

# **CIBERNÉTICA JURÍDICA**

## **Estudos sobre Direito Digital**

**Claudio Joel Brito Lóssio  
Luciano Nascimento  
Rosangela Tremel  
(Organizadores)**

**Prefácio  
Coriolano de Almeida Santos  
Apresentação  
Cleórbete Santos**





## Universidade Estadual da Paraíba

Prof. Antonio Guedes Rangel Junior | *Reitor*

Prof. Flávio Romero Guimarães | *Vice-Reitor*



### Editora da Universidade Estadual da Paraíba

Luciano Nascimento Silva | *Diretor*

Antonio Roberto Faustino da Costa | *Editor Assistente*

Cidoval Moraes de Sousa | *Editor Assistente*

### Conselho Editorial

Luciano Nascimento Silva (UEPB) | José Luciano Albino Barbosa (UEPB)

Antonio Roberto Faustino da Costa (UEPB) | Antônio Guedes Rangel Junior (UEPB)

Cidoval Moraes de Sousa (UEPB) | Flávio Romero Guimarães (UEPB)

### Conselho Científico

Afrânio Silva Jardim (UERJ) | Jonas Eduardo Gonzalez Lemos (IFRN)

Anne Augusta Alencar Leite (UFPB) | Jorge Eduardo Douglas Price (UNCOMAHUE/ARG)

Carlos Wagner Dias Ferreira (UFRN) | Flávio Romero Guimarães (UEPB)

Celso Fernandes Campilongo (USP/ PUC-SP) | Juliana Magalhães Neuwander (UFRJ)

Diego Duquelsky (UBA) | Maria Creusa de Araújo Borges (UFPB)

Dimitre Braga Soares de Carvalho (UFRN) | Pierre Souto Maior Coutinho Amorim (ASCES)

Eduardo Ramalho Rabenhorst (UFPB) | Raffaele de Giorgi (UNISALENTO/IT)

Germano Ramalho (UEPB) | Rodrigo Costa Ferreira (UEPB)

Glauber Salomão Leite (UEPB) | Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar (UFAL)

Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello Bandeira (IPCA/PT) | Vincenzo Carbone (UNINT/IT)

Gustavo Barbosa Mesquita Batista (UFPB) | Vincenzo Militello (UNIPA/IT)



Editora indexada no SciELO desde 2012



Editora filiada a ABEU

### EDITORA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

Rua Baraúnas, 351 - Bairro Universitário - Campina Grande-PB - CEP 58429-500

Fone/Fax: (83) 3315-3381 - <http://eduepb.uepb.edu.br> - email: [eduepb@uepb.edu.br](mailto:eduepb@uepb.edu.br)

**Claudio Joel Brito Lóssio**  
**Luciano Nascimento**  
**Rosangela Tremel**  
*(Organizadores)*

# **CIBERNÉTICA JURÍDICA**

## **Estudos Sobre Direito Digital**

### **Prefácio**

Coriolano de Almeida Camargo Santos

### **Apresentação**

Cleórbete Santos



Campina Grande-PB  
2020



## Editora da Universidade Estadual da Paraíba

Luciano Nascimento Silva | *Diretor*

Antonio Roberto Faustino da Costa | *Editor Assistente*

Cidoval Morais de Sousa | *Editor Assistente*

### Expediente EDUEPB

Erick Ferreira Cabral | *Design Gráfico e Editoração*

Jefferson Ricardo Lima Araujo Nunes | *Design Gráfico e Editoração*

Leonardo Ramos Araujo | *Design Gráfico e Editoração*

Elizete Amaral de Medeiros | *Revisão Linguística*

Antonio de Brito Freire | *Revisão Linguística*

Danielle Correia Gomes | *Divulgação*

Foto da Capa | Tycho Brahe Fernandes  
([autorretrato-alheio.blogspot.com.br](http://autorretrato-alheio.blogspot.com.br))

Depósito legal na Biblioteca Nacional, conforme decreto nº 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

---

C567 Cibernética jurídica: estudo sobre o direito digital. / Claudio Joel Brito Lóssio Luciano Nascimento, Rosângela Tremel (Organizadores). – Campina Grande: EDUEPB, 2020. 294 p.: il.

### ISBN 978-85-7879-618-1 (E-book)

1. Direito. 2. Direito e Tecnologia da Informação. 3. Bitcoin - Criptomoedas. 4. Direito digital. 5. Computação forense. I.Lóssio, Cláudio Joel Brito.(Org.). II. Nascimento, Luciano(Org.). III. Tremel, Rosângela(Org.).

21. ed.CDD 340

---

Ficha catalográfica elaborada por Heliane Maria Idalino Silva – CRB-15ª/368

Copyright © EDUEPB

A reprodução não-autorizada desta publicação, por qualquer meio, seja total ou parcial, constitui violação da Lei nº 9.610/98.

# SUMÁRIO

---

|                                     |           |
|-------------------------------------|-----------|
| <b>Prefácio</b> .....               | <b>8</b>  |
| Coriolano de Almeida Camargo Santos |           |
| <b>Apresentação</b> .....           | <b>10</b> |
| Cleórbete Santos.                   |           |
| <b>Notas Introdutórias</b> .....    | <b>11</b> |
| Claudio Joel Brito Lóssio           |           |
| Luciano Nascimento                  |           |
| Rosangela Tremel                    |           |

## Parte I - Criptomoedas

---

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Bitcoin: aspectos da trajetória de um investimento em dinâmica construção</b> ...   | <b>13</b> |
| Luciano Nascimento Silva   |           |
| Rosangela Tremel   |           |
| <b>Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB) e as criptomoedas</b> .....  | <b>32</b> |
| Ricardo Antunes Silva  |           |
| <b>O crime de lavagem de dinheiro por meio da <i>internet</i> no Brasil: como prevenir diante das novas tecnologias?</b> ..... | <b>47</b> |
| Tatiana Lourenço Emmerich de Souza   |           |

## Parte II - Educação, Humanismo e Trabalho

---

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Educação digital e legislação</b> .....   | <b>64</b> |
| Adriano Augusto Fidalgo  |           |
| <b>A realidade invisível em tempos de era digital (<i>ciberbullying</i>) e um de seus reflexos: o suicídio</b> ..... | <b>76</b> |
| Jonathan Cardoso Régis   |           |

**Entre a era do direito digital e a virtualização da vida: o uso da axiologia da cooperação como fórmula singular para a superação da existência virtual..... 89**

José Eduardo de Miranda

Andréa Corrêa Lima

**La gestión Judicial del caso (*case management*) en el nuevo modelo procesal laboral del Perú ..... 108**

Omar Toledo Toribio

**A influência da era digital nas relações trabalhistas – uma análise reflexiva sobre o teletrabalho ..... 115**

Regina Célia Pezzuto Rufino

***Bullying* digital: a adaptação de uma violência ao mundo contemporâneo .... 126**

Renan de Alencar Luciano

### **Parte III - Liberdades individuais**

---

**Limites da liberdade de expressão no espaço virtual: a questão *fake news*... 142**

Felipe Chiarello de Souza Pinto

Arthur Bezerra de Souza Junior

**Direito de esquecimento: intimidade x liberdade de informação ..... 155**

Guilherme Saldanha Santana

***Fake news* ..... 172**

João Massano

### **Parte IV - Proteção de Dados e Direito Digital**

---

**Medidas para a conformidade para uso de dados pessoais em investigações corporativas ante ao Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD - 2016/679)..... 182**

André Hakime Dutra

**O marco civil da internet, lei 12.965/2014: mais uma lei de direito material brasileira ..... 200**

Claudio Joel Brito Lóssio

Coriolano Aurélio Almeida Camargo Santos

|   |            |
|---|------------|
| <b>O direito à portabilidade de dados pessoais e sua função na efetiva proteção às relações concorrenciais e de consumo .....</b> | <b>213</b> |
|---|------------|

Guilherme Magalhães Martins

José Luiz de Moura Faleiros Júnior

|   |            |
|---|------------|
| <b>O regulamento geral de proteção de dados e OSINT .....</b> | <b>229</b> |
|---|------------|

Nuno Filipe Romão Pereira

|  |            |
|--|------------|
| <b>A Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD .....</b> | <b>241</b> |
|--|------------|

Rafael Freire Ferreira

|   |            |
|---|------------|
| <b>Considerações sobre a proteção de dados pessoais sensíveis no ambiente virtual .....</b> | <b>252</b> |
|---|------------|

Viviane da Silva Coelho Vasques

## **Parte V - Provas Digitais**

---

|   |            |
|---|------------|
| <b>Computação forense e a prova pericial.....</b> | <b>262</b> |
|---|------------|

Petter Anderson Lopes

|  |            |
|--|------------|
| <b>A gravação das audiências e o direito digital .....</b> | <b>271</b> |
|--|------------|

Renata Do Val

|   |            |
|---|------------|
| <b>Os meios de prova e o direito digital.....</b> | <b>282</b> |
|---|------------|

Rodrigo Arantes Cavalcante

## PREFÁCIO

---

**R**ecebi com especial apreço este convite e explico o porquê: não se trata de, tão somente, materializar em texto o significado original da palavra, derivada do latim, na qual, resgato o sentido original, “prefácio” significa “dito (fatio) antes (prae)”, ou seja, de dizer antes. Consiste, muito mais, em gesto de especial amizade para com os organizadores e de reconhecimento à dedicação de todos aqueles que se propõem a enfrentar o grande desafio de analisar aspectos da cibernética jurídica. É como seguir o traçado shakespeariano e observar o fruto das reflexões pessoais, identificando as muitas faces da verdade nada absoluta do cristal do dramaturgo inglês que, aqui, é o entendimento das novas teses em eterno processo de burilar, teses que brilham e que, a um leve toque, lançam reflexos de dúvidas compondo o ciclo de analisar, estudar, registrar e reiniciar dando novo polimento ao saber.

Este projeto nasceu da soma de esforços de dois integrantes do grupo de *whatsapp* que reunia mais de dois mil aficionados por esta nascente área jurídica: a turma do direito digital, capitaneada pela Comissão de Direito Digital da OAB de São Paulo. Esta coletânea deriva, de forma indireta, daqueles posts selecionados e partilhados, que desaguaram em livros, palestras, aulas magnas, amizades sólidas e no surgimento da Digital Law Academy.

Ao reconhecer nomes de tantos amigos e autores dedicados ao tema que é, de fato, apaixonante, percebo a teia de significados a qual o antropólogo Clifford Geertz se referia quando definia cultura. Vejo países e regiões trançando fios de interpretações, tecendo redes de indagações que exigem respostas para, através desta teia de interpretações, estreitar laços, eliminar distâncias, sem olhar quadrantes, latitude ou longitude, unidos pelo desejo de partilhar o fruto de seus estudos e deixá-lo ao alcance de todos, em *download* gratuito, à disposição do meio acadêmico e da sociedade em geral.

A ausência de fronteiras que fortalece a teia de significados já começa pela parceria dos organizadores: Nordeste e Sul do Brasil unidos em um só projeto. Ao navegar pelas páginas do e-book, em primeiro lugar, como leitor privilegiado que é o prefaciador, deparo com pesquisadores de nove diferentes estados nacionais, oriundos de todas as regiões brasileiras, bem como representantes de dois diferentes países além do Brasil: Peru e Portugal. Vê-los todos juntos, acatando o convite de socializar o saber, faz crescer minha admiração pelos integrantes deste desafio.

Afirmo que há emoção no direito digital. E o faço porque vejo que ela se materializa aqui, em momento que se repetirá a cada acesso. Certamente, serão muitos *downloads*, haja vista o reduzido número de publicações nesta área mundo afora.

Se começou despretensiosa, esta obra se concretiza plena de conteúdo que incentiva o envolvimento nesta seara nascente do direito. Esta coletânea deixa apelo para que venha mais. Há que se partilhar o saber, a paz, o bem. Há que se acatar desafios e combater o bom combate. Há que aplaudir aqueles que atendem ao chamado da escrita e da leitura, esta, graças à cibernética, ao alcance de um clique.

Como professor, alegra-me muito apresentar este trabalho. Registro que, de alunos a distância, os organizadores se transformaram em amigos presentes; de leitores ávidos, passaram a produtores de conteúdo de qualidade. Tudo o que desejo a todos os que navegarem por estas páginas é profícua leitura.

**Coriolano de Almeida Camargo Santos - PhD.**

*Presidente Digital Law Academy.*

## APRESENTAÇÃO

---

**D**isse Max Gehringuer que “a imitação é o último degrau da admiração”, deixando cristalino que indivíduos de caráter ímpar e de sucesso são espelhos a refletir o norte a ser perseguido por todos aqueles que almejam o engrandecimento de si mesmos e dos demais membros da sociedade. Esse é o caso dos autores e autoras dessa obra, que brilhantemente eternizarão suas palavras ao manifestar seus pontos de vista acerca das relações entre o Direito e as novas tecnologias, brindando a sociedade com seus conhecimentos.

Com escrita leve, porém prenhe de exemplos objetivos e aplicáveis à práxis hodierna do universo jurídico, o conjunto biográfico que o leitor encontrará ao folhear essa obra tratará de temas extremamente atuais e pertinentes, como criptomoedas, educação digital, cyberbullying, fake news, proteção de dados, computação forense e provas digitais. É uma honorífica publicação acerca de notáveis assuntos que estão e com certeza permanecerão presentes no cotidiano profissional e acadêmico dos que respiram os novos ares da chamada Indústria 4.0.

Repleta de apontamentos e conclusões a respeito de assuntos atinentes à cibernética jurídica, essa obra de caráter interdisciplinar é pedra angular no tocante ao processo de conhecimento e à aplicação de sabedorias nos universos público e privado, tornando-se leitura indispensável para operadores do Direito e demais interessados nesse tipo de conteúdo fascinante e desafiador.

Por força de sua excepcional temática, posso afirmar que esse magnífico livro presta reverências à atemporal afirmação de que “queremos livros que nos afetem como um desastre, que sejam como um machado diante de um mar congelado em nós”, dita pelo grande pensador e expoente tcheco Franz Kafka.

**Cleórbete Santos.**

*Professor de Direito e Tecnologia da Informação – TI. Perito e Mestre em Computação.*

## NOTAS INTRODUTÓRIAS

---

**E**sta coletânea tem o sentido de deixar indeléveis marcas dos muitos passos já trilhados desde que Miguel Reale, em seu clássico livro de tantas reedições e múltiplas tiragens – “Lições preliminares de Direito” – tratava da *Cibernética Jurídica*. Em sua projeção para um futuro que se revelou bem próximo, Reale ensinava que a essência era não só colocar à disposição do mundo jurídico os recursos da área digital, era necessário, também, fomentar a compreensão do comportamento humano segundo modelos da ciência da computação. O objetivo deste ensinamento, em obra que integrou a formação de gerações de operadores do direito, sempre foi, certamente, o de nos fazer pensar sobre situações que hoje se materializam em matices sutis, passando a integrar nosso dia a dia jurídico, em silenciosa e indispensável inserção. No livro do mestre Reale, buscou-se inspiração e suporte para o título desta publicação **Cibernética Jurídica: Estudos sobre o Direito Digital**.

A capa se encaixa como símbolo perfeito: há alguma clareza no longo corredor do conhecimento, pontuado por curvas de indagações. A cada passo, muitos saberes a desvelar, no sentido literal da palavra: tirar os véus que toldam esferas de estudos sobre tema novo e complexo. Na curva, podem surgir bifurcações de opiniões, encruzilhadas de quase certezas, trilhas radicais de entendimento, novos reflexos de clareza solar e diferentes abordagens sombrias. A única assertiva incontestada é a necessidade imperiosa do estudo constante, visando ao aprimoramento que se impõe e, como tal, leva a seguir pesquisando, desvelando, registrando, descobrindo, em eterno e dinâmico gerúndio, que amplia seu diâmetro em espiral, açambarcando aspectos até então impensados.

Dentro desta moldura, cada autor apresenta o resultado de sua curiosidade intelectual. A liberdade para expor sua própria pesquisa, reforçando as muitas facetas, correntes e vertentes em construção a partir de suas referências pessoais, norteou os convites. Em consequência, os textos trazem a marca registrada do autor: as leituras, as ilações, as constatações são todas, então, muito próprias de cada um e derivadas do caminho solitário daquele que pesquisa.

Assim, convidamos você, leitor, para navegar conosco neste e-book que, para efeitos de edição, ficou dividido em cinco partes, alfabeticamente ordenadas, respeitando o mesmo critério para os autores dentro de cada área. Desta forma, o leitor fica livre para, dentro do pluralismo temático, construir sua própria sequência de estudos. Pode optar por conferir sobre pagamentos em criptomoedas (Ricardo Antunes

Silva / São Paulo); trajetória de bitcoin como investimento (Rosangela Tremel / Santa Catarina); crime de lavagem de dinheiro pela internet (Tatiana Lourenço Emmerich de Souza / Rio de Janeiro) ou mergulhar no aspecto humanístico através da educação digital (Adriano Augusto Fidalgo / São Paulo); do cyberbullying cuja consequência pode ser suicídio (Jonathan Cardoso Régis / Santa Catarina); da virtualização da vida (José Eduardo de Miranda e Andrea Correia Lima/Goiás); das peculiaridades da gestão judicial (Omar Toledo Toríbio / Peru); do teletrabalho e seus reflexos (Regina Célia Pezzuto Rufino / São Paulo); da violência que brota do mundo digital (Renan de Alencar Luciano / Ceará).

Se preferir pensar no “indivíduo indiviso”, há abordagem sobre liberdade de expressão (Felipe Chiarello de Souza Pinto e Arthur Bezerra de Souza Júnior/ São Paulo); sobre direito ao esquecimento (Guilherme Saldanha Santana / Maranhão), bem como estudo sobre fake news em geral (João Massano / Portugal).

Interessado especificamente em proteção de dados? O leitor encontra reflexões sobre medidas de conformidade para uso de dados pessoais (André Hakime Dutra / São Paulo); Marco civil da internet (Claudio Joel Brito Lóssio / Ceará); proteção à portabilidade de dados nas relações concorrenciais e de consumo (Guilherme Magalhães Martins / Rio de Janeiro e José Luiz de Moura Faleiros Júnior / Minas Gerais); regulamentação geral da proteção de dados como um todo (Nuno Felipe Romão Pereira / Portugal); Autoridade Nacional de Proteção aos Dados (Rafael Freire Ferreira / Bahia) ou especificamente sobre dados sensíveis (Viviane da Silva Coelho Vasques / Rio Grande do Sul)

Se o objeto de estudo do leitor forem as provas digitais, tem-se a questão da computação forense aliada à prova pericial (Petter Anderson Lopes / Rio Grande do Sul); a gravação das audiências (Renata Do Val / São Paulo) e os meios de prova em geral (Rodrigo Arantes Cavalcante / São Paulo).

Boa leitura!

**Claudio Joel Brito Lóssio**  
**Luciano Nascimento**  
**Rosangela Tremel**

# BITCOIN: ASPECTOS DA TRAJETÓRIA DE UM INVESTIMENTO EM DINÂMICA CONSTRUÇÃO

---

Luciano Nascimento Silva<sup>1</sup>  
Rosângela Tremel<sup>2</sup>

## Introdução

As páginas seguintes começaram a ser pensadas há muito tempo. Elas derivam de, uma vez voltada a atenção para detalhes da cibernética jurídica, duas percepções marcantes. Um destes *insights* veio de entrevista concedida por Ronaldo Lemos em 2018<sup>3</sup>. Ele declarou que teria ficado milionário se tivesse investido em criptomoedas, há uma década, quando do registro do surgimento do bitcoin, principal espécie deste gênero. Na mesma semana da mencionada entrevista, uma microempreendedora individual (MEI) contava, entusiasmada, que investira um pequeno valor em bitcoin para entender como funcionava. Tal dissonância entre os perfis em tese, arrojado o do primeiro e conservador o da segunda, insuflou a von-

- 
- 1 Pós-Doutor em Sociologia e Teoria do Direito no Centro *di Studi sul Rischio dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Salento*, Itália. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, Brasil. Investigador no *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht – Departments of Criminal Law and Criminology – Freiburg in Breisgau, Baden-Württemberg, Deutschland* (Alemanha)
  - 2 Advogada (Univali); Jornalista (UFSC); Administradora de empresas (ESAG-UDESC); Membro Efetivo da Comissão de Direito Digital OAB/SP- Butantã 2019-2021; Criadora do projeto e Editora-Chefe da Revista Jurídica da Unisul “De fato e de direito” - versões impressa e eletrônica; Conselheira Editorial da Pembroke Collins Editora; Mestre em Políticas Estratégicas (ESAG-UDESC); Especialista em Advocacia e Dogmática Jurídica (Unisul); em Marketing (ESAG-UDESC) e em Ciências Sociais (UFSC); autora de obras jurídicas e colaboradora de periódicos especializados. E-mail: tremmeladvogada@hotmail.com.
  - 3 LEMOS, Ronaldo. É advogado, pesquisador brasileiro respeitado internacionalmente, professor da cadeira de Direito da Informática da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), professor visitante da Universidade de Columbia (EUA) tendo sido um dos principais criadores do Marco Civil da Internet, e um dos coautores do Plano Nacional de Internet das Coisas (IoThttps://feed.itsrio.org/@lemos\_ronaldo).

tade de entender este mercado nascente. Daí para frente, a missão passou a ser: ler tudo a respeito. O que segue é o resultado desta pesquisa, cujo objetivo é apresentar pequeno histórico das moedas, passar pelas moedas digitais, que se subdividem em virtuais e criptomoedas diferenciando-as das moedas eletrônicas para desaguar no quase popular bitcoin, descrevendo os cenários em que ele especificamente se insere.

## Histórico

No começo, era o verbo trocar que estava em vigor. No início dos tempos, toda e qualquer transação financeira era presencial, troca direta de um bem por outro em quantidade ou valor equivalente. Com a evolução da sociedade e a dificuldade de equiparar diferentes objetos para conclusão do escambo, houve necessidade de aprimorar o processo. Começava, então, o que Iorio chama de moeda-mercadoria, em um sistema no qual “algumas mercadorias, por serem duráveis, fáceis de transportar e, principalmente, por serem aceitas em quase todas as trocas, transformaram-se na moeda da época. O sal foi a principal dessas mercadorias”.<sup>4</sup>

A cunhagem de moedas surge na linha do tempo como avanço da troca direta ou da que se utilizava de moeda-mercadoria, cujo trajeto Iorio resume assim:

[...] os *metais preciosos*, como ouro e prata, passaram a ser usados como moeda, especialmente depois da invenção do processo de cunhagem. A etapa seguinte foi a da chamada *moeda-papel*, um certificado nominativo que você recebia do seu banqueiro declarando que você havia depositado certa quantidade de ouro e que só você poderia pegar de volta quando desejasse. Quando esses papéis passaram a ser ao portador, se transformaram no *papel-moeda*. E o que chamamos de moeda ou dinheiro passou a ser composto por aqueles certificados (que se transformaram com o tempo nas cédulas) e as moedas metálicas.<sup>5</sup> (grifo no original)

Saltando expressivo período na história, os banqueiros descobrem a figura do empréstimo e a colocam em prática. Eles passam a usar parte do dinheiro recebido como depósitos de terceiros ao público, gerando a chamada moeda escritural. Nesta fase, as moedas eram emitidas por indivíduos além da figura estatal, sendo que, a detenção do monopólio de sua emissão, da chamada moeda de curso legal, surgiu bem depois. No que se refere a esta pluralidade de emissores de moeda, Hayek,

---

4 IORIO, Ubiratan Jorge. Dez Lições de Economia para Iniciantes: nona lição – moeda e preços. Disponível em: <<http://mises.org.br/Article.aspx?id=1444>>. Acesso em: 12 maio 2019.

5 Idem.

ganhador do prêmio Nobel de Economia de 1974, afirma que tal direito, na qualidade de exclusivo do Estado, jamais garantiu que o público fosse mais bem atendido. Para o autor, este monopólio revelou-se fundamental no sentido de aumentar os poderes governamentais, “expondo-as a riscos indissociáveis de uma política de controle monetário”.<sup>6</sup> Ainda conforme Hayek, aqui representando os demais membros da Escola Austríaca de Economia, também chamada de Escola de Viena, da qual ele é o grande expoente: “Os problemas decorridos do monopólio estatal para controle e emissão de moeda podem ser considerados a inflação e o ciclo econômico causados pela manipulação da base monetária e expansão de crédito via bancos e venda de títulos de dívida pública para financiamento de gastos públicos”.<sup>7</sup> Vale ressaltar que o cerne desta Escola analisa cenários pelos ciclos econômicos destrutivos do capital e geradores de inflação, como resultado de sucessivos processos intervencionistas.

Neste contexto de registro temporal, há que se destacar ainda que, no começo do século passado, surgiu a moeda eletrônica, aquela materializada em cartões magnéticos que passou a ser largamente utilizada, calcada no incentivo à fidelização e extremamente agressiva em suas estratégias de mercado como exemplificado a seguir:

Em 1958, foi a vez do American Express lançar seu cartão. Na época, os bancos perceberam que estavam perdendo o controle do mercado para essas instituições, e no mesmo ano o Bank of America introduziu o seu BankAmericard. Em 1977, o BankAmericard passa a denominar-se Visa. Na década de 90, o Visa torna-se o maior cartão com circulação mundial, sendo aceito em 12 milhões de estabelecimentos (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2015).<sup>8</sup>

Especificamente, no Brasil, o assunto sobre emissão de moeda está expresso no artigo 21, inciso VII da Constituição Federal (CF)<sup>9</sup> e complementado pelo artigo 164 que estabelece a competência exclusiva do Banco Central para concretização. É somente o Brasil, na qualidade de sujeito de direito público internacional, que pode atribuir a uma moeda o nome de Real. Nesta lógica jurídica de nominalismo,

---

6 HAYEK, Friedrich A. Direito, Legislação e Liberdade. São Paulo: Visão. 1985. V.3. p.61.

7 Idem.

8 BANCO CENTRAL DO BRASIL. BC esclarece sobre os riscos decorrentes da aquisição das chamadas “moedas virtuais” ou “moedas criptografadas”. 2014. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pt-br/Paginas/bc-esclarece-sobre-os-riscosdecorrentes-daaquisicao-das-chamadas-moedas-virtuais-ou-moedas-criptografadas.aspx>>. Acesso em: 16 maio 2019.

9 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil internet. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

repousa a ideia de que a noção de moeda é de natureza jurídica, havendo espaço para reconhecimento de instrumentos alternativos, de moeda paralela à oficial, como preconiza Ascarelli ao dizer que uma moeda paralela seria como um instrumento de troca, utilizado em um contexto no qual já existe uma moeda oficial, comumente aceito por determinado grupo de pessoas que, por sua vez, reconhecem nesse instrumento o caráter de moeda.<sup>10</sup> É neste recôndito teórico que se abrigam as moedas digitais divididas em moedas virtuais e criptomoedas.

## Moedas Eletrônicas e Criptomoedas

Conforme resumem Lóssio e Santos, “já estamos vivendo tempos em que a sociedade normal está em trânsito para um novo molde de sociedade, a digital, e, em um futuro próximo, faremos parte de um meio ambiente digital”.<sup>11</sup>

Neste cenário, convém deixar claro que a diferenciação técnica entre moedas eletrônicas e virtuais pode ser resumida nos termos usados pela equipe do Banco Central do Brasil:

**Moedas eletrônicas**, conforme disciplinadas por esses atos normativos, são recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento denominada em moeda nacional. Por sua vez, as chamadas **moedas virtuais** possuem forma própria de denominação, ou seja, são nominadas em unidade de conta distinta das moedas emitidas por governos soberanos, e não se caracterizam dispositivo ou sistema eletrônico para armazenamento em reais.

As chamadas **moedas virtuais** não são emitidas nem garantidas por uma autoridade monetária. Algumas são emitidas e intermediadas por entidades não financeiras e outras não têm sequer uma entidade responsável por sua emissão. Em ambos os casos, as entidades e pessoas que emitem ou fazem a intermediação desses ativos virtuais não são reguladas nem supervisionadas por autoridades monetárias de qualquer país<sup>12</sup> (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2015, grifo nosso).

---

10 ASCARELLI, Tullio. Teoria Geral dos Títulos de Crédito. São Paulo: Saraiva, 1969.

11 LOSSIO, Claudio Joel Brito; SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo. Breve comentário sobre a Internet das Coisas à luz do Direito Penal Brasileiro Revista De Fato e De Direito Editora Unisul Virtual v. 9, n. 16 . jan./jul. 2018. p.15.

12 BANCO CENTRAL DO BRASIL. BC esclarece sobre os riscos decorrentes da aquisição das chamadas “moedas virtuais” ou “moedas criptografadas”. 2014. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pt-br/Paginas/bc-esclarece-sobre-os-riscosdecorrentes-daaquisicaodas-chamadas-moedas-virtuais-ou-moedas-criptografadas.aspx>>. Acesso em: 16 maio 2019.

A principal característica, explica Cohen, desse tipo monetário, as virtuais, – além do suporte de rede necessário – é o seu alcance. Assim como a internet, as moedas que utilizam o ciberespaço não conhecem fronteiras territoriais nem temporais: suas transações ocorrem de forma instantânea e com alcance global, ou seja, sem restrições de localidade.<sup>13</sup>

O surgimento das primeiras moedas digitais remonta ao início dos anos 90, quando entusiastas da Tecnologia da Informação deram os primeiros passos em direção a “anônimos” fluxos de dinheiro. Os precursores de moedas virtuais e criptomoedas buscavam uma forma de se distanciar do sistema monetário oficial e, com isso, preservar sua privacidade. Muito embora os primeiros manifestos façam diversas referências a termos libertários e remissões à filosofia da Escola Austríaca, que prega, dentre outros princípios, o da descentralização do sistema bancário e do sistema monetário, o fato é que a inquietação com a privacidade em tempos de internet continua sendo, até hoje, uma das principais preocupações daqueles que têm acesso à rede. Esse grupo de tecnólogos autodenominou-se “*cyberpunks*” e sua proposta inicial era fazer uso da criptografia como forma de eliminar um possível controle do Estado sobre suas ações na internet.<sup>14</sup>

*Cyberpunks assume privacy is a good thing and wish there were more of it. Cyberpunks acknowledge that those who want privacy must create it for themselves and not expect governments, corporations, or other large, faceless organizations to grant them privacy out of beneficence.* (ERIC HUGHES, cofundador do movimento).<sup>15</sup>

A filosofia, que começou libertária, acabou assumindo contornos anarquistas quando esses ativistas digitais, após algumas experiências, começaram a pensar na criação de um sistema diferente, que permitisse o completo anonimato de seus usuários. Neste contexto, surgiram duas dessas experiências, o *e-gold* e o *Liberty Reserve*. Ambas foram extintas pelo governo norte-americano sob a alegação de serem utilizadas como forma de acobertamento de esquemas de lavagem de dinheiro, visto

---

13 COHEN, Benjamin. *The Future of Money*. Princeton University Press, 2004. p.186.

14 PECK, Morgen E. Report: *The Future of Money*. Disponível em: <<http://spectrum.ieee.org/static/future-of-money>>. Acesso em: 10 de maio 2019.

15 AGRAWAL, Gaurav. *A Cyberpunk's Manifesto: a definition of privacy*. Disponível em: <<https://medium.com/coinmonks/a-cyberpunks-manifesto-a-definition-of-privacy-66c36f99e940>>. Acesso em: 3 de maio de 2019.

que as transações exigiam apenas um nome, endereço eletrônico válido e data de aniversário.<sup>16</sup>

Em termos de gênero, se há uma unanimidade absoluta dentre os estudiosos das finanças digitais, é diferenciá-las do dinheiro gerenciado por instituições financeiras de forma eletrônica. As moedas digitais, como esclarecem Santos e Crespo, baseiam-se em protocolos criptográficos e algoritmos próprios, os quais utilizam a tecnologia para a circulação, em especial, a internet.<sup>17</sup> Elas têm como prerrogativa não serem passíveis de tradução em moeda física. Sua finalidade é consistir em alternativa ao sistema financeiro oficial como forma de garantir aos seus usuários, além de privacidade, vantagens como: transações instantâneas, de baixo ou nenhum custo, e sem fronteiras territoriais.

## As Moedas Virtuais

As moedas virtuais constituem uma espécie do grande gênero das moedas digitais que a todas inclui colocando-as, em uma figura de linguagem, sob a proteção de um guarda-chuva. Para Cohen<sup>18</sup>, tratá-las como sinônimos impede precisão prática, pois as moedas digitais têm, em seu cerne, conversibilidade implícita. Elas existem na medida em que são conversíveis em uma ou mais moedas oficiais – dependendo, para isso, de algo análogo a um ente central, que organiza suas atividades e as taxas de conversão.

Moedas virtuais circulam em uma comunidade específica e possuem valor mesmo sem a conversibilidade. Ou seja, o objetivo último de deter uma moeda virtual não é, como ocorre com as digitais, convertê-la em Dólar, Euro ou Real. A moeda virtual possui valor por si só, preleciona Cohen.<sup>19</sup>

O objetivo de uma moeda virtual não é possibilitar compras no mundo “físico”, e sim garantir a existência de transações no mundo virtual. Exemplos do cotidiano como sistemas de pontuação oferecidos por lojas, bônus cujo valor é estabelecido por uma rede de lojas ou clubes de cartões, sendo que a utilização se resume aos

---

16 LIBERTY Reserve digital money service forced offline. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/technology-22680297>>. Acesso em: 10 de maio 2019.

17 SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo; CRESCPO, Marcelo. Direito Digit@l: Criptomonedas: você ainda vai usá-las, 11 de dezembro de 2015. Acesso em: 22 de maio de 2019.

18 COHEN, Benjamin. *The Future of Money*. Princeton University Press, 2004.

19 Idem.

bens disponíveis naquele contexto, ou seja, os pontos não podem ser trocados por dinheiro no caixa, eles têm de ser trocados por produtos e valores acumulados.

## As Criptomoedas

Decorrentes das modificações ou evoluções de um mercado mutante ao sabor das novas tecnologias, que arquiva em nuvens e surfa livremente no conceito de inovação, surgem as criptomoedas, outra espécie do gênero ‘moeda digital’. Parece um caminho natural, afinal, se tudo tem um aspecto de pós-modernidade, por que não repensar o dinheiro, a moeda de troca? Tem-se, então, este novo elemento no mercado: as criptomoedas que, por serem digitais, possuem características de produtos constituídos pela informação. No dizer de Lorenzetti, estamos diante de moedas que são “intangíveis, herméticas, mutáveis e são inseridas em um complexo sistema inter-relacional”.<sup>20</sup> E o autor alerta para o fato de que “Há uma quebra de paradigma econômico, pois o comércio realizado com uma essência digital proporciona que o sistema bancário tradicional seja alterado devido às relações cibernéticas”.<sup>21</sup> Esta mudança de modelo passa pela exclusão de terceiro nas transações financeiras, eliminando o que Ulrich chama de “gasto duplo”, que ele explica de forma extremamente didática:

Imagine que não haja intermediários com registros históricos, e que o dinheiro digital seja simplesmente um arquivo de computador, da mesma forma que documentos digitais são arquivos de computador. Maria poderia enviar ao João 100 u.m. simplesmente anexando o arquivo de dinheiro em uma mensagem. Mas, assim como ocorre com um e-mail, enviar um arquivo como anexo não o remove do computador originador da mensagem eletrônica. Maria reteria a cópia do arquivo após tê-lo enviado anexado à mensagem. Dessa forma, ela poderia facilmente enviar as mesmas 100 u.m. ao Marcos.<sup>22</sup>

Deste grupo de moedas, como alertam Camargo Santos e Crespo, a mais conhecida é a chamada de bitcoin, mas há outras, sendo que o termo *altcoin* é usado para se referir a criptomoedas derivadas ou alternativas àquela<sup>23</sup>. O termo “cripto-

---

20 LORENZETTI, Ricardo L. Comércio Eletrônico. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004.

21 Idem.

22 ULRICH, Fernando. Bitcoin: a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014, p.17.

23 SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo; CRESCPO, Marcelo. Direito Digit@l: Criptomoedas: você ainda vai usá-las, 11 de dezembro de 2015. Acesso em: 22 de maio 2019.

moeda”, em si, surge com Satoshi Nakamoto, pseudônimo do criador (ou grupo de criadores) desta espécie monetária.<sup>24</sup> Dentro deste cenário, tem-se, além do Bitcoin, mais de cem tipos com nomes dos mais exóticos: Ethereum, Steller, Tron, Dash, Iota, Tether, podendo a lista ser integralmente conferida em sites especializados, similares ao indicado abaixo.<sup>25</sup>

Durante a redação do presente texto, é importante, para compreensão do tema, registrar o nascedouro deste ativo financeiro. Conforme narra Ulrich, em 2008, Satoshi Nakamoto apresentou ao mundo sua moeda, através de artigo. Baseada em um código de computador, rapidamente, em 2009, ela foi lançada digitalmente.

Entretanto, o assunto é tão polêmico que Santos e Crespo enfatizam:

Um dos maiores enigmas por trás do bitcoin é a identidade do seu criador, até agora identificado apenas pelo nome de Satoshi Nakamoto, embora nos últimos dias se tenha afirmado que se trata de Craig Steven Wright, empresário australiano de 44 anos, residente em Sydney. Fato é que em 2008 Satoshi Nakamoto publicou um estudo que explicava os conceitos básicos da moeda digital. Nascia, então, em plena crise econômica, a criptomoeda.<sup>26</sup>

A principal questão que permeia as criptomoedas, todas elas, não é sua origem, mas é a sua total independência de uma autoridade central, dispensando a existência de um banco estatal ou qualquer outro ente organizador que promova a sua emissão e o controle do seu valor. Esta emissão, leciona<sup>27</sup> Fobe:

É feita quando da criação do seu código principal – o código que dá origem ao sistema daquela criptomoeda específica. A sua monetização, ou seja, o ato de colocá-la em circulação, é conduzida de forma totalmente virtual e é denominada “mineração” – como se houvesse “veios” de metal precioso escondidos em alguma caverna virtual e cada um dos usuários fosse, por meio de senhas, códigos ou tentativas “resgatando”, “minerando” cada uma de suas unidades. Criptomoedas são, assim, códigos criptográficos a serem identificados em um sistema maior e mais amplo. Importante salientar que, assim como veios de minério precioso, em

---

24 BITCOIN: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. Acesso em: 8 de maio 2019.

25 TOP 100 Cryptocurrencies by Market Capitalization. Disponível em: < <https://coinmarketcap.com>>. Acesso em: 4 de jun. 2019.

26 SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo; CRESCPO, Marcelo. Direito Digit@l: Criptomoedas: você ainda vai usá-las, 11 de dezembro de 2015. Acesso em: 22 de maio 2019.

27 FOBE, Nicole Julie. O bitcoin como moeda paralela: uma visão econômica e a multiplicidade de desdobramentos jurídicos. São Paulo: [s.n.], 2016, p.51.

todos os sistemas criptomonetários o número de unidades monetárias é limitado. Isso significa, basicamente, que há um número determinado de cada espécie criptomonetária no mundo virtual, não sendo possível “emitir” mais moeda após a inauguração do sistema.<sup>28</sup>

Fobe cria uma analogia com a noção de linguagem para que se possa melhor compreender a questão:

Cada sistema é uma língua diferente, ainda não dominada por usuário algum. Cada língua possui uma gramática e ortografia própria, também desconhecida por todos. A língua é criada por um indivíduo ou por uma comunidade (há sempre um programador ou um grupo de programadores por trás de uma criptomoeda) e, juntamente com a língua, essa(s) pessoa(s) fornece(m) também um dicionário para que ela possa ser compreendida e aprendida. De nada adianta criar uma língua que não sirva à comunicação – uma língua só faz sentido se duas pessoas puderem utilizá-la para comunicar-se. Suponhamos que o dicionário, na forma de *software* – ou seja, de um programa de computador – automaticamente analise palavra por palavra da nova língua e traduza automaticamente o que ali pode ser encontrado para uma língua que já seja dominada pelo seu usuário. Essa é, de forma bastante simplificada, a dinâmica de uma criptomoeda.<sup>29</sup>

Santos resume o funcionamento da dinâmica digital:

Como regra as criptomoedas são compostas por uma carteira digital, que é um programa que implementa algoritmos criptográficos denominado blockchain. Este é um banco de dados onde são armazenadas todas as transações já efetuadas com a moeda, sendo, ainda, uma rede *peer-to-peer* (ponto a ponto), onde as transações são publicadas.<sup>30</sup>

Fobe também recorre à analogia para traduzir o programa *peer-to-peer*, que a autora citada chama de ‘dicionário’, dizendo que:

Analisa as palavras existentes na língua nova – ou seja, os códigos existentes no criptograma – e depreende aquelas passíveis de tradução, o que, na linguagem criptográfica, implica a descoberta de códigos que

---

28 ULRICH, Fernando. Bitcoin: a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014. p.12.

29 FOBE, Nicole Julie. O bitcoin como moeda paralela – uma visão econômica e a multiplicidade de desdobramentos jurídicos. São Paulo: [S.N.], 2016, p.52.

30 SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo; CRESCPO, Marcelo. Direito Digit@l: Criptomoedas: você ainda vai usá-las, 11 de dezembro de 2015. Acesso em: 22 de maio 2019.

tenham valores passíveis de expressão em moeda, em criptomoeda. O que o programador faz, nesse contexto, é criar um código-mãe formado por códigos menores – sendo que alguns desses códigos, quando encontrados, possuem um valor, a ser determinado pelos usuários que estão a procurá-los e encontrá-los.<sup>31</sup>

Neste sistema, cada carteira é composta por um par de senhas criptográficas, denominadas “endereço” e “chave privada”, que formam a base criptográfica da carteira. Assim, com o endereço é possível enviar criptomoedas para alguém, sendo que só podem ser recuperadas com o uso da chave privada. “A perda da chave significa a perda de todo o conteúdo da carteira, razão pela qual é fundamental fazer uma cópia de segurança da mesma”, alertam Santos e Crespo.<sup>32</sup>

Fobe, didaticamente, explica:

Da mesma forma, ao aprender uma nova língua, buscamos as palavras mais fáceis e utilizamos um vocabulário bastante limitado – sendo que, conforme o tempo avança, desafiamo-nos com palavras mais difíceis e estruturas sintáticas mais complexas. Assim como em toda língua há um número limitado de verbetes e estruturas possíveis, também nos sistemas criptográficos há um número limitado de códigos traduzíveis em “valor”, ou seja, que correspondem a “moedas”. A única diferença a ser apontada é que a atividade dos usuários dentro desses sistemas não tem potencial de gerar qualquer inovação ao código-fonte – o que ocorre na língua, que é um substrato em constante desenvolvimento por parte dos que a utilizam.<sup>33</sup>

## Bitcoin

Dentro deste universo cibernético, bitcoin é a mais famosa espécie do gênero de criptomoedas, imune aos problemas da emissão de papel moeda e sem ligação com lastro monetário, até então indispensável para a emissão de dinheiro. Para usar as metáforas aqui citadas, trata-se de idioma específico para o nascente mercado cibernético.<sup>34</sup>

---

31 FOBE, Nicole Julie. O bitcoin como moeda paralela: uma visão econômica e a multiplicidade de desdobramentos jurídicos. São Paulo: [S.N.], 2016, p.53.

32 SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo; CRESCPO, Marcelo. Direito Digit@l: Criptomoedas: você ainda vai usá-las, 11 de dezembro de 2015. Acesso em: 22 de maio 2019.

33 FOBE, Nicole Julie. O bitcoin como moeda paralela: uma visão econômica e a multiplicidade de desdobramentos jurídicos. São Paulo: [S.N.], 2016, p.53.

34 Idem

Seu perfil pode ser assim resumido: completamente digital, código aberto (ao alcance de qualquer povo sem necessidade do aparato bancário), descentralizado (ponto a ponto), sem barreiras fronteiriças, rápida transação e baixas taxas, visto que consiste no envio interpessoal pela internet, ignorando a figura oficial do banco.<sup>35</sup>

O bitcoin é uma moeda, assim como o real ou o dólar, “porém ela é produzida de forma descentralizada por milhares de computadores, mantidos por pessoas que “emprestam” a capacidade de suas máquinas para criar bitcoins e registrar todas as transações feitas”.<sup>36</sup>

Desvinculado do lastro ouro, ainda assim o bitcoin nasceu limitado de forma que só podem existir 21 milhões desta moeda no mundo. Especula-se que, até o presente, 80% dessa quantidade (cerca de 17 milhões) já estão em circulação, e que última fração de bitcoin deverá ser minerada por volta do ano 2140.<sup>37</sup>

## Minerando

Lembrando que a emissão de bitcoin que não é feita por nenhum Banco Central, governo ou instituição financeira, ele é criado a partir de um processo conhecido como mineração em alusão ao processo de busca de metais preciosos. Mas os bitcoins não são retirados do solo, eles são extraídos de complexos cálculos matemáticos e camadas de criptografia.<sup>38</sup>

Na prática, quando você envia um bitcoin para um amigo, há um minerador – um supercomputador – checando cada passo dessa transação. Ele confere, por exemplo, se você possui mesmo aquele valor, se você pode gastá-lo e se sua assinatura está correta. Ou seja, os mineradores são os auditores do processo de *blockchain*, cuja complexidade exige um artigo inteiro para fazer o perfil.<sup>39</sup>

Os responsáveis por verificar, transmitir e registrar essas transações no *blockchain* são chamados de mineradores, que disputam entre a recompensa, feito garimpeiros reais. Ganha quem tem mais poder computacional para resolver os

---

35 ENTENDA o que é bitcoin. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mercados/entenda-o-que-e-bitcoin/>>. 13 jun. 2017. Acesso em: 20 jul. 2019.

36 Idem

37 Idem.

38 BERTOLUCCI, Gustavo. Sabe qual é a maior linguagem de programação para Blockchain. Disponível em: <<https://livecoins.com.br/>>. Acesso em: 31 maio 2019.

39 Idem.

cálculos, sendo que a dificuldade aumenta na proporção em que entram mais participantes no processo.<sup>40</sup>

Brevíssima amostragem para elaboração de uma percepção pessoal: só para os fortes. Se há uma certeza de que emerge de um voo rasante, ou de um mergulho superficial, sobre a tão falada bitcoin é que, em termos de investimento, vai muito além de não ser para amadores: trata-se de um ativo que exige total autocontrole, para os fortes. Durante a preparação deste artigo, segui (e aqui uso o verbo na primeira pessoa do singular por se tratar de experiência pessoal) o site <https://livecoins.com.br>. Em nenhum dia, faltou emoção. Enquanto traço estas linhas à guisa de exercício de percepção, a principal manchete é: “*Biotcoin* pode cair até U\$ 6,100? Alta continua ou acabou?” Mas isto é uma pergunta dentro de um dia. A montanha russa que caracteriza esta forma de investimento se move de hora em hora.<sup>41</sup>

Em 30 de maio de 2019, o referido site anunciava que um investidor bilionário, cujo nome foi omitido, se propunha a comprar 25% dos bitcoins existentes. Horas antes, no mesmo dia, o site especializado anunciava que o preço da moeda em estudo poderia explodir, por “culpa” da China. No dia 31 do mesmo mês, o site informa que bitcoin só deu prejuízo em 3 dos 125 meses de sua criação. Em junho, divulga o site, um investidor foi condenado a 2 anos de prisão por operar em corretora sem licença. Horas mais tarde a manchete de destaque é para a ferramenta “Se acostume com bitcoin”, cujo objetivo é facilitar a conversão que veio para ficar.<sup>42</sup>

As emoções não param e a moeda se consolida em passos como o do dia 4 de junho de 2019, quando o símbolo do bitcoin (฿) passa a ser disponibilizado pela Apple, em solenidade que lançou novo conjunto de ícones para o sistema IOS.<sup>43</sup>

Neste cenário, que se altera ao longo das horas, a pergunta sobre a possibilidade da subida do valor do bitcoin em junho, mês considerado crucial pelos analistas para determinar o desempenho da criptomoeda, ao longo do ano, não se cala e nem pode. No momento desta pergunta, o ativo acumulava 120% de valorização ao longo dos meses. Ao ler o texto completo, entretanto, não há certeza absoluta, pois, em junho de 2018, o preço caiu vertiginosamente. Em maio, exatamente no dia 17, o

---

40 Blockchain: entenda o que é e como funciona de maneira simples. Disponível em: <<https://www.dicionariofinanceiro.com/blockchain/>>. Acesso em: 8 de jun. 2019.

41 BERTOLUCCI, Gustavo. Bitcoin pode cair até U\$ 6,100? Movimento parabólico continua? Alta continua ou acabou? Disponível em: <[https://livecoins.com.br](https://livecoins.com.br/)>. Acesso em: 20 de jun. 2019.

42 Se Acostume com o Bitcoin, ferramenta facilita conversão. Disponível em: <[https://livecoins.com.br](https://livecoins.com.br/)>. Acesso em: 01 jun. 2019.

43 NUNES, Mateus. Apple adiciona símbolo do Bitcoin em sua nova biblioteca de símbolos. Disponível em: <[https://livecoins.com.br](https://livecoins.com.br/)>. Acesso em: 04 jun. 2019.

site, em questão, alardeava uma queda de 1.500 dólares em menos de duas horas, havendo ainda variação para mais ou menos em diferentes corretoras.<sup>44</sup>

Apenas a incerteza é uma constante, pois as notícias derivadas das coletas de dados se sobrepõem na velocidade das horas e, se de um lado, agregam valor, por outro expõem a fragilidade do ativo. Três exemplos:

Cerca de 30 investidores buscam indenização junto à União Europeia (UE). As vítimas alegam que perderam mais de R\$ 42 bilhões em golpes envolvendo criptomoedas. O pedido de ressarcimento tecnicamente está previsto pela organização de países, o que tornaria o pedido completamente legal. A União Europeia possui diretrizes voltadas para esquemas envolvendo financiamentos. Até mesmo um fundo estaria disponível para cobrir possíveis perdas. Seria através deste fundo que investidores poderiam ser ressarcidos em mais de R\$ 42 bilhões.<sup>45</sup>

Em outra abordagem, para exemplificar, sobre a manchete “Congressista americano pede proibição de todas as criptomoedas”, resta cristalizada a volatilidade do ativo: “o *bitcoin* teve um final de semana útil mais do que excelente, ultrapassando os 6.400 dólares por token e demonstrando força para não cair abaixo dos níveis de suporte”. A moeda atingiu seu valor mais alto desde novembro de 2018, quando entrou em uma queda espiral que deixou muita gente assustada. Desde o começo de 2019, a moeda já teve um rali de 69%. O curioso desses valores e novas altas, é que, a moeda demonstrou ainda mais força depois que o congressista norte-americano, Brad Sherman, do Partido Republicano, propôs para seus colegas a criação de uma lei para banir completamente o bitcoin e outras criptomoedas em todo o EUA. Segundo ele, “Precisamos cortar o mal pela raiz”. Sherman, que claramente tem uma visão errada sobre o verdadeiro ecossistema das criptomoedas, falou que o bitcoin é uma ameaça para o poder dos EUA, já que ele diminui o uso internacional do dólar, além de evitar que os EUA possam impor sanções a outras nações. O congressista acredita que o bitcoin pode tirar o poder e controle que os EUA podem exercer em economias e, por isso, ele deve acabar. Ironicamente, o discurso prova exatamente a necessidade de o bitcoin existir e tirar o poder centralizado do Estado.<sup>46</sup>

---

44 “Uma promoção”, diz especialista sobre queda do bitcoin. 17 de maio 2017. Disponível em: <<https://economia.ig.com.br>> Economia > Criptomoedas>. Acesso em: 06 jun. 2019.

45 JOSE, Paulo. União Europeia pode pagar indenização para vítimas de golpes com criptomoedas. Disponível em: <<https://livecoins.com.br>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

46 JOSE, Paulo. União Europeia pode pagar indenização para vítimas de golpes com criptomoedas. Disponível em: <<https://livecoins.com.br>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

Completando a trilogia de exemplos, tem-se a decisão da Índia de proibir o uso da bitcoin:

Além do banimento, o governo quer multar e até prender quem negociar criptomoedas, tornando crime fazer virtualmente qualquer coisa relacionada às criptomoedas. Se condenado, um infrator não enfrentaria menos de 1 ano de prisão com possíveis sentenças até dez anos de duração. As penalidades também incluem multas, que parecem mais prováveis, de até “três vezes” o valor que uma pessoa ganhou. Então, se você, de alguma forma, ganhou US\$ 1 milhão, o governo indiano pode vir atrás de você e multar em US\$ 3 milhões e assim por diante. Todas as principais autoridades financeiras da Índia, incluindo o Banco Central da Índia e o Conselho de Valores Mobiliários da Índia, tiveram contribuições para o relatório.<sup>47</sup>

Decisão tomada e banimento acatado, eliminando uma das características do bitcoin que era a de não considerar qualquer fronteira, primando pela universalidade.

O investidor de perfil arrojado, que aposta em criptomoedas (e aqui se fala da mais popular no momento), bitcoin, deve ter como mote “Só sei que nada sei”, atribuído a Sócrates e de longeva sabedoria oriunda da antiga Grécia.

A importância deste ativo se cristaliza quando a Receita Federal do Brasil dedica seu talento para editar instrução normativa como a de nº 1888/19, tratando da obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos.

Saindo dos sites especializados, enquanto as linhas deste artigo ganhavam contorno, surgiu uma propaganda na TV Aberta, salientando que se trata de anúncio para o público em geral e não para assinantes de canais especializados em finanças ou telejornais. Assinado pela atlasquantum.com a peça publicitária mostra uma menina de cerca de 8 anos aparece “explicando” a simplicidade de lidar com bitcoin, comparando a transação com uma remessa de mensagem. Com estudado ar de superioridade e arrogância, ela termina perguntando: “Isto qualquer um entende, certo?” Errado. A polêmica é grande e nem todas as corretoras são confiáveis, basta reler a brevíssima amostragem nos parágrafos anteriores. A história desta moeda se constrói diariamente, com bruscas variações ao longo das 24 horas. Em 15 de julho, o site <https://livecoins.com.br> anunciava: “Bitcoin atinge R\$ 1 bilhão em negociações

---

47 RISSON, Daniela. Proibição na Índia vai impulsionar *privacy coins*, aposta CZ. Disponível em: <<https://webitcoin.com.br/proibicao-na-india-vai-impulsionar-privacy-coins-aposta-cz-j>>. Acesso em: 8 jun. 2019.

no Brasil e quebra recorde na América Latina”<sup>48</sup>. Mas também alertava para prisões de falsos corretores que atuam em forma de pirâmide financeira.

Por tratar-se de despreziosa e brevíssima amostragem, no intuito de demonstrar ao leitor a volatilidade deste investimento, fecha-se o circuito citado no começo deste artigo com a seguinte análise assinada pelo articulista do livecoins.com, Paulo José:

Investir no bitcoin poderia ter resultado em uma fortuna para quem o fez há nove anos atrás. Apenas cerca de R\$ 3,75 por dia aplicados na criptomoeda poderia resultar em quase R\$ 68 milhões atualmente. O valor corresponde a uma aplicação diária na criptomoeda desde 2010. [...] Um investidor que decidiu aplicar todos os dias desde 2010 no bitcoin pode estar milionário nos dias atuais. Não era preciso muito para investir na criptomoeda. Considerando a cotação na época, o real era muito mais valorizado que nos dias atuais.<sup>49</sup>

Na esteira da história que se constrói e se refaz a cada reviravolta, tudo indica a agilidade do Japão para absorver novas facetas da tecnologia:

Ele foi um dos primeiros países em todo o mundo a reconhecer o potencial do mercado de criptomoedas. Foi neste país que o bitcoin foi reconhecido em 2017 como uma moeda totalmente legal. É também no Japão que muitas iniciativas relacionadas à tecnologia *blockchain* tomam forma. O país sai na frente ao desenvolver uma plataforma para pagamentos em criptomoedas para um mercado que deverá ser consolidado nos próximos anos.<sup>50</sup>

Encerrando este breve exercício de percepção deste volátil investimento, é necessário ressaltar que é possível que, quando da publicação deste texto, alguns tópicos tenham se distanciado da realidade, por obsolescência não planejada, porém inevitável. Afinal, o tema em questão deriva de dados brutos que são trabalhados para se transformar em informação, um dos maiores pilares do poder na sociedade contemporânea. No que se refere ao bitcoin, apertar F5 de hora em hora, no momento, é uma obrigação. Aos estudiosos do tema, há que se destacar que cada

---

48 JOSE, Paulo. União Europeia pode pagar indenização para vítimas de golpes com criptomoedas. Disponível em: <<https://livecoins.com.br>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

49 Idem.

50 JOSÉ, Paulo. Muito mais que semelhança, projeto japonês deverá oferecer também concorrência ao sistema SWIFT, que ainda não utiliza a tecnologia *blockchain*. Disponível em: <<https://livecoins.com.br>> Acesso em: 20 jul. 2019.

tópico, destes aqui citados como percepção pessoal, contém o catalisador para um aprofundado artigo.

## Considerações Finais

O eixo temático deste artigo impede conclusões. No máximo, sugere que sejam tecidas considerações poucas e longe de finais. Entre avanços e recuos, o grupo do Facebook pensa em ingressar com moeda própria neste mercado, codinome Libra, e os meros rumores até esta data produziram variações para baixo das demais, em especial, do bitcoin. O futuro dirá.

O que se percebe, é que, a criptomoeda bitcoin, embora realidade mundial, agora, está longe de ser unanimidade em sua utilização ou entendimento. Como investimento, presta-se apenas para aqueles de perfil arrojado e com possibilidade de rendimento no longo prazo, exigindo saúde cardíaca perfeita. Aquele que se propuser a investir em bitcoin, ou em qualquer outra criptomoeda, deverá ser voraz consumidor de informação, a chave maior do cofre do poder financeiro.

É bem provável que o caminho a percorrer até que tal moeda se cristalize como investimento atrativo para vários segmentos (não só os que apostam com alto risco) ainda seja longo. Todo aquele investidor que se guiar pela máxima corrente que reza “só tenho duas regras: a primeira é não poder perder dinheiro e a segunda consiste em jamais violar a primeira”, este deve se afastar deste tipo de ativo no momento. Entretanto, sabe-se que em futuro mais próximo ou ainda distante (aí o x do problema) todos vão lidar com bitcoin, materializando a assertiva que empresta sua força ao título do artigo assinado pelos professores Coriolano Aurélio de Almeida Santos e Marcelo Crespo: Criptomoedas: você ainda vai usá-las.<sup>51</sup> E esta é uma conclusão que se pode registrar, haja vista as variáveis do cenário do direito cibernético que se alteram, se fundem, se confundem e se difundem sem qualquer pudor fronteiro, no compasso das horas e não dos dias. Muita emoção na roda viva do investimento. No momento, só para os fortes.

---

51 SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo; CRESCPO, Marcelo. Direito Digit@l: Criptomoedas: você ainda vai usá-las, 11 de dezembro de 2015. Acesso em: 22 de maio de 2019.

## Referências

AGRAWAL, Gaurav. *A Cypherpunk's Manifesto: a definition of privacy*. Disponível em: <<https://medium.com/coinmonks/a-cypherpunks-manifesto-a-definition-of-privacy-66c36f99e940>>. Acesso em: 3 de maio 2019.

ASCARELLI, Tulio. **Teoria geral dos títulos de crédito**. São Paulo: Saraiva, 1969.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **BC esclarece sobre os riscos decorrentes da aquisição das chamadas “moedas virtuais” ou “moedas criptografadas”**. 2014. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pt-br/Paginas/bc-esclarece-sobre-os-riscosdecorrentes-daaquisicaodas-chamadas-moedas-virtuais-ou-moedascriptografadas.aspx>>. Acesso em: 16 maio 2019.

BLOCKCHAIN: entenda o que é e como funciona de maneira simples. Disponível em: <<https://www.dicionariofinanceiro.com/blockchain/>>. Acesso em: 8 de jun. 2019.

BERTOLUCCI, Gustavo. Sabe qual é a maior linguagem de programação para Blockchain. Disponível em: <<https://livecoins.com.br/>>. Acesso em: 31 maio 2019.

\_\_\_\_\_. Se Acostume com o Bitcoin, ferramenta facilita conversão. Disponível em: <<https://livecoins.com.br>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Bitcoin pode cair até U\$ 6.100? Movimento parabólico continua – Alta continua ou acabou? Disponível em: <<https://livecoins.com.br>>. Acesso em: 20 de jun. 2019.

BITCOIN: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. Acesso em: 8 de maio 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil internet**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

COHEN, Benjamin. **The future of money**. Princeton University Press, 2004. p.186.

ENTENDA o que é bitcoin. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mercados/entenda-o-que-e-bitcoin/>>. 13 jun. 2017. Acesso em: 20 jul. 2019.

FOBE, Nicole Julie. **O bitcoin como moeda paralela:** uma visão econômica e a multiplicidade de desdobramentos jurídicos. São Paulo: [s.n.], 2016.

HAYEK, Friedrich A. **Direito, Legislação e Liberdade.** São Paulo: Visão, 1985. V.3.

IORIO, Ubiratan Jorge. **Dez lições de economia para iniciantes:** nona lição – moeda e preços. Disponível em: <<http://mises.org.br/Article.aspx?id=1444>>. Acesso em: 12 maio 2019.

JOSE, Paulo. **União Europeia pode pagar indenização para vítimas de golpes com criptomonedas.** Disponível em: <<https://livecoins.com.br>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

LIBERTY Reserve digital money service forced offline. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/technology-22680297>>. Acesso em: 10 de maio 2019.

LORENZETTI, Ricardo L. **Comércio Eletrônico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOSSIO, Claudio Joel Brito; SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo. Breve comentário sobre a Internet das Coisas à luz do Direito Penal Brasileiro. **Revista de Fato e de Direito.** Editora Unisul. v. 9, n. 16, jan/jul. 2018, p.15.

NUNES, Mateus. **Apple adiciona símbolo do Bitcoin em sua nova biblioteca de símbolos.** Disponível em: <<https://livecoins.com.br/>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

PECK, Morgen E. **Report:** The Future of Money. Disponível em: <<http://spectrum.ieee.org/static/future-of-money>>. Acesso em: 10 de maio 2019.

RISSON, Daniela. **Proibição na Índia vai impulsionar privacy coins, aposta CZ.** Disponível em: <<https://webitcoin.com.br/proibicao-na-india-vai-impulsionar-privacy-coins-aposta-cz-j>>. Acesso em: 8 jun. 2019.

SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo; CRESCPO, Marcelo. **Direito Digit@l**: Criptomoedas: você ainda vai usá-las, 11 de dezembro de 2015. Acesso em: 22 de maio 2019.

TOP 100 Cryptocurrencies by Market Capitalization. Disponível em: <<https://coinmarketcap.com>>. Acesso em: 4 de jun. 2019.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin**: a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014.

“UMA promoção”, diz especialista sobre queda do Bitcoin. 17 de maio 2017. Disponível em: <<https://economia.ig.com.br> > Economia > Criptomoedas>. Acesso em: 06 jun. 2019.

# SISTEMA DE PAGAMENTOS BRASILEIRO (SPB) E AS CRIPTOMOEDAS

---

Ricardo Antunes Silva<sup>52</sup>

## Introdução

**A**o navegarmos em sites de compra, sempre ao concluirmos as compras, deparamo-nos com as formas de pagamentos, que variam entre boleto, cartão de crédito, débito em conta e algumas empresas de pagamento virtuais, tais como Mercado Pago, PayPal, Google Pay e entre outras.

Se observarmos mais a fundo, dentro das empresas de pagamentos, os usuários cadastram uma conta que, muitas vezes, é chamada de carteira virtual, iniciando zerada, podendo depositar dinheiro em espécie ou até mesmo utilizar cartões de créditos.

O dinheiro em espécie foi substituído por moeda eletrônica para adequar o modelo de negócio de lojas virtuais. Essa conversão de físico para eletrônico é objeto desse artigo.

O Banco Central do Brasil é responsável por regular todos os tipos de pagamentos através do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), que foi criado para promover os procedimentos, normas e formas de operações por meio eletrônico, visando proteger o mercado financeiro Brasileiro.

Dentro do SPB, existem a figura dos arranjos e a instituição de arranjos de pagamentos, que servem para auxiliar o controle dos pagamentos virtuais.

Além das moedas físicas e eletrônicas, existem as criptomoedas, as moedas criadas de forma digital, que serão abordadas suas principais características e como diferenciar uma moeda eletrônica de uma criptomoeda.

---

52 Advogado. Graduado em Direito pela FMU, Graduado em Publicidade e Marketing pelo Centro Universitário de Grande Dourados, Pós-graduado em Engenharia de Redes e Sistema de Telecomunicação pela UNIP, MBA em Data Center e Computação na Nuvem pela UNIP, MBIS em Segurança da Informação, Pós-graduado em Direito Digital e Compliance pela Damásio Educacional, Pós-graduado em Direito Tributário pela Damásio Educacional, Pós-graduando em Direito Processual pela PUC/MG e Cursando LL.M. Direito dos Mercados Financeiro e de Capitais pela INSPER/SP.

As criptomoedas criaram um impasse com os regramentos pelo mundo, não sendo diferente no Brasil. Será abordado como os órgãos reguladores estão tratando as moedas digitais.

Por fim, iremos abordar sobre a nova moeda do Facebook e gerida pela Associação Libra, a LibraCoin.

## O Sistema de Pagamentos Brasileiro – SPB

O Banco Central do Brasil é responsável por fazer a gestão do sistema financeiro, tendo como suas principais atribuições<sup>53</sup> a emissão de papel-moeda e moeda metálica; executar os serviços do meio circulante; receber recolhimentos compulsórios e voluntários das instituições financeiras; regular a execução dos serviços de compensação de cheques e outros papéis; efetuar operações de compra e venda de títulos públicos federais; exercer o controle de crédito; autorizar e fiscalizar as instituições financeiras.

O Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB) é formado por um conjunto de sistemas, mecanismos e procedimentos relacionados à movimentação e operações com moeda local e estrangeira ou com ativos financeiros e valores mobiliários, os arranjos e as instituições de pagamento e as Infraestruturas do Mercado Financeiro.

O principal escopo é gerenciar o sistema de pagamentos no território nacional, visando garantir a eficiência e a segurança o qual a moeda é movimentada.

As instituições financeiras concentravam todas as modalidades existentes de transações de títulos de crédito, tais como cheque, letra de câmbio e entre outros. Com a globalização e o fomento de startups que encontraram uma necessidade do mercado em facilitar as transações financeiras, tem crescido a participação de instituições não financeiras no fornecimento de serviços de pagamento, principalmente aqueles por intermédio de cartões de pagamento (crédito ou débito), moedas eletrônicas ou meios eletrônicos de pagamento, a exemplo dos instrumentos disponibilizados para o comércio eletrônico (e-commerce) e das transações realizadas mediante dispositivos móveis de comunicação (*mobile payment*<sup>54</sup>)<sup>55</sup>.

---

53 O que é e o que faz o Banco Central. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/pre/portalcidadao/bcb/bcfaz.asp?idpai=portalcbb&frame=1>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

54 *Mobile Payment* – traduzido como Pagamento móvel, é uma modalidade de pagamento via dispositivos móveis, podendo ser presencial ou não, podendo ser exemplificado o pagamento de uma conta por meio de cartão de crédito e por meio de dispositivos móveis.

55 TOMBINI, Alexandre Antonio; MANTEGA, Guido; SILVA, Paulo Bernardo; FERREIRA, Antônio Eustáquio Andrade; LOBÃO, Edison; e PIMENTEL, Fernando Damata. Disponível em: <<http://www>

O mercado surgiu devido ao aumento de conveniência para os usuários, necessidade de melhoria no tipo e qualidade de serviço e trazendo benefícios para a economia nacional, aumentando a competitividade, possibilitando a redução de preços e custos.

A Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, institui a figura de arranjo de pagamento com o objetivo de promover a inclusão financeira por meio de pagamentos móveis, possibilitando a atuação de novos agentes, fomentando investimentos e maior concorrência na provisão de serviços de pagamento.

