da ciência, qual seja, do capitalismo contemporâneo. Também, notou-se o esforço em que a comunidade científica tem tido em se autorregular, o que gerou certo efeito, principalmente no início do Século XXI.

Portanto, é necessária a disputa nos espaços científicos, de maneira que a tecnociência não exista e não avance apenas utilizando a lógica cega do capital ou do avanço científico puro como combustível, mas que sigam protocolos que visem reduzir a influência mercadológica nas pesquisas científicas para, ao menos, permitir que seja exaurido o debate ético e político anteriormente à popularização comercial de seus resultados.

REFERÊNCIAS

- ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal de Direitos Humanos (217, [III] A)**. Paris, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2019.
- BOGGIO, Andrea et al. The Human Right to Science and the Regulation of Human Germline Engineering. **The CRISPR Journal**, Carolina do Norte, v. 2, n. 3, p. 134-142, 2019.
- BRASIL. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 jul. 1992, p. 8713. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 16 nov. 2019.
- BRASIL. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados... **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 mar. 2005, p. 3. Disponível em: <<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=11105&ano=2005&ato=3fdUTWE5EMRpWT3a9>>. Acesso em: 16 nov. 2019.
- BROKOWSKI, Carolyn; POLLACK, Marya; POLLACK, Robert. Cutting Eugenics Out of CRISPR-Cas9. **Ethics in Biology, Engineering & Medicine: An International Journal**, New York, v. 6, n. 3-4, p. 263-270, jan. 2015.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). Resolução CFM n. 2121, de 24 de setembro de 2015. Revogada pela Resolução CFM n. 2.168/2017. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 4 set. 2015, Seção I, p. 117. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2017.
- _____. Resolução CFM n. 2.217, de 27 de setembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1 nov. 2018, Seção I, p. 179. Disponível em: <[https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217#search="genoma"](https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217#search=)>. Acesso em 01 nov. 2019.
- CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução n. 340, de 8 de julho de 2004. Diretrizes para Análise Ética e Tramitação dos Projetos da Área Temática Especial de Genética Humana. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 jul. 2004. Disponível em: <https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2004/res0340_08_07_2004.html>. Acesso em: 01 nov. 2019.
- FERREIRA, Pedro Peixoto. Máquinas sociais: o filo máquinico e a sociologia da tecnologia. **Instituto de Filosofia e Ciências Humanas**, Campinas, v. 1, n. 1, p. 1-7, out. 2004.
- KLEIDERMAN, Erika; OGBOGU, Ubaka. Realigning gene editing with clinical research ethics: What the “CRISPR Twins” debacle means for Chinese and international research ethics governance. **Accountability in Research**, Londres, v. 26, n. 4, p. 254-264, May 2019. DOI: <https://doi.org/10.1080/08989621.2019.1617138>

KNOPPERS, Bartha Maria et al. Human gene editing: revisiting Canadian policy. **NPJ Regenerative Medicine**, Londres, v. 2, n. 3, p. 1-2, jan. 2017. DOI: <https://doi.org/10.1038/s41536-017-0007-2>

KNOPPERS, Bartha Maria; KLEIDERMAN, Erika. “CRISPR babies”: What does this mean for science and Canada?. **Canadian Medical Association Journal**, Ottawa, v. 191, n. 4, E91-2, Jan. 2019.

KNOPPERS, Bartha Maria; KLEIDERMAN, Erika. Heritable Genome Editing? **The CRISPR Journal**, Carolina do Norte, v. 2, n. 5, p. 285-292, out. 2019.

LAUXEN, Elis Cristina Uhry; GOLDIM, José Roberto. Intervenções genéticas em seres humanos: aspectos éticos e jurídicos. **Barbarói**, Santa Cruz do Sul, v. 45, n. 2, p. 202-226, fev. 2015.

LIY, Macarena Vidal. Cientistas chineses dizem ter criado os primeiros bebês geneticamente modificados. **El País**, nov. 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/26/ciencia/1543224768_174686.html>. Acesso em: 25 abr. 2019.

MARTINS, Herminio. Genetic Jacobinism in the Republic of Choice. **Metacritica**, Lisboa, v. 1, n. 1, p. 95-96, out. 2002.

PARLAMENTO EUROPEU. Directiva 2001/20/CE e do Conselho, de 4 de abril de 2001, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à aplicação de boas práticas clínicas na condução dos ensaios clínicos de medicamentos para uso humano. **Jornal Oficial da União Europeia**, n. L 121, p. 34-44, 1 maio 2001. Disponível em: <https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/eudralex/vol-1/dir_2001_20/dir_2001_20_pt.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

_____. Directiva 2009/120/CE da Comissão, de 14 de setembro de 2009, que altera a Directiva 2001/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece um código comunitário relativo aos medicamentos para uso humano no que diz respeito aos medicamentos de terapia avançada. **Jornal Oficial da União Europeia**, n. L, p. 242-243, 15 set. 2009. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0120&from=DE>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

SANTOS, Laymert Garcia dos. Demasiadamente pós-humano: entrevista com Laymert Garcia dos Santos. **Novos Estudos**, São Paulo, v. 5, n. 72, p. 161-175, julho 2005.

_____. Experimentum humanum, risco e economia política. **Sociologia, Arte Contemporânea, Tecnologia, Biotecnologia, Política e Brasil**, out. 2015. Disponível em: <<http://www.laymert.com.br/experimentum-humanum-risco-e-economia-politica>>. Acesso em 24 out. 2019.

_____. Humano, pós-humano, transumano: implicações da natureza humana. In: NOVAES, A. (Org.) **Mutações**: ensaios sobre as novas configurações do mundo. Rio de Janeiro: Agir; São Paulo: SESC- SP, 2008. p. 12-34.

SANTOS, Laymert Garcia dos. Tecnologia, perda do humano e crise do sujeito do direito. **Contr'un**, abr. 2008. Disponível em: <<https://contrun.noblogs.org/post/2008/04/16/tecnologia-perda-do-humano-e-crise-do-sujeito-laymert-garcia-dos-santos>>. Acesso em 24 out. 2018.

_____; SILVA, Rafael; FERREIRA, Pedro Peixoto. Do gorila Amestrado de Taylor ao Macaco de Nicolelis. **Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 551-561, nov. 2010.

SCHOLZE, Simone H. C.; MAZZARO, Márcio Antônio T. Bioética e normas regulatórias: reflexões para o código de ética das manipulações genéticas no Brasil. **Parcerias Estratégicas**, v. 7, n. 16, p. 13-41, out. 2002.

SIBILIA, Paula. **O homem pós-orgânico**: a alquimia dos corpos e das almas à luz das tecnologias digitais. Rio de Janeiro: Contraponto 2015.

TECNOLOGIA ASSISTIVA: INSTRUMENTO PARA A ACESSIBILIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA CONSECUÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ASSISTIVE TECHNOLOGY: INSTRUMENT FOR ACCESSIBILITY OF PERSONS WITH DISABILITIES IN THE ACHIEVEMENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Jussara Maria Leal de Meirelles¹

Elizabete Aparecida Pereira²

RESUMO

O presente estudo aborda a tecnologia assistiva como ferramenta indispensável à pessoa com deficiência alçar a acessibilidade para o exercício de seus direitos fundamentais, em igualdade de condições com as demais pessoas. A partir da análise terminológica dos vocábulos *pessoa com deficiência*, *barreiras* e *acessibilidade*, atinge-se a expressão *tecnologia assistiva*. Esta, por sua vez, resgata a própria noção de acessibilidade como direito fundamental, por força da incorporação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de emenda constitucional. Por tal razão, o estudo conflui na verificação da tecnologia assistiva no campo da política pública, concluindo que apesar dos primeiros passos dados, ainda há um longo caminho a ser percorrido nesta nova área de conhecimento, o que demanda considerável investimento em Ciência e Tecnologia.

Palavras-chave: Tecnologia Assistiva; Acessibilidade; Pessoa com Deficiência.

¹ Pós-Doutorado (Centro de Direito Biomédico, Universidade de Coimbra). Doutora, Mestra e Graduada em Direito (UPFR). Professora da PUCPR nos Programas de Pós-Graduação em Direito e Bioética. *E-mail*: jumeirelles29@gmail.com

² Mestra e Graduada em Teologia (PUCPR). Mestranda em Direito (PUCPR). Graduada em Direito (UFPR). Pesquisadora do Grupo Virada de Copérnico, PPGD-UFPR. Assessora Parlamentar. *E-mail*: elizabetepereiraadv@hotmail.com

ABSTRACT

This study approaches assistive technology as an indispensable tool for people with disabilities to increase accessibility for the exercise of their fundamental rights, under equal conditions with other people. From the terminological analysis of the words *person with disabilities*, *barriers* and *accessibility*, the expression *assistive technology* is reached. This, in turn, rescues the very notion of accessibility as a fundamental right, due to the incorporation of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities in the Brazilian legal system with constitutional amendment status. For this reason, the study converges on the verification of assistive technology in the field of public policy, concluding that despite the first steps taken, there is still a long way to go in this new area of knowledge, which requires considerable investment in Science and Technology.

Keywords: Assistive Technology; Accessibility; Disabled Person.

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca demonstrar a significativa importância que a tecnologia possui quando aplicada em prol de um segmento muito especial da sociedade, que é o da pessoa com deficiência.

No Brasil, segundo o último Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), cerca de 23,9% da população declarou ao menos uma das deficiências, neste momento definidas brevemente como de ordem física, sensorial, intelectual ou mental, correspondendo à cifra aproximada de 45,6 milhões de pessoas.

Todo esse contingente possui direitos preconizados no ordenamento jurídico brasileiro, tanto no plano constitucional quanto infraconstitucional. Neste plano normativo inferior, merece destaque a Lei Federal n. 13.146, de 6 de julho de 2015, comumente denominada como Lei Brasileira de Inclusão (LBI) e que, na verdade, decorre da expressão de um comando maior, no caso, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova Iorque, no ano de 2006, e que foi internalizada no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de emenda constitucional.

Assim, a referida Convenção “Emenda à Constituição” consagra em seu bojo uma série de princípios e direitos que, para serem efetivados, demandam o desenvolvimento de tecnologia assistiva como instrumento para que a acessibilidade da pessoa com deficiência, em todos os campos, não se limite a mera teoria, mas configure verdadeira prática inclusiva.

Como contributo ao debate, este artigo adota por metodologia pesquisa de natureza exploratória, focada em revisão de literatura e legislação quanto à tecnologia assistiva e abordagem desta expressão tão cara ao segmento, buscando associá-la à noção de acessibilidade, resultando na constatação desta como direito fundamental, assim relacionado o estudo proposto como capítulo desta obra, que encerra a temática de Direitos Fundamentais e a Era Tecnológica, notadamente sob o eixo daqueles direitos e a tecnologia.

1 INCURSÃO TERMINOLÓGICA NECESSÁRIA

A exata compreensão do propósito do artigo demanda a familiarização com determinados conceitos, como fio condutor do raciocínio pretendido.

Partindo do conceito hodierno de pessoa com deficiência, este é dado pelo art. 1º da Convenção Internacional já mencionada que, por sua vez, foi reproduzido no art. 2º da Lei Brasileira de Inclusão, que as define como sendo “aquelas que têm

impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com uma ou mais barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”³

Tal conceituação sepultou o modelo médico de deficiência, fazendo emergir o modelo social, por meio do qual não é a pessoa que possui a deficiência, mas sim o ambiente quando não propicia a acessibilidade necessária para a remoção das barreiras, o que demanda elucidar o significado desta palavra.

Na Convenção, ela é empregada em cinco ocasiões, mas nunca em perspectiva conceitual, o que apenas é possível extrair do art. 3º, IV, da Lei Brasileira de Inclusão como sendo

qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça 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.

Assim, visando eliminar estas barreiras (urbanísticas, arquitetônicas, nos transportes, nas comunicações e na informação, atitudinais e tecnológicas), sobreleva importância a acessibilidade, outro conceito importante trazido pela Convenção como um princípio (art. 3º, ‘f’), mas apenas definido no art. 3º, III da referida Lei Federal como

a possibilidade e condição de alcance, com autonomia de segurança, de utilização de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural.

A mesma Lei, agora em seu art. 53, novamente faz referência à acessibilidade, agora como direito que garante à pessoa com deficiência viver de modo independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social.

Grosso modo, é possível dizer que a acessibilidade visa à autonomia e independência, vocábulos que caminham juntos no preâmbulo da Convenção (alínea ‘n’) e também como princípio (art. 3º, ‘a’), aqui sobrelevando a importância do primeiro termo que contribuirá para que a pessoa com deficiência exerça, por si, atos relacionados a quaisquer aspectos da vida.

³ Como recurso para ilustrar a definição, sem maiores aprofundamentos, elucidativo são os incisos previstos pelo art. 4º do Decreto Federal n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que considerada como pessoa com deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias: I – deficiência física; II – deficiência auditiva; III - deficiência visual; IV – deficiência mental (atualmente tratada como deficiência intelectual); V – deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

Assim, de uma maneira simplista, mas útil ao entendimento, as barreiras ambientais precisam ser eliminadas para que as pessoas com deficiência tenham acesso, com autonomia e independência, ao exercício das mais variadas tarefas cotidianas e de direitos que lhe são assegurados, em igualdade de condições com as demais pessoas.

2 TECNOLOGIA ASSISTIVA

Visto que o termo acessibilidade guarda íntima relação com o vocábulo autonomia, esta autodeterminação pode ser obtida por meio da tecnologia assistiva, objeto de estudo neste item.

A expressão ainda é recente na doutrina, que a emprega para identificar todo e qualquer arsenal de recursos e serviços que conferem ou ampliam habilidades funcionais de pessoas com deficiência, permitindo-lhe vida independente e inclusão. (BERSCH, TONOLLI, 2006).

Cook e Hussey emprestam o conceito da *American with Disabilities Act (ADA)*, adotando a expressão como “uma ampla gama de equipamentos, serviços, estratégias e práticas concebidas e aplicadas para minorar os problemas funcionais encontrados pelos indivíduos com deficiências” (COOK; HUSSEY, 1995).

No Brasil, o conceito doutrinário posteriormente migrou para a legislação, fruto de um debate iniciado no ano de 2006, por ocasião do surgimento de um grupo de especialistas da área, oriundos da sociedade, em conjunto com representantes designados pelo Poder Público, provenientes de órgãos governamentais.

O referido grupo, então denominado Comitê de Ajudas Técnicas (CAT), foi instituído por meio de Portaria da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH/PR)⁴, sob o intuito principal de propor políticas públicas na área de tecnologia assistiva, daí a necessidade de construir um conceito para a expressão que pudesse subsidiar tais propostas, o que deflagrou uma profunda revisão no referencial teórico internacional.

Como fruto dos trabalhos desenvolvidos, o conceito foi delimitado por meio da Ata VII do grupo, de 14 de dezembro de 2007 como sendo

uma área do conhecimento, de característica interdisciplinar, que engloba produtos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivam promover a funcionalidade, relacionada à atividade e participação, de pessoas com deficiência, incapacidades ou mobilidade reduzida, visando sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social.

⁴ Portaria n. 142, de 16 de novembro de 2006.

O Comitê também propôs que a expressão poderia ser usada como sinônimo de “ajudas técnicas”, terminologia que vinha sendo largamente utilizada, inclusive pela legislação, mas que Tecnologia Assistiva sempre fosse empregada no singular, pelo fato de configurar uma área do conhecimento e não de uma coletânea determinada de produtos, esta qual seria denominada como Recursos da Tecnologia Assistiva, também prevendo a adoção da locução Serviços e Procedimentos de Tecnologia Assistiva para referir tais elementos⁵.

Naquele mesmo ano o Brasil já havia assinado a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, posteriormente ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, e que entrou em vigor no plano jurídico interno por meio do Decreto Executivo n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

No referido Tratado, é possível encontrar a temática da Tecnologia Assistiva em cinco artigos. Como obrigações gerais dos países signatários da Convenção, as alíneas ‘g’ e ‘h’ do item 1 do art. 4º determinam o dever de

- realizar ou promover a pesquisa e o desenvolvimento, bem como a disponibilidade e o emprego de novas tecnologias, inclusive as tecnologias da informação e comunicação, ajudas técnicas para locomoção, dispositivos e tecnologias assistivas, adequados a pessoas com deficiência, dando prioridade a tecnologias de custo acessível;
- propiciar informação acessível para as pessoas com deficiência a respeito de ajudas técnicas para locomoção, dispositivos e tecnologias assistivas, incluindo novas tecnologias bem como outras formas de assistência, serviços de apoio e instalações.

Quanto à mobilidade pessoal, as alíneas ‘b’ e ‘d’ do art. 20 da Convenção proclamaram que os seus signatários adotarão medidas efetivas para assegurar-las às pessoas com deficiência, com a máxima independência possível facilitando-lhes “o acesso a tecnologias assistivas, dispositivos e ajudas técnicas de qualidade, e formas de assistência humana ou animal e de mediadores, inclusive tornando-os disponíveis a custo acessível” e “incentivando entidades que produzem ajudas técnicas de mobilidade, dispositivos e tecnologias assistivas a levarem em conta todos os aspectos relativos à mobilidade de pessoas com deficiência”.

O Tratado ainda dispôs sobre Habilitação e Reabilitação, prevendo no item 3 do art. 26 que “os Estados Partes promoverão a disponibilidade, o conhecimento e o uso de dispositivos e tecnologias assistivas, projetados para pessoas com deficiência e relacionados com a habilitação e a reabilitação”.

⁵ BRASIL – SDHPR – Comitê de Ajudas Técnicas, 2009.

Outro ponto de destaque consiste na participação na vida política e pública, notadamente na segunda parte da alínea 'a' do art. 29, que prevê a

proteção do direito das pessoas com deficiência ao voto secreto em eleições e plebiscitos, sem intimidação, e a candidatar-se nas eleições, efetivamente ocupar cargos eletivos e desempenhar quaisquer funções públicas em todos os níveis de governo, usando novas tecnologias assistivas, quando apropriado.

Em arremate, a Convenção dispôs no art. 32, que trata da Cooperação Internacional entre os países signatários, a adoção, dentre outras medidas, de “propiciar, de maneira apropriada, assistência técnica e financeira, inclusive mediante facilitação do acesso a tecnologias assistivas e acessíveis e seu compartilhamento, bem como por meio de transferência de tecnologias”.

Nenhum dos dispositivos convencionais define a expressão tecnologia assistiva, tanto que se fosse esse o objetivo do Tratado, tal constaria do art. 2º, que trata das definições.

A elucidação da expressão, no campo normativo, somente adveio por meio do art. 3º, III da Lei Brasileira de Inclusão, que a definiu como

produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social.

Todavia, como o dispositivo valeu-se da autorização de empregar a expressão como sinônima de ‘ajudas técnicas’, ainda é possível utilizar a definição trazida pelo art. 19 do Decreto Federal n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, como “os elementos que permitem compensar uma ou mais limitações funcionais motoras, sensoriais ou mentais da pessoa portadora de deficiência, com o objetivo de permitir-lhe superar as barreiras da comunicação e da mobilidade e de possibilitar sua plena inclusão social”.

Entretanto, este artigo tem o mérito de ter converter a abstração para o caso concreto, ao elencar um rol desses elementos em seu parágrafo único, *verbis*:

Art. 19....

Parágrafo único. São ajudas técnicas:

I - próteses auditivas, visuais e físicas;

II - órteses que favoreçam a adequação funcional;

III - equipamentos e elementos necessários à terapia e reabilitação da pessoa portadora de deficiência;

IV - equipamentos, maquinarias e utensílios de trabalho especialmente desenhados ou adaptados para uso por pessoa portadora de deficiência;

- V - elementos de mobilidade, cuidado e higiene pessoal necessários para facilitar a autonomia e a segurança da pessoa portadora de deficiência;
- VI - elementos especiais para facilitar a comunicação, a informação e a sinalização para pessoa portadora de deficiência;
- VII - equipamentos e material pedagógico especial para educação, capacitação e recreação da pessoa [portadora de] [com] deficiência;
- VIII - adaptações ambientais e outras que garantam o acesso, a melhoria funcional e a autonomia pessoal; e
- IX - bolsas coletoras para os portadores de ostomia.

Assim, uma maior compreensão do conceito decorre da sua exemplificação e, para tanto, a tecnologia assistiva pode ser sistematizada em categorias, segundo a função que desempenha, aqui ilustrado sob a forma de um quadro demonstrativo a partir do que proposto por Tonolli e Bersh (2006 apud NAZARI; NAZARI; GOMES, 2019, p. 6-8).

QUADRO 1 – Classificação da tecnologia assistiva em categorias continua

CLASSIFICAÇÃO DA TECNOLOGIA ASSISTIVA EM CATEGORIAS		
Classificação	Conceito	Exemplos
Auxílios para a vida diária e vida prática	Materiais e produtos que favorecem desempenho autônomo e independente em tarefas rotineiras ou facilitam o cuidado de pessoas em situação de dependência de auxílio, nas atividades como se alimentar, cozinhar, vestir-se, tomar banho e executar necessidades pessoais.	Talheres modificados, suportes para utensílios domésticos, roupas desenhadas para facilitar o vestir e despir, abotoadores, velcro, recursos para transferência, barras de apoio, equipamentos para facilitar o uso do relógio, da calculadora, verificar a temperatura do corpo, identificar se as luzes estão acesas ou apagadas, cozinhar, identificar cores e peças do vestuário, verificar pressão arterial, identificar chamadas telefônicas, escrever etc.
Comunicação Aumentativa e Alternativa (CAA)	Destinada a atender pessoas sem fala ou escrita funcional ou em defasagem entre sua necessidade comunicativa e sua habilidade em falar e/ou escrever.	Recursos como as pranchas de comunicação, construídas com simbologia gráfica (BLISS, PCS e outros), letras ou palavras escritas (para expressar desejos, sentimentos, entendimentos), vocalizadores (pranchas com produção de voz) ou o computador com softwares específicos e pranchas dinâmicas em computadores tipo tablets.

CLASSIFICAÇÃO DA TECNOLOGIA ASSISTIVA EM CATEGORIAS		
Classificação	Conceito	Exemplos
Recursos de acessibilidade ao computador	Conjunto de hardware e software especialmente idealizado para tornar o computador acessível a pessoas com privações sensoriais (visuais e auditivas), intelectuais e motoras. Inclui dispositivos de entrada (mouses, teclados e acionadores diferenciados) dispositivos de saída (sons, imagens, informações táteis).	Recursos de dispositivo de entrada como teclados modificados, os teclados virtuais com varredura, mouses especiais e acionadores diversos, software de reconhecimento de voz, dispositivos apontadores que valorizam movimento de cabeça, movimento de olhos, ondas cerebrais (pensamento), órteses e ponteiras para digitação, entre outros. Como dispositivos de saída podemos citar softwares leitores de tela, software para ajustes de cores e tamanhos das informações (efeito lupa), os softwares leitores de texto impresso (OCR), impressoras braille e linha braille, impressão em relevo, entre outros.
Sistemas de controle de ambiente	Controles que são programados para realizar funções (apagar ou acender luzes, desligar fogo ou torneira, trancar ou abrir portas, etc.) e promover maior independência.	Através de um controle remoto as pessoas com limitações motoras, podem ligar, desligar e ajustar aparelhos eletroeletrônicos como a luz, o som, televisores, ventiladores, executar a abertura e fechamento de portas e janelas, receber e fazer chamadas telefônicas, acionar sistemas de segurança, entre outros, localizados em seu quarto, sala, escritório, casa e arredores. O controle remoto pode ser acionado de forma direta ou indireta e neste caso, um sistema de varredura é disparado e a seleção do aparelho, bem como a determinação de que seja ativado, se dará por acionadores (localizados em qualquer parte do corpo) que podem ser de pressão, de tração, de sopro, de piscar de olhos, por comando de voz etc.
Projetos arquitetônicos para acessibilidade	Projetos de edificação e urbanismo que garantem acesso, funcionalidade e mobilidade as pessoas, independente de sua condição física e sensorial.	Adaptações estruturais e reformas na casa e/ou ambiente de trabalho, através de rampas, elevadores, adaptações em banheiros, mobiliário entre outras, que retiram ou reduzem as barreiras físicas.

CLASSIFICAÇÃO DA TECNOLOGIA ASSISTIVA EM CATEGORIAS		
Classificação	Conceito	Exemplos
Órteses e próteses	Próteses são peças artificiais que substituem partes ausentes do corpo. Órteses são colocadas junto a um segmento corpo, garantindo-lhe um melhor posicionamento, estabilização e/ou função.	São normalmente confeccionadas sob medida e servem no auxílio de mobilidade, de funções manuais (escrita, digitação, utilização de talheres, manejo de objetos para higiene pessoal), correção postural, entre outros.
Adequação Postural	Recursos que ajudem os sujeitos a ter uma postura estável e confortável, favorecendo um bom desempenho funcional.	Cadeira de rodas, poltrona postural, recursos que auxiliam e estabilizam a postura deitada e de pé, almofadas no leito, os estabilizadores ortostáticos, etc.
Auxílios de mobilidade	Recursos utilizados para auxiliar na mobilidade dos sujeitos.	Bengalas, muletas, andadores, carrinhos, cadeiras de rodas manuais ou elétricas, scooters e qualquer outro veículo, equipamento ou estratégia utilizada na melhoria da mobilidade pessoal.
Auxílios para qualificação da habilidade visual e recursos que ampliam a informação às pessoas com deficiência visual	Equipamentos que visam à independência das pessoas com deficiência visual na realização de tarefas diárias.	Auxílios ópticos, lentes, lupas manuais e lupas eletrônicas; os softwares ampliadores de tela. Material gráfico com texturas e relevos, mapas e gráficos táteis, software OCR em celulares para identificação de texto informativo, etc.
Auxílios para pessoas com deficiência auditiva	Equipamentos que visam à independência das pessoas com deficiência auditiva na realização das tarefas diárias.	Equipamentos como infravermelho, FM, aparelhos para surdez, telefones com teclado-teletipo (TTY), sistemas com alerta tátil-visual, celular com mensagens escritas e chamadas por vibração, software que favorece a comunicação ao telefone celular transformando em voz o texto digitado no celular e em texto a mensagem falada. Livros, textos e dicionários digitais em língua de sinais. Sistema de legendas (<i>close-caption/subtitles</i>).

CLASSIFICAÇÃO DA TECNOLOGIA ASSISTIVA EM CATEGORIAS		
Classificação	Conceito	Exemplos
Mobilidade em veículos	São adaptações realizadas em veículos automotores para auxiliar no deslocamento da pessoa com deficiência.	Acessórios que possibilitam uma pessoa com deficiência física dirigir um automóvel, facilitadores de embarque e desembarque como elevadores para cadeiras de rodas (utilizados nos carros particulares ou de transporte coletivo), rampas para cadeiras de rodas, serviços de autoescola para pessoas com deficiência.
Esporte e Lazer	Recursos que favorecem a prática de esporte e participação em atividades de lazer.	Cadeira de rodas/basquete, bola sonora, auxílio para segurar cartas e prótese para escalada no gelo, etc.

FONTE: Tonolli e Bersh (2006 apud NAZARI; NAZARI; GOMES, 2019, p. 6-8)

De qualquer modo, sob um enfoque bem objetivo, a tecnologia assistiva seria um instrumental para que a pessoa com deficiência converta em prática um discurso sobre a acessibilidade, sem a qual seria mera teoria, apenas idealizando à pessoa com deficiência o desempenho, com autonomia e segurança, de todo e qualquer ato da vida.

3 A ACESSIBILIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Estabelecida a relação entre tecnologia e acessibilidade, insta evidenciar esta como direito fundamental assegurado constitucionalmente, ainda que muito superficialmente.

Observou-se na introdução deste estudo que a Lei Brasileira de Inclusão é expressão de um comando maior, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Essa afirmação decorre do parágrafo único do art. 1º do referido diploma legal:

Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008 , em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil , em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 , data de início de sua vigência no plano interno.

Observa-se que a ratificação do Tratado junto ao Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo ocorreu em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Tal dispositivo é o que confere ao Tratado ratificado a equivalência de emenda constitucional, já que expressamente prevê que

os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Ora, o referido parágrafo pertence ao art. 5º da Constituição Federal, constante do Título II, que trata **DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS** e, por essa razão, tramita no Senado Federal a Proposta de Emenda à Constituição n. 19/2014, para incluir a acessibilidade entre os direitos e garantias fundamentais previstos no *caput* do art. 5º⁶.

O autor da proposta justifica que não há no texto constitucional uma menção explícita ao direito de acessibilidade para a realização “de atividades corriqueiras como ir de casa ao trabalho, do trabalho para a faculdade, de lá para hospitais e centros de lazer com agilidade e usando a devida infraestrutura”.

Na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) a proposta obteve relatório favorável, que passou a constituir o seu Parecer, todavia favorável à Proposta com a Emenda nº 1-CCJ (de redação) que ao invés de prever a inclusão do termo no *caput* do art. 5º, insere-lhe o inciso LXXIX⁷.

A PEC está pronta para deliberação pelo Plenário do Senado desde o dia 3 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020), aguardando inclusão na ordem do dia, o que provavelmente ainda demandará muito tempo, tendo em vista que todo o empenho legislativo vem sendo empregado em deliberações e votações de propostas voltadas ao enfrentamento dos efeitos sociais e econômicos da pandemia decorrente do Covid-19.

⁶ A PEC dá ao *caput* do artigo 5º a seguinte redação: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à acessibilidade, à mobilidade, à segurança e à propriedade”.

⁷ “Modifique-se a ementa e o art. 5º da Constituição Federal na redação dada pelo art. 1º da PEC nº 19, de 2014: ‘Insere o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal para dispor sobre o direito fundamental à acessibilidade e à mobilidade.’ “Art. 5º [...] LXXIX - é garantido a todos a acessibilidade e a mobilidade. (NR)”.

De qualquer modo, a propositura afigura-se desnecessária pela lente do § 2º do próprio art. 5º da Constituição Federal, uma vez que o dispositivo prevê que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O dispositivo elucida que os direitos fundamentais não são os apenas previstos nos incisos do art. 5º da Constituição, estando dispersos ao longo de toda a Carta Magna e, se inclusive constam em tratados internacionais dos quais o Brasil é parte, quanto mais a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, guindada ao *status* de Constituição em função da aprovação pelo Congresso Nacional segundo o procedimento previsto pelo § 3º do mesmo art. 5º.

4 A TECNOLOGIA ASSISTIVA ENQUANTO AÇÃO GOVERNAMENTAL

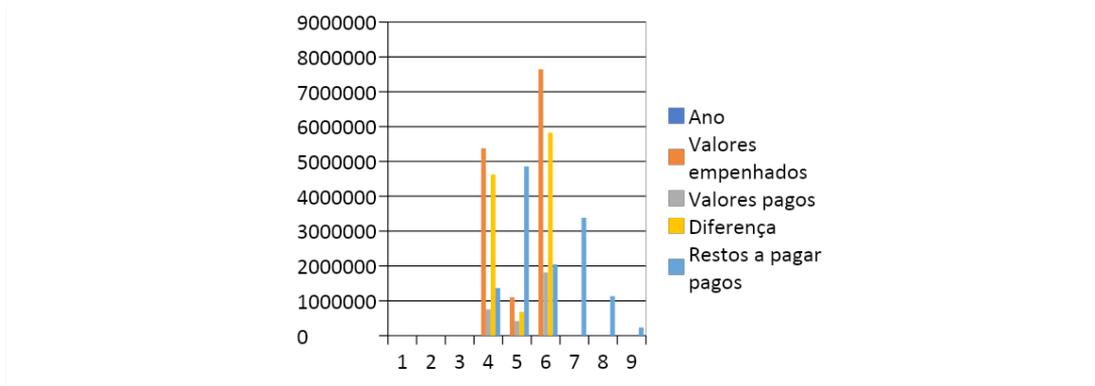
À luz da tecnologia assistiva como ferramenta para alçar o direito fundamental da acessibilidade, o presente estudo conflui na verificação da referida expressão para além do plano normativo, atingindo o campo da política pública, que era a finalidade buscada pelo Comitê de Ajudas Técnicas, quando de sua conceituação.

Seis anos após a constituição do referido Grupo de Trabalho, sobreveio o Plano Nacional Viver Sem Limite, um Programa instituído pelo Governo Federal como política pública de caráter interministerial e intersetorial, destinado à melhoria de qualidade de vida das pessoas com deficiência, idosas e com mobilidade reduzida.

Por meio do Decreto Federal n. 7.612, de 17 de novembro de 2011, que institui o referido Programa, a tecnologia assistiva foi prevista como uma das diretrizes (art. 3º, VIII) o que resultou, nos anos seguintes, a sua inclusão no orçamento da União, conforme consulta realizada junto ao Detalhamento da Despesa Pública no Portal da Transparência, a partir do filtro da Ação Orçamentária “*Apoio a Projetos de Tecnologia Social e Assistiva*”, no âmbito do Programa Orçamentário Ciência Tecnologia e Inovação, do Programa de Governo Viver Sem Limite (BRASIL, s. d. a) .

Uma análise perfunctória permite identificar valores empenhados e efetivamente pagos no interregno de nov./2011 a nov./2019, conforme ilustra o GRAF. 1.

GRÁFICO 1 – Valores empenhados, pagos e restos a pagar pagos, por ano, no período de 2011 a 2019 (1 a 9)



FONTE: Pereira (2019)

Até o presente momento, como resultados inicialmente apurados, foi verificada a ausência de dados para 2011-2013 e início de empenho em 2014, embora constem restos a pagar pagos⁸. O ápice de empenhos e pagamentos ocorreu em 2016, ano de entrada em vigor da Lei Brasileira de Inclusão, sobrevivendo plena redução nos anos seguintes, sem qualquer empenho desde 2017, mas tão somente restos a pagar pagos.

Em outras palavras, desde 2007 não se verifica a destinação de quantia de orçamento para a Ação Orçamentária ‘Apoio a Projetos de Tecnologia Social e Assistiva’, no âmbito do Programa Orçamentário Ciência Tecnologia e Inovação, do Programa de Governo Viver Sem Limite.

CONCLUSÃO

A Tecnologia Assistiva e sua relação com a Acessibilidade demanda um amplo estudo que não pode ser esgotado nos estritos limites previstos para a submissão

8 O conceito de Restos a Pagar está associado às etapas da Despesa Pública, representadas pelo Empenho, Liquidação e Pagamento. A primeira etapa é o Empenho, que uma vez emitido, obriga o Estado ao desembolso financeiro, desde que o fornecedor do material ou prestador dos serviços atenda a todas as exigências legais de autorização ou habilitação de pagamento. A segunda etapa é denominada Liquidação, que consiste na verificação do direito adquirido pelo credor, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito, após a entrega do bem e ou serviço objeto do gasto. A terceira etapa é o Pagamento, resultando na extinção da obrigação, após o respectivo ateste. Entretanto, quando o pagamento não é realizado no próprio exercício, ocorre a inscrição da despesa pública em Restos a Pagar. Assim, os Restos a Pagar nada mais são do que despesas empenhadas, mas não pagas até 31 de dezembro, estando a sua execução condicionada aos limites fixados à conta das fontes de recursos correspondentes, com base na legislação vigente. (BRASIL, s. d. b). Por sua vez, Restos a Pagar Pagos são aqueles inscritos no ano anterior para o ano corrente e que foram pagos durante o ano corrente (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2015, p. 13).

do presente estudo, seja pela variedade de categorizações das deficiências, seja pela quantidade de recursos, serviços e procedimentos que compõem aquela expressão, seja pela quantidade de vezes em que é referenciada na legislação infraconstitucional mais recente.

Com efeito, a simples menção de alguns dispositivos do Tratado e infraconstitucionais já ocupou expressiva parcela deste ensaio. Também é preciso registrar que tanto o termo acessibilidade quanto a expressão tecnologia assistiva estão presentes em um número considerável de dispositivos da Lei Brasileira de Inclusão. Além disso, em cada um deles poderiam ser desdobrados vários aspectos que destacariam a importância do emprego das tecnologias em prol da pessoa com deficiência.

Entretanto, o objetivo do presente estudo é alcançado, sob a perspectiva de introduzir o leitor num universo pouco conhecido pela maioria das pessoas, desmistificando a ideia de que as tecnologias passíveis de análise dizem respeito apenas à informação e comunicação. Para além dessas perspectivas de análise, identifica-se que uma órtese, um *software*, ou mesmo uma colher, desenvolvidas a partir da Ciência e Tecnologia, podem impactar positivamente na vida de pessoas que, do contrário, sofreriam limitações e impedimentos para o exercício de vários atos da vida, de modo autônomo e independente.

De qualquer modo, tendo em vista os dados apurados na seção anterior, é necessário mencionar que o art. 75, III, da Lei Federal n. 13.146/2015 obriga ao Poder Público elaborar, a cada 4 (quatro) anos, plano específico criando mecanismos de fomento à pesquisa e produção nacional de tecnologia assistiva, inclusive em parceria com institutos de pesquisa oficiais.

O que se verifica é a ausência da avaliação bienal prevista no parágrafo único do mencionado artigo, quiçá por conta da desativação do Comitê Interministerial previsto art. 12 do Decreto Federal que instituiu o Plano Viver sem Limite, recentemente revogado pelo Decreto Federal n. 10.094, de 6 de novembro de 2019.

Sem deslusto de todo o arcabouço jurídico em torno da tecnologia assistiva e de sua estruturação como ação governamental, esses passos dados, conquanto importantes, pouco avançaram da linha de partida. Ainda há um longo caminho a ser percorrido no campo nesta nova área de conhecimento que demanda considerável investimento em Ciência e Tecnologia.

Não obstante, a ausência destes recursos no orçamento público nos últimos anos, muito embora o Decreto que instituiu o Plano Viver sem Limite ainda esteja em

vigor, evidenciam uma estagnação da tecnologia assistiva como diretriz do Programa, acarretando à pessoa com deficiência a negativa do direito fundamental à acessibilidade, que maximize sua autonomia e independências, previstas pelos art. 3º, III e 74 da Lei Brasileira de Inclusão, bem como enquanto princípio norteador da Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em seu art. 3º, alínea 'a'.

REFERÊNCIAS

BERSCH, Rita. **Introdução à Tecnologia Assistiva**. Porto Alegre: Assistiva, 2017.

BRASIL. Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 08 maio 2020.

_____. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 08 maio 2020.

_____. Decreto n. 7.612, de 17 de novembro de 2011. Institui o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Plano Viver sem Limite. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7612.htm>. Acesso em: 08 maio 2020.

_____. Decreto n. 10.094, de 6 de novembro de 2019. Dispõe sobre o Comitê Interministerial de Tecnologia Assistiva. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 nov. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10094.htm>. Acesso em 08 maio 2020.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jul. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONGRESSO/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 08 maio 2020.

BRASIL. Lei n. 13.1465, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 08 maio 2020.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição n. 19, de 2014. Altera o caput do art. 5º da Constituição Federal para incluir o direito à acessibilidade e à mobilidade entre os direitos individuais e coletivos. **Diário do Senado Federal**, Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/118042>>. Acesso em: 08 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria do Tesouro Nacional. **Manual SADIPEM: Sistema de Análise da Dívida Pública, Operações de Crédito e Garantias da União, Estados e Municípios**. Set., 2008. Disponível em <https://conteudo.tesouro.gov.br/manuais/index.php?option=com_content&view=article&id=1553:020317-restos-a-pagar&catid=749&Itemid=376>. Acesso em: 08 maio 2020a.

BRASIL. Portal da Transparência. Controladoria-Geral da União. **Detalhamento de despesa pública**. Disponível em <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/despesas/consulta>>. Acesso em: 08 maio 2020b.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Portaria n. 142, de 16 de novembro de 2006. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 nov. 2006. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-142-de-16-de-novembro-de-2006-186718611>>. Acesso em: 08 maio 2020.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. **APP**. 2012. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app>>. Acesso em: 08 maio 2020.

_____. **Tecnologia Assistida**. 2009. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/publicacoes/tecnologia-assistida>>. Acesso em: 08 maio 2020.

COOK, Albert M.; HUSSEY, Sue M. **Assistive Technologies: Principles and Practices**. Saint Louis: Mosby, 1995.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV). Diretoria de Análises de Políticas Públicas: a evolução dos restos a pagar nas leis orçamentárias de 2011 a 2014. **Estudos Estratégicos**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 1-44, jan. 2016. Disponível em: <http://dapp.fgv.br/wp-content/uploads/2016/02/DAPPestudos_vol4_final_com_capa.pdf>. Acesso em: 08 maio 2020.

NAZARI, Ana Clara Gomes; NAZARI, Juliano; GOMES, Maria Aldair. Tecnologia Assistiva (TA): do conceito à legislação: discutindo a TA enquanto Política de Educação Inclusiva que contribui na formação e inclusão de pessoas com deficiência. In: SEMINÁRIO NACIONAL DE EDUCAÇÃO ESPECIAL, 8.; ENCONTRO NACIONAL DE PESQUISADORES EM EDUCAÇÃO ESPECIAL E INCLUSÃO ESCOLAR, 7., 2019, Uberlândia. **Anais...** Uberlândia, 2019. Disponível em: <http://www.eventos.ufu.br/sites/eventos.ufu.br/files/documentos/tecnologia_assistiva_ta_-_do_conceito_a_legislacao.pdf>. Acesso em: 08 maio 2020.

RESNA. American With Disabilities Act. 1994. **Library RESNA 2020**. Disponível em: <<http://www.resna.org/taproject/library/laws/techact94.htm>>. Acesso em: 08 maio 2020.

SAÚDE MENTAL: IMPACTO DOS TRATAMENTOS APRESENTADOS POR NISE DA SILVEIRA NA FORMULAÇÃO DA LEI ANTIMANICOMIAL BRASILEIRA

MENTAL HEALTH: IMPACT OF THE TREATMENTS PRESENTED BY NISE DA SILVEIRA ON THE FORMULATION OF THE BRAZILIAN ANTIMANICOMIAL LAW

Leticia Pastre¹

RESUMO

Considerando o histórico de evolução dos tratamentos médico psiquiátricos no Brasil - que antigamente admitiam procedimentos invasivos como a lobotomia (procedimento em que era introduzido um instrumento a partir do olho do paciente, causando ruptura das conexões entre os lobos frontais e as demais regiões do cérebro) - o presente trabalho tem como objetivo dissertar sobre o impacto das tecnologias utilizadas pela médica psiquiatra Nise da Silveira (1905-1999, única mulher formada na Faculdade de Medicina da Bahia no ano de 1931) - que se valem de métodos alternativos de tratamento, inspirados nos estudos do pesquisador Carl Gustav Jung (1875-1961), como a introdução da arte nas sessões de terapia ocupacional de seus *clientes* - dentro formulação da lei antimanicomial brasileira (Lei 10.216 de 2001). O presente trabalho será dividido em: i) a jornada profissional de Nise da Silveira; ii) Direitos Fundamentais em discussão na lei 10.216/01; iii) influência de Nise na criação da lei 10.216/01. Para tanto, procede-se à metodologia hipotética dedutiva, partindo-se de uma pesquisa exploratória por meio bibliográfico, bem como a análise dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 que possuem relação com o tema, considerando a Lei 10.216/2001 e a relevância dos passos de Nise da Silveira para a formulação dessa lei. Desse modo, a hipótese é de que o método utilizado pela médica tenha contribuído para a solidificação de Direitos Fundamentais dentro dos tratamentos psiquiátricos de saúde, implicando em atualizações na legislação nacional sobre o tema.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Saúde Mental; Nise da Silveira; Lei 10.216/2001.

¹ Graduanda em Direito pela FAE Centro Universitário. Membro do Observatório dos Direitos de Gênero. *E-mail*: leticia.pastre@mail.fae.edu

ABSTRACT

Regarding the evolution of Brazilian medical treatments in psychiatry- which used to admit invasive procedure such as lobotomy (procedure in which an instrument was introduced in the eye of the patient, causing rupture of the connections between the frontal lobes and the other regions of the brain) - this work aims to discuss the impact of the methods used by the psychiatrist Nise da Silveira (1905-1999, the only woman trained at the Bahia Medical School in 1931) - who used alternative methods of treatment, inspired by studies of the researcher Carl Gustav Jung (1875-1961), such as the introduction of art in occupational therapy sessions with his patients - within the formulation of the Brazilian anti-asylum law (Law 10.216 of 2001). The present work will be divided into two sections: i) summary about the professional journey of Nise da Silveira; ii) Fundamental Rights under discussion in Law 10.216 / 01; iii) The influence of Nise da Silveira in the creation of Law 10.216 / 01. To do so, proceed with the hypothetical deductive methodology, based on an exploratory research through bibliographic means, as well as the analysis of the Fundamental Rights foreseen in the Federal Constitution of 1988, which are related to the theme, considering Law 10.216/2001 and the relevance to the formulation of this law by the influence of Nise da Silveira. Thus, the hypothesis is that the method used by the psychiatrist has contributed to the consolidation of Fundamental Rights in psychiatric health treatments, implying updates in national legislation on the subject.

Keywords: Fundamental Rights; Mental Health; Nise da Silveira; Law 10.216/2001.

INTRODUÇÃO

Tendo em conta o uso das tecnologias utilizadas no âmbito da medicina, mais especificamente na medicina psiquiátrica, o objetivo desse artigo é refletir sobre como a evolução do uso dessas ferramentas acarretaram em alterações na legislação brasileira, que vieram, especialmente, com a Lei 10.216 de 2001 (conhecida como Lei Antimanicomial Brasileira) – dando destaque às influências exercidas pela médica Nise da Silveira nesse processo –, uma vez que os métodos antigamente empregados para o tratamento dos transtornos mentais se mostraram invasivos, e atualmente são proibidos ou tiveram seu âmbito de aplicação reduzido e/ou alterado, com o objetivo de garantir direitos fundamentais às pessoas portadoras de transtornos mentais no que tange ao modelo assistencial de saúde mental do país.

A década de 30 foi palco de um cenário de grandes inovações no que tange à medicina psiquiátrica. Nessa época, métodos como a lobotomia, leucotomia e a eletroconvulsoterapia foram desenvolvidos, com o objetivo principal de tratar pessoas diagnosticadas como doentes mentais.

Posicionando-se abertamente contrária aos procedimentos médicos em alta na psiquiatria da época – baseando-se nos estudos realizados por Carl Gustav Jung (1875-1971) – Nise alegava que os métodos utilizados eram agressivos e ineficazes (MAGALDI, 2018, p.71), e então, introduziu seus estudos e tecnologias alternativas nas instituições de tratamento psiquiátrico em que trabalhava, que consistiam, principalmente, na introdução da arte na Terapia Ocupacional de seus clientes², uma vez que o inconsciente seria manifestado nas expressões artísticas (DIAS, 2003, p.11). É importante ressaltar que por “tecnologia” (do grego τέχνη - «técnica, arte, ofício” e - λογία - «estudo”), considera-se a definição apresentada pelo Prof. Dr. José Carlos Teixeira da Silva, no sentido de que essa significa mais que o processo mecânico, mas também significa uma nova “metodologia ou processo” (2002, p.01).

Em 1952, as expressões de seus clientes deram origem ao Museu de Imagens do Inconsciente (Rio de Janeiro). Até então, a médica acabou por enfrentar diversos obstáculos durante sua trajetória na profissão, uma vez que seus apontamentos eram muitas vezes desconsiderados. Vale-se aqui ressaltar o fato de que a médica, formada em 1931 pela Faculdade de Medicina da Bahia, foi a única mulher de sua turma, composta pelo total de 157 alunos.

² Forma como Nise refere-se aos pacientes, uma vez que afirmou em entrevista que “paciente é uma coisa passiva. Que se trabalha em cima” (declaração oral), e que o termo “clientes” reforça a ideia de “troca”.

Buscando mostrar a relevância da participação da médica Nise da Silveira (1905-1999) na formulação da Lei Antimanicomial Brasileira (Lei 10.216/2001), o trabalho possui foco nos métodos utilizados por ela nas clínicas e hospitais do Rio de Janeiro em seu período de atuação (que teve início na década de 40). As ferramentas utilizadas por Nise apresentaram inovações científicas e tecnológicas e para a sedimentação de uma visão orgânica da doença mental (CASTRO; LIMA, 2007, p.365), o que acarretou em alterações na legislação brasileira, no que dispõe sobre a proteção dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, no que tange ao modelo assistencial de saúde mental no país.

1 A JORNADA PROFISSIONAL DE NISE DA SILVEIRA

Nise da Silveira nasceu em fevereiro de 1905 na cidade de Maceió, Alagoas. Desde criança os livros eram sua paixão: literatura, filosofia e artes, mais tarde (já adulta), a psicologia analítica e a mitologia (FERREIRA, 2008, p.280). Ao concluir seus estudos secundários aos 15 anos (em 1920), Nise, a partir de incentivos por parte de seu pai (Faustino Magalhães Silveira), foi aprovada no vestibular de medicina na Faculdade de Medicina da Bahia, tendo sido a primeira alagoana a se graduar em medicina e a única mulher naquela turma de 157 rapazes (OLIVEIRA, 2012, p.61). Em 1921, mudou-se para Salvador, onde concluiu o curso de medicina em 1926. A trajetória de Nise no estado do Rio de Janeiro se iniciou após a morte de seu pai, em 1927, porém, a médica só iniciaria sua atuação profissional na área em 1932, estagiando na clínica de neurologia do Professor Antônio Austregésilo. Um ano depois, Nise foi aprovada no concurso para médica psiquiatra da antiga Assistência a Psicopatas e Profilaxia, passando, assim, a trabalhar e residir no Hospital Nacional de Alienados (OLIVEIRA, 2012, p.66).

Porém, a médica teve sua trajetória interrompida no ano de 1936, durante a Ditadura Vargas. Nise teria sido denunciada por uma das enfermeiras do hospital por posse de livros comunistas, e assim, foi presa durante o período de um ano e quatro meses.

Após ser libertada, viveu até 1944 clandestinamente no Rio, no Nordeste e em Manaus, correndo o risco de ser novamente presa. Ao ser anistiada, voltou para o serviço público como psiquiatra no Centro Psiquiátrico D. Pedro II, no Rio de Janeiro. Lá, deparou-se com colegas entusiasmados com “novos métodos de tratamento”, tais como choques elétricos e aplicação de insulina. Impressionada com a brutalidade de tais procedimentos, recusou-se a usá-los. Diante disso, não teve outra alternativa senão aceitar ser “rebaixada” para a Seção de Terapia Ocupacional do hospital (OLIVEIRA, 2012, p. 62).

Além de posicionar-se contra a eletroconvulsoterapia, Silveira também discordava de tratamentos como a lobotomia e a leucotomia. Também chamadas de “psicocirurgias”, os métodos tratam de duas técnicas neurocirúrgicas que intentavam eliminar determinadas doenças mentais ou modificar “comportamentos inadequados” (MASIERO, 2003 p.550). Existem diversos estudos para definir como esses procedimentos eram (e em alguns lugares ainda são) realizados, destaca-se aqui a definição apresentada por André Luis Masiero.³

A lobotomia e leucotomia foram utilizadas em pacientes de instituições asilares brasileiras, entre 1936 e 1956. Também chamadas de psicocirurgias, eram intervenções que consistiam em desligar os lobos frontais direito e esquerdo de todo o encéfalo, visando modificar comportamentos ou curar doenças mentais. A técnica [...] chegou ao Brasil por intermédio de Aloysio Mattos Pimenta, neurocirurgião do Hospital Psiquiátrico do Juquery, em São Paulo, logo seguido por outros médicos. Esta medida foi aplicada em mais de mil pacientes internados não só para fins curativos, mas também para aprimorar tecnicamente a cirurgia, uma vez que os experimentos preliminares com animais eram escassos. (2003, p.549).

A médica também não concordava com os métodos aplicados na Terapia Ocupacional do hospital em que trabalhava. Notou que os clientes eram utilizados como funcionários do hospital, sendo obrigados a limpar e arrumar o hospital, em vez de realmente utilizar esse período para a evolução do tratamento, assim, Nise declarou:

Em Terapia Ocupacional exigia-se que os doentes arrumassem, limpassem e varressem o Hospital. Exigia-se muito do doente. Disto eu sempre fui contra isso. Quando assumi a direção da Terapia Ocupacional em 1994, mudei inteiramente essa situação. Criamos oficinas, e nas oficinas os pacientes criavam com toda a liberdade. (SILVEIRA, 1994).⁴

A partir disso, em 1946, Nise passou a praticar no hospital seus estudos sobre os métodos apresentados por Carl Gustav Jung (1875-1961). A primeira oficina introduzida pela médica na seção terapêutica foi a de costura e bordado, mais tarde expandindo-se a área do desenho e da pintura. As atividades realizadas eram divididas em quatro grupos: expressivas (pintura, modelagem, gravura, música, dança, mímica, teatro, etc); trabalho (marcenaria, sapataria, encadernação, cestaria, costura e jardinagem, etc); recreativa (jogos, festas, cinema, rádio, televisão, esportes, passeios, etc); e culturais

³ Doutor em Psicologia pelo Departamento de Psicologia da USP Ribeirão Preto (2004). Tem atuado e lecionado nos temas referentes à saúde mental pública; Psicanálise e saúde pública; Psicanálise e sociedade; História da Psicologia; e Avaliação Psicológica. Informações coletadas do Lattes em 02/02/2020.

⁴ Em entrevista concedida à Luiz Gonzaga Pereira dos Santos.

(escola, biblioteca, etc) (MELLO, 2001 p.71). Além dessas atividades, a terapia com animais (chamados pela médica de co-terapeutas) também foi utilizada com os clientes (FRAYZE-PEREIRA, 2003, p.197), método duramente reprovado pelos outros funcionários do hospital. A primeira mostra de imagens pintadas pelos clientes foi realizada em 1946, sendo essa transferida (em 1947) ao Ministério da Educação (OLIVEIRA, 2012, p.66).

A repercussão dos trabalhos apresentados pelos clientes do hospital foi alta, despertando o interesse de artistas e outros intelectuais não somente no âmbito nacional, mas também internacionalmente. O trabalho de Silveira passa, então, a receber destaque e reconhecimento, porém, é notável que isso não ocorreu por parte de seus colegas médicos, mas sim por parte estudiosos de outras áreas. Entre seus aliados, Nise cita (em entrevista realizada para Luiz Gonzaga Pereira dos Santos) Mário Pedrosa⁵, Carlos Drummond de Andrade ⁶ e Ferreira Gullar ⁷.

[...] os colaboradores na sua maravilhosa obra são incontáveis; artistas de cinema, teatro e TV, músicos, poetas, arquitetos, diplomatas, senhoras donas de casa, empregadas, antropólogos, artistas plásticos, alguns psicólogos e poucos médicos. Os seus colegas psiquiatras não apreendiam sua visão e atuação de vanguarda (FERREIRA, 2008, p.282 apud OLIVEIRA, 2012, p. 64).

Assim, em 1950, Nise fundou o chamado Museu de Imagens do Inconsciente, no Rio de Janeiro. Em 1956, os reflexos da eficácia dos métodos utilizados pela médica começam a aparecer, quando a Casa das Palmeiras (instituição pioneira destinada ao tratamento e à reabilitação dos egressos de instituições psiquiátricas em regime de externato) define as atividades expressivas como principal método terapêutico (OLIVEIRA, 2012, p.64).

Em 1957, a médica passa a aperfeiçoar seus estudos em Zurique, onde permaneceu durante onze meses. Um ano depois, participou como membro fundadora da *Société Internationale de Psychopathologie de l' Expression*, de Paris (OLIVEIRA, 2012, Op. cit).

Os anos seguintes foram de muita produtividade, entremeados de grandes desafios: a fundação do Grupo de Estudo Carl Jung, envolvendo significativa quantidade de participantes e admiradores pelo seu trabalho; a promoção da publicação da revista *Quarternio*; a publicação dos livros *Jung, vida e obra*; *Imagens do inconsciente*; *Os inumeráveis estados do ser*; *O mundo das imagens e A farra do boi*, entre outros (OLIVEIRA, 2012, p.65).

⁵ Mário Xavier de Andrade Pedrosa (1900-1981) foi escritor, jornalista, crítico de arte e ativista político brasileiro. Seu nome era de grande peso nas críticas artísticas.

⁶ Carlos Drummond de Andrade (1902-1987) foi poeta, contista e cronista brasileiro, considerado por muitos o mais influente poeta brasileiro do século XX.

⁷ José Ribamar Ferreira (1930-2016) era escritor, poeta, crítico de arte, biógrafo, tradutor, memorialista e ensaísta brasileiro e um dos fundadores do neoconcretismo.

A jornada de Silveira não se encerrou com sua aposentadoria compulsória, que ocorreu em 1975. A médica continuou a atuar de forma voluntária, além de manter-se ativa na área acadêmica, produzindo mais de 10 documentários audiovisuais e publicando a maior parte de seus livros durante a década de 80. Em 1993 participou do Congresso Internacional de Psiquiatria. Seu último livro foi publicado em 1998 (intitulado “Gatos, a emoção de lidar”), vindo a falecer um ano depois, aos 94 anos (OLIVEIRA, 2012, p.67). Em 2001, o hospital psiquiátrico Engenho de Dentro, antigamente conhecido como Centro Psiquiátrico Pedro II, passou a se chamar Instituto Municipal de Assistência à Saúde Nise da Silveira (IMNS) (MAGALDI, 2019, p.643), em homenagem aos seus trabalhos.

Outro reflexo da atuação da médica pode ser observado com a formulação da Lei 10.216, aprovada no ano de 2001, também conhecida como Lei Antimanicomial Brasileira, cujo autor do projeto de lei (Paulo Delgado) manteve contato com Silveira durante a formulação da proposta que foi apresentada no ano de 1989.

2 A LEI 10.216 DE 2001 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao fim da década de 70, discussões acerca do conceito de loucura e o que, de fato, caracterizava um sujeito como “louco”, tomaram conta das instituições de tratamento da saúde mental no Brasil. Eventos sobre o tema eram cada vez mais frequentes, além de questionamentos sobre o que eram os direitos humanos e até que ponto a violência utilizada nos tratamentos tornava o método do isolamento ineficaz (SILVA, 2019, p.01).

Ao passo em que o tema se alastrou pelas áreas da saúde em geral, o deputado Paulo Delgado⁸, em 1989, apresentou um projeto com o objetivo de regulamentar os tratamentos referentes à saúde mental dos brasileiros; para tanto, mais tarde, em 2001, o projeto apresentado deu origem a Lei 10.216, que “dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental”.

Considerado o fato de que a Constituição Federal deve servir como “norte” para a atuação do Estado – de forma que este venha a garantir mecanismos para que o dever ser apresentado pelo documento venha à prática, assim simbolizando a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p.23) –, é possível observar que

⁸ Paulo Gabriel Godinho Delgado (nascido em 1951) é sociólogo e professor brasileiro. Elegeu-se como deputado constituinte mais votado de seu partido (PT) no estado de Minas Gerais, participando, assim, da Assembleia Nacional Constituinte de 1987.

a lei 10.216/01 – ao trazer garantias às pessoas portadoras de transtornos mentais ou que se encontram em momentos conflituosos com essa, de forma a regular os tratamentos de saúde mental do país a partir da busca por tecnologias de tratamento menos invasivas e agressivas – tem profunda relação com os direitos e princípios apresentados pela Constituição Federal de 1988, uma vez que entre esses possuímos o princípio da dignidade da pessoa humana⁹ (art. 1º,III) e o direito a saúde¹⁰ (art. 6º e seção II), sendo vedada a tortura e o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III) pelo mesmo documento. É importante ressaltar que os direitos fundamentais garantidos pela Constituição vigente possuem caráter universal (de todos e de cada um indistintamente) (SARLET, 2015, p.82), não podendo, assim, ser legitimada a violência sob nenhuma circunstância ou característica singular da vítima.

Além disso, é importante ressaltar a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas no ano de 1948. O documento reforça o caráter universal dos *direitos* humanos. Destaca-se aqui o art. VII do documento, que dispõe:

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação. (ONU, 1948).

A partir do exposto, nota-se que o diagnóstico de uma doença mental/transtorno psicológico não acaba por justificar tratamentos agressivos em nome da “cura” para tal situação, nem mesmo juridicamente. Em vez disso, o Estado deve buscar a alternativa adequada para cada caso, respeitando o indivíduo em questão como pessoa humana dotada de dignidade e de direitos.

⁹ Embora trate-se de um conceito bastante amplo, ressalta-se aqui a definição: “a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano, é característica que o define como tal. Concepção de que em razão, tão somente, de sua condição humana e independentemente de qualquer outra particularidade, o ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes.” (SARLET, 2002, p.22).

¹⁰ Adota-se, aqui, o conceito de saúde dado pela Organização Mundial da Saúde (OMS): estado de completo bem-estar físico, mental e social. A saúde é caracterizada pelo art.196 da Constituição Federal como “direito de todos e dever do Estado [...]” (BRASIL, 1998).