Antes de detalhar os arranjos, salienta-se que as instituições de pagamento (IP) são pessoas jurídicas, que têm como objetivo social serviços de compra e venda e de movimentação de recursos financeiros por meio de um arranjo de pagamento, sendo vedada a concessão de empréstimos e de financiamentos ou disponibilização de conta bancária e de poupança.

Essas empresas possibilitam que os seus clientes realizem pagamentos sem dependerem de uma instituição financeira ou banco. O usuário pode movimentar valores sem estar de posse física da moeda. Como exemplo, o cliente transfere moeda em espécie para um cartão pré-pago e efetua transações sem estar com a moeda em espécie.

As instituições financeiras como bancos e demais podem oferecer serviços de pagamentos idênticos aos prestados pelas instituições de pagamento.

As instituições de pagamento operam com os arranjos de pagamentos que são um conjunto de regras e procedimentos que proporcionam uma espécie de serviço de pagamento ao público. As regras servem para criar transparência nas transações financeiras que utilizam moeda eletrônica.

## Os Arranjos

O que é o arranjo?

Para existir um arranjo, é indispensável à figura da instituidora de arranjo que seja uma pessoa jurídica, que estabeleça regras e criação de arranjos, que permita que o usuário envie moeda para outro usuário, como bandeiras de cartões – VISA, MASTERCARD, PagSeguro, PayPal, Mercado Pago e entre outros.

Os arranjos foram criados para movimentar valores, de forma fácil e rápida, por meio de moeda eletrônica. Temos, como exemplo, os arranjos de uma bandeira de cartão de crédito.

Já os procedimentos servem para realizar uma transação de transferência de moeda, tendo, como exemplo, o cartão de crédito, empresas de pagamentos virtuais, dentre outros.

Existem tipos de arranjos que não são sujeitos à regulamentação do Banco Central, mas necessitam de autorização para funcionar, são os arranjos para pagamento de serviço público como bilhete de transporte carregado em cartão pré-pago (Bilhete Único<sup>56</sup> em São Paulo), outro exemplo na área de transporte, a empresa SEM PARAR<sup>57</sup> e CONECTCAR<sup>58</sup>, ambas trabalham com pagamento de pedágio por meio de uma cobrança mensal; os cartões de vale alimentação e refeição não são regulados também.

Os arranjos não regulamentados possuem volume reduzido de transações ou limitado, tendo em vista a sua aceitação ser concretizada apenas por uma rede de estabelecimento de uma mesma sociedade empresária ou credenciada, não oferece risco ao funcionamento das transações no varejo.

A lista de instituições que possuem arranjos de pagamento sem regulamentação vigente, no Brasil, pode ser acessada no site<sup>59</sup> do banco via internet.

As transações são registradas na conta de movimentação, que não se confunde com outras contas correntes, poupança e de investimento, com o objetivo de detalhar cada transação feita pelo arranjo de pagamento.

De forma simplificada, para existir uma transação é necessário ter uma instituição de pagamento ou financeira que tenha aderido, ou possuir uma instituidora de arranjo que, por meio do arranjo de pagamento, materialize a transação virtual, que pode ser um celular, cartão, token, entre outros, que são utilizados para transferir recursos de compra e venda.

---

56 Bilhete Único é válido em todo o Sistema de Transporte Coletivo Urbano (METRÔ/CPTM e ônibus) dentro do município de São Paulo. Disponível em: <<http://bilheteunico.sptrans.com.br/adesao.aspx>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

57 SEM PARAR é uma empresa que presta serviço de pagamento de pedágio, de forma pré-paga ou pós-paga, mediante a caução, dependendo do plano aderido pelo cliente. Disponível em: <<https://www.semparar.com.br/termos-e-politica>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

58 ConectCar é uma empresa de meios de pagamento eletrônico que atua na abertura de cancelas de pedágios e estacionamentos. Disponível em: <<https://conectcar.com/wp-content/uploads/2015/10/Termo-de-Adesao-Unificado.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

59 Instituições que atenderam o art. 4º da Circular nº 3.682/2013. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/relacaoarranjosnaointegrantes>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

Para os arranjos de pagamentos funcionarem, é necessária a autorização do Banco Central, de acordo com a carta circular nº 3.949/2019<sup>60</sup> e das instruções para prestação de informações de arranjos integrantes e não do Sistema de Pagamento Brasileiro<sup>61</sup>.

As autorizações são organizadas em lotes, conforme características, tipos, complexidade de análise e natureza dos arranjos, levando em consideração a cronologia da entrada do pedido de credenciamento.

Existe uma prioridade de autorização, sendo primeiro os arranjos fechados; segundo, os arranjos abertos com depósito à vista; terceiro, arranjo aberto com conta pós-paga. Cabe ressaltar que os arranjos que têm maior peso regulatório são os que possuem transações R\$ 500 milhões ou 25 milhões de transações dentro de um período de doze meses.

De acordo com os contratos dos usuários do PayPal<sup>62</sup>, este sistema se define como uma Instituição de Pagamento, da modalidade Emissor de Moeda Eletrônica, e um Instituidor de Arranjo de Pagamento, nos termos da Lei n.º 12.865, de 9 de outubro de 2013, atualmente em processo de autorização perante o Banco Central do Brasil, e, como tal, oferece serviços de pagamento, nos termos deste Contrato. O Arranjo de Pagamento do PayPal é um arranjo fechado, doméstico e transfronteiriço, de compra e de conta de pagamento pré-paga nos termos da regulamentação aplicável.

Na mesma linha, o Mercado Pago<sup>63</sup> é uma instituição de pagamento, na modalidade emissora de moeda eletrônica pré-paga e instituidora dos Arranjos de Pagamento Mercado Pago, devidamente autorizado para funcionar pelo Banco Central do Brasil. É a plataforma de tecnologia de serviços de pagamento do site do Mercado Livre e de outras plataformas de e-commerce e estabelecimentos físicos, através do qual as transações de pagamento realizadas pelos compradores são

---

60 VILELA, Flávio Túlio. Carta Circular nº 3.949, de 30 de abril de 2019. Disponível em: <[https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50761/C\\_Circ\\_3949\\_v1\\_O.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50761/C_Circ_3949_v1_O.pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2019.

61 Instruções para a Prestação de Informações de Arranjos: Integrantes e Não Integrantes do SPB. Departamento de Operações Bancárias e de Sistema de Pagamentos – Deban: Consultoria de Estudos e Pesquisas Disponível em: <[https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanciera/Documents/sistema\\_pagamentos\\_brasileiro/Arranjos/Instrucoes\\_Prestacao\\_Informacoes\\_Arranjos.pdf](https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanciera/Documents/sistema_pagamentos_brasileiro/Arranjos/Instrucoes_Prestacao_Informacoes_Arranjos.pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2019.

62 PayPal. Contrato do Usuário do PayPal. Disponível em: <<https://www.paypal.com/br/webapps/mpp/ua/useragreement-full>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

63 Mercado Livre. Termos e condições de uso. Disponível em: <[https://www.mercadopago.com.br/ajuda/termos-e-condicoes\\_300](https://www.mercadopago.com.br/ajuda/termos-e-condicoes_300)>. Acesso em: 13 jul. 2019.

processadas e liquidadas para os vendedores, conforme regras e procedimentos determinados nestes Termos e Condições.

Alguns pontos devem ser ressaltados, a instituição de pagamento não financeira tem algumas limitações. Cada conta de pagamento vinculada a um usuário terá limite mensal de aporte de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Os valores aportados pelo cliente não se confundem com os ativos da instituição, constituem patrimônio separado, sendo assim não respondem diretamente por nenhuma obrigação da instituição de pagamento, nem podem ser objeto de arresto, sequestro, busca e apreensão ou qualquer outro ato de constrição judicial em função de débitos de responsabilidade da Instituição de pagamento. Os recursos dos clientes podem ser aplicados em Títulos Públicos Federais; e, por fim, não existe um sistema de proteção específico para os valores que não compõem o ativo da instituição de pagamento para efeito de falência ou liquidação judicial ou extrajudicial.

Informação importante é que se a pessoa vier a sofrer um BACENJUD<sup>64</sup>, os recursos depositados em Instituições de Pagamento não são atingidos, uma vez que o mecanismo atinge tão somente as instituições financeiras:<sup>65</sup>

Como são cumpridas as ordens judiciais de bloqueio de valor? Elas visam bloquear até o limite das importâncias especificadas, incidindo sobre o saldo credor inicial, livre e disponível, apurado no dia útil seguinte ao que o arquivo for tornado disponível às instituições financeiras. Não são considerados, nos depósitos à vista, quaisquer limites de crédito (cheque especial, crédito rotativo, conta garantida etc)

## Moedas Eletrônicas e a Criptomoeda

A criação e gestão de moeda eletrônica foram amplamente detalhadas com os arranjos de pagamentos e elas são autorizadas pelo Banco Central do Brasil, exigindo a criação de conta de pagamento, as transações são confidenciais e são aceitas por quase todos os estabelecimentos e prestadores de serviços.

Já a criptomoeda não pode ser considerada uma moeda eletrônica, ela está entre moeda eletrônica e moeda física. O que diferencia é a emissão, pois, nas moedas

---

64 O BacenJud é um sistema que interliga a Justiça ao Banco Central e às instituições bancárias para agilizar a solicitação de informações e o envio de ordens judiciais ao Sistema Financeiro Nacional, via internet. - Disponível em: <<http://cnj.jus.br/sistemas/bacenjud>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

65 Perguntas frequentes - BacenJud. Disponível em: <[https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/legado?url=https:%2f%2fwww.bcb.gov.br%2ffis%2fpedjud%2fasp%2ffaq\\_bacenjud20.asp](https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/legado?url=https:%2f%2fwww.bcb.gov.br%2ffis%2fpedjud%2fasp%2ffaq_bacenjud20.asp)>. Acesso em: 13 jul. 2019.

eletrônicas, a emissão é autorizada pelos órgãos governamentais, a criptomoeda é emitida por código de computador.

## **Características**

### **Descentralização**

Por serem emitidas por um código computacional, podem ser criadas uma única vez, tornando finita a sua criação, e as transações são públicas, por meio de tecnologia de Blockchain<sup>66</sup>, diferentes das moedas digitais/virtuais que possuem um governo controlando e todas as transações são protegidas por leis sob sigilo bancário.

A descentralização traz transparência na transação, a moeda pode ser vista por todos, sendo possível fazer verificação de todas as transações desde o nascimento da criptomoeda. Uma vez feita a transação, não é possível a reversão ou exclusão, devido existirem diversas cópias espalhadas em milhares de computadores, que estruturam uma rede descentralizada.

Uma vez que uma transação é feita e validada, não existem meios de revertê-la, portanto erros são irreparáveis. As informações são armazenadas de forma distribuída, com diversas cópias espalhadas pelos computadores de vários usuários, o que fortalece a segurança da rede.

### **Valor**

Está ligado à confiança que a comunidade tem com o código, quanto maior a utilização da moeda, maior será o seu valor, isso é chamado de efeito volátil.

Por isso, existem muitas chamadas de investimentos prometendo um retorno muito alto em pouco tempo, são investimentos em criptomoedas.

Outra grande questão é que existem criptomoedas que não possuem lastro (lastro é uma garantia e é utilizado para determinar o valor verdadeiro de uma moeda

---

66 Blockchain é um banco de dados aberto e descentralizado, criado com objetivo de tornar distribuição da informação de forma clara e maior confiabilidade.

ou ativo financeiro), a mais conhecida é o Bitcoin<sup>67</sup>, tem o seu número limitado em 21 milhões de unidades<sup>68</sup>.

Uma criptomoeda desenvolvida pela empresa Facebook terá lastro e será detalhada mais à frente.

## **Privacidade**

A criação de carteira não necessita de identificação, sendo totalmente privada, tornando impossível a identificação do detentor da carteira, pois ela é formada por um código somente.

## **Regulamentação**

No Brasil, até o presente momento, não há lei ou qualquer tipo de legislação que regulamentem as criptomoedas.

Verifica-se que para a inclusão desse tipo de moeda, faz-se necessário classificá-la, o Projeto de Lei 2.303/2015 em trâmite na Câmara dos Deputados, apresentado em 7 de julho de 2015, incluiu as moedas virtuais e programas de milhagem na definição de “arranjos de pagamentos”, presentes na Lei 12.865 de 2013.

De acordo com o projeto de lei, as chamadas “moedas virtuais” ganham cada vez mais destaque nas operações financeiras atuais. Apesar de não haver, ainda, uma regulamentação nacional, e nem internacional sobre a matéria, há uma preocupação crescente com os efeitos das transações realizadas por meios destes instrumentos.<sup>69</sup>

Foram realizadas diversas audiências públicas a fim de elucidarem questões sobre o assunto, como os efeitos das criptomoedas como arranjos de pagamento e os impactos desses novos sistemas de pagamento.

Em uma das audiências, o Banco Central do Brasil posicionou-se contra o projeto de lei, argumentando que a autarquia federal não reconhece as chamadas ‘moedas virtuais’, como moeda e nem tem a intenção de regulá-las como moeda. “Para nós, elas são um token digital, existe uma rede de usuários que dá algum valor

---

67 Bitcoin (BTC) é uma criptomoeda criada, em 2009, por Satoshi Nakamoto.

68 PEDROSO, Diego; AUGUSTO, Caio. 21 milhões como limite: Bitcoin pode não ser uma bolha. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/blogs/economia-e-politica/terraceconomico/post/7067962/milhoes-como-limite-bitcoin-pode-nao-ser-uma-bolha>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

69 RIBEIRO, Alberto. Projeto de Lei nº 2303, de 2015. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=1643F9A09714D536C00F877368F56E2C.proposicoesWebExterno1?codteor=1358969&filename=PL+2303/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1643F9A09714D536C00F877368F56E2C.proposicoesWebExterno1?codteor=1358969&filename=PL+2303/2015)>. Acesso em: 13 jul. 2019.

para esse token digital e que negociam esses token digitais dentro dos seus acordos privados”.<sup>70</sup>

Ainda o Banco Central emitiu o comunicado n° 31.379, de novembro de 2017, em que alerta sobre os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais. Em suma, aduz que as moedas virtuais não são emitidas nem garantidas por qualquer autoridade monetária, por isso não têm garantia de conversão para moedas soberanas, e tampouco são lastreadas em ativo real de qualquer espécie, ficando todo o risco com os detentores. Seu valor decorre exclusivamente da confiança conferida pelos indivíduos ao seu emissor.<sup>71</sup>

O Conselho de Atividades Financeiras - COAF tende a uma posição favorável à regulamentação das criptomoedas e milhagens aéreas. Segundo seu diretor de Inteligência Financeira, Antônio Ferreira, a grande preocupação do COAF com todos os setores regulamentados, é que, eles mantenham a política de prevenção ativa, que mantenham o cadastro dos clientes, os registros das operações e comuniquem ao COAF [operações suspeitas]. Isso vale tanto para os negócios emergentes, mercados novos, como essa inovação das moedas virtuais, como para mercados tradicionais, como bancos, corretoras.<sup>72</sup> Ou seja, a posição favorável em regulamentar traz segurança ao mercado financeiro.

Já a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, em janeiro de 2018, publicou uma circular (1/2018/CM/SIN), informando sobre a proibição de gestores e administradores de fundos de investimentos, que investem parte de seus ativos em moedas digitais, afirmando que as moedas não são ativos financeiros; sendo assim, não podem ser consideradas no rol de investimento.

Ainda em setembro de 2018, a CVM posicionou, na circular (11/2018), que os fundos de investimentos podem investir em moedas digitais de forma indireta, e que essa posição está acompanhando o posicionamento de outros países. A comissão

---

70 GAMA, Leilane. Banco Central não reconhece moedas virtuais como dinheiro e discorda da necessidade de regulamentação. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/radioagencia/542125-banco-central-nao-reconhece-moedas-virtuais-como-dinheiro-e-discorda-da-necessidade-de-regulamentacao.html>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

71 GRAZIE, Reinaldo Le; Damaso, Otávio Ribeiro. Comunicado n° 31.379, de 16 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=31379>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

72 DOEDERLEIN, Natalia. Moedas virtuais: papel do Coaf é reduzir risco de lavagem de dinheiro, diz diretor. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/economia/542813-moedas-virtuais-papel-do-coaf-e-reduzir-risco-de-lavagem-de-dinheiro,-diz-diretor.html>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

recomenda que os investidores devem se atentar aos riscos como: fraude, lavagem de dinheiro, liquidez, risco operacional e ausência de regulamentação.

Já a Receita Federal se baseia nos artigos 21 e 164 da Carta Magna, que determina a competência de emissão da moeda apenas pela União, e com exclusividade ao Banco Central. Diante da disposição legal, as criptomoedas e moedas digitais não são consideradas moedas por não respeitarem a legalidade; sendo assim, são consideradas como um bem (ativo) e serão tributadas por meio de ganho de capital.

Em maio de 2019, a Receita divulgou a Instrução Normativa de nº 1888, que definiu o que é criptoativo e a obrigatoriedade de prestar informações ao fisco. Conforme o artigo 5 da normativa, “criptoativo: a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal”.<sup>73</sup>

Em julho de 2019, a Instrução Normativa teve alteração somente nos aspectos técnicos e não alterou a obrigatoriedade de prestar informações<sup>74</sup>.

Existem, no Brasil, duas associações que representam o mercado de criptomoedas, Associação Brasileira de Criptomoedas e Blockchain (ABCB),<sup>75</sup> que por enquanto só aceita associados Pessoa Jurídica e tem 34 associados, e a Associação Brasileira de Criptoconomia (ABCripto).<sup>76</sup>

Foi criado o site [www.bitcoinregulation.world](http://www.bitcoinregulation.world), que acompanha o processo de regulamentação em todos os países, com foco em Bitcoin (BTC), disponibilizando leis, regulamentos e qual órgão que regula as moedas. Ainda disponibiliza as empresas credenciadas, impostos incidentes nas operações de BTC e novidades.

---

73 Instrução Normativa RFB nº 1888, de 03 de maio de 2019. Receita Federal do Brasil. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=100592>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

74 Instrução Normativa RFB nº 1899, de 10 de julho de 2019. Receita Federal do Brasil. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=102230>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

75 Associação Brasileira de Criptomoedas e Blockchain. Disponível em: <<http://abcb.in/>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

76 Abcripto - Associação Brasileira de Criptoconomia. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/company/abcripto>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

## A Libra e o Facebook<sup>77</sup>

O Facebook anunciou, em julho de 2019, a criação de uma criptomoeda chamada a Libra, será baseada em tecnologia de Blockchain, e será lastreada em ativos de baixo risco (moedas como Euro e Dólar).

A moeda iniciará a circulação em 2020, será utilizada para pagamentos digitais igualmente feitos pelas instituições de pagamento. Para isso, foi criada a empresa Calibra, que fará a gestão da moeda.

Apesar de ser anunciada como uma moeda criada pelo Facebook, cabe ressaltar que a Libracoin<sup>78</sup> é uma associação de diversas empresas de tecnologia e pagamento e algumas bandeiras de cartão de crédito. Cada associado teve que aportar o valor de 10 milhões de dólares, valores estes que serão utilizados para lastrear a moeda.

O que diferencia a Libracoin de outras criptomoedas é a existência de associações e parcerias, a moeda nasce sendo aceita por mais de 29 empresas, tais como Spotify, Ebay, Paypal, Mercado Pago, Uber, entre outras.

O objetivo da criação da moeda se deu em formar um banco com capacidade de atuar mundialmente, criando um dinheiro universal de fácil transação, com a união da tecnologia (Blockchain) e segurança da empresa do grupo Facebook. A moeda é destinada para os usuários da rede social e de suas empresas de prestação de serviço como WhatsApp, Instagram e outros. Será expandida futuramente para pessoas que não têm acesso aos bancos em seus países de origem.

A Libracoin será uma moeda com característica de uma criptomoeda e com os mesmos objetivos da moeda eletrônica (haverá melhoramento nos serviços financeiros, tornando-os mais baratos e modernos).

Podemos comparar os tipos de moeda, sendo que as criptomoedas são criadas por qualquer um; a Libra criada por empresa específica; moeda eletrônica criada por um governo.

A moeda criada pela associação Libra está aceitando novos membros, com valor mínimo de aporte, cedendo direitos de assento e um voto no conselho da associação. A ideia de novos membros foi para tornar democrática a reunião no conselho, e evitando o abuso do uso da moeda<sup>79</sup>.

---

77 Libra Association. Disponível em: <<https://libra.org/pt-BR/white-paper/>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

78 Libracoin – o nome sugerido para a moeda virtual criada pela “Associação Libra”

79 ARRUDA, Daniel Sivieri; JUNIOR, Paulo Cesar de Meireles Garcia. Como os criptoativos podem impactar o sistema financeiro atual?: O futuro parece empolgante para os amantes de inovação. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-os-criptoativos-podem-impactar-o-sistema-financeiro-atual-08072019>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

## Considerações Finais

Não há dúvidas de que as criptomoedas estarão presentes cada vez, como um tipo de meio de pagamento e ou como uma forma de investimento, uma vez que o seu valor de mercado está cada vez mais atrativo e rentável.

A ausência de regulamentação consolidada no Brasil gera insegurança jurídica, causando afastamento do uso de criptomoeda como meio de pagamento.

A dificuldade de padronizar uma regulamentação entre o Banco Central, CVM, Receita Federal e Associações advém das características da criptomoeda, sendo as principais a ausência de agente regulador e ter a sua descentralização no controle.

Diante de todo o exposto, as moedas eletrônicas estão reguladas e seguras no mercado financeiro, e as criptomoedas não podem ser classificadas como arranjos de pagamento e muito menos como uma moeda pelos critérios existentes.

A legalização das criptomoedas não está longe, uma vez que já está em discussão, no congresso nacional, pela Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 2.303/2015.

## Referências

ABCRIPTO - Associação Brasileira de Criptoconomia. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/company/abcripto>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

ARRUDA, Daniel Sivieri; e JUNIOR, Paulo Cesar de Meireles Garcia. Como os criptoativos podem impactar o sistema financeiro atual?: O futuro parece empolgante para os amantes de inovação. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-os-criptoativos-podem-impactar-o-sistema-financeiro-atual-08072019>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

Associação Brasileira de Criptomoedas e Blockchain. Disponível em: <<http://abcb.in/>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

CRESPO, Marcelo. Bitcoin: breves considerações sobre a criptomoeda. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/noticias/216432315/bitcoin-breves-consideracoes-sobre-a-criptomoeda>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

CONNECTCAR. Termo de Adesão Único para Serviços Conectcar. Disponível em: <<https://conectcar.com/wp-content/uploads/2015/10/Termo-de-Adesao-Unificado.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

Conselho Nacional de Justiça. BacenJud Disponível em: <<http://cnj.jus.br/sistemas/bacenjud>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

DOEDERLEIN, Natalia. Moedas virtuais: papel do Coaf é reduzir risco de lavagem de dinheiro, diz diretor. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/economia/542813-moedas-virtuais-papel-do-coaf-e-reduzir-risco-de-lavagem-de-dinheiro,-diz-diretor.html>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. Virtual Currencies and Beyond: Initial Considerations. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1603.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

GAMA, Leilane. Banco Central não reconhece moedas virtuais como dinheiro e discorda da necessidade de regulamentação. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/radioagencia/542125-banco-central-nao-reconhece-moedas-virtuais-como-dinheiro-e-d discorda-da-necessidade-de-regulamentacao.html>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

GRAZIE, Reinaldo Le; DAMASO, Otávio Ribeiro. Comunicado nº 31.379, de 16 de Novembro de 2017. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=31379>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

Instrução Normativa RFB nº 1888, de 03 de maio de 2019. Receita Federal do Brasil. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=100592>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

Instrução Normativa RFB nº 1899, de 10 de Julho de 2019. Receita Federal do Brasil. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=102230>>. Acesso em: 13 jul. 2019. Libra Association. Disponível em: <<https://libra.org/pt-BR/white-paper/>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

Instruções para a Prestação de Informações de Arranjos: Integrantes e Não Integrantes do SPB. Departamento de Operações Bancárias e de Sistema de Pagamentos – Deban: Consultoria de Estudos e Pesquisas. Disponível em: <[https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/sistema\\_pagamentos\\_brasileiro/Arranjos/Instrucoes\\_Prestacao\\_Informacoes\\_Arranjos.pdf](https://www.bcb.gov.br/content/estabilidadefinanceira/Documents/sistema_pagamentos_brasileiro/Arranjos/Instrucoes_Prestacao_Informacoes_Arranjos.pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2019.

Instituições que atenderam o art. 4º da Circular nº 3.682/2013. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/relacaoarranjosnaointegrantes>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

Mercado Livre. Termos e condições de uso. Disponível em: <[https://www.mercadolibre.com.br/ajuda/termos-e-condicoes\\_300](https://www.mercadolibre.com.br/ajuda/termos-e-condicoes_300)>. Acesso em: 13 jul. 2019.

O que é e o que faz o Banco Central. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/preportalcidadao/bcb/bcfaz.asp?idpai=portalbcb&frame=1>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

PayPal. Contrato do Usuário do PayPal. Disponível em: <<https://www.paypal.com/br/webapps/mpp/ua/useragreement-full>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

PEDROSO, Diego; e AUGUSTO, Caio. 21 milhões como limite: Bitcoin pode não ser uma bolha. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/blogs/economia-e-politica/terraceconomico/post/7067962/milhoes-como-limite-bitcoin-pode-nao-ser-uma-bolha>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

Perguntas frequentes - Bacen Jud. Disponível em: <[https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/legado?url=https:%2f%2fwww.bcb.gov.br%2ffis%2fpedjud%2fasp%2ffaq\\_bacenjud20.asp](https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/legado?url=https:%2f%2fwww.bcb.gov.br%2ffis%2fpedjud%2fasp%2ffaq_bacenjud20.asp)>. Acesso em: 13 jul. 2019.

RIBEIRO, Alberto. Projeto de Lei nº 2303, de 2015. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=1643F9A09714D536C00F877368F56E2C.proposicoesWebExterno1?codteor=1358969&filename=PL+2303/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1643F9A09714D536C00F877368F56E2C.proposicoesWebExterno1?codteor=1358969&filename=PL+2303/2015)>. Acesso em: 13 jul. 2019.

ROMA, Bruno Marques Bensaí; SILVA, Rodrigo Freitas da. O desafio legislativo do bitcoin. **Revista de Direito Empresarial**. vol. 20. ano 4. São Paulo: Ed. RT, 2016.

ROMANO, Rafaela. Overview: Tudo sobre Regulamentação das Moedas Digitais no Brasil em 10 tópicos. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2019/01/18/overview-regulamentacao-moedas-digitais-brasil/>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

SPTRANS. Termo de Ciência e Adesão às Condições de Uso do Bilhete Único Cadastrado. Disponível em: <<http://bilheteunico.sptrans.com.br/adesao.aspx>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

SEM PARAR. Termos & Política. Disponível em: <<https://www.semparar.com.br/termos-e-politica>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

TAPSCOTT, Don. Blockchain Revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo. São Paulo: Senai-SP Editora, 2016.

TOMBINI, Alexandre Antonio; MANTEGA, Guido; SILVA, Paulo Bernardo; FERREIRA, Antônio Eustáquio Andrade; LOBÃO, Edison; e PIMENTEL, Fernando Damata. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Exm/EM-MPv615-13.doc](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Exm/EM-MPv615-13.doc)>. Acesso em: 13 jul. 2019.

ULRICH, Fernando. Bitcoin: a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014.

VAN DER LAAN, Cesar Rodrigues. É Crível uma Economia Monetária Baseada em Bitcoins? Limites à disseminação de moedas virtuais privadas. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td163/view>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Breves considerações econômicas e jurídicas sobre a criptomoeda. Os bitcoins. **Revista de Direito Empresarial**. vol. 14. ano 4. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2016.

VILELA, Flávio Túlio. Carta Circular nº 3.949, de 30 de abril de 2019. Disponível em: <[https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50761/C\\_Circ\\_3949\\_v1\\_O.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50761/C_Circ_3949_v1_O.pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2019.

# O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO POR MEIO DA INTERNET NO BRASIL: COMO PREVENIR DIANTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS?

---

Tatiana Lourenço Emmerich de Souza<sup>80</sup>

## Introdução

O trabalho tem como objetivo analisar o surgimento do crime de lavagem de dinheiro por meio da Internet, verificando como ocorre a configuração deste delito no Brasil e no mundo, de forma a esclarecer quais seriam os métodos necessários para combater esta modalidade frente às novas tecnologias.

A metodologia de pesquisa utilizada foi, principalmente, a pesquisa bibliográfica, bem como o estudo da legislação nacional (Lei nº 9.613/88) e internacional (convenções e tratados internacionais) relacionadas ao tema, pontuando as dificuldades de prevenção e perspectivas legislativas sobre o referido crime em sua modalidade virtual.

Desta maneira, o trabalho foi dividido em três partes para melhor compreensão da temática, a saber: 1ª) Aspectos gerais sobre os cibercrimes (conceito e características), 2ª) Contextualização do surgimento da Internet com os cibercrimes (*bitcoins*, jogos *online*, seguros, entre outros) e 3ª) Métodos de prevenção ao combate à lavagem de dinheiro no Brasil, revelando as dificuldades e perspectivas da legislação brasileira, bem como dos métodos de obtenção de provas nos ciberespaços.

## A Internet e os Cibercrimes

A Internet surgiu, no início dos anos cinquenta, a partir de um projeto de pesquisa militar (ARPA: *Advanced Research Projects Agency*<sup>81</sup>), durante a guerra fria. Esta

---

80 Mestra pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ / PPDH).

81 A Advanced Research Projects Agency Network foi uma rede de contradição de pacotes e a primeira rede a implementar o conjunto de protocolos TCP/IP. Ambas as tecnologias se tornaram a base técnica da Internet.

iniciativa surgiu como resposta do governo americano ao lançamento do Sputnik<sup>82</sup> pela ex-União Soviética.

Primordialmente, o objetivo dessa rede era conectar os mais importantes centros universitários de pesquisa americanos com o Pentágono para, assim, permitir, dentre outras coisas, a troca de informações de maneira mais rápida e protegida, bem como viabilizar aos países usuários uma tecnologia que permitisse a sobrevivência de canais de informação em caso de uma guerra nuclear.

A tecnologia utilizada, à época, para transmissão de dados foi criada com o nome de WAN (Wide Area Networks)<sup>83</sup>, mas a linguagem utilizada nos computadores ligados em rede era tão complexa, que o potencial de alastramento da *Internet* não podia ser imaginado<sup>84</sup>.

Nos anos setenta, com a evolução das tecnologias e da robótica, o uso da *Internet* se modificava, neste momento vários *softwares*<sup>85</sup> eram revisados para ampliar e, conseqüentemente, melhorar os programas utilizados nos computadores em rede.

Neste ínterim, o uso do *e-mail* (eletronic mail) popularizou o uso da nova rede, esta que ganhou força somente entre os pesquisadores para o envio de correios eletrônicos com o fito de obtenção de dados para seus estudos científicos.

Nesta mesma esteira, as aplicações comerciais da *Internet* começaram a se destacar no início dos anos oitenta, com os primeiros provedores de serviço (ISP – International Service Providers), estes que possibilitavam ao usuário comum a conexão com a Rede Mundial de Computadores sem sair de casa através de linguagem ou protocolo específico, chamado TCP/IP (Transmission Control Protocol <sup>86</sup>/*Internet* Protocol), que lia as informações transmitidas e as enviava para o destino estabelecido pelo usuário.

---

82 Sputnik é uma agência internacional de notícias lançada pelo governo russo, operada pela empresa estatal Rossiya Segodnya. Sputnik substituiu a agência de notícias RIA Novosti e a rádio Voz da Rússia.

83 Uma rede de longa distância ou rede de área alargada é uma rede de computadores que abrange uma grande área geográfica, com frequência em um país ou continente.

84 MERKLE, E. R., & RICHARDSON, R. (2000). Digital dating and virtual relating: Conceptualizing computer mediated romantic relationships. *Family Relations*, 49, 187-192. Merkle e Richardson, 2000.

85 Software é um termo técnico que foi traduzido para a língua portuguesa como logiciário ou suporte lógico, é uma sequência de instruções a serem seguidas e/ou executadas, na manipulação, redirecionamento ou modificação de um dado ou acontecimento.

86 O TCP é um dos protocolos sob os quais assenta a *Internet*. Ele é complementado pelo Protocolo da *Internet*, sendo normalmente chamado de TCP/IP.

A partir deste momento, a *Internet* ganhava milhares de usuários ao redor do mundo, estes que poderiam, sem sair de casa, fazer desde pesquisas *online* até transações bancárias por meio de *interbank*<sup>87</sup>.

A partir deste momento, os *crackers* começaram a observar que a nova rede seria o meio mais propício para empreitadas criminosas, isto porque a rede, até os dias atuais, permite aos seus usuários acesso ilimitado a um ciberespaço sem fronteiras, leis ou fenótipos capazes de identificação, fatores que facilitaram o surgimento de novos delitos, agora cometidos pela *Internet*, ou seja, os cibercrimes.

## Noções introdutórias aos cibercrimes

Antes de iniciarmos o debate sobre o crime de lavagem de dinheiro por meio da *Internet* e seus métodos de prevenção, faz-se mister compreendermos que a mudança de conjuntura trazida pela globalização nos fez, quase que de maneira obrigatória, estudar novos institutos e modalidades delitivas, como por exemplo, os cibercrimes.

Essas ações criminosas abrangem desde crimes comuns, como a lavagem de dinheiro, até a propagação de um *malware*<sup>88</sup>.

Desta maneira, é necessário classificarmos os cibercrimes em próprios e impróprios.

## Cibercrimes próprios e impróprios

Os cibercrimes próprios podem ser classificados como aqueles que o sujeito ativo se utiliza diretamente de um computador para invadir um sistema informático<sup>89</sup>. Ou seja, o sistema tecnológico é utilizado como objeto e meio para a execução de um determinado crime, sendo a informática o bem jurídico a ser tutelado, como explica Damásio de Jesus<sup>90</sup>:

---

87 Banco internético, e-banking, banco online, online banking, às vezes também banco virtual, banco eletrônico ou banco doméstico são termos utilizados para caracterizar transações, pagamentos e outras operações financeiras e de dados pela *Internet* por meio de uma página segura de banco.

88 Um código malicioso, programa malicioso, software nocivo, software mal-intencionado ou software malicioso (em inglês: *malware*, abreviação de “malicious software”) é um programa de computador destinado a infiltrar-se em um sistema de computador alheio de forma ilícita, com o intuito de causar alguns danos.

89 SYDOW, Spencer Toth. Crimes informáticos e suas vítimas. São Paulo: Saraiva, 2015.

90 JESUS, Damásio E. Novas questões criminais. São Paulo: Saraiva, 1993.

Crimes eletrônicos puros ou próprios são aqueles que sejam praticados por computador e se realizem ou se consumem também em meio eletrônico. Neles, a informática (segurança dos sistemas, titularidade das informações e integridade dos dados, da máquina e periféricos) é o objeto jurídico tutelado.

Já os cibercrimes, denominados como impróprios, são aqueles em que o computador ou qualquer outro aparelho digital são utilizados como instrumentos para a efetivação do crime, ou seja, trata-se de delitos já tipificados por nossa legislação como a lavagem de dinheiro ou crimes contra a honra, que adquiriram um novo *modus operandi* no meio digital, seja por meio de computadores, *smartphones* ou aplicativos.

De acordo com os ensinamentos do professor Damásio de Jesus<sup>91</sup>, *in verbis*:

Crimes digitais impróprios são aqueles em que o agente se vale do computador como meio para produzir resultado naturalístico, que ofenda o mundo físico ou o espaço “real”, ameaçando ou lesando outros bens, não computacionais ou diversos da informática.

## Características dos cibercrimes

Como vimos, o cibercrime é fruto dos avanços tecnológicos e, por isso, possui características intrínsecas ao seu meio, estas que abrangem tanto os crimes próprios quanto impróprios.

*Ad cautelam*, elegemos neste artigo as 04 (quatro) principais características que, ao mesmo tempo, são as principais dificuldades para se combater a criminalidade virtual e optamos por criar, didaticamente, a tabela que segue.

**Tabela 1-** Características e Dificuldades dos Cibercrimes

| Características  | Dificuldades  |
|--|---|
| I. Transnacionalidade dos delitos                                    | Dificuldade de reconhecimento da competência territorial do delito.   |
| II. A alta tecnicidade de proteção de dados<br>Criptografia de dados | Dificuldade de rastreamento de produção de provas.  |
| III. Acessibilidade do mundo virtual                                 | Facilita que as ações criminosas sejam realizadas em nanosegundos, o que dificulta investigações ou eventuais flagrantes. |
| IV. Anonimato  | Dificuldade de reconhecimento do sujeito ativo.   |

**Fonte:** A autora.

91 JESUS, Damásio E. Novas questões criminais. São Paulo: Saraiva, 1993.

## Características do crime de Lavagem de Dinheiro por meio da *Internet*.

No que tange ao crime de lavagem de dinheiro por meio da *internet*, podemos classificá-lo da seguinte maneira:

- a) Cibercrime impróprio;
- b) Pluriofensivo<sup>92</sup>;
- c) De caráter transnacional<sup>93</sup>;
- d) Com dificuldade de identificação do sujeito ativo;
- e) Que possui em seu *modus operandi* o emprego de tecnologias avançadas, bem como a criptografia de dados em unidades de valores.

A partir disso, iniciaremos o estudo do delito e seus meios de configuração por meio da *internet*.

### Lavagem de Dinheiro por meio da *Internet*

Com o passar do tempo, o avanço tecnológico trouxe consigo novos hábitos, principalmente, no que se refere ao advento das moedas digitais e das novas transações bancárias realizadas por meio de aplicativos (APP) e *Internet Bank*<sup>94</sup>.

Partindo desse contexto, o delito de lavagem de dinheiro saiu de seu aspecto primário, das passagens bíblicas<sup>95</sup>, para atingir um grande contingente de transações, bancárias ou não, conectadas a diferentes redes de pessoas, de maneira transnacional.

---

92 Produzem um resultado naturalístico, que ofende o espaço físico, bem como o espaço “real”, atingindo bem jurídico diverso do sistema informático.

93 BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e Processuais Penais. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 2ª Edição. 2013.

94 Banco internético, e-banking, banco online, online banking, às vezes também banco virtual, banco eletrônico ou banco doméstico, são termos utilizados para caracterizar transações, pagamentos e outras operações financeiras e de dados pela *Internet* por meio de uma página segura de banco.

95 A astúcia de Ananias e Safira (AP - Atos dos Apóstolos 5. 1-10). Um certo homem chamado Ananias de comum acordo com sua mulher Safira vendeu um campo e, combinando com ela, reteve uma parte da quantia da venda. Levando apenas a outra parte depositou-a aos pés dos apóstolos. Pedro, porém, disse: “Ananias, por que tomou conta Satanás do teu coração, para que mentisse ao Espírito Santo e enganastes acerca do valor do campo? Acaso não o podias conservar sem vendê-lo? E depois de vendido, não podias dispor livremente desta quantia? Por que imaginaste isto em teu coração? Não foi aos homens que mentistes, mas a Deus”. Ao ouvir estas palavras, Ananias caiu morto. Depois de umas três horas, entrou também sua mulher, nada sabendo do ocorrido. Pedro perguntou-lhe: “Dize-me mulher, por quanto que vendestes o vosso campo?” Respondeu-lhe ela: “Sim, por esse preço.” Replicou Pedro: “Por que combinaste para pôr a

Desta forma, observamos que as práticas delitivas ligadas ao crime de lavagem se aperfeiçoaram, abrangendo um rol não taxativo de sujeitos ativos, estes que não abrangem somente os chefes de máfias nacionais, mas, sim, os (cyber) terroristas, *crackers*<sup>96</sup>, narcotraficantes, estes que são considerados os principais atores na manutenção do crime organizado transnacional<sup>97,98</sup>.

Nesta mesma esteira, de acordo com o especialista em crimes digitais, Professor Spencer Toth Sydow, em sua obra “Cyberterrorismo:<sup>99</sup> A nova era da criminalidade”<sup>100</sup>, o *cyberlaundering* está diretamente ligado a práticas terroristas:

Para que a enorme quantidade de dinheiro gerada por tais ilegalidades possa ser utilizada sem chamar a atenção das autoridades, é preciso um sólido esquema de lavagem. Assim como o terrorismo pode ser comum ou *cyberterrorismo*, a lavagem de dinheiro pode ocorrer por mecanismos comuns ou por mecanismos cibernéticos. Quando a lavagem ocorre por mecanismos comuns ela tem a nomenclatura *cyberlaundering* (...). A escolha por qual mecanismo de lavagem será feito dependerá, dentre outras questões, de onde se precisa que o dinheiro a ser limpo e utilizado chegue. Isso porque há legislações mais ou menos permissivas no que se refere a movimentos financeiros, com mais ou menos regras de registro e rastreamento nas movimentações financeiras. E aqueles interessados em lavar dinheiro sempre estão na busca de lugares mais propícios e novas técnicas.

A partir deste contexto, observamos o imperioso poder das organizações criminosas na detenção de tecnologias, especificamente, para a lavagem de dinheiro

---

prova o Espírito do Senhor? Estão ali, à porta, os pés daqueles que sepultaram teu marido. Não de levar-te também a ti”. Imediatamente caiu a seus pés e expirou.

96 Cracker [cráquer] é o termo usado para designar o indivíduo que pratica a quebra de um sistema de segurança de forma ilegal ou sem ética. Este termo foi criado, em 1985, por hackers em defesa contra o uso jornalístico pejorativo do termo “hacker”.

97 O crime organizado transnacional engloba praticamente todas as ações criminais motivadas pelo lucro e cometidas por grupos organizados, envolvendo mais de um país. Em um esforço para educar e explicar os fenômenos a uma audiência global, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) lançou, em 2012, uma campanha contra o crime organizado transnacional, encabeçada por um vídeo ilustrando suas diferentes formas e os custos humanos e financeiros relacionados.

98 CALLEGARI, André Luís. Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

99 Cyberterrorismo é a expressão usada para descrever os ataques terroristas executados pela *Internet*, com o objetivo de causar os danos a sistemas ou equipamentos de comunicação.

100 SYDOW, Spencer Toth. Cyberterrorismo: A nova era da criminalidade. Minas Gerais: Ed. D'Plácido, 2018.

por meio da *internet*, vez que possuem a sua disposição pessoal capacitado para pôr em prática o uso de tecnologias “*high-tech*”<sup>101</sup> com intuito de facilitar invasões a sistemas ou até mesmo de quebrar fontes criptografadas.

Os *mixers* de *Bitcoin*<sup>102</sup> estão entre os *softwares* mais utilizados pelos *crakers* para lavagem de dinheiro no ciberespaço. Esses programas, por terem, em sua essência, a preservação do anonimato pela ausência de cadastro de seus usuários, atrelados à transferência em nanossegundos das criptomoedas para as carteiras virtuais, facilitam a atuação delitiva dos *crakers*, que utilizam a *internet* para a prática delitiva em função dos inúmeros benefícios pró-ilegalidade, como por exemplo, uso de disfarces no endereço de IP, uso de roteadores abertos, programas de falsificação de IP’s, uso de *hot spots*, e telefones (*smartphones*), estes que são meios conhecidos como despersonalizadores da relação, em que as ações criminosas são realizadas a partir de dispositivos eletrônicos<sup>103</sup>.

Esses tipos de invasões e de novas técnicas de lavagem de dinheiro são amplamente discutidos em fóruns de *crackers on-line*, como por exemplo, o serviço de moeda digital da Costa Rica: *Liberty Reserve* ou o *Euro Liberty Reserve*<sup>104</sup> - que convertem anonimamente os valores em dinheiro e, também, fóruns sobre os jogos *on-line* - a exemplo o *Second Life* e *Warcraft*, que se utilizam de moedas digitais para a conversão de bens, serviços ou dinheiro físico.

---

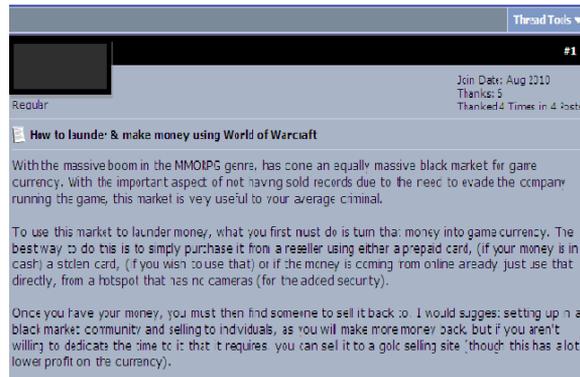
101 Alta tecnologia refere-se à tecnologia considerada de ponta, isto é, que trabalha com as mais recentes inovações tecnológicas, ou na sua investigação.

102 Programa que oferece um nível insuperável de segurança para todas as transações e criou redundâncias em seus sistemas para garantir que suas informações de Bitcoin não possam ser acessadas e que ninguém possa rastrear suas transações envolvendo a criptomoeda.

103 SYDOW, 2018.

104 O Liberty Reserve, fundado em 2001 e com sede em Costa Rica, foi um sistema de pagamento online e provedor de uma das moedas eletrônicas baseadas no valor do ouro. A empresa foi fechada pelo governo americano, em 2013, sob acusação de lavagem de dinheiro.

**Figura 1** – Fóruns de *crackers on-line* debatendo sobre a lavagem de dinheiro pelo jogo *Warcraft*



**Fonte:** Laundering Money Online: a review of cybercriminals' methods.

Os jogos de azar, assim como os jogos eletrônicos, também, são formas de lavagem de dinheiro bem comuns no meio digital, uma vez que fazem o câmbio de criptomoedas em dinheiro “limpo” através de transações em carteiras virtuais, por manipuladas técnicas de premiação e de venda de benefícios.

A título de exemplo, em 2013, os EUA cancelaram as atividades do *Liberty Reserve*<sup>105</sup>, prendendo criminosos pelo delito de lavagem de dinheiro. Mas isso não foi impeditivo para frear os delinquentes, estes que já estavam preparados para suprir a grande perda com novos mecanismos tecnológicos, a saber, *BTCE*, *WebMoney* e *Paymer*<sup>106</sup>.

Desta forma, verifica-se que a *internet* possui tudo que o crime precisa para ocorrer, e ainda conta com uma série de fatores que usam a tecnologia como uma “arma de fogo digital”, oferecendo formas de invasões a sistemas de instituições financeiras, facilitação de transações via *internet* diretamente a paraísos fiscais<sup>107</sup> e centros de Off-Shore.

105 O Liberty Reserve, fundado em 2001 e com sede em Costa Rica, foi um sistema de pagamento online e provedor de uma das moedas eletrônicas baseadas no valor do ouro. A empresa foi fechada pelo governo americano em 2013, sob acusação de lavagem de dinheiro.

106 Sistema de pagamento online, que fornece a compra e transferência imediata *Bitcoin*, *Litecoin* entre outras criptomoedas.

107 Os chamados “paraísos fiscais” são países ou dependências que, por não tributarem a renda, ou por tributarem-na à alíquota inferior a 20% ou, ainda, por possuírem uma legislação que garante o sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade, oferecem oportunidades atraentes e vantajosas para a movimentação de recursos.

Os ataques também são direcionados ao sistema da Bolsa de Valores e de Seguros, ambos de certa forma vulneráveis ao delito na forma digital. Para um *cracker*, a quebra e/ou a invasão desses sistemas é relativamente fácil, na medida em que tais instituições não possuem uma proteção absoluta dos seus sistemas internos.

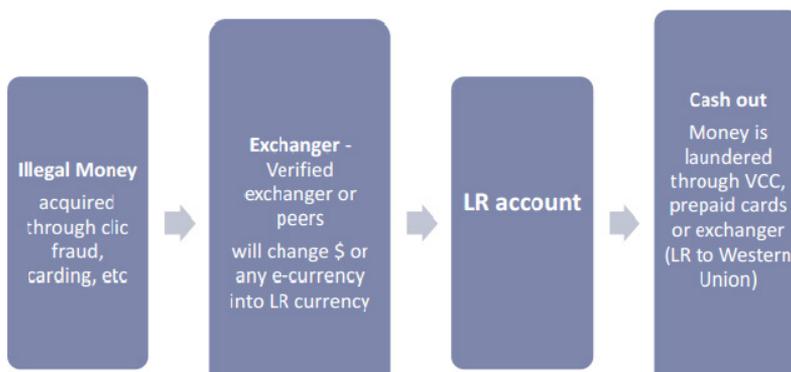
Como exemplo, podemos citar os cartões de crédito virtuais que são uma alternativa aos cartões pré-pagos móveis. Esses tipos de cartões, hipoteticamente, poderiam ser financiados pela conta bancária de uma vítima, esta que estaria sendo ludibriada sem ao menos perceber tal situação.

Isto seria feito através de uma operação eletrônica, que utilizaria como base uma conta Paypal<sup>108</sup>, cujos efeitos são imediatos. Desta maneira, os recursos financeiros seriam “limpos” através de um esquema de microlavagem.

Os micropagamentos *online* estão interligados com os serviços tradicionais de pagamento, em que os fundos podem ser transferidos por uma infinidade de métodos de pagamentos, aumentando assim a dificuldade de apreensão dos lavadores de dinheiro.

**Figura 2** – Método de lavagem de dinheiro através de fraude de cliques

How did it work?



**Fonte:** Laundering Money Online: a review of cybercriminals' methods.

108 PayPal é um sistema que permite a transferência de dinheiro entre indivíduos ou negociantes usando um endereço de e-mail, assim, evitando métodos tradicionais como cheques e boleto bancário.

Em outro giro, o Comércio Eletrônico também é um viabilizador da lavagem para empresas que vendem serviços diretamente pela rede vez que a troca anônima de informações fica limitada apenas ao número de cartão de crédito<sup>109</sup>.

Outro mecanismo que facilita a lavagem de dinheiro pela *internet* é o da moeda digital, que segundo o Site E-commerce News<sup>110</sup>:

O Dinheiro Eletrônico, ou Moeda Digital, é um dos instrumentos utilizados em transações que não utilizam papel-moeda. Ao invés disso, um valor monetário é eletronicamente creditado ou debitado. Muitas vezes, o Dinheiro Eletrônico é a forma de pagamento utilizado para transações de e-commerce, facilitando o comércio entre diferentes países. O Dinheiro Eletrônico é, na maioria dos casos, equivalente ao papel-moeda e é trocado pelos bens e serviços que o indivíduo deseja adquirir. E permite criar correntes de comércio entre indivíduos e empresas de todos os cantos do globo. Ele pode permitir que um freelancer no Brasil seja pago por um contratante no Canadá. Isto é possível devido ao sistema de troca monetária do Dinheiro Eletrônico. O valor do dinheiro é creditado para alguém em qualquer localidade.

Assim ensina a Professora Luciana de Amorim Monteiro<sup>111</sup>:

Existem dois tipos básicos de e-money: anônimo e identificado, ambos podendo ser online ou offline. O e-money anônimo offline constitui o verdadeiro digital cash e é o mais difícil de ser gerenciado devido à dificuldade de se impedir o double-spending. (Identificado e anônimo conhecido como digital cash). O E-money anônimo não permite que se descubra o seu proprietário, possibilitando, no entanto, a descoberta de todas as transações efetuadas. Off-line não implica na comunicação direta com o banco. A forma off-line anônima, que constitui o verdadeiro dinheiro digital, é a forma mais complexa de E-money devido ao problema de se garantir que os valores armazenados sejam utilizados apenas uma vez.

---

109 STEPHENS, Lea Stella. Cold Wallet Vs. Hot Wallet: what's the difference. Disponível em: <<https://medium.com/dashfor-newbies/cold-wallet-vs-hot-wallet-whats-the-difference-a00d872aa6b1>>. Acesso em: 21 set. 2018.

110 Disponível em: <http://ecommercenews.com.br/glossario/o-que-e-dinheiro-eletronico-moeda-digital-e-money>.

111 Monteiro, Luciana de Amorim <http://www.cic.unb.br/~rezende/trabs/e-moeda.htm#Um+poouco+sobre+Moeda+Eletr%F4nica>.

Por fim, insta salientar, que independentemente do tipo de dinheiro digital usado nas empreitadas criminosas, podemos concluir que estes são meios facilitadores para ocorrência do crime de lavagem de dinheiro pelo meio digital<sup>112</sup>.

Desta maneira, não importa ser o *Bitcoins*<sup>113</sup>, *Liberty Reserve*, *Euro Liberty Reserve*, *WebMoney*, *Paymer*, *PerfectMoney*, Mercado Negro de Pesos, ambos são fontes passíveis de serem transformadas, a qualquer momento, em dinheiro “limpo”.

**Figura 3 – Bolsa de valores de moedas digitais**

| # | Name   | Market Cap       | Price      | Circulating Supply    | Volume (24h)    | % |
|---|--|------------------|------------|-----------------------|-----------------|---|
| 1 |  Bitcoin      | \$65,310,941,363 | \$3940.15  | 16,575,750 BTC        | \$1,488,000,000 |   |
| 2 |  Ethereum     | \$26,867,638,391 | \$283.67   | 94,715,752 ETH        | \$633,104,000   |   |
| 3 |  Bitcoin Cash | \$8,270,280,214  | \$498.35   | 16,595,325 BCH        | \$513,902,000   |   |
| 4 |  Ripple       | \$7,100,435,952  | \$0.185178 | 38,343,841,883 XRP *  | \$53,317,800    |   |
| 5 |  Litecoin     | \$2,816,501,863  | \$53.14    | 53,004,732 LTC        | \$287,733,000   |   |
| 6 |  Dash         | \$2,420,127,167  | \$319.81   | 7,567,296 DASH        | \$33,917,700    |   |
| 7 |  NEM          | \$2,181,384,000  | \$0.242376 | 8,999,999,999 XEM *   | \$5,614,950     |   |
| 8 |  IOTA         | \$1,585,324,554  | \$0.570357 | 2,779,530,283 MIOTA * | \$13,663,500    |   |
| 9 |  Monero       | \$1,451,723,411  | \$96.11    | 15,104,906 XMR        | \$38,586,800    |   |

Fonte: <https://br.investing.com/crypto/>.

## Metódos de Prevenção e de Combate à Lavagem de Dinheiro pela *Internet* no Brasil

Como já abordado ao longo do artigo, resta claro que o meio digital, de uma maneira geral, ainda carece de sistemas efetivos, tanto legislativo, investigativo e tecnológico, capazes de combaterem e prevenirem a prática de crimes pela *internet*.

No Brasil, essa situação não é diferente, visto que a temática sobre os cibercrimes apenas veio à tona em meados de 2011, quando o congresso nacional, a partir

112 KHANDELWAL, Swati. How Hackers Cash Out Thousands of Bitcoins Received in Ransomware Attacks. 2017. Disponível em: <<http://thehackernews.com/2017/07/cashout-bitcoin-ransomware.html>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

113 HEILMAN, Ethan et al. Eclipse Attacks on Bitcoin's Peer-to-Peer Network. In: USENIX SECURITY SYMPOSIUM, 24, 2015, Boston. Proceedings... Boston University, 2015, p.129-144.

do caso envolvendo a atriz Carolina Dieckmann<sup>114</sup>, começou a dar destaque para a temática em pautas legislativas.

A era “Lava Jato” também impulsionou a discussão sobre regulação do uso das criptomoedas em território nacional<sup>115</sup>, bem como o debate sobre o combate às novas técnicas de lavagem de dinheiro por meio da *internet*, fator que serviu de supedâneo para a reflexão da necessidade de implementação de políticas públicas voltadas para o combate à criminalidade eletrônica.

Esta preocupação também foi representada pela criação de diversos mecanismos legislativos, a saber, o Marco Civil da *Internet*<sup>116</sup>, a LGPDP<sup>117</sup>, Lei Carolina Dieckmann<sup>118</sup>, como também de medidas de combate efetivo ligado às polícias judiciárias, estas que fundaram, ao longo dos anos, delegacias especializadas na repressão aos crimes de informática. Destaca-se, neste ponto, a criação do Laboratório de Tecnologia contra a Lavagem de Dinheiro criado pela Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro<sup>119</sup>, em 2016.

Porém, insta salientar que o Brasil ainda se encontra em estágio embrionário no combate efetivo aos cibercrimes, principalmente, no que tange à lavagem de dinheiro em meio digital, uma vez que o Estado ainda carece do uso de tecnologias

---

114 No dia 3 de dezembro, foi publicada no Diário Oficial da União e sancionada pela Presidente da República, Dilma Russeff, a Lei 12.737/12, que dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos. A nova lei ganhou notoriedade porque, antes mesmo de publicada e sancionada, já havia recebido o nome de “Lei Carolina Dieckmann”. Tal apelido se deu em razão da repercussão do caso no qual a atriz teve seu computador invadido e seus arquivos pessoais subtraídos, inclusive com a publicação de fotos íntimas que rapidamente se espalharam pela *internet* através das redes sociais. A atriz vitimada então abraçou a causa e acabou cedendo seu nome que agora está vinculado à nova lei. O mesmo ocorreu com Maria da Penha, que por sua batalha contra a violência doméstica e familiar contra a mulher, após ter sido vítima de agressão de seu ex-marido, foi homenageada emprestando seu nome à Lei 11.340/2006.

115 A partir de casos internacionais de grande impacto, como por exemplo, o do site Silkroad e da prisão nos EUA de Alexandre Vinnik, em 2017, chamaram atenção das autoridades públicas nacionais para o combate e prevenção do delito no meio digital. Fato que foi reforçado quando desdobramentos da Operação Lava Jato (Operação Pão Nosso e Operação Patrick - Wall Street Corporate - WSC) que constatarem a ocorrência de lavagem por meio de criptomoedas, como a *bitcoin* e *kriptacoin*, respectivamente.

116 Lei N° 12.965/14 - regula o uso da *Internet* no Brasil por meio da previsão de princípios, garantias, direitos e deveres para quem usa a rede, bem como da determinação de diretrizes para a atuação do Estado.

117 Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPDP) determina como os dados dos cidadãos podem ser coletados e tratados, e que prevê punições para transgressões.

118 Lei Brasileira 12.737/2012, sancionada em 30 de novembro de 2012 pela ex-presidente Dilma Rouseff, que promoveu alterações no Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940), tipificando os chamados delitos ou crimes informáticos.

119 Laboratório que pertence à Coordenadoria de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (CCC-LD).

“*hightech*” de investigação no setor público, fator agravado pela crise econômico-política de 2014, como também padece diante da vulnerabilidade dos sistemas operacionais e de segurança.

Todos esses elementos estão aliados ao avanço vertiginoso do *animus operandi* dos *crakers*, estes que se aproveitam do “anonimato” na rede, bem como da falta de previsão legal da nova modalidade do crime em nosso ordenamento jurídico, para transacionar com criptoativos, com intuito exclusivo de lavar dinheiro.

No entanto, devemos crer na possibilidade de reverter esse cenário, não só com a eventual mudança legislativa, que poderia implementar uma circunstância de aumento de pena para o delito em sua modalidade virtual, mas também pelo avanço no que tange à conscientização de empresas públicas e privadas da necessidade de investimento em programas de Criminal *Compliance* e Cybersecurity. Tal atitude, conseqüentemente, geraria um aumento exponencial do interesse em capacitação de profissionais na área.

Com relação a outros métodos de prevenção, destacamos, ainda, a regulamentação estatal dos criptoativos, em conjunto com a criação de novas ferramentas que permitam localizar movimentos suspeitos, como a “Wallet Explorer” e, até mesmo, a criação de uma *Blockchain*<sup>120</sup> Pública, esta última que seria essencial para a identificação de transações *online* envolvendo o uso de criptoativos.

## Conclusão

Pelo exposto, vimos que com o advento da *internet* e das novas tecnologias ligadas à comunicação e ao transporte de dados, inaugurou-se uma nova era para criminalidade, porque o mundo eletrônico permitiu a ocorrência de novos tipos penais que utilizam o meio digital para sua ocorrência<sup>121</sup>.

Esses crimes possuem características específicas que, ao mesmo tempo, facilitam a materialidade dos delitos, dificultam sua investigação como, por exemplo, a transnacionalidade dos crimes interligada à alta tecnicidade de proteção dos dados utilizados pelos *crakers*. Destacam-se, ainda, programas de encriptação que

---

120 O *blockchain* é uma rede que funciona com blocos encadeados muito seguros que sempre carregam um conteúdo junto a uma impressão digital. No caso do bitcoin, esse conteúdo é uma transação financeira. A sacada aqui é que o bloco posterior vai conter a impressão digital do anterior mais seu próprio conteúdo e, com essas duas informações, gerar sua própria impressão digital. E assim por diante.

121 EMMERICH, Tatiana. O crime de lavagem de dinheiro por meio da *internet*: perspectivas e dificuldades da legislação brasileira. In: Felipe Asensi; Denise Mercedes Lopes Salles; Adriano Rosa; Eduardo Frias (Org.). Novos Direitos e Transformação Social. 1 ed. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017, v. 1, p.407-430.

beneficiam transações anônimas em nanossegundo, conseqüentemente, dificultando o reconhecimento da competência territorial desses tipos de delitos.

No caso da lavagem de dinheiro por meio da *internet*, esta pode ser caracterizada por um crime cibernético impróprio, pois se utiliza do meio digital para movimentar dinheiro advindo de atividades ilícitas, aproveitando o anonimato da rede, para fazer transferências em moedas virtuais ou eletrônicas.

Ressalte-se que, hoje, essa nova modalidade de lavagem de dinheiro, movimenta cerca de US\$ 500 (quinhentos) bilhões de dólares por ano, equivalentes a 2% (dois por cento) do PIB mundial, e 5% (cinco por cento) do PIB de cada país, fato que tem gerado preocupação da comunidade internacional com relação à temática<sup>122</sup>.

Isso se deu em função, principalmente, do surgimento das criptomoedas, que passaram a ser um artifício para operações fraudulentas, extorsão, tráfico de drogas e lavagem de dinheiro, oferecendo o tão sonhado anonimato em conjunto com a impunidade tecnológica para cometer delitos.

Porém, esse binômio de “anonimato e segurança” não pode ser considerado, de fato, absoluto quando falamos de tecnologias. Se por um lado, os “*crakers*” se utilizam de técnicas não legalizadas de lavagem de *bitcoins*, utilizando as carteiras virtuais e “*mixers*”, por outro, existem meios possíveis de se rastrear essas atividades<sup>123</sup>.

Estas ferramentas de rastreio já vêm sendo utilizadas por entidades estatais internacionais para suas investigações, estas que contam com softwares parecidos com o *Chain Analysys*, que averiguam a estrutura do *blockchain*, permitindo, em tese, a localização de ações suspeitas de criminosos<sup>124</sup>.

Outra maneira de se obter conhecimento para prevenção desse tipo específico são a busca e apreensão de equipamentos que estimulam a perícia e a ciência forense como a ferramenta *Bitminer*, que recuperou informações sobre a mineração de moedas e até mesmo sobre aplicações de carteira virtual, sem deixar de listar a *Multibit*, o *Bitcoin-QT*, o *Encase 6.19.7*, *Tableau*, *Internet Evidence Finder* e *Winen.exe* para coletas de memória.

Neste sentido, com a evolução de técnicas de rastreamento de imagens criminosas como, por exemplo, as que resultam na pornografia infantil, já estão sendo

---

122 Laundering Money Online: a review of cybercriminals' methods.

123 CRAWFORD, Douglas. Buying Bitcoins to pay for VPN anonymously, a step by step guide. 2013. Disponível em: <<https://www.bestvpn.com/buying-bitcoins-pay-vpn-anonymously-step-step-guide-part-4-bitcoin-mixers-optional/>>. Acesso em: 10 set. 2018.

124 ANTONOPOULOS, Andreas M. Mastering Bitcoin – unlocking digital cryptocurrencies. O'Reilly Media, 2015.

desenvolvidas para captar redes P2P, em que muitas já migraram para as famosas *blockchains*, fato que permitiu o monitoramento relativo de usuários de criptomoedas.

Abordamos, também, que o monitoramento não é absoluto, por dois motivos essenciais: 1) quando estudamos as novas tecnologias, não podemos falar de conceitos fechados, visto que o mundo digital está em constante evolução e 2) O *blockchain* não diferencia transações legais das ilícitas, servindo apenas como um registro digital geral e extensivo.

Esse fato desafiou a comunidade internacional para a incessante luta contra o anonimato criminoso na rede, impulsionando, o desenvolvimento de novas técnicas capazes de descobrir a identidade de um *craker* e, conseqüentemente, revelando o histórico de delitos conexos.

Ao analisar a questão de prevenção e combate ao crime de lavagem de dinheiro, no Brasil, por meio da *internet*, no que se trata de legislação, vemos normas ainda omissas nesse aspecto, principalmente, face à falta de regulamentação estatal dos crimes cibernéticos, especialmente os próprios.

Não podemos negar que existe um movimento legislativo em prol do progresso neste assunto, como o advento do Marco Civil da *Internet*, Lei de proteção de dados e a Lei Carolina Dieckmann, porém é visível o despreparo do Poder Legislativo para criação de leis específicas para o ciberespaço, uma vez que estas necessitam de conhecimento técnico específico o qual não possuem, fazendo com que inúmeros projetos de lei continuem paralisados no congresso.

Ao mesmo tempo, vemos uma evolução no que tange à prevenção local de delitos cibernéticos, com a criação de delegacias de polícia civil de combate à criminalidade eletrônica, estas que possuem treinamento específico para combate de crimes digitais.

Todos esses fatores levaram ao aumento considerável dos debates para a criação de medidas de prevenção e combate à lavagem de dinheiro pela internet, como os programas de *compliance* criminal.

No Brasil, também já vemos uma movimentação de autarquias públicas, por exemplo, a CVM<sup>125</sup>, no que tange à regulamentação dos criptoativos que, em tese, possuem como objetivo prevenir entidades públicas e privadas de delitos econômicos por meio digital<sup>126</sup>.

---

125 A Comissão de Valores Mobiliários é uma autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda do Brasil, instituída pela Lei 6.385, de 7 de dezembro de 1976.

126 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bitcoin e suas fronteiras penais: em busca do marco penal das criptomoedas. Minas gerais: Ed. D'Plácido, 2018.

Desta maneira, podemos concluir que, quando se trata de tecnologia, esta sempre poderá trabalhar em prol dos dois lados, haja vista a alta mutabilidade do seu processo de evolução que, conseqüentemente, gera novas formas de criminalidade e ao mesmo tempo de prevenção. Portanto, criar estruturas que garantam nossa privacidade, mas que também façam a proteção dos crimes digitais é o desafio da nossa geração.

## Referências

ANTONOPOULOS, Andreas M. **Mastering Bitcoin – unlocking digital cryptocurrencies**. O'Reilly Media, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e Processuais Penais**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 2ª Edição, 2013.

CALLEGARI, André Luís. **Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CRAWFORD, Douglas. **Buying Bitcoins to pay for VPN anonymously, a step by step guide**. 2013. Disponível em: <<https://www.bestvpn.com/buying-bitcoins-pay-vpn-anonymously-step-step-guide-part-4-bitcoin-mixers-optional/>>. Acesso em: 10 set. 2018.

CARLI, Carla Veríssimo de. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. Porto Alegre. Verbo Jurídico, 2008, p.79-84.

DEEPDOTWEB. **Introducing Grams Helix: Bitcoins Cleaner**. Disponível em: <<https://www.deepdotweb.com/2014/06/22/introducing-grams-helix-bitcoins-cleaner/>>. Acesso em: 10 set. 2018.

EMMERICH, Tatiana. **O crime de lavagem de dinheiro por meio da internet: perspectivas e dificuldades da legislação brasileira**. In: Felipe Asensi; Denise Mercedes Lopes Salles; Adriano Rosa; Eduardo Frias. (Org.). **Novos Direitos e Transformação Social**. 1 ed. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017, v. 1, p.407-430.

HEILMAN, Ethan et al. **Eclipse Attacks on Bitcoin's Peer-to-Peer Network**. In: **USENIX SECURITY SYMPOSIUM**, 24, 2015, Boston. Proceedings... Boston University, 2015, p.129-144.

JESUS, Damásio E. **Novas questões criminais**. São Paulo: Saraiva, 1993.

MERKLE, E. R., & Richardson, R. **Digital dating and virtual relating: Conceptualizing computer mediated romantic relationships**. *Family Relations*, 49, 187-192. Merkle e Richardson, 2000.

KHANDELWAL, Swati. **How Hackers Cash Out Thousands of Bitcoins Received in Ransomware Attacks**. 2017. Disponível em: <<http://thehackernews.com/2017/07/cashout-bitcoin-ransomware.html>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

STEPHENS, Lea Stella. **Cold Wallet Vs. Hot Wallet: what's the difference**. Disponível em: <<https://medium.com/dashfor-newbies/cold-wallet-vs-hot-wallet-whats-the-difference-a00d872aa6b1>>. Acesso em: 21 set. 2018.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Bitcoin e suas fronteiras penais: em busca do marco penal das criptomoedas**. Minas gerais: Ed. D'Plácido, 2018.

SYDOW, Spencer Toth. **Crimes informáticos e suas vítimas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SYDOW, Spencer Toth. **Cyberterrorismo: A nova era da criminalidade**. Minas Gerais: Ed. D'Plácido, 2018.

# EDUCAÇÃO DIGITAL E LEGISLAÇÃO

---

Adriano Augusto Fidalgo<sup>127</sup>

## Introdução

**N**a era da sociedade da informação, de velocidade de propagação impressionante, mas fugaz em premissas, como destacado por Bauman<sup>128</sup>, questiona-se o que é importante. E quais são as certezas que podemos carregar. Aponto no mínimo três certezas insofismáveis. Primeira: todos morreremos. Segunda: pagaremos impostos. Terceira: necessidade de aprimoramento contínuo, portanto de estudar sempre, ou seja, Educação. Em específico, estudar Educação Digital.

## Educação Digital

Assim, nota-se que, com as novas tecnologias, a forma de estudar se apresenta sob novas perspectivas. Para usar tais tecnologias de modo seguro, ético e aproveitável da melhor maneira possível, pode-se falar de Educação Digital. Aqui se preferirá a definição de Educação Digital como algo ligado à ética digital, a cibercidadania e o respeito ao direito dos demais indivíduos, respeitando-se as normas de convivência costumeiras e legais.

Como destacou Severino<sup>129</sup>, a educação carrega arraigada em si um elemento conscientizador, indispensável na Era Digital:

---

127 Advogado. Auditor Jurídico. Membro Efetivo da Digital Law Academy. Professor Universitário. Especializações em Direito Processual Civil, Direito Tributário, Auditoria (*MBA*) e Computação Forense (Universidade Presbiteriana Mackenzie). Mestre em Educação, na Linha de Pesquisa: Educação, Filosofia e Formação Humana. Presidente da Comissão Especial de Direito Digital e *Compliance* da OAB/Santana (2017/2018). Membro Efetivo da Comissão OAB vai à Escola - OAB/Santana (2016/2019). Autor de informativos e artigos científicos. Autor do livro: “Reputação Digital no Facebook, Sustentabilidade Empresarial e o Consumidor”, lançado pela Amazon.

128 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

129 SEVERINO, Antônio Joaquim. **Educação, sujeito e história**. São Paulo: Olho d’água, 2012, p.70.

A educação é efetivamente uma prática cujo instrumental é formado por instrumentos simbólicos de trabalho e de ação. Dirige-se aos educandos interpellando sua subjetividade e investindo no desenvolvimento desta. Daí a importância do conhecimento teórico no trabalho educativo e por isso se fala do papel conscientizador da educação.

A aparente incerteza que os elementos digitais geram pode ser superada, em especial, considerando as questões de ética, direitos humanos e a cidadania como complexo de respeito à dignidade da pessoa humana norteando as boas condutas e as melhores práticas que todos os indivíduos merecem receber. Na era digital, ainda é elementar dar o devido respeito e destaque à perpétua e irrevogável Educação.

Muito bem enfrentado o tema em dissertação de Mestrado de Terçariol<sup>130</sup>, citando Moraes, como segue:

Ao analisar as problemáticas existentes no mundo atual, é possível perceber a urgência de se promover uma Educação em Valores Humanos no ambiente educacional, de modo que as pessoas sejam formadas em todas as suas dimensões, buscando uma evolução da sua consciência individual, coletiva e planetária (MORAES, 1997).

A Educação Digital é um nítido exemplo de matéria transdisciplinar, como discorrido por Morin<sup>131</sup>, em tal excerto que se critica a separação das disciplinas:

Esses poucos exemplos, apressados, fragmentados, pulverizados, dispersos, têm o propósito de insistir na espantosa variedade de circunstâncias que fazem progredir as ciências, quando rompem o isolamento entre as disciplinas: seja pela circulação de conceitos ou de esquemas cognitivos; seja pelas invasões e interferências, seja pelas complexificações de disciplinas em áreas policompetentes; seja pela emergência de novos esquemas cognitivos e novas hipóteses explicativas; e seja, enfim, pela constituição de concepções organizadoras que permitam articular os domínios disciplinares em um sistema teórico comum.

---

130 TERÇARIOL, Adriana Aparecida de Lima. Um desafio na Formação de Educadores: A Vivência e Desenvolvimento de Valores Humanos usando as Tecnologias. Dissertação de Mestrado apresentada na UNESP. 2003. Disponível em: [https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/92361/tercariol\\_aal\\_me\\_prud.pdf?sequence=1](https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/92361/tercariol_aal_me_prud.pdf?sequence=1). Acesso em: 15. Jun. 2018, p.287.

131 MORIN, Edgar. A cabeça bem feita. Repensar a reforma. Reformar o pensamento. Tradução Eloá Jacobina. 8ª Edição, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p.104.

Conforme conceitua Pinheiro<sup>132</sup>, vislumbra-se como elementar a efetividade da Educação Digital:

Educar na sociedade digital não é apenas ensinar como usar os aparatos tecnológicos ou fazer efetivo uso da tecnologia no ambiente escolar. Educar é preparar indivíduos adaptáveis e criativos com habilidades que lhes permitam lidar facilmente com a rapidez na fluência de informações e transformações. É preparar cidadãos éticos para um novo mercado de trabalho cujas exigências tendem a ser maiores que as atuais.

De nosso viés, define-se Educação Digital como o conjunto de metodologias que reflitam em ensino e aprendizagem, com o objetivo de transmitir conhecimentos éticos e de cidadania, para o uso e acesso de ambientes digitais, na *internet*, nos aplicativos, nos programas e demais sistemas informáticos, respeitando-se a dignidade da pessoa humana e o bem comum.

É notório o entrelaçamento da Educação e da milenar Filosofia, como fios condutores para que possamos solucionar situações por vezes intrincadas. Como advertiu Severino<sup>133</sup>, a importância da educação e os juízos de valor moral vêm abraçando à Filosofia para se desvendar tais situações:

É por isso que a filosofia continua buscando fundamentar também os nossos juízos de valor moral. Por mais que já saibamos que os valores que embutimos em nossas práticas pessoais cotidianas sejam herdados de nossa própria cultura, recebendo-os através dos processos informais e formais de educação, continuamos desafiados a justificá-los, a fundamentá-los, buscando esclarecer como eles se legitimam e legitimam o nosso agir individual e coletivo.

As chamadas *fake news* se propagam com o nefasto poder de enganar as pessoas, influenciando em decisões e causando desinformação, a ponto de poder inclusive decidir o resultado de uma eleição, como noticiado com exemplos recentes. A manipulação das informações e um declínio da busca do conhecimento embasado se propagam em dialéticas inférteis e constantes nas redes sociais.

Compondo uma prova de que a massificação do acesso às redes não necessariamente detém o papel de melhoria do conhecimento e de um reflexo numa melhor formação humana, ao contrário, percebe-se uma sensação de pouca criação de conhecimento original e o efetivo proveito social das ferramentas tecnológicas. Por exemplo, 55% (cinquenta e cinco por cento) dos brasileiros acreditam que o

---

132 PINHEIRO, Patricia Peck. Direito Digital. 6ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2016, p.527.

133 SEVERINO, Antônio Joaquim. Filosofia no Ensino Médio. São Paulo: Cortez, 2014, p.264.

Facebook é a *internet*, conforme frisou Sumares<sup>134</sup>, referindo-se a uma pesquisa da Quartz. Com isso, as pessoas que poderiam usar o ecossistema digital como um espaço totalmente propenso à pesquisa e a autoformação ficam limitadas apenas ao uso da referida rede social.

Ora, isso faz com que o Direito Constitucional de liberdade de expressão, por vezes, seja usado de modo abusivo pelo cidadão comum, o que redundando na ocorrência de incidentes na esfera digital, inclusive nas redes sociais. A liberdade de expressão, assim como ocorre com outros direitos, não é ilimitada, pelo contrário, encontra limites na própria Constituição Federal, que harmoniza e compatibiliza outros direitos que eventualmente se apresentem em aparente choque, até mesmo de índole constitucional.

Quando se fala de direito à manifestação do pensamento, especialmente se fazendo um rápido link com direitos humanos, nota-se que muitos se equivocam entendendo ser este um direito ilimitado e irrestrito. O que gera um sem número de embates nas redes sociais, com as subsequentes teses e antíteses disparadas, redundando na exacerbação dos limites do razoável.

Mas aqui cabem as ponderações do constitucionalista Moraes<sup>135</sup>, ao dispor sobre as consequências do direito da liberdade de pensamento:

A manifestação do pensamento é livre e garantida em nível constitucional, não aludindo a censura prévia em diversões e espetáculos públicos. Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a consequente responsabilidade civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga. Atualmente, como ressalta Pinto Ferreira, “o Estado democrático defende o conteúdo essencial da manifestação da liberdade, que é assegurado tanto sob o aspecto positivo, ou seja, proteção da exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, referente à proibição de censura”. (grifo nosso)

Quanto aos direitos à honra, à imagem e demais direitos conexos assim destacou Afonso da Silva<sup>136</sup>, nas suas palavras:

---

134 SUMARES, Gustavo. 55% dos brasileiros acham que o Facebook é a *internet*, diz pesquisa. Olhar Digital. Atualização: 19/01/17. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/noticia/55-dos-brasileiros-acham-que-o-facebook-e-a-internet-diz-pesquisa/65422>. Acesso em: 31 mai. 2018.

135 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 6ª Edição, São Paulo: Atlas, 1999, p.67-68.

136 AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p.204-205.

O mesmo dispositivo em análise (art. 5.º, X) declara invioláveis a honra e a imagem das pessoas. O direito à preservação da honra e da imagem, como o do nome, não caracteriza propriamente um direito à privacidade e menos à intimidade. Pode mesmo dizer-se que sequer integra o conceito de direito à vida privada. A Constituição, com razão, reputa-os valores humanos distintos. A honra, a imagem, o nome e a identidade pessoal constituem, pois, objeto de um direito, independente, da personalidade.

Só o despertar de uma consciência digital, instrumentalizada pela cibercidadania que poderá nos nortear por um caminho sadio e proveitoso. Inclusive auxiliando na prevenção de muitas discussões nada edificantes que, por vezes, geram sequelas nos relacionamentos humanos, com inúmeros casos de desentendimentos no mundo físico no campo da violência física ou psicológica.

O uso da tecnologia é uma realidade insofismável, como bem destacado por Piovesan e Muñoz<sup>137</sup>, merecendo inclusive atenção da Agenda 2030 da ONU, conforme se confirme em artigo localizado no sítio das Nações Unidas, a saber:

Na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, os estados-membros reconheceram a importância da expansão das tecnologias da informação, das comunicações e da interconexão mundial, destacando a necessidade de enfrentar as profundas desigualdades digitais e desenvolver as sociedades do conhecimento, com base em uma educação inclusiva, equitativa, não discriminatória, com respeito às diversidades culturais.

Na sociedade global da informação, emergencial é incorporar o enfoque de direitos humanos por meio de uma educação e cidadania digitais inspiradas nos valores da liberdade, igualdade, sustentabilidade, pluralismo e respeito às diversidades.

Vive-se, na pós-modernidade, dentro da sociedade da informação, qual seja, época em que todas as relações são rápidas, com prazo de validade, líquidas, eis que a celeridade dos tempos e a fragilidade dos valores vividos assim estampam os relacionamentos do tempo atual.

Portanto, a educação ou a instrução se trata de um direito humano fundamental!

---

137 MUÑOZ, Lucien; PIOVESAN, Flávia. Artigo: *Internet e direitos humanos*. Nações Unidas. Atualização: 10/11/16. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-internet-direitos-humanos/>. Acesso em: 10 out. 2017.

Bem esclarecem Silveira e Rocasolano<sup>138</sup>, acerca do conceito de direitos humanos, que englobam o direito à educação, ao destacarem:

Revisados os fundamentos do conceito de direitos humanos e das múltiplas definições que existem sobre o conteúdo destes direitos, optamos por uma definição teleológica, porém explicativa e descritiva – isto é, que pretenda expressar os elementos estruturais dos direitos humanos preservando sua continuidade essencial. Mais que isso, optamos por uma definição que considere não só a *dinamogenesis* destes direitos, mas dialogue com a teoria do poder. É a definição de Pérez-Luño, para quem os direitos humanos são “um conjunto de faculdade e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e das igualdades humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional”. (grifo no original)

Cumprе esclarecer que direitos humanos são conquistas históricas após seculares embates, que acabaram se consagrando e se normatizando pela Organização das Nações Unidas (ONU), pela sua famosa Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme Enunciados elaborados na Assembleia Geral do dia 10/12/1948. Dentre eles, podemos destacar a educação, lá tratada por instrução, a saber<sup>139</sup>:

#### Artigo XXVI

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

Nesta ordem de ideias, vale dizer que a nossa Constituição preserva diversos direitos inerentes à personalidade humana, tais como a honra, a imagem, a

---

138 ROCASOLANO, Maria Mendez; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. Direitos humanos: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010, p.229.

139 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Atualização: 2009. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2018.

privacidade, a intimidade, a liberdade de manifestação do pensamento, a legalidade, o devido processo legal e demais coligados.

## Legislação

A nossa Constituição Federal<sup>140</sup>, não por outro motivo senão o de importância e também por ser um princípio fundante de nosso regime democrático, apregoa em seu artigo primeiro que: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; [...]”. Desse modo, desde já se relacionam tanto a cidadania como a dignidade da pessoa humana como valiosos vetores de proteção à Educação. No caso, também não se pode descurar da Educação Digital.

Dada a sua distinta importância sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, cabe aqui um ligeiro aprofundamento do conceito, segundo Barroso<sup>141</sup>:

Como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais. Não é necessário elaborar de modo mais profundo e detalhado a distinção qualitativa existente entre princípios e regras. A concepção adotada aqui é a mesma que se tornou dominante na Teoria do Direito, baseada no trabalho seminal de Ronald Dworkin sobre o assunto, acrescida dos desenvolvimentos posteriores realizados pelo filósofo do Direito alemão Robert Alexy.

Outro importante artigo contemplado pela nossa Constituição Cidadã é o seguinte:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, 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.

---

140 BRASIL. Constituição Federal. Promulgação 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 jul. 2019.

141 BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 3ª reimpressão, 2014, p.64.

Nota-se do referido artigo 227 que ele destaca como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem o direito à educação, portanto um dever compartilhado.

Nesta mesma ordem de ideias, o Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>142</sup>, em seu artigo 4º, abaixo citado, consagrou direitos referentes à vida, à saúde, à educação, à dignidade, ao respeito, à convivência familiar e comunitária. Assim como, destacou ser dever da família, da sociedade e do poder público protegê-los, ou seja, uma responsabilidade concorrente, de modo que é um dever de todos zelarem pela criança e pelo adolescente:

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (ECA, 1990).

Como se nota acima, a Educação é contemplada de modo mais genérico, abaixo se passará a tratar de legislação mais específica.

Merece menção o seguinte trecho a seguir destacado que consta do artigo 24, do Marco Civil (Lei 12.965/16)<sup>143</sup>:

Art. 24. Constituem diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da *internet* no Brasil: [...] VIII - desenvolvimento de ações e programas de capacitação para uso da *internet*; [...] IX - promoção da cultura e da cidadania; [...].

Já no artigo 26, do mesmo diploma legal, encontramos a citação que faz menção à própria força da Lei:

---

142 BRASIL. LEI 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/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069Compilado.htm). Acesso em: 18 jun. 2018.

143 BRASIL. LEI 12.965, de 23 de abril de 2016. 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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 27/02/2019.

Art. 26. O cumprimento do dever constitucional do Estado na prestação da educação, em todos os níveis de ensino, inclui a capacitação, integrada a outras práticas educacionais, para o uso seguro, consciente e responsável da internet como ferramenta para o exercício da cidadania, a promoção da cultura e o desenvolvimento tecnológico.

Verifica-se, portanto, o dever do Estado, pelo rigor da lei. O ônus a ser assumido voluntariamente também perpassa pelas demais instituições, dada a sua relevância e necessidade. Fatos reais da área digital ou cibernética já existem e surgirão colocando crianças e adultos na linha de frente de desafios do dia a dia, em que quase tudo é *online*. Temas ligados a aplicativos, internet das coisas, *fake news*, *Big Data*, algoritmos, drones e inteligência artificial – apenas para citar alguns exemplos – ainda precisam evoluir bastante, redundando em consequência e reflexos no que tange a intimidade, privacidade e tensões de direitos entre as partes envolvidas e, por consequência, como instrumentos de prevenção e combate ao *Bullying e Cyberbullying*, por exemplo.

Acima, escolhemos apenas alguns instrumentos legais para fundamentarmos que existe base legal para aplicação da Educação Digital, como dever do Estado e das instituições de ensino. Mas podemos citar a Lei de Combate ao *Bullying* (13.185/2015), a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/1996) que faz menção à palavra tecnologia em 13 (treze) oportunidades em seu texto, além de outros diplomas legais que já vêm prevendo a importância do destaque à Educação Digital.

Em breve, após alguns anos assimilando a legislação específica, acredita-se que será considerado como abandono intelectual não preparar os jovens para os novos desafios tecnológicos, especialmente o uso adequado da internet, considerando as redes sociais uma parte muito sensível disso. Inclusive é o que apregoa o próprio Marco Civil, Lei nº 12.965/2014, especialmente os artigos 24 e 26, como acima esmiuçados. Neste sentido, é importante também um olhar mais atento sobre a devida formação<sup>144</sup> para que se esteja preparado para essa gama de novidades que causa ruptura de costumes diuturnamente.

---

144 Adota-se aqui o conceito de formação de Severino que destaca a importância do docente, nestes dizeres: “Minha ideia de formação é, pois, aquela do alcance de um modo de ser, mediante um devir, modo de ser que se caracterizaria por uma qualidade existencial marcada por um máximo possível de emancipação, pela condição de sujeito autônomo. Uma situação de plena humanidade. A educação não é apenas um processo institucional ou instrucional, seu lado visível, mas fundamentalmente um investimento formativo do humano, seja na particularidade da relação pedagógica pessoal, seja no âmbito da relação social coletiva. A interação docente é mediação universal e insubstituível dessa formação tendo-se em vista a condição da

## Conclusões

Desta maneira, criar uma mentalidade de ética digital é crucial! Ensinar aos jovens a proteger a própria reputação digital é elementar, além dos direitos alheios, com isso prevenindo diversos infortúnios futuros.

Nesta ordem de ideias, parece elementar a importância da Educação Digital. Sem entendermos os mecanismos tecnológicos e as suas consequências, ficamos à mercê de resultados inesperados. Portanto, é fundamental compreendermos esse admirável mundo novo para que valores humanos sejam atribuídos para um exercício ético e respeitoso dentro de tais ambientes digitais, que são uma só dimensão do mundo real e físico.

De modo compatível, seja respeitada a dignidade da pessoa humana, destacando o plexo de direitos humanos envolvidos nas situações digitais, com a preservação e consagração dos direitos a todos devidos, inclusive no espaço digital, como a liberdade de pensamento, a honra, a legalidade, a privacidade, a intimidade e os demais inerentes ao sujeito humano.

O que gerará um despertar para o vero exercício da cidadania, amparado em elementos de convicção dos riscos e direitos inerentes ao uso dos beneplácitos tecnológicos, o seu uso ético, com a necessária conscientização de que isso só é possível com um exercício contínuo de Educação Digital, de responsabilidade solidária do Estado, de instituições de ensino e dos pais, quando há menores envolvidos. E em todos os ambientes, a responsabilidade é cumulada para jovens, adultos e idosos, pois estamos todos vulneráveis ao eventual mau uso da tecnologia.

## Referências

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

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 3ª reimpressão, 2014.

---

educabilidade do homem.” (SEVERINO, Antônio Joaquim. *Filosofia na formação profissional: por que ter valores políticos, éticos e estéticos na formação profissional é importante?* São Paulo: Cartago Editorial, 2017, p.134-135).

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRASIL. **Constituição Federal**. Promulgação 05. out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. LEI 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/L8069Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069Compilado.htm). Acesso em: 18 jun. 2018.

BRASIL. LEI 12.965, de 23 de abril de 2016. **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. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 27/02/2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6ª Edição, São Paulo: Atlas, 1999.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem feita. Repensar a reforma. Reformar o pensamento**. Tradução Eloá Jacobina. 8ª Edição, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

MUÑOZ, Lucien; PIOVESAN, Flávia. **Artigo: Internet e direitos humanos**. Nações Unidas. Atualização: 10/11/16. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-internet-direitos-humanos/>. Acesso em: 10 out. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Atualização: 2009. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2018.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 6ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2016.

ROCASOLANO, Maria Mendez; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Educação, sujeito e história**. São Paulo: Olho d' água, 2012.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Filosofia no Ensino Médio**. São Paulo: Cortez, 2014.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Filosofia na formação profissional: por que ter valores políticos, éticos e estéticos na formação profissional é importante?** São Paulo: Cartago Editorial, 2017.

SUMARES, Gustavo. **55% dos brasileiros acham que o Facebook é a internet, diz pesquisa**. Olhar Digital. Atualização: 19/01/17. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/noticia/55-dos-brasileiros-acham-que-o-facebook-e-a-internet-diz-pesquisa/65422>. Acesso em: 31 mai. 2018.

TERÇARIOL, Adriana Aparecida de Lima. **Um desafio na Formação de Educadores: A Vivência e Desenvolvimento de Valores Humanos usando as Tecnologias**. Dissertação de Mestrado apresentado na UNESP. 2003. Disponível em: [https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/92361/tercariol\\_aal\\_me\\_prud.pdf?sequence=1](https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/92361/tercariol_aal_me_prud.pdf?sequence=1). Acesso em: 15 jun. 2018.

# A REALIDADE INVISÍVEL EM TEMPOS DE ERA DIGITAL (CIBERBULLYING) E UM DE SEUS REFLEXOS: O SUICÍDIO

---

Jonathan Cardoso Régis<sup>145</sup>

## Introdução

Nas últimas décadas, vivencia-se um crescimento (des)ordenado de desenvolvimento tecnológico em meio ao processo de evolução da sociedade humana e de natureza legislativa.

A era das *fake news*, das redes sociais desordenadas em que as informações ali veiculadas são tomadas como verdade “nua e crua” e, como consequência, tem-se o crescimento da prática de infrações penais em ambientes virtuais e, como reflexo desse *boom*, ocorre a vitimização de pessoas em decorrência da intimidação sistemática, popularmente conhecida por bullying e, em tempos de era digital, o cyberbullying<sup>146</sup>.

A proposta aqui, muito embora recente, atual, polêmico e complexo o tema ora abordado, por conta do curto espaço que se dispõe e nada impedindo reflexões futuras a respeito e longe em esgotar o assunto, faz com que se possam destacar aspectos pontuais acerca de uma realidade que assola, de forma silenciosa, a sociedade mundial e que os resultados promovidos pelo cyberbullying, muitas vezes, quando surgem, já não podem ser revertidos, ante os diversos desfechos tristes e trágicos divulgados.

---

145 Doutor em Ciência Jurídica (Univali). Doctor em Derecho (Universidade de Alicante/Espanha). Mestre em Gestão de Políticas Públicas (Univali). Especialista em Direito Processual Civil com Habilitação para o Magistério Superior (Univali). Especialista em Administração em Segurança Pública (Unisul). Professor de Curso de Direito (Univali). Membro do IASC e Associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). E-mail: joniregis@univali.br.

146 LIMA, Djonatan Batista de. RÉGIS, Jonathan Cardoso Régis. **Realidade virtual: cyberbullying e seus elementos caracterizadores (parte 1)**. Empório do Direito. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/realidade-virtual-cyberbullying-e-seus-elementos-caracterizadores-parte-1-por-jonathan-cardoso-regis-e-djonatan-batista-de-lima>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

O que se busca é que cada vez mais se permita a disseminação do conhecimento e que se alcance um número maior de pessoas de nosso convívio diário para que fiquem alerta. Afinal, como asseveradas anteriormente e sugestionadas pelo título dessa breve reflexão, as atitudes promovidas pelo cyberbullying, embora explícitas, podem e afetam, de forma invisível, um número desconhecido de vítimas, resultando, por inúmeras situações, em fatalidades.

Desse modo, propõe-se trazer aspectos conceituais destacados acerca do cyberbullying e o reflexo promovido pelas redes sociais especialmente, na promoção de mudanças comportamentais, sobretudo, quanto ao suicídio por parte das vítimas desse processo de intimidação sistemática.

## **Ciberespaço e Direito Penal Informático**

Anteriormente a exposição quanto à contextualização da intimidação sistemática, ou seja, acerca do bullying e cyberbullying, fundamental, mesmo que de forma breve, traçar alguns aspectos relacionados ao ciberespaço e ao direito informático.

É notório, como afirmado anteriormente, que se vive em uma realidade dominada pela tecnologia e, por conta disso, a sociedade humana encontra-se refém e dependente da tecnologia da informação, vale dizer aquelas diretamente vinculadas à internet e à informática<sup>147</sup>.

Desse modo, a expressão direito digital vem se popularizando mundialmente e não é diferente no Estado brasileiro, vindo então a “indicar questões jurídicas relativas à Internet [...] um campo do Direito que se propõe a estudar aspectos jurídicos do uso de computadores e da tecnologia da informação em geral [...] uma nova área do estudo do Direito<sup>148</sup>”.

Sabe-se que a internet – rede mundial de computadores –, revolucionou os meios de comunicação pessoal, possibilitando desse modo a globalização, ou seja, uma (re)integração em nível mundial não apenas no acesso a informação<sup>149</sup>, a contatos pessoais, mas também de cunho comercial. Contudo, também gerando riscos e muitas vezes irreparáveis, ocorridos no ciberespaço ou nas entranhas mais obscuras

---

147 BRITO, Auriney. **Direito Penal Informático**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.25 (E-book)

148 EVARISTO, Silvana Aparecida Cardoso. CESAR, Claudio Evaristo. **Direito x internet**. IN: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 127, ago. 2014. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14255](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14255)>. Acesso em 17 jun. 2019.

149 BRITO, Auriney. **Direito Penal Informático**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.27 (E-book)

da *web*, a exemplo da *dark* e *deep web*<sup>150</sup>, refletindo, desse modo, em práticas delitivas diversas, resultando em uma nova maneira de execução, a exemplo da incitação ou induzimento ao suicídio, promovido pelo tema central desse *short* que seria o cyberbullying, até porque a internet, através das redes sociais, de forma geral, é uma das mais requisitadas na atualidade.

Cabe destacar que mesmo com o advento tecnológico e as facilidades que traz à sociedade, ressalta-se na ascendência quanto à prática delitiva virtual, gerando, num primeiro momento, a impunidade e demandando de apuração devida e especializada, com o fim de identificar efetivamente e apurar as responsabilidades pelo comportamento decorrente de condutas desviantes e criminosas, uma vez que estas se propagam sob uma velocidade astronômica que, em frações de segundos, alcança um número indeterminado de pessoas.

Acerca disso, no que tange a sociedade contemporânea a qual transpassa por uma “verdadeira revolução digital em que são dissolvidas as fronteiras entre telecomunicações, meios de comunicação de massa e informática”, em que fora mencionado nominar esse “novo ciclo histórico de sociedade da informação”, tendo esta o objetivo de encontra-se no “surgimento de complexas redes profissionais e tecnológicas voltadas à produção e ao uso da informação, que alcançam ainda sua distribuição através do mercado, bem como as formas de utilização desse bem para gerar conhecimento e riqueza”, como leciona Barreto Júnior<sup>151</sup>.

Dito isso, nota-se, segundo a lição de Valente, Neris, Ruiz e Bulgarelli<sup>152</sup> que esse crescimento tecnológico e virtual é visto como um novo mundo ou se tal realidade pode (ou deve) ser compreendida e vista como um alargamento do mundo real, fazendo com que existam e persistam violações de direitos fundamentais, como a intimidade, integridade física, psíquica e a vida (demandada por tais condutas sistemáticas de violência), sendo que a ausência (ou fragilidade) de normatização dificulta sobremaneira a contenção e, por consequência, a responsabilização dos

---

150 Trata-se de zona da internet que não pode ser facilmente detectada pelas ferramentas tradicionais de busca, tendo como objetivo maior tratar de assuntos de natureza imoral e ilícita, resultando em uma maior privacidade e, conseqüentemente, anonimato para seus usuários.

151 BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **Atualidade do conceito de sociedade da informação para a pesquisa jurídica**. in: O direito na sociedade da informação. Coord. Liliana Minardi Paesani. São Paulo: Atlas, 2007, p.61.

152 VALENTE, Mariana Giorgetti. NERIS, Natália. RUIZ, Juliana Pacetta. BULGARELLI, Lucas. **O Corpo é o Código: estratégias jurídicas de enfrentamento ao *revenge porn* no Brasil**. InternetLab: São Paulo, 2016, p.87. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/pesquisa/o-corpo-e-o-codigo-estrategias-juridicas-de-enfrentamento-ao-revenge-porn-no-brasil>>. Acesso em: 30 jun. 2019.

autores, ante a facilitação convidativa demandada pela internet e a disseminação da reprodução e busca de informações em tempo real, inexistindo limitações geográficas físicas<sup>153</sup>.

Importa observar que não cabe aqui discorrer especificamente quanto ao Direito Penal Informático (até por não ser esse o objeto da presente reflexão), mas apenas para expor que esse é um braço, por assim dizer, do Direito Penal e de outros ramos do Direito, tendo por finalidade estudar os delitos informáticos, o qual tem como bem jurídico tutelado a segurança informática.

Dito isso, passa-se a dissertar quanto o bullying e cyberbullying, realidades que estão à frente de nossos olhos e que, por muitas vezes, a sociedade (omissa ou não) deixa de perceber tais atitudes, mas apenas os resultados trágicos fomentados por tal comportamento.

## **Bullying e Cyberbullying: Conceito e Características**

A partir do marco conceitual quanto ao direito informático, ante o crescimento vertiginoso das redes sociais, seja sob a ótica de aproximação (ou seria distanciamento) das pessoas, *network*, negócios, relacionamentos, dentre outras oportunidades que podem ser proporcionadas, têm-se aqueles que fazem uso desses mecanismos, com vistas a atingirem a honra objetiva e subjetiva dos outros, aliados a ofensas, ameaças, provocações, chegando (e não raras às vezes) a situações extremas como homicídio, estupro virtual e suicídios, praticados atrás de um teclado, às escuras: o cyberbullying.

Ao se falar em cyberbullying, tem-se a concepção de que nada mais é do que a prática do bullying por meios eletrônicos. Mas o que vem a ser bullying e, por consequência, cyberbullying? Vamos lá!

O bullying “é uma palavra de origem inglesa adotada por muitos países para definir o desejo consciente e deliberado de maltratar outra pessoa e colocá-la sob tensão<sup>154</sup>”.

Desse modo, o bullying pode ser compreendido como sendo “todas as atitudes agressivas, intencionais e repetidas, que ocorrem sem motivação evidente, adotadas

---

153 LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.156.

154 FANTE, Cléo. PEDRA, José Augusto. **Bullying escolar: perguntas & respostas**. Porto Alegre: Artmed, 2008, p.34-35.

por um ou mais estudante contra outro(s), causando dor e angústia, sendo executadas dentro de uma relação desigual de poder<sup>155</sup>”.

Silva<sup>156</sup> aduz que: “o bullying sempre existiu nas escolas; no entanto; somente há pouco mais de trinta anos começou a ser estudado sob parâmetros psicossociais e científicos, e recebeu a denominação específica pelo qual é conhecido atualmente em todo o mundo”.

Lopes Neto<sup>157</sup> assevera que o bullying “diz respeito a uma forma de afirmação de poder interpessoal através da agressão. A vitimização ocorre quando uma pessoa é feita de receptor do comportamento agressivo de uma outra mais poderosa”.

Ações fictícias de violência desenfreadas e desmedidas foram demonstradas ao longo da série, as quais não divergem da realidade, violências estas que, de acordo com a Organização Mundial da Saúde – OMS, é vista como sendo a prática de força física, seja esta real ou em forma de ameaça contra outra pessoa/grupo de pessoas, resultando (ou ao menos buscando) em danos psicológicos, privação, lesão ou até mesmo a morte<sup>158</sup>.

Cabe ressaltar ainda que:

A violência escolar e o *bullying*, que incluem assédios físicos, psicológicos e sexuais, possuem um forte impacto negativo na aprendizagem dos estudantes, bem como na sua saúde mental e emocional. Uma série de estudos, citados em uma recente revisão de evidências da UNESCO, mostra que crianças e jovens que sofreram intimidações homofóbicas possuem maior risco de **estresse**, ansiedade, **depressão**, **baixa auto-estima**, isolamento, **autoagressão** e **pensamentos suicidas**<sup>159</sup> (grifo nosso).

---

155 LOPES NETO, Aramis A. **Bullying**: comportamento agressivo entre estudantes. J. Pediatr. (Rio J.), Porto Alegre, v. 81, n. 5, supl. p.164-172, nov. 2005, p.165. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/jped/v81n5s0/v81n5Sa06.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

156 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Bullying**: Mentres perigosas nas escolas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p.161.

157 LOPES NETO, Aramis A. **Bullying**: comportamento agressivo entre estudantes, 2005, p.165.

158 WHO. Global Consultation on Violence and Health. **Violence**: a public health priority. Geneva, World Health Organization, 1996 (document WHO/EHA/ SPI.POA.2). Disponível em: <[http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/world\\_report/en/introduction.pdf](http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/introduction.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2019.

159 UNESCO. Novo Relatório da UNESCO sobre Violência Escolar e Bullying é lançado em Simpósio Internacional sobre questão que afeta milhões em todo o mundo. Disponível em: <[http://www.unesco.org/new/pt/brasil/brasilia/about-this-office/single-view/news/new\\_unesco\\_report\\_on\\_school\\_violence\\_and\\_bullying\\_to\\_be\\_rele/](http://www.unesco.org/new/pt/brasil/brasilia/about-this-office/single-view/news/new_unesco_report_on_school_violence_and_bullying_to_be_rele/)>. Acesso em: 18 jun. 2019.

Diante dessa violência psicológica, especialmente voltada ao jovem, este acaba guardando para si e não exteriorizando ou trazendo ao conhecimento dos pais ou responsáveis legais essa realidade de vitimização quanto à reiteração das agressões sofridas resultado do bullying, podendo, então, influenciar sobremaneira em resultados para o mesmo, a exemplo do suicídio<sup>160</sup>.

Cumprindo ainda ressaltar que essa natureza composta por atos de violência tende a ser reconhecida em quatro aspectos: físico, psicológico, sexual e que envolve negligência, abandono ou privação de cuidados<sup>161</sup>.

Na mesma direção comportamental, tem-se o cyberbullying, o qual nada mais é do que a adoção dessas condutas descritas anteriormente e praticadas na rede mundial de computadores (internet).

Assim, o cyberbullying é tido como sendo toda ação praticada através de mensagens eletrônicas enviadas via internet por computador ou telefone celular (smartphone), em que o agressor, muitas vezes, se faz passar por outro, que passa a atribuir ofensas e palavras desagradáveis dirigidas à vítima. Desse modo, faz uso das redes sociais com a finalidade de expor e excluir as pessoas de forma vexatória, seja através de adulteração de vídeos, fotografias, piadas, ameaças, comentários racistas ou de conotação sexual, por exemplo, publicados em sites<sup>162</sup>.

Conforme leciona Silva<sup>163</sup>:

Os praticantes de cyberbullying ou “bullying virtual” utilizam, na sua prática, os mais atuais e modernos instrumentos da internet e de outros avanços tecnológicos na área da informação e da comunicação (fixa ou móvel), com o covarde intuito de constranger, humilhar e maltratar suas vítimas [...] Muitas vezes os pais têm dificuldades em diferenciar o que é uma brincadeira de mau gosto (ou mesmo uma simples agressão) de um comportamento de bullying virtual – via internet, especificamente –, essa realidade apresenta uma peculiaridade. Quando se posta uma imagem ou mensagem na rede, e ela é visualizada por terceiros, o fator repetição se dá de forma imediata.

---

160 RÉGIS, Jonathan Cardoso. **O sofrimento em silêncio: Thirteen Reasons Why!** Empório do Direito. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-sofrimento-em-silencio-thirteen-reasons-why-por-jonathan-cardoso-regis>>. Acesso em: 18 jun. 2019.

161 MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Conceitos, teorias e tipologias de violência: a violência faz mal à saúde.** 2006. Disponível em: <[http://www1.londrina.pr.gov.br/dados/images/stories/Storage/sec\\_mulher/capacitacao\\_rede%20modulo\\_2/205631-conceitos\\_teorias\\_tipologias\\_violencia.pdf](http://www1.londrina.pr.gov.br/dados/images/stories/Storage/sec_mulher/capacitacao_rede%20modulo_2/205631-conceitos_teorias_tipologias_violencia.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2019.

162 FANTE, Cléo. PEDRA, José Augusto. **Bullying escolar: perguntas & respostas**, 2008, p.66.

163 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Bullying: Mentas perigosas nas escolas**, 2010, p.126-137.

Destaca-se, ainda, que as vítimas costumeiramente são dotadas de características semelhantes umas das outras e as diferenciam de seus pares, isto é, as vítimas do bullying sofrem por apresentarem algum aspecto que as destacam dentre os demais, sendo este o fato gerador (ou motivador) da multiplicidade e diversidade de agressões sofridas. Isso quer dizer que o cyberbullying “pode incluir a discriminação das crianças que são percebidas como ‘diferentes’, como as pertencentes a grupos étnicos minoritários, as pessoas LGBT, as crianças obesas, ou as crianças com deficiências”, e tal conduta (cyberbullying) consiste em “uma das mais graves violações dos direitos das crianças que ocorre nos ambientes online”, sendo que nessas violações encontram-se inseridas questões como a violência da privacidade do sujeito, a qual poderá resultar em um “impacto importante nas crianças, devido à sua anonimidade, e à sua capacidade para invadir, a qualquer hora do dia ou da noite, as casas e outros locais seguros em que as crianças se encontram”<sup>164</sup>.

Com base no exposto e no dinamismo quanto à evolução (ou regressão) da sociedade no quesito comportamento, surgiu, no ano de 2015, no ordenamento jurídico brasileiro, uma resposta legislativa instituindo o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying), através da Lei nº 13.185, sendo que tal conduta pode ser classificada com ações verbais (xingamentos, insultos), morais (caluniar, difamar), sexuais (assédios, abusos ou induzimentos), sociais (isolamento, exclusão), psicológicas (perseguição, amedrontar, intimidação, manipulação, chantagear), física (socos, chutes), material (crimes contra o patrimônio, como furto, roubo, dano) ou virtual e, de acordo com o § 1º, art. 1º, é vista como sendo

[...] todo **ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo** que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas (grifo nosso).

Sendo assim, denota-se que a intimidação sistemática na rede mundial de computadores, ou seja, o cyberbullying decorre quando se faz uso dos instrumentos que lhe são próprios e com o objetivo de incitar a violência, depreciar o outro, dentre tantos comportamentos negativos tendo-se como intuito criarem meios de constrangimento psicossocial.

---

164 TALVES, Kairi. NUNES, Rita. **Cyberbullying** – Ameaça aos Direitos e ao Bem-Estar das Crianças. University Press of Estonia, 2015, p.229. Disponível em: <<http://creanhome.net/site/assets/files/1134/crean-portuguese.pdf#page=228>>. Acesso em: 18 jun. 2019.

O assunto a ser debatido é extremamente delicado, uma vez que, de forma genérica, não há como perceber as consequências dos atos identificados como bullying, porém é notória a constatação das devastadoras sequelas advindas de tais atos, como por exemplo, transtornos psicológicos e/ou psíquicos, podendo chegar a situações extremas como a morte<sup>165</sup>.

Visto o marco conceitual para situar o que se busca, isso é, uma melhor compreensão quanto ao ciberlulling, passa-se a discorrer brevemente sobre um dos reflexos promovidos por tal prática, qual seja, o suicídio.

## O Suicídio como Resultado da Vitimização do Cyberbullying

Após rápida exposição acerca do cyberbullying, é notável que suas consequências sintomáticas e psicológicas são potencializadas pelo elemento internet, especialmente, através das redes sociais surgidas no início dos anos 2000, resultando, por conta desse processo de vitimização, na autoeliminação da vida, ou seja, no suicídio.

O suicídio deve ser tratado como um problema de saúde pública, instante em que o sujeito, por conta desse processo de vitimização decorrente do cyberbullying, por exemplo, acaba por abreviar sua existência por não mais suportar o convívio em sociedade.

Denota-se que, quando da ocorrência dos ataques fomentados pelos agressores, se torna dificultoso apagar os resultados gerados, uma vez que, a partir do compartilhamento virtual de mensagens, vídeos, fotos, esses conteúdos podem ser acessados por qualquer computador<sup>166</sup>.

Schariff<sup>167</sup> afirma que as principais características do cyberbullying, a exemplo do anonimato, o alcance indeterminado de pessoas da informação veiculada, o caráter de permanência da manifestação, dentre outras condutas, podem gerar consequências devastadoras e inestimáveis do que aquela proporcionada de forma presencial e física, demonstrando “uma mais elevada vulnerabilidade psicológica do

---

165 LIMA, Djonatan Batista de. RÉGIS, Jonathan Cardoso Régis. **Realidade virtual**: cyberbullying e seus elementos caracterizadores (parte 1). Empório do Direito. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/realidade-virtual-ciberbullying-e-seus-elementos-caracterizadores-parte-1-por-jonathan-cardoso-regis-e-djonatan-batista-de-lima>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

166 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Bullying**: Mentis perigosas nas escolas, 2010, p.129-130.

167 SCHARIFF, Shaheen. **Ciberbullying**: Questões e soluções para a escola, a sala de aula e a família. Tradução Joice Elias Costa; Revisão Técnica Cleo Fante. Porto Alegre: Artmed, 2011, p.63.

que aqueles que não se envolvem neste tipo de bullying<sup>168</sup>”, o que dificulta, sobremaneira, que as vítimas denunciem seus agressores, razão pela qual, muitas das vítimas acabam buscando uma forma de revisar os maus-tratos<sup>169</sup> e estes podem resultar em suicídio ou homicídio em massa.

Essa conduta anônima e perversa promovida pelo cyberbullying gera, como asseverado anteriormente, uma violência psicológica, sendo esta tratada como sendo promovida através de “agressões verbais ou gestuais com o objetivo de aterrorizar, rejeitar, humilhar a vítima, restringir-lhe a liberdade ou, ainda, isolá-la do convívio social. Indica também a rejeição de pessoas, na inter-relação”, podendo ainda gerar um efeito devastador sobre a autoestima, sendo que “estudos mostram que a baixa autoestima pode estar associada à formação de personalidades vingativas, depressivas e a desejos, tentativas ou mesmo execução de suicídios<sup>170</sup>”.

Sendo assim, observa-se que as agressões, intimidações, exclusões e preconceitos generalizados gerados em desfavor da vítima são atos característicos do bullying ou cyberbullying, os quais poderão refletir no suicídio, conduta esta disposta no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente no art. 122 do Código Penal, o qual criminaliza e responsabiliza criminalmente aquele terceiro que induz (quando o agente, cria na mente da vítima o desejo de tirar a própria vida), incita (reforçando ou estimulando uma ideia preexistente de suicídio) ou auxilia (no fornecimento material de objeto), visando fazer com que, de alguma maneira, a vítima venha a suprimir sua própria vida.

Pesquisas demonstraram que jovens na faixa etária entre 15 e 34 anos de idade, são os que detêm um maior comportamento, seja por fatores sociais ou ambientais, resultando no crescimento de mortes prematuras<sup>171</sup>.

Durkheim<sup>172</sup> trata o suicídio como um fato social, uma vez que a sociedade tem uma definição em cada momento do suicídio.

---

168 TALVES, Kairi. NUNES, Rita. **Cyberbullying** – Ameaça aos Direitos e ao Bem-Estar das Crianças, 2015, p.237.

169 SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Bullying**: Mentos perigosas nas escolas, 2010 p.133-134.

170 MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Conceitos, teorias e tipologias de violência**: a violência faz mal à saúde, 2006, p.38.

171 BAGGIO, Lissandra. PALAZZO, Lílian S. AERTS, Denise Rangel Ganzo de Castro. **Planejamento suicida entre adolescentes escolares**: prevalência e fatores associados. Programa de Pós-graduação em Saúde Coletiva, Universidade Luterana do Brasil, Canoas, Brasil. Cad. Saúde Pública vol.25 n.º. 1. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v25n1/15.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

172 DURKHEIM, Emile. **O Suicídio**. Estudo de Sociologia. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.14.

Somado a isso, assevera-se ainda que a “taxa de suicídios constitui, portanto, uma ordem de fatos única e determinada; é o que demonstram, ao mesmo tempo, sua permanência e sua variabilidade”, sendo que a permanência “seria inexplicável se ela não se devesse a um conjunto de caracteres distintivos, solidários uns com os outros, que, apesar da diversidade das circunstâncias ambientes, se afirmam simultaneamente”, assim como a variabilidade que há uma mudança de acordo com a própria individualidade social<sup>173</sup>.

Desse modo,

[...] é fundamental saber reconhecer os sinais de depressão, de perda de autoestima, de estresse constante e identificar pessoas que possivelmente estão nessa condição, alertando a família e encaminhando-as a serviços de saúde mental ou tratamento específico, assim como também das ações e provocações que são, na maioria dos casos, o fato gerador desses resultados fatídicos, responsabilizando de alguma forma aqueles que deram ensejo à vitimização trágica<sup>174</sup>.

A realidade que se vivencia é preocupante, competindo a todos nós, sensibilizados e conscientes do atual quadro, permanecer alerta a nosso convívio diário, seja identificando o processo de vitimização decorrente do cyberbullying, seja quanto a comportamentos de intimidação sistemática com vistas a gerarem humilhações, estimularem a baixa autoestima ou resultados que atingem a coletividade e destroem o ambiente familiar, a exemplo do suicídio.

Assim, é necessário um trabalho preventivo, de conscientização, orientação e de apoio emocional, visando não apenas reduzir a incidência do comportamento proporcionado pelo cyberbullying, mas também e principalmente de cunho preventivo ao suicídio, para que, de alguma maneira, as vítimas sejam vistas e ouvidas.

## Considerações Finais

Em tempos de era digital e das redes sociais, é imprescindível a consciência de nossas atitudes e atos, as quais, de forma direta ou indireta, podem promover resultados catastróficos e trágicos, ante a sociedade, muitas vezes, ter como verdade tão

---

173 DURKHEIM, Emile. **O Suicídio**. Estudo de Sociologia. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.14.

174 RÉGIS, Jonathan Cardoso. **A vitimização por suicídio como reflexo do bullying e a responsabilização de seu agente pela provocação ou divulgação de imagem**. Empório do Direito. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-vitimizacao-por-suicidio-como-reflexo-do-bullying-e-a-responsabilizacao-de-seu-agente-pela-provocacao-ou-divulgacao-de-imagem-por-jonathan-cardoso-regis>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

somente as informações ventiladas virtualmente, sem se preocupar em confirmar a veracidade das mesmas.

Como reflexo disso, tem-se o processo de intimidação sistemática, o bullying e sua versão virtual, o cyberbullying, tendo este oportunidade de maximizar o alcance de suas intenções (más e desvirtuadas), promovendo, de forma devastadora, a geração de sequelas decorrentes dessas atitudes *vis* e, conseqüentemente, gerando transtornos psíquicos ou psicológicos à vítima, podendo-se resultar em situação extrema como massacres ou suicídio.

Por ser um tema atual e complexo, demandaria muito mais tempo e linhas para discorrer acerca do assunto, mas aqui, mesmo que de forma breve, se procura extrair a essência da realidade na era digital, a ramificação do direito informático sobre bullying e cyberbullying, vistos como atos de forma intencional e reiterada de violência física ou psicológica, os quais são promovidos sem haver uma motivação específica (talvez por sadismo ou para simplesmente ver o sofrimento desnecessário do outro – vítima).

É imprescindível que o Estado, assim como a sociedade, adote mecanismos de controle e efetiva responsabilização àqueles que acatam esse comportamento de disseminação do medo e de intimidação sistemática, evitando-se, desse modo, fatalidades, uma vez que afetam um número indeterminado de pessoas por conta não apenas do anonimato, mas do alcance decorrente da internet.

## Referências

BAGGIO, Lissandra. PALAZZO, Lílian S. AERTS, Denise Rangel Ganzo de Castro. **Planejamento suicida entre adolescentes escolares:** prevalência e fatores associados. Programa de Pós-graduação em Saúde Coletiva, Universidade Luterana do Brasil, Canoas, Brasil. Cad. Saúde Pública vol. 25 nº. 1. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v25n1/15.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **Atualidade do conceito de sociedade da informação para a pesquisa jurídica.** *in:* O direito na sociedade da informação. Coord. Liliana Minardi Paesani. São Paulo: Atlas, 2007.

BRASIL. **Lei nº 13.185**, de 06 de novembro de 2015. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying). Brasília, DF, 06.11.2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13185.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13185.htm)>. Acesso em: 18 jun. 2019.

BRITO, Auriney. **Direito Penal Informático.** São Paulo: Saraiva, 2013, p.25. (E-book).

DURKHEIM, Emile. **O Suicídio**. Estudo de Sociologia. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EVARISTO, Silvana Aparecida Cardoso. CESAR, Claudio Evaristo. **Direito x internet**. IN: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 127, ago. 2014. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14255](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14255)>. Acesso em: 17 jun. 2019.

FANTE, Cléo. PEDRA, José Augusto. **Bullying escolar: perguntas & respostas**. Porto Alegre: Artmed, 2008.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Djonatan Batista de. RÉGIS, Jonathan Cardoso Régis. **Realidade virtual: cyberbullying e seus elementos caracterizadores (parte 1)**. Empório do Direito. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/realidade-virtual-cyberbullying-e-seus-elementos-caracterizadores-parte-1-por-jonathan-cardoso-regis-e-djonatan-batista-de-lima>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

LOPES NETO, Aramis A. **Bullying: comportamento agressivo entre estudantes**. J. Pediatr. (Rio J.), Porto Alegre, v. 81, n. 5, supl. p.164-172, nov. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/jped/v81n5s0/v81n5Sa06.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2019.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Conceitos, teorias e tipologias de violência: a violência faz mal à saúde**. 2006. Disponível em: <[http://www1.londrina.pr.gov.br/dados/images/stories/Storage/sec\\_mulher/capacitacao\\_rede%20/modulo\\_2/205631-conceitos\\_teorias\\_tipologias\\_violencia.pdf](http://www1.londrina.pr.gov.br/dados/images/stories/Storage/sec_mulher/capacitacao_rede%20/modulo_2/205631-conceitos_teorias_tipologias_violencia.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2019.

RÉGIS, Jonathan Cardoso. **A vitimização por suicídio como reflexo do bullying e a responsabilização de seu agente pela provocação ou divulgação de imagem**. Empório do Direito. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-vitimizacao-por-suicidio-como-reflexo-do-bullying-e-a-responsabilizacao-de-seu-agente-pela-provocacao-ou-divulgacao-de-imagem-por-jonathan-cardoso-regis>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **O sofrimento em silêncio: Thirteen Reasons Why!** Empório do Direito. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-sofrimento-em-silencio-thirteen-reasons-why-por-jonathan-cardoso-regis>>. Acesso em: 18 jun. 2019.

SCHARIFF, Shaheen. **Cyberbullying**: Questões e soluções para a escola, a sala de aula e a família. Tradução Joice Elias Costa; Revisão Técnica Cleo Fante. Porto Alegre: Artmed, 2011.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Bullying**: Mentis perigosas nas escolas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

UNESCO. **Novo Relatório da UNESCO sobre Violência Escolar e Bullying é lançado em Simpósio Internacional sobre questão que afeta milhões em todo o mundo**. Disponível em: <[http://www.unesco.org/new/pt/brasil/pt/about-this-office/single-view/news/new\\_unesco\\_report\\_on\\_school\\_violence\\_and\\_bullying\\_to\\_be\\_rele/](http://www.unesco.org/new/pt/brasil/pt/about-this-office/single-view/news/new_unesco_report_on_school_violence_and_bullying_to_be_rele/)>. Acesso em: 18 jun. 2019.

TALVES, Kairi. NUNES, Rita. **Cyberbullying** – Ameaça aos Direitos e ao Bem-Estar das Crianças. University Press of Estonia, 2015, p.229. Disponível em: <<http://creanhome.net/site/assets/files/1134/crean-portuguese.pdf#page=228>>. Acesso em: 18 jun. 2019.

VALENTE, Mariana Giorgetti. NERIS, Natália. RUIZ, Juliana Pacetta. BULGARELLI, Lucas. **O Corpo é o Código**: estratégias jurídicas de enfrentamento ao *revenge porn* no Brasil. InternetLab: São Paulo, 2016, p.87. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/pesquisa/o-corpo-e-o-codigo-estrategias-juridicas-de-enfrentamento-ao-revenge-porn-no-brasil>>. Acesso em: 30 jun. 2019.

WHO. Global Consultation on Violence and Health. **Violence**: a public health priority. Geneva, World Health Organization, 1996 (document WHO/EHA/ SPI.POA.2). Disponível em: <[http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/world\\_report/en/introduction.pdf](http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/introduction.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2019.

# ENTRE A ERA DO DIREITO DIGITAL E A VIRTUALIZAÇÃO DA VIDA: O USO DA AXIOLOGIA DA COOPERAÇÃO COMO FÓRMULA SINGULAR PARA A SUPERAÇÃO DA EXISTÊNCIA VIRTUAL

---

José Eduardo de Miranda<sup>175</sup>

Andréa Corrêa Lima<sup>176</sup>

De maneira paradoxal, o homem continua um ser social. Vive no coletivo. Entretanto, está no coletivo, afastando-se do valor, do interesse, da importância da coletividade. O homem perde, aceleradamente, o sentido da sociabilidade. Ser social é mais do que estar em grupo: pressupõe sentir-se parte dele, preocupando-se e atuando para o bem.

José Eduardo de Miranda<sup>177</sup>

## Introdução

O ano em curso é 2019.

De tempos passados, há alguns dias, projetavam-se os pensamentos ao futuro e o temor era imediato, pois muitas datas e um sem fim de profetas poluíram os sentimentos de grande parte da população do Globo. Pessoas de elevado esclarecimento, e outras, dotadas de menor prospecção cognitiva, se não acreditaram no vaticinado, dedicaram espaço de vida à ponderação do feito apocalíptico que acabaria com o mundo.

---

175 Pós-Doutor em Direito; Doutor em Direito; Mestre em Direito; Reitor do Centro Universitário Montes Belos; Professor Pesquisador da AIDC-IEC, da Universidade de Deusto, e da Cátedra Euro Americana de Protección Jurídica de los Derechos de los Consumidores, da Universidad de Cantabria; Membro da Cátedra UNESCO de Formación de Recursos Humanos para América Latina; Professor convidado da Universidad de Deusto e da Universidad de Cantabria, ambas na Espanha; Consultor Jurídico e Educacional; Advogado e Parecerista fundador de Miranda & Corrêa Lima. E-mail: jemiranda@mirandacorrealima.com

176 Mestra em Direito; Professora e Supervisora Acadêmica do Centro Universitário Montes Belos; Membro da Cátedra UNESCO de Formación de Recursos Humanos para América Latina; Advogada fundadora de Miranda & Corrêa Lima. E-mail: aclima@mirandacorrealima.com

177 MIRANDA, José Eduardo de. **Sustentabilidade emocional**: atitude para ganhar altitude. 2ª ed. Multifoco: Rio de Janeiro, 2019, p.137.

Foi assim, no transe que se operou entre o dito e o multiplicado, que Nostradamus, William Miller, o Cometa Halley, Pat Robertson, o Cometa Hale-Bopp, Ronald Weinland e Joseph Jankowski transverteram os anos de 1843, 1910, 1980, 1999, 2000, 2008, 2012 e 2013 numa saga televisiva que gerou dramas sensoriais produzidos e transmitidos na tela emocional das gentes da Terra.

O tempo passou, e o mundo não acabou.

Hoje, quando se vê o século XXI caminhar aceleradamente ao encontro de sua própria senilidade, ainda paira na alma humana aquela nostalgia duvidosa que faz o Planeta brindar, no dia 20 de julho, as cinco décadas contadas desde aquele domingo de 1969, quando Neil Armstron abandonou a segurança do módulo lunar Eagle, para empreender os primeiros passos humanos na superfície lunar. Depois dele, e sob os aplausos silenciosos de Michel Collins, que permaneceu no módulo de comando e serviço Columbia, Buzz Aldrin completou o fadário de conquista da lua.

Cinquenta anos...

De lá para cá, o mundo mudou. A TV colorida de 20 polegadas foi sufocada pela de 29, e esta foi assassinada pela televisão de tela plana, de LED, que perdeu a graça para a TV de 4k sem *pixel* branco. Os automóveis ganharam conforto, segurança, aerodinâmica, aceleração... Os motoristas intensificaram suas técnicas de imprudência, levando o sistema legislativo a ajustar parâmetros de penalização utilizados para minimizar as tragédias no trânsito. A construção civil, a engenharia aeronáutica, os sistemas de telefonia e os computadores evoluíram tanto que, às vezes, o próprio homem questiona sua capacidade de construir e de realizar aquilo que se agiganta diante de seus olhos, mesmo que em tamanhos mínimos.

Por este caminho, a internet<sup>178</sup>, na medida em que alterou o tom nos processos de busca da informação e encurtamento das distâncias comunicativas, colocou entre as pessoas um vazio, que as faz perder o sentido da ética, do bom senso e da sociabilidade.

Numa escala de progressão vertiginosa, o mau uso da rede, ou a intensificação do uso desmedido e despudorado para o açoitamento da condição do “eu” de um alheio, e mesmo para entabular um relacionamento pessoal que se adapta pelo enclausuramento “inter-IPs”, em que alguns amam, e “des-a-mam”, pelo computador, acaba por oprimir as relações sociais, afetando diretamente a dignidade de uns e de outros.

---

178 Não se pode ocultar que, em outubro deste ano, a internet também completa cinquenta anos.

Para coibir a utilização da rede virtual como ferramenta de exposição da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem de quem quer que seja, um conjunto de preceitos normativos estabelece princípios, garantias e deveres que orientam, ou deveriam orientar o adequado uso da internet.

De outra forma, para transmutar os hábitos daqueles que se enclausuram na liberdade das viagens virtuais, e não ferem, não corrompem e não expõem, mas deixam-se perder no tempo passado em branco pelas horas sem fim das expedições que os levam por cenários longínquos, ou aos corações distantes, arrefecendo emoções e sentimentos que experimentam diante da tela, necessita-se de um exercício diferenciado que aquilate a recuperação da consciência de que o turismo virtual é irreal, é irrealizável.

No limiar do século XXI, quando se experimentam os efeitos da explosão tecnológica, o homem se faz vítima da internet, transfigurando-se em refém dele próprio...

É assim, num ambiente de realidade teratológica, que surge um modelo de homem virtual, que redesigna sua capacidade de sentir e de agir. As distâncias estão minimizadas, os interesses e sentidos virtualizados. A rede virtual é centro de negócios, de ensino, de fala, de compra. Não obstante, a internet também desperta outros intentos. Na medida em que utiliza a internet para agredir, para oprimir e para machucar, o homem utiliza-a para entabular dileções a distância que conspurcam a essencialidade do respeito e do respeitar, do amor e do amar.

A rede virtual de computadores alterou o comportamento humano...

Os grupos de outrora, que se reuniam em ambientes de sociabilidade física, em que se trocavam olhares calorosos e compartilhavam-se abraços quentes, hoje são criados nas redes sociais virtualizadas, que acabam, de uma ou de outra forma, virtualizando os relacionamentos, o afeto e até a vida.

Há, assim, de buscar-se uma forma adequada que otimize o uso equilibrado das facilidades da internet, evitando-se posturas desmedidas de qualquer ordem. É imperioso compreender-se os efeitos e a responsabilidade pelos atos inadequados, mas, também, é forçoso entender-se as consequências pela supressão da vida ao vivo, em benefício da vida virtual.

Esta é a proposta do presente trabalho. Com alicerce do método de abordagem dedutivo, procura-se dimensionar a virtualização da vida humana, para que se possa alicerçar a busca do homem social e fraterno sobre a axiologia da cooperação, como forma precípua de superação da existência virtual.

## Vida Virtual, Amores Virtuais e Relacionamentos Virtuais: da Virtualização da Vida à Era do Direito Digital

A despeito dos estudos preliminares serem atribuídos aos militares norte-americanos, o surgimento da internet é de responsabilidade de ARPA, a *Advanced Research and Projects Agency*, uma agência de pesquisa e de projetos avançados que conformou, no final dos anos 60, o primeiro conjunto de protocolos TCP/IP que se configuraram na base técnica de estruturação da internet.

Alçando um processo de evolução desmesurada, a partir dos anos 2000 a internet provocou a popularização das redes sociais, incrementando os caminhos de virtualização do exercício da vida. Sob este aspecto, pode-se dizer, sem qualquer temor, que:

Um movimento geral de virtualização afeta hoje não apenas a informação e a comunicação mas também os corpos, o funcionamento econômico, os quadros coletivos da sensibilidade ou o exercício da inteligência. A virtualização atinge mesmo as modalidades do estar junto, a constituição no “nós”: comunidades virtuais, empresas virtuais, democracia virtual... Embora a digitalização das mensagens e a extensão do ciberespaço desempenhem um papel capital na mutação em curso, trata-se de uma onda de fundo que ultrapassa amplamente a informação.<sup>179</sup>  
(grifo no original)

Por este caminho, cabe ao pesquisador, afastado de elevar qualquer sinal de negação à tecnologia e a importância da internet, alçar um olhar problematizante, indispensável à análise dos efeitos que a atual realidade tecnocientífica produz sobre a atitude comportamental e existencial do homem. Ressalta-se, nesse aspecto, que desde que o uso da internet viralizou-se, a atitude do homem em relação à vida e aos outros sofre um revés postural, determinante máxime da platitude dos relacionamentos presenciais.

O homem, por assim dizer, exalta uma prática existencial marcada pela reconstrução sistemática do ser quem ele é, pois no âmago de um ambiente de distanciamento dos contatos pessoais físicos, imediatos e diretos, alça sua capacidade imaginativa para travestir seu “eu real”, de um “eu” que entende adequado ao atendimento das exigências do mundo virtual. Desse modo, importante destacar que “a palavra virtual é empregada com frequência para significar a pura e simples

---

179 LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Inineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999, p.2.

ausência de existência, a ‘realidade’ supondo uma efetuação material, uma presença tangível”.<sup>180</sup>

Associando-se a existência atual ao binômio virtual-real, não há como desprezar-se que:

A ciência moderna é fundamentada no fato de que o homem coloca a si mesmo como o sujeito determinante para o qual todo o ente pesquisável torna-se objeto. Isto, por sua vez, é baseado numa transformação da essência da verdade para a certeza, em consequência do que o ente verdadeiro assume o caráter de objetividade.<sup>181</sup>

Como decorrência da transmutação da verdade, em certeza, e do verdadeiro, em objetivo, as pessoas de agora deixaram de ocupar seus lugares com propriedade substancial, uma vez que passaram a existir ilhados em um gigantesco deserto de representações, onde tudo não passa de miragens do real. Esse gigantesco, gradativamente, provocou um impulso de dominação e integração ao mundo: o mundo virtual que o indivíduo passa a ter diante de si.

É deste modo que se passa a pensar o gigantesco, ou gigantesco “a partir da extensão infinita e vazia do puramente quantitativo. Pensamos de forma muito limitada quando concluímos que o gigantesco sob a configuração de um ainda-não-lá progressivo surge da busca de superação e ultrapassamento”<sup>182</sup>

*Quizás*, pela busca quase que histórica, ou já histórica, pela superação e ultrapassagem de todos os limites que o *homo actualis*, o homem pós-moderno, hiper-moderno, ou ultramoderno empreende um sem fim de ponderações e, na mesma medida, supressões, para controlar as dimensões do espaço que o separa de um, de outro, do mundo, passando assim a expandir seus limites, seus poderes, sua certeza de que é capaz de tudo.

Como o espaço mostra-se sem fim, e o outro, apesar de atingível, revela-se inalcançável, automaticamente a pessoa cria uma guarita imaginária que o protege do que está do outro lado do seu mundo, alocado na rede virtual. De igual forma, escuda-se de tudo o que faz sob os domínios do mundo virtual, agredindo pessoas

---

180 LÉVY, Pierre. O que é virtual? Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1996, p.5.

181 HEIDEGGER, Martin. **Seminários de Zollikon**. Editado por M. Boss. Tradução de G. Arnhold e M. F. Almeida Prado. Petrópolis: Vozes, 2001, p.121.

182 HEIDEGGER, Martin. **A época das imagens do mundo**. Tradução de Cláudia Drucker. Disponível em: «[http://www.imagomundi.com.br/filo/heidegger\\_imagens.pdf](http://www.imagomundi.com.br/filo/heidegger_imagens.pdf)» Acesso em 21 jun. 2019.

reais, que passam a ser virtualizadas, como ele. Crucial, sobre este aspecto, realçar que:

[...] com a interface da tela (computador, televisão, teleconferência...) o que até então se encontrava privado de espessura - a superfície de inscrição - passa a existir enquanto “distância”, profundidade de campo de uma representação nova, de uma visibilidade sem face a face, na qual desaparece e se apaga a antiga confrontação de ruas e avenidas: o que se apaga aqui é a diferença de posição, com o que isto supõe, com o passar do tempo, em termos de fusão e confusão. Privados de limites objetivos, o elemento arquitetônico passa a estar à deriva, a flutuar em um éter eletrônico desprovido de dimensões espaciais, mas inscrito na temporalidade única de uma difusão instantânea. A partir de então ninguém pode se considerar separado por obstáculo físico ou por grandes “distâncias do tempo”, pois com a interfachada dos monitores e das telas de controle o algures começa aqui e vice-versa.<sup>183</sup> (grifos no original)

A descomedida expansão da internet revela-se notadamente ambígua, gerando consequências contraditórias: de um lado, alcançou certos benefícios ao homem, por outro, deixou-lhe diante de um ilogismo situacional. Assim como aconteceu ao ingressar na Idade Média, também com a rede virtual, o homem redimensionou seu entendimento de finitude e liberdade. Nesse sentido, impossível olvidar que, naquela época, “el hombre ultrapasa los límites de su campo visual y establece un proceso de exploración del mundo, más allá de sus fronteras originales”<sup>184</sup>. Em um cenário diferente daquele que experimentou entre os séculos XIV e XVIII, hoje o homem encontra-se:

[...] em um planeta dividido em enclaves, onde as redes (fáceis de entrar, mas frágeis e superficiais) que oferecem conexões e desconexões instantâneas a pedido e ao apertar de uma simples tecla estão substituindo rapidamente a densa malha de vínculos que era tecida a partir de direitos e deveres entranhados e inegociáveis, e as vastas extensões de terras onde o advento da individualidade é o presságio do desaparecimento das redes de segurança tradicionais, e não da liberdade de movimento e de escolha.<sup>185</sup>

---

183 VIRILIO, Paul. **O espaço crítico e as perspectivas do tempo real**. Tradução de Paulo Roberto Pires. São Paulo: Editora 34, 1993, p.9.