3 INFLUÊNCIA DE NISE NA CRIAÇÃO DA LEI 10.216/2001

Tendo em vista o exposto, é notável que as tecnologias apresentadas pela médica Nise da Silveira nos tratamentos psiquiátricos resultaram em grande repercussão, movimentando debates não somente no meio da arte, mas também acerca dos conceitos utilizados na medicina até então. Outro fator bastante notório foi a eficácia dos métodos apresentados pela médica, além da descoberta de artistas hoje reconhecidos internacionalmente. Destaca-se, aqui, a evolução de Emygdio de Barros, cliente que frequentou o ateliê de Nise e que, após 25 anos em internamento no hospital, pode deixá-lo para voltar a viver com sua família.

Em janeiro de 1950, Emygdio sai do hospital, após 25 anos de internação e vai residir com parentes num lugarejo do interior, nas montanhas de Teresópolis. Segundo relatos, adapta-se bem à vida familiar, executando pequenas tarefas domésticas, realizando-as diariamente. É aceito pelos moradores do lugar e frequentemente visitado por Almir Mavignier, Mário Pedrosa e amigos, que levavam materiais de pintura como incentivo.

Nesse período realiza pinturas de alta qualidade artística, principalmente paisagens. Pinta também cenas de interiores de casas e alguns abstratos. Compõe quadros com parcelas de realidade que haviam sido pessoalmente vivenciadas numa única obra. (CHAN, 2012, p.55).

Também se destaca o caso de Lúcio Noeman, que, mesmo passando pelos cuidados da médica, foi submetido ao procedimento de lobotomia. O Museu Imagens do Inconsciente apresentou fotos, com o objetivo de mostrar um “antes e depois” das obras produzidas pelo escultor (figuras 1 e 2, respectivamente).

FIGURA 1 – Obra sem título



FONTE: Centro Cultural do Ministério da Saúde. Cinquentenário Museu de Imagens do Inconsciente (2002)

FIGURA 2 – Obra sem título



FONTE: Centro Cultural do Ministério da Saúde. Cinquentenário Museu de Imagens do Inconsciente (2002)

A partir dos debates sobre as questões apresentadas, observou-se a necessidade de uma adaptação na legislação brasileira no que tange aos tratamentos psiquiátricos e aos princípios que devem ser seguidos em seu decorrer. Nesse contexto Paulo Delgado apresentou o projeto de lei (PL 3657 do ano de 1989) que deu origem à lei antimanicomial brasileira (Lei 10.216 de 2001), nota-se influência da médica na formulação do projeto.

[...] o próprio Paulo Delgado afirma que se baseou em trabalhos anteriores e obteve apoio de diversas entidades e pessoas, como Nise da Silveira, “que começou a Reforma Psiquiátrica há mais de 40 anos na Casa das Palmeiras” (Delgado, 2001, p. 9)¹¹. Quando Paulo Delgado elaborou o projeto de lei, em 1989, procurou imediatamente Nise da Silveira para obter a opinião da psiquiatra alagoana. Nise da Silveira sempre deu total apoio à iniciativa do deputado, apesar de considerar que a proposta poderia ser ainda mais restritiva em relação aos desmandos praticados nos manicômios: “Gostei muito do projeto de lei que propõe a substituição progressiva dos manicômios e acho que ele poderia ser ainda mais forte”, diz Nise da Silveira em entrevista a Cláudio Cordovil.¹² (MELO, 2007, p.114).

A lei possui como principal objetivo eliminar quaisquer tratamentos que violem os direitos humanos em busca de uma “cura” para a pessoa com deficiência ou doença mental. O artigo 2º da Lei resguarda os direitos das pessoas pertencentes a esse grupo,

¹¹ MELO, 2007, p.114, apud, DELGADO, 2001, p.9.

¹² Jornal do Brasil, 1995.

dentre eles nota-se o tratamento humanitário e respeitoso, a proteção contra o abuso e exploração e a preferência por tratamentos menos invasivos possíveis.¹³

Mostra-se relevante ressaltar também o art. 4º da lei em questão¹⁴, que afirma que a internação de um paciente deve ser utilizada somente como último recurso, garantindo, também, assistência e estrutura capazes de atender às necessidades da pessoa em tratamento, relembrando da necessidade de atenção à reinserção social dos pacientes.

Além disso, a lei especifica quais são os tipos de internação psiquiátrica (compulsória, involuntária e voluntária), e quais as etapas para a realização da submissão do paciente ao regime de tratamento determinado. Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina (CFM) busca garantir os “critérios mínimos de segurança para os estabelecimentos hospitalares de assistência psiquiátrica”¹⁵, documento no qual considera-se como essencial a adoção de medidas para que seja possível observar o tratamento humanizado dos pacientes de instituições psiquiátricas, considerando a assistência psiquiátrica de quaisquer naturezas.

Mostra-se, assim, que as tecnologias e considerações trazidas pela médica Nise da Silveira obtiveram resultado inclusive legislativo acerca de seus estudos, uma vez que a metodologia apresentada pela médica foi claramente um avanço dentro das instituições de tratamento mental no país.

¹³ BRASIL. Lei 10.216/2001. Art 2º [...]. Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental: I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades; II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade; III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração; IV – [...]; V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária; VI – [...]; VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento; VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis; IX – [...].

¹⁴ BRASIL. Lei 10.216/2001. Art. 4º - A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. § 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio. § 2º O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais [...].

¹⁵ BRASIL. Resolução CFM número 2.057/2013. O Conselho Federal de Medicina, [...] considerando a necessidade de serem criadas normas brasileiras que estejam em consonância com a Constituição Federal, com o disposto [...] na Lei no 10.216/01, com o Código de Ética Médica [...]; considerando que deve ser proporcionada assistência psiquiátrica efetiva, que garanta aos pacientes o atendimento de suas necessidades de saúde em qualquer ambiente [...] de acordo com as necessidades de cada indivíduo; considerando a necessidade de regulamentar as terapêuticas psiquiátricas disponíveis [...] resolve: Art. 1º Aprovar as normas, os roteiros de vistoria, os princípios universais de proteção ao ser humano [...].

CONCLUSÃO

A partir de uma breve análise dos métodos utilizados pelas instituições de psiquiatria por volta dos anos 30 - tratando aqui, principalmente, da lobotomia e a leucotomia - é notável que os procedimentos acarretavam graves violações aos direitos fundamentais das pessoas portadoras de deficiência e doença mental que buscavam auxílio dessas instituições. Considerando que os métodos acabavam por causar danos irreversíveis aos pacientes de forma dolorosa, invasiva e pouco eficaz, a médica Nise da Silveira introduziu novos métodos de tratamento para essas pessoas. As tecnologias (metodologias) apresentadas pela médica consistiam, principalmente, na introdução da arte na terapia ocupacional de seus clientes, sendo assim possível “acessar” o inconsciente dessas pessoas, buscando eficácia e humanização desse grupo, sendo que os direitos das pessoas portadoras de deficiência ou doença mental eram diminuídos e relativizados, e a principal justificativa disso era o fato de que essas pessoas possuíam “comportamentos inadequados” (MASIERO, 2003 p.550).

É possível concluir que, mesmo passando por diversas dificuldades (como a interrupção de seus trabalhos por conta de sua prisão durante a ditadura Vargas e o constante questionamento de seu trabalho por parte de seus colegas médicos), a jornada da médica psiquiatra Nise da Silveira obteve êxito. Observa-se também que a evolução dos reflexos de seu trabalho e da tecnologia apresentada pela médica foram graduais (uma vez considerando a demanda recorrente de medidas a serem tomadas a respeito do reconhecimento da pessoa portadora de deficiência ou doença mental como detentora de direitos e dignidade, mesmo durante seu tratamento).

Além disso, verifica-se que a tecnologia trazida e implementada pela médica obteve resultados eficientes com relação ao tratamento de seus clientes, sendo notória a evolução do quadro clínico de casos considerados como “irreversíveis” ou “incuráveis” na visão dos métodos já conhecidos no Brasil até a atuação da mesma. Sendo assim, Nise é considerada como médica pioneira na introdução da terapia ocupacional no país, e obteve reconhecimento interdisciplinar e internacional do seu trabalho, sendo diversas as formas de homenagem à tal.

Observa-se, também, que a mudança legislativa que ocorreu no Brasil foi significativa, uma vez que a Lei 10.216/2001 acabou por acrescentar o caráter universal dos direitos humanos e fundamentais às pessoas portadoras de doença mental, representando um grande marco na evolução do direito à saúde brasileiro, uma vez notada a grande violação à direitos fundamentais das pessoas portadoras de deficiência ou doença mental, sendo a principal justificativa a busca pela “cura” da pessoa em questão.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. **Nações Unidas**, Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights>>. Acesso em: 12 maio 2020.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 141-176, abr. 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 maio 2020.

BRASIL. Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 abr. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm>. Acesso em: 22 maio 2020.

CASTRO, Eliane Dias de; LIMA, Elizabeth Maria Freire de Araújo. Resistência, inovação e clínica no pensar e no agir de Nise da Silveira. **Interface: Comunicação, Saúde, Educação**, São Paulo, v. 11, n. 22, p. 365-376, maio/ago. 2007. Disponível em <<https://www.scielo.org/article/icse/2007.v11n22/365-376>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

CHAN, Glória. **Emygdio de Barros: o poeta do espaço**. 2009. 184 f. Dissertação (Mestrado em Artes Visuais) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://www.ppgav.eba.ufrj.br/wp-content/uploads/2012/01/ae22_Gloria_Chan1.pdf>. Acesso em: 22 maio 2020.

DELGADO, Paulo Gabriel Godinho. Democracia e reforma psiquiátrica no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 12, p. 4701-4706, dez. 2011. Disponível em: <<https://www.scielo.org/pdf/csc/2011.v16n12/4701-4706/pt>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

DIAS, Paula Barros. **Arte, loucura e ciência no Brasil: as origens do Museu de Imagens do Inconsciente**. 2003. 170 f. Dissertação (Mestrado em História das Ciências e da Saúde) – Casa de Oswaldo Cruz, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/6086>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

FRAYZE-PEREIRA, João A. Nise da Silveira: imagens do inconsciente entre psicologia, arte e política. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 17, n. 49, p. 197-208, dez. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000300012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 abr. 2020.

GONÇALVES, Rudialan Rodrigues. **Imagens e vivências da expressão na terapia ocupacional: narrando Nise da Silveira**. Brasília. 2013. 56 f. Monografia (Bacharelado em Terapia Ocupacional) – Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://bdm.unb.br/handle/10483/8786>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

LEAL, Luiz Gonzaga Pereira. Entrevista com Nise da Silveira. **Psicologia: Ciência e Profissão**, Brasília, v. 14, n. 1-3, p. 22-27, jul. 1994. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931994000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 abr. 2020.

MAGALDI, Felipe Sales. A psique ao encontro da matéria: corpo e pessoa no projeto médico-científico de Nise da Silveira. **História, Ciências, Saúde-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 69-88, mar. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702018000100069&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 abr. 2020.

MAGALDI, Felipe Sales. Das memórias de Nise da Silveira no hospital psiquiátrico do Engenho de Dentro. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 3, p. 635-665, dez. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132019000300635&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 abr. 2020.

MARQUES, Thatiana Ayres. **Nise da Silveira: aproximações entre direitos humanos e saúde mental dos pacientes**. 2019. 120 f., il. Dissertação (Mestrado em Bioética) – Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/35220>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

MASIERO, André Luis. A lobotomia e a leucotomia nos manicômios brasileiros. **História, Ciências, Saúde-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 549-572, ago. 2003. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702003000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 abr. 2020.

NOEMAN, Lúcio. Cinquentenário Museu de Imagens do Inconsciente. **Centro Cultural do Ministério da Saúde**, Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.ccms.saude.gov.br/cinquentenariodomuseu/lucio-noeman.php>>. Acesso em: 10 maio 2020.

OLIVEIRA, Maria Antonia de. **Criatividade e resiliência na vida de Nise da Silveira**. 2012. 205 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – PUC, Campinas. 2012. Disponível em: <<http://tede.bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br:8080/jspui/bitstream/tede/291/1/Maria%20Antonia%20de%20Oliveira.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

POMBO, Riclee Majori Reis. **A nova política de saúde mental: entre o precipício e paredes sem muros (Uberlândia 1984/2006)**. 2007. 205 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2007. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/16522>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

SANTIAGO, Silviano; COELHO, Frota Lélia. **Correspondência de Carlos Drummond de Andrade e Mário de Andrade**. Rio de Janeiro: Bem-Te-Vi, 2002. pp. 282.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade (da pessoa) humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Carlos Teixeira da. Tecnologia: conceitos e dimensões. In: ENCONTRO NACIONAL DE ENGENHARIA DE PRODUÇÃO, 22., 2002, Curitiba. **Anais...** Rio de Janeiro: ABEPRO, 2002. Disponível em: <http://www.abepro.org.br/biblioteca/ENEGEP2002_TR80_0357.pdf>. Acesso em: 12 maio 2020.

SILVA, Júlia Romualdo Bezerra da. Considerações sobre o ontem e o hoje da Saúde Mental brasileira. Rio de Janeiro. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 2, e290218, p. 1 -5, ago. 2019. Disponível em <<https://www.scielo.org/article/physis/2019.v29n2/e290218>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

SILVA, Maura Lima Bezerra e; CALDAS, Marcus Tulio. Revisitando a técnica de eletroconvulsoterapia no contexto da reforma psiquiátrica brasileira. **Psicologia: Ciência e Profissão**, Brasília, v. 28, n. 2, p. 344-361, jun. 2008. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932008000200010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15 abr. 2020.

A NOVA ÓPTICA DOS DADOS PESSOAIS: DIREITOS PROTEGIDOS PELA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

THE NEW VIEW OF PERSONAL DATA: RIGHTS PROTECTED BY THE GENERAL DATA PROTECTION LAW

Paloma Bastos Andrade Copetti¹

RESUMO

Diante do atual cenário de avanço tecnológico, muito da vida pessoal dos indivíduos vem sendo exposto. Não apenas opiniões e registros pessoais são publicados em redes sociais, mas dados referentes à intimidade também vêm sendo divulgados sem nenhum filtro. O presente projeto de pesquisa tem como objetivo uma análise da transformação que ocorrerá nos mais diversos campos profissionais com a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados, bem como na advocacia, na medicina, no comércio e no meio empresarial. Tal trabalho será realizado a partir de uma metodologia dedutiva, de modo a expor um panorama internacional da proteção de dados e, posteriormente, avaliar seu impacto nos detalhes do dia a dia dentro das cidades brasileiras. Para isto, irá ser definido, num primeiro momento, o que são os dados em questão e em quais contextos podem e devem ser protegidos; também, será apresentado o impacto da *General Data Protection Regulation*, lei equivalente à LGPD atualmente em vigor na União Europeia. Ainda, será feita uma análise do contexto brasileiro no que tange ao uso comercial de dados pessoais para fins lucrativos. A partir de tais pesquisas e exames, será plausível avaliar possíveis mudanças no cotidiano da população brasileira com a promulgação da nova lei. Dito isto, o presente trabalho visa demonstrar como a promulgação da lei irá transformar dados fornecidos descuidadamente para empresas e estabelecimentos em direitos fundamentais protegidos nacionalmente.

Palavras-chave: Direitos; Proteção; Dados; Tecnologia; GDPR; LGPD.

¹ Graduanda do 3º período do curso de Direito Integral – Law Experience pela FAE Centro Universitário. E-mail: palomabacopetti@gmail.com

ABSTRACT

Given the current scenario of technological advancement, much of the personal life of individuals has been exposed. Not only are opinions and personal records published on social networks, but data related to intimacy have also been released without any filter. This research project aims to analyze the transformation that will occur in the most diverse professional fields with the General Data Protection Law in force, as well as in law, medicine, commerce and the business world. Such work will be carried out using a deductive methodology, in order to expose an international panorama of data protection and, later, to evaluate its impact on the smallest details of everyday life within Brazilian cities. For this, it will be defined, at first, what the data in question are and in what contexts they can and should be protected; also, the impact of the General Data Protection Regulation, a law equivalent to the LGPD currently in force in Europe, will be presented. Still, an analysis of the Brazilian context will be made regarding the commercial use of personal data for profit. Based on such research and exams, it will be plausible to assess possible changes in the daily lives of the Brazilian population with the enactment of the new law. That said, the present work aims to demonstrate how the enactment of the law will transform data provided carelessly to companies and establishments into nationally protected fundamental rights.

Keywords: Rights; Protection; Dice; Technology; GDPR; LGPD.

INTRODUÇÃO

Num cenário global de acelerado avanço tecnológico, as demandas da população no que tange aos seus direitos e deveres vêm sofrendo alterações. Com a digitalização de muitos serviços, tais como compras, cursos, aplicativos de transporte, entre outros, os dados dos indivíduos deixam de ser particulares, passando a ser de domínio de determinadas plataformas. Os dados pessoais – sendo estes as mais variadas informações que caracterizam e identificam cada cidadão – são comumente exigidos em cadastros e afins, situação a qual o brasileiro já está habituado e sequer questiona. No entanto, esse costume já tem sido motivo de fraudes e golpes, uma vez que os dados pessoais se tornam mercadoria entre empresas, estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços.

Diante do uso descomedido dos dados pessoais, a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados visa a proteção destes, de modo que tais não possam ser utilizados como moeda de troca entre estabelecimentos que buscam aumentar seu alcance e direcionar seus produtos e serviços. Genericamente, a lei em questão tem como objetivo enrijecer o direito à privacidade, à liberdade de expressão, à intimidade e à honra, corroborando os efeitos de legislações que já têm esse intuito. A necessidade de uma lei específica para estas demandas não se restringe ao Brasil, visto que já existe uma legislação semelhante à LGPD vigente na União Europeia e no Espaço Econômico Europeu.

A óptica dos dados pessoais como direitos tutelados legalmente não se reduz à esfera jurídica, uma vez que terá impactos diretos também nos ramos da medicina e dos negócios. Assim, faz-se necessária uma minuciosa análise de como a lei irá afetar cada área, impondo à tais novas exigências, de modo que a população possa se adaptar e atender os novos requisitos para a regularidade legal de seus serviços. Para tal, o presente trabalho irá definir: quais e o que são os dados em questão; quais os dispositivos legais que já tutelam situações semelhantes às previstas pela LGPD; a necessidade de regulamentação dentro das áreas da advocacia, da medicina e o do comércio; os efeitos da GDPR (regulamentação europeia equivalente à LGPD) que podem ser vistos no Brasil.

1 OS DADOS PESSOAIS

O Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO)² define que, perante a nova legislação, os dados pessoais são todas e quaisquer informações que permitem a identificação de um cidadão. Assim, tudo aquilo que remete à uma pessoa e que seja

² Empresa pública de prestação de serviços em tecnologia da informação criada pela Lei 4.516/64.

suficiente para lhe caracterizar, é considerado um dado pessoal. Logo, o SERPRO define os dados pessoais como:

[...] Se uma informação permite identificar, direta ou indiretamente, um indivíduo que esteja vivo, então ela é considerada um dado pessoal: nome, RG, CPF, gênero, data e local de nascimento, telefone, endereço residencial, localização via GPS, retrato em fotografia, prontuário de saúde, cartão bancário, renda, histórico de pagamentos, hábitos de consumo, preferências de lazer; endereço de IP (Protocolo da Internet) e cookies, entre outros (SERPRO, s.d).

A lei destinada à proteção de dados pessoais também aborda a importância e necessidade de tutela ainda mais vigorosa dos dados pessoais sensíveis. Estes são definidos pelo Projeto Pensando o Direito (iniciativa do Ministério da Justiça elaborada em 2007) como “dados cujo tratamento pode ensejar a discriminação do seu titular – por se referirem, por exemplo, à opção sexual, convicções religiosas, filosóficas ou morais, ou opiniões políticas”. A vigorosa proteção dos dados pessoais sensíveis pela LGPD se relaciona diretamente com o risco de classificação preconceituosa por parte da publicidade que forma perfis pessoais.

2 LEGISLAÇÃO

2.1 INTERNACIONAL (GENERAL DATA PROTECTION REGULATION)

A *General Data Protection Regulation* - Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, em português – é a regulamentação semelhante à LGPD vigente na União Europeia e no Espaço Econômico Europeu. A primeira proposta a respeito de tal regulamento foi feita em 2012, mas a GDPR só entrou em vigor em 25 de Maio de 2018. A partir deste momento, passaram a vigorar regras e diretrizes sobre o manejo de dados pessoais e questões relacionadas à privacidade do cidadãos. A GDPR, no entanto, não foi a primeira legislação europeia sobre proteção de dados, visto que por vinte e três anos vigorou a Data Protection Directive – Diretiva de Proteção de Dados (PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, 1995) –, que só fora revogada com a implementação da GDPR. Apesar de possuírem objetivos similares, as duas regulamentações em questão diferem por refletirem realidades de épocas diferentes. Em relação à necessidade de

atualização do regulamento de 1995, a Fundação Instituto de Administração (FIA³, 2019) explica:

Mesmo já existindo regras sobre a proteção de dados de cidadãos europeus, muita coisa mudou entre 95 e o cenário atual. A hiper conectividade e soluções tecnológicas levaram a obtenção e uso de dados de usuários a outro nível, gerando uma série de dilemas éticos com os quais não nos preocupávamos antes.

Dentre as principais imposições da GDPR, de acordo com a FIA (2019), estão a transparência, a especificação de propósito e o direito ao esquecimento. A transparência, correlacionada à especificação de propósito, determina que as empresas que desejarem utilizar os dados pessoais de alguém devem ser claras quanto aos possíveis usos que farão com tais informações. Assim, os estabelecimentos são proibidos de omitir possíveis condutas que envolvam os dados pessoais, de modo que o usuário tenha total ciência e controle de tudo aquilo que envolve suas informações privadas. O direito ao esquecimento, por sua vez, se refere à possibilidade que todo cidadão deve ter de exigir que seus registros em toda a plataforma da internet sejam apagados, não sendo possível rastrear quaisquer informações sobre este. Tais imposições foram feitas em prol da segurança nas relações entre usuários e empresas, de modo a não permitir equívocos diante de informações tão particulares e, conseqüentemente, sigilosas.

2.2 NACIONAL (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, MARCO CIVIL DA INTERNET E LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS)

A Lei Geral de Proteção de Dados, de número 13.709, foi aprovada pelo ex-presidente Michel Temer em agosto de 2018. A lei em questão regulamenta o tratamento dos dados pessoais, abrangendo a coleta, a utilização, o processamento e a transferência, dentre outras condutas, de tais informações. Segundo a advogada Mariana Pigatto Seleme⁴, a LGPD resultou da pressão econômica que o Brasil vinha sofrendo diante da necessidade de tutela jurídica dos dados pessoais. A respeito de tal demanda econômica, postulou:

³ Instituição criada por professores do Departamento de Administração da USP (1980) que atua em programas institucionais e desenvolvem projetos de pesquisa, consultoria e educação nas áreas da Administração.

⁴ Advogada especialista em Direito da Propriedade Intelectual e do Comércio Eletrônico pela Universidade Positivo.

A criação e aprovação da LGPD é um grande avanço para o Brasil, que ingressa no rol dos países que possuem uma lei exclusiva para regulamentar a política de privacidade de dados pessoais, visando não só garantir direitos individuais, mas também fomentar o desenvolvimento econômico e a inovação através da transparência estabelecida nas relações que envolvam tratamento de dados.

Segundo Athena Bastos⁵, redatora do SAJ ADV⁶, a LGPD é considerada inovadora por preencher brechas que o Marco Civil da Internet não abrange. Assim, muito do texto legal de tal dispositivo é abordado na Lei 13.709/18, de forma que esta seja mais vigorosa e inaugure a regulamentação dos dados pessoais. A bacharela, ainda, cita que uma das lacunas deixadas pelo Marco Civil da Internet e que fora preenchida pela LGPD é o papel dos dados pessoais no direito digital - visto que, apesar de reconhecer as relações jurídicas no meio virtual, não determina como os dados fornecidos pelos titulares podem ser manuseados pelas empresas (BASTOS, 2018).

A LGPD traz, em seu texto, a regulamentação específica e rigorosa em relação aos possíveis cenários envolvendo os dados pessoais, caracterizando-se como um dispositivo próprio para reger a manipulação de tais. No entanto, antes mesmo da elaboração da lei em questão, os dilemas sobre privacidade já infringiam direitos dos cidadãos e demandavam, assim, por tutela jurídica. Para tais casos, portanto, eram aplicados a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor e o Marco Civil da Internet.

Bem como todas as demais garantias fundamentais ao cidadão brasileiro, o direito à privacidade está expresso na Constituição Federal de 1988. O Art. 5º, inciso X, prega que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”. Bem como a Constituição Federal prevê indenização aos cidadãos que tiverem os direitos supra expostos infringidos, a Lei Geral de Proteção de Dados impõe uma rigorosa penalidade a todo aquele que não seguir as diretrizes da lei:

II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração.

O Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 – por sua vez, é o dispositivo legal encarregado de garantir ao consumidor a eficácia de seus direitos. Além disso, esta lei regulamenta a relação entre o fornecedor e o consumidor,

⁵ Mestra em Teoria e História do Direito pelo PPGD/UFSC (2019). Bacharela em Direito pela UFSC (2015). Pós-graduanda em Direito da Proteção e Uso de Dados pela PUC Minas Digital.

⁶ Software jurídico online para gestão integrada de escritórios de advocacia.

estabelecendo obrigações e regalias a cada um e atribuindo-lhes suas responsabilidades. O maior ponto de encontro entre o CDC e a LGPD se refere à transparência: enquanto a primeira lei estipula que “Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão” (BRASIL, 1990), a segunda garante aos titulares dos dados “informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento.” (BRASIL, 2018).

Já a Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, é um dispositivo que regulamenta o uso da Internet no Brasil, prevendo princípios, garantias, direitos e deveres para todos os usuários de tal meio. Bem como a LGPD, o Marco Civil da Internet tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão – além de já valorizar a proteção da privacidade e dos dados pessoais dos indivíduos, como previsto pelo Art. 3º, II e III da Lei 12.965. Ainda, o Art. 7º da lei em questão aborda outro ponto fundamental da Lei Geral de Proteção de dados: o consentimento.

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...] VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei.

Outra possível aproximação entre o Marco Civil da Internet e a LGPD se dá através do Art. 11 da Lei 12.965, o qual delimita em quais momentos do manuseio de dados pessoais estes devem ser protegidos. Além disso, tal artigo reafirma a necessidade de amparo à privacidade de cada indivíduo e às suas informações pessoais:

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

3 APROXIMAÇÃO DA LGPD COM A GDPR: POSSÍVEIS CENÁRIOS NO BRASIL

Tendo completado mais de 12 meses de vigência, a GDPR já teve grande impacto em quase toda a União Europeia, dado que dos 28 países que a compõe, 25 já integraram a lei em seu arcabouço legal. Num panorama geral, a GDPR trouxe consequências positivas para os titulares de dados e para os estabelecimentos que teriam de adaptar-se

à tal. Uma pesquisa patrocinada pela Check Point Software Technologies⁷, que contou com entrevistas de 1 mil profissionais das áreas de Tecnologia da Informação e de Segurança da França, Alemanha, Itália, Espanha e Reino Unido, apontou os principais efeitos da GDPR:

Mais da metade dos entrevistados (55%) disse ter criado grupos de trabalho dedicados à GDPR, enquanto 45% direcionaram recursos para cobrir os gastos da implementação. Já 41% optaram por contratar consultores especializados na legislação. [...] As empresas investiram na adoção padrão de medidas de segurança (44%); promoção de ações de formação para funcionários, para aumentar o seu conhecimento dos riscos de segurança de dados (41%); e implementação de um sistema de controle de acessos e de encriptação (41%).

Além das medidas tomadas pelos profissionais, as pesquisas revelaram também os resultados da GDPR quanto às ações da população. A Comissão da União Europeia divulgou diversos infográficos denominados “*GDPR in numbers*”, nos quais constam os principais resultados da GDPR no seu primeiro ano de vigência. Em tais gráficos, foi evidenciado que “já foram feitas mais de 144 mil reclamações às autoridades de proteção de dados”, sendo que “a maioria dessas reclamações está relacionada a atividades de telemarketing, e-mails promocionais e atividade de vigilância filmada”, como exposto por Luis Gustavo Miranda, Paulo Teixeira Fernandes e Júlia Melo Carvalho Ribeiro⁸.

Tendo em vista a efetiva aplicação da GDPR na União Europeia, pode-se fazer uma análise de possíveis cenários semelhantes no Brasil com a vigência da LGPD. Bem como a população da UE, os brasileiros tendem a se atentar mais ao uso feito de seus dados pessoais e, conseqüentemente, reportar à autoridade quando tal manuseio for incorreto. Além disso, as empresas brasileiras podem e devem se espelhar naquelas sob rigor da GDPR e tomar medidas equivalentes no que tange às adaptações necessárias. A respeito de tais ajustes, Claudio Bannwart⁹ destacou:

É importante que as empresas adotem frameworks robustos para cumprirem os requisitos da LGPD [...] no Brasil, em vez de simplesmente fecharem o acesso aos dados e passarem a dar ferramentas e plataformas que os funcionários e os clientes querem usar, sejam de encriptação de documentos e a encriptação do disco rígido. Estas abordagens podem assegurar que os dados sensíveis de negócio estejam protegidos, prevenindo brechas de segurança de dados e acessos não autorizados aos dados em dispositivos roubados.

⁷ Empresa fundada em 1993 e atuante em diversos países na área de segurança para internet.

⁸ União Europeia divulga dados sobre GDPR após 1º ano de vigência da norma. Rolim Viotti & Leite Campos advogados, 6 jun. 2019.

⁹ Gerente nacional da Check Point Software Technologies, Ltd. GDPR tem impacto positivo em empresas europeias; o que esperar da LGPD no Brasil?. CIO from IDG, 5 dez. 2019.

Apesar de existirem inúmeras diferenças entre o Brasil e a União Europeia nos mais diversos aspectos, no que tange à proteção dos dados, ambos estão caminhando num mesmo sentido e tornando prioridade a segurança de seus cidadãos. Cabe aos brasileiros, no presente momento, providenciar todas as medidas necessárias para que a adaptação à LGPD seja tão regular e eficaz quanto foi à GDPR pela população da União Europeia.

4 IMPACTOS

Dentre os diversos efeitos que a vigência da LGPD trará para a sociedade, aqui irá ser feita uma análise de tais impactos dentro da advocacia, da medicina e do mundo dos negócios, sejam comerciais e/ou empresariais.

Via de regra, os escritórios de advocacia trabalham diariamente com informações pessoais dos clientes, razão pela qual a vigência da LGPD impõe a tais estabelecimentos determinadas exigências. Dentre tais, a advogada e consultora da LGPD, Bruna Ribeiro¹⁰ identifica que a primeira a ser observada é a política de segurança da informação, que deve ser revisada e adequada à lei, se existente, ou elaborada conforme a LGPD, se inexistente. Além disso, destaca que a coleta dos dados dos clientes deve atender o padrão de transparência que a lei impõe, de modo que o prestador do serviço deve esclarecer ao cliente todos os possíveis usos que serão feitos de seus dados.

Visto que o consentimento consiste no âmago da LGPD, todos os procedimentos realizados pelos escritórios precisarão atender tal condição. Sobre esta adequação procedimental baseada na permissão do cliente, a advogada ainda explica que as cláusulas contratuais, no que tange aos dados pessoais, deverão abranger “ a forma, a duração e a finalidade do tratamento, as suas responsabilidades, os riscos a serem suportados”, sempre prezando pelo linguajar mais claro possível, evitando possíveis incertezas e imprecisões.

No tocante à medicina, o Conselho Federal De Medicina já aborda o uso da tecnologia em favor dos pacientes: “O CFM está atento a essas tendências no exercício profissional e temos regulamentado para em prol da ética na medicina, respeitando-se a confidencialidade e a privacidade do paciente”, postulou José Fernando Maia Vinagre¹¹. Considerando o crescente uso de ferramentas tecnológicas no manuseio de

¹⁰ Advogada formada pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, certificada pelo Superior Tribunal de Justiça no Seminário Comunicação e Novas Tecnologias – Proteção de Dados e Simetria Regulatória.

¹¹ Corregedor do Conselho Federal de Medicina.

informações sobre pacientes, os hospitais e estabelecimentos médicos precisarão de ajustes drásticos com a vigência da LGPD. O radicalismo nessas adaptações se justifica pela necessidade de proteção rigorosa aos dados pessoais sensíveis, sendo estes os mais coletados, processados e armazenados por hospitais e afins. Tal regulamentação do uso dos dados relativos à saúde foi exemplificada por Rogerio Chaves Pires¹² em matéria publicada na plataforma Saúde Business:

Como exemplos reais que ferem a LGPD, podem ser citadas as recentes movimentações do mercado em direção à implementação do chamado *health score*, pontuação que utiliza dados pessoais dos usuários para precificação do plano de saúde. De acordo com a lei, é expressamente proibida a coleta e tratamento de dados pessoais de saúde feita para “seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade”.

Num primeiro momento, a MV Informática Nordeste (2018) destaca o papel do próprio paciente perante as novas exigências. Por ser o único e exclusivo titular de seus dados pessoais, o paciente tem o poder de autorização e de restrição. Isto significa que quaisquer informações sobre si só podem constar em prontuários eletrônicos e outros sistemas mediante sua expressa autorização. Além disso, os pacientes terão o direito de saber exatamente para quais fins, por quem e quando serão utilizados seus dados, de modo a poder, também, restringir o acesso a tais.

No que tange aos deveres das instituições de saúde, as adaptações consistem na implementação de softwares específicos e/ou no aprimoramento de tais em caso de já existirem. Assim, como exposto pela MV Informática Nordeste (2018), “os sistemas utilizados pelas organizações terão que implementar massivas e complexas formas de proteção de dados contra vários tipos de roubo de identidade, de bancos de dados, de transações, inclusive quando baseados na nuvem”. Dito isto, conclui-se corresponsabilidade dos envolvidos nos serviços médicos perante a adaptação à LGPD.

Já os negócios comerciais e empresariais, além de sofrerem com os impactos mais nítidos da promulgação da LGPD, bem como a criação de softwares específicos e a implementação de novas ferramentas de segurança, precisarão impedir que se apaguem no mercado. A Associação Comercial de São Paulo, dentre as principais orientações concedidas aos empresários brasileiros, ressaltou a importância da instrumentação referente a segurança:

Alguns elementos são mais básicos, como os softwares e antivírus, que evitam a entrada de invasores no sistema. [...] Preocupe-se, também, com os colaboradores que lidam com as informações. Mais do que a adoção de

¹² Chefe do Setor de Saúde na TOTVS - empresa brasileira de software, com sede em São Paulo.

sistemas de segurança, a LGPD é um meio de conscientização sobre a forma como as empresas tratam os contatos dos clientes. (ACSP)

O risco das empresas dentro do mercado se explica pelo fato de que a nova lei impõe uma série de pré-requisitos para que o negócio esteja regular, seguro e à altura de competição diante de outros equivalentes. Ademais, clientes que tiverem a sensação de desproteção dificilmente permanecerão fiéis ao negócio em questão. Sobre a relação entre a LGPD e a competitividade no mundo *business*, o advogado Cleyton Mendes Passos, afirmou:

O empresário que se enveredar a adequar seu negócio baseado na “dor” para evitação das penalidades tenderá a fazer sua implementação de forma “fria”, técnica e pouco envolvente [...]. Por outro lado, bem aventurados serão aquela parcela do empresariado que compreenderem que, ao criarem uma adequação com empatia, conexão, atenção e efetivo compromisso com a privacidade de sua clientela, certamente terão um visível diferencial competitivo, especialmente na sua imagem e posicionamento diante do mercado.

Enfatizando ainda mais a necessidade de regulamentação dentro dos negócios, a LGPD permite a publicidade de estabelecimentos que não protegerem corretamente os dados de seus clientes. Assim é definido pelo Art. 48, § 2º, I da lei:

O controlador deverá comunicar à autoridade nacional e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares. [...] § 2º A autoridade nacional verificará a gravidade do incidente e poderá, caso necessário para a salvaguarda dos direitos dos titulares, determinar ao controlador a adoção de providências, tais como:
I - ampla divulgação do fato em meios de comunicação.

Com a possibilidade de divulgação da irregularidade dentro das normas da LGPD, espera-se uma maior cautela dos processadores perante o sigilo dos dados pessoais armazenados nas empresas. Isto porque além de arcar com a multa relativa aos incidentes ocorridos, as empresas ainda terão de lidar com a perda massiva de clientes, visto que constarão numa espécie de “lista” de negócios que não têm a devida segurança com os dados pessoais.

Analisando as relações interpessoais como um todo, pode-se concluir que a LGPD irá influenciá-las fortemente. Apesar de todas as áreas precisarem fazer adaptações semelhantes em determinados aspectos, cada ramo será responsável por atualizações em seus cronogramas e manuais de condutas de acordo com suas especialidades.

CONCLUSÃO

Como brevemente exposto no presente trabalho, a Lei Geral de Proteção de Dados é o dispositivo que irá regulamentar toda e qualquer atividade que envolva dados pessoais. Desse modo, os dados pessoais deixam de ser informações básicas e não-comprometedoras e passam a ser vistos como direitos fundamentais protegidos por lei.

Bem como supra exposto, a LGPD não é a primeira regulamentação de dados pessoais no mundo. A GDPR, que em breve completará dois anos de vigência, já expôs a remodelação das condutas - sejam individuais ou por parte de grandes empresas - que passaram a atender os requisitos da lei. Tal regulamento da União Europeia também serve de exemplo no tangente à punição dos agentes que não entram em conformidade com suas exigências, uma vez que diversas empresas precisaram arcar com grandes prejuízos por não protegerem corretamente os dados que manipulam.

A promulgação desta irá transformar não apenas as transações empresariais e comerciais, mas também as mais cotidianas manobras da população que por muito tempo não teve seus dados pessoais amparados legalmente - e não se preocupou com a segurança de suas informações pessoais. Ainda que a data de início de sua vigência esteja atualmente em discussão, a LGPD em breve irá enrijecer os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade, hoje garantidos a todo cidadão brasileiro pela Constituição Federal de 1988 e pelos demais dispositivos legais.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO COMERCIAL DE SÃO PAULO. LGPD: como a sua empresa deve se adequar à lei de proteção de dados? **Associação Comercial de São Paulo**. Disponível em: <<https://acsp.com.br/publicacao/s/lgpd-como-a-sua-empresa-deve-se-adequar-a-lei-de-protECAo-de-dados>>. Acesso em: 29 maio 2020.

BASTOS, Athena. Direito Digital: guia da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **SAJ ADV**, 21 nov. 2018. Disponível em: <<https://blog.sajadv.com.br/direito-digital-lei-de-protECAo-de-dados>>. Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 maio 2020.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 25 maio 2020.

_____. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 abr. 2014, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>. Acesso em: 25 maio 2020.

_____. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 ago. 2018, p. 59. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 25 maio 2020.

CÉSAR, Ana Carolina M.; ASPIS, Fábio L.; CHAVES, Luis Fernando P. **1 ano da GDPR: o que podemos aprender com os erros e acertos da Europa**. **Consultor Jurídico**, 31 maio 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/opiniao-podemos-aprender-europa-ano-gdpr>>. Acesso em: 25 maio 2020.

CIO FROM IDG. **GDPR tem impacto positivo em empresas europeias; o que esperar da LGPD no Brasil?** 2019. Disponível em: <<https://cio.com.br/gdpr-tem-impacto-positivo-em-empresas-europeias-o-que-esperar-da-lgpd-no-brasil>>. Acesso em: 25 maio 2020.

DADOS pessoais, dados anônimos e dados sensíveis – arts. 5º, 12 e 13. **Pensando o Direito**, 5 jul. 2015. Disponível em: <<http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/eixo-de-debate/dados-pessoais-dados-anonimos-e-dados-sensiveis>>. Acesso em: 25 maio 2020.

FUNDAÇÃO INSTITUTO DE ADMINISTRAÇÃO (FIA). **GDPR [Guia Completo]: tudo que você precisa saber sobre a Lei**. 2019. Disponível em: <<https://fia.com.br/blog/gdpr>>. Acesso em: 25 maio 2020.

MARKETS, Informa. LGPD na saúde: os principais desafios do setor. **Saúde Business**, 27 jan. 2020. Disponível em: <<https://saudebusiness.com/gestao/legislacao-e-regulamentacao/lgpd-na-saude-os-principais-desafios-do-setor>>. Acesso em: 25 maio 2020.

MIRANDA, Luis G.; FERNANDES, Paulo T.; RIBEIRO, Júlia M. C. União Europeia divulga dados sobre GDPR após 1º ano de vigência da norma. **Rolim Viotti & Leite Campos Advogados**, 6 jun. 2019. Disponível em: <<https://rolimvlc.com/informes/uniao-europeia-divulga-dados-sobre-gdpr-apos-1o-ano-de-vigencia-da-norma>>. Acesso em: 25 maio 2020.

MV INFORMÁTICA NORDESTE. **7 impactos da nova lei de proteção de dados para a tecnologia na Saúde**. Nov. 2018. Disponível em: <<http://www.mv.com.br/pt/blog/7-impactos-da-nova-lei-de-protecao-de-dados-para-a-tecnologia-na-saude>>. Acesso em: 25 maio 2020.

PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. Directiva 95/46/CE DO Parlamento Europeu e do Conselho, 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, n. L, p. 281-331, 23 nov. 1995. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A31995L0046>>. Acesso em: 29 maio 2020.

PASSOS, Cleyton Mendes. A LGPD servirá como diferencial competitivo nos negócios. **Migalhas**, 19 dez. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/317332/a-lgpd-servira-como-diferencial-competitivo-nos-negocios>>. Acesso em: 25 maio 2020.

PECK, Patricia. **GDPR: seus impactos no Brasil e no mundo**. **Youtube**, 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ByhG3E8ltsE&t=18s>>. Acesso em: 25 maio 2020.

PORTAL MÉDICO. Médicos debatem avanços e desafios do uso da tecnologia na medicina. **Conselho Federal de Medicina**, 28 jul. 2018. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27760:2018-08-06-14-21-10&catid=3>. Acesso em: 29 maio 2020.

RIBEIRO, Bruna. Impactos da LGPD na advocacia. **Jus.com.br**, jul. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/75553/impactos-da-lgpd-na-advocacia>>. Acesso em: 25 maio 2020.

SELEME, Mariana Pigatto. Lei geral de proteção de dados - Por que precisamos dela?. **Migalhas**, jun. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/305072/lei-geral-de-protecao-de-dados-por-que-precisamos-dela>>. Acesso em: 25 maio 2020.

SERPRO. Dados pessoais: o que são dados pessoais, segundo a LGPD. **Serpro e LGPD**, 2019. Disponível em: <<https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/protecao-de-dados/dados-pessoais-lgpd>>. Acesso em: 25 maio 2020.

SERPRO. O impacto da LGPD nos negócios. **Serpro**, 14 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.serpro.gov.br/lgpd/empresa/o-impacto-lgpd-nos-negocios>>. Acesso em: 25 maio 2020.

TUDISCO, Paula M. F. LGPD e o tratamento dos dados pessoais sensíveis e de crianças e adolescentes. **Kuster Machado Advogados**, 31 jan. 2019. Disponível em: <<https://www.kustermachado.adv.br/lgpd-e-o-tratamento-dos-dados-pessoais-sensiveis-e-de-criancas-e-adolescentes>>. Acesso em: 25 maio 2020.

EDUCAÇÃO DOMICILIAR: UMA QUESTÃO CONTROVERSA NO BRASIL – ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 888.815 – RS

HOMESCHOOLING: A CONTROVERSIAL ISSUE IN BRAZIL – ANALYSIS OF THE EXTRAORDINARY APPEAL Nº 888.815 – RS

Gabriela Ritondaro Galvão¹

RESUMO

O presente trabalho discorre sobre o tema: Educação domiciliar uma questão controversa no Brasil e tem como objetivo geral analisar a decisão do Recurso Extraordinário 888.815 – RS do Supremo Tribunal Federal. Essa questão tem despertado interesse e polêmica, em virtude da ausência de legislação específica sobre o tema. O escopo dessa dissertação consiste em analisar: 1. A regulamentação atual e os reflexos da decisão do Ministro Luís Roberto Barroso no julgado 888.815; 2. Os argumentos contrários e favoráveis à educação domiciliar; 3. Posição do relator e decisão final da Corte. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, realizada a partir da coleta de dados em artigos científicos, monografias, livros, manuais de direito constitucional e legislação brasileira. Apresenta método de pesquisa indutivo, avaliando a decisão do Ministro Luís Roberto Barroso. A partir dos resultados dessa pesquisa pretende-se explorar a decisão do Supremo Tribunal Federal e esclarecer suas consequências quanto à previsão constitucional sobre o direito à educação domiciliar. A educação parental em domicílio apresenta inúmeros benefícios e alguns malefícios e carece de previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Educação Domiciliar; Família; Direito à Educação; Escolaridade Obrigatória; Legislação Educacional.

¹ Graduanda em Direito pelo curso de Direito - LAW Experience da FAE Centro Universitário. Membro do grupo de estudos de Negociação e Mediação da FAE Centro Universitário. E-mail: gabiritondarogalvao@gmail.com

ABSTRACT

The present paper discusses the subject: “Homeschooling - A controversial issue in Brazil” and its general objective is to analyze the decision of the Extraordinary Appeal 888.815 - RS of the Supreme Court. This issue has aroused interest and controversy, due to the absence of specific legislation on homeschooling. The scope of this dissertation is to analyze: 1. The current regulations and the consequences of the Minister Luís Roberto Barroso’s decision as well as court’s decision; 2. The arguments against and in favor of *homeschooling*; 3. Barroso’s decision and the final decision of the Supreme Federal Court. This is a bibliographic search, carried out from the collection of data in scientific articles, monographs, books, manuals of constitutional law and Brazilian legislation. It presents an inductive research method, evaluating the decision of Minister Luís Roberto Barroso. The results of this research are intended to explore the decision of the Supreme Federal Court and clarify the consequences regarding the constitutional provision regarding the right to education. Parental education at home, has numerous benefits and some harms. There is a lack of legal provision in the Brazilian system.

Keywords: Homeschooling; Family; Right to Education; Mandatory Schooling; Educational legislation.

INTRODUÇÃO

A educação brasileira enfrenta inúmeros desafios, principalmente no que se refere a qualidade do ensino nos níveis básico e fundamental. Dados publicados no portal do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) acerca do Censo Escolar 2018 (INEP, 2018) registraram aproximadamente 48,5 milhões de matrículas nas 181,9 mil escolas brasileiras. Entretanto, nota-se que apesar do alto índice de matrículas, muitos estudantes não apresentam o desempenho desejado (GOLDEMBERG, 1993). As crianças e adolescentes que passam pela instituição formal de ensino constroem uma trajetória nesse ambiente, cultivando amizades, desenvolvendo o caráter, socializando com colegas, interagindo com docentes e despertando inúmeros conhecimentos.

No Brasil a educação apresenta caráter obrigatório desde a promulgação da Constituição de 1934. Com o advento da Constituição Federal de 1988, farol que ilumina o ordenamento e a sociedade, tem-se a positivação do direito à educação que está diretamente conectado com o direito social fundamental de segunda geração definido pelo Ministro Luís Roberto Barroso como:

A segunda geração se identifica com os direitos que se consolidam com o Estado social, como consequência da industrialização, da luta contra desigualdades [...] São direitos que envolvem as chamadas liberdades sociais [...] bem como as prestações afetas à educação, saúde, previdência e assistência sociais (BARROSO, 2019, p. 499 e 500).

O direito à educação consta expressamente no *caput* do art. 6º da Constituição Federal, que diz o seguinte:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

O capítulo “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” reúne nos arts. 205 ao 214 outras disposições relevantes sobre a educação, abordadas no julgamento do recurso extraordinário 888.815 e que serão tratadas no decorrer deste trabalho.

A Lei 9394/96 de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) é um complemento à Constituição Federal. Essa Lei regula o ordenamento da educação desde o ensino pré-escolar até a pós-graduação, tanto no setor público, quanto no privado. O inciso I da LDB estabelece o dever do Estado com relação à educação escolar pública, garantindo que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito dos 4 aos 17 anos de idade. A mesma Lei,

no art. 6º, expressa o seguinte: “É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica, assim que as crianças tiverem 4 anos completos”. Toda educação brasileira é regulamentada direta ou indiretamente pelo Ministério da Educação (MEC), principal ponto de referência educacional.

O orçamento federal do ano de 2020 destinado à educação é de 107,90 bilhões de reais, que equivale aproximadamente a 6% do PIB do país. Estima-se que o gasto com a educação básica será de 16.310.149.102,85 reais. Em contrapartida, tem-se um investimento de 30.408.260.031,27 reais destinado ao ensino superior (BRASIL, 2020). Verifica-se que a administração pública destina a maior parte do seu orçamento ao ensino superior. Infelizmente, os impactos das publicações e produções científicas destas universidades, financiadas com dinheiro público, é degradante. Ao comparar proporcionalmente o valor dos investimentos e o impacto desses trabalhos no âmbito internacional, o Brasil é pouco reconhecido. Segundo o documentário Pátria Educadora, a trilogia, boa parte da sociedade entende que a prioridade deveria ser a educação básica (BRASIL PARALELO, 2020).

O Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (PISA) é realizado a cada três anos pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Esse programa consiste no estudo comparativo da educação básica global, avalia alunos na faixa etária de 15 anos, tanto em instituições públicas quanto privadas e publica o ranking da educação mundial. Conforme dados da pesquisa de 2018, constata-se que o Brasil ocupa posição preocupante e está diante de um cenário desanimador. Dentre os 79 países analisados, o Brasil encontra-se nas posições 55º e 59º na disciplina de leitura, 64º e 67º em ciências e por fim, 69º e 72º em matemática (OLIVEIRA, 2019). Esses dados reiteram a precariedade da educação básica e alertam sobre a necessidade de políticas de desenvolvimento para o ensino do país. Até 2019 o Brasil não participava do principal teste internacional - Progress in International Reading Literacy Study (PIRLS). Programa que mede a capacidade de leitura das crianças do 4º ano do ensino fundamental e revela os índices de analfabetismo funcional. A primeira aplicação do exame no Brasil está prevista para ocorrer em 2020 (BRASIL, MEC, 2020).

De acordo com a Lei das Diretrizes Básicas da educação o Estado apresenta papel fundamental na garantia dos direitos dos estudantes, através dessa Lei foi instituída a política educacional brasileira (BRASIL. Lei n. 4.024,1961). O fato da educação escolar tradicional não demonstrar, nem garantir a qualidade necessária do ensino, não justifica o abandono da instituição escolar (SANTOS, 2019). Diante do lamentável quadro do ensino brasileiro é essencial garantir as condições necessárias para que a escola assegure seu desenvolvimento e qualidade. Os pais têm a responsabilidade de participar durante todo o processo educacional (SANTOS, 2019). A legislação não impede a participação

ativa dos pais na educação das crianças. Na maioria das vezes a letra da Lei ou mesmo alguns artigos da Carta Magna são cláusulas abertas, isto é, enunciados normativos com conteúdo vago, nem sempre claros e certos (BRASIL, 2018, p. 19). Via de regra, são passíveis de múltiplas interpretações, requerendo legislação complementar. Traduzir o que está positivado na Constituição Federal em sua totalidade não é tarefa simples (MARDEGAN, 2010). A hermenêutica jurídica possibilita a sistematização dos processos aplicáveis e determina o conteúdo, sentido e alcance das expressões do Direito (MAXIMILIANO, 1999, p. 1).

A modalidade do ensino domiciliar é conhecida como uma alternativa para aqueles pais que pretendem participar ativamente e diretamente do processo de educação (MELO, 2018). Esse método de aprendizagem permite que os pais dirijam de forma direta a educação dos filhos e é reconhecido por mais de 60 países, dentre eles destacam-se: Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Finlândia, Singapura, Chile (XAVIER, 2019, p. 17). De acordo com dados de 2018 da Associação Nacional de Ensino Domiciliar (ANED), pelo menos 7.500 famílias brasileiras são adeptas da educação domiciliar. Esse número representa cerca de 15.000 crianças e adolescentes entre 4 e 17 anos. Pode-se afirmar que entre o período de 2011 a 2018 o crescimento foi de 2000% e a taxa de crescimento anual é de cerca de 55%, presente nos 27 estados da nação (ANED, 2018). É importante salientar que caso ocorra a aprovação desse método de ensino no Brasil o *homeschooling* não passaria a ser a regra de ensino e sim a exceção, possibilitando aos pais a oportunidade de escolha. O papel dos pais é essencial e significativo tanto no âmbito do ensino tradicional, quanto no domiciliar e é uma alternativa que deve ser considerada para uma parcela específica da população.

1 EDUCAÇÃO DOMICILIAR: REGULAMENTAÇÃO, REFLEXOS E PROJETOS DE LEI EM TRÂMITE

A temática do ensino domiciliar chegou ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal através do recurso extraordinário 888.815 do Rio Grande do Sul (BRASIL, 2018). O caso concreto diz respeito ao direito fundamental à educação, que está diretamente relacionada com a dignidade da pessoa humana e à própria cidadania. O julgamento no STF ocorreu no modo de controle difuso, isso significa que o processo tramitou em primeiro grau, bem como em segundo grau e subiu para a última instância. A principal motivação do recurso extraordinário emergiu de uma série de processos que estavam em trâmite nos diferentes Tribunais de Justiça dos estados.

Segundo o portal da Associação Nacional Ensino Domiciliar (ANED), os pais em

todo território nacional, com o apoio da Associação pleiteavam pela suspensão dos processos judiciais que estavam em objeção à prática da educação domiciliar (ANED, 2018). O Supremo, através do Ministro Luís Roberto Barroso, concedeu o sobrestamento de todos processos que versavam sobre a questão e, em virtude disso, nenhuma família poderia ser processada ou impedida de educar seus filhos em casa (ANED, 2019). No segundo semestre do ano de 2017 a ANED recorreu ao Ministério da Educação (MEC) para o reconhecimento da modalidade do ensino domiciliar como forma de educação. A associação alegou que o método em discussão estava impulsionando e avançando nas estatísticas dos resultados acadêmicos. Além disso, pontuou que o ensino domiciliar estava de acordo com os princípios constitucionais, tais como o pluralismo pedagógico, a liberdade educacional e em conformidade com os direitos das crianças e adolescentes (ANED, 2019).

Há controvérsias na interpretação da Constituição Federal de 1988. As famílias que recorreram às decisões de instâncias inferiores através deste recurso extraordinário alegaram a violação de alguns artigos da carta magna. Dentre eles estão: art. 5º, VI; art. 205; art. 206, II, III, IV; art. 208; art. 210; art. 214; art. 226; art. 227 e art. 228. A questão central desse recurso foi enfatizada no relatório do Sr. Ministro Luís Roberto Barroso que relatou o seguinte:

[...] restringir o significado da palavra “educar” simplesmente à instrução formal em instituição convencional de ensino seria não apenas ignorar as variadas formas de ensino – acrescidas de mais recursos com a tecnologia – mas também afrontar um considerável número de garantias constitucionais, cujo embasamento se dá, entre outros, pelos princípios da liberdade de ensino (art. 206, II, CF/88) e do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III, CF/88), especialmente caso se considere a autonomia familiar assegurada pela Constituição (BRASIL, 2018, p. 7-8).

Essa citação do Ministro colocou em cheque a controvérsia que existe acerca da constitucionalidade da educação domiciliar. Isto significa que ao restringir o significado da palavra educar apenas a instituição formal de ensino, fica evidenciada a inexistência tanto da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar a arte do saber vedada no art. 206, II da Constituição Federal, quando a privação da pluralidade educacional em um Estado Democrático de Direito. Barroso acredita que não é possível excluir a possibilidade de educar os filhos em casa, reconhecendo a liberdade de ensino, o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas. O art. 205 da Constituição Federal postula o seguinte:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

A expressão “dever do Estado e da família” de acordo com a interpretação *ipsis litteris* é de que ambos devem trabalhar conjuntamente em prol do processo educacional dos menores. Portanto, não há proibição expressa do ensino domiciliar, uma vez que contempla a atuação ativa dos pais com o devido controle do Estado. O art. 206, incisos II, III e V da Constituição Federal expressam a seguinte redação:

O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; V - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino (BRASIL, 1988).

O inciso II é perfeitamente compatível com a modalidade da educação domiciliar, principalmente no que tange à liberdade de aprender, uma vez que não existe uma única forma de ensinar e absorver conteúdos. O art. 208 prega o seguinte:

O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria (BRASIL, 1988).

Percebe-se que o acesso à educação básica e gratuita é obrigação do Estado. Isto significa que crianças e adolescentes entre 4 a 17 anos devem receber os ensinamentos propostos na matriz curricular. O art. 208, § 3º, da Constituição Federal dispõe:

§ 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola (BRASIL, 1988).

O art. 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação diz o seguinte:

É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade (LEI 9.394, 1996).

Essa disposição é repetida no art. 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação salienta no art. 1º §1º:

Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias (LEI 9.394, 1996).

Portanto, não há dúvidas que as regras supracitadas fazem referência à matrícula e controle da presença das crianças e adolescentes que frequentam a instituição formal de ensino. Segundo dados de 2018 do Indicador do Analfabetismo Funcional (Inaf) (SKODOWSKI, 2018), apenas um quinto dos brasileiros chegaram plenamente

alfabetizados as Universidades. Para os pais *homeschoolers* educar em casa não é meramente ensinar assuntos pré-definidos, pois trabalha-se em casa o conteúdo pré-estabelecido pelo Ministério da Educação (MEC), em suas diretrizes educacionais (DIAS, 2018). Essa lógica não exclui a possibilidade de outros mecanismos que regulamentem o ensino ministrado pelos pais. Seguindo a mesma linha da colaboração entre família, sociedade e Estado o Art. 227 da Constituição Federal estabelece:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito [...] à educação, [...] à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1998).

Esse dispositivo explicita o princípio em torno do melhor interesse da criança e adolescente e prevê a responsabilidade da família frente ao Estado com relação ao dever na promoção da educação. Segundo Pereira, esse princípio do melhor interesse da criança tem caráter subjetivo e pode ser observado a seguir:

[...] existe um entendimento preconcebido do que seja o melhor para a criança ou para o adolescente? A relatividade e o ângulo pelo qual se pode verificar qual a decisão mais justa passa por uma subjetividade que veicula valores morais perigosos. Para a aplicação do princípio que atenda verdadeiramente ao interesse dos menores, é necessário em cada caso fazer uma distinção entre moral e ética (PEREIRA, 2009, p. 128-129).

Por isso é necessário que haja convergência de ideais e colaboração mútua entre família e Estado em prol do bem-estar do menor. Para que esse princípio seja aplicado efetivamente, é preciso analisar o caso concreto, onde, o operador do direito, hermeneuticamente e volitivamente, o aplicará primando pela determinação da Carta Magna brasileira e os demais dispositivos infraconstitucionais que protegem o menor (DOMINGUES, 2016 p. 27).

O voto do Ministro Luís Roberto Barroso foi extremamente claro e esclarecedor. Como o próprio Ministro aponta na decisão, existem argumentos concisos e plausíveis para defender a educação domiciliar, propondo sua aprovação e regulamentação na legislação brasileira. Essa questão fica evidente no trecho a seguir:

Do ponto de vista jurídico - eu fui advogado muitos anos e conseguiria sustentar as duas posições sem grande dificuldade, com razoabilidade, eu diria -, não há, a meu ver, com todas as vênias de quem pense diferentemente, uma norma constitucional específica sobre o tema (BRASIL, 2018, p. 11).

Expressamente a Constituição Federal aborda somente o ensino tradicional e oficial nas instituições de ensino. Nesse sentido o Ministro verificou a importância de tratar três pré-compreensões para avaliar o cabimento ou não do ensino domiciliar no Brasil. A primeira ponderação de Barroso faz referência a extensão do território brasileiro somada à ineficiência das políticas públicas. A segunda dispõe sobre os resultados alarmantes das provas do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica (Saeb) aplicado pelo Inep e que demonstrou um aproveitamento de apenas 5% dos alunos na disciplina de matemática. A terceira e última premissa tem base filosófica, o Ministro aponta que é favorável à autonomia e emancipação dos indivíduos e prefere não aderir, salvo quando necessário, ao paternalismo e às intervenções heterônomas do Estado.