184 MIRANDA, José Eduardo de; CORRÊA LIMA, Andréa. *Educación, formación humana y valores cooperativos: una propuesta de revitalización de las prácticas educativas brasileñas para el rescate del hombre social y fraterno*. **Deusto Estudios Cooperativos**. ISSN: 225-344, Núm. 9 (2017), p.91.

185 BAUMAN, Zygmund. **Vida líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2007, p.39.

Sim que se vivencia uma fase de transformação tal qual se operou no momento de transmutação da Idade Média à Idade Moderna. Ocorre, não obstante, que, no auge do desenvolvimento tecnológico, a tecnologia ganha a representação de um agente autônomo, apartado da sociedade e da cultura, que acabam por se transplantar em meros entes passivos embatidos pelo agente exterior.

Nesse contexto, o homem tecnologiciza sua existência, e acaba por olvidar-se que “as atividades humanas abrangem, de maneira indissolúvel, interações entre: pessoas vivas e pensantes, entidades materiais naturais e artificiais, idéias e representações”.<sup>186</sup> É em razão disso que:

É impossível separar o humano de seu ambiente material, assim como dos signos e das imagens por meio dos quais ele atribui sentido à vida e ao mundo. Da mesma forma, não podemos separar o mundo material — e menos ainda sua parte artificial — das idéias por meio das quais os objetos técnicos são concebidos e utilizados, nem dos humanos que os inventam, produzem e utilizam. Acrescentemos, enfim, que as imagens, as palavras, as construções de linguagem entranham-se nas almas humanas, fornecem meios e razões de viver aos homens e suas instituições, são recicladas por grupos organizados e instrumentalizados, como também por circuitos de comunicação e memórias artificiais.<sup>187</sup>

Justamente, no ponto em que a humanidade depara-se com o baluarte da vida virtual, que a conduz, via de regra, à vida líquida, aos amores líquidos, entabulados no cerne de uma modernidade líquida. Assim sendo, não se pode, sob qualquer hipótese, desprezar que Bauman é categórico no sentido de que:

A “vida líquida” é uma forma de vida que tende a ser levada à frente numa sociedade líquido-moderna. “Líquido-moderna” é uma sociedade em que as condições sob as quais agem seus membros mudam num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas, das formas de agir. A liquidez da vida e a da sociedade se alimentam e se revigoram mutuamente. A vida líquida, assim como a sociedade líquido-moderna, não pode manter a forma ou permanecer em seu curso por muito tempo.

Numa sociedade líquido-moderna, as realizações individuais não podem solidificar-se em posses permanentes porque, em um piscar de olhos, os ativos se transformam em passivos, e as capacidades, em incapacidades.<sup>188</sup> (grifo nosso).

---

186 LEVY, 1999, p.19.

187 Ibid, p.19.

188 BAUMAN, 2007, p.7.

A mutabilidade social, numa época em que se vive no virtual, alcança velocidades estratosféricas. Observe-se, portanto, que:

[...] no mundo virtual habitado pelos jovens, as fronteiras são desenhadas e redesenhadas para separar as pessoas com “interesses similares” do resto - daqueles que tendem a concentrar sua atenção em outros objetos. As voltas e reviravoltas das comunidades virtuais tendem a seguir como regra os meandros da diversificação de “interesses”, da mudança e da curta duração, e com grupos em explosão e implosão intermitentes.<sup>189</sup> (grifo nosso).

Inserido neste mundo imaterial, de irrealidade aparente, não tardou para o homem suplantar o exercício de normalidade existencial, de um “ser- no-mundo”, para o indivíduo que está no mundo. Necessário, então, ter-se, em evidência, que “este ente no queda abandonado por su origen, sino retenido por él y sometido a su dominio mientras “está en el mundo”.<sup>190</sup>

O homem organiza sua vida em razão da rede virtual... Compra, estuda, viaja, repousa, diverte-se, ama e delinque, pois, lá dentro do computador, o real é imaginário, é artificial.

Pela trilha da artificialização, o homem dá vasão ao “eu-postiço”, que se realiza na virtualidade da rede de computadores. Aparta-se de seus comuns e, numa plêiade celebrada a distância, gera proximidades surreais, que são adjacentes somente quando está *on line*. A existência perde a alegoria dos batidos do coração e ganha a estabilidade promovida pela conexão tecnológica. Então, “como tudo no mundo virtual, as fronteiras entre as “cabeças semelhantes” são estabelecidas do ponto de vista digital. E como toda e qualquer entidade digitalmente traçada, sua sobrevivência está sujeita à intensidade do jogo conexão-desconexão”.<sup>191</sup>

O mundo é real enquanto se está conectado... Irreal, sem conexão!

Em razão desse hiato, o *homo virtualis* nem sempre logra estabelecer limites atitudinais éticos, de bom senso, e civilidade, ultrapassando, não raras as vezes, as balizas da lei e da moral, na afetação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem daqueles com os quais se relaciona, ou contra os quais se insurge.

---

189 BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito**: conversas com Citlali Roviroso-Madrado. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p.109.

190 Não se deve esquecer que Heidegger chama atenção para o fato de que “... ese ente humano, que está-en-el-mundo es, en este caso, un ente intramundano que comparece dentro del mundo”. (HEIDEGGER, Martin. **Ser y tempo**. Traducción de José Gaos. Barcelona: RBA, 2004, p.432).

191 BAUMAN, 2010, p.215.

Em resistência aos excessos provocados pela falta de barreiras na internet, ou pelo suplante das trincheiras virtuais, surge, como área do Direito, o Direito Digital:

[...] que se desenvolveu nas últimas duas décadas, é uma nova disciplina jurídica que consiste na incidência de normas jurídicas aplicáveis ao chamado ciberespaço, num reconhecimento de que a legislação e a doutrina jurídica tradicionais são insuficientes para regular as relações no mundo virtual, as quais desafiam novas perguntas e novas respostas, num ambiente desprovido das conhecidas fronteiras espaço-tempo.<sup>192</sup>

Dentro do conjunto de normas jurídicas que começam a configurar o Direito Digital pátrio, as que mais encontram destaque são a Lei 12.735/12, a Lei 12.737/12 e a Lei nº 12.965/14. A Lei 12.735/12, de 30 de novembro, conhecida como “Lei Azeredo”, foi editada “para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares”.<sup>193</sup> De outra forma, a Lei 12.737/12, denominada de “Lei Carolina Dieckmann”, criada com o fito de estabelecer a tipificação criminal dos delitos informáticos.<sup>194</sup>

Relativamente à “Lei Carolina Dieckmann”, salienta-se que o texto legal é assim identificado em razão da atriz global ter-se tornado vítima de um crime virtual. Como ficou amplamente divulgado pela mídia:

No início do ano de 2012, a atriz Carolina Dieckmann teve seu computador pessoal acessado por hackers, depois de haver clicado em link de e-mail, que instalou em seu computador pessoal um programa invasivo. O procedimento malicioso é conhecido como “phishing”. Através do programa instalado, os infratores tiveram acesso ao conteúdo da máquina da atriz e obtiveram cerca de 60 arquivos nela armazenados. Dentre esses arquivos se encontravam fotos íntimas de Carolina. A partir de obtenção das fotos, os agentes – moradores de Minas Gerais e do interior de São Paulo – passaram a exigir 10 mil reais como condição para não as divulgar. A vítima tentou surpreender os chantagistas, mas não obteve sucesso e as fotos foram, efetivamente, divulgadas na Internet.<sup>195</sup> (grifo no original).

---

192 ARAÚJO, Marcelo Barreto de. **Comércio eletrônico; Marco Civil da Internet; Direito Digital**. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2017, p.20.

193 BRASIL. **Lei nº 12.735, de 30 de novembro de 2012**. Disponível em: «[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12735.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12735.htm)» Acesso em: 16 jun. 2019.

194 BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Disponível em: «[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm)» Acesso em: 16 jun. 2019.

195 PIMENTEL, José Eduardo de Souza. *Introdução ao direito digital*. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. V 13. Nº 1, 2018, p. 31.

No ano de 2014, foi publicada a Lei 12.965, de 23 de abril, o denominado Marco Civil da Internet, que “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria”.<sup>196</sup> Considerado por muitos como a Constituição da Internet, o Marco Civil estabelece um elenco de “princípios, garantias, deveres e direitos para o uso da rede mundial de computadores no Brasil, determinando, igualmente, as diretrizes que poderão ser adotadas pelo Poder Público sobre este assunto, especialmente para garantir o direito de acesso desta rede a todas as pessoas físicas e jurídicas”.<sup>197</sup>

É capital assinalar, aqui, que “embora vise, primordialmente, à tutela dos direitos civis na internet, tem larga aplicação no Direito Penal e Processual Penal, uma vez que estabelece conceitos fundamentais e disciplina a obtenção de provas concernentes à materialidade e à autoria delitiva”.<sup>198</sup>

Finalmente, como pauta integrativa daquelas normas que aquilatam o ovacionado Direito Digital, pode-se citar, também, a Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, publicada com o propósito de normatizar “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”.<sup>199</sup>

Ao aperceber-se do universo desconhecido e vulnerável que é a internet, o indivíduo não tardou em alçar sua imaginação para, num exercício de eficiência cognitiva, edificar o escudo jurídico próprio à segurança daqueles que navegam pela rede virtual de computadores. Ocorre, outrossim, que “os ambientes repletos de risco simultaneamente atraem e repelem, e o ponto em que uma reação se transforma no seu oposto é eminentemente variável e mutante, virtualmente impossível de apontar com segurança, que dirá de fixar”.<sup>200</sup>

---

196 BRASIL. **Lei 12.965, de 23 de abril de 2014**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 16 jun. 2019.

197 ARAÚJO, 2017, p.83.

198 PIMENTEL, 2018, p.33.

199 BRASIL. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 16 jun. 2019.

200 BAUMAN, 2007, p.102.

## **A Axiologia da Cooperação no Processo de Formação Humana: A Reconstituição do Homem Social-Real**

É claro que a internet é um bem para a humanidade, e que a virtualização do acesso à informação e da comunicação otimiza o aproveitamento do tempo. Portanto, não se tem o propósito de rechaçar as variáveis positivas do ciber mundo. Sucede, e isso está cada vez mais ignorado, que o computador pessoal e o smartphone colocaram-se entre as pessoas para aproximá-las de uma forma, e preservá-las absurda e imperceptivelmente, apartadas.

Longe do magnetismo da alma e dos olhos, as pessoas subtraíram de suas rotinas as atividades reais, dos seres que outrora eram chamados de normais. O passeio no parque, os jogos nas calçadas, as longas conversas em grupo de indivíduos que se organizavam em rodas, repousam somente nas lembranças dos indivíduos nostálgicos, que removem em seus pensamentos os saudosos tempos da vida ao vivo.

Hoje, tudo está ao acesso de um clic... A título de ilustração, repousa prudente patentear que:

*A representação da cidade contemporânea, portanto, não é mais determinada pelo cerimonial da abertura das portas, o ritual das procissões, dos desfiles, a sucessão de ruas e das avenidas; a arquitetura urbana deve, a partir de agora, relacionar-se com a abertura de um “espaço-tempo tecnológico”. O protocolo de acesso da telemática sucede o do portão. Aos tambores das portas sucedem-se os dos bancos de dados, tambores que marcam os ritos de passagem de uma cultura técnica que avança mascarada, mascarada pela imaterialidade de seus componentes, de suas redes, vias e redes diversas cujas tramas não mais se inscrevem no espaço de um tecido construído, mas nas sequências de uma planificação imperceptível do tempo na qual a interface homem/máquina toma o lugar das fachadas dos imóveis, das superfícies dos loteamentos...<sup>201</sup>*

Apartado de qualquer intenção de subscrever um brado exagerado, tem-se que a essencialidade da vida humana perdeu o valor, a efetividade dos relacionamentos despiu-se do sentido, e a tenacidade da existência está virtualizada. Urge, então, refletir-se sobre a forma adequada para frear o fluxo da tecnologização que flui pelas artérias das pessoas, provocando-se um choque reflexivo que as leve a entender que há vivência fora da conexão digital. Por esse caminho, sob qualquer hipótese se pode esquecer que:

---

201 VIRILIO, 1993, p.10.

[...] desde que se tiene noticia de su surgimiento en la Tierra, el hombre nunca estuvo solo, pues es un ser gregario, que vive en comunidad". Social y político, como dijo Aristóteles, el hombre no está aislado en el tiempo y en el espacio. Por ello, las instituciones educacionales existen para colaborar con la formación sistémica de los individuos, permitiéndoles comprender que todo su aprendizaje hace parte de una vivencia humana, y sus conocimientos son destinados específicamente a los hombres.<sup>202</sup>

Tendo em vista que a gênese humana está associada à sua faculdade de socialização, utiliza-se a axiologia da cooperação como uma ferramenta precípua de resgate do sentido do valor humano. Ressalta-se, pois, que o termo axiologia deriva da conjugação dos vocábulos gregos *axios* (o que é valioso, estimável) e *logos* (ciência, estudo).<sup>203</sup> É por esse caminho que a axiologia avoca seu *status* de ramo da filosofia que se ocupa dos valores, e passa a considerar como valor não apenas o que é mais valioso, mas, sobretudo, o que se considera mais valioso.

Sobre este aspecto, deve-se enaltecer que a Aliança Cooperativa Internacional<sup>204</sup> editou, durante um Congresso realizado na cidade de Manchester, em 1995, a Declaração de Identidade Cooperativa, contendo o elenco dos valores que entende conformes com o objetivo maior da cooperatividade: o bem-estar do homem. Destaca-se, portanto, que os valores:

[...] constan en la segunda parte de la Declaración sobre la Identidad Cooperativa, y están presentados en dos grupos: uno, que podemos identificar como valores básicos o fundamentales del cooperativismo, y el otro, que nos transmite la idea de unos valores éticos de la cooperación.<sup>205</sup>

A axiologia da cooperação compreende muito mais do que o estudo dos valores cooperativos, e culmina por referenciar o arcabouço de valores que resguardam a ação cooperativa arraigada ao espírito que situa o homem como o seu início e fim. Sob esta ótica, a ACI declarou que a cooperação pressupõe valores éticos e

---

202 MIRANDA, José Eduardo de; CORRÊA LIMA, Andréa. *Educación, formación humana y valores cooperativos: una propuesta de revitalización de las prácticas educativas brasileñas para el rescate del hombre social y fraterno*. Deusto Estudios Cooperativos. 2017, p.100.

203 MARTÍNEZ, Pilar Pesataña de. *Aproximación conceptual al mundo de los valores*. In **REICE - Revista Electrónica Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación**, 2004, Vol. 2, No. 2. Disponível em: <<http://www.ice.deusto.es/RINACE/reice/vol2n2/Pestana.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

204 A Aliança Cooperativa Internacional, ou ACI, é o órgão de representatividade máxima do Cooperativismo.

205 MIRANDA, José Eduardo de. **De la crisis de identidad al rescate de la génesis del cooperativismo**. Madrid: Dykinson, 2012, p.62.

fundamentais que enaltecem o valor da pessoa humana. Os primeiros, os valores éticos, dizem respeito à honestidade, transparência, responsabilidade e vocação social. Por sua vez, os segundos, chamados de valores fundamentais, são os valores de autoajuda, autorresponsabilidade, democracia, igualdade, equidade e solidariedade<sup>206</sup>.

Acredita-se, com isso, que apesar de dividirem-se em dois grupos, a Aliança Cooperativa Internacional não teve a intenção de agrupá-los setorialmente, “puesto que todos parecen valores de las cooperativas y de los cooperativistas. Sin embargo, lo cierto es que el segundo grupo reúne valores éticos, que pueden ser perceptibles también en actividades de organizaciones no cooperativas, capitalistas y públicas”<sup>207</sup>.

Centrando-se a ideia da axiologia da cooperação no âmbito da consideração da importância dos valores para a formação do homem, é preponderante enaltecer-se que os valores cooperativos, enquanto sentido de relevância, possuem aspectos subjetivos e objetivos:

El aspecto subjetivo implica un juicio de valor. Y los portadores de juicios de valor son las personas. Un juicio pertenece al sujeto que juzga. Por eso los valores han de ser asumidos por las personas libre y conscientemente. Pero los valores también tienen un aspecto objetivo. Los valores se me ofrecen, no son mi obra; vienen de fuera. No se puede determinar arbitrariamente lo que es bueno o bello. Y esto es particularmente verdadero respecto a los valores morales. No los creo; se me imponen a mí; me solicitan. Es decir, que los valores tienen un fundamento. Por ello, más que hablar de elección de valores, habría que hablar de reconocimiento de valores.<sup>208</sup>

Nesse ponto, capital anotar-se que “la formación humana no es una formación que sustituye la formación técnica, pero es la formación técnica-profesional-científica que permite a los sujetos del conocimiento entendieren que no están solo en el mundo, y que sus actitudes pueden afectar la vida, la felicidad y la libertad ajena”.<sup>209</sup>

É assim que o êxito da formação humana desenvolvida com o propósito de resgatar a essência do homem social-real, deve primar pela integração do educando nos diferentes cenários do mundo da vida, para que então consiga participar efetivamente de sua comunidade, identificando demandas e colaborando com a busca

---

206 Ibid, p.64.

207 MIRANDA, José Eduardo de. **La filosofía cooperativa: análisis del proceso de conformación del Cooperativismo**. Curitiba: Juruá, 2016, p.123.

208 ARANZADI, D. **El arte de ser líder empresarial hoy**. Vitoria: Federación de Cooperativas de Trabajo Asociado de Euskadi, 1995, p.209 y 210.

209 MIRANDA e CORRÊA LIMA, 2017, p.100.

de soluções para problemas sociais, que também são seus. Ademais, deve-se ter em evidência que “o ato de formar transcende o singular preparo para o mundo em que o profissional se encontra, participando de suas demandas, e colaborando com a sua transformação”.<sup>210</sup>

Recorde-se a propriedade de Paulo Freire ao sentenciar que:

Outro saber de que não posso duvidar um momento sequer na minha prática educativo-crítica é o de que, como experiência especificamente humana, a educação é uma forma de intervenção no mundo. Intervenção que além do conhecimento dos conteúdos bem ou mal ensinados e/ou aprendidos implica tanto esforço de *reprodução* da ideologia dominante quanto o seu desmascaramento.<sup>211</sup>

Ao inserir-se a axiologia da cooperação nos processos de formação humana, estar-se-á logrando resgatar a indispensável condição de sociabilidade humana. Os jovens lograrão perceber que fazem parte de um grupo real que está fora das calçadas virtuais, formado por pessoas que respiram, pensam, sentem e vivem a vida ao vivo, como ele.

Por isto, deve-se elevar a educação como uma ferramenta necessária e urgente de mudança, intrínseca ao “desenvolvimento de um processo humano e social pelo qual o ser o humano, em constante transformação e integração com seu meio, constrói o mundo e participa da história. Na medida em que o tira de dentro de si, ele entra no mundo, fazendo parte efetiva dele, contribuindo com as mudanças que se fizerem necessárias”.<sup>212</sup>

## **A Título de Últimas Palavras: O Uso da Axiologia da Cooperação como Fórmula Singular para a Superação da Existência Virtual**

Humberto Eco, com sua tradicional sensatez, chama a atenção para o fato de que:

Nós mal conversamos face a face hoje em dia, nem refletimos sobre assuntos importantes de vida e morte, nem mesmo olhamos para a paisagem enquanto passa pela nossa janela. Em vez disso, nós conversamos obsessivamente em nossos celulares, raramente sobre algo

---

210 MIRANDA, José Eduardo de. **MAL DITA FACUL... Tô dentro, e agora?** Curitiba: Prismas, 2017, p.152.

211 FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa.** Paz e Terra: Rio de Janeiro, 1997, p.110.

212 MIRANDA, 2017, p.59-60.

particularmente urgente, desperdiçando nossas vidas em um diálogo com alguém que nem mesmo vemos.<sup>213</sup>

O homem se transformou em escravo da tecnologia, e refém da virtualização. Conectado praticamente durante as vinte e quatro horas de seu dia, não percebe que “as voltas e reviravoltas das comunidades virtuais tendem a seguir como regra os meandros da diversificação de “interesses”, da mudança e da curta duração, e com grupos em explosão e implosão intermitentes”.<sup>214</sup> Tem-se, por assim dizer, nas palavras de Bauman:

Interesses podem exigir diferentes graus de atenção e lealdade, mas não precisam ser excludentes. Pode-se “pertencer” ao mesmo tempo a uma série de “comunidades” virtuais cujos membros não necessariamente reconheceriam no outro uma “cabeça semelhante” e talvez dispensassem o diálogo inter-“comunidade”, chamando-o de “conversa de pato com papagaio”. Em outras palavras, “pertencer” a uma comunidade virtual reduz-se a interações intermitentes e muitas vezes superficiais, girando em torno de questões (hoje) de interesse comum. Outros diálogos, centrados em diferentes temas de interesse, necessitam de outras “comunidades por nicho” para serem “significativamente” (embora também de forma intermitente e superficial) realizados. (BAUMAN, Zygmunt BAUMAN, Zygmunt 2010, p.215, grifo nosso)

No espaço inatingível das relações e da vida virtual, os problemas que assolam o dia a dia, e a condição de maior ou menor dignidade do ser humano, no mundo real, tanto podem ser secundarizados como eliminados na velocidade de um clic. Pelas passarelas da rede mundial de computadores, em que acessa um sem fim de sites que atendam ao único e exclusivo interesse do viajante, ou de um reduzido grupo de internauta-social<sup>215</sup>, a diversidade atende um padrão de identidade pré-definida, e a sociabilidade se conforma numa rapidez indescritível.

O *homo virtualis* é rápido, é seletivo, é quase que vazio, e preenche-se apenas com aquilo que é virtualizado, como ele. “Na cidade virtual, os problemas que assombram a perpétua coabitação de estranhos em cidades reais, “materiais”, podem

---

213 ECO, Umberto. **O celular e a rainha má**. Disponível em: «<http://noticias.uol.com.br/blogs-e-colunas/coluna/umbertoeco/2015/05/29/o-celular-e-a-rainha-ma.htm>». Acesso em: 29 jun. 2019.

214 BAUMAN, 2010, p.215.

215 Utiliza-se esta expressão para identificar os internautas que participam dos mesmos grupos de redes sociais virtuais.

ser contornados e evitados por um tempo, eliminados ou colocados em segundo plano”.<sup>216</sup>

No universo virtual, evitar as “cabeças diferentes” é mais fácil e pode ser alcançado a um custo muito menor que numa cidade de carne e osso, onde seria necessário elaborar técnicas de separação do espaço e manutenção da distância - como as permissões de moradia e ingresso difíceis de obter em “condomínios fechados”: circuito interno de TV, guardas armados, elaboração de uma rede de “espaços interditados”, ou outros meios, tudo para atenuar as múltiplas ameaças de transgredir, “arrombar e invadir”.

Mas a facilidade da evasiva não coloca os problemas sofridos dia a dia na vida urbana (seja ela real ou virtual) mais perto de uma solução que pode, afinal, ser procurada e encontrada apenas quando eles são confrontados de maneira direta. Caso contrário, a anulação tentada pode muito bem fazer da passagem entre on-line e off-line algo ainda mais traumático.<sup>217</sup>

Assim sendo, sem fugir da consciência dos benefícios da internet, mas aderente à efetividade dos prejuízos provocados pela virtualização da vida, defende-se que a educação ainda perfaz o caminho para o resgate da sociabilidade-real, ou da superação da vida virtual.

Literalmente dentro da rede, o sujeito acentua sua postura atitudinal individualista, fechando-se para a realidade que perece ao seu redor. “Nos relacionamos mais em rede social; nos entretemos em frente a seriados longos, incentivados pelo modismo; buscamos referências em pessoas “virtuais”, as quais sequer conhecemos a trajetória e vivência; nossas agendas podem ser virtualizadas e compartilhadas com outras pessoas”.<sup>218</sup> O homem de hoje está preso nos endereços cibernéticos, distante de seus iguais, cego às demandas do entorno e, sobretudo, esquecido da importância que os seres em carne, osso, respiração, suor e odores possuem para sua realização enquanto pessoa.

É hora, assim, de “repensarse la forma por la cual el hombre postmoderno es educado y preparado para la vida, poniéndose en relieve la importancia de optimizarse un ejercicio axiológico en el proceso educacional”.<sup>219</sup>

---

216 BAUMAN, 2010, p.216.

217 Ibid, p.217.

218 BERNARDI, Mariana. **A virtualização da vida e o tempo...** 04/10/2017. Disponível em: <https://sentidoincomum.com.br/a-virtualizacao-da-vida-e-o-tempo/>. Acesso em: 29 jun. 2019.

219 MIRANDA e CORRÊA LIMA, 2017, p.104.

En la búsqueda por una pedagogía que logre la humanización de los procesos educativos, los valores cooperativos éticos y fundamentales presentan un paradigma adecuado para ser utilizado por las prácticas educacionales en todos los niveles de la enseñanza escolar, pues ya dejaron evidente que contribuyen con la sembradura de valores sociales y morales de una sociedad que necesita de un hombre más humano, social y fraterno.<sup>220</sup>

Em virtude dessa complexa realidade, sustenta-se que a inserção da axiologia da cooperação no núcleo processual da formação humana é preponderante para viabilizar que o homem de hoje direcione seu olhar para o mundo da vida, elevando seus sentimentos em relação à existência real. É na axiologia da cooperação que se conseguirá subtrair os indivíduos da frialdade cibernética, possibilitando-lhe sentir-se no mundo, de novo, para que possa, então, preocupar-se com o que está fora da rede, especialmente com seu semelhante, com a natureza, e com ele próprio.

Através da axiologia da cooperação se alcançará o efetivo resgate do homem de existência real, um ser afetuoso, dotado de predicados sociais e fundamentais para conviver com seus semelhantes no mundo da existência não virtual. O homem de existência não virtual resgatará o sentido da vida e entenderá que “el mundo es un gran palco donde ensenan actores diferentes, que poseen necesidades que les son propias, pero que tienen en común el deseo de realizaren sueños, de ser felices y transformarse en alguien en sus vidas”.<sup>221</sup>

## Referências

ARANZADI, D. **El arte de ser líder empresarial hoy**. Vitoria: Federación de Cooperativas de Trabajo Asociado de Euskadi, 1995.

ARAÚJO, Marcelo Barreto de. **Comércio eletrônico; Marco Civil da Internet; Direito Digital**. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2017.

BAUMAN, Zygmund. **Vida líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2007.

\_\_\_\_\_. **Vida a crédito**: conversas com Citlali Rovirosa-Madrado. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

---

220 Ibid, p.104.

221 MIRANDA e CORRÊA LIMA, 2017, p.106.

BERNARDI, Mariana. **A virtualização da vida e o tempo...** 04/10/2017. Disponível em: «<https://sentidoincomum.com.br/a-virtualizacao-da-vida-e-o-tempo/>». Acesso em: 29 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.735, de 30 de novembro de 2012.** Disponível em: «[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12735.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12735.htm)». Acesso em: 16 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012.** Disponível em: «[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm)». Acesso em: 16 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei 12.965, de 23 de abril de 2014.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 16 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 16 jun. 2019.

ECO, Umberto. **O celular e a rainha má.** Disponível em: «<http://noticias.uol.com.br/blogs-e-colunas/coluna/umbertoeco/2015/05/29/o-celular-e-a-rainha-ma.htm>». Acesso em: 29 jun. 2019.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa.** Paz e Terra: Rio de Janeiro, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Seminários de Zollikon.** Editado por M. Boss. Tradução de G. Arnhold e M. F. Almeida Prado. Petrópolis: Vozes, 2001.

\_\_\_\_\_. **A época das imagens do mundo.** Tradução de Cláudia Drucker. Disponível em: «[http://www.imagomundi.com.br/filo/heidegger\\_imagens.pdf](http://www.imagomundi.com.br/filo/heidegger_imagens.pdf)». Acesso em: 21 jun. 2019.

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

\_\_\_\_\_. **O que é virtual?** Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1996.

\_\_\_\_\_. **Ser y tempo.** Traducción de José Gaos. Barcelona: RBA, 2004.

MARTÍNEZ, Pilar Pesataña de. *Aproximación conceptual al mundo de los valores.* In **REICE - Revista Electrónica Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación**

2004, Vol. 2, No. 2. Disponível em: <<http://www.ice.deusto.es/RINACE/reice/vol2n2/Pestana.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

MIRANDA, José Eduardo de. **Sustentabilidade emocional**: atitude para ganhar altitude. 2ª ed. Multifoco: Rio de Janeiro, 2019.

\_\_\_\_\_ **La filosofía cooperativa: análisis del proceso de conformación del Cooperativismo**. Curitiba: Juruá, 2016.

\_\_\_\_\_ **MAL DITA FACUL... Tô dentro, e agora?** Curitiba: Prismas, 2017.

MIRANDA, José Eduardo de; CORRÊA LIMA, Andréa. *Educación, formación humana y valores cooperativos: una propuesta de revitalización de las prácticas educativas brasileñas para el rescate del hombre social y fraterno*. **Deusto Estudios Cooperativos**. 2017, p.87-107.

MIRANDA, José Eduardo de *et al.* **Ordem econômica constitucional. Compreensão e comparativo da ordem econômica constitucional de 1988 com outros sistemas jurídicos**. In MIRANDA, José Eduardo de. *Do livre exercício da atividade empresarial à responsabilidade social como prerrogativa ético-moral da ordem econômica: a axiologia da cooperação como pressuposto de desenvolvimento sustentável*. Curitiba: Juruá, 2016.

**PIMENTEL, José Eduardo de Souza**. Introdução ao direito digital. **Revista Jurídica** da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. V 13. Nº 1, 2018.

VIRILIO, Paul. **O espaço crítico e as perspectivas do tempo real**. Tradução de Paulo Roberto Pires. São Paulo: Editora 34, 1993.

# LA GESTIÓN JUDICIAL DEL CASO (*CASE MANAGEMENT*) EN EL NUEVO MODELO PROCESAL LABORAL DEL PERÚ

---

Omar Toledo Toribio<sup>222</sup>

## Introducción

**L**a Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante NLPT) se viene implementando progresivamente en nuestro país desde el año 2010, de tal forma que en la actualidad de 34 distritos judiciales sólo falta instalar este nuevo instrumento procesal en 09 de ellos, pues a partir del 26 de noviembre se aplicará la NLPT en la Corte Superior de Justicia de Piura. Si bien es cierto el balance es positivo, pues con el impulso del ETTI-LABORAL y el esfuerzo de los jueces, el personal auxiliar jurisdiccional y administrativo se viene brindando un buen servicio de justicia en el marco de un proceso inmediato, célere, transparente con garantía de los derechos fundamentales, existen algunas dificultades vinculadas a la creciente carga procesal que afrontan los órganos jurisdiccionales que no permite que en muchos casos no se pueda cumplir con la programación oportuna de las audiencias, ya sea de conciliación, juzgamiento o vista de la causa en segunda instancia, según el caso. Frente a ello algunos proponen que la única solución pasa por incrementar el número de órganos jurisdiccionales lo cual, si bien se justifica en muchos casos, resulta una solución que con el transcurso del tiempo se convierte en pasajera si no se pone en

---

<sup>222</sup> Doctor en Derecho y Ciencia Política (UNMSM), Magister en Derecho (UNMSM), Juez de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, con estudios en Litigación Oral Laboral en el California Western School Of Law, en la Universidad de Medellín y en la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” de Colombia. Catedrático de Maestría y Doctorado de la Facultad de Derecho –Unidad de Post Grado, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Profesor de Post Grado en la PUCP Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Sección de pre y post grado) de la Universidad de San Martín de Porres. Profesor Principal de la Academia de la Magistratura. Asociado Ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y Delegado en Perú de la Asociación Latinoamericana de Jueces de Trabajo. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la seguridad Social. Ostenta la Condecoración con la Orden de Trabajo en Grado de Oficial otorgada el año 2010 y la MEDALLA CÍVICA DEL DERECHO otorgada por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima, en diciembre del año 2017.

práctica otras medidas destinadas a la resolución oportuna de los procesos judiciales con eficacia y eficiencia. Uno de estos mecanismos viene a constituir el “*Case management*” o gestión de los casos judiciales.

## El “*Case management*” o gestión de los casos judiciales

Consiste en reorganizar el modo en que los procesos judiciales operan en la práctica más allá de la secuencia rígida de los actos procesales reglamentados. Una organización racional de los nuevos procedimientos supone que en una etapa temprana de los mismos el juez analice las versiones presentadas por las partes y la oferta de prueba, determinando cuales son las controversias que será necesario resolver y qué actos procesales será necesario llevar a cabo para resolver las controversias identificadas de un modo consistente con las exigencias de la ley.<sup>223</sup>

Se trata de un enfoque flexible en el que el Juez deberá analizar cada caso en sus características particulares, que pasa por sopesar su complejidad o simplicidad, de tal manera que se establezca un derrotero a seguir, ya sea en cuanto a la calificación finalista de la demanda como a la necesidad de gestionar la abreviación de los actos procesales, sin afectar el debido proceso, la racionalidad en la utilización de los recursos (uso de las salas de audiencias) y la conducción eficiente y eficaz de las audiencias de tal forma que se logre una solución oportuna de la controversia con pronunciamientos con altos estándares de calidad y certeza.

Para que el sistema judicial esté en condiciones de adaptar la respuesta procesal que entregará a los distintos tipos de casos, resulta indispensable entregar a las juezas y a los jueces la responsabilidad sobre su oportuna resolución, superando la visión tradicional de pasividad judicial en cuanto al curso del procedimiento. En esta concepción la jueza o juez asume una posición proactiva tanto en el control del curso procesal como en la promoción del uso de métodos alternativos o abreviados, requiriéndose un estudio preliminar y profundo acerca de las necesidades concretas de cada caso<sup>224</sup>.

Si se trata de ubicar al Proceso Laboral en uno de los grandes sistemas procesales, podemos concluir, sin lugar a dudas, que dicho proceso se ubica en el Sistema Inquisitivo. En efecto en el proceso laboral el Juez se encuentra dotado de una serie

---

223 RIEGO, Cristian. – *El sistema de “Case management” y su aplicación en el contexto chileno.* [https://issuu.com/sistemasjudiciales/docs/sistemasjudiciales\\_18](https://issuu.com/sistemasjudiciales/docs/sistemasjudiciales_18) (obtenido 16/11/18)

224 RIEGO, Cristian. – *El sistema de “Case management” y su aplicación en el contexto chileno.* Citado en *MANUAL DE DIRECCIÓN DE AUDIENCIAS CIVILES*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Santiago, Chile, 2017, p.46.

de facultades, atribuciones y prerrogativas que lo convierten en un principal impulsor del proceso y confieren por tanto un tinte marcadamente inquisitivo a dicho proceso. El artículo III del Título Preliminar de la NLPT establece que *los jueces laborales tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso*, lo cual patentiza la presencia del carácter inquisitivo del proceso laboral.

Es precisamente a partir de esta concepción del juez director del proceso es que el mismo se encuentra en condiciones de adoptar un conjunto de decisiones y medidas desde la etapa inicial del proceso bajo la perspectiva de la gestión judicial de los casos que no solamente permita optimizar el uso de los recursos sino lograr la solución oportuna y justa de la controversia.

## **La *demanda inteligente* y la calificación finalista de la demanda**

A diferencia de la Ley 26636, cuyo artículo 15 establecía de manera expresa y taxativa cada uno de los requisitos que debía contener la demanda laboral, la NLPT cuenta con una redacción más concisa (artículo 16) y más bien contiene una remisión a lo regulado en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil que, como sabemos, regulan lo atinente a los requisitos y anexos, respectivamente, que debe contener la demanda civil.

Sin embargo, la parquedad de la redacción no se condice con lo realmente importante que constituye la demanda y, en su momento, la contestación de la demanda, en un ámbito de oralidad. En efecto, los citados actos procesales son los que fijan los términos de la controversia y de su adecuada formulación y de la precisión de los mismos dependerá que el nuevo proceso laboral se encause correctamente y permita emitir un pronunciamiento de fondo justo y oportuno, resguardándose los principios que lo inspiran como son la inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad y sin dejar de lado las garantías del debido proceso.

En ese sentido, el doctor Javier Fernández Sierra, profesor universitario y magistrado de la Sala Laboral del Tribunal de Justicia de Cundinamarca-Colombia, ha tenido el acierto en denominar *demanda inteligente* y *respuesta inteligente* para referirse a la formulación de la demanda y contestación, respectivamente, bajo ciertos parámetros y condiciones que permitan encausar debidamente el proceso oral, aspectos cuya observancia no solamente corresponde a las partes sino que compete al órgano jurisdiccional verificar su debido cumplimiento a través del control de la demanda y la contestación.

Como contrapartida a la *demanda inteligente* se encuentra lo que se ha dado en denominar la *calificación finalista* de la demanda calificación que debe estar orientada no con la perspectiva inmediata sino con miras a proyectarse a la futura

sentencia o pronunciamiento definitivo por parte del órgano jurisdiccional<sup>225</sup>. Efectivamente desde esta etapa temprana del proceso el juzgador debe trasladarse imaginariamente al momento cumbre del proceso, la etapa resolutoria, de tal manera que pueda adoptar decisiones y medidas tendientes a lograr que para dicha oportunidad esté premunido de todos los elementos para emitir sentencia previendo las contingencias que se pudieran generar y que precisamente minen la posibilidad de emitir una decisión pronta y con altos niveles de certeza. De esta forma, al momento de calificar la demanda el juez puede: 1) declarar la improcedencia de la demanda bajo estrictos criterios objetivos y razonables evitando incurrir en la utilización de la figura de la *improponibilidad* de la demanda<sup>226</sup> que se presenta cuando el juez evalúa la fundabilidad de la demanda en el acto calificador; 2) detectar la presencia de un *petitorio implícito*,<sup>227</sup> que es necesario evidenciarlo a efectos de no afectar el derecho de defensa de la contraparte, 2) verificar los medios probatorios ofrecidos por las partes y la finalidad indicada por ellas para preliminarmente efectuar un análisis de la *pertinencia, conducencia y relevancia* que será efectuado en definitiva en la audiencia correspondiente, 3) aplicar la figura de la *suplencia indirecta de la demanda* con el objeto de que partiendo de la causa de pedir – *causa petend* – o los fundamentos de hecho que contiene la demanda requerir a la parte demandante precise adecuadamente su pedido o centrar lo pretendido por el accionante, 4) Requerir a la parte demandada presente la información de pago o de los libros de planillas en soporte magnético para facilitar el estudio de la prueba, 5) disponer se recabe alguna información sin reemplazar a las partes en sus respectivas obligaciones probatorias, etc.

## Dirección de audiencias

Uno de los aspectos fundamentales de la gestión de los casos judiciales constituye la dirección de audiencias teniendo en cuenta que el nuevo modelo procesal

---

225 Toledo Toribio, Omar. – *LA DEMANDA INTELIGENTE, LA IMPROPONIBILIDAD Y LA SUPLENCIA INDIRECTA DE LA DEMANDA LABORAL*. Publicado en la Revista *SOLUCIONES LABORALES* N° 85, Lima, Enero 2015.

226 *Idem*.

227 Toledo Toribio, Omar. – *El Petitorio Implícito y otras hipótesis de flexibilización en el marco de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Perú*, en *Revista Jurídica UNISUL DE FATO E DE DIREITO*, da Universidade do Sul de Santa Catarina del Brasil Año VII, N° 12, Janeiro a Junho, Palhoca 2016, p.69-94.

oral implica precisamente un proceso por audiencias caracterizado por la inmediatez y concentración procesal.<sup>228</sup>

Al respecto existen algunas directrices que el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)<sup>229</sup> plantea a manera de reflexión y como una especie de guía que debe tenerse en cuenta por parte de los juzgadores y que consisten en lo siguiente: 1) Determinar de forma previa qué es lo que demandará la audiencia de la jueza o juez: trabajo de pre-audiencia; 2) Identificar claramente el conflicto, lo discutido, cuestión que requiere de un pronunciamiento o la labor requerida de la juez o juez; 3) Advertir la teoría del caso y/o interés de las partes, con desapego de lo que puedan ser las propias creencias y evitando la precipitación o prejuicio; 4) Desagregar el debate en tantos puntos como sea necesario para focalizar el análisis de la cuestión y avanzar hacia su resolución, siguiendo para ello un orden lógico conforme a los presupuestos de hecho y/o de derecho; 5) Dirigir la audiencia del modo más efectivo y eficiente posible con el fin de obtener suficiente información de calidad para resolver.

En lo referido al primer punto resulta sumamente importante que el juzgador pueda sopesar la simplicidad o complejidad del caso para, de ser el caso, avizorar la posibilidad de, bajo el esquema actual del proceso, decidir la solución de la controversia a través del juzgamiento anticipado y evitar, si estamos en un proceso ordinario, lo que significa en términos de tiempo y esfuerzo, citar a las partes a una audiencia de juzgamiento. En efecto, si el juez advierte, haya habido o no contestación, que la cuestión debatida es solo de derecho, o que siendo también de hecho no hay necesidad de actuar medio probatorio o cuando las partes logran determinados consensos respecto a ciertas aristas de la controversia resultaría un dispendio de tiempo y de recursos realizar una audiencia de juzgamiento en momentos que incluso la agenda judicial puede estar sumamente recargada según la realidad cada distrito judicial.

En cuanto al segundo punto, la identificación de la pretensión del demandante resulta trascendental, lo cual pasa por detectar el pedido concreto (*petitum*) y la causa de pedir (*causa petendi*) y evitar en lo posible que más adelante el proceso pueda ser materia de nulidades -medida que resulta sumamente dañina en un modelo procesal oral- para lo cual resulta necesario que el juez maneje adecuadamente la naturaleza

---

228 *El Equipo Técnico Institucional de Implementación de la NLPT del Poder Judicial, en los meses de setiembre y octubre del presente año, ha desarrollado un curso teórico práctico de Dirección Judicial de Audiencias, que ha abarcado el universo de jueces laborales de la República, y que ha tenido resultados muy alentadores de cara a difundir las virtudes de la gestión judicial del caso.*

229 *MANUAL DE DIRECCIÓN DE AUDIENCIAS CIVILES, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Santiago, Chile, 2017.*

especial de controversia laboral y los principios que inspiran el nuevo proceso en el que, si bien impera el principio de congruencia, existen hipótesis de flexibilización del mismo, como es el caso del petitorio implícito.

El tercer aspecto, tiene que ver con una de las técnicas de la litigación oral que resulta necesario entender en su cabal dimensión pues cada parte sostendrá en el litigio una hipótesis o planteamiento, que cuenta con una base fáctica, una teoría jurídica y un sustento probatorio, de tal forma que será acogida aquella posición que tenga la virtud de demostrar su corrección.

El cuarto punto, nos convence de lo que significa el orden que se debe seguir para el análisis de la controversia que resulta fundamental de cara a, no solamente permitir que los justiciables puedan seguir la secuencia establecida por el juzgador, si no sobre todo que, en la eventualidad de que el proceso sea conocido por instancias superiores, se pueda facilitar la labor de revisión del mismo.

Finalmente, el punto cinco constituye una fuente permanente de iniciativa e innovación por parte de los jueces con el objeto de que, bajo criterios de eficiencia y eficacia, plantear soluciones, denominadas buenas prácticas, destinadas a gestionar no solamente la utilización de los recursos (Salas de Audiencias) sino evitar actos repetitivos. En ese sentido el juzgador puede establecer directivas a los abogados y a las partes a efectos de que concreten sus intervenciones orales, exigir capacidad de síntesis, unificar las audiencias de procesos similares que cuentan incluso con intervención de los mismos actores, incluyendo abogados, evitando repetir a manera de ritual actos que tendrán la misma connotación y resultado, practicas que se han venido realizando en los diversos distritos judiciales, con buenos resultados<sup>230</sup>.

## Conclusiones

Resulta sumamente importante que los operadores jurídicos comprendan las virtudes de la gestión de los casos judiciales – *Case management* – como un enfoque que pueda adaptarse a cada caso en concreto de tal manera que se establezca un derrotero a seguir, ya sea en cuanto a la calificación finalista de la demanda como a la necesidad de gestionar la abreviación de los actos procesales, sin afectar el debido proceso, la racionalidad en la utilización de los recursos y la conducción eficiente y

---

230 *La Corte Superior de Justicia de la Libertad ha presentado al Concurso de Buenas Prácticas 2018 sobre la NLPT, organizado por el ETTI Laboral y el PP99, la propuesta, seleccionada como finalista, de "Audiencia Conjunta" a fin de promover la celeridad procesal y elevar la producción mensual y ahorrar recursos.*

eficaz de las audiencias de tal forma que se logre una solución oportuna de la controversia con pronunciamientos con altos estándares de calidad y certeza.

## Referências

El Equipo Técnico Institucional de Implementación de la NLPT del Poder Judicial, en los meses de setiembre y octubre del presente año, ha desarrollado un curso teórico práctico de Dirección Judicial de Audiencias, que ha abarcado el universo de jueces laborales de la República, y que ha tenido resultados muy alentadores de cara a difundir las virtudes de la gestión judicial del caso.

La Corte Superior de Justicia de la Libertad ha presentado al Concurso de Buenas Prácticas 2018 sobre la NLPT, organizado por el ETTI Laboral y el PP99, la propuesta, seleccionada como finalista, de “Audiencia Conjunta” a fin de promover la celeridad procesal y elevar la producción mensual y ahorrar recursos.

MANUAL DE DIRECCIÓN DE AUDIENCIAS CIVILES, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Santiago, Chile, 2017.

RIEGO, Cristian. – El sistema de “Case management” y su aplicación en el contexto chileno. [https://issuu.com/sistemasjudiciales/docs/sistemasjudiciales\\_18](https://issuu.com/sistemasjudiciales/docs/sistemasjudiciales_18) (obtenido 16/11/2018).

RIEGO, Cristian. – El sistema de “Case management” y su aplicación en el contexto chileno. Citado en MANUAL DE DIRECCIÓN DE AUDIENCIAS CIVILES, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Santiago, Chile, 2017.

Toledo Toribio, Omar. – LA DEMANDA INTELIGENTE, LA IMPROPONIBILIDAD Y LA SUPLENCIA INDIRECTA DE LA DEMANDA LABORAL. Publicado en la **Revista SOLUCIONES LABORALES** N° 85, Lima, Enero, 2015.

Toledo Toribio, Omar. – El Petitorio Implícito y otras hipótesis de flexibilización en el marco de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Perú, en **Revista Jurídica UNISUL DE FATO E DE DIREITO**, da Universidade do Sul de Santa Catarina del Brasil Año VII, N° 12, janeiro a junho, Palhoca, 2016, p.69-94.

# A INFLUÊNCIA DA ERA DIGITAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS – UMA ANÁLISE REFLEXIVA SOBRE O TELETRABALHO

---

Regina Célia Pezzuto Rufino<sup>231</sup>

## Introdução

A globalização e a reestruturação da economia culminaram uma nova dimensão tempo-espacial nas relações individuais e sociais, tornando imprescindível o acesso à tecnologia da informação e da comunicação.

A competitividade do universo do trabalho globalizado impulsionou novos mecanismos de acesso célere e eficaz à informação e comunicação a fim colocar as empresas dentro de um perfil competitivo e altamente produtivo e, com essas transformações, surge o teletrabalho, com tímida regulamentação legislativa em um primeiro momento, porém com respaldo legal a partir do advento da Lei 13.467/17 que alterou substancialmente o cenário das relações laborais. Denominada “Reforma Trabalhista” alterou diversos dispositivos legais, notadamente o art. 62 do diploma celetista que passou a tratar mais especificamente da matéria sobre o teletrabalho.

Com o objetivo de pontuar as alterações mencionadas na seara do teletrabalho, abordam-se o surgimento desta modalidade e seus efeitos nas relações laborais, com um senso crítico-reflexivo, discorrer sobre o trabalho elaborado através da telemática, pontuando benefícios e malefícios dessa modalidade.

De maneira translúcida e profissional, retratam-se, em síntese, sem a pretensão de esgotar o tema, os aspectos do teletrabalho em diversas vertentes, sendo um mecanismo em plena evolução no cenário de mutações trabalhistas, que pode libertar ou aprisionar compulsoriamente os trabalhadores que se ativarem nessa modalidade de serviço.

---

231 Advogada, Professora de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário da Universidade Paulista (UNIP), de pós-graduação na UNIVEL (Cascavel-PR), UNIFIL (Londrina-PR) e UNISUL virtual (Florianópolis-SC), proprietária do REGINA RUFINO CURSOS JURÍDICOS, escritora de diversos livros e artigos jurídicos no Brasil e exterior.

## As Transformações Trabalhistas e o Surgimento do Teletrabalho

O cenário das relações humanas, umbilicalmente vinculado às relações de trabalho, sofreu duas grandes revoluções que alteraram definitivamente os moldes de interação dessas relações: a Revolução Industrial e a Revolução Tecnológica. A primeira acarretou na automação gradativa com a substituição do homem pela máquina e a segunda advém da necessidade de adaptação das transformações e avanços tecnológicos de informática e célere circulação da informação, com o surgimento da era digital.

A Revolução Industrial configurou-se pelas relações laborais realizadas sob o modelo taylorista<sup>232</sup>, no qual o trabalhador se submetia a tarefas mecânicas, separadas em escalas, e de forma repetitiva, com um controle do tempo de trabalho e produtividade, sob o manto das ordens e hierarquia do empregador, que fiscalizava e dirigia diretamente as atividades deste trabalhador, já que a prestação laboral ocorria no território de propriedade do empregador.

No entanto, a evolução e reestruturação da economia globalizada, proporcionou um desenvolvimento científico e tecnológico, que prescinde da flexibilidade de tarefas, criando o indivíduo multifacetário e da economia do tempo, inserindo a tecnologia no auxílio desses objetivos, anunciando uma nova organização social, o que culmina na criação da Sociedade da Informação.

Desse modo, o trabalhador requisitado passa a não ser mais aquele que se coloca à disposição da empresa por maior tempo, e especializado apenas com uma habilidade específica, e, sim, aquele com capacidade de se flexibilizar e moldar-se às demandas do mercado produtivo e financeiro e apto a se adaptar aos anseios da empresa, com habilidades multifacetárias e economia de tempo, além da pró-atividade e, para tanto, a tecnologia de informação e comunicação passa a ser sua aliada, derrubando barreiras como: o desgaste de tempo, investimento em qualificação do trabalhador e limitação da territorialidade.

Assim, o modelo taylorista vai perdendo espaço no cenário laboral moderno, notadamente com o avanço da era digital no auxílio dessas habilidades e no aumento da competitividade, ensejando a criação de um perfil de trabalhador diversa do antigo mundo do trabalho, hábil a lidar com as novas tecnologias da informação e comunicação, surgindo a modalidade do teletrabalho.

---

232 No taylorismo (criado por Frederick W. Taylor), cada trabalhador era especializado em uma tarefa, fragmentando o trabalho no sistema industrial, que cronometrava o tempo de produção e priorizava a hierarquia nas relações trabalhistas.

## Distinção entre Teletrabalho e Trabalho em Domicílio

Muito embora, haja uma confusão entre trabalho em domicílio ou *home office* e o teletrabalho, aquele, apesar de exercido nas dependências do domicílio do empregado, através dos meios fornecidos pelo empregador, não se reveste da aplicação dos meios telemáticos de tecnologia e comunicação.

O art. 6º da Lei 12.551/11 dispõe:

Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único: Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

O dispositivo citado trata da figura do trabalho em domicílio, sem, contudo, esclarecer a diferença entre trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do trabalhador, pronunciando-se, tão somente, sobre o trabalho executado a distância.

No que tange à distinção entre essas modalidades de trabalho distantes dos estabelecimentos do empregador, Barros<sup>233</sup> explicita:

O teletrabalho distingue-se do trabalho a domicílio tradicional não só por implicar, em geral, a realização de tarefas mais complexas do que as manuais, mas também porque abrange setores diversos como: tratamento, transmissão e acumulação de informação; atividade de investigação, secretariado, consultoria, assistência técnica e auditoria, gestão de recursos, vendas e operações mercantis em geral, desenho, jornalismo, digitação, redação, edição, contabilidade, tradução, além da utilização de novas tecnologias, como a informática e telecomunicações, afetas ao setor terciário.

Desse modo, a prestação de serviços e a comunicação com empregador e clientes, através da telemática ou meios eletrônicos, são o precursor diferencial entre as duas modalidades de trabalho fora da empresa, ensejando do trabalhador alto grau de domínio no manuseio da informática e comunicação a fim de consubstanciar esta

---

233 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.258.

importante ferramenta de trabalho que tem evoluído com os anseios da alta competitividade e peculiaridades da sociedade contemporânea.

## O Teletrabalho e seus Efeitos nas Relações Trabalhistas

O local da prestação de serviços do empregado não é condição relevante para configuração da relação empregatícia, vez que o disposto no art. 62 da CLT prevê, mormente, a condição do empregado externo e, atualmente, o teletrabalho.

Ademais, nos moldes do art. 6º já mencionado, o elemento identificador da relação laboral, a subordinação jurídica está presente, bem como os demais elementos caracterizadores dessa relação, pessoalidade, remuneração e habitualidade, mesmo com o trabalho realizado distante da sede da empresa.

O reconhecimento do liame laboral independe do local da prestação de serviços, bastando que as condutas profissionais e funcionais do trabalhador, mesmo que geradas a distância, transformem-se em resultado de produtividade a favor do empregador, mesmo originalmente com ordem a distância do empregador, como ilustrativamente o trabalho dos professores de cursos online, ensino a distância, que transmitem suas aulas por meio da internet e demais tarefas acadêmicas pelo mesmo meio, desnecessária, pois, a presença na sede da empresa ou instituição de ensino, como no caso em apreço.

O trabalho a distância pode ocorrer através do trabalho a domicílio e do teletrabalho, em ambos os casos, não é necessária a permanência do trabalhador no estabelecimento da empresa, contudo, no primeiro, não há o emprego dos recursos da telemática, mas, no segundo, o emprego de meios informáticos e de telecomunicações se tornam forçosos para sua caracterização.

Portanto, o trabalho a distância é o gênero e o teletrabalho é uma espécie, exercido mediante emprego de recursos telemáticos em que o trabalhador sofre o controle patronal.<sup>234</sup>

De acordo com art. 75-B do diploma celetista: “Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo”.

O parágrafo único deste dispositivo esclarece que “o comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam

---

234 LIMA, Francisco Meton Marques de e outro. Reforma Trabalhista – Entenda Ponto por Ponto. São Paulo: Ed. LTr, 2018.

a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho”.

Não há a necessidade de o trabalhador permanecer exclusivamente fora do estabelecimento para o exercício de sua atividade, eventual comparecimento na empresa, não descaracteriza o teletrabalho.

Goulart<sup>235</sup> retrata diversas formas de exercício do teletrabalho, como ilustrativamente, teletrabalho no domicílio, desenvolvido na casa do trabalhador; teletrabalho no centro-satélite de tele serviços, localizados em um edifício, geralmente, um local próximo de sua residência; teletrabalho internacional, desenvolvido fora do país de origem da empresa, o qual pode ser ou não desenvolvido no domicílio do trabalhador; teletrabalho para central de atendimento de serviço “*call Center*”, e o desenvolvido para centralizar o recebimento de solicitações para soluções de problemas.

Contudo, em todas essas formas de desenvolver o teletrabalho, e em muitas outras, convencionadas pelas partes, o teletrabalho se moldará às necessidades da atividade empresarial do empregador.

Nesta modalidade, o controle sobre as atividades do empregado é exercido pelos meios telemáticos, surgindo uma nova versão de emprego em domicílio, gerando, contudo, todos os efeitos do contrato de emprego, inclusive, doença do trabalho, doença profissional e acidente do trabalho.<sup>236</sup>

O teletrabalho pode, outrossim, ter duas classificações: o locativo e o comunicativo. O locativo refere-se ao local da prestação de serviços, seja no domicílio do empregado, em telecentros, como centros de trabalho com recursos compartilhados, ou mesmo, itinerante, com o uso de equipamentos portáteis. O comunicativo alude a forma de comunicação entre trabalhador e empregador, podendo ser *off-line*, quando o trabalhador não está interligado ao computador, ou *on-line*, quando está interligado, utilizando-se da tecnologia informática para receber orientações e enviar seu trabalho ou resultado deste.<sup>237</sup>

Fernandez<sup>238</sup> observa a desnecessidade de trabalho exclusivo pelos instrumentos de telemática, entendendo que não há um critério quantitativo legalmente fixado na utilização desses meios, podendo ser parcial, utilizando-se no restante do tempo,

---

235 GOULART, Joselma Oliveira. **Teletrabalho: alternativa de trabalho flexível**. Brasília: SENAC, 2009.

236 Idem.

237 OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros. Organização e satisfação no contexto do teletrabalho. **ERA – Revista de Administração de Empresas**. V. 42, n. 3, p. 64, jul/set. 2002.

238 FERNANDEZ, Antonio Barrero. **Teletrabalho**. Lisboa: Editorial Estampa, 1999.

outros meios de trabalho como pesquisas, visitas aos clientes, como nos casos do teletrabalho móvel, entre outros.

Entretanto, devem ser excluídos da configuração do teletrabalho aqueles que o empregado usa esporadicamente a tecnologia da informação fora do estabelecimento do empregador, mas o uso é esporádico e efêmero.

Com o advento da Lei 13.467/17, o inciso III foi inserido ao art. 62 da CLT, incluindo o teletrabalho no rol do que não tem direito à hora extra, haja vista a impossibilidade de controle de jornada, contudo, se houver controle de jornada, pelos meios telemáticos, o eventual trabalho extraordinário deve ser remunerado.<sup>239</sup>

No caso de ausência de controle de horário, o trabalhador não fará jus ao pagamento de horas extras. Caberá ao trabalhador o ônus de comprovar o controle de jornada, quer por meio de comprovação da produção diária, incompatível com jornada de 08 horas, quer por meio do início e término de entrada de dados, ou até mesmo, pelo número de toques no teclado.<sup>240</sup>

A ausência de controle de jornada nesta modalidade de trabalho não segrega o conceito de relação de trabalho subordinado, mormente, por não ser o controle de horário um requisito essencial para sua caracterização. Os requisitos da pessoalidade, da remuneração, da habitualidade e da submissão do poder diretivo encontram-se no binômio teledireção-telessubordinação. O trabalhador exerce suas atividades externalizadas e descentradas, mas *on-line*, em contato direto e não intermitente com o empregador.<sup>241</sup>

A Convenção 177 da OIT trata do trabalho a domicílio, muito embora muitos foquem no disposto ao trabalho doméstico, essa Convenção reporta-se aos trabalhadores em domicílio, conforme reza:

Art. 1º (...)

i) em casa ou em outros lugares que você escolher, além do local de trabalho do empregador;

(...)

Artigo 2º: Esta Convenção aplica-se a todas as pessoas que realizam trabalho em casa, tal como definido no artigo 1º.

---

239 LIMA, Francisco Meton Marques de e outro. Reforma Trabalhista – Entenda Ponto por Ponto. São Paulo: Ed. LTr, 2018.

240 MARTINS, Sérgio Pinto. Teletrabalho. Repertório IOB de Jurisprudência. São Paulo n. 18/2001. Caderno 2, 2001, p.354.

241 GRECO, Paulo Augusto. Questões Jurídicas envolvendo o teletrabalho. São Paulo: Gazeta Mercantil, 2011.

Essa convenção trata de maneira básica e genérica do teletrabalho, vez que foca no trabalho em domicílio, estabelecendo remuneração, espécies de serviços, elementos da subordinação, responsabilidade do empregador, entre outras peculiaridades.

A peculiaridade deste trabalho é que o empregado trabalha para determinado empregador sem a necessária permanência no estabelecimento do último, podendo estar em outro lugar, mediante emprego dos recursos da telemática, de forma que o empregador possa exercer um controle sobre as atividades do trabalhador.<sup>242</sup>

Desse modo, o trabalho exercido fora das dependências da empresa, através da telemática, pode conter todos os requisitos essenciais para a existência do liame laboral, sobretudo, o controle de jornada, quando as partes, assim, pactuarem.

A ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas) emitiu uma nota técnica com o seguinte posicionamento:<sup>243</sup>

Da mesma forma, o teletrabalho, que poderia representar, no mundo tecnológico de hoje, uma modalidade de trabalho atrativa e interessante para o trabalhador, tal como colocada, se apresenta como mais um instrumento de flexibilização da relação de trabalho sem contrapartida, de transferência do risco da atividade para o trabalhador, e em síntese, de retirada e sonegação de direitos.

(...)

Sabemos que, atualmente, pelos meios telemáticos disponíveis, é plenamente possível ao empregador controlar a jornada e a produtividade de um trabalhador que labore em sua casa ou fora do ambiente da empresa. Com essa malfadada exceção, a esses trabalhadores poderá ser exigido o trabalho além das 08 horas diárias, 44 semanais, além do trabalho em domingo e feriados, sem contar a perda do direito a adicional noturno, já que não possuem controle de jornada.

Além de tudo, foi acrescentado mais um Capítulo à CLT, denominado CAPÍTULO II-A – DO TELETRABALHO, com o acréscimo de artigos, quais sejam, 75-A, 75-B, 75-C, 75-D e 75-E, dispondo de algumas regras para o teletrabalho, sempre imputando responsabilidades ao empregado, que deveriam ser do empregador, como por exemplo, a aquisição e manutenção dos equipamentos necessários para a realização do trabalho, transferindo para o trabalhador, portanto, os ônus do empreendimento.

E por último, no *caput*, do art. 611-A, do substitutivo, houve alteração para dizer que a convenção e o acordo coletivo têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

---

242 LIMA, op.cit.

243 Idem, p.47.

Não é adequado permitir-se que o teletrabalho seja objeto de livre negociação entre patrões e empregados. O instituto já faz parte do nosso Direito, estando previsto na CLT, que estabelece que deve haver controle da jornada de trabalho a distância.

Portanto, mister se perfaz a necessidade de uma regulamentação mais detalhada do teletrabalho, identificando como será medida a produtividade, controle de jornada, remuneração, e demais direitos fundamentais do trabalhador, que permitam ao empregado o pleno gozo de um trabalho equilibrado e com limites definidos a fim de evitar abusos por parte do empregador.

## **Aspectos Positivos e Negativos do Teletrabalho**

O teletrabalho traz algumas desvantagens sobre o aspecto da hipossuficiência do trabalhador e sua maior vulnerabilidade, como a formação de um quadro mais informal, que enseja a insegurança jurídica; o controle irregular do tempo de trabalho; o teletrabalhador pode tornar-se um empregado em tempo integral; necessidade de um conjunto jurídico adaptado para maior segurança jurídica.<sup>244</sup>

Outro aspecto negativo dessa modalidade de trabalho seria o risco de isolamento social por parte do trabalhador, haja vista a falta de interação pessoal com outros colegas de trabalho, o que pode agravar com os entraves na ascensão profissional. Salienta-se, ainda, que a ausência de uma jornada preestabelecida pode ensejar uma falta de controle por parte do trabalhador, das horas dedicadas “à prestação de serviços, podendo ultrapassar em demasia os limites legais que asseguram o equilíbrio da saúde mental e física dos trabalhadores”.

O teletrabalhador deverá administrar bem seu tempo, delimitando início e término de sua jornada, e sua produtividade de acordo com os demais trabalhadores da empresa, sobretudo, em caso de empresas multinacionais, que possuem teletrabalhadores no mundo todo, devendo planejar-se pelos moldes na jornada pelo pico de produtividade da empresa, de acordo com o fuso horário predominante, a fim de cumprir efetivamente seu mister.

Entretanto, traz vantagens, também, para o trabalhador, pela economia de tempo na produção em relação ao tempo despendido na empresa para o mesmo resultado. Outrossim, se liberta do estresse de congestionamentos e do tempo gasto no caminho itinerário, ademais, economiza nos gastos com transporte, alimentação e vestuário.

---

244 Idem.

Além da economia com os gastos de transporte, o empregado não se expõe aos riscos do transporte no caminho itinerário, seja por transporte público, seja por veículo próprio, como colisões, furtos, e o cansaço e estresse que o trânsito ou muito tempo em um transporte coletivo podem acarretar.

Sem dúvidas, esse estresse afeta a produtividade do trabalhador, prejudicando-o no trabalho e reduzindo o lucro do empregador, sendo mais vantajoso manter-se o trabalho no domicílio do empregado.

Outro aspecto positivo ao teletrabalhador é a flexibilidade de horário, podendo estabelecer sua jornada conforme seu biorritmo, além de maior tempo para o exercício do direito fundamental ao lazer e de descanso em casa com seus familiares, o que melhora substancialmente a qualidade de vida do indivíduo, da família e de toda sociedade.

O trabalhador que labora fora do ambiente de trabalho, geralmente, é mais produtivo, exerce suas atribuições, com maior motivação, por não estar no mesmo ambiente que seus superiores hierárquicos, pontuando como uma vantagem para a empresa.

Para o empregador, as vantagens são diversas, como a economia com estrutura física, energia elétrica, gastos com transportes, alimentação, manutenção do espaço geográfico de trabalho, entre outros.

Existem duas forças que estimulam o teletrabalho: o alto custo de admitir e demitir, assim como os enormes tributos que incidem sobre o trabalho permanente, e o alto custo do pessoal auxiliar envolvido com o trabalho fixo e o próprio espaço físico.<sup>245</sup>

## Considerações Finais

A sociedade contemporânea vinha sofrendo com o arcaísmo de diversas normas da seara trabalhista que não mais se encaixavam na evolução realista do cenário envolvendo MERCADO *versus* TRABALHO.

A globalização e o avanço da tecnologia impulsionam uma adequação das relações de trabalho às expectativas econômicas e empresariais, a fim de manterem as empresas competitivas e saudáveis financeiramente, propiciando novos paradigmas na peculiar relação laboral, surgindo o teletrabalho, na ânsia de atenuar o

---

245 PASTORE, José. Lar, doce escritório. *Jornal da Tarde*, 01/07/2008. Disponível em: [http://www.josepastore.com.br/artigos/ac/ac\\_031.htm](http://www.josepastore.com.br/artigos/ac/ac_031.htm). Acesso em: 28/06/2019.

protecionismo outrora exacerbado, delegando mais autonomia ao trabalhador sem, contudo, desconfigurar o elemento da subordinação jurídica ou hierárquica.

Entretanto, insta atentar-se para os riscos da atenuação do protecionismo, vez que o trabalhador, mesmo na posição de alto grau hierárquico, segue com o critério da dependência ao trabalho, pois é através deste mister que advém sua subsistência.

Dessa forma, muito embora o presente artigo tenha destacado timidamente os aspectos positivos, benefícios, e negativos, malefícios desta modalidade de prestação de serviços, os limites da proteção ao trabalhador não devem divorciar-se dos olhos atentos dos operadores do direito, evitando-se que, sob o manto disfarçado de delegar mais autonomia ao teletrabalhador, o empregador seja estimulado a explorar essa mão de obra, sem limites, mormente, em decorrência da abundante força de trabalho disponibilizada na sociedade.

Atualmente, o universo trabalhista encontra-se em adaptação às novas regras, cabendo ao judiciário limitar e interpretar determinadas normas, colocadas em debate, no tocante à necessidade de regulamentação mais específica, ou mesmo, violação de princípios basilares, inadmitindo-se que a modalidade do teletrabalho viole direitos fundamentais conquistados mediante muito sacrifício, devendo, em qualquer caso, prevalecer a hermenêutica sob o manto dos princípios laborais.

Assim, espera-se que haja uma regulamentação mais específica, não delegando tudo para livre negociação das partes, já que o teletrabalhador continua sendo o hipossuficiente, o qual depende do trabalho para garantir sua subsistência, o que pode propiciar a abdicação, ainda que parcial, de alguns direitos a fim de garantir o posto de trabalho oferecido.

Portanto, o respeito e atenta observação dos princípios basilares se fazem imprescindíveis para garantirem certa isonomia das partes, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

## Referências

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. LTr, 2015.

FERNANDEZ, Antonio Barrero. **Teletrabalho**. Lisboa: Editorial Estampa, 1999.

GOULART, Joselma Oliveira. **Teletrabalho: alternativa de trabalho flexível**. Brasília: SENAC, 2009.