Barroso elenca sete motivos que acredita serem primordiais para a decisão dos pais, quanto à educação domiciliar. De forma breve ele cita (BRASIL, 2018, p.13): 1. Desejo de conduzir diretamente o desenvolvimento dos filhos; 2. Fornecimento de instrução moral, científica, filosófica e religiosa na forma que os responsáveis consideram mais adequada; 3. Proteção da integridade física e mental dos filhos, excluindo ambientes escolares agressivos, incapacitantes ou limitadores; 4. Descontentamento com a real eficácia do sistema escolar ofertado pela rede pública ou privada; 5. Desenvolvimento de um sistema de ensino personalizado e adaptado às peculiaridades das crianças e adolescentes; 6. Crença na superioridade do método de ensino doméstico comparado aos modelos pedagógicos empregados pela rede regular; 7. Dificuldade de acesso às instituições de ensino tradicionais em virtude de restrições financeiras ou geográficas. Assim, deixa claro que existem motivações relevantes para que a modalidade de ensino domiciliar possa ser respeitada pelo ordenamento constitucional. Salaria também que a alternativa está em verificar como as fórmulas cogitadas ou adotadas são praticadas no mundo e os efeitos que produziriam (BRASIL, 2018, p. 14).

A educação domiciliar é um fenômeno social ao redor do globo (BRASIL, 2018). Nos Estados Unidos o Relator demonstra que a prática é amplamente difundida em quase todos os estados (MELO, 2018, p.7). A realidade americana não exige monitoramento dos conselhos educacionais, nem mesmo acompanhamento regular da atividade de ensino domiciliar (BRASIL, 2018, p.14-15). Para isto, existe em todos os estados da nação legislação estadual específica que regula a modalidade. Nos Estados Unidos a intervenção estatal mais relevante é o monitoramento das crianças através da submissão de avaliações periódicas que indicam o grau de aprendizagem e progresso efetivo da criança e adolescente (BRASIL, 2018, p. 14-15). O Ministro Barroso também faz considerações no cenário mundial sobre os resultados do exame do PISA em outros países como Finlândia, Noruega, Dinamarca e Eslovênia que adotam o *homeschooling*. Enfatiza também, a posição minoritária de alguns países que o proíbem.

É essencial que as crianças e adolescentes praticantes do ensino domiciliar sejam avaliados com exames periódicos para que se comprove a compreensão de conteúdos essenciais regulados no cronograma do MEC (BRASIL, 2018). O Ministro reforça que caso seja constatado aprendizado insuficiente é possível determinar a matrícula do menor na escolarização formal (BRASIL, 2018, p.18). No que diz respeito a socialização, ponto importante na formação do aluno, especialmente no enfrentamento das dificuldades da vida, Barroso salienta sobre a necessidade de interagir com outras crianças, aprender a conviver com o diferente e ser tolerante. Apresenta no voto o seguinte posicionamento sobre as crianças educadas em casa:

[...] apresentam um nível elevado de socialização, acima da média, porque essas crianças, por circunstâncias diversas, ou pela igreja, ou pelo clube desportivo, pelos parques públicos, a verdade é que pesquisas empíricas realizadas predominantemente nos Estados Unidos documentam que não há problemas de socialização com as crianças que se encontram no ensino domiciliar (BRASIL, 2018, p. 17-18).

Quando se está diante da controvérsia da educação domiciliar no Brasil é preciso presumir e ter como pressuposto que a regra compõe pais responsáveis que querem a melhor formação para os filhos e têm tempo hábil disponível para participar ativamente desse processo (BRASIL, 2018, p. 18). A exceção deve compor a parcela dos pais irresponsáveis e que não querem o melhor para os filhos (BRASIL, 2018, p. 19). O Ministro Luís Roberto Barroso concluiu que o ensino domiciliar compatível com o texto constitucional e declarou o seguinte:

[...] é que a Constituição, com todas as vênias de quem pensa diferentemente, têm normas muito abstratas sobre essa matéria, princípios relativamente vagos que têm que ser densificados pelo intérprete (BRASIL, 2018, p.19).

Após brilhante explanação do Ministro Barroso, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal foi a de que o ensino domiciliar não é inconstitucional, mas carece de legislação específica para deixar de ser ilegal.

O atual governo do presidente Jair Bolsonaro tem como uma das suas metas a regulamentação do ensino domiciliar (MAZUI; CASTILHOS, 2019). No que diz respeito ao tema educação, o governo pretende lançar o plano “Alfabetização Acima de Tudo” que almeja a redução significativa dos índices de analfabetismo no país através do teste internacional Progress in International Reading Literacy Study (PIRLS), bem como regular por meio de previsão legal a permissão da prática da educação domiciliar. O cumprimento desta meta está diretamente relacionada com os Projetos de Lei que estão em trâmite. A proposta do governo destacada nesses projetos, apresenta a seguinte redação:

O Projeto de Lei 3197/2012 teve como autor o Deputado Lincoln Portela. A ementa do projeto prevê o acréscimo do §3º ao art. 23 da Lei nº 9.394, de 1996, de Diretrizes e Bases da Educação, para permitir a possibilidade de oferta da educação básica domiciliar. A proposta da inserção de um 3º parágrafo na Lei prevê em sua redação o seguinte:

§3º É facultado aos sistemas de ensino admitir a educação básica domiciliar, sob a responsabilidade dos pais ou tutores responsáveis pelos estudantes, observadas a articulação, supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios desses sistemas, nos termos das diretrizes gerais estabelecidas pela União e das respectivas normas locais (PL, 3197 de 2012).

A justificativa do projeto supracitado consiste no argumento de que a Constituição Federal Brasileira não proíbe expressamente a modalidade do ensino domiciliar. Um trecho do PL destaca:

Não há, porém, impedimento para que a mesma formação, se assegurada a sua qualidade e o devido acompanhamento pelo Poder Público certificador, seja oferecida no ambiente domiciliar, caso esta seja a opção da família do estudante. Garantir na legislação ordinária essa alternativa é reconhecer o direito de opção das famílias com relação ao exercício da responsabilidade educacional para com seus filhos (PL, 3197 de 2012).

De acordo com informações atualizadas no portal da Câmara dos Deputados (PL, 3197 de 2012) a última ação legislativa a respeito do PL 3197/2012, ocorreu em 22 de outubro de 2019, determinando que ambos os Projetos de Lei devam ser analisados por Comissão Especial.

O Projeto de Lei 2401/2019, sob autoria do Poder Executivo, propõe regulamentar o ensino domiciliar no Brasil. Esse PL foi anexado ao Projeto de Lei 3197/2012. O Projeto de Lei 2401/2019 recomenda alterações na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 do Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. O art. 55º da Lei do Estatuto da Criança e do adolescente tem a seguinte redação: “Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino” (BRASIL, 1990). O referido Projeto de Lei propõe nova redação para este artigo, que passaria a contar com dois incisos, a saber: I - matricular seus filhos ou seus pupilos na rede regular de ensino; ou II - declarar a opção pela educação domiciliar, nos termos da lei” (BRASIL, 2019). O Art. 5º da Lei de diretrizes e bases da educação nacional estabelece:

O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigí-lo.

§ 1º O poder público, na esfera de sua competência federativa, deverá:

- I - recensear anualmente as crianças e adolescentes em idade escolar, bem como os jovens e adultos que não concluíram a educação básica;
- II - fazer-lhes a chamada pública;
- III - zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

O Projeto de Lei propõe as seguintes alterações nos incisos II e III do § 1º do Art. 5º:

- II - fazer-lhes a chamada pública; e
- III - zelar, junto aos pais ou aos responsáveis, pela frequência à escola para os estudantes matriculados no regime presencial.

Além disso, o Art. 6º da Lei de diretrizes e bases da educação nacional expressa: “É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade” (BRASIL, 1996). A nova proposta traduz a redação do Art. 6º para a seguinte forma:

É dever dos pais ou dos responsáveis:

- I - efetuar matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade; ou
- II - declarar a opção pela educação domiciliar, nos termos da lei.

Considerando os últimos despachos publicados acerca do assunto e tendo em vista que os Projetos de Lei 3197/2012 e 2401/2019 foram unificados, aguarda-se parecer da Comissão Especial a ser criada para análise do tema. Porquanto deve-se respeitar a legislação vigente, que ainda não regulamenta a modalidade de educação domiciliar, respeitando a decisão do RE 888.815 do Supremo Tribunal Federal.

O presidente da Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED) Rick Dias, declarou o seguinte em entrevista à BBC News Brasil:

Mesmo após a decisão do STF, a escolha de famílias pelo *homeschooling* cresceu no país. Nesses casos, as famílias assumem o risco de processos abertos pelo poder público e, após os 15 anos de idade mais ou menos, os adolescentes são matriculados em cursos supletivos e fazem a prova do Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (Encceja) para obter uma certificação formal (ALVIN, 2020).

Percebe-se que após a declaração do presidente da ANED, mesmo com a decisão do Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário 888.815, os *homeschoolers* continuam na caminhada rumo ao reconhecimento legal do ensino domiciliar no Brasil. Hoje, ainda sem essa regulamentação, os estudantes que aprendem os conteúdos em casa validam o ensino com certificados de supletivos ou provas de certificação de competência. A tendência é que brevemente este ensino será aprovado e apresentará

legislação específica. Provavelmente o método de reconhecimento da aprendizagem dessas crianças e adolescentes será aprimorado de acordo com as exigências do MEC.

2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS À EDUCAÇÃO DOMICILIAR

Conforme a trajetória histórica, a Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED) foi fundada em 2010. As famílias educadoras iniciaram um movimento em busca de pais adeptos e simpatizantes da proposta do *homeschooling*.

De acordo com Carlos Xavier, Procurador da Justiça do Estado do Paraná e defensor do *homeschooling* no Brasil, o método avaliativo da educação domiciliar apresenta caráter formal e emancipatório, uma vez que é dialógico. Isso significa que durante o processo educacional o protagonista é a criança e o adolescente que se comprometem com a autocorreção e com a evolução diária no processo da aprendizagem (XAVIER, 2019, p.10). Segundo o Procurador, o mecanismo empregado no ensino tradicional não aplica efetivamente a progressão continuada, método essencial para compreender as necessidades individuais de cada aluno, suas possibilidades e necessidades de aprendizagem (XAVIER, 2019, p. 10-11). As famílias educadoras têm êxito na progressão continuada, pois reconhecem as singularidades da criança, acompanham e auxiliam diariamente e progressivamente a evolução na aprendizagem dos próprios filhos (XAVIER, 2019, p.11). Segundo Maria Gabriela Portugal, o contexto de socialização primária das crianças é fundamental, uma vez que a família nuclear:

Tem sido considerada como um contexto de socialização por excelência pois aí ocorrem as experiências mais precoces da criança, sendo também aí que a criança, pelo menos durante os primeiros tempos de vida, realiza a maior parte das suas interações sociais (PORTUGAL, 1998, p.123).

Isso significa que os pais educadores têm a responsabilidade de traçar e pesquisar um método de ensino que se adeque às necessidades do filho. Nesse sentido, observa-se que os adeptos da educação domiciliar, de certa forma criticam a capacidade e a aptidão dos professores, comprometida pela quantidade de alunos presentes em sala de aula.

Um dos principais alvos da crítica à educação domiciliar tem seu cerne na questão da socialização das crianças e adolescentes, que aparentemente estariam sendo isolados da convivência com as diferenças físicas, temperamentais e psicológicas presentes no ensino tradicional e fora do seio familiar. As construções das interações sociais permitem um desenvolvimento e aprendizagem mais eficientes, uma vez que despertam

sentimentos como empatia, constroem o caráter, a moral da criança e incentivam relações de respeito (DE CASTRO, 2018). A ANED afirma que as crianças educadas em casa não vivem em uma bolha e que existem outras formas de promover a socialização fora das quatro paredes do ambiente familiar (XAVIER, 2019). A socialização é exercitada através de encontros nos grupos de apoio que unem as famílias educadoras, atividades extracurriculares como prática de esportes, aulas de música, cursos de idiomas, além de passeios em espaços públicos, como museus e bibliotecas (XAVIER, 2019, p.18). Um questionamento que advém dessa reflexão, está em torno do direcionamento realizado pelos pais quanto a essa socialização do menor, visto que existem regras e comportamentos preexistentes. A pergunta que surge é se realmente a criança estará diante da interação legítima com o mundo externo, construindo relacionamentos e enfrentado problemas do cotidiano. De acordo com o sociólogo Gilberto Freyre a socialização pode ser caracterizada como:

É a condição do indivíduo (biológico) desenvolvido, dentro da organização social e da cultura, em pessoa ou homem social, pela aquisição de status ou situação, desenvolvidos como membro de um grupo ou de vários grupos (FREYRE, 2005).

É inegável questionar a importância do papel dos pais na educação dos filhos, contudo, é necessário o estímulo aos desenvolvimento da subjetividade no processo de socialização. O autor Berger e Luckmann ressalta essa importância partindo do seguinte pressuposto:

A criança inconscientemente usa do processo de imitação e observação e devido a este fato destacamos o papel dos pais, que têm uma convivência maior do que os outros significativos e decorrentes a isto, a criança tem uma tendência maior de observar e imitar as atitudes dos pais (BERGER. LUCKMANN, 2005).

É essencial que o processo de socialização primária durante a infância da criança não seja restringido exclusivamente ao âmbito familiar, não é possível que uma criança se socialize sozinha, ela vai ser “guiada” pela sociedade ao longo da sua trajetória de vida (AQUINO; FRANÇA, 2013, p. 161). O desenvolvimento interpessoal da criança pode ser articulado entre a escola e a família, uma vez que a vivência do menor está diretamente relacionada com o desenvolvimento, absorção de novas informações e visão de mundo desse menor (CASTRO, 2018, p. 21).

Segundo Xavier e os defensores da modalidade, alguns dos principais pontos positivos da educação domiciliar compreendem (XAVIER, 2019, p. 36): 1. Educação mais individualizada e compatível com as necessidades e potencialidades de cada

criança ou adolescente, partindo do pressuposto que o menor deixa de ser mais um em sala de aula; 2. Proteção física e moral tendo em vista que alguns pais já tiveram experiências negativas no ambiente escolar. Uma parcela relata situações em que o menor foi submetido e exposto a agressões físicas, verbais, casos de sensualização precoce, bem como uso de entorpecentes; 3. Problemas físicos ou mentais é o motivo central para aqueles pais de crianças e adolescentes com necessidades especiais; 4. Foco na socialização primária posto que essa tem início no ambiente de convivência familiar; 5. Muitos pais têm o intuito de articular instrução moral e religiosa com as crianças e adolescentes. Mario Sergio Cortella fez alguns apontamentos relevantes acerca do tema da educação:

A escola foi soterrada nos últimos 30 anos com uma série de ocupações que ela não dá conta - e não dará [...] As famílias confundem escolarização com educação. É preciso lembrar que escolarização é apenas uma parte da educação. Educar é tarefa da família. Muitas vezes, o casal não consegue, com o tempo de que dispõe, formar seus filhos e passa a tarefa ao professor, responsável por uma classe de 35 ou 40 alunos, tendo de lidar com educação artística, religiosa, ecológica, sexual, para o trânsito, contra a droga, português, matemática, história, biologia, língua estrangeira moderna etc. (REIS, 2014).

Existe uma grande preocupação por parte daqueles que são contrários à constitucionalidade do ensino domiciliar, acerca da disponibilidade e dedicação dos pais que vão ministrar as aulas aos filhos. Atualmente boa parte dos casais trabalha fora de casa, em tempo integral principalmente em função do crescimento, nos últimos anos, do número de lares brasileiros em que o trabalho feminino passa a representar a principal fonte de sustento econômico da família (FLECK; WAGNER, 2003, p.32). Com a inserção da mulher no mercado de trabalho, essa passou a desempenhar o papel de mãe, dona de casa e profissional simultaneamente. Tendo em vista esse cenário, existem alguns pais que terceirizam a educação dos filhos exclusivamente a instituição formal ou ainda a funcionários que trabalham na residência da família e parentes em geral (MARTINS; TAVARES, 2010).

A educação é a ação exercida, pelas gerações adultas, sobre as gerações que não se encontrem ainda preparadas para a vida social: tem por objetivo suscitar e desenvolver, na criança, certo número de estados físico, intelectuais e morais, reclamados pela sociedade política, no seu conjunto e pelo meio especial a que a criança particularmente se destine (DURKHEIM, 1978, p. 41).

Para aqueles que querem evitar o aumento no número de crianças educadas em casa, a socialização é ponto discutível. O posicionamento da Advocacia Geral da União

(AGU) é contrária a prática da educação domiciliar a base do argumento está na premissa de que a instituição formal de ensino possibilita aprendizado mais amplo se comparado com aquele que é fornecido em casa pelos pais. A AGU reforça o argumento a partir do princípio que a escola prepara o indivíduo para situações com as quais inevitavelmente haverá de conviver fora do seio familiar, além de qualificá-lo para o trabalho.

Outras duas questões que preocupam, reúnem: 1. a questão da família manter, instruir e muitas vezes impor a cultura e religião da criança sem expandir os horizontes. Essa interferência familiar no ensino pode ser ainda pior quando essas religiões forem consideradas opressivas e hierárquicas (BARBOSA, 2013, p. 203). Seguindo essa temática, Barbosa salienta no trecho a seguir a necessidade do ensino escolar atrelado a independência de pensamento:

Se esse direito deve ser levado a sério e realmente exercido, então as famílias religiosas não podem ter o direito de educar seus filhos privando-os do conhecimento de outras realidades, fechados no círculo familiar e sem o interesse de promover neles a capacidade de tomar decisões autônomas sobre suas vidas (BARBOSA, 2013).

Essa consideração de Barbosa confirma que as pessoas contrárias ao *homeschooling* alegam que a restrição do aprendizado para o ambiente familiar impossibilita o contato diário com diferentes hábitos, religiões e costumes e que esse menor pode ficar alienado, uma vez que somente toma conhecimento daquilo que os pais desejam; 2. a instrumentalização e aparelhamento do Estado para arcar com os custos e fiscalização do ensino domiciliar. Existe um impasse na forma de avaliação dessas crianças e adolescentes para validar o conhecimento, considerando a inexistência de legislação sobre o tema. Do ponto de vista econômico entende-se que o orçamento destinado à educação básica teria que ser expandido, já que o valor que o Estado tem para administrar um ensino básico de qualidade muitas vezes é insuficiente.

Os defensores do ensino domiciliar muitas vezes alegam a prática de violência física e psíquica e influências negativas nas instituições de ensino formais (XAVIER, 2018). Com relação a essa alegação do conjunto de problemas presentes no ensino escolar, Barbosa faz a seguinte consideração:

Desse conjunto de críticas à escola, deve-se salientar ao menos duas considerações: a de que tais características não são originárias da escola, mas, antes, revelam-se como características da sociedade mais ampla na qual a escola está inserida e, no caso brasileiro, sobretudo como resultado das desigualdades sociais e econômicas que marcam o país; a segunda questão, também decorrente dessa primeira constatação, é a de que tais problema estão presentes em outros espaços e instituições (como decorrente que

são da sociedade), não se tratando de monopólio da instituição escolar e podendo se apresentar, por exemplo, nos demais locais e instituições frequentados pelos praticantes do ensino em casa (para realização de suas atividades extracurriculares, por exemplo) (BARBOSA, 2013, p. 237).

O trecho supracitado destaca que a problemática de violência na escola não decorre de um problema exclusivo do sistema educacional brasileiro. As questões acerca do relacionamento interpessoal entre os seres humanos não estão nas instituições de ensino, mas enraizados em um problema cultural e social evidente ao longo da história do Brasil. Isto significa, que medidas de não inclusão no setor da educação não irão amenizar a presente situação (PAIXÃO, 2019).

CONCLUSÃO

A educação parental e a existência de inúmeras dimensões presentes nesse debate é reconhecidamente complexa. A discussão abrange políticas públicas, cooperação entre Estado e família, mudança cultural com relação ao ensino formal engessado, além de valores e princípios morais. Partindo da análise do Ministro Luís Roberto Barroso é válido o movimento dos pais educadores que reivindicam a aprovação da educação domiciliar. Esses pais prezam por uma educação de qualidade e devem cumprir os objetivos constitucionais dispostos. Verifica-se que a normatização dessa modalidade de ensino é necessária e ampliaria o entendimento do direito à educação regulamentado na Constituição de 1988.

A modalidade do *homeschooling* necessita de legislação específica para que seja regulamentada, instrumentalizada e controlada a partir dos testes e avaliações de conhecimento. O ensino nas instituições formais continua sendo a regra. Com a promulgação de futura legislação específica para o ensino domiciliar, essa será uma alternativa e possibilidade de escolha aos pais que tiverem interesse em aplicá-la. Outras considerações importantes giram em torno da quebra de paradigma quanto ao histórico da educação brasileira formal, além da realidade socioeconômica da população. Por isso é necessário:

Reconhecer a existência de grandes desafios que evidenciam, por um lado, a necessidade de garantia de direitos individuais das famílias e, por outro, os inegáveis avanços que a ampliação do acesso à escola para camadas antes excluídas trouxe para o processo de democratização do ensino no Brasil (PAIXÃO, 2019, p.14).

Verifica-se que argumentação jurídica disposta no julgado do RE 888.815 na decisão do STF acerca do ensino domiciliar tem como elemento basilar a Constituição Federal. De acordo com a análise dos Ministros o ordenamento não proíbe a prática do *homeschooling* e assegura a liberdade de escolha dos pais. A forte discussão no cenário brasileiro encontra seu cerne na questão política sobre o direito à educação. Para que o ensino domiciliar seja regulamentado, há necessidade de normatização aliada a investimento do Estado para cobrir custos de aparelhamento, implementação, bem como fiscalização e supervisão do ensino ministrado em casa pelos pais, prezando sempre pelo direito fundamental à educação.

O voto do Ministro relator respeitou todos os preceitos constitucionais da carta magna, bem como a legislação infraconstitucional. Barroso entendeu que as regras constitucionais conciliam os diferentes interesses: 1. Os dos pais, de escolherem o método educacional ideal para seus filhos, validando a escolha do ensino domiciliar; 2. Os do Estado, de verificar se a condução dessa nova modalidade está garantindo efetivamente o desenvolvimento do menor (BRASIL, 2018, p. 24). Desta forma, o relator deu provimento ao recurso extraordinário, propondo a determinação de testes periódicos para monitorar o aprendizado dessas crianças e adolescentes.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário, considerando a dificuldade, no entendimento de alguns ministros, de se caracterizar, de imediato, direito líquido e certo sobre o tema. No entanto, observa-se que o entendimento predominante da corte foi de que a educação domiciliar não é inconstitucional, ou seja, essa modalidade não pode ser proibida. Mas para que seja legalizada e plenamente reconhecida, necessita da aprovação dos projetos de Lei em andamento supracitados. O tema *homeschooling* poderá ser oportunamente objeto de nova apreciação por parte do STF. Sua aprovação reconhecerá essa modalidade de educação como alternativa às famílias interessadas.

REFERÊNCIAS

ALVIN, Mariana. Regulamentação do homeschooling ganha novo fôlego em Brasília com isolamento por coronavírus. **BBC News Brasil**, 21 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52333702>>. Acesso em: 13 maio 2020.

AQUINO, Suzana Maria; FRANÇA, Raimundo. Os limites da escola no processo de socialização do indivíduo: um estudo de caso com professores da rede pública de ensino do município de nova olímpia-mt. **Moinhos**, Tangará da Serra, v.1, n.2, p.160-177, 2013/1. Disponível em: <<https://periodicos.unemat.br/index.php/moinhos/article/download/2367/1937>>. Acesso em: 10 maio 2020.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR (ANED). **Quem somos?**. Disponível em: <<https://www.aned.org.br>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. **Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola?** 2013. 351 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, São paulo, 2013.

_____. Homeschooling no brasil: ampliação do direito à educação ou via de privatização? **Educação e Sociedade**, v. 37, n. 134, p. 153-168, mar. 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/es/v37n134/1678-4626-es-37-134-00153.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2020.

_____; OLIVEIRA, Romualdo Luiz Portela de. Apresentação do Dossiê: Homeschooling e o Direito à Educação. **Pro-Posições**, Campinas, v. 28, n. 2, p. 15-20, ago. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73072017000200015&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 20 maio 2020.

BARROSO, Luís. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento**. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 abr. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 26 abr. 2020.

_____. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 dez. 1996 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. Portal da transparência. **Educação**, 2020. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/12-educacao?ano=2020>>. Acesso em 23 abr. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei n. 2.401, de 17 de abril de 2019, trata sobre o exercício da educação domiciliar, apresentado pela Câmara dos Deputados no dia 17 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1734553&filename=PL+2401/2019>. Acesso em: 26 abr. 2020.

_____. Projeto de Lei n. 3.197 de 10 de fevereiro de 2012, dispõe sobre a possibilidade de oferta domiciliar da educação básica, apresentado pela Câmara dos Deputados no dia 10 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=963755&filename=PL+3179/2012>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 888.815, de 6 de setembro de 2018. RS. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 2. set. 2018. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Camara_Especial/Ac%C3%B3rd%C3%A3o%20RE%20888.815%20-%20Homeschooling.pdf>. Acesso em: 10 maio 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Educação domiciliar: prós e contras. **YouTube**, 2019. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fZ0EMETPMhQ>>. Acesso em: 13 maio 2020.

CASTRO, Filipa. **Estratégias promotoras do desenvolvimento parental em contexto de creche e jardim de infância**. 2018. 146 f. Relatório de Estágio (Mestrado em Educação Pré-Escolar) – Escola Superior de Educação de Paula Frassinetti, Porto, 2018. Disponível em: <<http://repositorio.esepf.pt/bitstream/20.500.11796/2573/1/TESE%20FINAL.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2020.

DOMINGUES, Leticia. **Homeschooling: uma possibilidade de garantia ao direito à educação?** 2016. 43 f. Monografia (Graduação em Pedagogia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <https://bdm.unb.br/bitstream/10483/18473/1/2016_LeticiaBianckyVieiraDomingues.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

DURKHEIM, Émilie. A educação: sua natureza e função. In: _____. **Educação e Sociologia**. São Paulo: Melhoramentos, 1978. p. 33-49.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad.: Jefferson Luiz Camargo; rev. téc.: Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: M. Fontes, 2003.

FLECK, Ana Cláudia; WAGNER, Adriana. A mulher como a principal provedora do sustento econômico familiar. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 8, num. esp., p. 31-38, jul. 2003.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 50. ed. revista. São Paulo: Global, 2005.

GOLDEMBERG, José. O repensar da educação no Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 7, n. 18, p. 65-137, ago. 1993. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141993000200004>. Acesso em: 25 abr. 2020.

GUERRA contra a inteligência (Pátria Educadora, Ep. 3). Brasil Paralelo [Documentário]. Direção: Filipe Valerim e Lucas Ferrugem. Produção: Henrique Zingano. Porto Alegre, 2020. 1 vídeo (96 min.). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=yJunMvIFtxI>>. Acesso em: 20 maio 2020.

INEP. Censo Escolar 2018 revela crescimento de 18% nas matrículas em tempo integral no ensino médio. **Censo Escolar**, jan. 2019. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/artigo/-/asset_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/centso-escolar-2018-revela-crescimento-de-18-nas-matriculas-em-tempo-integral-no-ensino-medio/21206>. Acesso em: 22 abr. 2020.

MARDEGAN, Maria Beatriz Espirito Santo. Peculiaridades da hermenêutica e interpretação constitucional. *Âmbito Jurídico*, nov. 2010. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/peculiaridades-da-hermeneutica-e-interpretacao-constitucional>>. Acesso em: 13 maio 2020.

MARTINS, Sandra Veralúcia Marques; TAVARES, Helenice Maria. A família e a escola: desafios para a educação no mundo contemporâneo. **Revista da Católica**, Uberlândia, v. 2, n. 3, p. 256-263, abr. 2010. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/fd11/bc32f4157d6b8c7ea1474d3339e508081e51.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2020.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MAZUI, Guilherme; CASTILHOS, Roniara. Governo Bolsonaro apresenta metas prioritárias para 100 primeiros dias da nova gestão. **G1**, Brasília, jan. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/01/23/governo-bolsonaro-apresenta-metas-prioritarias-para-os-primeiros-100-dias-da-nova-gestao.ghtml>>. Acesso em: 26 abr. 2020.

MELO, Sarah Siqueira Pessoa. **O Ensino domiciliar no Brasil e o Direito da família: a desescolarização e o papel da família na educação**. 2018. 25 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018. Disponível em: <<https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/34354/1/TCC%20Sarah%20Siqueira%20Pessoa%20de%20Melo%20048.660.594-94%202018.2.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2020.

OLIVEIRA, Diego. Ranking de educação mundial: entenda os dados do Brasil. **Lyceum**, 5 dez. 2019. Disponível em: <<https://blog.lyceum.com.br/ranking-de-educacao-mundial-posicao-do-brasil>>. Acesso em: 26 abr. 2020.

PAIXÃO, Thalia Ariadna Neres. O ensino domiciliar no Brasil uma forma alternativa de educação e suas implicações jurídicas e sociais. In: ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA UNI7, 15., 2019, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza, 2019. v. 9, n. 1, p. 14. Disponível em: <<https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/iniciacao-cientifica/article/view/1033/699>>. Acesso em: 15 maio 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PORTUGAL, Maria Gabriela Correia de Castro. **Crianças, famílias e creches: uma abordagem ecológica da adaptação do bebê à creche**. Porto: Porto, 1998.

RAY, Brian. A Review of research on Homeschooling and what might educators learn?. **Pro-Posições**, Campinas, v. 28, n. 2, p. 85-103, Aug. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73072017000200085&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 maio 2020.

REIS, Beatriz. Cortella: A escola passou a ser vista como um espaço de salvação. **O Estado de S. Paulo**, 17 maio 2014. Disponível em: <<https://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,cortella-a-escola-passou-a-ser-vista-como-um-espaco-de-salvacao,1168058>>. Acesso em: 13 maio 2020.

RIBEIRO, Fernando José; BRAGA, Bárbara. A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 177, p. 265-283, jan./mar. 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/45/177/ril_v45_n177_p265.pdf>. Acesso em: 13 maio 2020.

SKODOWSKI, Thais. Universidade: só 1/3 dos brasileiros chegam plenamente alfabetizados. **R7**, jul. 2018. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/brasil/universidade-so-15-dos-brasileiros-chegam-plenamente-alfabetizados-20072018>>. Acesso em: 15 maio 2020.

VASCONCELOS, Maria Celi Chaves. Educação na casa: perspectivas de desescolarização ou liberdade de escolha? **Pro-Posições**, Campinas, v. 28, n. 2, p. 122-140, ago. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73072017000200122&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 26 abr. 2020.

XAVIER, Carlos. **Educação domiciliar no Brasil: aspectos filosóficos, políticos e jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto Angelicum, 2019.

_____. Panorama jurídico da educação domiciliar. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, v. 9, n. 9, p. 137-167, out. 2018.

ABORTO E EUTANÁSIA: IMPACTOS DA PANDEMIA DO COVID-19

ABORTION AND EUTHANASIA: IMPACTS OF THE COVID-19 PANDEMIC

Maria Luiza Heisler¹

RESUMO

Considerando que o ordenamento jurídico brasileiro não contempla o tema eutanásia, o objetivo desse artigo é realizar uma pesquisa exploratória e explicativa – em comparativo com a legislação já existente acerca do aborto legal – sobre qual seria o entendimento a respeito deste tema para o nosso órgão superior e protetor da Constituição Federal de 1988: o Supremo Tribunal Federal. Dessa maneira, a hipótese permeia entorno da decisão da vida, explorando uma conexão entre seu começo e seu fim. E, claro, sempre focando na coerência ritualística e fundamentadora. Ademais, os temas serão explorados por meio das lentes da teologia, medicina, filosofia, antropologia, direito e, principalmente, do COVID-19. O mundo não estava pronto para uma pandemia, muito menos para lidar com assuntos como o aborto e a eutanásia, quem dirá em meio a uma crise mundial de saúde, economia e política. Para alcançar os fins propostos na pesquisa, utilizou-se do direito constitucional, do direito comparativo, do direito e cinema e da análise multidisciplinar.

Palavras-chave: Eutanásia; Aborto; STF; COVID-19.

¹ Graduanda em Direito pelo curso de Direito - LAW Experience da FAE Centro Universitário.
E-mail: maria.heisler@mail.fae.edu

ABSTRACT

Considering that the Brazilian legal system does not address the issue of euthanasia, the objective of this article is to conduct an exploratory and explanatory research - in comparison with the existing legislation on legal abortion - on what would be the understanding of this issue for our higher body and protector of the Federal Constitution of 1988: the Supreme Federal Court. In this way, the hypothesis permeates life's decision, exploring a connection between its beginning and its end. And, of course, always focusing on ritualistic and grounding coherence. In addition, the themes will be explored through the lens of theology, medicine, philosophy, anthropology, law and, mainly, COVID-19. The world was not ready for a pandemic, much less to deal with issues such as abortion and euthanasia, let alone in the midst of a global health, economic and political crisis. To achieve the purposes proposed in the research, constitutional law, comparative law, law and cinema and multidisciplinary analysis were used.

Keywords: Euthanasia; Abortion; STF; COVID-19.

INTRODUÇÃO

Essa pesquisa busca trazer considerações sobre a eutanásia e sua aplicação em território brasileiro, considerando os moldes sobre o aborto, mas também busca desenvolver e questionar os procedimentos do aborto e da eutanásia em meio a pandemia, e como os governantes e países vão tratar disso. A metodologia desenvolvida para o presente estudo é a lógico-dedutiva, por meio da análise das informações coletadas - com fontes primárias e secundárias como dissertações, artigos e livros -, o artigo chega a uma conclusão, e, por meio da dedução, busca o resultado final.

Utiliza-se de bibliografia multidisciplinar: direito, teologia, medicina, filosofia e antropologia. Mas também, usa-se do direito comparativo, direito constitucional e direito e cinema. O objetivo é analisar até onde e em quais casos essa prática estaria de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, o artigo trata do tema aborto e eutanásia em meio à pandemia em que estamos vivendo no momento presente. Inicialmente, é preciso fazer uso puro dos conceitos para algumas áreas do conhecimento, pois é desta maneira que o Supremo Tribunal Federal analisa. Para isso, subdividiu-se a presente pesquisa em: a. teologia; b. medicina; c. filosofia; d. antropologia e e. direito.

A conclusão deste artigo mira não somente na reflexão acerca do tema morte digna, mas também em perguntas como: qual o limite da vida? é possível aproximar os institutos? qual os impactos do COVID-19 nos procedimentos tratados ao longo do artigo?

1 DEFINIÇÕES E CONCEITOS

Para a compreensão dos conceitos subdivide-se a pesquisa em: a. teologia; b. medicina; c. filosofia; d. antropologia; e. direito.

Para a teologia (a), a concepção católica destaca-se pelo parecer do representante da Igreja Católica. Papa Francisco afirmou, em um de seus pronunciamentos (no dia 25 de maio de 2019) em Roma, “é legítimo tirar uma vida humana para resolver um problema? [...] É permitido contratar um assassino para resolver um problema?” (THE NEW YORK TIMES, 2019). Outro grande nome da Igreja Católica, São Tomás de Aquino, aprovava o aborto, consoante ao pensamento da Igreja na época. Segundo Frei Betto (2012), citado por Eduardo Szklarz (2012, s.p) “No século 4, Santo Agostinho defendia que só a partir de 40 dias após a fecundação se poderia falar em pessoa”.

Já na eutanásia, nas palavras de Tânia Alves

“Nos países essencialmente católicos, existe uma crença onde se diz que Deus determina o nascimento, a vida e a morte, e que uma pessoa não teria o direito de interromper esse fluxo natural. O que tem sido levantado é que o paciente pode escolher, sim. A outra barreira é o medo de que, se os métodos forem autorizados, houvesse muitas solicitações que resultassem em abusos ou mau uso dos procedimentos” (2020, s.p, apud JORNAL DA USP, 2020, s.p).

Já para a medicina (b), temos outro conceito de aborto. De acordo com Nery

“[...] aborto como a expulsão espontânea ou provocada do feto que pese 500g ou menos. O aborto dito espontâneo é aquele no qual o feto é expulso naturalmente antes de 20 semanas de gestação. Já o aborto provocado é aquele em que se utiliza algum mecanismo para induzi-lo, seja um instrumento mecânico, um medicamento, entre outros meios. Este tipo é mais comum, em torno de 20% de toda gravidez antes das 16 semanas de gestação, muitas vezes sem que a mulher tenha notado que esteja grávida, só percebendo depois ao notar o atraso na menstruação” (2006, s.p apud SILVA, 2019, p.3).

Em 1979, o jornal de Medicina e Filosofia de Oxford trouxe o artigo *The Definition of Euthanasia*, que continha uma definição para a eutanásia: a introdução sem dor a uma morte rápida.

Para a filosofia (c), o aborto é legal até mesmo sob a ótica do feto ser um sujeito com direito a vida (THOMSON, 1971, s.p). Utilizando-se da analogia em um exemplo hipotético em que um músico famoso se encontra doente e inconsciente, considerando que este tem um tipo sanguíneo raro e precisa de alguém que se disponha a permanecer ligado com ele por nove meses (em seu sistema circulatório). Os fãs do músico raptam uma pessoa compatível, e, ao acordar, se percebe na situação descrita anteriormente. Essa pessoa tem a obrigação moral de se manter conectada com o violinista, ou não? Essa é a pergunta realizada por Thompson, em sua hipótese ilustrativa sob seu entendimento de aborto.

Já a eutanásia, dentre muitos pensadores ilustres – Hobbes, Locke, Kant – buscou-se pela linha de pensamento de Michael Sandel, por estar inserido na atualidade do artigo. Para ele, a eutanásia não deve ser condenada em todos os casos, e que isso pode ser facilmente entendido até mesmo por quem julga a vida como um bem sagrado, pois, “alegações de compaixão às vezes podem substituir o dever de preservar a vida” (SANDEL, 1997, p.27). Na antropologia (d), temos o aborto eugenésico.

“A prática da eugenia desde muito cedo tem acompanhado a história da humanidade, a exemplo das medidas em prol do controle rigoroso dos

nascimentos, encontradas em Esparta, Antiga Grécia, como o estímulo às mulheres robustas para gerarem filhos vigorosos e saudáveis, ao mesmo tempo em que crianças nascidas com imperfeições ou fragilidades eram atiradas do alto do Taygeto [...]” (MAI; ANGERAMI, 2006).

No caso da eutanásia, para a antropologia, o mesmo exemplo trazido anteriormente pode ser analisado, considerando o ato de dizimar a vida de crianças que nascessem com alguma deficiência.

Para o Direito (e), o aborto, na legislação brasileira, é considerado crime quando é praticado pela gestante ou com seu consentimento, ou quando é provocado por terceiro (com ou sem o consentimento da gestante). É permitido em casos de: o aborto ser o único meio para salvar a vida da gestante (aborto necessário), artigo 128 inciso I do Código Penal, ou quando a gestação é resultante do estupro, artigo 128 inciso II do Código Penal². Já sobre a eutanásia, nada se menciona no atual Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940).

No Brasil, contrariando-se tendência recente de despenalização da prática do dito homicídio piedoso ou homicídio eutanásico, o atual Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40) em nada explícita ou mesmo despenaliza a prática da morte por benignidade, alocando todas as condutas analisadas no item supra como sendo facetas de um mesmo crime, o homicídio tipificado no art. 121 do referido Código (BARBOSA; LOSURDO, 2018).

² Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Como o objetivo deste artigo é apresentar de forma científica os temas – já que o Direito brasileiro não regula a eutanásia –, e simular como deveriam estes ser tratados pelos órgãos julgadores, busca-se abordar os tipos de eutanásia com exemplos reais, necessidades reais e pessoas reais, e para quem seria o direito à morte digna. Dos tipos de eutanásia, temos oito, de acordo com o artigo científico da Universidade Estadual do Norte Fluminense - Campo dos Goytacazes, por Camila Pinheiro Mascarenhas: i. voluntária; ii. involuntária; iii. não-voluntária; iv. ativa; v. passiva; vi. distanásia; vii. mistanásia; viii. ortotanásia.

Na eutanásia voluntária (i) quando o indivíduo em seu leito de morte pede pela interrupção de sua vida, visto como direito fundamental à morte digna. “A pessoa é o único juiz de sua qualidade de vida e de sua dignidade” (PESSINI, 2004, p. 114). Por exemplo, o livro de Pessini conta a história de Anna, uma mulher por volta dos seus trinta anos de idade que se tornou tetraplégica enquanto adulta, por causa de um acidente de carro. Ela também sofria com dor fantasma difusa, o que requer grandes doses de analgésicos para suportar a dor. Anna era professora, casada, e tinha três filhos pequenos. Após seu acidente, não via mais razão para viver, pois era uma pessoa ativa antes do ocorrido. Era amante da música, cantora não profissional, amante do teatro também, antes possuía grande desenvoltura para falar e se expressar. Não se tratava de um quadro depressivo temporário. Não servia de consolo estudantes de medicina que a abordaram com o argumento da fé e da família. Anna tinha certeza de que queria morrer, e havia deixado claro que não queria utilizar de métodos/remédios/tratamentos que prolongassem sua vida.

Ocorreu que certa vez, seu respirador havia estragado e seus enfermeiros haviam notado um tempo depois, mas a tempo de salvá-la. Anna se sentiu desrespeitada, e foi atrás de opiniões legais e éticas a respeito da sua vontade por uma morte digna. Logo mais, Anna marcou o dia e o horário com um médico que desligasse seus aparelhos. Na primeira tentativa, ela ficou inconsciente mas não faleceu. Acordou irritada perguntando-se por que ainda estava ali. E então, foi administrada uma dose mais alta do remédio utilizado, e então, ela realizou seu desejo de falecer (MASCARENHAS, 2009, p.29).

Ainda sobre a eutanásia voluntária mostra-se possível, aqui, fazer o *link* com a história de Robin Cavendish, onde ele opta por morrer, por volta de seus 40 anos de idade, por julgamento próprio de sua qualidade de vida a partir dali - o ponto em que a doença deteriorou seus pulmões, por uso contínuo de um aparato em sua traquéia e o uso do respirador disponível para a tecnologia da época.

Na eutanásia involuntária (ii), para o filósofo Peter Singer, seria aquela na qual o sujeito tem condições de consentir com sua morte mas não o faz, porque não lhe

perguntaram se quer morrer ou porque perguntaram mas este opta por continuar vivendo. “Os casos autênticos de eutanásia involuntária parecem ser muito raros” (SINGER, 2006, p. 189). Na eutanásia não-voluntária (iii), o sujeito não é capaz de compreender a escolha entre a vida e a morte. Um bom exemplo seria testemunhas de jeová menores de idade, que precisem de transplante de sangue, como no filme “Um Ato de Esperança”; ou ainda bebês com doenças incuráveis/graves, idosos senis, pessoas mentalmente debilitadas.

Um exemplo de caso real que percorreu a imprensa e chegou aos tribunais foi o caso da jovem italiana Eluana Englaro, que tinha 38 anos mas estava há 17 anos em estado vegetativo por conta de um acidente de trânsito, e desde então estava em coma. Após 17 anos do acidente, os pais de Eluana conseguiram, pela justiça, em última instância, uma autorização para a filha morrer, após dez anos de luta na justiça. Sua morte ocorreu no ano de 2009, após cessarem sua alimentação e hidratação. Este caso foi muito debatido entre os italianos, e houve muita pressão por parte da Igreja Católica, o que nos leva a refletir sobre até onde a medicina moderna consegue levar a vida do homem e nos força a decidir entre a vida e a morte dignas (MASCARENHAS, 2009, p.42). Leo Pessini reconhece que a ciência faz muito pela humanidade ao prolongar nossas vidas com os mais diversos tratamentos, mas que essa tecnologia toda traz embates profundos.

Não se trata de cultivar uma postura contra a medicina tecnológica, o que seria uma ingenuidade. Questionamos sim a tecnolatria e o desafio emergente é refletir como o binômio tecnologia-medicina relaciona-se com a mortalidade humana (PESSINI, 2007, p. 331).

Os recursos para se manter uma pessoa sobrevivendo são tantos, que nossos médicos, religiosos e juristas são, muitas vezes, contra a legalização da eutanásia por uma questão de moral e individual. Já a eutanásia ativa (iv) é quando uma opção médica põe fim à vida da pessoa enferma, por pedido do paciente. Por exemplo, o filme “Uma Razão Para Viver”, onde o protagonista tem poliomielite e luta pelo seu conforto a vida inteira, prolongando seu tempo de vida, mas depois de certo tempo passa a ter complicações maiores e opta pelo fim de sua vida.

Porém, na eutanásia passiva (v) isso ocorre por omissão, não aplicação ou desconexão do respirador. Um possível exemplo seria o que está ocorrendo atualmente nos hospitais do Rio de Janeiro, onde os médicos têm muitos pacientes chegando com COVID-19 e tem de optar por pacientes mais jovens, e conseqüentemente com mais tempo de vida, em detrimento a pacientes idosos, que teriam mais chances de morrer, mesmo com os tratamentos necessários. (MELO, 2020).

Já a distanásia (vi) é o contrário de eutanásia, pois enquanto na eutanásia se previa tratamentos e medicamentos para induzir a morte do indivíduo, na distanásia se prolonga a vida por meio de procedimentos e tratamentos, custe o que custar. Também é possível se espelhar como um exemplo no filme “Uma Razão Para Viver”, em que Robin Cavendish, sujeito que existiu para além da ficção, nos anos 80 foi capaz de transmitir uma importante mensagem para os mais dos renomados médicos, a de que o paciente com deficiência que sabe o melhor para si, que este merece não somente uma vida digna mas também uma morte digna.

Primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chega a ser paciente, que não conseguem ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; segundo, os doentes que conseguem ser pacientes para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico; e terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos (PESSINI, 2004, p. 210).

Por último, a ortotanásia (viii), é o morrer bem, com dignidade, aceitar o ciclo da vida. Esse tipo de morte também pode ser ilustrado pela história de Robin Cavendish - novamente - pois quando ele sentiu que não havia mais como prolongar sua vida, e que dali pra frente não haviam mais recursos que o fizesse viver bem, como convivia com sua doença anteriormente, ele optou por morrer. Contratou seu médico de confiança, e realizou o procedimento em sua casa, com conforto e plenitude. Sua família também consentiu com isso, e fizeram o acordo de voltarem para casa somente depois do tempo estimado do procedimento. Deram uma festa antes do evento da eutanásia, com seus amigos e conhecidos, mas sem anunciar que era o fim. A ordem de Cavendish era que sua mulher e seus dois filhos passassem aqueles minutos durante o procedimento normalmente, vivendo a vida como viveriam regularmente.

2 ABORTO E EUTANÁSIA: IMPACTOS NA PANDEMIA DO COVID-19.

Primeiramente, o que é pandemia? De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS)

A pandemic is the worldwide spread of a new disease. [...] An influenza pandemic occurs when a new influenza virus emerges and spreads around the world, and most people do not have immunity. Viruses that have caused past pandemics typically originated from animal influenza viruses³ (2010).

³ “Uma pandemia é a disseminação mundial de uma nova doença. [...] Uma pandemia de gripe ocorre quando um novo vírus da gripe emerge e se espalha pelo mundo, e a maioria das pessoas não tem imunidade. Os vírus que causaram pandemias passadas geralmente se originam de vírus da gripe animal.” Tradução livre.

Como o presente artigo busca principalmente dissertar sobre o tema do aborto e da eutanásia em meio ao COVID-19, observa-se que houveram alterações na realização dessas duas práticas no contexto pandêmico. Diversos estados dos Estados Unidos da América incluíram o aborto na lista de cirurgia e procedimento médico considerado “não essencial”, devido a crise do Sars-Cov-2, portanto, não serão realizados enquanto durar a pandemia – com exceção aos casos em que a saúde da gestante esteja em risco. Segundo os representantes destes estados, o propósito desta medida emergencial é reduzir o risco de exposição ao coronavírus e resguardar os recursos de proteção (luvas, máscaras) que já são escassos (CORRÊA, 2020).

Já na eutanásia percebe-se que o ato de ter que escolher entre quais pacientes adotar determinados procedimentos já é uma escolha determinante de vida ou morte. Isso vem acontecendo com os médicos italianos durante a pandemia do coronavírus, e com os médicos brasileiros do Rio de Janeiro, também. Além, é claro, do ato de nem considerar o provimento de aparelho respiratório para pacientes acima de 85 anos, que supostamente já estariam declarados como mortos pelo COVID-19 (MELO, 2020).

O aborto e a eutanásia são procedimentos imprescindíveis durante uma pandemia. Os governos ao redor do planeta estão tendo que lidar com a crise geral não somente no sistema de saúde, mas uma crise econômica também - devido o fechamento dos comércios, que resultou em perda de empregos e falência de grandes empresas - necessitando, principalmente, administrar onde alocar recursos. Na África do Sul e em Nepal, as clínicas onde eram realizados os abortos já estão sofrendo com a suspensão deste tipo de procedimento.

Mesmo onde essas assistências permanecem abertas, restrições de viagens, medidas de distanciamento social, perda de empregos e escassez de medicamentos estão criando novas barreiras ao acesso (ANISTIA ORG, 2020).

Os motivos pelos quais os procedimentos ligados à saúde sexual devem permanecer durante a pandemia são inúmeros. A primeira dessas muitas razões é que esses procedimentos e cuidados salvam vidas todos os dias, não só em momentos fora de crises. A ONG mundial MSI (Marie Stopes International) que trata somente de serviços de concepção e aborto em 37 países constatou que o impacto sobre esses procedimentos devido ao COVID-19 e suas consequências, será devastador para a saúde de milhares de mulheres.

A organização estima que, nos 37 países em que trabalha, as interrupções de serviços por conta da COVID-19 podem levar a mais 3 milhões de gravidezes indesejadas, 2,7 milhões de abortos inseguros a mais e 11 mil mortes adicionais relacionadas à gravidez (ANISTIA, 2020).

Outra razão relevante é levantada pela pesquisa e carta de solidariedade produzida pela OMS, que compara os efeitos de mortalidade materna - 15 a 20 anos de atraso – decorrentes da crise de EBOLA, com as possíveis consequências semelhantes que a pandemia do coronavírus trará. (PMNCH - WHO, 2020). A reflexão que esse tópico nos força a fazer é a de que, os índices de necessidade por esses procedimentos pode vir a ser ainda maior durante a pandemia, devido a violência doméstica (sexual) crescente com o isolamento social. Outra possibilidade trazida pela mesma reportagem:

mais mulheres podem optar por terminar a gravidez devido a problemas econômicos ou de saúde, e a demanda por contracepção pode aumentar à medida que as pessoas adiam planos de ter filhos (ANISTIA ORG, 2020).

Mais um dado relevante levantado pela OMS é a previsão do custo anual com os tratamentos para as consequências dos abortos inseguros: 553 milhões de dólares. Esse ponto é muito interessante, porque evidencia que, a restrição desses métodos essenciais durante a pandemia vai atrasar muito mais a economia do que se forem ceifados do cardápio de procedimentos legais durante o período pandêmico. De acordo com a FP2020 (Family Planning 2020), comunidade mundial de planejamento familiar e direitos familiares, a cada dólar gasto na prevenção da gravidez indesejada, reduz-se o custo de aproximadamente dois dólares direcionados à gravidez (ANISTIA ORG, 2020).

A contracepção muda vidas, empoderando mulheres e meninas a tomar decisões sobre seus próprios futuros. O empoderamento impulsiona o desenvolvimento social e econômico, o que ajudará as pessoas a acessar seus direitos e reduzir a carga sobre os sistemas de saúde (ANISTIA ORG, 2020).

Um novo ponto importantíssimo é a possível brecha que governantes conservadores nos costumes podem ver no meio pandêmico, nas medidas de corte de verbas para o aborto, em bani-lo ou restringi-lo legalmente. Isso é uma grande regressão para os direitos reprodutivos das mulheres (ANISTIA ORG, 2020). O argumento mais importante em relação a não restrição desses procedimentos em meio a pandemia, é a de que, esses procedimentos – e direitos - não podem ser protelados.

Desde permitir que o aborto e a contracepção sejam acessados por telemedicina, permitindo que as farmácias vendam contracepção de emergência sem receita médica e retirando tempos de espera e requisitos de autorização desnecessários por vários médicos, existem várias maneiras pelas quais os governos podem proteger e garantir esses cuidados de saúde essenciais e torná-los acessíveis às pessoas quem precisa. [...] Quanto mais cedo agirem, mais vidas serão salvas (ANISTIA ORG, 2020).

Enquanto no Texas, Ohio e Mississippi (EUA), se pediu pelo fechamento de centros de planejamento familiar, em Hancock (Reino Unido) foi dada a permissão para efetuar o aborto em casa, em nome do estado de exceção. Porém, a decisão foi retirada. Apesar da reviravolta, a Irlanda do Norte está considerando se tornar apta a esta ideia (FRIGERIO, 2020).

De acordo com a OMS

as escolhas e os direitos das mulheres em relação à saúde sexual e reprodutiva devem ser respeitados independentemente do status sorológico de COVID-19, incluindo o acesso à contracepção e ao aborto seguro em toda a extensão da lei (2020, s.p, apud SEXUALITY POLICY WATCH, 2020, s.p).

Sobre a eutanásia, em alguns países onde ela é legalizada, estão desenvolvendo a ideia de implementar uma nova medida: para não ter o direito a morte protelado ou cancelado devido ao estado pandêmico mundial, governantes pensam em medidas para legalizar o procedimento na casa dos solicitantes. Os medicamentos letais seriam enviados pelos correios até suas casas, e lá poderiam realizar a eutanásia. De acordo com Kim Callinan (2020, s.p, apud GAZETA DO POVO, p.3), “a telemorte está ganhando importância como modalidade crucial de prestar assistência médica”. O paciente solicita ao médico o comprimido letal, por meio de videoconferência, e este envia o para sua residência (FRIGERIO, 2020).

CONCLUSÃO

A conclusão que pode-se chegar é a de que sete dos oito tipos de eutanásia já ocorrem no Brasil, ainda que implicitamente: involuntária, não-voluntária, passiva, distanásia, mistanásia e ortotanásia. Ou seja, a única não recorrente seria a voluntária. Podemos inferir que o Estado limita, por enquanto, o único modo genuíno de manifestação da vontade do sujeito: a eutanásia voluntária. Tal qual ocorre com o aborto. Dentro do poder fazer legalmente o aborto existem limites, e estes legalizam essa prática somente em casos específicos. Qual o limite da vida? Esta pergunta é difícil de responder, mas foi possível observar na presente pesquisa que é o Estado quem define isso, mesmo havendo outras definições multidisciplinares.

O objetivo do artigo se cumpriu por meio da metodologia desenvolvida para o presente estudo (lógico-dedutiva), utilizando-se de bibliografia multidisciplinar: teologia, medicina, filosofia, antropologia, direito e meio pandêmico (COVID-19). Para a realização do objetivo geral, desenvolveram-se os tópicos: eutanásia voluntária,

eutanásia involuntária, eutanásia não-voluntária, eutanásia ativa, eutanásia passiva, distanásia, mistanásia e ortotanásia.

Sobre o tópico aborto e eutanásia em meio pandêmico (COVID-19) – atrelados aos seus conceitos em várias áreas do conhecimento e sua legalidade em diversos países –, podemos inferir que são muitas compreensões e conceitos, mas o que prevalece é o jurídico e a situação emergencial, em detrimento da saúde dos indivíduos e suas necessidades. Os abortos não serão feitos em meio a pandemia? E a eutanásia, como ocorrerá? É possível aproximar os institutos para realizar esses procedimentos, mas o que impede isso de acontecer são os representantes governamentais e seus vieses políticos e morais pessoais. Quais são os impactos do COVID-19 nesses temas? São inúmeros. Uma mulher grávida tem um limite de tempo para poder realizar o aborto, seja quais forem suas necessidades, bem como a eutanásia.

Em linhas gerais, o artigo aponta, então, que essa será a proximidade entre o início e o fim da vida: a possibilidade de escolher em meio aos nossos impedimentos sociais, políticos e morais.

REFERÊNCIAS

ANISTIA ORG. **Por que aborto e contracepção devem continuar sendo cuidados de saúde essenciais durante a pandemia do COVID-19?**. 24 abr. 2020. Disponível em: <<https://anistia.org.br/noticias/por-que-aborto-e-contracepcao-devem-continuar-sendo-cuidados-de-saude-essenciais-durante-pandemia-da-covid-19>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

AVERBUCK, Clara. Coronavírus: a OMS considera o direito ao aborto “essencial” durante a pandemia. **Fórum**, 06 abr. 2020. Disponível em: <<https://revistaforum.com.br/coronavirus/coronavirus-oms-considera-o-direito-ao-aborto-essencial-durante-pandemia>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

BARBOSA, Gabriella Sousa da Silva; Losurdo, Federico. Eutanásia no Brasil: entre o Código Penal e a dignidade da pessoa humana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 165-186. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000200165&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 jun. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____.; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da UFU**, Rio de Janeiro, v. 38, n. 1, p. 235-274, mar. 2010. Disponível em: <<http://200.19.146.79/index.php/revistafadir/issue/view/824>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

BEAUCHAMP, Tom; DAVIDSON, Arnold. The Definition of Euthanasia. **The Journal of Medicine and Philosophy**: a Forum for Bioethics and Philosophy of Medicine, v. 4, n. 3, p. 294-312, Sep. 1979. DOI: <https://doi.org/10.1093/jmp/4.3.294>

BEVILÁCQUA, Luiz Alberto Segalla; CALDAS, Tania Alencar de. Os direitos constitucionais em tempos de pandemia. **Teoria & prática**: Revista de Humanidades, Ciências Sociais e Cultura, Limeira, v. 2, n. 1, p. 38-55, maio 2020. Disponível em: <<http://isca.edu.br/revista/index.php/revista/article/view/28/14>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei número 2.848. Código Penal Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 jun. 2020.

CORRÊA, Alessandra. Com coronavírus, acesso a abortos fica mais difícil nos EUA. **BBC News Brasil**, Winston-Salem (EUA), 26 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52372237?at_campaign=64&at_custom3=BBC+Brasil&at_custom1=%5Bpost+type%5D&at_custom4=E602E00E-87FF-11EA-B725-50E9C28169F1&at_custom2=facebook_page&at_medium=custom>. Acesso em: 02 jun. 2020.

CUNHA, Maria Carolina Santini Pereira. Eutanásia: dilema moral em perspectiva filosófica. **EDIESA**, Marília, v. 6, n. 11, p. 67-79, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://local.cneesan.edu.br/revista/index.php/direito/index>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. Tipos de eutanásia. **Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 2004. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/eutantip.htm>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

FRIGÉRIO, Benedetta. Durante a pandemia, grupos fazem pressão para ampliar aborto e eutanásia. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 01 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/coronavirus-pandemia-pressao-aborto-eutanasia>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

G1 FANTÁSTICO. Tradição indígena faz pais tirarem a vida de crianças com deficiência física. **G1: Fantástico**, 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/12/tradicao-indigena-faz-pais-tirarem-vida-de-crianca-com-deficiencia-fisica.html>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

HOROWITZ, Jason. Pope Francis Says Abortion, Even of a Sick Fetus, Is Like Hiring a ‘Hitman’. **The New York Times**, maio 2019. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2019/05/25/world/europe/pope-abortion-sick-fetus.html?auth=link-dismiss-google1tap>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

MAI, Lilian Denise; ANGERAMI, Emília Luígia Saporiti. Eugenia negativa e positiva: significados e contradições. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, Ribeirão Preto, v. 14, n. 2, p. 251-258, abr. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-11692006000200015>. Acesso em: 02 jun. 2020.

MASCARENHAS, Camila Pinheiro. **Kant e a eutanásia**: como um clássico da filosofia responderia a um problema colocado pela medicina contemporânea? 2009. 80 f. Dissertação (Mestrado em Cognição e Linguagem) – Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, Campos dos Goytacazes, 2009. Disponível em: <http://www.uenf.br/Uenf/Downloads/COGNICAO_6587_1308235910.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2020.

MELLO, Luciana Ferreira; BARBOZA, Estefânia Maria. Paralelo entre os precedentes dos Estados Unidos: análise da decisão Roe vs Wade, e o instituto da eficácia transcendente dos motivos determinantes no Brasil – análise da decisão proferida pelo STF na ADPF 54. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 46, p. 85-103, maio 2015. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/3993>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

MELO, Maria Luisa de. Com respiradores em falta, médico do RJ se diz obrigado a escolher paciente. **UOL**, 24 abr. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/04/24/medico-denuncia-falta-de-respirador-voce-acaba-escolhendo-paciente-jovem.htm>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

OMS vê o aborto como um cuidado essencial durante a pandemia. **Sexuality Policy Watch**, 6 abr. 2020. Disponível em: <<https://sxpolitics.org/ptbr/oms-ve-o-aborto-como-um-cuidado-essencial-durante-epidemia/10351>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

PAPA FRANCISCO. Pope Francis Says Abortion, Even of a Sick Fetus, Is Like Hiring a 'Hitman'. **NY Times**, Roma, maio 2019. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2019/05/25/world/europe/pope-abortion-sick-fetus.html?auth=link-dismiss-google1tap>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

PARAISO, Marco Aurélio Da Silva. O aborto eugênico no atual ordenamento penal brasileiro. **Conteúdo Jurídico**, mar. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj036006.pdf/consult/cj036006.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

RELIGIÃO é a principal barreira na discussão sobre eutanásia. **Jornal da USP**, mar. 2020. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/religiao-e-principal-barreira-na-discussao-sobre-eutanasia>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

SANDEL, Michael. Last Rights. **The New Republic**, Nova Iorque, v. 216, n. 16, p. 27, abr. 1997.