GRECO, Paulo Augusto. **Questões Jurídicas envolvendo o teletrabalho**. São Paulo: Gazeta Mercantil, 2011.

LIMA, Francisco Meton Marques de e outro. **Reforma Trabalhista – Entenda Ponto por Ponto**. São Paulo: Ed. LTr, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Teletrabalho**. Repertório IOB de Jurisprudência. São Paulo n. 18/2001. Caderno 2, p.354, 2001.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros. Organização e satisfação no contexto do teletrabalho. **ERA – Revista de Administração de Empresas**. V. 42, n. 3, p. 64, jul/set. 2002.

PASTORE, José. **Lar, doce escritório**. Jornal da Tarde, 01/07/2008. Disponível em: [http://www.josepastore.com.br/artigos/ac/ac\\_031.htm](http://www.josepastore.com.br/artigos/ac/ac_031.htm). Acesso em: 28/06/2019.

# BULLYING DIGITAL: A ADAPTAÇÃO DE UMA VIOLÊNCIA AO MUNDO CONTEMPORÂNEO

---

Renan de Alencar Luciano<sup>246</sup>

## Introdução

**A**s relações sociais são formadas desde nossa terna infância quando começamos a interagir com nossa família, no entanto é a partir do início ao convívio escolar que o desenvolvimento social é feito de forma mais acelerada auxiliando, assim, a formação da personalidade social do indivíduo, é na escola que aprendemos a interagir com pessoas que não são familiares, no entanto assim como a escola pode ser um acelerador na formação de um cidadão integrado, caso não seja feita de forma correta e controlada essa formação social, pode causar sérios danos à formação da personalidade social do indivíduo, gerando no mesmo traumas que poderão causar problemas durante toda a sua vida.

Um dos problemas mais comuns enfrentados pelos alunos é o bullying, mas o que é o bullying? A palavra não tem uma tradução exata para o português, mas é utilizada em relação a uma forma de causar sofrimento físico, emocional ou psicológico em alguém, de forma repetitiva, executado por pessoa ou grupo de pessoas e a vítima não possui meios para se defender de tais agressões.

O medo da exclusão social e de retaliações, além do entendimento que aquele ato é apenas “brincadeira”, faz com que o bullying não seja denunciado e enfrentado de maneira correta tanto pela escola como pelos pais dos alunos.

Em diversas partes do mundo, a prática de bullying passou a ter notoriedade como um problema nos últimos 20 anos, pois eventos de alunos cometendo crimes por não suportarem mais sofrer as agressões veladas nas escolas fizeram com que se tivesse o início de uma nova forma de pensar a tolerância em relação a tais atos, o que era considerado apenas uma “brincadeira” passa a ser tratado como conduta indesejada a qual deve ser rechaçada e, em muitos casos, inclusive criminalizada.

---

246 Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade Paraíso do Ceará – FAPCE. Pós-Graduando em Direito Penal e Criminologia pela URCA. Pós-Graduando em Direito Constitucional pela URCA, Bacharelado em Engenharia Ambiental pelo IFCE.

Além disso, com o advento das tecnologias e da popularização dos meios cibernéticos, o bullying passou a existir nos meios virtuais tornando-se assim o cyberbullying que possui uma abrangência territorial e pessoal bem maior que o bullying do mundo físico e causando danos de iguais ou até mesmo de maiores proporções às vítimas.

Portanto é de grande importância que as instituições em conjunto com as famílias tratem o bullying e o cyberbullying com a devida proporção que o problema demonstra, por meio de programas antibullying assim como a família conversar e ensinar aos filhos como se defenderem do bullying e por que não devem praticar com colegas e amigos, assim como a implementação da educação digital com o intuito de evitar a serem vítimas ou autores de cyberbullying e de outros crimes cibernéticos.

## **A Personalidade Social**

O homem é um ser que vive em sociedade desde os primórdios; no entanto, com o avanço das tecnologias e da própria humanidade em relação a conhecimento e número populacional, as sociedades passaram a ser cada vez mais complexas. Com isso, as sociedades desenvolveram mecanismos de controle social com o intuito de gerar parâmetros de regras para que o povo daquela sociedade não entre em atrito uns com os outros chegando ao ponto de a sociedade romper e deixar de existir.

Norberto Bobbio traz a divisão desses mecanismos de controle em dois grupos: os mecanismos de controle externos, que são aqueles que o Estado é titular e, normalmente, o seu descumprimento gera sanção, é o caso da Lei e da norma, já os mecanismos de controle internos são os mecanismos de controle que são impermeados pela própria sociedade, é o caso da família, escola, moral, religião, entre outros. Estes, por sua vez, apesar de não terem uma sanção legal diretamente, mas o seu descumprimento pode gerar alguma forma de punição moral e recriminação da sua conduta com aquela sociedade.<sup>247</sup>

Alguns dos primeiros mecanismos de controle social que o indivíduo tem contato são: a família e a escola, ambos são inseridos no convívio da criança desde a terna infância e possuem grande impacto na formação da personalidade psicológica e social do cidadão.<sup>248</sup>

---

247 BOBBIO, N. **Política e Cultura**. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2015.

248 MELLO, Luiz Gonzaga de. **ANTROPOLOGIA CULTURAL: INICIAÇÃO, TEORIA E TEMAS**. 17. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

A escola, em especial, merece destaque, pois é lá que além das pessoas receberem os primeiros conteúdos técnicos (como aprender a ler, escrever, calcular, entre outros) que dão maior capacidade de comunicação e absorção de conhecimento, também é na escola que o indivíduo passa a ter maior senso crítico em que ele é (ou deve ser) incentivado a racionalizar por conta própria e ganhando assim moldes em sua personalidade individual, outro fator que também é de suma importância é que, na escola, a criança passa a ter maior contato com pessoas que não são seus familiares, todos esses fatores têm forte influência, fazendo com que o desenvolvimento da personalidade social seja, em grande parte das vezes, moldada pelas experiências que se têm no ambiente escolar.<sup>249</sup>

Com base nesse fato e na relevância percebida nas experiências que o jovem tem em relação à escola é de suma importância que esses contatos sejam os mais benéficos possíveis, demonstrando que o bullying deve ser visto de forma crítica e preocupante, pois pode causar um efeito de medo e desespero na vítima e traumas que podem acompanhá-la para vida toda.

Como foi elencado anteriormente como a escola é um importante meio para a formação social, deve ser de interesse de todos que as condutas danosas à formação dos estudantes sejam combatidas tanto interna como externamente de forma eficiente e rápida com o intuito de minimizar ou até mesmo eliminar tais possíveis danos à formação social dos estudantes.

## **O Bullying como Problema Social**

O bullying, como se percebe, é um fenômeno de grande complexidade e pode ser visto de diversas formas, não existe uma explicação única para a ocorrência desse fenômeno, ele pode ocorrer devido à desigualdade social, financeira, diferença estética ou até mesmo de diferença de ideia e capacidade cognitiva entre agressor e vítima.<sup>250</sup> O fato é que se trata de conduta que causa grande sofrimento físico, emocional ou psicológico em alguém, reiteradamente, sendo que a vítima não possui meios para se defender de tais agressões.<sup>251</sup>

As escolas não possuem um padrão homogêneo de aluno, até porque é uma situação praticamente impossível de ocorrer, pois cada pessoa tem sua individualidade de

---

249 Idem.

250 Idem.

251 MALDONADO, M. T. **BULLYING E CYBERBULLYING: O QUE FAZEMOS COM O QUE FAZEM CONOSCO**. São Paulo: Moderna, 2011.

acordo com sua situação social, financeira, psicológica e familiar, fazendo com que a escola seja um ponto de encontro e interação entre essas diversas formas de viver, o bullying é o fenômeno negativo dessa interação, em que preconceitos e discriminações são postos em prática com a relação entre autor e vítima. Como já foi falado anteriormente, não existe apenas um motivo que cause a situação de agressão, mas um fator que todo tipo de bullying possui em comum é o sofrimento causado pelo agressor à vítima.<sup>252</sup>

No passado, práticas hoje tidas como bullying eram ignoradas tanto pela escola como pelos pais dos alunos, pois acreditavam que eram apenas “brincadeira de criança” e normalmente se minimizavam o terror e o sofrimento que a vítima sofria, e esta, por outro lado, tinha dificuldade em procurar ajuda, pois tinha medo de ser ainda mais discriminada e excluída do ciclo social a que pertencia.

No entanto, diversos eventos em que ocorreu violência extrema, em alguns ambientes, decorrente do bullying, como invasões de estudantes ou ex-estudantes em escolas com o intuito de fazerem chacinas, situação essa que normalmente, ao final dos homicídios, o atirador cometia suicídio, assim como outros caos em que houve suicídio direto de jovens estudantes por motivo de terror psicológico, causado pelas constantes agressões, fizeram o bullying passar a ser discutido de forma mais severa pelos Estados e a sociedade.

A situação do bullying não é o exclusivo motivo de tais crimes ocorrerem, e muito menos os justifica, mas é possível perceber relevante influência entre os atiradores, posto que normalmente atacam os colégios onde estudaram, e durante a sua estadia lá sofriram, de forma corriqueira, as agressões pelos colegas, sejam elas físicas, psicológicas ou sociais.

Com esses fatos, o problema deixa de ser apenas uma situação que a escola tem que resolver, passando, de forma correta, a solidariedade de responsabilidade para o Estado e a sociedade, pois o bullying tradicional, apesar de ocorrer com maior frequência dentro da escola, não se origina do nada, a visão de preconceito e discriminação do autor vem de grande parte de sua educação familiar.

Com tamanha proporção e importância do assunto, todas as áreas do conhecimento passam a discutir tal problema, a psiquiatra Ana Beatriz Barbosa Silva, em sua obra “Bullying: mentes perigosas nas escolas” (2010), traz que esse é um problema de saúde pública devendo todos os profissionais do ramo colocar tal situação em pauta.<sup>253</sup>

---

252 LIMA JUNIOR, José Cesar Naves de. **MANUAL DE CRIMINOLOGIA**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

253 SILVA, A. B. B. **Bullying: MENTES PERIGOSAS NAS ESCOLAS**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

## Os Personagens do Bullying

Os personagens do bullying são diversos, mas existem alguns que não se pode deixar de elencar, pois seus papéis são fundamentais tanto para a existência da prática, como para o desenvolvimento de um programa antibullying no ambiente, eles são: o autor, a vítima e a plateia, para Maldonado, esses são os principais agentes que possuem influência direta na prática da violência na maioria dos casos.<sup>254</sup>

### O Autor

O autor do bullying, também conhecido como bullier, é o agente que agride, de forma direta, a vítima, seja por meio de violência física, moral, psicológica ou de qualquer outro meio que a mesma não possua recursos para revidar e defender-se do abuso, normalmente os autores buscam pessoas que possuem uma certa propensão à submissão, pois assim eles têm maior facilidade de dominá-las e assim infringirem a violência com mais tranquilidade, também possuindo maior chance de saírem impunes, visto que a vítima tem dificuldade de pedir ajuda.

Vale ressaltar que diversos autores renomados, como Maria Tereza Maldonado, defendem a tese que o bullying é uma situação muito complexa e seus agentes não podem ser interpretados apenas com a dicotomia de bem e mal, pois apesar de o autor ser a pessoa que agride a vítima (e isso não deve ser entendido como normal), existem diversos fatores que levam uma pessoa a praticar tal ato com outra.<sup>255</sup>

Para um indivíduo praticar atos de violência contra outros como é o caso do bullier (nome dado à pessoa que pratica bullying), é de se esperar que de alguma forma os laços sociais dele não foram bem construídos, assim como o seu senso de empatia com o próximo foi de alguma forma amortecido.

São diversos os fatores que podem levar a tal estado, desde uma disfunção e desestruturação familiar, em que a criança convive com cenas de violência de forma corriqueira, como é o caso de casas que ocorrem violência doméstica entre os pais, ou pior, quando a própria criança é a vítima da violência e, por isso, ela entende de forma errônea que deve resolver os problemas ou conflitos de forma que subjogue os colegas, seja por meio da utilização de força bruta ou por humilhações sociais ou psicológicas.

---

254 MALDONADO, M. T. **Bullying e Cyberbullying**: o que fazemos com o que fazem conosco. *ibidem*.

255 *Idem*.

Segundo Maria Tereza Maldonado, também existe o autor que foi ou é vítima de bullying, esse tipo de situação ocorre quando a pessoa que pratica, já sofreu ou ainda sofre em outro contexto tal violência. É o caso de um irmão mais novo que sofre bullying de seu irmão mais velho e, na escola, pratica o ato com algum colega mais frágil, a autora afirma que isso é uma forma de autodefesa em que o personagem acredita que a melhor forma de se defender é o ataque e a demonstração de força, pois os outros o temeriam, e não correria o risco de sofrer as agressões de algum dos seus colegas.<sup>256</sup>

É fato que não se pode descartar a possibilidade de que o próprio temperamento do autor seja o de não possuir ou ter amortecido o sentimento de empatia sem ser por influência de nenhum fator externo, apesar de serem raros esses casos, existem aquelas pessoas que sentem prazer em ver o sofrimento e desespero de suas vítimas o que lhes dá uma sensação de poder e superioridade. Esse tipo de agressor deve ser analisado para que providências sejam tomadas com o intuito de evitar que esse indivíduo cause danos a terceiros, assim como se possível desenvolver um trabalho psicológico com o intuito de ajudá-lo a amadurecer esse requisito tão importante que é a capacidade de sentir empatia para a vida em sociedade.

Para se identificar esse sujeito é importante observar algumas características que normalmente ele tem, como entrar em discussões com outros alunos e professores, apossar-se de pertences que não são seus, demonstrar hostilidade e arrogância em relação a colegas, irmãos, empregados com o intuito de dominá-los e impor sua vontade. Em momentos de conflito, é bom em convencer a plateia ao redor a ficar ao seu lado e não ser punido pelos seus atos.<sup>257</sup>

## A Vítima

Dos personagens que compõem o bullying, a vítima é uma figura essencial, pois sem vítima não se pode falar de bullying. Para a vítima, a violência a atinge de forma imediata; no entanto, os efeitos, dependendo da forma de violência seja ela física, psicológica ou social, acarretam em diversas consequências, como insegurança, alto boicote, baixa autoestima, entre outros. Esse tipo de problema pode ser passageiro ou permanente dependendo da situação psicológica da vítima, em casos extremos pode levar a pessoa a desenvolver síndrome do pânico e depressão.<sup>258</sup>

---

256 Idem.

257 LIMA JUNIOR, José Cesar Naves de. **Manual de Criminologia**. Ibidem.

258 MALDONADO, M. T. **Bullying e Cyberbullying: o que fazemos com o que fazem conosco**. Ibidem.

De forma geral, as vítimas normalmente são pessoas que fogem dos padrões daquele ambiente social, essa fuga pode ser de caráter estético (Exemplo: acima do peso, muito abaixo do peso, alguma deformidade física, ou alguma característica que desperte a atenção de forma negativa), de caráter social (Exemplo: pessoa retraída, muito introvertida e de difícil comunicação), assim como de caráter psicológico ou de aprendizado (exemplo: portadores de autismo, pessoas imperativas, com déficit de atenção, dislexia), podem ter orientação sexual diferente (homossexual, bissexual, transexual...), são alguns dos alvos preferidos dos bulliers, normalmente a vítima possui mais de um desses requisitos, principalmente os sociais, o isolamento e a falta de condições de defesa da vítima dão ao autor a sensação de poder e a segurança de que não será denunciado.<sup>259</sup>

Apesar de boa parte das vítimas se enquadrarem nas características acima elencadas, existem aquelas que são perseguidas exatamente por possuírem qualidades únicas que as destacam dos colegas, como uma pessoa muito bela ou de intelecto acima da média, tais pessoas podem sofrer o bullying por motivo de o agressor ter inveja de suas qualidades, é comum ver valentões apelidarem os alunos muito estudiosos de forma pejorativa de CDF entre outros casos.

Segundo Maria Tereza, também existe um tipo de vítima que tem uma peculiaridade, ela inconscientemente desenvolve métodos para si que ela mesma seja alvo da violência:<sup>260</sup>

Há pessoas que inconscientemente desenvolvem um caminho complexo que resulta em vitimização: parece que se oferece como alvo. Detectando pontos sensíveis que detonam a raiva do colega, acabam estimulando a agressão para logo em seguida se queixarem.<sup>261</sup>

Tem que ressaltar que a autora não está tirando a culpa do agressor, no entanto esse tipo de vitimologia é diferente, pois, no geral, a vítima tenta não chamar atenção para ela, nesse caso a vítima desenvolve mecanismos que atraem a atenção do agressor para ela, a autora cita o caso de pessoas imperativas, e de pessoas que se intrometem na conversa dos outros.

É de fundamental importância a identificação das ações dos protagonistas em caso de bullying, para que, ao entender o porquê daquela situação ter acontecido, seja possível desenvolver uma política institucional e eficiente de antibullying, assim

---

259 LIMA JUNIOR, José Cesar Naves de. **Manual de Criminologia**. Ibidem.

260 MALDONADO, M. T. **Bullying e Cyberbullying: o que fazemos com o que fazem conosco**. Ibidem.

261 Idem – Op. Cit. p.20.

como a vítima pode ver o que faz dela uma presa fácil e pode desenvolver mecanismos de autodefesa, para que tais situações não voltem a ocorrer.

## Os Espectadores

Esse elemento nem sempre está presente na ocorrência da violência, apesar de ser bastante comum a agressão ocorrer em público para potencializar a humilhação da vítima e dar status de valentão ao agressor. Os espectadores são de grande importância na relação da perpetuação do bullying, Maldonado divide os espectadores em três grupos, a plateia silenciosa, a plateia participativa e a plateia Protetora.<sup>262</sup>

A plateia silenciosa é aquela que não se manifesta ao ver o sofrimento do colega, esse tipo de pessoa talvez tenha o seu sentimento de empatia amortecido em grande parte das vezes por já estar acostumado a ver situações de violência no seu dia a dia.

No entanto, também pode acontecer de o integrante da plateia se achar impotente e com receio de ser vítima do autor caso interfira, esse sentimento é potencializado quando pessoas que deveriam coibir a violência (como professores e coordenadores) nada fazem, nesse caso desenvolve uma sensação de insegurança e impunidade, fazendo com que a plateia assista, de forma silenciosa, ao suplício sofrido pelo colega sem coragem de reagir ou socorrê-lo.<sup>263</sup>

A plateia participativa é o tipo mais cruel de plateia, pois, em geral, aumenta o poder de intimidação do agressor ao mesmo tempo que também aumenta a vulnerabilidade da vítima, potencializando a sua humilhação, não é difícil imaginar que, em uma discursão, quando um grupo apoia o agressor, a vítima fica intimidada e não tende a reagir.

Vale destacar que a plateia não agride diretamente a vítima, porque, nesse caso, todos seriam autores, mas ela ri da situação e caçoa de sua vulnerabilidade. O pessoal que faz parte dela não tem a coragem de ser o autor, mas acha divertido o que ele faz em relação à vítima, incentivando o agressor, às vezes, a ir além do que tinha planejado.

Já a plateia defensora é a aquela que não aceita o bullying, que defende o colega e desencoraja o agressor, esse tipo de plateia ajuda, de forma direta, na diminuição ou extinção do bullying, pois o ato de demonstrar uma repreensão social em relação ao agressor pode gerar dois efeitos: o primeiro é a repreensão e, por isso, o

---

262 Idem.

263 Idem.

enfraquecimento do agressor, o segundo é fortalecimento e coragem que a vítima cria quando a plateia a defende e a incentiva a reagir, fazendo com que a vítima não se sinta tão indefesa e desprotegida como é o que ocorre nos outros dois casos de plateia acima já mencionados.

É de grande importância ser identificado o tipo de plateia, porque assim as instituições podem gerar uma política de antibullying incentivando e ensinando que o correto é que se o bullying não ocorre diretamente com você, mas com seu colega, tentar ajudá-lo, como de forma alguma ser parte de uma plateia participativa, os programas antibullying devem desenvolver em relação à plateia a convicção e empatia para que todos passem a ser uma plateia protetora.

## Cyberbullying

A tecnologia vem mudando, de forma rápida, todas as formas de relações, seja no mundo profissional, educacional ou no próprio viés pessoal, as pessoas passaram a ter grande capacidade e velocidade de troca de informações jamais vistas antes do advento da era tecnológica assim como antes da própria difusão da internet, o computador, smartphone e tablet passaram de acessórios de luxo para acessórios de necessidades básicas seja no mundo educacional ou profissional.<sup>264</sup>

Tais fatos podem ser comprovados quando entramos em uma sala de aula e o material não é mais entregue impresso para o aluno, mas disponível em um ambiente virtual situado no site da instituição de ensino, a comunicação de recados e informações por meio de e-mails ou mensagens de WhatsApp entre professor e alunos ajudam na velocidade e simplificam a difusão da informação necessária, diversos livros e pesquisas não são mais publicados de forma impressa, mas apenas de forma virtual disponível na internet entre outras coisas.

No entanto, não é apenas com finalidades positivas que a tecnologia é utilizada, assim como no mundo físico, o mundo digital possui diversas pessoas que procuram maneiras de causar danos a outras, esses danos podem ser causados no intuito de obter de modo ilícito alguma vantagem (como é o caso extorsão utilizando o sequestro de dados como forma de chantagem) ou é possível que seja utilizada a rede como ferramenta para a degradação da imagem de alguém, é de forma perceptível a existência de bullying que utiliza internet como ferramenta para causar a violência, esse modo de praticar o bullying foi denominado como cyberbullying.<sup>265</sup>

---

264 LIMA JUNIOR, José Cesar Naves de. **Manual de Criminologia**. Ibidem.

265 CASSANTI, Moisés de Oliveira. **Crimes Virtuais, Vítimas Reais**. Rio de Janeiro: Brasport, 2014.

Assim como já foi dito acima, cyberbullying é a forma de violência feita de maneira reiterada em que a vítima não possui meios ou não consegue revidar, e o autor utiliza-se do meio digital para praticar tal violência. Para Maria Tereza Maldonado, o cyberbullying pode ser definido como a prática da Crueldade Online.<sup>266</sup>

Contudo o cyberbullying tem suas especificidades que diferem do bullying como: o aparente anonimato do autor, a vastidão da plateia, a velocidade da divulgação da informação e a difícil contenção de tais violências, a não necessidade de superioridade física.

O aparente anonimato do autor é um problema que surgiu, de forma mais visível, com o advento da tecnologia, pois diferente dos casos de bullying no mundo físico, onde a vítima normalmente conhece o autor e sabe que foi ele que o agrediu; no mundo virtual, os autores mascaram-se em perfis *fakes* (falsos) com o intuito de vilipendiar a imagem das vítimas de modo aparentemente anônimo, fazendo com que a vítima tenha maior dificuldade de encontrar seu algoz. Vale ressaltar que em grande maioria dos casos é possível encontrar o autor das ofensas, no entanto é necessário o auxílio de pessoas que tenham bom conhecimento técnico na área, o que comumente gera despesas para a vítima o que faz com que poucas procurem esse tipo de serviço, fazendo assim com que se crie o mito que a internet é uma “terra sem Lei”.<sup>267</sup>

A tecnologia gera uma rapidez na disseminação de informações de forma nunca vista antes, ocorre que o bullying virtual utiliza dessa característica para causar maior sofrimento a sua vítima. Quando a ofensa ocorre, de forma não tecnológica, o grupo que a vítima alcança é bem menor e a ofensa mais lenta do que a que acontece por meios digitais, visto que, com alguns poucos cliques, você consegue divulgar uma informação para milhares de pessoas.

Intimamente ligado à questão da velocidade de divulgação, o problema da contenção de certas publicações é extremamente difícil, pois com o grande número de redes sociais existentes e a facilidade de dar curtidas compartilhadas, assim como tirar *prints*, é praticamente impossível efetuar a remoção de um conteúdo total, uma vez que publicado na rede mundial de computadores.

Outro ponto que difere o bullying do cyberbullying é que na maioria dos atos de bullying praticados, no mundo físico, o agressor normalmente tem superioridade física em relação ao agredido, no cyberbullying não tem necessidade desse requisito,

---

266 MALDONADO, Maria Tereza. **A Face Oculta: uma história de bullying e cyberbullying**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.61.

267 CASSANTI, Moisés de Oliveira. **Crimes Virtuais, Vítimas Reais**. Ibidem.

já que como a agressão é feita por meios tecnológicos, mesmo alguém que não possua qualquer vantagem física pode ser agressor, assim como a vítima pode ter porte físico maior que o agressor. Isso acontece no cyberbullying pelo fato de não ter a necessidade do agressor e a vítima encontrarem-se cara a cara, pois o anonimato e meios remotos são as formas mais utilizadas para cometer esses tipos de agressões.

Formas de cyberbullying que são extremamente danosas para a vítima, especialmente a de sexo feminino, são as que ocorrem por divulgação de fotos e vídeos íntimos, normalmente a vítima tem uma relação de confiança com alguém que faz com que ela deixe ser filmada ou fotografada pelo parceiro; no entanto, quando a relação acaba, o parceiro com o intuito de humilhar a outra pessoa divulga as fotos ou vídeos íntimos por meio da internet.<sup>268</sup>

Como uma grande parcela da sociedade brasileira ainda tem uma característica muito machista, esse tipo de cyberbullying normalmente é praticado contra mulheres por sua repercussão ser mais danosa à sua imagem do que se fosse com um homem, causando assim maior sofrimento.<sup>269</sup>

## O Bullying e Cyberbullying em Relação à Legislação Penal

Em relação à legislação penal, não há, no ordenamento jurídico atual, uma tipificação única para tal ato; no entanto, diversos modos das agressões feitas pelos bullies possuem tipificações na legislação penal brasileira, como é o caso de xingamentos e espalhar mentiras sobre a vítima, ato que normalmente é enquadrado no tópico dos crimes contra a honra (calúnia, injúria, difamação), encontrados no capítulo V do Código Penal. Nos casos de agressões físicas, é possível a tipificação no capítulo II do Código Penal que se refere às lesões corporais.<sup>270</sup>

Nos casos de cyberbullying assim como no bullying tradicional, não se possui uma tipificação direta para tal ato, mas da mesma forma existem tipificações de atos que normalmente o bullying virtual comete para atacar sua vítima como a divulgação de fotos íntimas ou montagens de forma vexatória; no primeiro caso, o autor vai incorrer no crime do artigo 218-C do código penal o qual foi incluso, há pouco tempo, pela lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. A qual tipifica o crime

---

268 Idem.

269 Idem.

270 BRASIL. Decreto- Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ, v. 45. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 25 jul. 2019.

de divulgação de fotos e vídeos íntimos sem consentimento assim como imagens e vídeos de estupro.<sup>271</sup>

**Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:**

**Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave (Grifos nossos).**

Vale destacar que no caso de crimes contra a honra executados por meio da internet, o código penal brasileiro traz em seu artigo 141 que as penas de calúnia, difamação e injúria serão aumentadas caso sejam utilizados meios que facilitem a sua divulgação conforme vejamos:<sup>272</sup>

Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

I – (...);

II (...);

III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.

IV – (...).

## Casos

A seguir, veremos alguns casos concretos que demonstram o perigo que o bullying gera, assim como é de forma corriqueira aqui, no Brasil, a existência de tragédias que têm como base de sua causa o bullying e o cyberbullying.

Em Porto Alegre, no ano de 2010, uma briga que teve por motivo o bullying foi responsável pelo homicídio de um garoto de 15 anos. Quem cometeu o crime foi outro garoto de 14 anos o qual se entregou para a polícia e afirmou que o motivo de ter cometido o crime foi porque a vítima reagiu a uma provocação de bullying, batendo em um amigo dele que, segundo o autor do crime, era menor que a vítima.

---

271 Idem.

272 Idem.

O autor executou a vítima com disparos de arma de fogo quando esse estava descendo do ônibus escolar.<sup>273</sup>

No ano de 2011, na cidade de Corrente, no estado do Piauí (PI), ocorreu um caso de homicídio em que um garoto de 14 anos assassinou um colega a facadas, o autor do crime disse à polícia que os colegas praticaram bullying, que sofria agressões diárias no colégio e, no próprio dia do evento, foi hostilizado no pátio da escola e partiu em direção à vítima e desferiu dois golpes de faca, um golpe na região da virilha e o outro no pescoço, que atingiu a jugular, fazendo com que a vítima morresse praticamente de imediato. O agressor era menor e mais fraco que a vítima que tinha 15 anos.<sup>274</sup>

Um caso muito lembrado pela repercussão nacional foi o ocorrido no Bairro Realengo, Rio de Janeiro, em 2011, em que um rapaz de 23 anos entrou em uma escola municipal armado com dois revólveres de calibre 38 com equipamento de recarga rápida, o atirador foi um ex-aluno da escola que conseguiu entrar, afirmando que iria realizar palestra, ao fazer os disparos dentro do colégio causou a morte de 11 crianças e deixou mais 13 feridas. O autor dos disparos foi baleado pela polícia e depois cometeu suicídio.<sup>275</sup>

Em 2013, na cidade de Parnaíba, no Piauí, uma jovem de 17 anos teve um vídeo íntimo vazado na internet, em que ela praticava relação sexual com outra moça e um rapaz, após o vazamento do vídeo, teria havido uma grande repercussão na cidade que gerou bullying em relação à garota, a jovem fez diversas postagens em suas redes sociais, e, em algumas delas, demonstrava um grande desespero, até que, em uma postagem, a jovem pede desculpa a sua mãe e se despede. Algumas horas depois, a adolescente foi encontrada enforcada com um fio de chapinha dentro do seu quarto.<sup>276</sup>

---

273 O GLOBO – **Garoto de 15 anos foi assassinado em Porto Alegre por ter reagido a bullying**. 2011. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/garoto-de-15-anos-foi-assassinado-em-porto-alegre-por-ter-reagido-bullying-diz-delegado-3009137>. Acessado em: 21 julho de 2019.

274 FOLHA de São Paulo – **Adolescente vítima de bullying mata colega a facadas no Piauí**. 2011. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2011/04/903464-adolescente-vitima-de-bullying-mata-colega-a-facadas-no-piaui.shtml>. Acessado em: 21 julho de 2019.

275 G1- **Atirador entra em escola em Realengo, mata alunos e se suicida**. 2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/Tragedia-em-Realengo/noticia/2011/04/atirador-entra-em-escola-em-realengo-mata-alunos-e-se-suicida.html>. Acessado em: 22 julho de 2019.

276 G1- **Mãe de jovem achada morta após vídeo íntimo reclama de ‘violação’**. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2013/11/mae-de-jovem-achada-morta-apos-video-intimo-reclama-de-violacao.html>. Acessado em: 25 de julho de 2019.

## Considerações Finais

É perceptível que o bullying não é um fenômeno recente nas sociedades, mas a sua observação por meio de uma visão crítica com o intuito desse fenômeno ser combatido, isso sim é consideravelmente recente, já que não se deve ver tal situação como normal para a formação de uma pessoa. Como pudemos ver acima, são diversos os prejuízos para todos os personagens do fenômeno do bullying, destacando-se, entre eles, a vítima, que pode desenvolver diversos problemas psicológicos e emocionais por decorrência de ter sofrido a violência.

Também foi percebido que, com o avanço da tecnologia, os métodos convencionais de bullying tiveram uma mutação, em que os autores passaram a utilizar a tecnologia para maximizar a humilhação da vítima, expondo-a em uma escala bem maior tanto em número de plateia como em rapidez de divulgação da humilhação, isso pode ocorrer por meio de comentários caluniosos, difamatórios ou injuriosos, os quais podem utilizar as redes sociais para a divulgação em massa, assim como a exposição de fotos, vídeos ou mídia de caráter pejorativo com a imagem da vítima com o intuito de humilhá-la, entre outros meios possíveis.

Vale ressaltar que apesar da legislação brasileira não possuir uma tipificação penal direta para o bullying e o cyberbullying, os diversos atos típicos desses dois tipos de violência têm previsão penal própria e, ainda, o bullier pode e deve ser responsabilizado além do âmbito penal no âmbito civil com o pagamento de indenizações às suas vítimas.

Com relação à sociedade como um todo, devem ser feitas campanhas e desenvolverem-se mecanismos de políticas de antibullying nas diversas instituições que possuem maior propensão à ocorrência dessa prática (escolas, universidades, ambiente de trabalho); além disso, os pais devem ensinar aos filhos o que é bullying e como se defenderem dele, assim como conscientizarem-nos para que não pratiquem o bullying contra outras pessoas. Em paralelo, devem ser implementadas em escolas, empresas e repartições políticas de educação digital com o intuito de coibir o cyberbullying assim como os crimes digitais.

## Referências

ALMEIDA, A. (2008). **O que Sabemos da Violência na Escola e como Podemos Intervir**. In: Fundação Prodignitate (ed.) Seminário nacional contra a violência. Lisboa: Contexto.

ANTUNES, D. C. & ZUIN, A. A. S. (2008). **Do Bullying ao Preconceito: os desafios da barbárie à educação**. *Psicol. Soc.*, (20) 1, 33-41.

BEANE, A. L. **Proteja seu Filho do Bullying**. Rio de Janeiro: Best Seller, 2010.

BOBBIO, N. **Política e Cultura**. São Paulo: Unesp, 2015.

BOBBIO, N. **Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. 10<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2003.

BRASIL. Decreto- Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ, v. 45. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 25 jul. 2019.

CASSANTI, Moisés de Oliveira. **Crimes Virtuais, Vítimas Reais**. Rio de Janeiro: Brasport, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FOLHA de São Paulo – **Adolescente vítima de bullying mata colega a facadas no Piauí**. 2011. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/cotidiano/2011/04/903464-adolescente-vitima-de-bullying-mata-colega-a-facadas-no-piaui.shtml>. Acessado em: 21 julho de 2019.

G1- **Atirador entra em escola em Realengo, mata alunos e se suicida**. 2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/Tragedia-em-Realengo/noticia/2011/04/atirador-entra-em-escola-em-realengo-mata-alunos-e-se-suicida.html>. Acessado em: 22 julho de 2019.

G1- Mãe de jovem achada morta após vídeo íntimo reclama de ‘violação’. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2013/11/mae-de-jovem-achada-morta-apos-video-intimo-reclama-de-violacao.html>. Acessado em: 25 de julho de 2019.

GEETZ, Clifford. **A Interpretação das Culturas**. Rio de Janeiro: Ltc, 1926. Reimpressão - Rio de Janeiro, Ltc, 2015.

LIMA JUNIOR, José Cesar Naves de. **Manual de Criminologia**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

LOPES NETO, A. L.; SAAVEDRA, L. H. **Diga não para o Bullying: Programa de Redução do Comportamento Agressivo entre Estudantes**. Rio de Janeiro: Abrapia, 2003.

MALDONADO, Maria Tereza. **A Face Oculta: uma história de bullying e cyberbullying**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MALDONADO, Maria Tereza. **Bullying e Cyberbullying: o que fazemos com o que fazem conosco**. São Paulo: Moderna, 2011.

MELLO, Luiz Gonzaga de. **Antropologia Cultural: iniciação, teoria e temas**. 17. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

MIDDELTON-MOZ, J.; ZAWADSKI, M. L. **Bullying: estratégias de sobrevivência para crianças e adultos**. Porto Alegre: Artmed, 2007.

O GLOBO – **Garoto de 15 anos foi assassinado em Porto Alegre por ter reagido a bullying**. 2011. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/garoto-de-15-anos-foi-assassinado-em-porto-alegre-por-ter-reagido-bullying-diz-delegado-3009137>. Acessado em: 21 julho de 2019.

SILVA, A. B. B. **Bullying: Mentas Perigosas nas Escolas**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

# LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ESPAÇO VIRTUAL: A QUESTÃO *FAKE NEWS*

---

Felipe Chiarello de Souza Pinto<sup>277</sup>

Arthur Bezerra de Souza Junior<sup>278</sup>

*To the future or to the past, to a time when thought is free, when men are different from one another and do not live alone— to a time when truth exists and what is done cannot be undone: From the age of uniformity, from the age of solitude, from the age of Big Brother, from the age of doublethink — greetings!*

(George Orwell, 1984)

## Introdução

**N**ão é novidade alguma e em nenhum lugar do mundo que as relações humanas estão pautadas e inclusas, e que no futuro esta situação ganhará maiores proporções no ambiente virtual.

A maioria das transações comerciais e relacionamentos interpessoais ocorrem no espaço virtual. Através das mídias sociais, principalmente, as pessoas ganharam um *locus* de transações. Não apenas em relacionamentos, mas principalmente no que tange a questões comportamentais.

Os indivíduos ganharam voz no espaço virtual. Expressar opiniões tornou-se tarefa fácil, não só pelo fato em si da expressão, mas também pelo alcance que estas opiniões atingem em tempos de internet.

---

277 Possui mestrado e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi Diretor da Faculdade de Direito e atualmente é Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Professor Titular da Faculdade de Direito e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Político e Econômico, membro da Academia Mackenzista de Letras, Coordenador Adjunto de Programas Acadêmicos da Área de Direito da CAPES-MEC e Bolsista de Produtividade 2 do CNPq.

278 Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito (Justiça, Empresa e Sustentabilidade) pela Uninove. Especialista em Direito Processual pela Unisul. Professor na Pós Graduação Lato Sensu em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor na Graduação em Direito da Unip, Uninove e Ambra College-EUA. Advogado em São Paulo.

É evidente que a Constituição Federal de 1988, entre tantos direitos fundamentais, garantiu aos cidadãos brasileiros aquele que garante a autodeterminação, a dignidade humana e a democracia, que é a Liberdade de Expressão.

Entende-se por Liberdade de Expressão a possibilidade que todo indivíduo possui de emitir opiniões acerca dos mais variados temas, na busca da verdade, sem que com isso possa sofrer censura.<sup>279</sup>

Assim, em razão desta liberdade, considera-se o espaço virtual um campo aberto para que haja a emissão destas opiniões.

Por outra banda, outro fenômeno se apresenta: a propagação de *fake news*. Têm-se por *fake news* as notícias propositalmente falsas que têm por objetivo propagarem uma situação diversa da realidade.

A questão que se apresenta é a da responsabilização pela propagação de *fake news* no ambiente virtual. Estariam estas “notícias falsas” acobertadas pelo manto do Direito Fundamental da Liberdade de Expressão ou podem ser motivo de responsabilização por parte de seus criadores? O que se pretende debater neste ensaio.

## O Espaço Virtual

O termo “espaço virtual” traz em si mesmo o seu significado real por se tratar de uma nova tecnologia, que não se apresenta como tão nova assim, mas ainda causa curiosidade e necessidade de compreensão de muitos. Ainda que grandemente utilizado, o termo possui difícil conceituação, principalmente no que se refere ao público leigo.

De antemão, interessante afirmar que o trabalho não se destina em buscar um conceito mais profundo do termo “espaço virtual”, somente estudar a liberdade de expressão dentro deste ambiente.

Contudo, o termo tem sido cada vez mais utilizado pela mídia, muito embora interesse aqui o “espaço virtual” especificado mais precisamente pela internet.

Entretanto, a abrangência do termo e do seu significado vai muito além dessa nova realidade (internet), pois envolve toda infraestrutura das redes telemáticas.

Rede telemática é o conjunto das tecnologias de informação e de comunicação que culmina na reunião entre as tecnologias de telecomunicação como satélite, fibra ótica e telefone e de informática como redes, softwares e computadores, permitindo o processamento, a compressão, o armazenamento e a comunicação de grandes

---

279 Cf. MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Ari R. Tank Brito. São Paulo: Hedras, 2010, p.60.

quantidades em curto prazo de tempo, entre usuários localizados em qualquer ponto do planeta.

Segundo Jeff Zagoudis, “telemática é a comunicação à distância de um ou mais conjunto de serviços informáticos fornecidos através de uma rede de telecomunicações”.<sup>280</sup>

Assim, partindo da ideia de redes telemáticas, Pierre Lévy conceitua espaço virtual<sup>281</sup>:

É o novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial dos computadores. O termo especifica não apenas a infraestrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo.<sup>282</sup>

Pode-se, portanto, entender que o espaço virtual é o meio de comunicação que se origina da conexão existente na rede mundial de computadores. As tecnologias digitais são a infraestrutura do espaço virtual e a internet faz parte deste bojo de tecnologias. Ainda Lévy assevera:

As tecnologias digitais surgiram, então, como a infraestrutura do ciberespaço, novo espaço de comunicação, de sociabilidade, de organização e de transação, mas também novo mercado de informação e do conhecimento.<sup>283</sup>

Em se tratando mais especificamente da internet, sendo uma tecnologia digital que se constitui em um ambiente de informação composta basicamente pela Web, mantendo a transação informacional através de sites, chats e e-mails basicamente, é uma das estruturas do espaço virtual, este sendo o ambiente formado pela conexão de computadores em rede mundial.

---

280 ZAGAUDIS, Jeff. *Telematics Puts Managers In The Driver's Seat*. Disponível em: <https://www.construction-equipment.com/telematics-puts-managers-drivers-seat>. Acesso em: 22. Jul. 2019.

281 Importante ressaltar que Pierre Lévy, em sua obra “Cibercultura”, utiliza a nomenclatura “cyber espaço”.

282 LÉVY, Pierre. “Cibercultura”. (Trad. Carlos Irineu da Costa). São Paulo: Editora 34, 2009, p.17.

283 LÉVY, Pierre. *Op. Cit*, p.32.

## Liberdade de Expressão: Um Breve Conceito

A Constituição da República Federativa do Brasil consagra “em seu rol de Direitos Fundamentais um dos pilares para a concretização do Estado Democrático de Direito, que é a Liberdade de Expressão”. O art. 5º, IV, assim prevê: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

Segundo Alexandre Sankiewicz, a Liberdade de Expressão é “gênero que compreende um conjunto de liberdades comunicativas ao serviço das mais diversas finalidades”.<sup>284</sup>

E esse Direito Fundamental está intimamente ligado ao processo de concretização da democracia, que se desdobra na possibilidade do cidadão expressar suas opiniões. Felipe Chiarello de Souza Pinto e José Luis de Almeida Simão assim asseveram sobre sua importância:

Tendo como norte a proteção desses importantes valores sociais, a liberdade de expressão foi positivada de forma bastante ampla no texto constitucional, com menção expressa em diversos dispositivos, tanto no rol de direitos e garantias individuais quanto no capítulo dedicado à comunicação social.<sup>285</sup>

Mas é certo que, no Brasil, a liberdade aqui debatida não é absoluta. Em se tratando de direitos fundamentais constitucionais, há clareza de entendimento de que um preceito constitucional não pode revogar outro, por se encontrar no mesmo patamar hierárquico, devendo, pelo princípio da unidade, serem sopesados em caso de colisão.<sup>286</sup>

Norberto Bobbio, nos casos de colisões, explicou:

Na maioria das situações em que está em causa um direito do homem, ao contrário, ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante. Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não

---

284 SANKIEWICZ, Alexandre. *Liberdade de Expressão e Pluralismo: Perspectivas de Regulação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.16.

285 PINTO, Felipe Chiarello de Souza e SIMÃO, José Luis de Almeida. *As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise crítica da consistência das decisões envolvendo as liberdades comunicativas*. In: **Revista Jurídica da Presidência Brasília** v. 20 n. 122 out. 2018/jan. 2019, p.601.

286 Cf. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E, dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas.<sup>287</sup>

Entretanto, há de se salientar que a Liberdade de Expressão, em caso de ponderação em caso de colisão de Direitos Fundamentais, tem prevalência sobre os outros direitos. Tanto é que, no julgamento da ADPF 130<sup>288</sup> (Lei de Imprensa), o Min. Rel. Ayres Brito foi enfático no seu voto ao declarar que a Liberdade de Expressão tem “posição preferencial” em relação aos outros direitos fundamentais.

Ainda, em turno da ADPF 187<sup>289</sup> (Marcha da Maconha), O Min. Rel. Celso de Mello entendeu que “liberdade de expressão só pode ser proibida quando for dirigida a incitar ou provocar ações ilegais iminentes”.

Nota-se que, segundo a Jurisdição Constitucional brasileira, exercida pelo Supremo Tribunal Federal, a Liberdade de Expressão tem primazia sobre qualquer direito fundamental, mais notadamente quando se fala em direito à honra, imagem ou personalidade. E isso se dá principalmente para que haja a concretização da democracia tão necessária para um debate plural, proporcionando a informação e propagação de ideias.

Entretanto, mesmo encoberta pelo manto da preferência ante outros Direitos Constitucionais, a Liberdade de Expressão não é absoluta, como já visto. Mas, uma cautela deve ser tomada. Assim explica Daniel Sarmento:

Contudo, há que se ter redobrada cautela na admissão de restrições à liberdade de expressão, baseadas num juízo de desvalor sobre o conteúdo das manifestações, pois isto pode conduzir à submissão deste direito às pautas do “politicamente correto”, em detrimento do dinamismo da esfera comunicativa e do direito à manifestação aqueles que tiverem

---

287 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.24.

288 Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 130*, Distrito Federal. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto.

289 Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 187*, Distrito Federal. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello.

ideias impopulares. Por isso, as restrições devem ser preservadas para casos extremos, após uma detida ponderação dos interesses em jogo.<sup>290</sup>

Ainda que exista a cautela em restringir os discursos que extravasem alguns limites, a Liberdade de Expressão não deve ser tolhida por qualquer motivo. Tanto é que a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, IX, proíbe a censura.

E no que tange à questão da censura, é oportuno afirmar que, no Brasil, por construção constitucional, não se admite a censura prévia, ou seja, a deliberação prévia à publicação de qualquer informação ou expressão que enseje a proibição.

Conforme a teoria do *prior restraint doctrine*,<sup>291</sup> não haverá censura prévia, porém, a responsabilização dos atos publicitados.

Assim, ainda que a Liberdade de Expressão possa ser relativizada por outros direitos fundamentais, como a honra, imagem e intimidade, é certo que as manifestações não podem sofrer censura, mas apenas a responsabilização dos seus emitentes, em um momento posterior.

Esta ideia nasceu na Inglaterra e, segundo a Suprema Corte Americana, é dever apenas a responsabilização após a publicação do ato. Neste sentido:

Existe uma distinção honrada pelo tempo entre proibir uma expressão no futuro e penalizar expressão passada. A doutrina da restrição prévia se originou no *common law* da Inglaterra, onde as restrições prévias à imprensa não eram permitidas, mas tão somente a penalização depois da publicação.<sup>292</sup>

No Brasil, conforme prescrição constitucional, a censura é inadmissível. Contudo, há de se notar que a responsabilização daqueles que extrapolam a Liberdade de expressão é evidente. Sarlet e Robl Filho, analisando a jurisprudência do Supremo tribunal Federal, demonstram:

Nesse contexto e de acordo com a precisa e oportuna síntese de Daniel Sarmento, muito embora a posição adotada pelo Ministro Carlos Ayres de Britto no julgamento da ADPF n. 130, quando sustentou que nenhum limite legal poderia ser instituído em relação à liberdade de

---

290 SARMENTO, Daniel. *Comentário ao artigo IV*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p.626.

291 Para melhor entendimento do tema, indicada a leitura da obra “O Formalismo na Liberdade de Expressão” de Fernando M. Toller, publicada pela Editora Saraiva no ano de 2010.

292 REHNQUIST, Justice, lead opinion, United States Supreme Court, *Alexander v. United States*, 509 U.S. 544-553 (1993).

expressão, pois as limitações existentes seriam apenas aquelas já contempladas no texto constitucional, cabendo tão-somente ao Poder Judiciário fazer as ponderações pertinentes em caso de tensões com outros direitos, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no voto condutor que proferiu no Recurso Extraordinário n. 511.961/SP, observou que as restrições à liberdade de expressão em sede legal são admissíveis, desde que visem a promover outros valores e interesses constitucionais também relevantes e respeitem o princípio da proporcionalidade.<sup>293</sup>

Assim, é nítido que, ainda que haja a relativização da Liberdade de expressão no Brasil, os atos publicados só poderão trazer responsabilidade aos autores após a publicitação, não incorrendo assim em atos de censura.

## A Liberdade de Expressão no Marco civil da Internet

É evidente que esta nova realidade, conhecida como espaço virtual, possibilitou que todos os indivíduos deixassem a postura de apenas receptores de informação para produtores de conteúdo.

Desta forma, e sem que haja filtros anteriores, todos possuem a faculdade de expressar seus pensamentos e emitir opiniões sobre os mais variados temas. Entretanto, este portal aberto, denominado internet, permite não só a divulgação de conteúdo pertinente, mas também o mais variado cabedal de informação, e entre este rol estão *fakes news*.

Por outro lado, ainda que relativizada diante de colisão com outros Direitos Fundamentais, é evidente que dentro do espaço virtual, também, primou-se pelo respeito à Liberdade de Expressão.

Também, é pacífico o entendimento de que, ainda que no “cyber espaço”, toda e qualquer informação que possa gerar dano ou ferir outros direitos fundamentais (e até enquadra-se em tipificações penais), poderá ocasionar a devida responsabilização posterior de seu emitente.

O Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), que teve por objetivo precípuo regulamentar o uso da internet por usuários e provedores, normatizou direitos, deveres, princípios e garantias, dentre eles a Liberdade de Expressão.

Assim, para que se evite a prática de censura, principalmente pelos provedores de internet, o a Lei 12.965/2014 garante a sua não responsabilização por conteúdo

---

293 ROBL FILHO, Ilton; SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado democrático de direito e os limites da liberdade de expressão na constituição federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade*. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, jan.-jun. p.112-142.

gerado por terceiros. Assim, permite-se que os provedores não se sintam na necessidade de fiscalizar os conteúdos que hospedam.

Tanto é que Willis Santiago Guerra Filho e Henrique Garbeline Carnio expõem que o Marco Civil da Internet foi criado com base em 3 pilares que são a neutralidade da rede, a privacidade dos usuários e, o que interessa ao presente ensaio, a Liberdade de Expressão.<sup>294</sup>

Mas antes de ingressar neste embate, é de bom tom observar as prescrições da lei que tem por objetivo garantir a Liberdade de Expressão. O artigo 3º, I, da Lei 12.965/2014 prescreve que:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal.

De antemão, nota-se que a Liberdade de Expressão é princípio que máxima a proteção desta garantia no ambiente virtual. Não poderia ser diferente, pois a própria Constituição Federal de 1988 prevê este Direito Fundamental. Mas o que o Marco Civil da Internet objetivou foi a confirmação deste Direito, ainda que diante de uma nova realidade, ou seja, a virtual.

E para a garantia da Liberdade de Expressão na internet, conforme já dito acima, a referida lei criou mecanismos para coibir a censura, principalmente por parte dos provedores, ao desonerá-los da responsabilidade do conteúdo gerado por terceiros.

O artigo 18 da Lei 12.965/2014 assevera que “o provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”.

Além disso, para garantir a Liberdade de Expressão e evitar a censura, ainda, prescreve a Lei em turno de seu artigo 19:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo

---

294 Cf. GUERRA F. Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbelini. *Metodologia Jurídica Político-Constitucional e o Marco Civil da Internet: Contribuição ao Direito Digital*. In: DEL MASSO, Fabiano; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO F. Marco Aurélio. *Marco civil na internet*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

O provedor de internet só será responsabilizado por conteúdo de terceiro caso não respeite ordem judicial no sentido da retirada do conteúdo da rede. Ainda, conforme o artigo 21, também será responsabilizado subsidiariamente o provedor que disponibilizar conteúdo que viole a intimidade de outrem, após o pedido de retirada.

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Destarte, é evidente que o Marco Civil da Internet buscou mecanismos para que os usuários gozem do Direito Fundamental à Liberdade de Expressão. Ainda que possuam as hipóteses subsidiárias de responsabilização, os provedores não se veem pressionados em fiscalizar o conteúdo de terceiros. Assim, evita-se a prática da censura que poderia ser promovida pelos provedores de internet.

Assim, ainda que possam ser posteriormente responsabilizados por seus conteúdos, os usuários de internet estão protegidos pelo manto da Liberdade de Expressão no ambiente virtual.

## ***Fake News* e suas Consequências**

O termo *fake news* definitivamente ganhou as redes sociais ou na imprensa televisiva ou impressa. É o assunto do momento. A força deste “fenômeno” é tamanha que já creditaram a ele vitórias em eleições como nos Estados Unidos e no Brasil.

Com a democratização da comunicação nos dias atuais, especialmente no que se refere ao acesso popular às mídias e redes sociais, todos, sem nenhuma exceção, possuem a faculdade e liberdade de expressar suas opiniões, como visto acima. O manto constitucional da Liberdade de Expressão, previsto na Carta de 1988, em turno de seu artigo 5º, IV, prevê a livre expressão do pensamento, vedando o anonimato.

Desta feita, em se tratando da livre expressão do pensamento, ainda que sofrendo sua relativização diante da ponderação com outros princípios fundamentais

constitucionais, tais quais: o direto à honra, imagem e privacidade, um fenômeno ocorre rotineiramente, que é a propagação de *fake news*.

As *fake news*, diferentemente das notícias que aparentemente se apresentam como mentira, possuem potencial prejuízo à sociedade e à democracia. Não há que se confundir *fake news* com notícias com fundo humorístico e nem aquelas que são acometidas de erro. As notícias jornalísticas que possuem erros não são notícias falsas, e sim notícias com erros de checagem apenas.

O Direito não deve se preocupar com este tipo de notícia, mas sim com aquelas que se aproximam da fraude: na desinformação, o que interessa para o Direito não é a falsidade, que é objeto da ética, mas sim a fraude.

Assim, para o Direito, relevante é a discussão sobre a notícia comprovadamente falsa, mas com conteúdo propositadamente fraudulento com intuito de provocar algum dano. Desta feita, o Direito deve se preocupar com *fake news* que dolosamente ocasionam danos a outrem; sendo assim, possível a devida indenização civil, além de aplicação de mecanismos de retirada do ar deste tipo de notícia.

Diogo Rais afirma que para se identificar uma *fake news* como objeto do Direito, devem-se perceber em seu conteúdo três elementos fundamentais, que são a falsidade, o dolo e o dano. No entender de Rais, “no contexto jurídico, *fake news* é o conteúdo comprovada e propositadamente falso, mas com aparência de verdadeiro, capaz de provocar algum dano, efetivo ou em potencial”.<sup>295</sup>

Quando *fake news* é criada, apresentada e divulgada para obter vantagens econômicas, prejudicar imagem/honra ou para enganar deliberadamente o público ou uma pessoa específica, suscetível de causar um prejuízo, possibilita ao Poder Judiciário o seu controle. Caso não haja o nexó entre falsidade e dano, por intermédio do dolo (vontade de promover o dano), o Direito não deve se manifestar. Passando disso, estar-se-á falando de censura.

Por fim, com a constatação de uma notícia fraudulenta, ainda que não haja censura, é passível a responsabilização posterior do produtor deste tipo de conteúdo. E esta reponsabilidade alcança tanto a ordem civil, com o pedido judicial de retirada da internet do conteúdo fraudulento, bem com a reparação por danos morais.

Também, existe a responsabilidade criminal, notadamente nos artigos 138 a 140 do Código Penal e também do tipo penal chamado de *fake news* eleitoral,

---

295 RAIS, Diogo. *Controle sobre as redes aumentaria quantidade de fake news*. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/fake-news-controle-redes-07052019](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/fake-news-controle-redes-07052019). Acesso em: 22. jul. 2019..

previsto no artigo 326-A do Código Eleitoral (com a alteração trazida pela Lei 13.834 de 4 de junho de 2019).

## Conclusão

A Liberdade de Expressão é o Direito Fundamental que possibilita a todo indivíduo a busca de seu desenvolvimento e afirmação, bem como a concretização da democracia. Entretanto, este direito ainda que guarde uma posição de preferência, pode sofrer limitações quando colidir com outros Direitos Fundamentais, conforme consolidado pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

No ambiente virtual, que tem como uma de suas estruturas a internet, o indivíduo ganhou um meio aberto para expor suas opiniões e pensamentos. Corroborando com a construção constitucional da proibição da censura no Brasil, a internet tornou-se o meio fácil para a propagação de todo tipo de opinião.

O cidadão comum, que outrora era apenas sujeito passivo da informação, tornou-se produtor de conteúdo.

No espaço virtual, mais notadamente a internet, através de seu Marco Civil (Lei 12.965/2014), foi privilegiada a Liberdade de Expressão do seu usuário, responsabilizando os provedores apenas em casos específicos e de forma subsidiária.

Porém, mesmo com a proteção da Liberdade de Expressão, não se encontra imune aos conteúdos que produz ou opiniões que emite. Conforme a teoria do *prior restraint doctrine*, não haverá censura, mas a devida responsabilização pelos extravasamentos dos limites do seu direito.

É o caso da *fake news*. Toda notícia que possuir caráter fraudulento, ou seja, com a intenção de causar prejuízo a alguém, poderá gerar a reponsabilidade de seu criador e propagador. É a responsabilização *à posteriori*.

Pode-se, então, concluir que Liberdade de Expressão na Internet sim! Responsabilização pelos danos causados, também!

## Referências

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

GUERRA F. Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbelini. *Metodologia Jurídica Político-Constitucional e o Marco Civil da Internet: Contribuição ao Direito Digital*. In: DEL MASSO, Fabiano; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO F. Marco Aurélio. Marco civil na internet. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. (Trad. Carlos Irineu da Costa). São Paulo: Editora 34, 2009.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Ari R. Tank Brito. São Paulo: Hedras. 2010.

PINTO, Felipe Chiarello de Souza e SIMÃO, José Luis de Almeida. *As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise crítica da consistência das decisões envolvendo as liberdades comunicativas*. In: Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 20 n. 122, out. 2018/jan. 2019.

RAIS, Diogo. *Controle sobre as redes aumentaria quantidade de fake news*. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/fake-news-controle-redes-07052019](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/fake-news-controle-redes-07052019). Acesso em: 22. jul. 2019.

REHNQUIST, Justice, lead opinion, United States Supreme Court, Alexander v. United States, 509 U.S. 544,553 (1993).

ROBL FILHO, Ilton; SARLET, Ingo Wolfgang. *Estado democrático de direito e os limites da liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988, com destaque para o problema da sua colisão com outros direitos fundamentais, em especial, com os direitos de personalidade*. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun.

SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de Expressão e Pluralismo: Perspectivas de Regulação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

\_\_\_\_\_. *Comentário ao artigo IV*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 130*, Distrito Federal. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Britto.

\_\_\_\_\_. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 187*, Distrito Federal. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello.

TOLLER, Fernando M. *O formalismo na Liberdade de Expressão*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAGOUDIS, Jeff. *Telematics Puts Managers In The Driver's Seat*. Disponível em: <https://www.constructionequipment.com/telematics-puts-managers-drivers-seat>. Acesso em: 22. jul. 2019.

# DIREITO DE ESQUECIMENTO: INTIMIDADE X LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

---

Guilherme Saldanha Santana<sup>296</sup>

## Introdução

A história ocidental europeizada é demarcada por uma periodização tradicional que parte da Pré-História (período anterior à escrita), perpassando pela Idade Antiga (Clássica), Média (período de retração), Moderna (era das revoluções) e, por fim, o Mundo Contemporâneo que engloba até os dias atuais.

Entretanto, é indispensável destacar duas perspectivas de organização da periodização da história. Em primeiro lugar, a compreensão do momento presente como um – Novo – Mundo Contemporâneo, observado por uma Sociedade da Informação, em que a assimilação de todo conhecimento produzido e disposto no Mundo Virtual se torna impossível.

Por outro lado, temos a organização da história da humanidade disposta sobre as ondas de Alvin Toffler<sup>297</sup>, em que a Primeira Onda é caracterizada pela Revolução Agrícola, a Segunda Onda – pela Revolução Industrial – e a Terceira Onda representada pela Revolução das Telemáticas, do surgimento e consolidação das NTICs<sup>298</sup>, atingindo uma quantidade de informações jamais dispostas no mundo, desenvolvendo o espaço virtual em conexão com a realidade dos indivíduos.

Para o presente artigo, será utilizada esta última forma de entendimento da periodização da história, constituindo sobre a Teoria das Ondas o mundo multilateral polimórfico, multissubjetivo e heterônomo, com a formação de blocos

---

296 Licenciado em História - Universidade Estadual do Maranhão; Bacharel em Direito - Universidade CEUMA; Pós-Graduado em Relações Internacionais - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Mestrando em Ciências Jurídicas - Universidade Autônoma de Lisboa; Professor da Rede Pública do Estado do Maranhão; Professor da Faculdade Estácio São Luís.

297 TOFFLER, Alvin – **A Terceira Onda**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Record, 1980.

298 Novas Tecnologias de Informação e Comunicação.

econômicos, diversificação dos atores internacionais e a valorização do indivíduo no cenário internacional.

Ora, a *internet* amplia e proporciona o imediatismo das redes de informações existentes no – Novo – Mundo Contemporâneo, entretanto, ao mesmo tempo que percebemos um Mundo Virtual extremamente desenvolvido, moderno e avassalador, podemos diagnosticar uma realidade física de injustiças sociais, países subdesenvolvidos, fome, pobreza, corrupção, guerra e muita miséria. Uma gigantesca má distribuição de renda entre os Estados, entre os indivíduos.

Para tanto, o autor **Ciro Flamarion Cardoso**<sup>299</sup> destaca que, no – Novo – Mundo Contemporâneo, podemos perceber a coexistência das ondas de Toffler diante do diferente processo de desenvolvimento dos Estados Nacionais. A primeira onda referente aos produtos primários como as matérias-primas agrícolas e minerais, a segunda onda proporciona a desvalorização da mão de obra através da produção massificada e, por fim, a terceira onda, nesta o conhecimento e a informação adquirem novas formas de exploração e se tornam a mercadoria de uma nova roupagem do sistema capitalista.

O espaço internacional competitivo proporcionado pela Globalização não permitiu o surgimento de uma Comunidade Internacional de desenvolvimento paralelo, com uma constante ajuda mútua – intencionalmente desejada pela Carta das Nações Unidas no contexto pós-segunda guerra mundial – mas foi constituída uma Sociedade Internacional nos limites das soberanias dos Estados Nacionais e suas *capability's*.

O Direito adentra o cenário internacional da supramencionada carta, com a observação das Cartas Constitucionais dos Estados signatários da valorização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, dispondo que o Estado, a Organização Internacional, ocorre em prol dos indivíduos e suas singularidades inerentes à condição de indivíduo.

Já não basta a mera percepção da Revolução Francesa *liberté, égalité, fraternité*, pois qualquer princípio constitucional que não compreenda a dignidade humana, pode ser esvaziado em sua essência, de nada adiantaria ser livre sem qualquer dignidade.

A *internet* permite ao mundo uma conexão e imediata de fatos, de informações e principalmente do contato interpessoal/virtual. As redes sociais se multiplicaram e criaram uma nova forma de fazer notícia, de informar e os veículos oficiais de imprensa não são mais os detentores do ineditismo.

---

299 CARDOSO, **Ciro Flamarion** - **No limiar do Século XXI**. p.15.

O *facebook* muda curso da utilização da *internet*, o autor Francisco Rui Cádima<sup>300</sup> observa o caráter abrangente da rede social de Mark Zuckerberg, no período de sua consolidação, como uma das mais importantes ferramentas do cenário virtual em um misto de contato interpessoal dos usuários e um acúmulo de informações pessoais destes mesmos. Essa natureza popular que diagnostica o autor é compreensível sobre a própria postura do presidente da empresa *facebook* que durante muito tempo evitou as parcerias de multiplataforma, tal como adentrar ao espaço da mídia televisiva, já que atingir os conteúdos de vídeo seria inevitável às redes sociais.

Nesta ótica de desenvolvimento da informação, do espaço virtual sem limites, do imediatismo da notícia e de sua possível eternização, que será discutido o Direito ao Esquecimento, ramo contemporâneo das Ciências Jurídicas em debate principalmente nos Estados Europeus.

Ora, a história ocidental nos conta que Alexandre, o Grande, tinha como propósito guardar todo o conhecimento do mundo em apenas um lugar; na biblioteca de Alexandria. Para Kevin Kelly, conhecido como um dos criadores da *internet*, esse feito pode ser realizado com possibilidade de produzirmos qualquer documento na rede virtual, ou mesmo digitalizarmos qualquer documento anteriormente produzido. A *internet* seria o “espaço que abrange todo o conhecimento do passado e presente”.<sup>301</sup>

Dentro da perspectiva de eternização da notícia, dos documentos, dos acontecimentos, constituídos pela liberdade de imprensa, pela liberdade de informação e pelo direito à privacidade, o Direito do Esquecimento aparece em destaque no cenário jurídico mundial chamando a principiologia da dignidade da pessoa humana na horizontalidade dos direitos fundamentais; a possibilidade do indivíduo ser esquecido, ou mesmo não ser lembrado.

O Direito do Esquecimento é constituído sobre a perspectiva da dignidade da pessoa humana, conforme supramencionado; entretanto, a autora Viviane Nóbrega Maldonado<sup>302</sup> destaca, como estrutura basilar deste com a liberdade de imprensa, a liberdade de informação e o direito à privacidade. E ainda menciona o caso *Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, da Corte de Justiça da União Européia como inaugurador do debate no cenário europeu.

---

300 CÁDIMA, Francisco Rui - **O facebook, as redes sociais e o direito ao esquecimento**. p.70.

301 KELLY, Kevin – “A tecnologia está pronta para abrigar num único acervo toda a produção cultural do planeta. E isso já está acontecendo”. p.43.

302 MALDONADO, Viviane Nóbrega - **Direito do Esquecimento**. São Paulo: Ed. Novo Século, 2007.

De certo, que o objeto de estudo deste artigo será justamente observar a possibilidade de postulação do Direito do Esquecimento na orientação do direito de personalidade, da intimidade, da vida privada em conflito com o direito a informar, ser informado, manter a memória coletiva de uma sociedade.

Posta uma diversificação da mídia, uma instantaneidade das notícias, a capacidade infinita de armazenamento da rede e o indivíduo não apenas como consumidor, mas transmissor da informação, as pessoas cada vez mais podem passar despercebidas – na medida são milhares sem relativa expressão ao mundo das notícias – ou ao mesmo tempo podem ser destacadas conforme suas ações sociais no tempo e o interesse dos veículos de imprensa. O advento do princípio da dignidade da pessoa humana como norteador das democracias constitucionais salvaguarda a relativização do interesse público em compatibilidade com a intimidade dos indivíduos.

## **Premissas do Direito do Esquecimento**

Como base para análise do Direito do Esquecimento na percepção do conflito entre Direito de Personalidade e a Liberdade de Expressão em sentido amplo será discutida a estruturação do tema, partindo dos impeditivos orientados pelo interesse público e a liberdade de informação, para apenas posteriormente analisar a intimidade, a vida privada e o resguardo daquele que pleiteia que a informação possa ser esquecida fundamentando-se no princípio da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, os autores Canotilho e Machado observam a grandeza deste princípio que ao mesmo tempo é base e limite da liberdade de expressão:

O valor da dignidade da pessoa humana funciona como fundamento da liberdade de expressão, mas também como limite. O exercício fundamental deve fazer-se, na medida do possível, no respeito pelos direitos de personalidade do indivíduo.<sup>303</sup>

É indispensável uma compatibilização entre o acesso à informação e os direitos de personalidade para que um direito não se sobreponha a outro e não seja prejudicado o indivíduo singular, ou mesmo as liberdades garantidas à sociedade.

---

303 CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. “**Realiy shows**” e Liberdade de Programação. p.47-48.

## Liberdade de Informação e o Interesse Público

A compreensão que a liberdade de informação é de extrema importância para as sociedades democráticas, para tanto, a percepção do jurista brasileiro Rui Barbosa destacando a imprensa como fiscalizadora do Estado mencionada pelos autores Inessa, Milena e Carlos demonstra, completa a assimilação daquela. Nos termos:

A imprensa é a vista da nação. Por ela é que a Nação acompanha o que lhe passa ao perto e ao longe, enxerga o que lhe malfazem, devassa o que lhe ocultam e tramam, colhe o que lhe sonegam, ou roubam, percebe onde lhe alvejam, ou nodoam, mede o que lhe cerceiam, ou destroem, vela pelo que lhe interessa, e se acautela do que a ameaça. (...) Um país de imprensa degenerada ou degenerescente é, portanto, um país cego e um país miasmado, um país de ideias falsas e sentimentos pervertidos, um país que, explorado na sua consciência, não poderá lutar com os vícios, que lhe exploram as instituições (BARBOSA, 2004, p.32-35).<sup>304</sup>

Sobre a mesma ótica apresentada acima e afastando a percepção que o Direito de Esquecimento seria o cerceamento da liberdade de informação e consequentemente uma censura à liberdade da imprensa, cabe mencionar a análise da Autora Zilda Mara Consalter,<sup>305</sup> sobre relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão – STJ, destacando que o interesse social ao acesso e divulgação da informação deve ser garantido, evitando uma secção desproporcional à liberdade de imprensa prejudicando não apenas a atividade do jornalista, mas a sociedade como um todo.