SANTANA, Júlio César Batista; RIGUEIRA, Ana Cláudia de Melo; DUTRA, Bianca Santana. Distanásia: reflexões sobre até quando prolongar a vida em uma Unidade de Terapia Intensiva na percepção dos enfermeiros. **Bioethikos**, São Paulo, v. 4, n. 4, p. 402-411, set. 2010. Disponível em: <http://www.saocamilos-sp.br/pdf/bioethikos/80/Bioethikos_402-411_.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2020.

SANTOS, Robério Gomes dos et al. Comentários jurídicos e psicológicos sobre o aborto no Brasil. **Brazilian Applied Science Review**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 1315-1330, abr. 2019. Disponível em: <<http://www.brazilianjournals.com/index.php/BASR/article/view/1359/1234>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

SINGER, Peter; CAMARGO, Jefferson Luiz. **Ética prática**. São Paulo: M. Fontes, 2006.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LAZARETTI, Bruna Furini. Eutanásia social e os direitos da personalidade: uma leitura constitucional crítica. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, v. 2, n. 30, p. 297-330, jun. 2019. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1571>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

SZKLARZ, Eduardo. A Igreja já tolerou o aborto. **Superinteressante**, 06 abr. 2012. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/historia/a-igreja-ja-tolerou-o-aborto>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

THOMSON, Judith Jarvis. A Defense of Abortion. **Philosophy & Public Affairs**, Chicago, v. 1, n. 1, p. 47-66, set. 1971. Disponível em: <<https://rintintin.colorado.edu/~vancecd/phil215/Thomson.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

UM ATO de esperança. Direção: Richard Eyre, Produção: Duncan Kenworthy. BBC Films e FilmNation Entertainment, 2017. (105 min.).

UMA RAZÃO para viver. Direção: Andy Serkis, Produção: Jonathan Cavendish. British Film Institute, The Imaginarium, Silver Reel, Participant e BBC Films, 2017. (115 min.).

WHO. A message of solidarity on Covid-19. **The Partnership for Maternal, Newborn & Child Health**, Genebra, 23 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/pmnch/media/news/2020/solidarity-on-covid-19/en>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

O JUDICIÁRIO E A TENTAÇÃO DE LIMITAR ATRAVÉS DA MORAL A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ANÁLISE DO DEFERIMENTO LIMINAR EM SEGUNDO GRAU (6ª CÂMARA TJ-RJ) DO PEDIDO DE PROIBIÇÃO DE EXIBIÇÃO DO “ESPECIAL DE NATAL PORTA DOS FUNDOS – 2019: A PRIMEIRA TENTAÇÃO DE CRISTO”

THE JUDICIARY AND THE ATTEMPT TO LIMIT THROUGH MORALITY FREEDOM OF EXPRESSION: ANALYSIS OF THE SECOND DEGREE INJUNCTION (6TH TJ-RJ CHAMBER) OF THE REQUEST TO DISHIBIT THE “CHRISTMAS SPECIAL DOOR OF THE FUNDS – 2019: THE FIRST CRISIS”

Udo Guilherme Lutz¹
Luciana Ferreira de Mello²

RESUMO

O presente artigo objetiva a realização de análise do deferimento liminar em segundo grau (6ª câmara TJ-RJ) do pedido de proibição de exibição do “especial de natal porta dos fundos – 2019: a primeira tentação de cristo”. Serão analisadas as premissas básicas do direito de liberdade de expressão, a possibilidade de limitação deste direito e alguns casos nos quais houve limitação proporcional e razoável e alguns em que não houve. A metodologia presente no trabalho se dará pelo método dedutivo e com pesquisa bibliográfica jurisprudencial. A liminar, em questão, referida como expressão de limitação inconstitucional será analisada por meio de análise comparativa buscando se o argumento da incorreção da decisão à luz da coerência e em repúdio à correção

¹ Graduando em Direito pelo curso de Direito LAW Experience da FAE Centro Universitário. Membro do grupo de estudos NECrim (Núcleo de estudos em Ciências Criminais); membro do grupo de estudos NUPEJURI (Núcleo de Pesquisa em Tribunal do Júri). Pesquisador de Iniciação Científica (FAE) 2019-2020. *E-mail*: udolutz1@gmail.com

² Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná; Mestre em Direito Constitucional pela Unibrasil; Professora de Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional na FAE Centro Universitário. *E-mail*: lucianamelloadvocacia@outlook.com

do direito pela moral. Resulta-se, como conclusão da pesquisa, a inconstitucionalidade da decisão proferida pelo desembargador.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão; Censura Prévia; Humor; Religião; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This article aims to carry out an analysis of the second degree preliminary granting (6th chamber TJ-RJ) of the request for a ban on the exhibition of the “Christmas special at the back of the door – 2019: the first temptation of Christ”. The basic premises of the right to freedom of expression, the possibility of limiting this right and some cases in which there was a proportional and reasonable limitation and some in which there were none will be analyzed. The methodology present in the article will be based on the deductive method and with bibliographic/jurisprudential research. The injunction in question, granted as an expression of unconstitutional limitation, will be analyzed by means of comparative analysis, seeking to argue that the decision is incorrect in the light of consistency and in repudiation of the correction of the law by morals. As a result of the research, the decision rendered by the judge is unconstitutional.

Keywords: Freedom of Expression; Prior Censorship; Humor; Religion; Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é analisar a inconstitucionalidade da decisão de deferimento da liminar pleiteada pela Associação Centro Dom Bosco Fé e Cultura, nos autos 0083896-72.2019.8.19.0000, proferida monocraticamente pelo desembargador da sexta câmara cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Benedicto Abicair, em 07 de janeiro de 2020, no sentido de:

determinar ao segundo réu (NETFLIX) que suspenda, imediatamente, a exibição do ‘Especial de Natal Porta dos Fundos: A Primeira Tentação de Cristo’, assim como *trailers*, propagandas, ou qualquer alusão publicitária ao referido filme; e ao primeiro réu (PORTA DOS FUNDOS) que se abstenha de autorizar a sua exibição e/ou divulgação por qualquer outro meio, assim como de *trailers*, propagandas ou qualquer alusão publicitária ao referido filme, sob pena de multa (BRASIL, 2020a).

É certo que a decisão supracitada foi, acertadamente, desconstituída na sequência pelo STF (9 de janeiro de 2020) igualmente por decisão monocrática do Ministro Dias Toffoli, proferida no bojo da Medida Cautelar na Reclamação 38.782 Rio De Janeiro. Não obstante, a “*vida curta*” conferida a decisão em questão e sua efêmera eficácia temporal, não afastam a importância de analisar os fundamentos que levaram o relator a deferir a liminar porquanto revelam o caráter nocivo da aproximação entre direito e moral em decisões judiciais, sendo este o motivo do objeto da reflexão.

Desta feita, serão analisados como objetivos secundários (que montam o arquétipo dos conceitos tratados): (i) direito fundamental à liberdade de expressão na Constituição de 1988; (ii) breves relatos de limitações ao direito de liberdade de expressão ocorridos no ordenamento jurídico brasileiro. Após formulados tais conceitos, serão analisadas a decisão em específico do TJ-RJ sobre a decisão referente ao Caso “Especial de Natal – Porta dos Fundos”.

O trabalho tem como método de abordagem o dedutivo e a pesquisa se dá por pesquisa bibliográfica com técnica de coleta em documentação bibliográfica e jurisprudencial.

Objetiva-se, como hipótese de pesquisa, demonstrar a impossibilidade de censura prévia nos termos deferidos monocraticamente e liminarmente, em sede recursal em segundo grau do “Especial de Natal Porta dos Fundos 2019: A Primeira Tentação de Cristo” – como proferiu o Presidente do STF, Dias Toffoli, ao deferir monocraticamente a liminar – suspendendo os efeitos anteriores sobre o caso.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo a proteção de diversos direitos fundamentais, concentrados em seu artigo 5º, e também vários outros esparsos no decorrer de seus 250 artigos, sendo que, tais direitos são gravados com cláusula de imutabilidade, não sem motivo, sendo sua proteção especial se justificando nos atos arbitrários e constantes violações ocorridas durante o regime militar.

Dentre os direitos que sofriam constantes afrontas está o direito de liberdade, em todos os seus vieses, no entanto, merece especial atenção um dos desdobramentos desse direito: o de poder expressar livremente seu pensamento, regulado no Art. 150 da Constituição Federal de 1967, importante trazer sua previsão “*ipsis litteris*”

Art 150 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 8º – É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação **sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer.** É assegurado o direito de resposta. **A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade.** Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe (grifo nosso).

Não obstante óbvia a limitação exacerbada da liberdade de expressão presente no texto constitucional, importante ainda, trazer a literalidade de trecho da Lei de Imprensa que regulava trecho constitucional acima citado:

Art. 1º É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, **e sem dependência de censura**, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer.

§ 1º Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe.

§ 2º **O disposto neste artigo não se aplica a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura**, na forma da lei, nem na vigência do estado de sítio, quando o **Governo poderá exercer a censura** sobre os jornais ou periódicos e empresas de radiodifusão e agências noticiosas nas matérias atinentes aos motivos que o determinaram, como também em relação aos executores daquela medida.

Art. 2º É livre a publicação e circulação, no território nacional, de livros e de jornais e outros periódicos, salvo se clandestinos (art. 11) **ou quando atentem contra a moral e os bons costumes** (grifo nosso).

Estes trechos legais servem para contextualizar legalmente essa passagem trágica da história nacional de ausência de liberdade de expressão no ordenamento jurídico pátrio. É digna de referência literal, pois reflete a repressão nesse direito tão fundamental do indivíduo, graças ao movimento de redemocratização da Constituinte de 1988, a liberdade de expressão foi gravada com proteção efetiva contra a censura, resultando no seguinte texto:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, **independentemente de censura ou licença**; (grifo nosso).

Assim, por obra do constituinte originário, toda a Constituição de 1967 foi revogada e, por decisão judicial no bojo da ADPF 130 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), o STF declarou o que era evidente, a Lei de Imprensa, não obstante constitucional levando em consideração o parâmetro constitucional de sua época, não podia subsistir ao novo parâmetro instaurado em 1988, motivo pelo qual, através da análise de compatibilidade material (no qual se analisa o conteúdo da norma infraconstitucional anterior tomando por base o conteúdo da nova constituição), foi declarada não recepcionada (ou revogada por não recepção) (BRASIL, 2009, s. p.). Ou seja, a partir desses momentos, vislumbrou-se iniciar um novo capítulo da história nacional, com previsão de liberdade para os indivíduos.

Na decisão atacada, o desembargador Abicair afirma acertadamente que o direito de liberdade de expressão não é absoluto, e, de fato, nenhum direito – por mais fundamental que possa parecer – não é gravado com superpoderes de fazer cair todos os demais. É da natureza dos direitos fundamentais a fluidez no sentido de que, em confronto com demais direitos, a depender do caso concreto possam ceder, para satisfazer um bem momentaneamente mais importante.

Todavia, reconhece-se, também que, tanto a liberdade de expressão, quanto a liberdade de manifestação e pensamento são os pilares dos direitos fundamentais mais preciosos, sendo, portanto, uma das primeiras necessidades da sociedade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 506), pois um sujeito não pode ser considerado verdadeiramente livre se não puder livremente expressar o que pensa.

Nessa toada Ingo Wolfgang pontualmente afirma que o direito de liberdade de expressão apresenta “preferência sobre os demais”, deve-se perceber que ao realizar tal afirmação não o faz no sentido de que, sempre deverá prevalecer, não é isso, mas sim que, em primeiro lugar: a sua censura será vedada em qualquer caso, em segundo lugar: que aquele que ofender alguém deverá proceder ao desagravo e indenizar o prejudicado, por esse motivo é vedada a expressão de opinião de forma anônima. Logo, ao contrário do que ocorria durante o regime militar, sob a égide no novo ordenamento, o Estado não mais pode impedir a veiculação de um conteúdo, seja ele qual for, e caso o vinculante ofenda ou prejudique alguém será responsabilizado (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 511)

Há de se falar, também, sobre a possibilidade de limitar a liberdade de expressão, isto é, se existe um limite para a liberdade de expressão. Exemplo que pode ser citado é, em que Reale Jr. analisa os votos dos ministros do STF sobre casos de liberdade de expressão, como demonstrado no artigo:

Dessa forma, assevera o Min. Marco Aurélio Mello que “o confronto entre liberdade de expressão e proteção da dignidade humana é de se realizar, não de forma abstrata, mas diante da hipótese concreta, para se verificar se a dignidade de determinada pessoa ou grupo **está correndo perigo**, se essa ameaça é **grave o suficiente** a ponto de limitar a liberdade de expressão” (REALE JR., 2010, p. 384, grifo nosso).

Entende-se, portanto, que a evidência da dignidade de determinado grupo estiver – claramente – com possibilidade de adversidade, a liberdade de expressão deve ser suprimida.

Entretanto, há de se questionar se existe um limite à liberdade de expressão, que não pode ser confundido com censura. Isto é, a própria Constituição determina possibilidades em que se limitará a liberdade de expressão, utilizando do direito fundamental pelas regras que a Constituição assegura (MENDES, 1994, p. 298). O que, em tese, é necessário. Caso contrário a liberdade de expressão se caracterizaria como absoluto – em todos os casos – e outros direitos fundamentais ficariam reprimidos (MENDES, 1994, p. 298).

Tais restrições, que só podem ser realizadas quando fundamentada pela própria Constituição, não diminui a notoriedade da liberdade de expressão (BARROSO, 2001, p. 8). Um exemplo a ser realizado é a relação entre um lado defender uma liberdade de expressão, junto com a liberdade de comunicação, e no outro lado a defesa de personalidade que possa ser ferido. Desta feita, acontece a chamada “colisão de direitos fundamentais” (MENDES, 1994, p. 298).

Sendo apenas o caso de ponderação que possa limitar o direito de liberdade de expressão, há de se ressaltar que tal medida não pode ser realizada através da censura prévia – e nisso não há discussão (BARROSO, 2001, p. 9). Afinal, a Constituição reprime essa exceção em seu artigo 220, § 2º.

Posta tal citação, deve-se analisar como caracterizar se a “ameaça” justifica a conduta da supressão. Para tanto, ainda usufruindo do texto mencionado de Reale Jr. (2010, p. 391), é realizada uma análise da proporcionalidade. Visando: (i) se meio que será realizado a supressão do direito fundamental é realmente adequada; (ii) a necessidade de **não haver outra maneira** eficiente para a resolução do problema; (iii) se a relevância de tal finalidade realmente justifica a liberdade reprimida (REALE JR., 2010, p. 391).

Em um estudo superficial sobre as liberdades em espécie analisadas, pode-se estudá-las quanto:

(a) liberdade de manifestação do pensamento (incluindo a liberdade de opinião); (b) liberdade de expressão artística; (c) liberdade de ensino e pesquisa; (d) liberdade de comunicação e de informação (liberdade de “imprensa”); (e) liberdade de expressão religiosa (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 506).

Em vista dos apontamentos feitos, pode-se classificar a liberdade de expressão “na liberdade de exprimir opiniões, portanto, juízos de valor a respeito de fatos, ideias, portanto, juízos de valor sobre opiniões de terceiros etc.” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 507). Para o presente trabalho, será analisado sobre os fundamentos da liberdade de expressão que possam se fundamentar no caso: “ESPECIAL DE NATAL PORTA DOS FUNDOS – 2019: A PRIMEIRA TENTAÇÃO DE CRISTO” (BRASIL, 2020a), objeto de análise.

Assim, como primeira conclusão, pode-se extrair que a Constituição Federal de 1988, revogou as disposições da Constituição anterior que previam a possibilidade do Estado promover a censura prévia, e que, justamente, essa vedação faz com que o direito de liberdade de expressão tenha preferência sobre os demais, o que não significa dizer que ele é absoluto, pois ele, assim, como todos os demais direitos, admitiram limitação no caso concreto desde que respeitem a metanorma da proporcionalidade exigindo um ônus argumentativo robusto para afastar ou reduzir seu suporte fático no caso concreto.

2 BREVES RELATOS DE LIMITAÇÕES AO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO OCORRIDOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No presente tópico três casos emblemáticos serão analisados, o caso “Rafinha Bastos”, “Ellwanger” e o caso “Mein Kampf”, de modo a tentar fazer uma correlação entre o direito de liberdade de expressão, o modo como alguns juízes analisam os casos, o fruto das decisões e a possível interferência da moral no produto final dessas decisões.

O primeiro caso a ser analisado se relaciona ao Humorista Rafinha Bastos, de fato, um dos casos, pois o comediante já protagonizou mais de uma dúzia de episódios semelhantes (RODRIGUES, 2011, s. p.). No seio da comédia está a arte de fazer piada, donde se questiona: até onde pode ir o exercício do direito de satirizar? Há, entre os humoristas o dogma de que piada, quanto pior melhor, quanto mais ridicularizar alguém mais engraçado fica, que o “*animus jocandi*” permitiria todo e qualquer tipo de exposição, pois a intenção não seria ofender, mas apenas brincar e fazer rir.

Em 2011, as discussões sobre o limite da piada se intensificaram quando a Revistas Rolling Stones, em uma de suas edições, conseguiu a um só tempo escandalizar a Igreja ao postar na Capa o comediante Rafinha Bastos, fantasiado de Cristo, e a comunidade feminista ao afirmar que: “Toda mulher que eu vejo na rua reclamando que foi estuprada é feia pra caralho. [...] Tá reclamando do quê? Deveria dar graças a Deus. Isso pra você não foi um crime, e sim uma oportunidade. [...] Homem que fez isso [...] não merece cadeia, merece um abraço” (BASTOS apud RODRIGUES, 2011, s. p.). Ao que se questiona, teria a liberdade de expressão artística limites?

Todavia, indiscutivelmente, sua maior polêmica envolveu o caso Rafinha Bastos x Wanessa Camargo. O Humorista foi condenado no ano de 2011, com decisão confirmada pela 4ª Turma do STJ no bojo do Recurso Especial 1.487.089 (BRASIL, 2015, s. p.) confirmado em definitivo em 2015 ao pagamento de R\$ 150.000,00 à ofendida, seu esposo e filho (nascituro à época), por ter proferido em programa de televisão com repercussão nacional – CQC – a seguinte frase: “comeria ela e o bebê, não tô nem aí”, alusão ao fato de que manteria relações sexuais com a artista, mesmo ela estando grávida.

Com base, em toda a teoria de direitos fundamentais e liberdade de expressão a decisão foi acertada no sentido que o exercício da liberdade de expressão, qualquer que seja o seu desdobramento, tem o dever de respeitar o limite no arcabouço jurídico das demais pessoas, e, no caso em tela, Rafinha Bastos falou o que lhe veio à cabeça, e ninguém lhe proibiu de falar, mas teve de arcar com os prejuízos causados por ter ofendido a honra de toda a família de Wanessa Camargo.

Na sequência, importante trazer à discussão, o julgamento do *habeas corpus* impetrado por Siegfried Ellwanger Castan e julgado pelo STF registrado sob o número HC 82.424, julgado em 19/03/2003, de relatoria de Moreira Alves (BRASIL, 2003, s. p.). Em informações sucintas – para se utilizar como exemplo de estudo – o caso Ellwanger diz respeito à criminalização do autor que publicou livros com caráter antissemita e com questões negacionistas históricas sobre o holocausto em seu conteúdo (DAVID; BONATO, 2017, p. 427).

Não se entrará no prisma dogmático penal para se analisar se a sentença está de acordo com determinadas teorias penais. O intuito é analisar, demonstrado pela divergência³ dos votos no supremo, como há discussão entre liberdade de expressão contra a dignidade da pessoa humana – fundamentada pela proteção ao povo judeu.

Entre os votos, o mais interessante a se ressaltar na determinada ‘colisão’ de princípios, é do Ministro da época, Carlos Ayres Britto. Em que se foi manifestado, pelo julgador, o receio da liberdade de expressão e a liberdade artística – independente de censura ou licença –, isto é, os modelos da autonomia da vontade serem reprimidos (REALE JR., 2010, p. 383).

É fundamental deixar ressaltado que **não se coaduna** no presente trabalho com o que fora escrito por Ellwanger, apenas a análise se – pelo prisma da liberdade de expressão – ele pode realizar os escritos sobre o negacionismo histórico.⁴

[...] 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).

[...] 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energeticamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, “negrofobia”, “islamofobia” e o anti-semitismo.

³ A divergência do STF na sentença se dá de tal maneira: Os ministros do Supremo divergiram durante a votação, sendo que o HC teve como resultado final o indeferimento por maioria de oito votos. Os ministros Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Cezar Peluso votaram pelo indeferimento, enquanto que os ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Carlos Britto concediam a ordem, ainda que tenham divergido entre si nas razões para concessão (DAVID, BONATO, 2017, p. 427).

⁴ O negacionismo é outro ponto polêmico que merece atenção, pois permite o questionamento de: até onde o indivíduo tem a liberdade de crer ou deixar de crer em algo?

[...] 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. [...] (BRASIL, 2003, s. p.).

Desta feita, ainda pode-se falar na questão do Direito ao humor – com sua base pela liberdade de expressão. Tanto que a discussão que gravita em torno de qual seria o limite ao humor é algo extremamente corriqueiro no Brasil atual. Exemplificado por inúmeras discussões do tema, gerado por documentários, programas de televisão, seja em rede aberta ou privada, e (principalmente) nas redes sociais (CAPELOTTI, 2014, p. 10).

No caso, em tela, o STF denegou o HC impetrado por Ellwanger, não por ter apresentados um viés negacionista ao seu texto, mas, por ter apresentar trechos nos quais faz “apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias” de modo a inferiorizar os Judeus. Tendo o STF concluído que, ao publicar tais ideias incorrer em racismo, fazendo a corte uma mutação do sentido de raça para incluir os Judeus nesse aspecto e classificar a conduta de Ellwanger como antissemita. Logo, nesse segundo caso, é possível identificar que, ao exercer o direito de liberdade de expressão o titular, caso desrespeite outros direitos fundamentais pode, inclusive, responder criminalmente pelo dano causado, desde que, sua conduta possa ser tipificada legalmente como crime.

Por fim, o derradeiro caso a ser analisado é o caso de censura ocorrido no ano de 2016, no qual o juiz da 33ª Vara Criminal do Rio de Janeiro proibiu a venda do livro: *Minha Luta (Mein Kampf)*, em alemão), escrito por Adolf Hitler, em 1925, no bojo do processo (BRASIL, 2016, s. p.). A decisão, assinada pelo juiz Alberto Salomão Júnior, foi proferida em ação cautelar ajuizada pelo Ministério Público estadual, sujeitando seu descumprimento a multa de R\$ 5 mil. A fundamentação da decisão gira em torno do fato de que supostamente a obra incite práticas de intolerância contra grupos sociais, étnicos e religiosos.

Sobre a obra, tratava de escritos de Hitler em seu momento de prisão originalmente, o primeiro volume redigido em 1925 servia de guia ideológico para a ação nazista. Na sequência, os direitos autorais que pertenciam a Hitler foram entregues ao Estado da Baviera, que se recusou a publicar. Em dezembro de 2015 o livro passou

a domínio público. Após o que foi republicado pela Associação Histórica de Munique com glosas e, de certa forma, desmentindo algumas informações por ele narradas, recorrendo alguns fatos apresentados como absurdos. Não prevendo em seu conteúdo nenhuma afirmação antissemita e, mesmo, assim teve sua venda proibida. No próprio Estado da Baviera existe apoio à publicação do livro comentado.

Os dois casos retratam os horrores do nazismo, o primeiro nega o holocausto e promove o *hate speech*, já o segundo, é uma obra histórica do próprio Hitler no qual há o contraditório de todas as afirmações absurdas trazidas por ele, não há, assim, apologia ao nazismo ou negação do holocausto, muito pelo contrário, oportuniza o leitor fazer uma incursão na mente do algoz e suas ideias hegemônicas e contraditórias na mesma obra, o que se demonstra um exercício eficiente de argumentação em direitos fundamentais.

Retome-se, não se está a defender o nazismo ou o *hate speech*, muito pelo contrário, se está a defender a liberdade de expressão quando esta se apresenta de valiosa importância para a dialéctica de ideias e, como no presente caso, apresenta argumentos contra a loucura de Hitler.

Comungam da mesma opinião Carlos Eduardo Correa Duarte: “Penso que proibir e negar o acesso a Mein Kampf por meio de medida judicial vai na contramão dos anseios sociais. [...] não permitir que o outro se expresse não é um ato democrático em uma sociedade democrática” (DUARTE, 2016, s. p.).

Não se pode esquecer da máxima popular, mas muito acertada: “gosto não se discute” e, na maioria dos casos em que se questiona a liberdade de expressão, é exatamente disso que se está falando, à exemplo dos episódios ocorridos em 2017: Exposição com nudez no MAM (Museu de Arte Moderna) de São Paulo a respeito da qual houve manifestações populares tão intensas que a exposição foi cancelada. E, ainda, a exposição sobre diversidade sexual intitulada *QUERMUSEU – Cartografias da diferença na arte brasileira*, que ficou em cartaz quase um mês no Santander Cultural no Rio Grande do Sul, no Rio de Janeiro o prefeito à época, Marcelo Crivella, proibiu sua exibição, o Juiz da 1ª Vara de Infância e Juventude proibiu o acesso de menores de 14 anos, sendo reformada na 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por, segundo a fundamentação da decisão, ser ausente de amparo legal (MARTINS, 2019, p. 767).

Esses são apenas alguns dos casos que o judiciário tem se deparado ao analisar o confronto entre o direito de liberdade de expressão e os demais direitos. Assim, fica claro que o direito de liberdade de expressão, não obstante, tenha preferência sobre os demais, deve respeitar os indivíduos, e, caso haja, afronta e prejuízo o titular do exercício

deverá se responsabilizar civil e criminalmente, mas se encerra o presente tópico com a conclusão que o judiciário nacional parece estar caindo no canto das sereias e ameaça sucumbir à moralidade no julgamento de casos relacionados à liberdade de expressão.

3 ANÁLISE DO DEFERIMENTO LIMINAR EM SEGUNDO GRAU (6ª CÂMARA TJ-TJ) DO PEDIDO DE PROIBIÇÃO DE EXIBIÇÃO DO “ESPECIAL DE NATAL PORTA DOS FUNDOS – 2019: A PRIMEIRA TENTAÇÃO DE CRISTO”

Chegando ao tópico final do presente artigo se propõe uma reflexão, serão citados dois casos aqui, e sua fundamentações, um deles de meados de 1800 e outro dos tempos atuais, devendo o leitor identificar qual das fundamentações é a contemporânea:

Senhores, ao iniciar esse debate o Ministério Público se vê na presença de uma dificuldade que não pode disfarçar. Ela não reside na própria natureza da acusação: ofensas à moral pública e à religião são sem dúvida expressões um pouco vagas, um pouco elásticas, que é preciso esclarecer. Mas, quando se fala em espíritos íntegros, é fácil entender-se a esse respeito, distinguir se tal página de um livro **ofende a religião ou a moral**. [...] **sem grifos no original** (CRISTOFARO; NEVES, 2019, p. 91).

O trecho supracitado traz a sustentação oral de membro do Ministério Público que via numa obra literária de ficção de retratava a história de um casamento no qual a esposa, deprimida e infeliz com seu casamento, têm diversos relacionamentos extra conjugais, sendo que, por fim, mesmo seu esposo a perdoando põe fim a sua própria vida e ele acaba falecendo, aparentemente, de tristeza. O autor e o meio de comunicação que publicou os escritos como dito acima, foram processados por ferir a moral e a religião, tendo, o Ministério Público, segundo suas palavras, receio de que o romance pudesse influenciar as jovens moças a copiar o comportamento da protagonista e, assim, prejudicar a formação das famílias da época, além de incomodar o procurador a sensualidade percebida nas cenas descritas pelo romancista. O desejo do procurador era defender a verdadeira arte (CRISTOFARO; NEVES, 2019, p. 91).

Ciente de todo o enredo, não obstante os argumentos apresentados pelo Ministério Público, o resultado final não foi a censura o que é digno de comemoração, no entanto, o motivo da improcedência do pedido não se comemora. O advogado ciente de que se argumentasse que seu cliente tinha liberdade para se opor literariamente à moral e a religião – quaisquer que fossem – certamente seu cliente teria sido condenado, então, no intuito de obter sucesso em sua defesa argumentou que: “O Sr. Gustave

Flaubert encontra-se ao meu lado; ele afirma diante de vós que fez um livro honesto; afirma diante de vós que o pensamento de seu livro, da primeira à última linha, é um pensamento moral, religioso que, se não fosse desnaturado [...] esse pensamento seria para vós o que foi para os leitores do livro” (CRISTOFARO; NEVES, 2019, p. 91).

Ou seja, o livro somente não foi censurado, pois o advogado fez a corte crer que o livro ao invés de realçar a lascívia da adúltera, procurou fazer uma exortação à moral e aos bons costumes frisando seu fim trágico: o suicídio. Logo, os fins foram bons, mas os meios são, pois apenas reafirmou que a moral e a religião podem interferir na liberdade de expressão.

No segundo caso a ser analisado os pedidos e a fundamentação do pleito são:

A parte reclamante sustenta que a ação de referência funda-se na alegação de que a sátira veiculada constitui **“um ataque ‘frontal, bárbaro e malicioso ao conjunto de crenças e valores que cercam a figura do Cristo, do Deus uno e trino, da Santíssima Virgem e seu esposo, São José’** [ultrapassando, assim] os limites da liberdade artística protegida pelo texto constitucional”. [...] com o objetivo de **impedir a difusão de conteúdo audiovisual intitulado “Especial de Natal Porta dos Fundos: A Primeira Tentação de Cristo”** e “qualquer alusão publicitária ao referido filme”, bem como a condenação dos réus “ao pagamento de danos morais coletivos decorrentes da exibição da obra” (BRASIL, 2020b, grifos nossos).

O pedido foi analisado em primeira instância e teve o pleito liminar, negado, do qual houve recurso ao Tribunal competente, que, monocraticamente e liminarmente, deferiu integralmente o pedido, no seguinte sentido:

i) “o Exmo. Desembargador plantonista Cezar Augusto Rodrigues Costa [] indeferiu o pedido de concessão de efeito suspensivo [ao recurso – autuado no plantão como AI nº 0343734-56.2019.8.19.0001]”, porém, **“de ofício**, na parte final de sua r. Decisão, [instituiu] a obrigação à Netflix de incluir ‘no início do filme e na publicidade do mesmo um aviso de gatilho de que se trata de uma sátira que envolve valores caros e sagrados da fé cristã’; e ii) em 8/1/2020, o Relator do feito (AI nº 083896-72.2019.8.19.0000), Desembargador Benedicto Abicair, antecipou a tutela recursal, para determinar à ora Reclamante que suspenda a exibição do filme ‘Especial de Natal Porta dos Fundos: A Primeira Tentação de Cristo’”. Alega-se que a decisão de 8/1/2020 conclui que “a manutenção da exibição do vídeo humorístico possuiria a capacidade de provocar danos mais graves e irreparáveis do que a suspensão de sua veiculação”, fundamentando-se no entendimento de que “o direito às liberdades de expressão, imprensa e artística, que não são absolutos, **não poderiam servir de respaldo para toda e qualquer manifestação, ‘ quando há dúvidas sobre se tratar de crítica, debate ou achincalhe ’, sendo necessária a ponderação dos direitos para evitar a ocorrência de excessos”** (BRASIL, 2020b, grifo do original).

O desembargador relator do caso identifica:

Vislumbro, no caso concreto, que o mais importante nessa fase prematura, quando não se adentra o mérito, neste se exigindo o pleno contraditório, apurar se o dano será maior com a manutenção no ar do filme ou com sua suspensão. [...]

Apurei, inclusive, que em decorrência dessa “sátira” teria ocorrido um atentado contra a primeira Agravada, em vias de apuração policial. Veja-se que reações dessa natureza sempre podem motivar consequências irreversíveis e desdobramentos inimagináveis, o que, aparentemente, **não ocorreu**. [...]

O que se pretende, nos autos, é apurar, **dentro dos princípios morais**, constitucionais e legais como caracterizar o procedimento da primeira Agravada com sua “obra de arte”. Ainda não há subsídios suficientes, sob minha ótica, para essa interpretação definitiva (BRASIL, 2020a, grifo nosso).

Assim, o juízo de segunda instância deferiu a liminar pleiteada no sentido de determinar a censura da obra artística publicada. Das 40 páginas de acórdão, apenas 5 continham o enfrentamento do Desembargador Relator acerca do tema, e, nas poucas linhas nas quais tentou fundamentar seu pedido não se consegue achar fundamentação jurídica qualquer, todavia, o que salta aos olhos é a fundamentação do juiz na moral. Seria como se o relator pretendesse corrigir o direito, nesse caso gravemente a Constituição Federal que é de clareza límpida ao proibir terminantemente a censura prévia, com a moral religiosa.

A esse ponto, provavelmente, o leitor já deve ter se dado conta de que o último caso relatado é o objeto do presente estudo e narra a censura realizada contra a empresa de Streaming Netflix e a produtora Porta dos Fundos, no qual tiveram contra si a decisão que perdurou apenas dois dias, mas suficiente para causar espanto na semelhança com a fundamentação da acusação do primeiro processo citado nesse tópico.

O espanto será maior que o leitor tomar conhecimento de que o julgamento do primeiro processo ocorreu há mais de cento e cinquenta anos atrás, isso mesmo, o primeiro processo teve sua sessão de julgamento em 29 de janeiro de 1857, no qual o Ministério Público requeria a responsabilização de Flaubert e a Revista Reuer de Paris, pela publicação da obra “*Madame Bovary*”, e apresenta a mesma fundamentação obtusa do segundo julgado apresentado que foi analisado em janeiro de 2020: moral.

A utilização da moral para responder problemas jurídicos é um problema e tanto. O que irá trazer aspectos moralistas para uma discussão de *quaestio iuris*, comprometendo o entendimento do fato. Como citação, pode-se fazer a comparação entre o campo da moral intervindo no ativismo judicial:

Só que tudo isso é dito para cima e para baixo, isto é, os mesmos julgadores que apelam a uma pretensa literalidade lançam mão, em outros momentos, de um arcabouço de argumentos morais para corrigir a legislação. **E, assim, a moral corrige o direito** (STRECK, 2016, p. 727, grifo nosso).

O mesmo acontece quando a moral intervém no campo de análise sobre a repressão ou não (censura ou não, no caso em análise) do direito fundamental de liberdade de expressão. Lênio Streck é inflexível ao afirmar que direito e moral, direito e política devem andar separados, pois o momento adequado para a análise moral do direito é no ambiente democrático adequado, ou seja, no parlamento, onde, pretensamente todas as morais e visões de vida estão representadas e se refletem na elaboração das leis (STRECK, 2019).

Aqui pode-se citar alguns problemas em realizar a correção do direito pela moral: **em primeiro lugar**, não pode o juiz – órgão ausente de legitimidade democrática, e ao arrepio da lei e, principalmente, da Constituição Federal, promover a censura vedada na Constituição Federal, esse não é ambiente propício para tratar de moral, a moral predominante é definida num contexto democrático e não monocrático.

Em segundo lugar, não há colisão entre direitos fundamentais, pois, ao contrário do alegado na inicial e na decisão o agravo de instrumento, a obra satiriza a paixão de Cristo, mas não impede ninguém de ir à igreja ou menospreza a instituição.

Em terceiro lugar, entender que, descrever Jesus Cristo como Homossexual, é uma afronta é o mesmo que entender que homossexuais são desprezíveis, e promover discriminação da minoria, em apenas levanta a possibilidade discussão acerca de um Jesus, será que ele seria tão venerado?

Em quarto lugar, não houve promoção de *hate speech* (discurso de ódio) em quaisquer das cenas, tampouco, a alegação de tal fato no decorrer do processo, mesmo tendo o julgador pesquisado se após a veiculação do especial houve algum processo criminal instaurado para relatar violências incitadas pelo especial, nada foi encontrado.

Em quinto lugar, impedir a censura prévia ultrapassa a esfera individual subjetiva dos interesses da lide, e assume feição objetiva no sentido de que, caso essa censura fosse confirmada (ou seja, pois o processo ainda está em fase inicial), tal decisão, poderia ser considerada como precedente para o alargamento da censura em vários outros casos, correndo o risco de aproximação com um regime totalitário, o que se mostra danoso objetivamente para toda a sociedade (mesmo para os que pugnam inconscientemente pelo retorno do regime militar).

Em sexto lugar, além do direito não poder corrigir a moral, o direito não tem o condão de julgar o conteúdo da arte, durante o julgamento aventou-se o excesso de

palavras de baixo calão desnecessárias e várias expressões chulas, segundo o juízo de primeiro grau, o especial pode ser classificado como de mau gosto, mas não cabe ao judiciário corrigir a arte.

Em sétimo lugar, não se pode esquecer que já faz alguns séculos que o Estado se desvinculou da igreja e lhe confere na sociedade o papel que lhe incumbe: o de velar pela fé e acolher seus fiéis, não podendo com ela se relacionar em nenhum aspecto, nem para embarçar-lhe o funcionamento (garantia de isenção de impostos), nem para subvencionar-lhes. Inclusive, garante o atendimento religioso nas escolas e presídios. Essa é a relação de deve haver entre igreja e Estado: de distanciamento seguro e sem interferências recíprocas.

Por fim, **em oitavo lugar**, não se pode olvidar que o direito de liberdade de religião igualmente não é absoluto e que, por vezes a religião tem ofendido os demais ramos da sociedade e promovido, inclusive, *hate speech* (discurso de ódio), acerca do assunto do STF se manifestou a respeito no sentido: em 26 de maio de 2018, o STF decidiu no bojo da ADI 2566 de relatoria de Alexandre de Moraes (BRASIL, 2018a, s. p.). Logo, parece que o desembargador Relator do caso foi tentado a retroceder na história 150 anos para achar que moral pode, de alguma forma, corrigir o texto constitucional, ou talvez menos, que tenha retrocedido ao período ditatorial no qual a censura prévia era permitida.

Interessante notar que naquela ocasião se discutia alargar (liberdade de expressão religiosa) um direito que no presente caso se pretende reduzir (liberdade de expressão artística), naquele processo pedia-se a declaração de inconstitucionalidade do §1º do artigo 4º da lei 9612 de 1998 que proibia o proselitismo em programação de rádios comunitárias. A liberdade religiosa compreende não apenas o direito de escolher uma religião, mas também o de tentar convencer os demais (embora pareça absurdo), que a sua religião é a melhor, mesmo que para tanto tenha que desmerecer as demais religiões, ou seja, falar mal de outras religiões.

Como resultado daquele processo, do julgamento da ADI 2566, o STF entendeu pela inconstitucionalidade de qualquer lei que impeça o proselitismo. Desse modo, a prática do proselitismo, ainda que feita por meio de comparações entre as religiões (dizendo que uma é melhor que a outra) não configura, por si só, crime de racismo. Só haverá racismo se o discurso dessa religião supostamente superior for de dominação, opressão, restrição de direitos ou violação da dignidade humana das pessoas integrantes dos demais grupos. Tendo como limitação a vedação do hate speech, foi o que decidiu o STF em RHC em 2018: **“A incitação ao ódio público contra quaisquer denominações religiosas e seus seguidores não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão”** (BRASIL, 2018b, grifo nosso).

Da comparação entre o pedido da associação religiosa que pede a censura de uma produção artística e o pedido de inconstitucionalidade da vedação do proselitismo, que inclui falar mal de outras religiões, facilmente se percebe que os dois casos tratam da mesma coisa: pedido de abstenção do Estado com relação ao direito de liberdade de expressão. O princípio da igualdade determina que: se é permitido que uma rádio comunitária tenha programa religioso fazendo proselitismo – que nada mais é do que o eufemismo para: falar mal de outras religiões, por que não seria permitido que uma produtora fizesse um especial de natal retratando Cristo como homossexual?

Juridicamente, caso o STF em grau de definitividade recursal analise o caso, deve atuar com coerência, afinal, caso decida de maneira diversa deverá implementar um ônus argumentativo muito forte para explicar o motivo de desrespeitar a Constituição Federal e censurar a produção artística.

CONCLUSÃO

O que se propôs com o presente trabalho foi analisar a decisão liminar monocrática proferida no bojo dos autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0083896-72.2019.8.19.0000, proferido em 07 de janeiro de 2020, pelo desembargador relator Des. Benedicto Abicair, no sentido de proibir a exibição da produção artística “ESPECIAL DE NATAL PORTA DOS FUNDOS – 2019: A PRIMEIRA TENTAÇÃO DE CRISTO”, apesar de sua efemeridade (referida decisão foi reformada pelo STF dois dias depois) é de fundamental importância enumerar os motivos de sua: inconstitucionalidade rasgada, sua incoerência gritante e sua moralidade descarada.

Como fundamento teórico do artigo no primeiro capítulo se concluiu que apesar de nenhum direito ser absoluto, por ser impassível de censura prévia a liberdade de expressão tem preferência sobre os demais, mas que pode ceder a outros direitos no caso concreto, sempre exigindo um ônus argumentativo forte para fazê-lo ceder com base no postulado da proporcionalidade.

No tópico seguinte foram trazidos dois casos nos quais se demonstram a diminuição da liberdade de expressão em nome de bens maiores: Caso Ellwanger e Rafinha Bastos x Wanessa Camargo, e um último caso no qual, a liberdade de expressão cedeu injustificadamente, na proibição de venda da obra de Hitler comentada pela Sociedade Histórica de Munique: “Mein Kampf”.

Assim, foram trazidos inicialmente dois casos, um de 1857 analisando a censura e responsabilização do autor de obra escrita e a análise do “ESPECIAL DE NATAL PORTA

DOS FUNDOS – 2019: A PRIMEIRA TENTAÇÃO DE CRISTO”, donde se percebeu que, apesar de separados por mais de 150 anos, ambos os processos se fundamentam na moralidade. Nessa oportunidade, foi trazido uma série de argumentos que fundamentam a inconstitucionalidade, incoerência e incorreção a decisão analisada.

Por fim, para arrematar no que tange a coerência, fez a análise do pedido em tela pela censura do especial de natal e o pedido formulado anos antes em prol da permissão da realização do proselitismo (eufemismo para: permissão para falar mal de outras religiões). Donde se concluiu que o que se pretende combater hoje – liberdade de expressão da Produtora Porta dos Fundos, é exatamente, pelo que se lutou na ADI 2566 – a liberdade religiosa para falar mal das outras religiões.

Não obstante a efemeridade da decisão analisada, e a sua reforma pelo STF importante salientar a necessidade do debate, pois o processo iniciou-se à pouco pendente ainda de muitos atos até seu encerramento. Ademais, é premente a discussão da inadequada correção do direito pela moral, e, da necessidade de coerência e integridade das decisões oriunda do STF, no sentido de que: se é permitido o proselitismo que nada mais é que falar mais de outras religiões, a veiculação de especial de natal de retrata Jesus Cristo homossexual também deveria ser.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marco Rodrigo; FINOTTI, Ivan. Se não tem graça, piada vira grossura. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, p. E-3, 22 out. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle de programação de televisão na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, n. 790, p. 129-152, ago. 2001: [versão online p. 1-23].

BRASIL. Lei n. 7.347, de 25 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 jul. 1985, p. 10649. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento n. 0083896-72.2019.8.19.0000 RJ**, da 6ª Câmara Cível. Autor Associação Dom Bosco de Fé e Cultura e Réus Netflix Ltda. e Porta dos Fundos Produtora e Distribuidora Audiovisual S.A. Relator: Benedicto Abicair. Decisão: 07 jan. 2020.

BRASIL. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. **Medida Cautelar Inominada 0030603-92.2016.8.19.000 RJ**, 33ª Vara Criminal. Autor Ministério Público do Rio de Janeiro e Réus Centauro Editora e Distribuidora de Livros ME, Geração Editorial Ltda, Saraiva e Siciliano S.A. Relator: Alberto Salomão Júnior Decisão: 22 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2566**. Requerente Partido Liberal, Intimados Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Alexandre de Moraes. Decisão: 25 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130 – DF**. ARGTES: Partido Democrático Trabalhista, Presidente da República e Congresso Nacional. INTDO: Federação Nacional dos Jornalistas Profissionais, Associação Brasileira de Imprensa, Artigo 19 Brasil. Relator: Carlos Britto. Julgamento: 30 de abril de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus n. 82424-2** – Justiça Estadual do Rio Grande do Sul. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrados: Werner Cantalício João Becker e Superior Tribunal de Justiça. Relator para Acórdão: Moreira Alves. Decisão: 17 set. 2003

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Reclamação n. 38.782** Justiça Estadual do Rio de Janeiro. Reclamante GI Events Exhibitions Ltda., Reclamado: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Beneficiário: Município do Rio de Janeiro. Relator: Gilmar Mendes. Decisão: 9 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 146303** Justiça Estadual do Rio de Janeiro. Recorrente: Tupirani da Hora Lores, Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Edson Fachin. Julgamento: 06 mar. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.487.089** do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recorrente Rafael Bastos Hocsman, Recorridos Marcos Buaiz e Wanessa Godoi Camargo Buaiz. Relator para Acórdão Ministro Marco Buzzi. Decisão: 04 dez. 2015.

CAPELOTTI, João Paulo. O humor entre a crítica social e o dano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 939, p. 15-59, jan. 2014: [versão online p. 1-30].

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. Flaubert. In: NEVES, José Roberto de Castro (Org.). **Os Grandes Julgamentos da História**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018. p. 83-103.

DAVID, Décio Franco; BONATO, Gilson. Negacionismo histórico e o caso Ellwanger: efetividade ou simbolismo da norma penal? Uma análise sob a perspectiva da teoria do bem jurídico-penal. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 1, n. 46, p. 425-464, jul. 2017.

_____.; MACCOPPI, Jaqueline Alexandra. Punitivismo pós-moderno: hipertrofia penal e fetiche punitivo pela mídia e discurso de crise. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v.26, n. 311, p. 1-2, out. 2018.

DUARTE, Carlos Eduardo Correa. Não se pode deformar a história para acertar discursos. **Jota**, fev. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/deformar-a-historia-para-acertar-discursos-24022016>. Acesso em: 25 maio 2020

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 31, n. 122, p. 297-301, abr./jun. 1994.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.

REALE JR., Miguel. Limites à liberdade de expressão. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 374-401, jul./dez. 2010.

RODRIGUES, André. A graça de um herege. **Rolling Stone**, São Paulo, v. 1, n. 56, p. 1-10, maio 2011. Disponível em: <<https://rollingstone.uol.com.br/edicao/56/a-graca-de-um-herage>>. Acesso em: 25 maio 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016.

_____. **Precisamos falar sobre direito e moral**: os problemas da interpretação e da decisão judicial. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

SANDBOX REGULATÓRIO COMO ALTERNATIVA DE REGULAÇÃO DE FİNTECHS

REGULATORY SANDBOX AS AN ALTERNATIVE FOR FİNTECHS REGULATION

Ariê Scherreier Ferneda¹

Aron Vitor Fraiz Costa²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o *sandbox* como alternativa de regulação das *fintechs*. Essas, por sua vez, são empresas de tecnologia que atuam no mercado financeiro, como Nubank e Picpay, por exemplo. Entretanto, diante da complexidade de atuação e do seu não enquadramento em modelos tradicionais de regulação realizadas pela CVM, pelo BACEN ou pela SUSP, não é possível determinar, de forma eficiente, os limites regulatórios da atividade, sequer a determinação da competência para tanto. Desse modo, apresenta-se como alternativa a implementação de um *sandbox*, o qual consiste em um espaço destinado a empresas tecnológicas e inovadoras que atuam no mercado financeiro e de capitais. Ademais, essa ferramenta permite que as empresas validem e testem os seus serviços, bem como seus modelos de negócios, em um ambiente real de interação com seus consumidores finais, porém, de modo controlado e administrado pela autoridade reguladora, seguindo as regras pré-determinadas. Assim, através do método hipotético-dedutivo, pretende-se demonstrar a necessidade de um modelo de regulação alternativo e adequado às novas tecnologias do mercado financeiro, com o fim de atender aos objetivos principais da regulação, quais sejam: (i)

¹ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Integrante do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito. Coordenadora-Adjunta do Grupo de Estudos Trabalhistas. Fundadora do NÔMA – Norma e Arte. *E-mail*: ariefernedaxx@gmail.com

² Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Integrante do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito. *E-mail*: aronvitor@gmail.com

proteção ao investidor; (ii) proteção do consumidor no financiamento de varejo; (iii) estabilidade financeira; (iv) eficiência do mercado; v) concorrência; (vi) prevenir crimes financeiros. Dessa forma, entende-se que o *sandbox* é uma alternativa que oferece um espaço controlado, em que as regras da atividade são previamente definidas, e que promove maior aproximação entre o agente regulador e o regulado. Percebe-se, com isso, maior segurança aos usuários, bem como a possibilidade incremento da concorrência e de inovação do mercado. Por fim, concluiu-se que é necessário que os agentes regulem a atividade das Fintechs no mercado financeiro, com o objetivo de proteger o interesse público, garantindo, assim, a eficiência do mercado, a concorrência de forma leal, proteção do consumidor e do investidor, bem como coibir práticas de crimes contra a ordem econômica.

Palavras-chave: *Sandbox*; *Fintechs*; Regulação; Inovação; Mercado Financeiro.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Marcus Vinicius Cardoso. Blockchain e o mercado financeiro e de capitais: riscos, regulação e sandboxing. **Inspere**, abr. 2019. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2019/04/20190821_blockchain_mercado_financeiro_capitais_riscos_regulacao_sandboxing.pdf>. Acesso em: 05 maio 2020.

COUTINHO FILHO, Augusto. Regulamentação ‘sandbox’ como instrumento regulatório no mercado de capitais: principais características e prática internacional. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 264-282, ago. 2018.

GRUPENMACHER, Giovana Treiger. **As plataformas de negociação de criptoativos**: uma análise comparativa com as atividades das corretoras e da Bolsa sob a perspectiva da proteção do investidor e da prevenção à lavagem dinheiro. 2019. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019.

MELLO, José Luiz Homem de et al. Desafios regulatórios em torno da emissão e negociação de criptoativos e o *sandbox* como uma possível solução. **Inspere**, abr. 2019. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2019/04/20190821_Desafios_regulatorios_em_torno_da_emissao_negociacao_criptoativos_e_sandbox_possivel_solucao.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

WINTER, Estéfano Luis de Sá. Sandbox Regulatória e os desafios das Fintechs. **Revista de Estudos Jurídicos UNA**, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 60-73, 2018.

ANTÍDOTO DA TRIBUTAÇÃO NA ERA DIGITAL: APONTAMENTOS CRÍTICOS SOBRE A COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA ATIVA NO MERCADO DOS *SOFTWARES*

ANTIDOTE OF TAXATION IN THE DIGITAL AGE: CRITICAL NOTES ON ACTIVE TAX COMPETENCE IN THE SOFTWARE MARKET

Jeferson Ferreira dos Santos¹

RESUMO

O presente estudo pretende ante o olhar científico, investigar as alterações do mercado digital e os desafios promovidos pela Revolução Tecnológica do século XXI, assunto amplamente discutido em todo o mundo. Objeto esse, que toca especificamente a superação da economia “tradicional” e traz luz a economia “atual”. Superação, que exige a criação de novas ferramentas que comportem sob o ponto de vista fiscal, suficientemente para alcançar as empresas digitais, e promover um ambiente justo e com livre concorrência entre os contribuintes. Ocorre que o mercado atual, vem enfrentando diversos desafios e incompatibilidades, dentre eles, as legislações tributárias inadequadas que se sustentam na economia tradicional. Deste modo, o fundamento que justifica a incidência tributária é a lei e não a capacidade contributiva, o que carece no ordenamento jurídico do mercado digital. As empresas passaram a realizar suas transações por meio digital, necessitando, portanto, adequação dos controles fiscais de tributação. Nesse cenário de incertezas e total violação de direitos fundamentais, que se assenta o presente estudo, com o objetivo de explorar, sem esgotar, o conflito de competência existente entre estados e municípios, conflitos esses, que envolvem diretamente os tributos sobre o consumo, em discussão o mercado dos *softwares*, tais como ICMS e ISS, que se revelam sensíveis para fins tributários. E ao

¹ Aluno do curso de Direito da FAE Centro Universitário. Pesquisador e membro do Grupo de Estudos Tributários da Universidade Federal do Paraná (GET); membro do Observatório Iberoamericano de Tributación Internacional (OITI). *E-mail*: jeferson.santos@mail.fae.edu

cabo, demonstrará possíveis medidas constitucionais de solucionar tal lacuna tributária, através da competência residual da União Federal, e conseqüente repartição das receitas, sem ferir o pacto federativo entre estados e municípios.

Palavras-chave: Tributação Digital; Competência Tributária; Tributação Softwares; Conflito de Competência.

REFERÊNCIAS

BARROS, Maurício. Tributação da economia digital e os conflitos de competência entre ICMS e ISS. In: MONTEIRO, Alexandre; FARIA, Renato; MAITTO, Ricardo. **Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Imposto sobre circulação na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito tributário completo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHOUERI, Luis Eduardo. A lei complementar e a repartição de competências tributárias. In: SOUZA, Priscila de (Org.). **Sistema Tributário Nacional e a Estabilidade da federação brasileira**. São Paulo: Noeses, 2012.

SCHOUERI, Luis Eduardo; GALDINO, Guilherme Silva. Internet das coisas à luz do ICMS e do ISS: entre mercadoria, prestação de serviço de comunicação e serviço de valor adicionado. In: MONTEIRO, Alexandre; FARIA, Renato; MAITTO, Ricardo. **Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2018.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A SUA LIMITAÇÃO NA PRODUÇÃO ARTÍSTICA ONLINE: ANÁLISE DO CASO “ESPECIAL DA NATAL – PORTA DOS FUNDOS”

FREEDOM OF EXPRESSION AND ITS LIMITATION ON ONLINE ARTISTIC PRODUCTION: ANALYSIS OF THE CASE “CHRISTMAS SPECIAL – ‘PORTA DOS FUNDOS’”

Udo Guilherme Lutz¹

RESUMO

O presente trabalho tem como intuito analisar o caso “especial de natal: a Primeira Tentação de Cristo” da produção Porta dos Fundos, que foi ao ar pela empresa privada de streaming – Netflix. Para tanto, será analisado – pela repercussão que o episódio gerou – como objetivo geral, se a decisão do TJ-RJ em retirá-lo do ar, e a contra-argumentação realizada na Reclamação feita pelo STF estão de acordo com a legislação e doutrina constitucional. Para a metodologia, o trabalho tem como abordagem dedutiva e a pesquisa se dá por pesquisa bibliográfica com técnica de coleta em artigos, livros e julgados brasileiros. Para um maior estudo sobre o caso, será analisado – como objetivos específicos – os seguintes itens: (i) a liberdade de expressão e seu marco pela Constituição de 1988; (ii) a (im)possibilidade da censura prévia em canais de comunicação – voltada pela empresa de streamings privadas. Os resultados evidenciados com o estudo doutrinário em um primeiro momento e, posteriormente, pela análise dos julgados – AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 0083896-72.2019.8.19.0000, RJ e Medida Cautelar na Reclamação 38.782, Rio de Janeiro – demonstram a impossibilidade de utilizar da censura prévia para a limitação do episódio (fundamentado pela liberdade de expressão). Tais resultados são percebidos pelo discurso proferido pelo Ministro Dias Toffoli em sua argumentação que se encontra com a doutrina analisada no início do trabalho. Ainda, com os conceitos da doutrina majoritária do assunto – como Ingo Wolfgang Sarlet – demonstra-se a impossibilidade da censura prévia e a priorização da

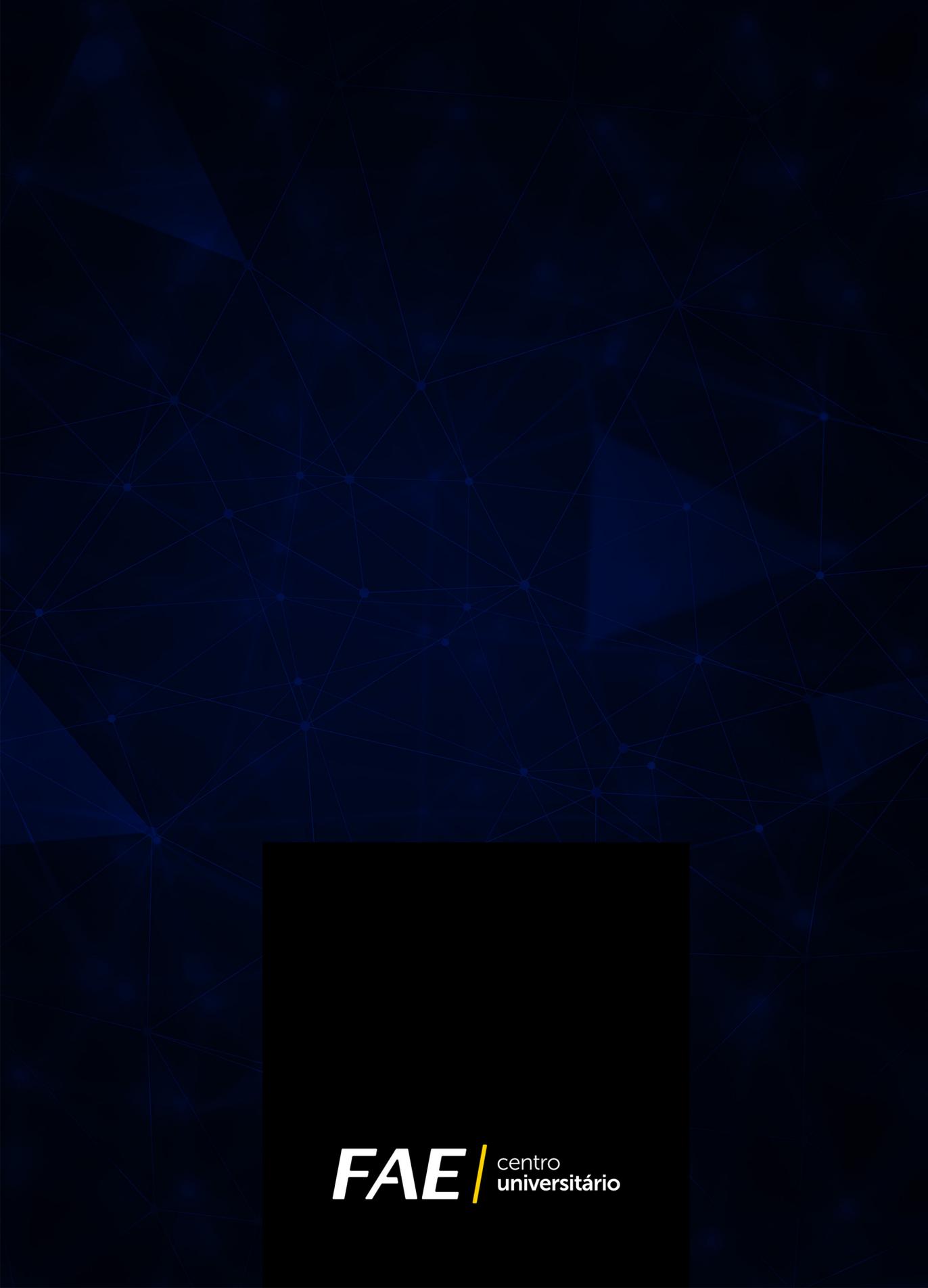
¹ Aluno do curso de graduação em Direito - LAW Experience pela FAE Centro Universitário, Curitiba. E-mail: udolutz1@gmail.com

liberdade de expressão. E que, como é salientado na pesquisa, o voto do desembargador do TJ-PR caracteriza a censura – impossibilitada pela Constituição Federal de 1988. Conclui-se, portanto, a imprecisão – enraizado em argumentos apenas morais, não jurídicos – na decisão do agravo supracitado e a “resposta” do Presidente do STF, Dias Toffoli, na Reclamação citada em que demonstra os contra-argumentos que impossibilitam a decisão do desembargador.

Palavras-chave: Liberdade de Expressão; Especial de Natal Porta dos Fundos; Censura; Produções Artísticas *on-line*.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle de programação de televisão na constituição de 1988. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 90, n. 790, p. 129-152, ago. 2001.
- CAPELOTTI, João Paulo. O humor entre a crítica social e o dano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 939, p. 28-39, jan. 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 31, n. 122, p. 297-301, abr./jun. 1994.
- REALE JR., Miguel. Limites à liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 81, p. 61-91, nov./dez. 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.



FAE | centro
universitário