A mesma autora destaca que o Direito de Informação seria composto pela procura, o recebimento e a divulgação das informações, não sendo resumido apenas ao ato de se informar, mas também de ser informado e informar – este compreende o direito de emitir opiniões e críticas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 1948, orienta as cartas constitucionais de Portugal e do Brasil, dispondo em seu artigo 19 aos indivíduos a liberdade de opinião, expressão, assim como de receberem e transmitirem informações.

Ora, a CRFB 1988 garante, no artigo 5º incisos IV, IX e XIV, a liberdade de pensamento, expressão da comunicação, atividade artística, intelectual, científica, assim como observa no *caput* do artigo 220 sobre a comunicação social.

---

304 BARBOSA apud AZEVEDO, Inessa; Et. Al. O discurso jornalístico na mediação de conflitos: a linha tênue entre o acirrar e o atenuar. In Mediação, linguagem, comportamento e multiculturalismo. p.87.

305 CONSALTER, Zilda Maria - **Direito ao esquecimento: proteção da intimidade.** p.301.

O cerceamento das liberdades proposto pelos contratos sociais do liberalismo – em prol da vida em sociedade – ocorre justamente para que o individual, o singular não se sobreponha ao indivíduo.

Por outro lado, no que tange à previsão constitucional de Portugal sobre a liberdade de expressão, informação e imprensa, presentes nos artigos 37 e 38 da mesma, os autores J.J. Canotilho e Jónatas Machado destacam:

“O catálogo dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrado protege toda a comunicação publicística através do direito à liberdade de expressão em sentido amplo, o qual inclui a liberdade de expressão em sentido estrito, a liberdade de informação (direito de informar, de se informar e de ser informado), a liberdade de imprensa, os direitos dos jornalistas e a liberdade de radiodifusão em sentido amplo (radiodifusão sonora, televisão hertziana, cabo, satélite, digital, online, etc.), devendo todos estes direitos ser concebidos por referência a uma teia de valores e princípios que se reforçam mutuamente. Todas estas liberdades são designadas, pela doutrina, como liberdades de comunicação social ou liberdades publicísticas”.

Previsibilidade está acompanhada pela no artigo 10º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que dispõe a liberdade de expressão composta pela liberdade de opinião, de receber e transmitir informações ou ideais.

Ora, José Paz<sup>306</sup> apresenta a Sociedade da Informação dentro do contexto do – Novo – Mundo Contemporâneo, como uma nova forma de organização social em que o poder e a hegemonia das relações humanas estão configurados na detenção da informação, esta representa a principal riqueza da sociedade no novo arranjo capitalista, como mencionado acima. Produzir e proteger a informação seria indispensável para manter o desenvolvimento e o progresso. A informação é a principal matéria-prima dessa organização social, para tanto as tecnologias da informação se tornam catalisadoras do processo de seleção, constituição, transmissão e principalmente o armazenamento daquela.

Para consubstanciar o pleito personalíssimo do indivíduo ao Direito de Esquecimento – diante da demarcação da aparente sociedade do mundo atual – algumas percepções são fundamentais, tais como: 1. que a informação seja inverídica, ou contenha propósito difamatório, seja inútil, para o grande público, atentando contra a honra, imagem, intimidade, privacidade, a infância ou outros valores da pessoa que se refere; 2. no caso de pessoas famosas, a informação não tenha qualquer valor

---

306 PAZ, José Evandro Martins - **Fundamentos jurídicos do direito ao esquecimento**. p.34.

social sendo dissociadas de sua vida pública; 3. que a informação perca a atualidade, a temporalidade contextual valorativa.

## Intimidade e vida privada

Apresentado o interesse em preservação da informação através dos pressupostos da Liberdade de Expressão, urge destacar o contraponto da intimidade e da vida privada, diante da compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana constituído nas cartas constitucionais dos estados democráticos de direito signatários da Carta das Nações Unidas.

A informação atinge um espaço acelerado de transmissão, compartilhamento, rearranjo, manifestação e opiniões dos indivíduos que as consomem. A grande responsável por esse célere processo é a democratização da *internet* que permite a todos os indivíduos – que dispõem de acesso – o consumo e retransmissão da notícia.

A solidificação do Estado moderno com a constituição do contrato social exigiu que os indivíduos, para viverem em sociedade, deveriam ceder espectros de suas liberdades completas e só assim viveriam dentro de um padrão moral, ético e legal adequado. Entretanto, conforme a evolução das sociedades ocidentais, o ambiente doméstico, a individualidade, a vida privada e a intimidade passaram a ser contraponto ao espaço virtual democrático constituído e, ao mesmo tempo, que as pessoas exprimem suas felicidades nas redes sociais, reservam seus medos, traumas e vergonhas.

O direito à privacidade, tal qual à liberdade de expressão, está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, mais especificamente em seu artigo 12, que prevê o respeito à intimidade pessoal familiar, e ao domicílio. O próprio Código Civil Português de 1966, já trata o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada em seu artigo 80. E a Constituição da República Portuguesa não apenas prevê o direito à intimidade da vida privada no artigo 26, 1, mas ainda o coloca disposto no texto constitucional anteriormente ao direito de informação. A autora Zilda Mara Consalter destaca que a Constituição da República Portuguesa foi precursora na proteção dos dados pessoais:

“Em 1976 o direito à proteção dos dados pessoais foi consagrado na Constituição da República Portuguesa – a primeira Constituição do mundo a protegê-los expressamente”.<sup>307</sup>

---

307 CONSALTER, Zilda Maria. **Direito ao esquecimento: proteção da intimidade.** p.116.

O Regulamento do Parlamento Europeu 2016/679 no que tange à proteção de dados e no direito de ser esquecido, resguarda a possibilidade do pleito de esquecimento aos titulares destes dados, uma vez cessada a finalidade de recolhimento e publicidade dos mesmos, identificando a personalidade deste direito nos termos do Art. 17º.

Ao mesmo tempo, o Direito ao apagamento dos dados infere as ressalvas quanto à liberdade de informação, expressão e a utilidade pública da informação, conforme n.º 3 do artigo supramencionado.

Da mesma forma, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 observa, em seus direitos e garantias fundamentais, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada que atente contra a honra e a imagem das pessoas – no artigo 5º, X – e ainda, o Código Civil Brasileiro de 2002 observa os direitos de personalidade nos artigos 11 a 21, contudo é um código rígido e estrutural, que nasceu desatualizado da perspectiva contemporânea e desconexo com a própria natureza dos direitos de personalidade.

Ao tempo, a esfera da vida privada e da intimidade é multiplicada pelos debates sociais do – Novo – Mundo Contemporâneo, observando não apenas a propriedade, a livre manifestação, mas a constituição do indivíduo através de sua convicção religiosa, orientação sexual, hábitos íntimos, relações familiares, proximidade afetiva.

Entretanto, mesmo diante de todas as disposições legais supramencionadas garantindo o direito à intimidade e à vida privada, percebemos uma realidade completamente diferente no mundo virtual. As imagens, frases, opiniões e manifestações são reproduzidas, compartilhadas, replicadas de forma célere com proporções incalculáveis que podem ocasionar todos os tipos de atrapalho ao usuário. A própria conduta humana mudou; o espaço privado, fotos, cotidiano, desejos, sonhos, decepções são compartilhados com seus seguidores, amigos virtuais, ou com qualquer desconhecido.

Como exemplo, podemos perceber a religião que na antiguidade era reservada ao espaço do lar da família, constituída no ambiente privado de seus antepassados, adentra o mundo virtual, compõe a apresentação da nova modalidade de relacionamento interpessoal, o indivíduo transporta suas preferências, crenças à divulgação, convencimento, evangelização.

Ora, J. J. Canotilho e Jónatas Machado<sup>308</sup> apresentam que dentro da visualização jurídico-constitucional sobre a exposição de comportamentos protegidos pela

---

308 CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. “**Realiy shows**” e **Liberdade de Programação**. p.56.

intimidade e vida privada, não são a exclusão, ou mesmo a renúncia desses direitos, mas é o justamente o exercício dos mesmos nos termos de suas preferências.

Utilizando-se brevemente da Teoria Alemã das Esferas, nos termos da interpretação da autora Andréa Marques<sup>309</sup>, para distinção de proteção da intimidade, teremos: a mais interna composta por todos os aspectos que o indivíduo não deseja, de nenhuma maneira, que venham a cair em domínio público – dessa forma, dispõe da subjetividade, da singularidade e consiste em seus segredos mais bem guardados. Já a esfera privada, amplia o espaço reservado do indivíduo e abre para outros determinados participarem, criando um espaço de confiança. Por fim, a esfera social, permite a participação e conhecimento maior do espaço dito social, ampliando expressivamente as fronteiras.

A autora Zilda Mara Consalter, analisando a Teoria Alemã das Esferas, no que tange à vida pessoal, percebe que o espaço da intimidade é relativo e específico de cada indivíduo e ocupa níveis diferentes de resguardo, destacando que:

“O fato é que a vida pessoal deve ser genericamente reservada, enquanto a vida privada, a privacidade e a intimidade têm apenas nesta última o radicalmente vedado, eis que se refere a um dos valores mais intrínsecos e caros do ser humano”.<sup>310</sup>

Da mesma forma, Canotilho e Machado discutem a gigantesca gama de indivíduos dispostos no mundo, com suas concepções, paixões e formações morais e éticas para evitar a delimitação da conceituação da intimidade e privacidade.

“Na verdade, os conceitos de intimidade e privacidade são compatíveis com a existência de diferentes concepções de intimidade e privacidade, ficando ao titular do direito reservada a possibilidade de adotar qualquer uma delas. O dever estadual de proteção dos direitos fundamentais acompanha o necessário respeito pelo seu âmbito normativo alargado”.<sup>311</sup>

A liberdade da informação e o interesse público, no embate com a vida privada e a intimidade, constituem um debate atendendo a horizontalidade dos direitos fundamentais, um não pode se sobrepor ao outro de forma positivada, finda, sem a

---

309 MARQUES, Andréa Neves Gonzaga – **Direito à intimidade e privacidade**. In. TJDFT. Brasília. [Em linha]. [Consult. 05.09.2017]. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2010/direito-a-intimidade-e-privacidade-andrea-neves-gonzaga-marques>.

310 CONSALTER, Zilda Maria - **Direito ao esquecimento: proteção da intimidade**. p.127.

311 CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. “**Realiy shows**” e **Liberdade de Programação**. p.57.

observação das principiologias das democracias constitucionais. Os casos concretos devem ser analisados individualmente para não incorrerem em um cerceamento de liberdades, ou afronta aos direitos do indivíduo.

## O Direito de Ser Esquecido: Caso Concreto

A análise primária sobre a vida privada e o Direito de Informação tem como objetivo adentrar o espaço do Direito do Esquecimento de forma mais límpida constituída no espaço conflituoso entre o interesse social e a intimidade do indivíduo. Para tanto, a matéria disposta não possui – e provavelmente não possuirá – uma linha positivada absoluta sendo indispensável a análise de cada lide para manifestação do cabimento, ou não deste, conforme seus princípios.

Se, por um lado, o Direito de Informação, aliado à liberdade de imprensa, permite aos meios de comunicação e aos indivíduos – no âmbito da *internet* – não apenas a seleção da informação, mas o consumo, replicação e produção exigindo que o Estado seja o garantidor da efetivação dessas liberdades.

Em outra perspectiva, apresentamos o indivíduo no espectro do princípio da dignidade da pessoa humana, compondo a vida privada, privacidade e intimidade em esferas divergentes tendo a capacidade de decidir aquilo que deseja, ou não compartilhar com o mundo.

Para o pleito do Direito de Esquecimento, a informação deve perder sua significância para a sociedade, atingir uma inutilidade evidente dentro de um lapso temporal, o fato precisa tornar-se pretérito irrelevante, ou mesmo ser constatada como inverídica e inexata. Por fim, não deve ser explorada em detrimento dos direitos de personalidade do indivíduo, não deve ser explorada pelos veículos de comunicação em geral.

É evidente que, atualmente, o mundo não pode ser compreendido apenas como o espaço material, mas a maior parte das relações interpessoais dos indivíduos é realizada pela *internet* ou complementada por ela. A rede é a continuidade da ação do indivíduo no tempo; muitas das vezes, o espaço onde este se transforma e se apresenta, longe de preconceitos e exclusões, um ambiente democrático passível de manifestação.

Para tanto, um dos debates que constituem o direito de ser esquecido está em sua efetividade, diante da capacidade de apagar uma informação, ou apenas determinar sua exclusão dos dispositivos de busca da rede.

Ocorre que uma das maiores discussões sobre o Direito de Esquecimento reside nos motores de busca do ciberespaço, haja vista que a *internet* diversifica o campo da informação e transforma o acesso desta, o consumidor da notícia evidencia

seu direito de se informar, ser informado e de informar de forma democrática, conforme supramencionado, realiza a experiência de manifestação e opinião sobre o tema, prejudicando uma idealização, propósito lícito de publicação, como sugere a autora Zilda Consalter.<sup>312</sup>

Caso emblemático e inaugurador sobre o tema, conforme supramencionado, é o *Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, da Corte de Justiça da União Européia, em que o senhor Mario Costeja demandou a Google da Espanha para retirada dos motores de busca de informação anterior sobre débitos já quitados de seguridade social.

Ora, a notícia cumpriu sua função ao tempo de sua publicação, da mesma forma o Sr. Mario Costeja cumpriu suas obrigações, de tal modo que a informação mesmo sendo verdadeira, ou atingindo um interesse público, não havia mais relevância para a sociedade, porém apenas causava constrangimento ao demandante ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Caso<sup>313</sup> recente e emblemático no Brasil trata da ex-*Big Brother* Aline Cristina Tertuliano da Silva, que participou da edição de 2005 do programa sendo eliminada com 95% dos votos e recebendo a alcunha de “Aline x-9” (no Brasil, o termo x-9 é conhecido como delator, fofoqueiro, traidor). Ela teve um índice de rejeição considerável durante o programa e a exposição de sua imagem foi extremamente prejudicial em sua vida cotidiana após sua saída da casa.

Em 2016, a *Big Brother* foi convidada para retornar ao programa, entretanto não teve interesse na proposta e, mesmo assim, sua vida foi investigada e exposta na mídia, através de fotos retiradas de sua página pessoal do *facebook* e demonstrando que atualmente a mesma exerce função de carteira sem qualquer interesse em retornar a vida pública.

A atividade investigativa jornalística ocasionou justamente o desconforto evitado pela participante do programa, que entrou na justiça contra a Emissora Globo, a RBS e a Empresa Baiana de Jornalismo, conquistando, em segunda instância, a retirada do conteúdo do ar e indenização no valor de R\$ 20.000,00. No voto do Desembargador Relator Alcides Leopoldo e Silva Júnior, TJ-SP, a preservação da vida privada da pessoa deve ser majorada quando esta abandona a exposição pública e notoriedade.

---

312 CONSALTER, Zilda Maria. **Direito ao esquecimento: proteção da intimidade.** p.306.

313 COURA, Kalleo. **Uma ex-BBB tem o direito de ser esquecida?** In: Jota Notícias Jurídicas [Em linha]. [Consult. 22.01.18]. Disponível em: <http://www.jota.info/justica/uma-ex-bbb-tem-o-direito-de-ser-esquecida-22012018>.

Os autores J. J. Canotilho e Jónatas Machado analisam a obra de Ulrike Hinrichs “*Big Brother und die Menschenwürde*” observando que o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser suprimido pela autonomia dos indivíduos em cessão de seus direitos:

“Para a autora, porém, o argumento do consentimento dos candidatos é pura e simplesmente irrelevante, na medida em que, em seu entender, a dignidade da pessoa humana não se esgota no valor da autonomia. Depois desta conclusão, que se nos afigura extremamente perigosa nas suas infinitas possibilidades de manipulação, prossegue-se, logicamente, para a identificação dos meios que a ordem jurídica poderia e deveria mobilizar contra o Big Brother”.<sup>314</sup>

Entretanto, conforme acima disposto, o direito de ser esquecido não pode comportar apenas o interesse do indivíduo em apagar informação, ou retirar dos motores de busca combinação de pesquisa que o incomode, ou lhe constreanja, mas demonstrar os parâmetros indispensáveis ao mesmo: ferimento do princípio da dignidade da pessoa humana e a falta de interesse público na informação.

## Hipóteses de Pleito do Direito de Ser Esquecido

Dentre as hipóteses de pleito do direito de ser esquecido no cenário jurídico mundial é possível destacar: 1. Possibilidade de exclusão de dados na rede inseridos por terceiros; 2. Possibilidade do arrependimento de conteúdo disponibilizado de forma voluntária; 3. Possibilidade de exclusão de dados disponibilizados antes do atingimento da maioridade; 4. Utilização de notícias passadas pela imprensa em data atual.

No que tange a primeira hipótese, o caso acima mencionado – *Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González, da Corte de Justiça da União Européia* – ilustra a viabilidade da observação do direito de ser esquecido.

Importante destacar que a percepção de tratamento dos dados ficou atribuída aos motores de busca, permitindo um grande contingente de usuários que buscavam, através de medidas administrativas, a exclusão de informações e conteúdos pessoais.

Na segunda hipótese para constituir o pleito ao Direito do Esquecimento, seria fundamentado pelo arrependimento conexo à sua expiração temporal, entretanto há

---

314 CANOTILHO, J.J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. “*Realiy shows*” e *Liberdade de Programação*. p.72.

muitas controvérsias sobre esta pretensão, tendo em vista a voluntariedade efetiva ao tempo da publicação. Ora, a disponibilização de conteúdo sobre si mesmo garantiria a titularidade das informações ao indivíduo, entretanto, a própria celeridade da rede de copiar e reproduzir acaba tornando inviável uma exclusão total do material.<sup>315</sup>

Quanto à possibilidade de exclusão de dados disponibilizados antes do atingimento da maioridade, parte da premissa de que aos indivíduos menores, nascidos na era do mundo virtual e que consomem a *internet*, de forma indiscriminada, possam apagar dados da rede. A lei chamada de *eraser button* – Lei n.º 568 – do Estado da Califórnia nos EUA trata sobre o tema de forma inédita e inovadora.

A geração nascida na Sociedade da Informação está sendo conduzida por uma volatilidade de opiniões e suas respectivas manifestações, o ambiente virtual tem sido muito mais presente na rotina das crianças e adolescentes que a vida real, ocasionando uma exposição descontrolada e sem acompanhamento de seus responsáveis. O arrependimento dos atos praticados anteriormente ao atingimento da maioridade penal reflete e permite ao indivíduo a reparação de atos, muitas vezes, contraídos de forma inconsequente.

Por fim, a utilização de notícias passadas pela imprensa em data atual, neste caso, o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como a liberdade de imprensa – nos termos da liberdade de expressão – por esta hipótese podemos observar que o direito ao esquecimento não pode ser reduzido ao espaço virtual.

Nesta condicionante é pleiteada uma oportunidade ao indivíduo de recomeçar a vida, apagando os fatos pretéritos que possam atrapalhar sua reinserção; da mesma forma, permite a família a recomeçar, sem a exploração da mídia sobre o passado, sem reviver o acontecido.

## Conclusão

O direito a ser esquecido – ou direito ao esquecimento – apresenta uma nova discussão no cenário jurídico internacional, observado por uma principiologia que confronta as liberdades de expressão com a intimidade e a vida privada orientadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A *internet* é um dos principais espaços de debate da possibilidade de exclusão de informações, principalmente no que tange aos motores de busca da rede. O mundo virtual não é apenas espaço de lazer dos indivíduos, mas complementar ao

---

315 MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito do Esquecimento**. São Paulo: Ed. Novo Século, 2007, p.153.

mundo material, indexa novas rotinas, permite a livre manifestação – opinar – e transforma o homem em sujeito ativo do processo de informar.

Podem-se perceber pontos em comum nas hipóteses apresentadas sobre o pleito do direito ao esquecimento, entre elas a valoração do espaço privado, a privacidade e a intimidade, mesmo diante da consolidação da globalização, que efetiva o encurtamento das fronteiras dos Estados nacionais – principalmente no campo das ideias – e proporciona um compartilhamento desenfreado de informações evidente pela celeridade do mundo virtual.

A informação constitui-se como matéria-prima da nova modelagem do capitalismo, possuir a mesma significa deter poder no cenário internacional. A liberdade de informar, de se informar e de ser informado constitui os princípios observados pelos estados democráticos de direito.

O espaço individual, privado ou mesmo singular do indivíduo é construído no alicerce do princípio da dignidade da pessoa humana, perspectiva estabelecida no contexto pós-segunda guerra mundial de defesa das liberdades sociais. A liberdade de expressão em sentido amplo conflita com o direito de ser esquecido e este deve ser debatido pelos doutrinadores, legisladores e pelo próprio judiciário, a fim de suplementar um ramo jurídico ainda ambíguo.

O direito ao esquecimento é mais amplo que a simples intenção de ser esquecido, é a composição entre não ser lembrado, ser preservado, ser reservado e ser respeitado, evidenciando que ao indivíduo o mesmo deve ser garantido, uma vez presentes as hipóteses de pleito.

## Referências

ALMEIDA, Priscila Coelho de Barros – **Liberdade de expressão e liberdade de informação: uma análise sobre suas distinções**. In *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XIII, N.80. (01-09-10) [Em linha]. [Consult. 22 nov. 2017]. Disponível em: [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8283&revista\\_caderno=9](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8283&revista_caderno=9).

AZEVEDO, Inessa; NUNES, Milena; SOUZA, Carlos - **O discurso jornalístico na mediação de conflitos: a linha tênue entre o acirrar e o atenuar**. In: *Mediação, linguagem, comportamento e multiculturalismo*. São Luís: Jornal da Justiça Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade, 2014. p.74-91.

CÁDIMA, Francisco Rui - **O facebook, as redes sociais e o direito ao esquecimento**. In: Informação e liberdade de expressão na Internet e a violação de direitos fundamentais: comentários em meios de comunicação online / [coordenação da obra] Gabinete Cibercrime da Procuradoria-Geral da República; Imprensa Nacional-Casa da Moeda. [Lisboa]: INCM - Imprensa Nacional-Casa da Moeda, p.67-90.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa anotada**. 4.ed. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas, E. M. “*Realiy shows*” e **Liberdade de Programação**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CARDOSO, Ciro Flamarion. No limiar do Século XXI. In: Revista Tempo (Federal Fluminense). Rio de Janeiro. Vol.1 nº 2, 1996, p.7-30.

CÓDIGO Civil: decreto-lei n.º 47.344/66. **Diário da República I**, N.º 274 (25-11-76) [Em linha]. [Consult 22. out. 2017]. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>. Acesso em:

CÓDIGO Civil do Brasil: lei n.º 10.046/02. **Diário Oficial da União**, N.º 8 (11-01-2002) [Em linha]. [Consult 22 out. 2017]. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=11/01/2002>.

CONSALTER, Zilda Maria. **Direito ao esquecimento: proteção da intimidade**. Curitiba: Ed. Juruá, 2017.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil de 1988, 5 de outubro. **Diário Oficial da União**, N.º 191-A (05-10-88), p.01 [Em linha]. [Consult. 22 out. 2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa de 1976, 25 de abril. **Diário da República I**, N.º86 (10-04-76) [Em linha]. [Consult. 08 ago. 2017]. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>.

COURA, Kalleo – **Uma ex-BBB tem o direito de ser esquecida?** In: Jota Notícias Jurídicas [Em linha]. [Consult. 22.01.18]. Disponível em: <http://www.jota.info/justica/uma-ex-bbb-tem-o-direito-de-ser-esquecida-22012018>.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem. **Assembleia Geral da ONU**. (10-12-1948) [Em linha]. [Consult. 23 out. 2017]. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>.

FRAGA, Luis Alves de. **Metodologia da Investigação**. Lisboa: Ed. Abdul's Angels, 2017.

KRETSCHMANN, Ângela - **O papel da dignidade humana em meio aos desafios do acesso aberto e do acesso universal perante o direito autoral**. In: Direitos de Autor e Direitos Fundamentais. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011. p.76-103.

HUNT, Lynn - **A invenção dos direitos humanos; uma história**. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2009. ISBN 978-85-359-1459-7

MALDONADO, Viviane Nóbrega - **Direito de esquecimento**. São Paulo: Ed. Novo Século, 2017.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga - **Direito à intimidade e privacidade**. In: TJDF.T. Brasília. [Em linha]. [Consult. 05.09.2017]. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2010/direito-a-intimidade-e-privacidade-andrea-neves-gonzaga-marques>.

NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito: a produtividade às tensões principiológicas e a superação do sistema de regra**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

PAZ, José Evandro Martins - **Fundamentos jurídicos do direito ao esquecimento**. Rio Grande do Sul: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2014. 64 f. Monografia de Conclusão do Curso de Bacharelado em Direito

REGULAMENTO (UE) 2016/679. **Parlamento Europeu** (27.04.2016) [Em linha]. [Consult. 10 fev. 2018]. Disponível em: [eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R6979](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R6979).

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes - **Direito de para todos**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

ROGÉRIO, Márcio. **Liberdade de expressão à luz da Constituição Federal de 1988**. [Em linha]. Piauí: Jus Navegandi 2017. [Consult. 28 nov. 2017]. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55573/liberdade-de-expressao-a-luz-da-constituicao-federal-de-1988>.

TOFFLER, Alvin – **A Terceira Onda**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Record, 1980.

### Introdução

**A**mplitude de divulgação das comumente designadas *Fake News* implica a compreensão dos desafios que este fenómeno coloca ao Direito, ao jornalismo e, em última análise, à sociedade em geral. Com efeito, a preponderância do tema que, ainda que de forma sucinta, nos propomos abordar, não é nova nem tão-pouco fruto dos desenvolvimentos mais recentes. Desde a era do Império Romano as duas grandes Guerras Mundiais, a história da humanidade tem vindo a ser marcada pela divulgação de notícias com aquelas características associadas, predominantemente, ao contexto político.

Desde logo, importa esclarecer que, embora não raras vezes sejam utilizados como sinónimos, os conceitos de propaganda e de *Fake News* não se confundem. Quanto ao primeiro, visa, essencialmente, persuadir a opinião pública, convencer o indivíduo a perspetivar um qualquer assunto sobre um prisma predeterminado que se pretende fazer valer. Por outro lado, as *segundas*, enquanto notícias falaciosas ou imprecisas aspiram, tendenciosamente, à desinformação, à criação de uma realidade paralela/inverídica e à alteração completa de paradigmas.

Num mundo dominado pela tecnologia, a propagação das *Fake News* tornou-se perigosamente célere. A partilha, à distância de um *click*, de qualquer tipo de conteúdo conduziu à banalização de informação falsa. Esta realidade avassaladora é facilitada pela comum ausência de espírito crítico do leitor que, não raras vezes, toma como verdade, sem questionar, uma irrealdade desenhada com o propósito de o ludibriar. Paralelamente, na ótica de um leitor que procure apurar a veracidade

---

316 Advogado inscrito na Ordem dos Advogados pelo Conselho Distrital de Lisboa com a cédula profissional n.º 13.513-L. Presidente do Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados para o triénio 2020-2022. Vice-Presidente do Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados entre 2014-2019, com o pelouro da formação. Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito de Lisboa. Docente universitário. Vogal do Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados para o triénio de 2011-2013, com o pelouro da Tesouraria.

dos factos antes de proceder a qualquer partilha, naturalmente que a compreensão da realidade daquele fenómeno conduz à descrença no mundo do jornalismo, com consequentes e inegáveis prejuízos na reputação da comunicação social no seu todo.

## ***Fake News* e a Proteção da Honra no Direito Português**

No âmbito do Direito, a temática ora em análise coloca inúmeros desafios; logo, atentamos o fato de a divulgação, *per se*, de *Fake News* não ser suscetível de penalização. São-no, apenas, as consequências nefastas que daí possam advir, conforme melhor se abordará *infra*.

Essencial destacar na temática ora em apreço é a proteção da honra, preceituada no Direito Constitucional português enquanto direito fundamental. Com efeito, consagra o n.º 1 do artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) o direito ao “bom nome e reputação”, valores que, no seu conjunto, se traduzem no direito à honra, bem como o direito “à imagem”.

Tem entendido a doutrina constitucional que:

O direito ao bom nome e à reputação consiste na proteção da consideração social que é devida a todas as pessoas. É um direito à honra, à honorabilidade, ao crédito pessoal, que, uma vez atingido, afeta de forma direta a dignidade das pessoas. “[...] Na verdade, o bom nome e a reputação são direitos com um alcance abrangente que inclui todos os aspetos relativos à representação social positiva de uma pessoa e à consideração que daí decorre”.<sup>317</sup> (grifo nosso)

No que concerne aos direitos à palavra e à imagem, os mesmos “incluem o direito a que não sejam registadas ou divulgadas palavras ou imagens da pessoa sem o seu consentimento, conferindo, assim, um direito à reserva e à transitoriedade da palavra falada e da imagem pessoal”.<sup>318</sup>

No que tange à esfera jurisprudencial, relativamente ao alcance jurídico da proteção do direito à honra, esclarece o Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça que “[o direito à] honra configura-se como um direito fundamental do desenvolvimento da personalidade do indivíduo e estabelece-se como um valor axial

---

317 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. 2. Ed. Coimbra Editora, 2010, p.616. V.1

318 Ibidem, p.618.

e inderrogável da dimensão social-pessoal do homem numa determinado comunidade histórico-socialmente situada”.<sup>319</sup>

A proteção jurídica concedida ao direito à honra é, ainda, reforçada no direito civil português, positivando o artigo 70 do Código Civil (doravante CC) – cuja epígrafe se reporta à tutela geral da personalidade – que “a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.

Ora, a tutela do direito à honra reflete-se na tipificação de vários crimes, desde os crimes de difamação, contemplados no artigo 180, e de injúria, previstos no artigo 181, ambos do Código Penal, bem como na penalização de atos equiparados à difamação e injúria feitos por escrito, gestos, imagens ou qualquer outro meio de expressão, conforme determinado no artigo 182, do mesmo Código.

Interessa atentar, nesta sequência, o artigo 183 do Código Penal que prevê, sob a epígrafe “*publicidade e calúnia*”, um agravamento da moldura penal “se a ofensa for praticada através de meios ou em circunstâncias que facilitem a sua divulgação”, nos quais se incluem, precisamente, os meios de divulgação digitais, bem como na hipótese de “tratando-se da imputação de factos, se averiguar que o agente conhecia a falsidade da imputação”. Ademais, no n.º 2 do mesmo preceito, prevê-se pena de prisão até 2 anos ou pena de multa não inferior a 120 dias, na hipótese de o crime ser cometido através de meio de comunicação social.

Creemos ser oportuno colocar em destaque, nesta matéria, o Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação do Porto<sup>320</sup>, no qual é possível ler-se o seguinte:

I - Integra o tipo de crime de Ofensa a organismo, serviço ou pessoa coletiva, do artigo 187, do Código Penal, apenas a afirmação ou propalação de factos inverídicos e ofensivos e não [...] a formulação

---

319 Acórdão de 06/07/2011, relator Gabriel Catarino, proferido no âmbito do processo n.º 2619/05.4TVLSB, disponível in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Acrescenta a dita decisão que “na determinação do quantitativo para ressarcimento por danos não patrimoniais resultantes da lesão de um direito subjetivo e absoluto de personalidade, através da comunicação social, *maxime* de uma publicação com uma razoável e impressiva difusão, devem ter-se em conta alguns vetores orientadores, ainda que meramente enunciadores: 1.º) a veracidade ou falsidade da notícia; 2.º) a difusão da notícia e/ou a possibilidade de conhecimento que a notícia teve no meio social, em geral e em concreto, frequentado pelo visado; 3.º) o destaque gráfico e/ou simbólico conferido à notícia, 4.º) o tratamento jornalístico dado à notícia e o conteúdo objetivo da mesma; 5.º) o estatuto social do visado; 6.º) a projeção que a notícia, potencialmente, teve no meio social em que o lesado se movimenta, tanto no plano pessoal, como profissional; 7.º) as apreensões concretas pressentidas e, objetivamente, projetadas na esfera pessoal e familiar do lesado”.

320 Acórdão de 30/10/2013, relatora Eduarda Lobo, proferido no âmbito do processo n.º 1087/12.9 TAMTS, Disponível Em: <<http://www.dgsi.pt>>.

de juízos ofensivos. II – Este é um crime de perigo: basta que os factos em questão sejam capazes de ofender a credibilidade, o prestígio ou a confiança do visado, mesmo que essa credibilidade, esse prestígio, ou essa confiança não tenham sido efetivamente atingidos. III – Constitui “meio de comunicação social”, para o feito do n.º 2 do artigo 183 do Código Penal uma página do “Facebook” acessível a qualquer pessoa e não apenas ao grupo de “amigos”.

Da análise meramente perfuntória do excerto transcrito, podemos concluir que, para efeitos de divulgação de informações falsas (ou ofensivas), procede-se a uma interpretação extensiva do conceito de meios de comunicação social, previsto no supra- aludido n.º 2 do artigo 183, de forma a estender a proteção ao maior número possível de situações.

## **Enquadramento Legal e Regulamentar dos Meios de Comunicação Social**

No que concerne ao regime legal que procede à regulamentação dos meios de comunicação social, em geral, importa salientar a Lei n.º 1/99, de 1 de janeiro, que aprova o Estatuto do Jornalista, e que positiva, no artigo 14, os deveres fundamentais dos jornalistas que, numa única premissa, se traduzem no exercício de atividade com respeito pela ética profissional e normas legais. Especificamente, tais deveres incluem, designadamente, “informar com rigor e isenção, rejeitando o sensacionalismo e demarcando claramente os factos da opinião” [alínea a) do n.º 1], “repudiar a censura ou outras formas ilegítimas de limitação da liberdade de expressão e do direito de informar, bem como divulgar as condutas atentatórias do exercício destes direitos” [alínea b) do n.º 1] e “recusar funções ou tarefas suscetíveis de comprometer a sua independência e integridade profissional” [alínea c) do n.º 1].

Acrescenta o n.º 2, do artigo 14, do mesmo diploma, igualmente, como deveres do jornalista “proceder à retificação das incorreções ou imprecisões que lhes sejam imputáveis” [alínea b)] e “abster-se de formular acusações sem provas e respeitar a presunção de inocência” [alínea c)]. A violação dos deveres referidos e demais previstos, nas suas vertentes deontológicas, dará lugar à responsabilidade disciplinar nos termos previstos no diploma em apreço, sem prejuízo da responsabilidade criminal ou civil.

Conforme determina o n.º 5 do artigo 21, do mesmo diploma, o procedimento disciplinar é conduzido pela Comissão da Carteira Profissional do Jornalista, tendo a mesma legitimidade para desencadeá-lo “mediante participação de pessoa que tenha sido diretamente afetada pela infração disciplinar, ou do conselho de redação do órgão de comunicação social em que esta foi cometida, quando esgotadas

internamente as suas competências na matéria”. Certo é que, para que qualquer cidadão possa reagir contra conteúdo lesivo do seu direito à honra, na sua aceção mais ampla, terá que ter conhecimento mínimo da legislação que regula esta matéria.

Bem sabemos que o desconhecimento, pela generalidade dos cidadãos, dos direitos que lhes são assegurados, nesta e noutras matérias, se espelha na ausência de qualquer reação, contribuindo-se, por conseguinte, para a perpetuação da violação das normas deontológicas jornalísticas. Assim, cremos que o próprio cidadão devia procurar assumir uma postura mais ativa quanto ao conhecimento dos direitos que lhe são garantidos, por forma a promover, ainda que paulatinamente, uma mudança do paradigma da transmissão da informação na sua globalidade.

Ainda em matéria legislativa, foi aprovada, quase em simultâneo, a Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro, que aprova a Lei da Imprensa e estabelece, no artigo 3.º, que as fronteiras que delimitam a liberdade de imprensa são as que “decorrem da Constituição e da lei, de forma a salvaguardar o rigor e a objectividade da informação, a garantir os direitos ao bom nome, à reserva da intimidade da vida privada, à imagem e à palavra dos cidadãos e a defender o interesse público e a ordem democrática”.

Cremos ser relevante evidenciar, no seguimento do exposto, o Código Deontológico dos Jornalistas, que, embora de gênese autorreguladora, é significativo no que respeita à orientação da conduta dos jornalistas. Determina-se naquele diploma que “o jornalista deve relatar os factos com rigor e exatidão e interpretá-los com honestidade”, que “os factos devem ser comprovados, ouvindo as partes com interesses atendíveis no caso” e que “a distinção entre notícia e opinião deve ficar bem clara aos olhos do público”. Acrescenta, ainda, que “o jornalista deve combater a censura e o sensacionalismo e considerar a acusação sem provas e o plágio como graves faltas profissionais” e, ainda, que o “jornalista deve assumir a responsabilidade por todos os seus trabalhos e atos profissionais, assim como promover a pronta retificação das informações que se revelem inexatas ou falsas”.

Importa, por último, sublinhar a Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, que, na sequência da Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa, aprova a Lei do Cibercrime. Este diploma tem como objectivo a promoção da cooperação internacional em matéria penal, no que concerne ao cibercrime e recolha de prova em suporte eletrónico, e preceitua, no artigo 3.º, sob a epígrafe “falsidade informática”, a punição de quem produzir “dados ou documentos não genuínos, com a intenção de que estes sejam considerados ou utilizados para finalidades juridicamente relevantes como se o fossem”. Naturalmente, esta norma é aplicável quer a jornalistas quer a qualquer cidadão, e visa, precisamente, travar a partilha e divulgação de conteúdo falso.

## Direito à Honra *Versus* Liberdade de Expressão e Direito à Informação

Se é certo que a todo e qualquer cidadão é assegurado o direito à honra, designadamente no que concerne à informação divulgada que lhe respeite, não é menos certo notar que, no âmbito de uma sociedade democrática, vigora a liberdade de expressão – consagrada constitucionalmente, no artigo 37 da Lei Fundamental.

Igualmente, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem é consagrado, no artigo 10, que “qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras”.

A mesma liberdade tem vindo a ser defendida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, instituição que visa assegurar o respeito pelos direitos humanos e valores democráticos, em nome da consolidação de uma Europa mais justa<sup>321</sup>.

Não raras vezes, manifestam-se como valores conflitantes, nas hipóteses em que o direito à informação e a liberdade de expressão se encontram contaminados por falácias e inverdades. Todavia, encarar o direito à honra e a liberdade de expressão como valores que se anulam mutuamente não será admissível no seio de uma sociedade movida por valores liberais. Paradigmático do que se afirma é o fato de ambos se encontrarem constitucionalmente protegidos e, por conseguinte, assumirem grau de importância pessoal e social equivalente, pelo que, *a priori*, nenhum dos dois assumirá um patamar hierárquico superior. Este grau equiparado traduz-se em conflitos práticos que, por vezes, assumem alguma complexidade, passando a solução pelo princípio da harmonização. Nem sempre é linear aferir casuisticamente qual dos valores deverá ressaltar, “razão pela qual a resolução do conflito não poderá deixar de assumir uma natureza concreta, esgotando-se em cada caso que resolve”.<sup>322</sup>

---

321 Em 2017, Portugal foi condenado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, num caso que culminou na condenação de um jornalista português pelo crime de difamação, na sequência da redação de uma crítica ao discurso de tomada de posse do então presidente do Supremo Tribunal de Justiça. Considerou a instância em apreço que a limitação da liberdade de expressão não podia assumir contornos tão apertados face à necessidade de proteção do bom nome do visado.

322 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31/01/2017, relator Roque Nogueira, proferido no âmbito do processo n.º 1454/09.5TVLSB. Tratou-se de um litígio mediante o qual quatro autores vieram pedir a condenação da parte contrária ao pagamento de uma indemnização por danos morais, na sequência da publicação de um livro e DVD referentes ao desaparecimento de um dos autores, menor. Adicionalmente, peticionaram a proibição da venda, edição ou divulgação do livro e DVD em apreço. Veio o douto tribunal considerar que “em sede de ponderação dos interesses em causa e seguindo-se uma metodologia de balanceamento adaptada à especificidade do caso, é de concluir ser a liberdade de expressão que, no caso

Ora, a fim de assegurar o pilar democrático da liberdade de expressão, afigura-se essencial que a divulgação de ideias, opiniões, notícias e informação, na sua aceção mais abrangente, seja pautada pela veracidade e exatidão do que se afirma e se transmite. É precisamente neste contexto que urge o combate às *Fake News*, na medida em que a contaminação da verdade por elementos falaciosos traduzir-se-á, em última instância, numa sociedade incapaz de assumir opiniões devidamente informadas e fundamentadas. Além de que a liberdade de expressão baseada em elementos falaciosos não é mais que uma miragem.

Somos da opinião, neste âmbito, que a legislação em vigor em Portugal não é suficiente para assegurar adequadamente a penalização do ato de criação e partilha/divulgação de conteúdo falso, tanto mais que não existe nenhum diploma que incida, especificamente, sobre a temática ora em apreço.

A título ilustrativo, em Singapura, foi aprovado um diploma que visa à penalização da divulgação de notícias falsas, com penas que poderão chegar aos dez anos de prisão. Com a entrada em vigor deste diploma legal, o Governo passa a ter legitimidade para, designadamente, remover conteúdo de plataformas online, inclusivamente em aplicações de conversas privadas. Não estamos, naturalmente, a propor a adoção de medidas de conteúdo idêntico em sede de legislação nacional. Todavia, cremos que urge a criação de legislação específica que preveja penas adequadas a inibir e a punir a prática de criação e divulgação de conteúdo falso, tendo sempre como limite, evidentemente, o princípio da proporcionalidade e o respeito pela liberdade individual, bem como o direito à informação e a liberdade de expressão.

Certo é que o número avassalador de partilhas diárias de *Fake News* através de redes sociais, meios de comunicação social e outros veículos de informação tornaria inoportável a penalização de todo e qualquer ato desta natureza. Esta realidade foi particularmente visível a propósito das eleições presidenciais nos Estados Unidos da América, cenário que propiciou a divulgação em larga escala de *Fake News*, algumas das quais com mais de 900.000,000 partilhas.

---

concreto, carece de maior proteção”, acrescentado, ainda, que “atenta a matéria de facto apurada, o exercício da liberdade de expressão se conteve dentro dos limites que se devem ter por admissíveis numa sociedade democrática hodierna, aberta e plural, atentos os aludidos critérios de ponderação e o referido princípio da proporcionalidade, o que exclui a ilicitude da lesão da honra dos recorrentes”. No mesmo sentido, cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13/07/2017, relator Lopes do Rego, proferido no âmbito do processo 3017/11.6TBSTR. Considerou-se na douda decisão, num caso em que a A. pedia a condenação dos Réus na sequência da publicação de imagens e artigos a seu respeito, que “a circunstância de os artigos em causa serem fundamentalmente artigos de opinião e crítica, tendo subjacentes aspectos de relevante interesse público, por envolverem questões financeiras com reflexos importantes para a autarquia [...], determina que os mesmos se não possam ter-se por civilmente ilícito”.

Ora, atenta a circunstância de uma partilha falsa ter a potencial faculdade de afetar irreversivelmente a imagem do visado, somos a crer que o controlo prévio do conteúdo e respetiva divulgação deveriam assumir contornos categóricos. Cumpre salientar, a este propósito, o conceito de reputação digital, surgido no seio do pleno desenvolvimento do mundo virtual, e que espelha, precisamente, o indubitável poder das impressões ou crenças que a sociedade, no âmbito da realidade digital, cria sobre determinada pessoa.

Certo é que, em Portugal, foi criada pela Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro, a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, pessoa coletiva de direito público, com natureza de entidade administrativa independente, entidade constituída para a regulação e supervisão de todas as entidades que prossigam atividades de comunicação social, designadamente jornais, revistas, conteúdos divulgados na internet, rádio e demais entidades noticiosas. A criação desta entidade vem cumprir o estabelecido previsto no artigo 39 da CRP, que consagra a necessidade de existência de uma entidade adstrita à regulação da comunicação social, por forma a assegurar: “o direito à informação e a liberdade de imprensa” [al. a)]; “a não concentração da titularidade dos meios de comunicação social” (al. b)]; “a independência perante o poder político e o poder económico” [al. c)]; “o respeito pelos direitos, liberdades e garantias pessoais” [al. d)]; “o respeito pelas normas reguladoras das atividades de comunicação social” [al. e)]; “a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião” [al. f)]; “o exercício dos direitos de antena, de resposta e de réplica política” [al. g)]. A previsão desta entidade na Lei Fundamental não tem paralelo: é a única entidade reguladora prevista na CRP, desde que a mesma foi aprovada e decretada em 1976.

Como será de prever, a redação original<sup>323</sup> já sofreu alterações motivadas pela constante evolução do mundo comunicacional, todavia a essência da norma – a proteção do direito à informação – mantém-se. Cremos que esta previsão apenas poderá refletir a relevância que se reconhece, desde sempre, a este setor e aos danos que uma comunicação social pouco cautelosa pode representar no âmbito de uma

---

323 Na disposição original do artigo 39 da CRP, podia ler-se o seguinte: “1. Os meios de comunicação social pertencentes ao Estado, ou a entidades directa ou indirectamente sujeitas ao seu controlo económico, serão utilizados de modo a salvaguardar a sua independência perante o Governo e a Administração Pública.  
2. Será assegurada a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião nos meios de comunicação social referidos no número anterior.  
3. Nos meios de comunicação social previstos neste artigo serão criados conselhos de informação a integrar, proporcionalmente, por representantes indicados pelos partidos políticos com assento na Assembleia da República.  
4. Aos conselhos de informação serão conferidos poderes para assegurar uma orientação geral que respeite o pluralismo ideológico”.

sociedade democrática. Conforme reconhecido pela doutrina constitucional “a complexidade dos meios e dos órgãos, os custos económicos que envolvem, a presença que neles se faz sentir da diversidade e conflitualidade ideológica, as apetências de domínio por parte dos partidos e de outros sujeitos justificam também mecanismos de hétero-regulação”.<sup>324</sup>

Destarte, salvo melhor opinião, defendemos que devia ser asseverada a criação de mecanismos que permitissem, a montante, uma monitorização mais rigorosa das notícias passíveis de partilha e que, a jusante, assegurassem a verificação de informação já partilhada, através do cruzamento de fatos (*fact-checking*). Certo é que tem vindo a assistir-se à expansão de entidades que se ocupam desta verificação, tanto em Portugal como no resto do mundo, através da interseção e comparação de dados devidamente comprovados com notícias que, aparentemente, apresentam uma base falaciosa. Note-se, aliás, que as grandes plataformas de comunicação digital têm vindo a despertar para a necessidade de ter estas entidades de verificação da veracidade do conteúdo partilhado ao seu serviço. Prova do que se afirma são os múltiplos acordos que o Facebook tem vindo a celebrar nesse sentido. Todavia, face à (quase) interminável quantidade de notícias partilhadas diariamente, conforme já evidenciamos *supra*, urge a criação deste tipo de entidade, sob pena de criação de aparentes verdades baseadas em dados manipulados e inexatos, com conseqüente prejuízo político, econômico e social.

## Considerações Finais

A solução para o fenómeno das *Fake News* passará, ainda, por uma mudança de paradigma comunicacional, através do fomento de uma comunicação social livre, mas responsável, para a formação da opinião pública, para a formação dos cidadãos e para a Democracia. Neste sentido, para além das entidades responsáveis, tanto quanto possível, pela verificação conteúdo partilhado, é essencial incitar o espírito crítico de quem procede a essa partilha. Basta pensar, a título exemplificativo, na partilha desenfreada de notícias retiradas das agências de notícias – e, não raras vezes, de forma exatamente idêntica ao texto original – por parte de jornais e revistas encarados pelo público como fidedignos, sem que se proceda a qualquer tipo de verificação prévia dos elementos transmitidos. Tal evidência poderá criar um efeito dominó – permitam-nos a expressão – na divulgação de *Fake News*, na medida em que, caso a notícia original seja falsa, a partilha subsequente por parte de outros meios

---

324 Constituição da República Portuguesa Anotada..., op. Cit., p.877.

de comunicação e pelo público em geral (que crê na veracidade da mesma atentamos o fato de estarem em causa entidades de reconhecido prestígio) terá potencial para atingir efeitos avassaladores, transformando uma irrealidade numa verdade absoluta aos olhos de quem lê. Naturalmente, esta questão suscitaria várias questões práticas na hipótese de se vir a consagrar algum tipo de punição associada à partilha de *Fake News*, desde logo nas situações em que se procede à partilha acreditando na sua veracidade, sem qualquer intenção dolosa. Será, com certeza, um tema que envolve um nível de análise que não nos é permitido nesta breve exposição.

Face ao exposto, somos a concluir que a desinformação associada ao fenómeno das *Fake News*, com consequente afetação do poder de decisão dos indivíduos em geral – cuja opinião viciada por fatos irreais não permite a adoção consciente e informada de uma posição face a determinado tema – só pode ser aniquilada ou, pelo menos, atenuada, com informação rigorosa e imparcial, como é apanágio do jornalismo de qualidade.

## Referências

CATARINO, GABRIEL Acórdão de 06/07/2011. Proferido no âmbito do processo n.º 2619/05.4TVLSB. [Em Linha]. [Consult. 29 ago. 2019]. Disponível: <http://www.dgsi.pt>.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem. [Em Linha]. [Consult. 29 ago. 2019]. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf).

Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro, a Entidade Reguladora para a Comunicação Social. [Em Linha]. [Consult. 29 ago. 2019]. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=588&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=588&tabela=leis).

Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, de 2009. Lei do Cibercrime. [Em Linha]. [Consult. 29 ago. 2019]. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1137&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1137&tabela=leis).

LOBO, Eduarda. Acórdão de 30/10/2013. Proferido no âmbito do processo n.º 1087/12.9TAMTS. [Em Linha]. [Consult. 29 ago. 2019]. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. 2. Ed. Coimbra Editora, 2010, V.1.

# MEDIDAS PARA A CONFORMIDADE PARA USO DE DADOS PESSOAIS EM INVESTIGAÇÕES CORPORATIVAS ANTE AO REGULAMENTO GERAL SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS (RGPD - 2016/679)

---

André Hakime Dutra<sup>325</sup>

## Introdução

**L**egislações internacionais têm moldado as práticas de mercado para grandes corporações, exigindo que as companhias tomem medidas necessárias para que eventuais condutas irregulares por parte de seus colaboradores ou de sua cadeia de fornecedores sejam identificadas visando à prevenção de multas e sanções administrativas.

Em paralelo, o crescente número de casos de fraudes, espionagem industrial e vazamento de informações têm incentivado empresas a ampliarem seus esforços de prevenção e monitoramento de mecanismos de segurança, o que conseqüentemente incrementa o volume de dados preservados.

Com isso, a recolha e tratamento de informações pessoais por corporações têm sido feitos em grande escala, sendo utilizadas ferramentas de análise para correlacionar *logs*, arquivos e eventos com o objetivo de identificar desvios de condutas de funcionários, recuperar dados apagados, identificar corrupção, evitar perda de recursos e vazamento de propriedade intelectual ou industrial.

O cumprimento das melhores práticas de conformidade (do inglês, *compliance*) reduz as chances de aplicações de multas previstas em normas internacionais anti-corrupção como o *FCPA* (Lei Anticorrupção Estadunidense), o *UK Bribery Act* (Lei Anticorrupção Britânica) ou a lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção Brasileira).

---

325 Mestrando em Segurança da Informação pelo Instituto Politécnico de Beja (IPBeja) – Portugal, especialista em sistemas informáticos pela Universidade Federal do ABC (UFABC), especialista em administração pública municipal pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar), Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF) e Bacharel em Sistemas de Informação pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar), possui mais de dez anos de experiência em informática, dos quais grande parte dedicados a investigações forenses corporativas.

O RGPD entrou em vigor em maio de 2018, preconiza que as organizações criem e adaptem procedimentos que permitam o cumprimento das novas normas de proteção de dados, bem como a criação de mecanismos de controlo mais eficazes, no sentido de garantir o cumprimento da norma.

O objetivo do presente artigo é apresentar as principais medidas a serem tomadas para assegurar que a preservação de dados pessoais em investigações corporativas seja conduzida de maneira aderente ao Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (em inglês *General Data Protection Regulation*, ou RGPD, sigla a ser utilizada no restante do presente artigo).

## Princípios Basilares do RGPD

A privacidade do indivíduo nas plataformas de informação é o ponto central do RGPD, assim foram definidos diversos princípios basilares que em suma requerem que sejam tomadas “medidas técnicas adequadas para assegurar um nível de segurança adequado ao risco” (Art.º 32.º 1 c).

Tais medidas devem minimizar o risco de vazamentos, e caso ocorram vazamentos, reduzir o impacto, ou seja, o legislador reconhece que segurança da informação é um tema complexo e que não existe solução perfeita, mas exige que companhias tomem as medidas mínimas possíveis para incrementar a proteção dos dados pessoais, dentre os quais se destacam:

- Registro de manuseamento de dados pessoais: obrigatório o registo histórico de todas as atividades com o manuseamento dos dados pessoais, incluindo detalhes de datas, quem manuseou e qual tratamento dado.
- Prazo de resposta em incidentes: em caso de violação de dados pessoais, o responsável pelo tratamento deve notificar a autoridade responsável até 72 horas após ter tido conhecimento dela. Caso este prazo não seja cumprido, a notificação à autoridade de controlo deve ser acompanhada dos motivos do atraso.
- Direito aos dados: Similar ao instituto do *habeas data* do direito brasileiro, o titular dos dados tem o direito de receber os dados pessoais que lhe digam respeito e que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento e o direito de transmitir esses dados a outro responsável pelo tratamento.
- Direito ao esquecimento: o titular dos dados tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada. Note-se que esse princípio não é definitivo, não se sobrepõe às imposições legais de preservação de dados (como nos casos de

cumprimento de um contrato em andamento ou da preservação dos dados fiscais para eventuais auditorias governamentais em prazo legal).

- Limite territorial dos dados: transferência de dados pessoais para outros países (especialmente fora da União Europeia) só pode ser realizada com consentimento explícito do detentor dos dados e/ou por autorização judicial.
- Confidencialidade e Integridade dos dados: os dados pessoais são confidenciais e devem ser tomadas medidas adequadas de segurança da informação para garantir que os dados não sejam acessados por terceiros não autorizados, bem como que os dados sejam íntegros com o que foi fornecido (não sejam alterados).
- Responsável pela proteção dos dados: empresas que fazem tratamento de dados pessoais sensíveis ou que tratem de grande escala de dados (organizações de grande porte ou com dados de muitos indivíduos) devem designar um responsável pelo tratamento dos dados, chamado de DPO (*Data Protection Officer*). O Regulamento requer a que o responsável pelo tratamento e o subcontratante apliquem medidas técnicas e organizativas adequadas para assegurar um nível de segurança adequado, nomeadamente através de cifragem dos dados pessoais, a capacidade de assegurar a confidencialidade, integridade, disponibilidade e resiliência permanentes dos sistemas e dos serviços de tratamento e a capacidade de restabelecer a disponibilidade e o acesso aos dados pessoais de forma atempada no caso de um incidente físico ou técnico.
- Punição pelo descumprimento: segundo o parágrafo 5 do artigo 83 do RGPD, se as empresas descumprirem as obrigações legais, nos casos menos graves, a multa poderá ter um valor até 10 milhões de Euros ou 2% do volume de negócios anual a nível mundial, em casos mais graves ou com reincidência, são estabelecidas sanções que podem chegar até aos 20 milhões de Euros, ou até 4% do volume de negócios anual, total a nível mundial correspondente ao exercício financeiro anterior (o que for mais elevado, proporcionalmente ao dano causado e ao poder económico da empresa).
- A opção legislativa de definir valores elevados visa justamente dissuadir os responsáveis das empresas a cumprirem a lei e tais medidas de multas administrativas não impedem que sanções criminais sejam aplicadas aos indivíduos responsáveis pela gestão e tratamento de dados.

## Conceitos RGD

### Diferenças entre Dados Pessoais e Informação Pessoal Identificável

As normas internacionais já existentes tratam de diversos pontos que, por vezes, se confundem com os conceitos apresentados no RGD, dentre eles o conceito de Informação Pessoal Identificável e Dados Pessoais.

A Informação Pessoal Identificável (em inglês *Personally Identifiable Information*, ou PII) é qualquer informação que possa ser utilizada direta ou indiretamente para um indivíduo, como o nome, número do passaporte, data de nascimento, logradouro, opção sexual, endereço IP ou MAC, registro biométrico (impressão digital, íris ou DNA), entre outros.

Dados pessoais é um conceito mais amplo, visto pelo RGD como um direito fundamental, abrangendo desde as Informações Pessoais Identificáveis até quaisquer informações individuais, isto é, compreendem-se todos os dados que podem ser considerados como Informação Pessoal Identificável, bem como dados subjetivos, como arquivos e textos redigidos, fotografias, conversas, opiniões, registros de localização ou fatores físicos, genéticos, psicológicos, socioculturais, entre outros dados imateriais que concernem ao indivíduo.

A definição de dados pessoais é complexa, tendo em vista que o conceito pode variar de acordo com os valores individuais:

É evidente a dificuldade de determinar de modo geral o alcance da intimidade ou privacidade da informação referente a uma pessoa, atendendo a que cada qual tem necessidades pessoais e conseqüentemente percepções próprias acerca do âmbito que pretende preservar do alcance dos outros<sup>326</sup>.

### Conceitos de Responsável pelo Tratamento, Titular dos Dados de Custodiado

O RGD traz termos que se confundem com os conceitos aplicados em investigações corporativas, entretanto há que se salientar as diferenças intrínsecas trazidas pelo novo regulamento.

---

326 CORREIA, Miguel J. Pupo. Retenção de dados de comunicações. In: Lusíada. Direito, n. 7, 2010.

Nas investigações corporativas, existe o conceito de “custodiado”, que é uma testemunha ou investigado que tem controle de documentos ou arquivos eletrônicos armazenados em sistemas informáticos. Por exemplo, “o custodiante de um e-mail é o titular da caixa de correio eletrônico que contém a mensagem”.<sup>327</sup>

Via de regra, o custodiado é uma pessoa física, podendo ser uma pessoa jurídica (em casos em que existem sistemas compartilhados por diversos usuários em que não seja possível identificar o titular dos arquivos gerados, como pastas compartilhadas ou sistemas cujo acesso se dá sem nenhum tipo de autenticação ou com uma autenticação compartilhada entre diversos indivíduos).

Similar ao custodiado, o RGPD faz referência ao “Titular dos Dados” que, apesar de não ter uma definição direta na lei, está referenciado no art. 4º, inciso 1 quando define que dados pessoais são “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (titular dos dados)”.<sup>328</sup>

Deste modo, o custodiado pode ser uma pessoa jurídica (ou coletiva), que possui controle sobre arquivos, enquanto o Titular dos Dados Protegidos pelo RGPD sempre é uma pessoa física (ou natural).

Por outro lado, o RGPD traz o conceito de Responsável pelo Tratamento, nesse caso podem ser tanto pessoas físicas, quanto pessoas jurídicas, sendo os responsáveis pela decisão do tratamento dos dados, como definido no art. 4º, inciso 7:

[...] a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, a agência ou outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outras, determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios desse tratamento sejam determinados pelo direito da União ou de um Estado-Membro, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos aplicáveis à sua nomeação podem ser previstos pelo direito da União ou de um Estado-Membro.<sup>329</sup>

Já o artigo 5º do RGPD pressupõe que o controlador seja responsável por demonstrar o cumprimento dos princípios relativos ao tratamento dos dados

---

327 EDM, Decoding GDPR. Universidade de Duke Revista Juridicature, Vol102 nº1. 2018. Disponível em: <<https://judicialstudies.duke.edu/wp-content/uploads/2018/04/JUDICATURE102.1-GDPR.pdf>>. Acesso em: 25 de Jul. 2019.

328 RGPD. Regulamento UE 2016/679 (RGPD). Jornal Oficial da União Europeia. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1465452422595&uri=CELEX:32016R0679>>. Acesso em: 25 de jul. 2019.

329 CALDER, Alan. EU GDPR: A Pocket Guide, School's edition. IT Governance Publishing Ltd. 2018. Disponível em: <[https://books.google.cz/books?id=e2xvDwAAQBAJ&chl=pt-BR&source=gbs\\_navlinks\\_](https://books.google.cz/books?id=e2xvDwAAQBAJ&chl=pt-BR&source=gbs_navlinks_)>. Acesso em: 20 jan. 2019.

pessoais, dos quais se destacam a transparência, legalidade do tratamento, equidade, minimização da exposição, confidencialidade e limitação do armazenamento.

## **Conformidade e Investigação Corporativas**

### **Uso de Dados Pessoais em Investigações Corporativas**

O RGPD é regido por princípios que visam à preservação da privacidade dos utilizadores de plataformas de informação ante o processamento e análise indiscriminada de dados privados. O conceito principal decorre da comercialização de dados privados, análises discriminatórias e reutilização de bases para fins diferentes do contexto original em que os dados foram disponibilizados.

Existe uma aparente tensão entre as legislações de proteção de dados e as legislações anticorrupção, bem como regras de conformidade internacionais que regem os processos de investigação corporativa, uma vez que a atividade principal das investigações é a preservação e análise em larga escala de dados de indivíduos.

Essas análises decorrem, em grande parte, de obrigações jurídicas provenientes de tais legislações, situações compatíveis com a exceção do art. 6º do RGPD.

Ainda assim, medidas devem ser tomadas para garantir que o tratamento dos dados seja feito de maneira adequada, com medidas mínimas de segurança para assegurar que os direitos do indivíduo são garantidos.

O artigo 12 do regimento prevê que todo o tratamento de dados deve ser feito com total transparência ante a complexidade tecnológica, de modo que o titular dos dados compreenda exatamente para que fins seus dados estejam sendo coletados e quem tem acesso:

O responsável pelo tratamento toma as medidas adequadas para fornecer ao titular as informações a que se referem os artigos 13 e 14 e qualquer comunicação prevista nos artigos 15 a 22 e 34 a respeito do tratamento, de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, utilizando uma linguagem clara e simples, em especial quando as informações são dirigidas especificamente a crianças.<sup>330</sup>

Em seu artigo 22, o titular de dados tem o direito de “não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada com base no tratamento automatizado de dados”, isso significa que quaisquer decisões tomadas exclusivamente por sistema automatizado, cerceando seu direito de defesa é nula de pronto.

---

330 Ibid.

As exceções a essa regra são quando a decisão é baseada no consentimento explícito do usuário titular dos dados, consentimento este que deve ser corroborado com o artigo 12 supracitado, quando for necessária para a celebração de um contrato (como no preenchimento dos dados cadastrais para a celebração do contrato em que se valida que os dados preenchidos são inconsistentes), ou quando for autorizada pela união europeia ou algum dos estados-membros e que estejam previstas medidas para salvaguardar os direitos e liberdades do titular.

De qualquer modo, o responsável pelo tratamento de dados deve utilizar-se de todos os meios para salvaguardar a proteção à privacidade dos dados do titular, garantindo que ao menos exista um meio de “intervenção humana para manifestar seu ponto de vista e contestar a decisão” (item 3 do artigo 22).

A razão 71 detalha claramente os motivos da existência dos artigos 21 e 22, sendo que o principal caso apresentado é evitar a recusa automática em sistemas de pedidos de crédito ou discriminação automática por plataforma de recrutamento:

O titular dos dados deverá ter o direito de não ficar sujeito a uma decisão, que poderá incluir uma medida, que avalie aspetos pessoais que lhe digam respeito, que se baseie exclusivamente no tratamento automatizado e que produza efeitos jurídicos que lhe digam respeito ou o afetem significativamente de modo similar, como a recusa automática de um pedido de crédito por via eletrónica ou práticas de recrutamento eletrónico sem qualquer intervenção humana. Esse tratamento inclui a definição de perfis mediante qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais para avaliar aspetos pessoais relativos a uma pessoa singular, em especial a análise e previsão de aspetos relacionados com o desempenho profissional, a situação económica, saúde, preferências ou interesses pessoais, fiabilidade ou comportamento, localização ou deslocações do titular dos dados, quando produza efeitos jurídicos que lhe digam respeito ou a afetem significativamente de forma similar.<sup>331</sup>

Esse mecanismo foi desenvolvido visando evitar tanto que discriminações fossem perpetradas por algoritmos eletrónicos que criem regras definindo que determinados perfis de usuários merecem maior desconfiança, quanto para evitar injustiças causadas por erros de programação ou mesmo dos dados constantes na base.

---

331 RGPD. Regulamento UE 2016/679 (RGPD). Jornal Oficial da União Europeia. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1465452422595&curi=CELEX:32016R0679>>. Acesso em: 25 de jul. 2019.

Bem como o artigo 21 trata do direito à oposição, isto é, o usuário tem direito a se opor a qualquer momento ao tratamento de dados que lhe digam respeito como indivíduo, não havendo a necessidade de justificação (solicitação pode ser feita com base em fundamentos particulares), devendo o responsável pelo tratamento cessar imediatamente o uso de seus dados a não ser que existam algumas razões “imperiosas e legítimas para esse tratamento que prevaleçam sobre os interesses, direitos e liberdades do titular dos dados, ou para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial”.<sup>332</sup>

A exceção apresentada anteriormente, por exemplo, é quando se trata de investigação privada a fim de elucidar possíveis casos de corrupção corporativa em que a empresa precise atender a outras normas, como a americana *FCPA*, a britânica *UK Bribery Act*, a Lei Anticorrupção Portuguesa (Lei N.º 36/94) ou a Lei Anticorrupção Brasileira (lei 12.846/2013).

Assim elucidado na razão 72:

A definição de perfis está sujeita às regras do presente regulamento que regem o tratamento de dados pessoais, como o fundamento jurídico do tratamento ou os princípios da proteção de dados. O Comité Europeu para a Proteção de Dados criado pelo presente regulamento (“Comité”) deverá poder emitir orientações nesse âmbito.<sup>333</sup>

Ainda que as razões não tenham força de lei, elas indicam como o parlamento espera que seja implementado nos estados-membros, e servem de guia para decisões judiciais nos casos em que dependa de clareza legal.

As investigações corporativas tendem a preservar o máximo de dados corporativos possíveis com o intuito de evitar que em eventuais persecuções judiciais haja questionamento da autoridade investigadora quanto à destruição de provas e/ou obstrução de justiça.

Dados esses provenientes de dispositivos de uso individual (como computadores, telefones inteligentes, dispositivos de armazenamento) e sistemas (programas de cadastro, pastas compartilhadas em servidores, armazenamento em nuvem).

Tendo em vista a dualidade de o dispositivo ser individual, ainda que disponibilizado pela corporação, existem dados pessoais armazenados e que conseqüentemente

---

332 RGPD. Regulamento UE 2016/679 (RGPD). Jornal Oficial da União Europeia. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1465452422595&uri=CELEX:32016R0679>>. Acesso em: 25 de jul. 2019.

333 Ibid.

são coletados, inseridos em plataformas de revisão e eventualmente com acesso disponibilizado a terceiros, como escritórios de advocacia, empresas de auditoria e órgãos públicos.

Essa abordagem se contrapõe aos princípios do RGPD, que visam garantir a privacidade do indivíduo e a preservação mínima de seus dados.

## **Estratégias de Conformidade de Investigações Corporativas ao RGPD**

Ainda que as investigações corporativas se enquadrem nas exceções legais listadas no artigo 6º, inciso 1, item c, isto é, o tratamento de dados se dá por exigência de obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito. A forma como esse tratamento de dados é feito, entretanto, deve levar em consideração riscos inerentes à operação, como a exposição dos dados a terceiros e potenciais vazamentos.

Para evitar as punições supracitadas, existem diversas medidas que podem ser introduzidas nas etapas de investigação corporativa tendo por objeto aumentar a proteção dos dados, garantindo assim uma análise aderente ao RGPD.

### **Cadeia de Custódia e Consentimento**

Muito embora, em geral, as investigações corporativas sejam efetuadas por obrigação legal externa, defesa de interesse público ou como medida de auditoria interna e o consentimento seja acessório, o consentimento pode ser uma medida acessória para garantir a boa fé do controlador dos dados.

As cadeias de custódia são documentos que comprovam a trilha de movimentação de um dispositivo ou evidência em uma investigação, mantendo o registro de cada indivíduo que teve acesso aos dispositivos que armazenam dados, horários e finalidades.

Com o advento do RGPD, as cadeias de custódia podem ser incrementadas com mecanismos que assegurem o consentimento do titular dos dados, como a inserção de um campo para escrita de frase atestando confirmação do consentimento, bem como detalhamento de quais as atividades que serão executadas com os dados.

O artigo 7º do RGPD define os parâmetros do consentimento, devendo estar claro para o titular dos dados quais os motivos que os dados estão sendo coletados, o direito de retirar o consentimento a qualquer momento e eventuais razões contratuais que garantem à organização o poder de realizar tais atos. O controlador deve

ser capaz de provar o consentimento livre e inequívoco do titular dos dados, como apresentado na razão 32:

O consentimento do titular dos dados deverá ser dado mediante um ato positivo claro que indique uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca de que o titular de dados consente no tratamento dos dados que lhe digam respeito, como por exemplo mediante uma declaração escrita, inclusive em formato eletrônico, ou uma declaração oral. [...] O consentimento deverá abranger todas as atividades de tratamento realizadas com a mesma finalidade. Nos casos em que o tratamento sirva para fins múltiplos, deverá ser dado um consentimento para todos esses fins. [...].<sup>334</sup>

### **Limitar Coleta e Processamento para Dentro da Jurisdição dos Dados**

A recolha de dados eletrônicos de maneira forense pode ser realizada através de algumas abordagens distintas, a principal é a coleta física dos discos rígidos, em que é preservada a totalidade dos dados neles contidos (incluindo-se áreas não alocadas), a coleta lógica (em que são preservados todos os arquivos disponíveis, excluindo-se as áreas não alocadas) e a coleta direcionada (em que são preservados apenas diretórios ou arquivos específicos que são objeto da análise).

Cada uma das abordagens tem vantagens e desvantagens, sendo que a primeira preserva mais dados e permite que arquivos deletados sejam recuperados, enquanto as demais preservam menos dados e permitem que o consentimento do usuário seja mais explícito com relação aos dados a serem analisados.

Visando atender ao RGPD e reduzir a superfície de impacto em uma eventual falha de segurança que possa vir a tornar públicos dados dos usuários, uma abordagem possível é reduzir o volume de dados coletados, isto é, filtrar os diretórios, escolher palavras-chave, datas ou formatos de arquivos específicos, coletando apenas o necessário para a execução da análise.

A recolha direcionada é uma ferramenta especialmente relevante, quando há incidência de dados pessoais sensíveis nos dispositivos, principalmente quando a investigação corporativa identifica que dados da companhia estão contidos em dispositivos pessoais.

Ainda que a coleta direcionada ou a coleta lógica limitem a análise, em muitos casos, a preservação apenas da caixa postal e pastas compartilhadas em rede são suficientes para verificar indícios de atividades suspeitas e, assim, proceder para uma

---

334 Ibid.

segunda fase, em que é feita a preservação total dos dispositivos, evitando a coleta indiscriminada de dados pessoais.

Essas abordagens devem diferir caso a caso, a depender do que está sendo investigado e quais informações se têm de antemão, mas reduzir o volume de dados coletados reduz o risco de desrespeitar o RGPD.

## Limitar Acessos

Durante as investigações corporativas é possível utilizar plataformas que seguem a metodologia *Privacy by Design*, em que os dados são armazenados de maneira criptografada em servidores em que apenas pessoas autorizadas têm acesso e todas as operações são registradas, permitindo a auditoria de quem viu ou realizou qualquer operação nos dados.

Existem plataformas com essa finalidade específica e são chamadas plataformas de *eDiscovery* (em tradução livre, investigação eletrônica), e contam com ferramentas diversas que são importantes para outros tópicos do presente artigo, como criptografia, segregação de poderes (determinadas ações somente podem ser realizadas com dois ou mais envolvidos), registro de auditoria, sistemas de mascaramento de textos produzidos, buscas por palavras-chave, entre outros.

Dentre os registros que podem ser implementados, incluem-se dados de contato de quem efetua o processamento e análise dos dados, categorias de processamento, registros de todas as vezes que os dados foram extraídos da base de dados e notas ou categorizações que foram aplicados aos dados durante as análises.

Adicionalmente, é importante que sempre que possível os dados sejam analisados e processados dentro do território onde foi coletado, e se houver a necessidade de extrair dados para fora da União Europeia, realizar o mascaramento de dados pessoais e limitar o escopo ao mínimo necessário.

Transferência de dados é um significativo fator de risco para o RGPD, especialmente para países fora da UE. Uma estratégia é utilizar um provedor de serviços de *eDiscovery* local para processar e armazenar os dados coletados na UE. A revisão dos dados pode ser realizada de maneira remota pelo time de investigação do caso ou por advogados contratados localmente (uma ótima opção para revisão de documentos em língua estrangeira). Nessa abordagem, apenas os documentos efetivamente produzidos para o caso são transferidos.<sup>335</sup>

---

335 Adaptada de GEIB, Helen. 2018.

## Limitar Escopo

Medidas de limitação de escopo de análise garantem que os casos sejam mais objetivos, reduzindo o tempo de análise e preservando a privacidade dos indivíduos.

Dentre as abordagens clássicas mais efetivas, estão a utilização de palavras-chave (são definidos termos que podem corresponder a documentos relevantes ao caso, assim não são analisados documentos que não correspondam aos termos), a utilização de filtros de datas (limita-se o período temporal da análise de modo a reduzir o volume de documentos não relacionados à investigação), limitação dos indivíduos em comunicações (definem-se quais são os indivíduos potenciais relevantes para o caso, ignorando-se assim conversas e documentos trocados com quem não faz parte da investigação).

## Uso de Inteligência Artificial na Filtragem dos Dados

Além das abordagens clássicas, a utilização de inteligência artificial e análise probabilística pode ser ferramenta relevante para a priorização na identificação de documentos a serem analisados por revisores.

Note-se que não é a tomada de decisão automatizada com base em perfis, item vedado pelo artigo 22 do RGPD, e sim a filtragem de documentos que serão analisados por seres humanos.

O aprendizado de máquina é conduzido por diversas etapas, iniciando-se com os dados sendo processados em uma plataforma de revisão, palavras-chave aplicadas e a classificação de uma amostragem dos documentos feita por humanos para treinamento do sistema; em seguida, os resultados são processados por um programa inteligente que disponibiliza apenas os dados mais potencialmente relevantes com base no treinamento recebido.

## Limitar Exportação de Documentos

Como mencionado anteriormente, ferramentas de *eDiscovery* podem auxiliar no mascaramento de dados pessoais e sempre que houver a necessidade de exportar documentos, medidas de segurança adicionais devem ser implementadas, como a criação de um *container* criptografado e o envio dos arquivos através de plataformas seguras com as chaves de criptografia do *container* sendo enviadas por meios distintos.

Adicionalmente, é possível limitar quais investigadores têm permissão de exportar arquivos da plataforma e gerar um registro de exportações e finalidades. De todo modo, a exportação de dados deve ser considerada como último fator, sendo preferível dar acesso limitado aos interessados e/ou reduzir os dados exportados ao mínimo necessário.

Ao armazenar ou exportar dados para “países terceiros”, isto é, países fora da UE, seja para análise ou meramente armazenamento “o RGPD especifica que os dados apenas podem ser transferidos para ‘países terceiros’ se a Comissão Europeia estabelecer que o ‘país terceiro’ tem um nível adequado de proteção legal”.<sup>336</sup>

### **Pseudoanonimização e Anonimização**

A pseudoanonimização dos dados consiste em reduzir o número de dados específicos do usuário, substituindo por códigos de identificação (que podem ser consultados por uma tabela externa) visando dificultar o entendimento de terceiros que não tenham acesso à tabela auxiliar, enquanto a anonimização consiste em uma completa substituição ou ocultação dos dados pessoais, que tornaria irreversível ou extremamente difícil a identificação do usuário.

Ferramentas de *eDiscovery* permitem que sejam aplicadas marcações digitais nos arquivos eletrônicos (em inglês, *redactions*), que cobrem dados pessoais ou dados irrelevantes para a análise, desse modo conteúdo privados são anonimizados, atendendo ao princípio dos artigos 4º e 5º do RGPD:

O tratamento de dados pessoais de forma que deixem de poder ser atribuídos a um titular de dados específico sem recorrer a informações suplementares, desde que essas informações suplementares sejam mantidas separadamente e sujeitas a medidas técnicas e organizativas para assegurar que os dados pessoais não possam ser atribuídos a uma pessoa singular identificada ou identificável (Art.º 4º. 5º. do RGPD).<sup>337</sup>

Pesquisa recente demonstre que “poucos atributos são suficientes para re-identificar com grande confiança indivíduos em bases de dados extremamente

---

336 EDRM, 2018.

337 CALDER, Alan. EU GDPR: A Pocket Guide, School's edition. IT Governance Publishing Ltd. 2018. Disponível em: <[https://books.google.cz/books?id=e2xvDwAAQBAJ&chl=pt-BR&source=gbs\\_navlinks\\_](https://books.google.cz/books?id=e2xvDwAAQBAJ&chl=pt-BR&source=gbs_navlinks_)>. Acesso em: 20 jan. 2019.

incompletas [...] ainda que a população de dados únicos seja baixa, [...] muitos indivíduos ainda correm o risco de serem reidentificados por um atacante”.<sup>338</sup>

Desse modo, o RGPD reconhece que a anonimização total não é possível, mas requer que medidas sejam tomadas para que o esforço para a reidentificação seja grande e se possível dependa de dados que provenham de outras fontes. “As ferramentas de marcação são a chave para a conformidade com o RGPD. Todos os litigantes são familiarizados com redação de informações privilegiadas e informações pessoais identificáveis (PII)”.<sup>339</sup>

Anonimização e marcações digitais podem ser aplicadas sob demanda, isto é, um indivíduo aponta quais são seus dados pessoais e eles são removidos da plataforma ou anonimizados.

A pseudoanonimização é o “processo dos dados de tal modo que os dados pessoais não possam mais ser atribuídos a determinado sujeito sem o conhecimento de informações adicionais”.<sup>340</sup>

## **Criptografia**

Tanto na plataforma de revisão quanto nas etapas de extração, filtragem e processamento, é possível implementar criptografia nos dados analisados em investigações corporativas, assim apenas pessoas autorizadas teriam acesso.

Ademais, é importante que a chave de criptografia seja mantida segura e evitar que os dados sejam acessados de fora da plataforma de revisão.

## **Direitos de Acesso e Remoção**

Como mencionado no capítulo sobre os princípios do RGPD, o titular dos dados tem direito ao acesso a todos os dados processados que sejam relacionados

---

338 ROCHER, Luc; HENDRICKX, Julien M; DE MONTJOYE, Yves-Alexandre. Estimating the success of re-identifications in incomplete datasets using generative models. *Nature Communications*. Artigo 3069 (2019). Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/s41467-019-10933-3>>. Acesso em: 25 de jul. 2019.

339 GEIB, Helen. eDiscovery Strategies to Reduce GDPR Risk. ACEDS (Association of Certified E-Discovery Specialists). 26 de julho de 2018. Disponível em: <<https://blog.aceds.org/ediscovery-strategies-to-reduce-gdpr-risk/>>. Acesso em: 25 de jul. 2019.

340 CALDER, Alan. EU GDPR: A Pocket Guide, School's edition. IT Governance Publishing Ltd. 2018. Disponível em: <[https://books.google.cz/books?id=e2xvDwAAQBAJ&chl=pt-BR&source=gbs\\_navlinks\\_](https://books.google.cz/books?id=e2xvDwAAQBAJ&chl=pt-BR&source=gbs_navlinks_)>. Acesso em: 20 jan. 2019.

a ele, isso está previsto no art. 15: “o direito de aceder aos seus dados pessoais e às seguintes informações: a) As finalidades do tratamento dos dados; b) As categorias dos dados pessoais em questão”.<sup>341</sup>

Juntamente ao direito de acesso estão os direitos de retificação (art. 16), direito de limitação do tratamento (art. 18) e o direito ao apagamento e remoção dos dados (art. 17).

Importante ressaltar que esses direitos são relativos, uma vez que só se aplicam nos casos em que não interfiram em outras relações jurídicas e direitos de outros indivíduos, isto é, o usuário não pode solicitar a remoção de dados quando persiste uma obrigação jurídica de preservação (por exemplo, quando a investigação interna é parte de defesa da organização para responder a uma solicitação judicial), bem como não pode solicitar acesso ilimitado aos seus dados pessoais quando isso inclui dados de terceiros (por exemplo, quando uma mensagem entre dois indivíduos em uma organização inclui referência ao investigado, isto é, dados do investigado são acessórios aos dados de terceiros e o acesso dele causaria um risco aos dados de terceiros).

## **Após Prazo Legal, Apagar**

O direito ao esquecimento é um conceito jurídico presente em diversos ordenamentos jurídicos, mas teve sua relevância elevada após o caso *Google Spain SL, Google Inc. vs Agencia Española de Protección de Datos*,<sup>342</sup> em que foi tratada a responsabilidade dos motores de busca pelo tratamento de dados pessoais ainda que estes surjam em sites de terceiros.

Tal entendimento tem por objetivo “impedir a difusão de informação pessoal através da internet quando a sua publicação não cumpre com os requisitos de adequação e pertinência previstos na normativa, limitando a difusão universal e indiscriminada de dados pessoais nos motores de busca gerais quando a informação é obsoleta ou já não tem relevância nem interesse público”.<sup>343</sup>

Desse modo, entende-se que a informação que não tenha mais relevância para o interesse público, não precisa mais ser preservada, isto é, tratando-se de informação

---

341 Idem nota 4.

342 TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção). Acórdão do processo C – 131/12. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT>>. Acesso em: 18 de jul. 2019.

343 YÁÑEZ, Sofia. Reclamar o Direito ao esquecimento. JusJornal, N.º 2509. 23 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/noticias/2016/12/internet-reclamar-o-direito-ao-esquecimento/>>. Acesso em: 22 de jul. 2019.

obsoleta, sua preservação deixa de trazer benefícios, enquanto continua a ser um risco para a organização, uma vez que subsiste o risco de vazamentos decorrentes da exploração de falhas através do surgimento de novas tecnologias ou pela operação dos dados de maneira inadequada pelos usuários.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito ao esquecimento é sintetizado no enunciado 531 da VI jornada de direito civil:

A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.<sup>344</sup>

Sempre que os dados tiverem seu uso cessado ou o tempo de preservação legal excedido devem ser removidos, evitando que os dados pessoais sejam acessados por terceiros não autorizados.

## Conclusão

O RGPD foi criado para harmonizar as diversas leis de proteção de dados existentes nos estados-membros da União Europeia, assim garantindo direitos mínimos, princípios basilares e multas severas para organizações que não cumpram as leis.

Em um primeiro momento, é possível vislumbrar um conflito aparente entre o RGPD e as leis anticorrupção, em que o RGPD visa à proteção dos dados individuais, processando-se o mínimo de dados necessário com consentimento do titular dos dados, enquanto as investigações corporativas têm por atividade principal o processamento em larga escala e revisão de dados de indivíduos membros de organizações.

O conflito, entretanto, é apenas aparente, uma vez que o próprio regimento traz exceções que garantem que as investigações sejam conduzidas se tiverem por escopo o interesse público, a resposta a solicitações judiciais ou o respeito a outras obrigações jurídicas.

---

344 CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado 351. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/>>. Acesso em: 23 de jul. 2019.

Por outro lado, organizações que realizam esses tipos de investigações precisam adequar-se à nova legislação e implementar mecanismos que aumentem a maturidade do tratamento dos dados pessoais, assim restringindo o acesso apenas aos agentes interessados da investigação, adicionando criptografia sempre que possível, e mantendo um controle de quais dados foram visualizados e exportados, restringindo dados sensíveis e permitindo que o investigado possa ter acesso aos dados.

## Referências

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VI Jornada de Direito Civil**. Enunciado 351. Disponível em: < [www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/](http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/)>. Acesso em: 23 de jul. 2019.

CORREIA, Miguel J. Pupo. “Retenção de dados de comunicações”. In: Lusíada. **Direito**, n.7, 2010.

MASSENO, Manuel David. Da anonimização, pseudoanonimização e cifragem em tempos de Big Data. **Conferência sobre Regulamento Geral de Proteção de Dados**. Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados, 2019.

CALDER, Alan. **EU GDPR: A Pocket Guide**, School’s edition. IT Governance Publishing Ltd. 2018. Disponível em: <[https://books.google.cz/books?id=e2xvDwAAQBAJ&hl=pt-BR&source=gbs\\_navlinks\\_s](https://books.google.cz/books?id=e2xvDwAAQBAJ&hl=pt-BR&source=gbs_navlinks_s)>. Acesso em: 20 jan. 2019.

GDPR Tracker Penalties. **Bird & Bird**. Disponível em: <<https://www.twobirds.com/en/in-focus/general-data-protection-regulation/gdpr-tracker/penalties>>. Acesso em: 20 fev.2019.

EDRM, Decoding **GDPR**. Universidade de Duke **Revista Judicature**, Vol.102, nº1. 2018. Disponível em: <<https://judicialstudies.duke.edu/wp-content/uploads/2018/04/JUDICATURE102.1-GDPR.pdf>>. Acesso em: 25 de jul. 2019.

GEIB, Helen. **eDiscovery Strategies to Reduce GDPR Risk**. ACEDS (Association of Certified E-Discovery Specialists). 26 de julho de 2018. Disponível em: <<https://blog.aceds.org/ediscovery-strategies-to-reduce-gdpr-risk/>>. Acesso em: 25 de jul. 2019.

RGPD. **Regulamento UE 2016/679 (RGPD)**. Jornal Oficial da União Europeia. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1465452422595&uri=CELEX:32016R0679>>. Acesso em: 25 de jul. 2019.

ROCHER, Luc; HENDRICKX, Julien M; DE MONTJOYE, Yves-Alexandre. Estimating the success of re-identifications in incomplete datasets using generative models. **Nature Communications**. Artigo 3069 (2019). Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/s41467-019-10933-3> >. Acesso em: 25 de jul. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção). Acórdão do processo C-131/12. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT> >. Acesso em: 18 de julho de 2019.

YÁÑEZ, Sofia. **Reclamar o Direito ao esquecimento**. JusJornal, N.º 2509, 23 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/noticias/2016/12/internet-reclamar-o-direito-ao-esquecimento/> >. Acesso em: 22 de jul. 2019.

# O MARCO CIVIL DA INTERNET, LEI 12.965/2014: MAIS UMA LEI DE DIREITO MATERIAL BRASILEIRA

---

**Claudio Joel Brito Lóssio<sup>345</sup>**  
**Coriolano Aurélio Almeida Camargo Santos<sup>346</sup>**

## Introdução

**A** Lei 12.965 de 2014, também conhecida como a Lei do Marco Civil da Internet (MCI), é uma legislação de Direito Material que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

A problemática em questão é: pode um Tribunal ignorar o direito material presente na Lei do Marco Civil da Internet buscar fundamentos em legislações de

---

345 Mestrando em Ciências Jurídicas pela UAL - Universidade Autónoma de Lisboa - Portugal (2017-); Mestrando em Engenharia de Segurança Informática pelo IPBEJA - Instituto Politécnico de Beja - Portugal (2018-); pós-graduado em Direito Digital & Compliance pela Damásio Educacional (2017-2018), pós-graduado em Direito Penal e Criminologia pela URCA - Universidade Regional do Cariri (2016-2018), pós-graduado em Direito Notarial e Registral pela Damásio Educacional (2017-2018), pós-graduado MBA Executive em Gestão de TI pela FACEAR - Faculdade Educacional Araucária (2017-2018). Pós-graduando em Engenharia de Software pela PUC-MG (2018-); Certificado DPO - Data Protector Officer pela Universidade de Nebrija - Madrid - Espanha (2018); Certificação DevOps; Certificação Scrum; Membro do LAb UbiNET - IPBeja; Advogado. Palestrante Nacional e Internacional. Professor.

346 PhD. Advogado. Diretor Titular-Adjunto do Departamento Jurídico da FIESP. Conselheiro Estadual eleito da OAB/SP (2013/2018). Presidente da Comissão de Direito Digital e Compliance da OAB/SP. Mestre em Direito na Sociedade da Informação e certificação internacional da "The High Technology Crime Investigation Association (HTCIA)". Doutor em Direito com certificado internacional em Direito Digital pela Caldwell Community College and Technical Institute. Professor e coordenador nacional do programa de pós-graduação em Direito Digital e Compliance da Faculdade Damásio. Professor convidado dos cursos de pós-graduação da USP/PECE, Fundação Instituto de Administração, Universidade Mackenzie, Escola Fazendária do Governo do Estado de São Paulo Fazesp, Acadepol-SP, EMAG e outras. Desde 2005, ocupa o cargo de juiz do Egrégio Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo. Professor convidado do curso superior de Polícia da Academia de Polícia Civil de São Paulo. Professor da Escola Nacional dos Delegados de Polícia Federal - EADELTA. Presidente Digital Law Academy.

outros Estados? No decorrer desta escrita, serão apresentados fundamentos jurídicos que mostram que essa prática não deve ser aplicada desta maneira.

Acordos de cooperação entre países se tornam cada vez mais comuns em um mundo globalizado. O interesse em promover auxílio mútuo entre o Brasil e os Estados Unidos da América, quando se versa no viés penal, fez com que esses países acordassem entre si na forma de Tratado Internacional e posteriormente positivado no Brasil depois de submetido ao Congresso Nacional e aprovado, surgindo, assim, o Decreto 3.810 de 2001.

O auxílio é pedido através do instrumento da carta rogatória que está prevista tanto no Código de Processo Civil, quanto no Código de Processo Penal Brasileiro. E, para tanto, os pedidos feitos através desta carta rogatória serão pedidos com obediência aos normativos do ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América.

A Lei do Marco Civil - MCI da Internet que, assim como a nossa Constituição da República, promove aos cidadãos brasileiros direitos, garantias, direitos e deveres, estes, no caso do MCI, o direito à privacidade, direito à intimidade, à proteção dos dados pessoais, como também à inviolabilidade das comunicações.

No decorrer dos tópicos, será apresentado o que é a carta rogatória, assim como também o Decreto 3.810 de 2001, que promove uma cooperação penal entre o Brasil e os Estados Unidos da América. Apresentar também violações constitucionais diante de fechar os olhos para um normativo vigente, nesse caso, a Lei do Marco Civil da Internet, por exemplo, o princípio da soberania.

Por fim, uma breve relação entre o Marco Civil da Internet e o Regulamento Geral de Proteção de Dados da Europa, em que ambos buscam promover, dentro do alcance de cada um, os princípios, garantias, direitos e deveres para as empresas em posse de dados de cidadãos de seus respectivos países, assim como os usuários da internet.

Para desenvolver esse artigo, foram utilizados os métodos de abordagem: dedutivo e dialético, assim como, quando se refere ao procedimento, os métodos adotados serão: estudo de caso e comparativo. As técnicas de pesquisa utilizadas para confecção do artigo serão a bibliográfica e documental.

Cabe ressaltar que o tema está relacionado com a Informática e o Direito, algumas das pesquisas serão feitas com o auxílio da internet para se obter acesso a documentos e livros eletrônicos os quais não possam ser adquiridos de forma física e/ou direta.

## A Carta Rogatória

Este tópico é necessário para prover um melhor entendimento acerca da relação da previsão e utilização deste instrumento que será apresentado adiante. A carta rogatória está prevista no Brasil no Código de Processo Civil, mais precisamente no Artigo 237, inciso II<sup>347</sup>, que expressa:

Artigo 237. Será expedida carta:

II - rogatória, para que órgão jurisdicional estrangeiro pratique ato de cooperação jurídica internacional, relativo a processo em curso perante órgão jurisdicional brasileiro.

A carta rogatória também está prevista no Código de Processo Penal<sup>348</sup> Brasileiro, direcionado diante de nosso tema, nos artigos:

Artigo 780. Sem prejuízo de convenções ou tratados, aplicar-se-á o disposto neste Título à homologação de sentenças penais estrangeiras e à expedição e ao cumprimento de cartas rogatórias para citações, inquirições e outras diligências necessárias à instrução de processo penal.

Artigo 783. As cartas rogatórias serão, pelo respectivo juiz, remetidas ao Ministro da Justiça, a fim de ser pedido o seu cumprimento, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes.

Assim este é o instrumento jurisdicional para através do MLAT provocar uma comunicação entre o Brasil e os Estados Unidos da América, promovendo, assim, o ato de cooperação jurídica internacional em âmbito penal.

## MLAT - Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001

O Decreto 3.810<sup>349</sup>, também denominado MLAT - “*Mutual Legal Assistance Treaty*”, promulga o acordo de assistência em âmbito judiciário quando se versa acerca de matéria penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, que foi celebrado em Brasília, em 14 de

---

347 BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acessado em: 05 de fevereiro de 2018.

348 BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acessado em: 05 de fevereiro de 2018.

349 BRASIL. **Decreto 3810** de 02 de maio de 2001. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2001/decreto-3810-2-maio-2001-346098-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acessado em: 05 de fevereiro de 2018.

outubro de 1997, muito embora sua versão em português foi concluída em 15 de fevereiro de 2001.

Mesmo esse decreto possuindo uma finalidade legal para ajuda mútua entre o Brasil e os Estados Unidos da América, poderá ser utilizado em casos em que não há legislação brasileira positivada para suprir necessidades. Não podendo, assim, ser utilizado em caso de existir previsão normativa no Brasil, nesse caso, a Lei do Marco Civil da Internet.

Como exemplo, analisa-se a seguinte situação: desde 2001 até 2014, esse Decreto, em questão, poderia ter sido de grande ajuda, visto que nossa nação não possuía normativo em busca de regulação de agentes da internet, como responsabilidades e deveres direcionados, nesse caso ao servidor de aplicação, assim o MLAT poderia ser utilizado com a finalidade de se obterem os registros de usuários desta rede social.

Ao se utilizar da ajuda mútua prevista pelo MLAT através de carta rogatória, percebe-se que esse ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América deverá ser respeitado. Devendo primeiramente obedecer à legislação no Estado brasileiro. O ato de ignorando assim previsões normativas vigentes no Brasil, nesse caso a Lei do Marco Civil da Internet, violando a soberania brasileira, bem como também o nosso ordenamento jurídico.

Deve ser percebido que o MLAT é de suprainportância para garantir a ajuda mútua entres os seus Estados signatários, combatendo a criminalidade, mas, anteriormente a sua utilização, sempre devem ser observados os normativos positivados presentes no Brasil, nesse caso, o Marco Civil da Internet.

## **MCI - Lei 12.965, de 23 de Abril de 2014<sup>350</sup>**

A Lei 12.965, publicada em 2014, é mais conhecida como a Lei do Marco Civil da Internet - MCI, surgiu, segundo o seu Artigo 1º, com a finalidade de estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres relacionados com a utilização da internet no Brasil, que já eram previstos na Constituição da República.

Art. 1º. Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria.

---

350 BRASIL. Lei 12.965 de 2014. **Lei do Marco Civil da Internet**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2014/lei-12965-23-abril-2014-778630-publicacaooriginal-143980-pl.html>>. Acessado em 05 de fevereiro de 2018.

O Marco Civil da Internet traz direitos e garantias aos usuários de internet no Brasil, e para tanto permite a aplicação de normas de proteção e defesa do consumidor, e para isso em seu Artigo 7º. Versa:

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

XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Como uma empresa sem personalidade jurídica constituída no Brasil poderá ser atingida pela legislação brasileira caso não esteja constituída sob os normativos brasileiros?

Os direitos à privacidade, à intimidade e à garantia de não violação das comunicações da internet no Brasil são princípios protegidos pelo MCI, salvo por ordem judicial. O Artigo 15 do MCI versa que o provedor de aplicação deve ser constituído na forma de pessoa jurídica.

O simples fato de uma empresa estar presente na internet sob o manto da soberania brasileira já obriga obedecer ao Artigo 15 do MCI.

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

E, primeiramente, devendo respeitar o Artigo 170 da Constituição da República de 1988:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

O MLAT expressa, ao versar sobre a entrega de documentos, que Estado requerido se empenhará ao máximo para providenciar tal entrega, sem fixar prazos, veja a seguir no Artigo XIII do MLAT:

Artigo XIII - Entrega de Documentos - 1. O Estado Requerido se empenhará ao máximo para providenciar a entrega de documentos relativos, no todo ou em parte, a qualquer solicitação de assistência pelo Estado Requerente, de conformidade com os dispositivos deste Acordo.

Assim, nessa suposição, os advogados que se sujeitarão a aguardar o resultado de uma ação que utiliza o MLAT, carta rogatória e ainda conhecer a legislação dos Estados Unidos da América, pois não possuirão prazo algum, visto que este Decreto possui apenas que o Estado “Requerido se empenhará ao máximo para providenciar a entrega de documentos relativos”. Cabe ressaltar que o processo fundamentado com base no Marco Civil da Internet, os advogados possuirão um prazo previamente taxado, este de 06 (seis) meses.

## **Constituição da República de 1988<sup>351</sup>**

A Constituição Federal do Brasil, de 1988, traz positivados, nela, direitos, liberdades e garantias, entre estes estão a privacidade e a intimidade das pessoas, e aos violados podem causar danos tanto material quanto moral assim como violação da dignidade da pessoa humana.

Na Constituição Brasileira, em seu Artigo 1º, III, versa que o direito à dignidade da pessoa humana é um direito fundamental:

Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana.

Cabe ressaltar que devemos seguir a lei, e o povo brasileiro não é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, prevista no Artigo 5º, inciso II<sup>352</sup> da Constituição da República:

Artigo 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:

**II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar alguma coisa senão em virtude de lei;**

---

351 BRASIL. **CONSTITUIÇÃO Federal Brasileira** de 1988, de 05 de Outubro. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acessado em: 05 de fevereiro de 2018.

352 BRASIL. **Constituição Federal do Brasil**. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acessado em: 05 de fevereiro de 2018.

Assim, somente a lei poderá inovar o Direito, ou seja, criar, extinguir ou modificar direitos e obrigações. Na Constituição da República, ninguém poderá ser obrigado ou desobrigado de seguir legislações constantes do ordenamento jurídico, presentes em outra soberania, devendo seguir o nosso ordenamento jurídico, nesse caso, a Lei do Marco Civil da Internet.

No Artigo 5º, inciso X, também da Constituição Federal do Brasil:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

Assim, violar a privacidade e a intimidade de pessoas é violar a dignidade da pessoa humana, garantida ser inviolável na forma de nossa Carta Magna, como também a previsão que são invioláveis as correspondências e as comunicações, que não serão abordadas no decorrer deste estudo, assim os dados dos usuários brasileiros devem estar sobre o manto de nossa Constituição da República, como também regulados pelo nosso ordenamento, nossa legislação vigente, nesse caso A Lei do Marco Civil da Internet, quando se fala em privacidade e intimidade no ambiente da internet.

Reiterando, a Lei do Marco Civil da Internet materializou-se nos princípios do direito à privacidade e da intimidade, através da inviolabilidade desses dados pessoais, fortalecer o que já estava previsto em nossa Constituição da República, apenas aproximou tais princípios ao âmbito da internet.

Podemos perceber que o uso da internet, no Brasil, possui, entre outros princípios, a garantia de liberdade de comunicação que, embora não seja o objeto da análise desta escrita, merece ser ressaltada, garante a proteção à privacidade e a proteção dos dados pessoais, na forma da lei.

Já o Artigo 7º expressa que a intimidade da vida privada é inviolável:

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

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Quando se refere à proteção de dados pessoais, o Marco Civil da Internet brasileiro também tem previsão no seu Artigo 11:

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** (grifos nossos).

Ainda assim, deve ser percebido que o Marco Civil da Internet é voltado para garantir a aplicabilidade da norma no ambiente da internet, assim como manter a soberania de nossa nação com base em nossa Constituição da República de 1988.

E segundo o Artigo 11 do Marco Civil da Internet, deve ser respeitada a soberania brasileira, visto que a Lei do Marco Civil da Internet já existe, e ignorá-la é ignorar um normativo contendo direito material positivado que busca garantir direitos e deveres constitucionais já previstos.

A utilização do MLAT para efetuar pedidos à empresa matriz presente nos Estados Unidos da América, ignorando assim o Marco Civil da Internet que pode fazer pedidos à empresa filial presente no Brasil, causará violações constitucionais, entre tais, a soberania, independência nacional, a defesa do consumidor, previstos na Carta Fundamental brasileira.<sup>353</sup>

São imperiosas as violações constitucionais provocadas pelo fato de ignorar diretamente uma lei já vigente; nesse caso, a Lei do Marco Civil da Internet, adotando o procedimento com base no MLAT através de carta rogatória, e ordenamento jurídico não brasileiro. Poderia até ser utilizado caso não existisse empresa filial presente no território nacional.

## **RGPD e a LGPD**

Em busca de ampliar o objeto de debate em análise, o Regulamento Geral de Proteção de Dados da Europa (RGPD)<sup>354</sup>, que entrou em vigor em maio de 2018, nasceu com a finalidade de promover o tratamento de conformidade dos dados pessoais de cidadãos europeus e dos países signatários em todo o mundo.

---

353 BRASIL. CONSTITUIÇÃO Federal Brasileira de 1988. Ibidem.

354 UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (EU) 2016/679**, de 27 de abril de 2016. Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>>. Acessado em 05 de fevereiro de 2016.

Já na Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil<sup>355</sup>, assim como no Regulamento Geral de Proteção de Dados, pode ser encontrado no próprio título o seu direcionamento legal: A proteção de dados pessoais.

A proteção dos dados pessoais é o principal fundamento da criação deste regulamento visto que o mau tratamento para esses dados poderá afetar a vida privada e a intimidade de pessoas violadas e, em consequência disto, o provimento de violações personalíssimas tanto de cunho material quando moral.

O Artigo 1º nos números 1 e 2 do regulamento versam:

1. O presente regulamento estabelece as regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.
2. O presente regulamento defende os direitos e as liberdades fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o seu direito à proteção dos dados pessoais.

O mais importante é que este regulamento, embora seja da União Europeia, poderá receber outros países de todo o mundo como signatários, visto que se utilizarão deste regulamento para buscarem promover tais proteções e garantias para seus cidadãos.

Ainda que o país não seja signatário, uma empresa ao tratar dados pessoais de um cidadão de um estado-membro, este dado deverá ser tratado segundo tal regulamento, visto que o RGPD tem caráter extraterritorial, e violá-lo promoverá violação do direito em âmbito internacional. Vejamos:

(115) Alguns países terceiros aprovam leis, regulamentos e outros atos normativos destinados a regular diretamente as atividades de tratamento pelas pessoas singulares e coletivas sob a jurisdição dos Estados-Membros. Pode ser o caso de sentenças de órgãos jurisdicionais ou de decisões de autoridades administrativas de países terceiros que exijam que o responsável pelo tratamento ou subcontratante transfira ou divulgue dados pessoais sem fundamento em nenhum acordo internacional, como seja um acordo de assistência judiciária mútua, em vigor entre o país terceiro em causa e a União ou um dos Estados-Membros. **Em virtude da sua aplicabilidade extraterritorial, essas leis, regulamentos e outros atos normativos podem violar o direito internacional e obstar à realização do objetivo de proteção das pessoas singulares,**

---

355 BRASIL. Lei 13.709/2018, de 14 de agosto. **Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD**. 2018. [Em Linha]. [Consult. 21 jul. 2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm).

**assegurado na União Europeia pelo presente regulamento.** As transferências só deverão ser autorizadas quando estejam preenchidas as condições estabelecidas pelo presente regulamento para as transferências para os países terceiros. Pode ser esse o caso, nomeadamente, sempre que a divulgação for necessária por um motivo importante de interesse público, reconhecido pelo direito da União ou dos Estados-Membros ao qual o responsável pelo tratamento está sujeito (grifo nosso).

Assim, empresas que processam dados nos quais estejam contidos conteúdo particular de cidadãos da União Europeia ou de países signatários deverão seguir tal regulamento.

O Regulamento Geral de Proteção de Dados, assim como o Marco Civil da Internet do Brasil, busca proteger os cidadãos dos seus Estados soberanos, garantindo a segurança dos dados pessoais, assim como a inviolabilidade das comunicações, sendo este normativo uma extensão dos direitos fundamentais das respectivas Constituições da República.

Toda essa apresentação acerca do Regulamento Geral de Proteção de Dados da Europa é direcionada para levantar a percepção que, assim como o Brasil através do Marco Civil da Internet, a Europa buscou, através deste Regulamento, elementos para fortalecer a privacidade, a conformidade e a manutenção de dados de europeus e de países signatários. E ignorar essas legislações é violar normas contendo direito material e base constitucional já positivadas.

## **Breves Considerações**

A Lei 12.965 publicada, em 2014, mais conhecida como a Lei do Marco Civil da Internet - MCI, surgiu, segundo o seu Artigo 1º, com a finalidade de estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres relacionados com a utilização da internet no Brasil, os quais já eram previstos na Constituição da República.

O Decreto 3.810 de 2011, MLAT, é um acordo de cooperação entre o Brasil e os Estados Unidos da América na seara jurídica e em âmbito penal. O MLAT é realmente de extrema importância diante da relação entre essas duas nações, Brasil e os Estados Unidos da América, e a utilização deste Decreto não viola a soberania de nenhum desses Estados quando para utilização desta não existe previsão legal.

A Lei do Marco Civil é um normativo de Direito Material e regula a atividade de servidores de aplicação no Brasil, não necessitando do MLAT para tal situação de forma direta, podendo ser provocado em algum momento posterior ou com empresa não presente no território nacional e presente nos Estados Unidos da América.

Empresas atuantes no Brasil devem ser constituídas como pessoa jurídica e sobre a soberania do Estado brasileiro. Deve esta possuir endereço físico, promovendo segurança aos usuários e consumidores que se utilizam da internet. Com essa premissa, a empresa estando presente no Brasil, o MCI poderá ser acionado diretamente, não necessitando do MLAT. Deve ser lembrado que o Brasil não proíbe empresas privadas internacionais em atuação em nosso Estado, mas é mister perceber que a soberania para obediência aos direitos fundamentais providos pela nossa Carta Magna é imperiosa. Empresas estrangeiras não estão em status superior à soberania do Brasil. É imprescindível perceber que a supremacia do interesse público sobre o privado deve prevalecer. Empresas estrangeiras contribuem para nossa economia e, da mesma maneira que o Brasil necessita destas empresas atuando no nosso território, estas empresas estrangeiras necessitam do mercado brasileiro para lucrarem, assim não deixarão de atuar em nossa nação.

É previsto tanto na Constituição da República de 1988, quanto no Marco Civil da Internet, como também no Regulamento Geral de Proteção de Dados da Europa, que as empresas que possuem dados dos seus cidadãos devem garantir obediência quando se versa sobre proteção dos dados pessoais, e derrotado seria um Brasil que não promovesse a privacidade e intimidade de seu povo.

## Considerações Finais

Quando se trata de provocar a justiça face a uma empresa matriz localizada nos Estados Unidos da América que possua filial no Brasil, a esta se perfaz através de carta rogatória com base no Decreto 3.810 de 2001, denominado MLAT - “*Mutual Legal Assistance Treaty*”, utilizando-se do ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América, e ignorando a Lei 13.965 de 2014, mais conhecida como a MCI - Lei do Marco Civil da Internet, não só é imoral como também ilegal, visto que não se pode ignorar a soberania imposta pela Constituição da República do Brasil.

No mesmo sentido, há previsões na própria Lei do Marco Civil da Internet:

Art. 1º. Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria.

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

XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

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

Conclui-se que deve ser respeitada *a priori* a soberania imposta pela Constituição da República do Brasil de 1988 e *a posteriori* a Lei do Marco Civil da Internet, dentro de sua previsão legal; assim, o MLAT só deve ser utilizado em casos não previstos em nosso ordenamento jurídico. Lembrando que não estão sendo questionadas as leis estrangeiras acerca de provedores de acesso, até por desnecessidade mesmo, visto que já temos legislação para suprir tal necessidade com nossa própria soberania, o Marco Civil da Internet.

## Referências

BRASIL. Lei 13.709/2018, de 14 de agosto. **Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD**. 2018. [Em Linha]. [Consult. 21 jul. 2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm).

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil**. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acessado em: 05 de fevereiro de 2018.

BRASIL. **Decreto 3810** de 02 de maio de 2001. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2001/decreto-3810-2-maio-2001-346098-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acessado em 05 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acessado em: 05 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Lei 12.965 de 2014. **Lei do Marco Civil da Internet**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2014/lei-12965-23-abril-2014-778630-publicacaooriginal-143980-pl.html>. Acessado em: 05 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acessado em: 05 de fevereiro de 2018.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (EU) 2016/679**, de 27 de abril de 2016. Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>>. Acessado em: 05 de fevereiro de 2016.

# O DIREITO À PORTABILIDADE DE DADOS PESSOAIS E SUA FUNÇÃO NA EFETIVA PROTEÇÃO ÀS RELAÇÕES CONCORRENCIAIS E DE CONSUMO

---

Guilherme Magalhães Martins<sup>356</sup>  
José Luiz de Moura Faleiros Júnior<sup>357</sup>

## Introdução

**A**o longo de várias eras, a integração computacional e a facilitação do acesso dos cidadãos ao ambiente virtual propiciaram a captação de um volume de informações, de forma estruturada ou não, formando o que se convencionou chamar de *Big Data*. Porém, a grande preocupação que surge não diz respeito à quantidade de dados, mas ao tratamento dispensado pelas grandes corporações às informações, demandando intervenções estatais para regulamentar determinadas relações jurídicas e proteger direitos fundamentais.

---

356 Promotor de Justiça titular da 5ª Promotoria de Tutela Coletiva do Consumidor – Rio de Janeiro. Professor-adjunto de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UERJ. Ex-professor visitante do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da UERJ. Membro honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros, junto à Comissão de Direito do Consumidor. Professor adjunto (licenciado) de Direito Civil da Universidade Cândido Mendes – Centro. Professor dos cursos de pós-graduação lato sensu da UERJ, PUC-RIO, EMERJ, INSPER, Damásio de Jesus, Universidade Cândido Mendes, UFRGS e UFJF. Diretor do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON. Autor dos livros *Contratos eletrônicos de consumo via Internet* (3.ed. São Paulo: Atlas, 2016) e *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet* (2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014). Coordenador das obras coletivas *Temas de responsabilidade civil* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012) e *Temas de Direito do Consumidor* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010).

357 Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Processual Civil, Direito Civil e Empresarial, Direito Digital e *Compliance* pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus (FDDJ). Participou de curso de extensão em direito digital da University of Chicago. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professor de cursos preparatórios para a prática advocatícia. Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Digital da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Autor de obras e artigos dedicados ao estudo do direito e às suas interações com a tecnologia. Advogado.

Sendo inegavelmente crescente a utilização de dados pessoais para as mais variadas atividades, como identificação, classificação, autorização e diversas outras, grande preocupação surge quanto à implementação de mecanismos que garantam a efetiva proteção a direitos fundamentais do titular. Nesse contexto, sendo imperativa tal salvaguarda, anota-se que o surgimento de um *mercado digital* alterou sobremaneira a forma de se implementarem tais práticas protetivas.

Cada vez mais, processos automatizados são utilizados para a coleta e para o tratamento de dados pessoais, com finalidades comerciais, o que implica riscos também cada vez mais elevados, em evidente afronta aos escudos protetivos consolidados, em especial, às práticas concorrenciais e ao microssistema erigido para a proteção dos consumidores.

Diretrizes vêm surgindo em marcos normativos de caráter geral dedicados à proteção de dados pessoais no mundo todo, tendo como fundamento precípua possibilitar ao indivíduo o exercício de seus direitos sobre seus dados pessoais de forma abrangente, sendo mister o destaque à iniciativa europeia, denominada Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) ou *General Data Protection Regulation* (GDPR), editada em 27 de abril de 2016 e implementada em 25 de maio de 2018, e, mais especificamente, a iniciativa brasileira: a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, chamada de Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Dentre diversos preceitos que inspiraram a edição desses marcos regulatórios, merece menção a proteção à autodeterminação informativa, da qual se deduz uma série de parâmetros de autonomia do titular de dados quanto às funções e aos limites de seu consentimento para as operações de coleta, tratamento e armazenagem de seus dados pessoais. E, em meio a esse repertório de funções consentidas, extrai-se a possibilidade que passa a deter o titular de solicitar, mediante requisição expressa, a transferência do conjunto de seus dados pessoais de um fornecedor de serviços ou produtos para outro.

A portabilidade de dados surge, então, como direito essencial para a efetivação da proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental. Merece, por essa razão, análise pontual a partir do tema-problema delineado, concernente às barreiras da lacuna normativa previamente existente, no campo regulatório e de proteção ao consumidor, e à suficiência dos ditames contidos no novo marco regulatório brasileiro para a superação de seus desafios – hipótese central da discussão apresentada.

## **A Proteção de Dados Pessoais Enquanto Direito Fundamental**

O vínculo existente entre a informação e um determinado sujeito é chamado de personalização. Trata-se do viés capaz de tornar cognoscível eventual conexão

quanto às características ou ações desse sujeito, seja em decorrência da lei, como na atribuição do nome civil ou do domicílio, ou quando forem provenientes de seus atos, como os dados relacionados a hábitos de consumo, opiniões manifestas, localização etc.<sup>358</sup>

Nessa linha, revisitar as origens da proteção haurida à privacidade é tarefa necessária para a compreensão dos desdobramentos dessa nova consolidação da base informacional como substrato precípua da sociedade hodierna. Assim, retomando o clássico trabalho de Samuel Warren e Louis Brandeis,<sup>359</sup> é possível compreender o porquê<sup>360</sup> de a privacidade ter sido amplamente pesquisada no curso do século XX: cada vez mais, a alavancagem mercadológica e o surgimento de novas práticas voltadas ao mercado de consumo passaram a depender da nítida compreensão de hábitos e vontades do público-alvo para tornarem mais eficientes as ações comerciais empregadas por fornecedores de diversos segmentos. Em contraponto a isso, a intervenção regulatória do Estado se mostrou imprescindível.<sup>361</sup>

Evidentemente, “a sociedade evoluiu e daí nasceram incomensuráveis problemas no cotidiano de seus atores em razão da complexidade das relações sociais que acabam por desaguar seus problemas no Direito”,<sup>362</sup> e, na medida em que o consumo passou a balizar as relações humanas, começou-se a falar de uma sociedade de consumo,<sup>363</sup> ensejando a ruptura com a modernidade e dando ensejo a um modelo estrutural que “‘interpela’ seus membros (ou seja, dirige-se a eles, os saúda, apela a

---

358 DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e Internet*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019, p.36.

359 WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 4, n. 5, p.193-220, dec. 1890. Disponível em: < <http://bit.ly/2VSsbCE> >. Acesso em: 14 nov. 2018.

360 BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick. A common core of personality protection. In: BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick (Ed.). *Personality rights in European tort law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 567-569. Comentam: “*The protection of privacy ('right to be let alone') is another core area of personality protection in tort law. Since the famous article of Warren and Brandeis in 1890, privacy has become a synonym in Anglo-American law for many aspects of personality. In Europe, Art. 8(1) ECHR lends a constitutional quality to this personality interest. In France and Portugal, the civil codes expressly provide for protection (Art. 9 French Civil Code, Art. 79 Portuguese Civil Code and Art. 26, para. 1 Portuguese Constitution). In most civil law orders, written or unwritten rules of general tort law function as legal bases for the protection of privacy.*”

361 SOLOVE, Daniel J. *Understanding privacy*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 4.

362 CATALAN, Marcos Jorge. *Descumprimento contratual: modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2012, p.35.

363 Confira-se, a esse respeito: SLATER, Don. *Cultura de consumo & modernidade*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nobel, 2002, p.17; MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São

eles, questiona-os, mas também os interrompe e ‘irrompe sobre’ eles) basicamente na condição de consumidores”.<sup>364</sup>

O comércio eletrônico se tornou, nesse novo contexto, uma nova fronteira para a proteção do consumidor no ambiente virtual, haja vista a sua vulnerabilidade técnica frente às inúmeras práticas comerciais implementadas no contexto da realização do consumo, cujos desafios ultrapassam a desinformação, a publicidade enganosa ou abusiva e outros modais espúrios de exploração da disparidade inter-relacional, na medida em que se têm aspectos próprios do universo digital a serem considerados.<sup>365</sup>

Ora, “se antes o produto ou serviço era fornecido, em regra, apenas pelo fornecedor imediato, a Internet possibilitou aos sujeitos da cadeia de fornecimento novas formas de atuar em relação aos consumidores”.<sup>366</sup>

Na Internet, tudo ocorre em tempo real: “a maior parte dos bancos de dados são antes espelhos do que memórias; espelhos os mais fiéis possível do estado atual de uma especialidade ou de um mercado”.<sup>367</sup> Com isso, torna-se desejável que as pessoas “entendam minimamente como funcionam as principais tecnologias para evitar a tomada de decisões equivocadas ou fortemente influenciadas”.<sup>368</sup> Para tanto, necessária se fez a implementação de tutela jurídica especificamente voltada a tal fim.

## A Tutela Jurídica dos Dados Pessoais na Lei Geral de Proteção de Dados

A Lei Geral de Proteção de Dados brasileira define como dado pessoal, em seu art. 5º, inciso I, a “informação relacionada à pessoa natural identificada

---

Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014, p.38; AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *Teoria geral do direito do consumidor*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010, p.19.

364 BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p.70.

365 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004, p.354-355. Comenta o autor: “Por esse motivo, tem-se dito que a proteção do consumidor terá um antes e um depois da aparição do comércio eletrônico, tornando-se necessária a proposição de novas soluções para os novos problemas”.

366 MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.140-141.

367 LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010, p.116.

368 NYBØ, Erik Fontenele. *O poder dos algoritmos: como os algoritmos influenciam as decisões e a vida das pessoas, das empresas e das instituições na Era Digital*. São Paulo: Enlaw, 2019, p.154.

ou identificável”. Este conceito está alinhado à definição até então já existente no ordenamento, contida no art. 4º, inciso IV, da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), que define informação pessoal como “aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”.<sup>369</sup>

De um lado, tem-se o simples dado pessoal; de outro, tem-se o dado pessoal sensível: para além dos meros dados que identifiquem ou permitam identificar um indivíduo, o que representaria a finalidade de proteção do mero dado pessoal, trabalha-se com uma maior proteção àquelas informações que reflitam ou permitam inferir direitos da personalidade do titular.

Nesse contexto, aponta-se a nítida inspiração que teve o legislador brasileiro no Regulamento Geral de Proteção de Dados da Europa,<sup>370</sup> uma vez que o artigo 2º da Lei Geral de Proteção de Dados estabelece, como seus fundamentos, o respeito à privacidade, a autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o desenvolvimento econômico e tecnológico, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Os direitos do titular dos dados se encontram consagrados no artigo 18 da LGPD:

Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

I - confirmação da existência de tratamento;

II - acesso aos dados;

III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;

IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;

---

369 Com efeito, o fato de o indivíduo ser identificado ou identificável afasta do âmbito de proteção dessas normas os dados anonimizados, que são uma espécie de antítese do dado pessoal, desqualificado a partir do implemento do procedimento técnico chamado de anonimização (DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 43-44.). Anota-se, ainda, que a anonimização afasta a portabilidade (art. 18, § 7º, da LGPD).

370 Para maiores aprofundamentos sobre o regime do RGPD europeu, veja-se: CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005, p.229; MASSENO, Manuel David. Protegendo os cidadãos-consumidores em tempos de *Big Data*: uma perspectiva desde o direito da União Europeia. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e Internet*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019, p.378-385.

V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa e observados os segredos comercial e industrial, de acordo com a regulamentação do órgão controlador;

VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;

VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados;

VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa;

IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei.

A partir desse conjunto de direitos, consolida-se o reconhecimento de que, “para que o cidadão seja capaz de controlar o fluxo de seus dados pessoais, é necessário lhe atribuir certos direitos subjetivos em face daqueles responsáveis pelo controle de tais dados”.<sup>371</sup>

## O Direito à Portabilidade de Dados Pessoais

A presente pesquisa se dedica, pontualmente, ao estudo da portabilidade de dados, que configura um dos direitos essenciais do amplo rol definido pela legislação para que o titular manifeste, efetivamente, todo o arcabouço instrumental para a sua proteção frente às práticas realizadas no afã de coletar e tratar seus dados pessoais.

Em relação à portabilidade, cumpre salientar que “quanto mais difícil for para um indivíduo mover seus dados, maior é o poder de mercado detido pelo fornecedor, o que gera dificuldades e impossibilita o sucesso de novos entrantes”.<sup>372</sup> Tem-se, nesse sentido, um entrave concorrencial que acarreta prejuízos ao mercado e limitações ao direito de escolha do indivíduo.

Por esse motivo, é imprescindível compreender a amplitude temática da questão relacionada à portabilidade centrada no usuário.<sup>373</sup> Disso se deduz uma gama

---

371 BECKER, Daniel; RODRIGUES, Roberta de Brito. Direitos do titular. In: FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani (Coords.). *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018)*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2019, p.119.

372 CRAVO, Daniela Copetti. *Direito à portabilidade de dados: interface entre defesa da concorrência, do consumidor e proteção de dados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.63.

373 DE HERT, Paul; PPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: towards user-centric interoperability of digital services. *Computer Law & Security Review*, Reino Unido: Elsevier, v. 34, n. 2, p.193-203, abr. 2018. Comentam os autores: “The right to data portability is one of the most important novelties within the

variada de consequências jurídicas, merecendo destaque os aspectos regulatórios e concorrenciais e os impactos para a proteção ao consumidor.

## Aspectos Regulatórios e Concorrenciais

A questão relacionada ao domínio de mercado e à incidência do direito para fins de regulação concorrencial é crucial para o equacionamento de fatores capazes de conter o poder de determinadas empresas quanto ao controle da Internet.

Nesse contexto, Siva Vaidhyathan manifesta sua preocupação com a propensão de certas companhias ao domínio total da Internet, a partir de sua capacidade de se tornarem praticamente oniscientes, onipotentes e onipresentes e, na visão do autor, supostamente benevolentes também.<sup>374</sup> Não obstante, certo é que a desinformação do usuário-comum e a comodidade da adesão às grandes plataformas da *web* são fatores que desencadeiam a aglutinação de poder pela coleta indiscriminada de dados, formando o chamado *Big Data*.

A oferta de vasto rol de funcionalidades supostamente gratuitas, mediante a obtenção do consentimento do usuário leigo que, almejando algum tipo de vantagem, comodidade ou conforto a partir do uso de certa ferramenta tecnológica, concede seus mais variados dados pessoais, representa um grande risco, pois “a mente humana possui grande capacidade de se recalibrar para uma nova ‘normalidade’”.<sup>375</sup> Isso dá a tônica daquilo que Tim Wu descreveu como ‘os impérios da comunicação’<sup>376</sup>: grandes empresas que se sobrepujam às demais pelo poder consolidado a partir da coleta massiva de dados pessoais.

Para conter esse crescimento desenfreado – e potencialmente afrontoso à proteção conferida às relações de consumo – importa destacar que a legislação brasileira

---

*EU General Data Protection Regulation, both in terms of warranting control rights to data subjects and in terms of being found at the intersection between data protection and other fields of law (competition law, intellectual property, consumer protection, etc.). It constitutes, thus, a valuable case of development and diffusion of effective user-centric privacy enhancing technologies and a first tool to allow individuals to enjoy the immaterial wealth of their personal data in the data economy. Indeed, a free portability of personal data from one controller to another can be a strong tool for data subjects in order to foster competition of digital services and interoperability of platforms and in order to enhance controllership of individuals on their own data”.*

374 VAIDHYANATHAN, Siva. *A Googlelização de tudo (e por que devemos nos preocupar)*: a ameaça do controle total da informação por meio da maior e mais bem-sucedida empresa do mundo virtual. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Cultrix, 2011, p.11.

375 POUNDSTONE, William. *Head in the cloud: why knowing things still matters when facts are so easy to look up*. Nova Iorque: Hachette, 2016, p.253, tradução livre.

376 Cf. WU, Tim. *The master switch: the rise and fall of information empires*. Nova Iorque: Vintage, 2010.

não cuidou apenas de ponderar a questão do *market share* na aferição da prática de ilícitos econômicos para fins de dominação de mercado; cuidou, também, de aferir o *market power*, pois “nem sempre o elevado percentual de mercado pela empresa significa existência de posição dominante, assim como sua diminuta participação pode não significar ausência de poder”.<sup>377</sup>

A portabilidade de dados aparece, nesse contexto, como um elemento de aferição das implicações concorrenciais desse fenômeno, conforme descrevem Swire e Lagos, pois a portabilidade pode surgir: (i) como recusa de negociação (*refuse to deal*), na hipótese de inércia deliberada em atender à solicitação do titular; (ii) como impedimento de acesso a uma utilidade essencial da plataforma (como consequência da chamada doutrina das *essential facilities*), em que se coíbe a portabilidade pela supressão de acesso a outras funções de interesse do titular; (iii) pela prática da venda casada (*tying*), na qual se leva em consideração que determinado agente estaria vinculando determinada oferta a um módulo de *software* interoperável.<sup>378</sup>

Em breves linhas, pode-se dizer que, sendo os dados considerados uma estrutura essencial para o desempenho de determinada atividade, poderá a recusa à portabilidade servir como válvula à dominação de mercado relevante,<sup>379</sup> se convalidando em ilícito econômico. Por tal razão, se certas bases de dados podem vir a ser consideradas essenciais, o compartilhamento dos dados nela contidos pode se tornar obrigatório, por força da regulação, quando for a única forma de propiciar concorrência e fomento à dinâmica de mercado.

Ademais, anota Daniela Cravo:

Um outro ponto importante é que a recusa de fornecimento de dados pode muitas vezes ser velada, sob o argumento de que essa recusa seja necessária em razão de um *compliance* com as normas de proteção de dados. Segundo o *European Data Protection Regulation*, isso pode ser uma desculpa oportunista, uma vez que uma empresa com poder dominante pode já ter violado de várias outras formas as normas de proteção de dados, nomeadamente com a utilização dos dados pessoais de forma incompatível com o consentimento originário de coleta. Nesse contexto,

---

377 FORGIONI, Paula A.. *Os fundamentos do antitruste*. 3. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008, p.333.

378 SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the right to data portability likely reduces consumer welfare: anti-trust and privacy critique. *Maryland Law Review*, Baltimore, v. 72, n. 335, p.335-380, mai. 2013, p.358.

379 Para maiores informações, confira-se, dentre outros: POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 3, n. 5, mai. 1996.

se torna imperiosa a cooperação entre as autoridades de proteção de dados e as de concorrência.<sup>380</sup>

Todos esses aspectos se revelam nocivos à proteção haurida às relações concorrenciais e à liberdade econômica, noutro campo, pela dificuldade de diagnóstico de certas práticas repudiáveis, como os chamados *geopricing* e *geoblocking*.<sup>381</sup> Tudo se conecta, como não poderia deixar de ser, ao controle dos dados. Ao fim e ao cabo, a *datificação* e o controle algorítmico resultam na necessidade de se reconsiderar os objetivos do controle antitruste.<sup>382</sup>

## A Imperativa Proteção ao Consumidor

Se há percalços a serem contornados quanto à portabilidade de dados no campo concorrencial, também no plano da defesa do consumidor se impõe a aferição de certos riscos. Isso porque, no que diz respeito aos impactos indiretos que a portabilidade pode acarretar à privacidade, necessário o alerta quanto aos perigos que um cenário no qual os dados se tornem completamente portáteis implica para a evasão às restrições e aos controles imponíveis ao controlador originário, a quem foi endereçada a solicitação de portabilidade.<sup>383</sup> Este é, com efeito, o primeiro gargalo à proteção indireta do consumidor no direito da concorrência.<sup>384</sup>

O comércio eletrônico possui papel destacado na reformulação das contratações eletrônicas nas relações de consumo, o que “não pode privar o consumidor da proteção que lhe outorgam as disposições imperativas da lei”,<sup>385</sup> mas representa

---

380 CRAVO, Daniela Copetti. *Direito à portabilidade de dados*, cit., p.102.

381 VALENTINO-DEVRIES, Jennifer; SINGER-VINE, Jeremy; SOLTANI, Ashkan. Websites vary prices, deals based on users' information. *Wall Street Journal*. New York, 24 dez. 2012. Disponível em: <https://on.wsj.com/2lJejrI>. Acesso em: 15 jun. 2019.

382 STUCKE, Maurice E.. Reconsidering antitrust's goals. *Boston College Law Review*, Boston, v. 53, n. 2, p.551-629, abr. 2012, p.568.

383 ENGELS, Barbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review: Journal on Internet Regulation*, Berlim, v. 5, n. 2, p.1-17, jun. 2016. A autora comenta: “When it comes to legal aspects, data portability is likely to raise issues like privacy and data security. If data is portable, a single identity fraud can turn into a long-lasting breach of personal data, since a hacker can easily port his false identity to many other platforms. This is especially alarming in times of weak authentication and rampant identity theft. Platform providers will likely have to expand their investment in data security measures.”

384 Sobre o assunto, confira-se: PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015; CARPENA, Heloisa. *Consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

385 MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*, cit., p.246.

enorme preocupação, não apenas com a quantidade colossal de dados com que se trabalha, mas, inclusive, com o tratamento dispensado pelas grandes corporações a essas informações, na medida em que a coleta, o tratamento e a armazenagem, em seus bancos de dados, implicam novo desafio ao controle de infrações às relações de consumo.<sup>386</sup>

Rafael Sampaio anota que os consumidores estão cada vez mais sofisticados, sensíveis, seletivos e céticos,<sup>387</sup> o que desafia as empresas que exploram atividades comerciais na Internet a reestruturarem suas práticas comerciais e publicitárias de modo a lhes permitir maior participação no mercado e para que possam assumir e explicitar a seu público-alvo um “perfil de confiabilidade, praticidade e qualidade, um dos motivos que fazem o consumidor investir em determinado produto”.<sup>388</sup>

Para cumprir tal desiderato, recorre-se ao uso de recursos tecnológicos que permitem o exercício do chamado *marketing* segmentado, pelo qual as estratégias empresariais são remodeladas para que se faça determinado anúncio ser apresentado ao consumidor que se saiba ter a necessidade de consumir o produto ou serviço, e tudo se dá por implementação de algoritmos e inteligência artificial.<sup>389</sup> Assim, se o escopo de proteção do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, que cuida do direito de arrependimento na compra e venda realizada fora do estabelecimento, remontava à ideia dos catálogos de produtos enviados para a residência do consumidor, agora tais catálogos estão nas telas dos computadores.<sup>390</sup>

Tudo é válido para ‘seduzir’<sup>391</sup> o consumidor à contratação e, embora a publicidade seja uma atividade lícita, sua utilização se volta cada vez mais à exploração

---

386 MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *Internet e contratação: panorama das relações contratuais eletrônicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.126. Segundo a autora: “(...) uma vez estabelecida a proteção e defesa constitucionais do consumidor e determinada a tutela do efetivo acesso à justiça aos consumidores, partes vulneráveis de uma relação de consumo, necessariamente, deve-se desconsiderar a regra conflitual do *locus regit actum*, e estabelecer-se a necessidade da tutela dos interesses do consumidor acima de qualquer outro critério conflitual”.

387 SAMPAIO, Rafael. *Propaganda de A a Z*. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p.232-233.

388 PRATES, Cristina Cantú. *Publicidade na Internet: consequências jurídicas*. Curitiba: Juruá, 2015, p.42.

389 LIMEIRA, Tânia M. Vidigal. *E-marketing na Internet com casos brasileiros*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.9.

390 DE LUCCA, Newton. *Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.111.

391 LIPOVETSKY, Gilles. Sedução, publicidade e pós-modernidade. In: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado. *A genealogia do virtual: comunicação, cultura e tecnologias do imaginário*. Porto Alegre: Sulina, 2008, p.35. E o autor ainda destaca que: “Com a morte do discurso de autoridade, a afirmação de um parâmetro tornou-se um jogo em que sedução, publicidade e marketing desempenham papéis fundamentais, mas em constante movimento. Ou seja, nada é inatacável ou perene. A posteridade é como o

das dificuldades de discernimento do consumidor e ao controle de seus impulsos e desejos, recorrendo-se a práticas que podem ser consideradas abusivas, como a publicidade indutiva, as distorções de informações sobre produtos e serviços, incitação a superstições, violação de valores morais, à segurança, às vendas casadas, dentre outras.<sup>392</sup>

Nessa linha, também a portabilidade ganha contornos próprios advindos do poder-dever imponível aos agentes de tratamento de dados que, sem se descuidarem das responsabilidades assumidas quanto à garantia da privacidade e das suas políticas de segurança da informação, não podem deixar de atender às solicitações de fornecimento do acervo de dados sobre determinada pessoa, mesmo depois de finda uma relação de fornecimento de produto ou serviço.

Nesse campo, a portabilidade se revela como um dever pós-contratual, desdobrado da boa-fé objetiva que rege as relações de consumo e pelo qual se permite integrar a norma jurídica para a junção do dever de proteção de dados emanado da LGPD aos deveres de respeito à boa-fé objetiva e à proteção das relações de consumo já delimitados como *standards* normativo-comportamentais.<sup>393</sup> Isso porque “os fornecedores que conduzem negócios por meio eletrônico na Internet devem esclarecer como coletam e usam os dados dos consumidores, em face do direito de informação por estes titularizado (art. 6º, III, da Lei 8.078/1990)”.<sup>394</sup>

## Considerações Finais

Em linhas finais, importa anotar que o avanço legislativo em prol da positivação de direitos concernentes à efetivação do direito fundamental à proteção de dados pessoais depende do implemento de marcos regulatórios dotados de instrumentais específicos para a garantia da autodeterminação informativa.

---

horizonte, uma linha que se afasta à medida que o indivíduo se aproxima. Se existe, permanece um mistério. Não se podem estipular os critérios de acesso a ela. Como a moda, tudo é passageiro”.

392 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*, cit., p.390.

393 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016, p.810; MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.). *A nova crise do contrato*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007, p.176-200.

394 MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014, p.334.

Nesse sentido, a portabilidade de dados aparece consagrada na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, em seu artigo 18, inciso V, e se concretiza no atendimento à solicitação expressa do titular quanto à proposta de transferência de dados de um fornecedor de serviços ou produtos a outro.

É certo que os impactos concorrenciais e as relações de consumo dessumidos de tal prática implicam consequências variadas que devem ser consideradas em conjunto com o cotejo protetivo trazido pela Lei Geral de Proteção de Dados e pelas legislações antitrustes e de defesa das relações de consumo. Não obstante, a portabilidade, como dito, não deve exigir necessariamente a interoperabilidade, sob pena de se gerar sistemas fechados e únicos, na contramão do desenvolvimento tecnológico. Deve-se trabalhar a interoperabilidade, isso sim, a partir de mercados complementares, que terão estímulo para o desenvolvimento de saudável concorrência.

Nesse mesmo sentido, deve-se ponderar que, para o respeito à vulnerabilidade, nas relações de consumo, deve-se exigir a portabilidade como o dever de fornecimento, ao consumidor, de todos os dados referentes à sua pessoa, mesmo depois de encerrada a relação de fornecimento de um determinado serviço ou produto. Isso se dá como desdobramento natural e pós-contratual da boa-fé objetiva, que irradia seus efeitos, inclusive, para impor ao fornecedor a continuidade da manutenção de mecanismos de segurança da informação que impeçam danos indiretos à privacidade do consumidor.

Por derradeiro, anota-se que o direito à portabilidade de dados não deve ser encarado como *locus* restrito e concernente apenas à LGPD, mas, sim, como tema que impõe indispensável diálogo interdisciplinar voltado à proteção de diversos âmbitos inter-relacionais não estanques e contempladores de múltiplas interfaces.

## Referências

AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *Teoria geral do direito do consumidor*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECKER, Daniel; RODRIGUES, Roberta de Brito. Direitos do titular. In: FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani (Coords.). *Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018)*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2019.

BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick. A common core of personality protection. In: BRÜGGEMEIER, Gert; CIACCHI, Aurelia Colombi; O'CALLAGHAN, Patrick (Ed.). *Personality rights in European tort law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

CARPENA, Heloisa. *Consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*. Coimbra: Almedina, 2005.

CATALAN, Marcos Jorge. *Descumprimento contratual: modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar*. Curitiba: Juruá, 2012.

CRAVO, Daniela Copetti. *Direito à portabilidade de dados: interface entre defesa da concorrência, do consumidor e proteção de dados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

DE HERT, Paul; PAPAKONSTANTINO, Vagelis; MALGIERI, Gianclaudio; BESLAY, Laurent; SANCHEZ, Ignacio. The right to data portability in the GDPR: towards user-centric interoperability of digital services. *Computer Law & Security Review*, Reino Unido: Elsevier, v. 34, n. 2, p.193-203, abr. 2018.

DE LUCCA, Newton. *Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e Internet*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019.

ENGELS, Barbara. Data portability among online platforms. *Internet Policy Review: Journal on Internet Regulation*, Berlim, v. 5, n. 2, p.1-17, jun. 2016.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 3. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008.

LÉVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010.

LIMEIRA, Tânia M. Vidigal. *E-marketing na Internet com casos brasileiros*. São Paulo: Saraiva, 2003.

LIPOVETSKY, Gilles. Sedução, publicidade e pós-modernidade. In: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado. *A genealogia do virtual: comunicação, cultura e tecnologias do imaginário*. Porto Alegre: Sulina, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Contratos eletrônicos de consumo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014.

MASSENO, Manuel David. Protegendo os cidadãos-consumidores em tempos de *Big Data*: uma perspectiva desde o direito da União Europeia. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital: direito privado e Internet*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2019.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014.

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.). *A nova crise do contrato*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *Internet e contratação: panorama das relações contratuais eletrônicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NYBØ, Erik Fontenele. *O poder dos algoritmos: como os algoritmos influenciam as decisões e a vida das pessoas, das empresas e das instituições na Era Digital*. São Paulo: Enlaw, 2019.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015.

POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 3, n. 5, mai. 1996.

POUNDSTONE, William. *Head in the cloud: why knowing things still matters when facts are so easy to look up*. Nova Iorque: Hachette, 2016.

PRATES, Cristina Cantú. *Publicidade na Internet: consequências jurídicas*. Curitiba: Juruá, 2015.

SAMPAIO, Rafael. *Propaganda de A a Z*. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

SLATER, Don. *Cultura de consumo & modernidade*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nobel, 2002.

SOLOVE, Daniel J. *Understanding Pprivacy*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

STUCKE, Maurice E. Reconsidering antitrust's goals. *Boston College Law Review*, Boston, v. 53, n. 2, p. 551-629, abr. 2012.

SWIRE, Peter; LAGOS, Yianni. Why the right to data portability likely reduces consumer welfare: antitrust and privacy critique. *Maryland Law Review*, Baltimore, v. 72, n. 335, p. 335-380, mai. 2013.

VAIDHYANATHAN, Siva. *A Googlelização de tudo (e por que devemos nos preocupar): a ameaça do controle total da informação por meio da maior e mais bem-sucedida empresa do mundo virtual*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Cultrix, 2011.

VALENTINO-DEVRIES, Jennifer; SINGER-VINE, Jeremy; SOLTANI, Ashkan. Websites vary prices, deals based on users' information. *Wall Street Journal*. New York, 24 dez. 2012. Disponível em: <https://on.wsj.com/2lJejrI>. Acesso em: 15 jun. 2019.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 4, n. 5, p. 193-220, dec. 1890. Disponível em: <<http://bit.ly/2VSsbCE> >. Acesso em: 14 nov. 2018.

WU, Tim. *The master switch: the rise and fall of information empires*. Nova Iorque: Vintage, 2010.

# O REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E OSINT

Nuno Filipe Romão Pereira<sup>395</sup>

## Introdução

O Regulamento Geral de Proteção de Dados, o Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, que rege as regras referentes à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, e que revogou a Diretiva 95/46/CE, demonstrou-se um marco importante na vertente em que o tratamento dos dados pessoais foi concebido para servir as pessoas, assegurar um equilíbrio com outras leis fundamentais e proteger os seus direitos dentro e fora da União Europeia, e com vista a harmonizar e assegurar a livre circulação de dados pessoais entre os Estados-Membros quando se trate de um tratamento de forma lícita e justificada.

A proteção conferida pelo regulamento atualmente aplica-se às pessoas singulares, independentemente da sua nacionalidade ou do local de residência<sup>396</sup> e também a pessoas singulares estrangeiras que cedam os seus dados para tratamento na União Europeia, independentemente de os dados serem tecnologicamente armazenados dentro ou fora do território da União.

Esta escrita desenvolverá no decorrer dos capítulos, uma breve abordagem sobre a relação do RGPD e OSINT que é a utilização de dados públicos de forma inteligente e ou informática. É possível e permitido?

---

395 Mestrando em Engenharia de Segurança Informática pelo Instituto Politécnico de Beja; Licenciado em Engenharia Informática pela Universidade Autónoma de Lisboa; Pós-graduado em Cibersegurança pelo Instituto CRIAP; Pós-graduado em Cibercrime e Investigação Forense pelo Instituto CRIAP; Programa Avançado em Segurança Informática e Ethical Hacking pela Universidade Lusófona; Certificados CompTIA; Professor na Universidade Lusófona.

396 **REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO**, de 27 de abril. [Em Linha]. [Consult. 28. jul. 2019]. Disponível em: [https://www.cncs.gov.pt/content/files/regulamento\\_ue\\_2016-679\\_-\\_protecao\\_de\\_dados.pdf](https://www.cncs.gov.pt/content/files/regulamento_ue_2016-679_-_protecao_de_dados.pdf), considerando 14.

## A Conceituar OSINT

Como a Internet é uma rede de computadores interligada a uma escala internacional, a Internet apresenta-se como um mundo sem fronteiras em que é possível chegar a toda parte do mundo numa questão de segundos sem controlos fronteiriços, e com esse nível de abertura, verificou-se o crescimento de plataformas de partilha de conteúdo e redes sociais.

Com este crescimento, foi-se consolidando o conceito de *Open Source Intelligence*, doravante designado por OSINT, que é na sua essência um conceito explicitamente definido e caracterizado pela organização *Open Source Solutions, Inc* no ano de 1997, como um conhecimento estratégico, disponível publicamente e passível de livre utilização, circulante em meios de comunicação e prevê-se que a mesma informação não contenha qualquer tipo de dados confidenciais, sensíveis ou ao abrigo de direitos de autor ou direitos especiais que os proibam tal recolha<sup>397</sup>.

A definição em contexto real sobre algo que deverá ser considerado OSINT e até que ponto se pode assentar este conceito com o tratamento de dados poderá ser ambígua, na medida em que se questiona a licitude do tratamento da informação que se encontra de forma acessível e aberta a todo o mundo. Ora, analisando o RGPD, verifica-se, de forma explícita, que dados pessoais são informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, como um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular,<sup>398</sup> e a questão em análise sobre o tratamento estipula-se que é uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição.<sup>399</sup>

---

397 RODRIGUES, Bernardo de Simas Gaspar, Dissertação de Mestrado em Segurança Informática, 2015, Repositório IPBeja, p.21.

398 REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. Artigo 4º, alínea 1.

399 Idem – Op. Cit. artigo 4º, alínea 2.

## RGPD e o Tratamento de Dados

Ficou estabelecido que o regulamento entraria em vigo no 20º dia seguinte à sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia e que seria aplicável a partir de 25 de maio de 2018, sendo este período de 2 anos para as organizações se adaptarem e tratarem da sua aplicabilidade.

Sendo uma relação fiduciária entre o titular dos dados, ou seja, o dono dos mesmos e a organização ou instituição que os irá tratar, os titulares desses dados facultam a sua informação de forma voluntária para um dado fim de tratamento baseando-se nos pressupostos de que os dados estão seguros, que os dados são trabalhados para que a organização lhes faculte um melhor serviço e que a informação dos dados irá trazer vantagens e não serão utilizados por terceiros de forma ilícita.

A própria Constituição Portuguesa desde 1976<sup>400</sup> possui o primeiro texto jurídico sistematizado sobre proteção de dados e o seu artigo 35 já sofreu atualizações e apresenta características que se encontram em conformidade com o RGPD muito antes de este ter sido redigido, tal como na alínea 3 que proíbe a utilização da informática para o tratamento de dados sensíveis, ou seja, convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, origem étnica e vida privada, e é de extrema importância esta definição dado que, no RGPD, o artigo 9º também define os mesmos parâmetros de proibição de tratamento de categorias especiais de dados pessoais, e a alínea 4 do mesmo artigo 35 da Constituição Portuguesa encontra-se em sintonia quando proíbe o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo nos casos excepcionais previstos na lei.

## RGPD x OSINT

Com base na alínea 2, fica claro que a própria consulta de dados que estejam disponíveis sobre OSINT já é considerada tratamento, ou seja, não é exigido que os dados sejam modificados, recolhidos ou que seja feita qualquer outra operação para estarem já abrangidos pelo RGPD, igualmente aplicável caso seja feito de forma manual, por meio não automatizados, ou por meios automatizados, como exemplo o

---

400 Portugal - **Constituição da República Portuguesa**, Decreto de 10 de abril de 1976, 8ª versão (Lei nº 1/2005, de 12/08). [Em Linha]. [Consult. 28. jul. 2019]. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=4&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis).

caso dos “crawlers”<sup>401</sup> que são programas de software cujo objetivo é recolher informação nas páginas web online.

Quando nos referimos a uma entidade que use o OSINT para tratar dados, devemos notar que essa mesma entidade poderá estar enquadrada na definição de “terceiro”, prevista na alínea 10, como sendo uma pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, o serviço ou organismo que não seja o titular dos dados, o responsável pelo tratamento, o subcontratante e as pessoas que, sob a autoridade direta do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, estão autorizados a tratar os dados pessoais.<sup>402</sup>

Até que ponto é lícita a utilização do OSINT por parte das polícias para o tratamento de dados pelos órgãos de investigação, enquanto os mesmos estiverem exclusivamente a atuar de forma preventiva e não a atuar numa investigação.<sup>403</sup>

## A visão da Polícia Judiciária

A Lei nº 37/2008 de 6 de agosto estabelece a estrutura orgânica da polícia judiciária, abreviadamente designada por PJ, e estão definidas a natureza, missão e atribuições da PJ, como sendo um corpo superior de polícia criminal organizado hierarquicamente na dependência do Ministro da Justiça e fiscalizado nos termos da lei, é um serviço central da administração direta do Estado<sup>404</sup> e, na sua missão, coadjuvar as autoridades judiciárias na investigação, desenvolver e promover as ações de prevenção, deteção e investigação da sua competência ou que lhe sejam cometidas pelas autoridades judiciárias competentes.

Na sua essência, a PJ possui duas valências principais, a “investigação criminal” e a “deteção e prevenção criminal” e, nesta última, a PJ promove ações destinadas a fomentar a prevenção geral e a reduzir o número de vítimas da prática de crimes, motivando os cidadãos a adotarem precauções e a reduzirem os atos e as situações que facilitem ou precipitem a ocorrência de condutas criminosas<sup>405</sup> e, ainda, procedem à deteção e dissuasão de situações conducentes à prática de crimes, nomeadamente

---

401 Web Crawler definition technopedia, <https://www.techopedia.com/definition/10008/web-crawler>.

402 **REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO**. Artigo 26 e 28.

403 Idem – Op. Cit. Artigo 6º.

404 Portugal - **Lei nº 37/2008**, de 6 de agosto. “Orgânica da Polícia Judiciária”. [Em Linha]. [Consult. 28. jul. 2019]. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/455412/details/maximized>. Artigo 1º.

405 Idem – Op. Cit. Artigo 4º.

através de fiscalização e vigilância de locais suscetíveis de propiciarem a prática de atos ilícitos criminais, ou seja, uma atividade policial compatível com o artigo 6º, alínea d) em que o tratamento é necessário para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular e com as limitações estipuladas no artigo 23, número 1, alínea d) em que assegure a prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais, ou a execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública, desde que constituam uma medida necessária e proporcionada numa sociedade democrática.

No desenvolvimento estratégico da PJ, criada a Unidade Nacional de Combate ao Cibercrime e à Criminalidade Tecnológica pelo Decreto-Lei nº 81/2016<sup>406</sup> e com o objetivo de que as entidades responsáveis pela prevenção e pela repressão tenham a informação em tempo útil que possibilite a deteção precoce de ataques digitais; leia-se informação como “Cyber-Intelligence”, ou seja, informação obtida também através de OSINT.

No entanto, deve observar-se que apesar de licitude no tratamento dos dados pessoais pela entidade mencionada, pressupõe-se que para existir a procura de informações abertas sobre alguém em específico ou de um grupo de indivíduos de forma geral, deverão existir indícios de crime ou intensão de práticas criminosas, ou seja, se não existir justificação para uma possível prevenção, esse ato preventivo seria contra a própria orgânica do órgão de investigação criminal.

Levanta-se, então, uma questão, para garantirmos a prevenção, cibersegurança e Ciberdefesa num Estado de Direito Democrático justifica-se a constante monitorização de fontes abertas e o respectivo tratamento dos dados que são disponibilizados abertamente, não obstante de terem sido eles disponibilizados de forma intencional ou acidental?

Ora deve notar-se que apesar de os dados serem acessíveis publicamente, não está aqui em causa se a sua disponibilização foi acidental ou propositada, mas sim se existem controlos que proíbam a utilização desses dados, e se existe licitude para o tratamento de dados pessoais numa fase que não é a investigação criminal.

Há que esclarecer que a fundamentação de um Estado de Direito é a dignidade da pessoa, baseada na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização político-democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e

---

406 Portugal – **Decreto -Lei nº 81/2016**. Lei da criação da Unidade Nacional de Combate ao Cibercrime e à Criminalidade Tecnológica. [Em Linha]. [Consult. 28. jul. 2019]. Disponível em: [https://dre.pt/home/-/dre/105263934/details/maximized?p\\_auth=zNiE78CF&day=2016-11-28&date=2016-11-01](https://dre.pt/home/-/dre/105263934/details/maximized?p_auth=zNiE78CF&day=2016-11-28&date=2016-11-01).

liberdades fundamentais bem como na separação e interdependência de poderes<sup>407</sup> e ao abrigo do artigo 19 da Constituição da República Portuguesa. A suspensão do exercício de direitos dos cidadãos, as suas liberdades e garantias pelo órgão de soberania só podem ocorrer nos casos em que o Estado esteja numa situação de emergência declarada no previsto na Constituição, razão pela qual, a possibilidade de serem previstas limitações aos direitos fundamentais é para uso exclusivo num “estado de necessidade”, no qual deve existir um cumprimento pelo princípio da proporcionalidade: logo, a declaração do estado de sítio ou do estado de emergência, confere às autoridades competência para tomarem as providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional.<sup>408</sup>

## A Constituição da República Portuguesa

Continuando a análise, verificamos que a lei estabelece garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas ou contrárias à dignidade humana e de informações relativas às pessoas e famílias<sup>409</sup> e é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal<sup>410</sup> e como prevista no artigo 272, a polícia tem por funções defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos, as medidas que utilizam são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário, e a prevenção dos crimes, incluindo a dos crimes contra a segurança do Estado, só pode fazer-se com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, posto isto, a constante monitorização dos cidadãos é incompatível com o princípio de estado de Direito.

Observamos a utilização do OSINT por forças de segurança; no entanto, existe a outra vertente, o OSINT em que se prevê a sua utilização por parte de entidades privadas no tecido empresarial nacional e internacional.

---

407 SOUSA, Luís de. **A qualidade da Democracia em Portugal**: A visão dos cidadãos. [Em Linha]. [Consult. 28. jul. 2019]. Disponível em: [https://www.academia.edu/21527423/A\\_Qualidade\\_da\\_Democracia\\_em\\_Portugal.\\_A\\_Visão\\_dos\\_Cidadãos](https://www.academia.edu/21527423/A_Qualidade_da_Democracia_em_Portugal._A_Visão_dos_Cidadãos). p.29.

408 Portugal - **Constituição da República Portuguesa**, Decreto de 10 de abril de 1976, 8ª versão (Lei nº 1/2005, de 12/08). [Em Linha]. [Consult. 28. jul. 2019]. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=4&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis). VII Revisão Constitucional.

409 Idem – Op. Cit. Artigo 26, número 2.

410 Idem – Op. Cit. Artigo 34, número 4.

Como mencionado anteriormente, o tratamento dos dados pessoais deve ser feito com o consentimento dos seus titulares para uma ou mais finalidades específicas,<sup>411</sup> é considerado lícito para a execução de um contrato no qual o titular faz parte<sup>412</sup> e nos casos previstos para o cumprimento de uma obrigação jurídica.<sup>413</sup>

Quando uma fonte de informação se encontra aberta como prevista no OSINT, a questão que surge é sobre a legitimidade que uma organização tem para tratar essa informação, mesmo que esse tratamento se trate apenas de uma consulta.

## A Lei do Cibercrime

Apesar de a informação estar disponível, para que não haja uma situação de crime, ao abrigo da Lei do Cibercrime, é de referir que não podem existir quaisquer controlos que impeçam o terceiro de consultar a informação, embora estes controlos não tenham de ser de natureza técnica, ou seja, ocorre em crime quem, sem permissão legal ou sem para tanto estar autorizado pelo proprietário, por outro titular do direito do sistema ou de parte dele, de qualquer modo aceder a um sistema informático,<sup>414</sup> mesmo que o controlo seja apenas uma mensagem a indicar que o visitante da página não pode consultar a informação contida naquele local.

Um exemplo concreto desta situação é o uso de um ficheiro denominado por “robots.txt”, que indica aos *crawlers* automatizados sobre as pastas que não deverão indexar, no entanto é conhecido que existem alguns destes softwares que não respeitam essa informação, e apesar de não serem contornados nenhuns sistemas de defesa informáticos, não respeitam as indicações, tornando-se uma situação de crime.

Caso alguma entidade decida usar “Google Dorking”, uma prática usada para fazer pesquisas especializadas no Google, podem-se verificar casos de fuga de informação, tais como currículos, recibos de vencimento e até declarações de IRS devido aos dados estarem acessíveis online, de forma tecnicamente desprotegida e onde a informação pessoal dos titulares dos dados foi exposta e possivelmente usada por terceiros.

---

411 **REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO**. Artigo 6º, número 1, alínea a).

412 *Idem* – Op. Cit. Artigo 6º, número 1, alínea b).

413 *Idem* – Op. Cit. Artigo 6º, número 1, alínea c).

414 Portugal - **Lei nº 109/2009** (Lei do Cibercrime). [Em Linha]. [Consult. 28. jul. 2019]. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1137&ctabela=leis.artigo 6º, número 1.](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1137&ctabela=leis.artigo%206%20n%201)

Na situação descrita, determina-se que não existe licitude para que haja uma recolha ou consulta da informação disponibilizada, o que nos leva a outra questão: quais os perigos que os titulares dos dados estão sujeitos quando as suas informações estão a ser tratadas por entidades terceiras de forma ilícita, sem o consentimento dos titulares dos dados?

Com o uso inadvertido do OSINT, podemos estar perante uma situação de furto de identidade, em que a obtenção, detenção, transferência de dados pessoais e de uma pessoa, de forma ilícita, tornam-se um meio de praticar crimes relacionados com outras atividades ilícitas e, nestes casos, podemos é possível estar a comprometer a identidade digital de alguém.

Destas atividades ilícitas, temos o furto de identidade, e o possível abuso de identidade com os dados pessoais, e observemos que qualquer dado pessoal são informações relativas a pessoas singulares identificadas ou suscetíveis de identificação, como previsto no artigo 2º alínea a) da convenção para a proteção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal, e previstos também pelo artigo 4º, alínea 1 do RGPD em que é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social dessa pessoa singular.

É de referir que a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção dos Indivíduos face ao Tratamento Automático de Dados Pessoais, de 1981, e a Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 1995, e o Regulamento Geral de Proteção de Dados de 2016, são fontes essenciais em matérias que dizem respeito à proteção de dados pessoais, enquanto que, em matérias penais, Portugal assinou a Convenção do Conselho da Europa sobre o cibercrime, também conhecida como a “Convenção de Budapeste” a qual deu também origem à Lei nº 109/2009, a Lei do Cibercrime.

## **A Diretiva 95/46/CE**

Os dados estando abertos, está em causa o seu tratamento, uma vez que estão disponíveis na rede e, de acordo com a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, ao verificarmos o âmbito de aplicação, o mesmo encontra-se em sintonia com o RGPD, dado que no

seu artigo 3º estipula também que o âmbito aplica-se ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos num ficheiro ou a ele destinados e apenas não se aplica caso no exercício das atividades não sujeitas à aplicação do direito comunitário e ao tratamento de dados que tenham como objeto a segurança pública, a defesa, a segurança do Estado, incluindo o bem-estar econômico do Estado quando esse tratamento disser respeito a questões de segurança do Estado e, também, quando efetuado por uma pessoa singular nos exercícios de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas;<sup>415</sup> no entanto, atividades empresariais não se enquadram no parâmetro de atividades pessoais ou domésticas, nem em atividades relacionadas com a segurança do Estado.

Mesmo que os dados sejam provenientes de registos públicos, uma organização que trate os dados terá de assegurar essa licitude e, mesmo na Diretiva 95/46/CE, os dados pessoais recolhidos têm de ser assegurados que são usados para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, e que não serão posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades<sup>416</sup> e à semelhança do RGPD, no artigo 6º para além do consentimento inicial explícito exigido, quando o tratamento para fins que não sejam aqueles para os quais os dados pessoais foram recolhidos não for realizado com base no consentimento do titular dos dados ou em disposições do direito da União ou dos Estados-Membros que constituam uma medida necessária e proporcionada numa sociedade democrática para salvaguardar os objetivos referidos no artigo 23, nº 1 (sobre as limitações), o responsável pelo tratamento, a fim de verificar se o tratamento para outros fins é compatível com a finalidade para a qual os dados pessoais foram inicialmente recolhidos.<sup>417</sup>

Devemos notar que o uso de forma ilícita sem autorização dos titulares também não é compatível com o respeito pela vida privada garantido na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em que independentemente de informações estarem disponíveis online de forma aberta, todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar,<sup>418</sup> pelo seu domicílio e pelas suas comunica-

---

415 **Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 24 de outubro de 1995. [Em Linha]. [Consult. 28. jul. 2019]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>. Artigo 3º.

416 *Idem* – Op. Cit. Artigo 6º.

417 **REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO**. Artigo 6º, número 4.

418 **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia** (2000/C 364/01). [Em Linha]. [Consult. 28. jul. 2019]. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf). Artigo 7º.

ções, bem como todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito, e todos esses dados devem ser objeto de um tratamento leal para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei.<sup>419</sup>

A criminalização dos tratamentos de dados não autorizados dependerá das Leis nacionais de transposição, e no caso de Portugal, tal como visto anteriormente, a violação de regras de controlo que estejam implementadas, mesmo que não sejam de natureza técnica, constam como crime no artigo 2º, de acesso ilícito da Convenção de Budapeste em que cada Estado-Membro deverá adotar as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para classificar como infração penal nos termos do seu direito interno, quando praticado, intencionalmente, o acesso ilícito a um sistema informático no seu todo ou a parte dele. Para que se verifique a infração penal, qualquer uma das partes pode exigir que ela seja cometida por meio da violação das medidas de segurança com intenção de obter dados informáticos ou com qualquer outra intenção, ou ainda que esteja relacionada com um sistema informático conectado a outro sistema informático, e foi consolidada na Lei do Cibercrime no artigo 6º, em que é crime quem aceder a um sistema informático sem estar autorizado.

Para mais, acrescenta-se que na Lei nº 67/98, Lei da Proteção de Dados Pessoais, o artigo 44, que rege o acesso indevido, estipula que quem, sem a devida autorização, por qualquer modo, aceder a dados pessoais cujo acesso lhe está vedado é punido com prisão, e ainda a pena pode ser agravada para o dobro caso o acesso tenha sido conseguido através de regras técnicas de segurança, ou nos casos em que o acesso tiver possibilitado ao agente ou a terceiros o conhecimento de dados pessoais.

## Considerações Finais

Ou seja, com a informação prestada, mesmo que não existam controlos técnicos, a lei da proteção de dados é clara em criminalizar que aceda aos mesmos de forma ilegítima, e o OSINT não é uma legitimação para o tratamento de dados, logo quem aceder aos mesmos independentemente de controlos técnicos estará a ocorrer em crime, e é agravado nos casos em que haja mecanismos técnicos de proteção.

Outro possível uso e perigo da consulta de dados pessoais em fontes abertas, o ato de alterar dados informáticos dos quais resultem dados não autênticos, com o intuito de que esses dados sejam considerados ou utilizados para fins legais como se fossem autênticos, quer sejam ou não diretamente legíveis e inteligíveis são

---

419 Idem – Op. Cit. Artigo 8º.

criminalizados pela Convenção de Budapeste no seu artigo 7º sobre falsidade informática, e Portugal com a Lei do Cibercrime cobre esta necessidade no seu artigo 3º.

Previendo também a Diretiva 2013/40/UE, os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que, caso as infrações previstas cometidas mediante a utilização abusiva de dados pessoais de outra pessoa com o objetivo de conquistar a confiança de terceiros, causando assim danos ao legítimo titular da identidade, tal possa, de acordo com o direito nacional, ser considerado uma circunstância agravante, salvo se tal circunstância já estiver abrangida por outra infração punível pelo direito nacional, e a nível empresarial, como nenhuma entidade se encontra a atuar em defesa do Estado, ou a agir em ambiente doméstico, e sendo-lhe aplicado o RGPD, o uso de OSINT para matérias de tratamento de dados pessoais é-lhe vedado por falta de licitude nesse mesmo tratamento quando não possua autorização, e se esse mesmo tratamento for feito com acesso a sistemas e informação alheios sem autorização, a organização estaria perante um cenário de crime, e não há nenhuma alínea no artigo 6º do RGPD que legitime a sua atividade.

## Referências

**Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia** (2000/C 364/01). [Em Linha]. [Consult. 28. jul. 2019]. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf).

**Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 24 de outubro de 1995. [Em Linha]. [Consult. 28. jul. 2019]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>.

Portugal - **Lei nº 109/2009** (Lei do Cibercrime). [Em Linha]. [Consult. 28. jul. 2019]. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1137&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1137&tabela=leis).

Portugal - **Constituição da República Portuguesa**, Decreto de 10 de abril de 1976, 8ª versão (Lei nº 1/2005, de 12/08). [Em Linha]. [Consult. 28. jul. 2019]. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=4&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis).

Portugal - **Decreto-Lei nº 81/2016**. Lei da criação da Unidade Nacional de Combate ao Cibercrime e à Criminalidade Tecnológica. [Em Linha]. [Consult. 28. jul. 2019]. Disponível em: [https://dre.pt/home/-/dre/105263934/details/maximized?p\\_auth=zNiE78CF&day=2016-11-28&date=2016-11-01](https://dre.pt/home/-/dre/105263934/details/maximized?p_auth=zNiE78CF&day=2016-11-28&date=2016-11-01).

Portugal - **Lei nº 37/2008**, de 6 de agosto. “Orgânica da Polícia Judiciária”. [Em Linha]. [Consult. 28. jul. 2019]. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/455412/details/maximized>.

**REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO**, de 27 de abril. [Em Linha]. [Consult. 28. jul. 2019]. Disponível em: [https://www.cncs.gov.pt/content/files/regulamento\\_ue\\_2016-679\\_-\\_protecao\\_de\\_dados.pdf](https://www.cncs.gov.pt/content/files/regulamento_ue_2016-679_-_protecao_de_dados.pdf).

RODRIGUES, Bernardo de Simas Gaspar, Dissertação de Mestrado em Segurança Informática, 2015, Repositório IPBeja. p.21.

SOUSA, Luís de. **A qualidade da Democracia em Portugal**: A visão dos cidadãos. [Em Linha]. [Consult. 28. jul. 2019]. Disponível em: [https://www.academia.edu/21527423/A\\_Qualidade\\_da\\_Democracia\\_em\\_Portugal.\\_A\\_Visão\\_dos\\_Cidadãos](https://www.academia.edu/21527423/A_Qualidade_da_Democracia_em_Portugal._A_Visão_dos_Cidadãos).

# A AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – ANPD

Rafael Freire Ferreira<sup>420</sup>

## Introdução

**E**ssa pesquisa cuida de analisar a ANPD – Autoridade Nacional de Proteção de Dados, entidade responsável por velar os dados pessoais dos brasileiros. Com a espera pela entrada em vigor da LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, em agosto de 2020, a ANPD ganha dimensão e importância, pois as empresas que mantêm bancos de dados (on-line ou off-line; físico ou digital) estarão sob sua tutela, já que caberá a esta entidade vigiar a proteção dos dados pessoais, criar diretrizes e fiscalizar o tratamento destes e aplicar sanções (inclusive multa), observado o devido processo legal, quando houver descumprimento da LGPD.

Desta forma, analisamos tão importante agência para os novos rumos da proteção dos dados pessoais, discorrendo sobre a sua importância, como se deu sua criação, qual a sua natureza jurídica, como irá operar de acordo com sua autonomia, suas competências e as perspectivas da sua efetivação a partir do dia em que a LGPD entrar em vigor.

## A Importância da ANPD

A sociedade da informação avança na velocidade das evoluções tecnológicas e se amplia na proporção do estado de vigilância. Rodotà<sup>421</sup> alerta que os sistemas de

---

420 Doutorando em Direito pela UAL – Lisboa - Portugal; Mestre em Direito pela UAL – Lisboa - Portugal (Revalidado pela UFBA); Especialista em Direito Público Material pela Universidade Gama Filho. Advogado, Professor e Escritor. E-mail: rafael.freire@hotmail.com; Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7863827244864355>.

421 RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje**. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bondin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.112.

gestão dos dados pessoais são indissociáveis da vigilância, sendo esta, por sua vez, parte da própria estrutura do sistema.

Esse cenário classifica-nos – indivíduos – em dados, formando os perfis necessários para atender aos interesses econômicos, financeiros e de segurança de entidades públicas e privadas.

O Brasil foi incapaz de acompanhar toda essa revolução de forma a proteger os dados pessoais, provocando uma imersão caótica, causando uma devastação nos direitos da personalidade, notadamente na privacidade. É de fácil percepção o total desrespeito com a privacidade das pessoas naturais, tornando algumas situações insustentáveis, a exemplo da constante importunação de propagandas direcionadas através dos mais variados meios de comunicação.

Nesse ínterim, fazia-se necessário reconhecer a autodeterminação informativa como um direito fundamental, inserido no rol dos direitos da personalidade, merecendo igual importância e proteção, conforme explica Ferreira:<sup>422</sup>

E como desenvolvido, a autodeterminação informativa refere-se ao autocontrole das informações pessoais, seja para conhecê-las e empregar o adequado tratamento no caso de apropriação consentida ou por força de lei, seja para não chegar a conhecê-las, como forma de preservar a autonomia privada, a personalidade humana, a liberdade individual, os direitos fundamentais que de fato fazem parte e a dignidade da pessoa humana.

É um genuíno exercício dos direitos da liberdade, seja de se expor ou não se expor, seja de saber ou de não saber, e o direito de saber envolve a ativa participação no tratamento dos seus dados pessoais. É a privacidade dos dados pessoais. É a autodeterminação informativa.

Nesse contexto de total desconfiança de que o Estado brasileiro seria capaz de dar a devida proteção aos dados pessoais dos indivíduos, em um clima de forte pressão internacional, uma vez que os países que dão uma adequada proteção a esses dados se recusam a transmiti-los para países que não apresentam um satisfatório tratamento, foi editada a LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.<sup>423</sup>

A LGPD foi editada em 14 de agosto de 2018 (dispõe sobre a proteção de dados pessoais e alterou a Lei n.º 12.965/2014 - Marco Civil da Internet) e posteriormente foi alterada pela Medida Provisória n. 869/18 convertida em Lei

---

422 FERREIRA, Rafael Freire. **Autodeterminação informativa e a privacidade na sociedade da informação**. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 187.

423 BRASIL. **Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018**.

n.º 13.853/19. Pela primeira vez, uma legislação brasileira reconheceu a autoterminação informativa como um direito (artigo 2º, II), trazendo um sopro de esperança ao respeito à proteção de dados pessoais.

Contudo, apenas com legislação não se alcança a devida proteção. É vital para a efetivação da LGPD uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais – a ANPD, que seja independente administrativamente e atue no controle e fiscalização do tratamento dos dados, em inalienável observância à Dignidade do Homem e respeito aos direitos fundamentais, essencialmente os direitos da personalidade.

É sobre a ANPD que se desenvolveu esse estudo, tecendo-se duras críticas à forma como foi criada e levantando desconfiância sobre sua operacionalização a partir de agosto de 2020 quando se encerrará a *vacatio legis* e entrará em vigor.

## Criação e Natureza Jurídica

No texto original da LGPD (artigo 55), a ANPD foi criada para integrar a administração pública federal indireta com a natureza jurídica de Autarquia em Regime Especial (Agência Reguladora), com fiscalização do Ministério da Justiça.

O legislador acertou na espécie de entidade administrativa que determinou a criação, pois as Autarquias, enquanto Pessoas Jurídicas de Direito Público integrantes da Administração Pública Indireta, gozam de autonomia, sendo frutos da descentralização administrativa.

Conforme preceitua o artigo 5º Decreto-Lei 200/67, as autarquias, que possuem personalidade jurídica, são serviços autônomos com patrimônio e receita próprios, significa dizer que sua gestão administrativa e financeira é descentralizada, como medida de otimização do seu funcionamento. Em resumo, possuem autonomia administrativa, financeira, funcional e patrimonial.

No magistério de Mazza,<sup>424</sup> compreende-se que as autarquias não estão subordinadas hierarquicamente aos Entes Federativos, sendo a vinculação com estes, meramente, finalística – fiscalizatória.

Este cenário era o ideal para se constituir uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais, afinal, a partir da sua criação e natureza jurídica se tinha, legalmente, a autonomia necessária para exercer o seu mister.

Entretanto, o então Presidente da República Michel Temer, vetou todos os artigos referentes à criação da ANPD, medida que se mostrou acertada, pois apresentava inconstitucionalidades, já que a competência constitucional para criação

---

424 MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p.189.

de uma entidade da administração pública indireta é o chefe do Poder Executivo correspondente, apresentando, assim, vício de iniciativa, pois o projeto de Lei não partiu do Presidente da República.

Tal formalidade levou ao veto, porém em total desrespeito à conquista que se antevia, com a edição da Medida Provisória n.º 869/18, Temer recriou a ANPD com natureza jurídica diversa, como órgão integrante do poder executivo federal.

Para se ter uma exata noção da dimensão da mudança de Autarquia para Órgão, recorre-se aos ensinamentos de Mello:<sup>425</sup>

“Os órgãos não passam de simples partições internas da pessoa cuja intimidade estrutural integram, isto é, não têm personalidade jurídica.

...

não tendo personalidade, os órgãos não podem ser sujeitos de direitos e obrigações”.

Da forma como está concebida, a ANPD perde sua total autonomia por não ser dotada de personalidade jurídica própria como seria em caso de Autarquia, sendo, portanto, um ente despersonalizado que depende intimamente da pessoa jurídica a que está vinculada, como discorreremos no tópico sobre a autonomia.

Por conseguinte, a ANPD, conforme disposição da Lei n.º 13.853/19, foi criada como órgão da administração pública federal, integrante de outro órgão federal (Presidência da República), sem personalidade jurídica própria (ente despersonalizado), gozando tão somente de autonomia técnica.

## Autonomia

O artigo 55-B da LGPD, alterado pela Lei n.º 13.853/19 se limitou a conceder, apenas, autonomia técnica e decisória a ANPD.

Como já visto, a mudança de Autarquia para Órgão remeteu a ANPD à subordinação hierárquica. A perspectiva era de autonomia, para além da técnica, financeira, patrimonial, funcional e administrativa.

A real dimensão dessa medida pode ser mensurada a partir da classificação dos órgãos na doutrina administrativista clássica, em que se colocam os órgãos em 4 (quatro) níveis hierárquicos: independentes, autônomos, superiores e subalternos.

---

425 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. – 28ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.140-141.

Com algum esforço, guardando a possibilidade de mudança quando houver a implementação de fato da ANPD, pela legislação atinente (multicitada), faremos uma análise para definir o seu enquadramento hierárquico, vislumbrado a partir da sua autonomia, observando a classificação dos órgãos nos ensinamento de Di Pietro:<sup>426</sup>

**Independentes:** [...] sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e sujeitos apenas aos controles constitucionais de um sobre o outro [...];

**Autônomos:** [...] se localizam na cúpula da Administração, subordinados à chefia dos órgãos independentes, gozam de autonomia administrativa, financeira e técnica e participam das decisões governamentais [...];

**Superiores:** são os órgãos de direção, controle e comando, mas sujeitos à subordinação e ao controle hierárquico de uma chefia, não gozam de autonomia administrativa nem financeira [...];

**Subalternos:** [...] se acham subordinados hierarquicamente a órgãos superiores de decisão, exercendo principalmente funções de execução [...].

Ao definir a ANPD como integrante da Presidência da República, automaticamente já a retira da classificação de órgãos independentes, posição que se encontra este.

Na leitura dos demais artigos da LGPD relacionados à ANPD, percebe-se na figura do Presidente da República um superior hierárquico direto, o que nos leva apressadamente a vislumbrar a ANPD enquadrada como órgão Autônomo, mas persiste a dúvida.

O artigo 55-A da LGPD cria a ANPD sem aumento de despesas, o que nos leva a depreender que a mesma não goza de autonomia financeira, característica presente nos órgãos autônomos, forçadamente, então, devemos classificá-la como um órgão superior, por estar presente, tão somente, a autonomia técnica.

Obviamente que esse rebaixamento de natureza jurídica e, consequentemente, de hierarquia acarretará em sérias dificuldades de efetivação da Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais, como foi discutido no último tópico (perspectivas de efetivação).

---

426 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. – 30. ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.674-675.

## Composição

Da forma que está posto, conforme os normativos já apontados, se não houver mudanças até a entrada em vigor da LGPD em 2020, ficará assim constituída:

- a) **Conselho Diretor:** órgão máximo da ANPD, composto por 5 (cinco) diretores, todos nomeados pelo Presidente da República, nestes incluído o Diretor-Presidente. Esses diretores ocuparão cargo em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superior - DAS de nível 5, com mandato de 4 (quatro) anos, salvo os primeiros membros que terão, excepcionalmente, mandatos escalonados em dois, três, quatro, cinco e seis anos de acordo com indicação no ato da nomeação. Em caso de vacância, o sucessor cumpre o resquício do mandato.

Segundo o Ministério do Planejamento,<sup>427</sup> esses cargos em comissão são *de livre nomeação e exoneração, destinados às atribuições de direção, chefia e assessoramento, que podem ser ocupados tanto por pessoa sem vínculo com a Administração Pública Federal, quanto por servidor efetivo e/ou empregado público.*

Os requisitos para ser escolhido como diretor são: ser brasileiro, ter reputação ilibada, possuir nível de escolaridade superior e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais será nomeado. Este último requisito carrega um grau de subjetividade enorme, na prática, pode não ser tão respeitado.

A perda do cargo de diretor ocorrerá nos seguintes casos: renúncia (exoneração a pedido), sentença judicial transitada em julgado ou demissão decorrente de processo administrativo disciplinar. Essa disposição do Art. 55-E da LGPD contrasta com a natureza do cargo em comissão, que é de livre nomeação e livre exoneração, tratando-se, portanto, de uma barbeiragem técnica ao editar a Medida Provisória que alterou a Lei em análise.

Nosso posicionamento é pela livre exoneração, uma vez que foi determinada a livre nomeação pelo Presidente da República, sem prejuízo das medidas administrativas disciplinares caso necessário, ainda mais por se tratar de um órgão vinculado hierarquicamente à Presidência da República. Esse posicionamento não significa satisfação com o que está determinado, mas trata-se de uma análise técnica, uma vez que não se criou uma Autarquia, as ingerências do Chefe do Executivo Federal possuem grande possibilidade de ocorrer. Na prática, já ocorrem com as

---

427 Idem. **Ministério do Planejamento.** [Consult. em 18/05/2019]. Disponível em: <http://dados.gov.br/dataset/direcao-e-assessoramento-superiores-das>.

entidades da Administração Direta, quando não deveriam, quiçá com órgão inferior e subordinado.

- a) **Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade:** compõe-se por 23 (vinte e três) conselheiros<sup>428</sup> nomeados pelo Presidente da República, para um mandato de 2 (dois) anos, permitida uma recondução e não poderão ser membros do Comitê Gestor da Internet no Brasil. Trata-se de uma prestação de serviço público relevante, não remunerada.
- b) **Corregedoria;**
- c) **Ouvidoria;**
- d) **Órgão de Assessoramento jurídico próprio;**
- e) **Unidades administrativas e unidades especializadas necessárias à aplicação da LGPD.**

Esses órgãos citados (c, d, e, f) ainda serão compostos através de ato do Presidente da República, que regulamentará a estrutura regimental. Enquanto isso não ocorre, a ANPD receberá apoio técnico e administrativo da Casa Civil da Presidência da República para execução das suas funções, o que reforça ainda mais a sua condição de submissão na hierarquia dos órgãos.

## Competências

A principal função da ANPD é zelar pela autodeterminação informativa, através da proteção dos dados pessoais, em articulação com as autoridades reguladoras públicas e em cooperação com autoridades de proteção de dados pessoais de outros países.

Para exercer as suas competências e dar efetividade à LGPD, utilizará do poder administrativo regulamentar na edição de normas e procedimentos necessários à

---

<sup>428</sup> Os conselheiros serão indicados a partir dos seguintes órgãos: seis do Poder Executivo Federal; um do Senado Federal; um da Câmara dos Deputados; um do Conselho Nacional de Justiça; um do Conselho Nacional do Ministério Público; um do Comitê Gestor da Internet no Brasil; quatro de entidades da sociedade civil com atuação comprovada em proteção de dados pessoais; quatro de instituições científicas, tecnológicas e de inovação; e quatro de entidades representativas do setor empresarial relacionado à área de tratamento de dados pessoais.

execução da lei, inclusive quanto à sua interpretação. Além de elaborar estudos sobre as práticas (nacional e internacional) de proteção de dados pessoais e privacidade.

No exercício das suas atividades, a ANPD desenvolverá uma função essencial na proteção dos dados pessoais, pois funcionará como fiscalizadora do tratamento dos dados, com poder de polícia para aplicar as sanções necessárias à defesa dos direitos fundamentais dos titulares dos dados, devendo sempre informar às autoridades competentes quando as infrações alcançarem a esfera penal.

Dessa forma, atuará junto aos controladores e operadores que realizem tratamento dos dados pessoais, requisitando informações e implementando mecanismos para registro de reclamações e denúncias.

A função educativa também ficou a cargo da ANPD que deverá difundir o conhecimento sobre as normas, políticas públicas e medidas de segurança relacionadas à proteção dos dados pessoais, realizando, ainda, consultas públicas sobre temas relacionados à sua atuação.

O desafio maior corresponde a estimular e fiscalizar a atuação das entidades públicas e privadas que deverão adotar medidas que facilitem o controle e, sobretudo, a proteção dos titulares sobre os seus próprios dados.

Quanto às competências do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, nos termos da normatizadora e diretiva da ANPD, são: *propor diretrizes estratégicas e fornecer subsídios para a elaboração da sua política e atuação; elaborar relatórios anuais de avaliação da execução das suas ações; sugerir ações para sua realização; elaborar estudos, realizar debates e audiências públicas, e disseminar o conhecimento sobre a proteção de dados pessoais e da privacidade à população em geral.*

## **Perspectivas de Efetivação**

Não pretendemos ser mercadores da desesperança, tampouco espalhar o pessimismo, entretanto, as perspectivas para o efetivo exercício da Autoridade Nacional de Proteção de Dados não são animadoras.

Toda essa desconfiança, como já relatada, baseia-se na forma da sua criação e natureza jurídica que lhe retirou a autonomia necessária para exercer função de tamanha importância e carência no Brasil.

Sendo o objetivo principal garantir a autodeterminação informativa e proteger a privacidade dos dados pessoais, deverá o Poder Executivo Federal transmitir a confiança necessária para que as entidades nacionais e internacionais passem a enxergar o Brasil como um país confiável e que dispensa o tratamento adequado aos dados pessoais.

Essa atitude passa pela não intervenção do Presidente da República e seus Ministros nos trabalhos da ANPD que será a responsável pela efetivação da LGPD.

Preocupa, ainda, como o poder público vai se comportar em relação à proteção e privacidade dos dados pessoais, como bem afirmou Côrrea:<sup>429</sup>

“No Brasil, os altos índices de violência e a insegurança generalizada coloca a segurança pública dentre as principais preocupações da população brasileira. Esse cenário, aliado à aposta na tecnologia como vetor inexorável de desenvolvimento, constitui um ambiente favorável ao afrouxamento dos limites à coleta e utilização de dados pessoais pelo poder público”.

Alia-se a esse terreno fértil para o paternalismo estatal em nome da segurança pública o fato de que a ANPD está subordinada ao Presidente da República. O Estado brasileiro terá que provar ser capaz de proteger os dados pessoais sem relativizações.

Quando entrar em vigor, a LGPD trará impactos significativos nos setores produtivos, que terão que investir para se adequarem às exigências da lei e garantir que os titulares dos dados exerçam controle sobre os mesmos, o que demanda esforço tecnológico, conseqüentemente, financeiro. Uma vez que garantir o controle dos titulares significa obter seu consentimento, mantê-los totalmente informados, permitindo que acompanhem, retifiquem ou excluam seus dados pessoais.

Esse cenário obriga as organizações a se modificarem e criarem um setor que cuide da segurança das informações, processo que exigirá uma atuação convincente da ANPD para avaliar se as entidades estão dando o tratamento adequado aos dados pessoais. Isso força um novo modelo de negócio no qual a privacidade integra a estrutura da organização.

Soma-se a tudo isso o desafio de difusão do conhecimento e práticas educacionais que devolvam ao cidadão comum a confiança de que seus dados serão respeitados. O contexto brasileiro é devastador, com empresas vendendo ou trocando dados sem qualquer controle, elevando sobremaneira o número de fraudes ocorridas, além da insuportável inundação de marketing direcionado ao perfil do consumidor formado a partir da coleta indevida de dados.

Por esses motivos, as perspectivas não são das melhores!

---

429 CORRÊA, Adriana Espíndola. Lei de proteção de dados e a identificação nacional: há antinomias? [Consult. 18/05/2019]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-18/direito-civil-atual-lei-protexao-dados-identificacao-nacional-antinomias>.

O então Presidente da República Michel Temer poderia ter dado um gosto menos amargo à situação e ter criado uma Autoridade com a autonomia necessária para execução das suas funções como discutido anteriormente.

Ainda assim, seguimos com fé de que, até agosto de 2020, algo seja feito no sentido de aparar as arestas que estão lançando dúvidas sobre as possibilidades da LGPD.

## Considerações Finais

Este breve estudo objetivou esclarecer, em linhas gerais, o que é a ANPD.

Percebemos que existe uma preocupação com a forma que a entidade foi concebida, notadamente a sua submissão (ausência de independência administrativa).

Esperamos que essa dependência não se transforme em interferência política, que as decisões técnicas não sejam preteridas pelos interesses escusos.

Há quem afirme (o relator da proposta de criação) que a ANPD será uma agência reguladora (autarquia em regime especial) em um futuro próximo, tendo sido criada apenas provisoriamente para suprir uma necessidade urgente. Como visto, essa medida seria de fundamental importância para as pretensões da autode-terminação informativa no Brasil.

Apesar das críticas levantadas, a edição da LGPD e a consequente criação da ANPD consistem em um alento, pois o Brasil estava atrás de muitos países, inclusive sul-americanos, por não ter uma lei específica sobre a proteção dos dados pessoais e não dar o tratamento adequado aos mesmos.

Para além das benesses individuais de proteção aos direitos fundamentais, máxime os direitos da personalidade, há que se considerarem, também, os benefícios econômicos, afinal, os modelos de crescimento econômico, hoje, passam pela capacidade de se protegerem as informações.

## Referências

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. – 30. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERREIRA, Rafael Freire. **Autodeterminação informativa e a privacidade na sociedade da informação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. – 28ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje**. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bondin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

### **Artigos em Revistas Científicas (impressa e/ou eletrônica):**

CORRÊA, Adriana Espíndola. **Lei de proteção de dados e a identificação nacional: há antinomias?** [Consult. 18/05/2019]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-fev-18/direito-civil-atual-lei-protecao-dados-identificacao-nacional-antinomias>

### **Legislação e Sítios Virtuais Oficiais:**

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 200 de 25 de fevereiro de 1967.**

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 13.709 de 14 de agosto de 2018.**

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 13.853 de 8 de julho de 2019.**

\_\_\_\_\_. **Medida Provisória n.º 869 de 27 de dezembro de 2018.**

\_\_\_\_\_. **Ministério do Planejamento.** [Consult. em 18/05/2019]. Disponível em <http://dados.gov.br/dataset/direcao-e-assessoramento-superiores-das>.

# CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS NO AMBIENTE VIRTUAL

---

Viviane da Silva Coelho Vasques<sup>430</sup>

## Introdução

A conectividade no mundo virtual trouxe conforto à sociedade, facilitando a comunicação, a realização de negócios e reduzindo os custos das operações. Diariamente, milhares de informações, algumas sigilosas, privadas, contendo dados de natureza pessoal, trafegam via internet.

Junto com as facilidades que a internet proporciona vieram os riscos do mundo virtual. A qualquer momento, podemos ser alvo de violações de informações, dados e senhas por invasores virtuais.

Não raro é noticiado na imprensa que alguma empresa teve dados pessoais de seus clientes vazados.

A insegurança no mundo virtual é grande. As informações acessadas indevidamente, muitas vezes, não deixam vestígios, pois os ataques são realizados por criminosos altamente qualificados.

Questionamos o quanto estamos ou não protegidos no ambiente virtual ao utilizarmos antivírus, senhas, assinaturas e certificados digitais e outras ferramentas que prometem segurança.

E quando falamos em dados sensíveis, que correspondem às informações da personalidade física e moral do indivíduo, como reconhecimento facial, de voz e impressão digital, a preocupação aumenta.

Desconhecemos a realidade sobre o nível de proteção e controle que as empresas, sociedades civis, órgãos governamentais e tantas outras possuem para armazenar

---

430 Advogada, MBA em Direito Empresarial, L. L. M. em Direito de Negócios e extensão em Direito Civil e Processo Civil. Membro da Comissão Especial de Arbitragem da OAB/RS. Sócia na sociedade de advogados Xavier Vasques Advogados Associados.

e proteger essas informações pessoais. Questionamos também quem tem acesso a estes dados e o destino deles.

O objetivo deste artigo é demonstrar que os dados pessoais sensíveis por corresponderem a direitos fundamentais individuais devem ser manuseados com proteção máxima a fim de evitar vazamentos, na rede, com a indevida exposição do indivíduo e que a utilização destes dados só possa ocorrer com a expressa autorização de seu titular que deve ser claramente informado sobre a sua destinação.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, instituída pela Lei nº 13.709/2018, que entra em vigor em 2020, surgiu com o objetivo de reger o tratamento dos dados pessoais, especialmente no ambiente virtual onde há transferência maciça das informações, muitas vezes, com baixíssimo nível de segurança ou sem qualquer proteção.

## Direitos fundamentais

A dignidade da pessoa humana é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, pois não é possível uma democracia sem respeito às garantias individuais e aos direitos humanos. O desdobramento deste princípio fundamental traz a garantia à inviolabilidade da intimidade, da privacidade e da imagem das pessoas prevista no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Os direitos fundamentais individuais surgiram como forma de limitar os poderes dos soberanos para que o Estado não interfira na liberdade do indivíduo.<sup>431</sup>

Antes, estes direitos não tinham *status* constitucional, estavam previstos em lei ordinária, no Código Civil de 1916.

A elevação destes direitos à categoria constitucional e ainda à condição de cláusula pétreia, prevista no § 4º, do art. 60, da Constituição Federal, demonstra a alta relevância que possuem no Estado Democrático de Direito.

O primeiro que abordaremos é a intimidade, compreendida como aquilo que faz parte da esfera exclusiva do indivíduo, que fica no anonimato sem repercussão social, o que é secreto. Envolve a pessoa consigo mesma, cabendo somente a ela decidir sobre a divulgação ou não a outras pessoas.

Podem-se citar, como intimidade da pessoa humana, as opiniões políticas, crenças, os sentimentos, vida sexual, dados de saúde, segredos íntimos.

---

431 SCHÄFER, Jairo Gilberto; DECARLI, Nairane. A colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem versus a liberdade de expressão e informação. **Prisma jurídico**, v. 1, n. 1, p. 121-138, 2007, p.124.

O direito à intimidade assegura à pessoa a não ser conhecida em alguns aspectos e de manter seus segredos.

O segundo direito fundamental é a privacidade que proporciona ao indivíduo um espaço exclusivo, para que ele possa ser ele mesmo, sem as máscaras impostas pela sociedade, livre de interferências externas.

Para Celso Bastos, a privacidade é

[...] a faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como o de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada uma, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano [sic].<sup>432</sup>

Na doutrina, não há um consenso sobre o conceito de privacidade.

Uma das primeiras definições jurídicas de privacidade, considerada o marco inaugural, é a que consta no trabalho de Warren e Brandeis, no ano de 1890, denominado de *Right to Privacy*, limitando-se a definir privacidade como “direito a ser deixado só”.<sup>433</sup> Ao longo da história da sociedade, esta definição foi sofrendo várias alterações.

Hoje possui uma definição mais aberta, certamente com o objetivo de abrigar a complexidade de situações subjetivas surgidas com a evolução da tecnologia da informação.

Enquanto a intimidade é mais restrita e fica reservada ao indivíduo, a privacidade tem um conteúdo mais amplo e envolve familiares e amigos.

Mas cabe registrar que a intimidade e a privacidade estão tão profundamente ligadas que geram confusão na doutrina quanto aos seus conceitos, não sendo pacífico entre os doutrinadores se são ou não o mesmo instituto.

Já a imagem, outro direito fundamental individual, previsto no inciso X, art. 5º da Constituição Federal, está vinculada às características físicas do indivíduo ou personalidade moral projetada à sociedade.

O direito à imagem relaciona-se à projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias, entre outros) ou moral

---

432 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p.63.

433 MACHADO, Joana de Moraes Souza. A expansão do conceito de privacidade e a evolução na tecnologia de informação com o surgimento dos bancos de dados. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134, 2014.

(aura, fama, reputação, etc.) do indivíduo (homens, mulheres, crianças ou bebê) no mundo exterior.<sup>434</sup>

O ilustre doutrinador Pontes de Miranda define o direito à imagem: “direito de personalidade quando tem como conteúdo a reprodução das formas, ou da voz, ou dos gestos, identificativamente”.<sup>435</sup>

A garantia de inviolabilidade à imagem significa impedir a utilização indevida e sem prévia autorização das características física ou projeção moral da pessoa em uma fotografia, filme, vídeo, entre outros. É direito da pessoa não ver sua imagem mercantilizada sem seu consentimento nem de ter a sua reputação atingida perante a sociedade.

E, em breve, mais um direito fundamental individual, importante para o presente artigo, será incluído no rol do art. 5º da Constituição Federal: a proteção dos dados pessoais. O Plenário do Senado Federal aprovou a Proposta de Emenda à Constituição nº 17 de 2019,<sup>436</sup> que propõe a inclusão de proteção aos dados pessoais como direito fundamental individual. A proposta de emenda agora segue para apreciação da Câmara dos Deputados.

Esta proposta confirma a importância da proteção dos dados pessoais e adapta a nossa legislação à sociedade tecnológica contemporânea.

A inclusão dos dados pessoais como direito fundamental tem por objetivo se adequar à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) que entrará em vigor em 2020.

A LGPD traz a definição de dados pessoais como sendo informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável.<sup>437</sup> A nossa legislação adotou um conceito mais amplo, o que certamente possibilitará a inclusão de diversas informações como dados pessoais, desde que elas possam identificar uma pessoa natural. Este conceito expansionista dará maior proteção aos dados pessoais.

---

434 BITTAR, Carlos Alberto. Atentado à honra pela imprensa. Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1993, p.105.

435 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. In: CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p.29.

436 BRASIL. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

437 Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável.

## Os Direitos da Pessoa Humana a Serem Tutelados no Ambiente Virtual

A transferência diária maciça no ambiente virtual de informações pessoais traz um grande desafio, o de impedir a violação aos direitos fundamentais individuais. A preocupação é enorme, pois ainda não existe, e não sabemos se existirá, no futuro, ambiente virtual 100% seguro contra invasões.

Por este motivo, é imprescindível criar normas para garantir a inviolabilidade destes direitos no ambiente virtual.

O ministro Ruy Rosado de Aguiar, já em decisão de 1995,<sup>438</sup> mencionou a preocupação com violação da privacidade e intimidade do indivíduo no tratamento de dados:

A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de controle unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permitem o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade; ao mesmo tempo, o cidadão objeto dessa indiscriminada colheita de informações, muitas vezes, sequer sabe da existência de tal atividade, ou não dispõe de eficazes meios para conhecer o seu resultado, retificá-lo ou cancelá-lo. E assim como o conjunto dessas informações pode ser usado para fins lícitos, públicos e privados, na prevenção ou repressão de delitos, ou habilitando o particular a celebrar contratos com pleno conhecimento de causa, também pode servir, ao Estado ou ao particular, para alcançar fins contrários à moral ou ao Direito, como instrumento de perseguição política ou opressão econômica. A importância do tema cresce de ponto quando se observa o número imenso de atos da vida humana praticados através da mídia eletrônica ou registrados nos disquetes de computador.

A preocupação com os direitos fundamentais abordados neste artigo se acentua, quando nos deparamos com tecnologia criando robôs que poderão ler sentimentos<sup>439</sup> e, certamente, poderão fazer muito mais quanto maior for o acesso às informações pessoais de determinada pessoa.

---

438 BRASIL. STJ, Recurso Especial n. 22.337/RS, rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 20/03/1995, p.6119.

439 PRESSE, France. CES 2018: novos robôs 'emocionais' buscam ler sentimentos humanos. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/ces-2018-novos-robos-emocionais-buscam-ler-sentimentos-humanos.ghtml>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

Sentimento é algo que pertence à esfera íntima, sobre o qual permitimos que apenas algumas pessoas tenham conhecimento. Ler nossos sentimentos sem nossa autorização e sem a informação do destino destes dados é violar os direitos fundamentais da intimidade e da privacidade.

O robô, ao ler os sentimentos, vai transformá-los em informações (dados) que ficarão armazenados em algum banco de dados, que numa invasão cibernética poderão ser vazados e sabe-se lá qual será a destinação destas informações. Além disso, alguém que detenha conhecimento sobre os sentimentos de determinado indivíduo pode facilmente manipulá-lo, tornando-o escravo de seus desejos.

A intimidade, a privacidade, a imagem e, o mais recente, os dados pessoais são direitos da personalidade e, nesta condição, se prestam a assegurar o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, Ao serem violados atingem gravemente um dos alicerces da democracia de nosso país.

## **Dados sensíveis na LGPD**

A LGPD que dispõe sobre proteção de dados pessoais tem por objetivo proteger os direitos e liberdades fundamentais no meio digital, disciplinando sobre o tratamento de dados pessoais, entre eles os sensíveis.

Dado pessoal sensível, definido na referida lei, é um tipo de dado pessoal e assim é denominado porque compreende dados sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicatos, associações ou organizações de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico do indivíduo<sup>440</sup>, ou seja, informações de cunho íntimo e privado.

Por tratarem de informações delicadas de uma pessoa, a lei exige para seu tratamento (manuseio) que o titular destes dados manifeste, de forma livre, informada e inequívoca, que concorda com o manuseio de seus dados pessoais para uma finalidade específica. Esta autorização é denominada de consentimento.

A lei exige que este consentimento seja informado, isto é, o titular deve ser previamente avisado sobre a finalidade específica do manejo de seus dados sensíveis. O titular, antes de autorizar, deve saber quem vai tratar seus dados pessoais e para qual finalidade.

---

440 Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...]

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou à 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.

Esta obrigatoriedade de avisar previamente a destinação dos dados pessoais pode ser chamada de dever de informar e decorre da boa-fé que deve existir nas relações.

Se o titular dos dados consentir com o tratamento sem ter sido informado sobre a destinação de seus dados ou amparado em informações equivocadas, este consentimento poderá ser invalidado e os agentes da operação devidamente responsabilizados.

O tratamento de dados importa na coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.<sup>441</sup>

A lei estabelece a possibilidade de exceção à obrigatoriedade do consentimento nos casos do art. 11 e seus incisos, da LGPD<sup>442</sup>.

Importante frisar que os dados sensíveis compreendem informações delicadas sobre as quais o titular quer sigilo e, por este motivo, a lei determina o consentimento livre, ou seja, sem qualquer vício de consentimento, informado e inequívoco, sem dúvida quanto à autorização dada.

---

441 Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...]

X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem à coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

442 Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;

c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;

d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

f) tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias; ou

g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

Atualmente, os dados pessoais que trafegam na internet são obtidos livremente do titular dos dados, mas sem que este tenha o conhecimento de que está sendo alvo de coleta de informações, tampouco para onde vão tais informações e qual a sua finalidade específica. E o pior é que muitas destas coletas de dados pessoais estão mascaradas de entretenimento, induzindo o titular em erro.

Além disso, alguns órgãos públicos ou empresas pedem muitas informações pessoais que vão além das que necessitam para determinado fim, formando verdadeiros bancos de dados, muitas vezes desprotegidos e sem finalidade específica.

A LGPD vem disciplinar a utilização dos dados pessoais, a fim de preservar os direitos fundamentais individuais e, ao mesmo tempo, adequar o país ao cenário mundial, criando um ambiente mais seguro e propício para as empresas e órgãos desenvolverem suas atividades.

## **Dever de Proteção**

O objetivo da LGPD é a proteção dos dados pessoais que, consoante referido, estão prestes a serem incluídos no rol de direitos e garantias individuais previsto em nossa Constituição Federal.

Esta proteção ganha especial atenção quando falamos em dados pessoais sensíveis devido à sua natureza íntima e privada.

A proteção estabelecida na LGPD tem por finalidade conceder ao titular o controle sobre seus dados pessoais, podendo consentir ou não com manuseio e saber qual a finalidade específica deste manejo, o que oferece proteção aos dados pessoais.

As empresas não poderão simplesmente coletar, manusear e armazenar os dados pessoais sensíveis se o titular não consentir de forma clara e inequívoca o tratamento.

O mundo virtual oferece riscos e, por este motivo, é importante proteger os dados pessoais, especialmente os sensíveis, para evitar abusos, perseguições religiosas e políticas, opressão econômica e outras violações.

Não podemos demonizar o acesso e a utilização de dados pessoais, o que se deve é criar regras concretas e específicas para o manejo destes, bem como fomentar o desenvolvimento de tecnologias eficientes e capazes de evitar invasões virtuais e violação a direitos fundamentais.

O acesso responsável e legal aos dados pessoais por parte dos órgãos públicos possibilita aos governantes traçar o perfil da sociedade e direcionar investimentos para onde é necessário, possibilitando o bem-estar social; por parte das empresas privadas, o acesso aos dados pessoais possibilita personalizar produtos e serviços ao seu público-alvo, ganhando eficiência na venda.

O desafio agora é proteger os dados pessoais no ambiente virtual contra abusos ou negligências no seu tratamento.

A proteção de dados pessoais é instrumento de proteção da pessoa humana e de segurança jurídica para o desenvolvimento econômico-social do país.

## Conclusão

Os dados pessoais estarão em breve reconhecidos na Constituição Federal como mais um direito fundamental individual. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que entrará em vigor, em 2020, tem por objetivo disciplinar o manejo desses dados.

A LGPD é muito bem-vinda, pois promove a cultura de proteção de dados no Brasil, esclarecendo às pessoas o que são dados pessoais, que se trata de direitos fundamentais individuais e que devem ser protegidos.

O dever de informação sobre a utilização e destinação destes dados e necessidade de consentimento informado concede controle ao titular sobre seus dados, protegendo-os contra usos indevidos e identificando os responsáveis.

Em vista da monetização dos dados pessoais, quanto mais íntimos e privados eles forem, mais valorizados são, colocando em riscos a garantia à inviolabilidade dos direitos fundamentais.

Muitas pessoas podem dizer que não se preocupam com o que farão com os dados, já que não têm nada a esconder, mas o problema não é esse, a questão é saber quem vai ter acesso a estes dados e o que será feito deles. Neste aspecto, o Estado com a criação da LGPD cumprirá a missão de promover a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

## Referências

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.

BITTAR, Carlos Alberto. Atentado à honra pela imprensa. Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial n. 22.337/RS, rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ 20/03/1995, p.6119.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil internet. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Atividade legislativa**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. Planalto. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm)>. Acesso em: 08 jul. 2019.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Saraiva, 1997.

DONEDA, Danilo. **Os direitos da personalidade no Código Civil**: a parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional, 2003.v.3.

GUERRA, Sidney. **Direito fundamental à intimidade, vida privada, honra e imagem**. Direitos Humanos: uma abordagem interdisciplinar, 2006. v.1

MACHADO, Joana de Moraes Souza. A expansão do conceito de privacidade e a evolução na tecnologia de informação com o surgimento dos bancos de dados. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134, 2014.

PRESSE, France. **CES 2018**: novos robôs ‘emocionais’ buscam ler sentimentos humanos. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/ces-2018-novos-robos-emocionais-buscam-ler-sentimentos-humanos.ghtml>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

SCHÄFER, Jairo Gilberto; DECARLI, Nairane. A colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem versus a liberdade de expressão e informação. **Prisma jurídico**, v. 1, n. 1, p. 121-138, 2007.

# COMPUTAÇÃO FORENSE E A PROVA PERICIAL

---

Petter Anderson Lopes<sup>443</sup>

## Introdução

A tecnologia está em constante mudança, tudo ao nosso redor está mudando, a maneira como nos comunicamos, como fazemos nosso trabalho, como armazenamos ou recuperamos dados. O crime também tem avançado fronteiras com a era digital, pois a natureza dos ativos valiosos alvejados mudou.

Os dispositivos móveis desempenham um papel importante no cotidiano, por meio deles, as pessoas realizam transações bancárias em qualquer lugar e, também, é comum a troca de informações de trabalho, seja por meio de correio eletrônico ou qualquer outro comunicador de mensagens instantâneas.

Esta variedade de dispositivos tem trazido um enorme desafio para a investigação e computação forense, tanto para acompanhar todos os aspectos técnicos dos sistemas, quanto para a própria coleta deste material. Um crescente número de variedades de tecnologias também apresenta um desafio para os métodos científicos e jurídicos de tratamento das provas.

As corporações e empresas de diferentes tamanhos e tipos, geralmente, trocam seus dados sensíveis usando sua rede local. Muitas empresas possibilitam que seus colaboradores levem seus próprios dispositivos para executar suas tarefas. Entretanto, se levarmos em conta que praticamente todas as pessoas, hoje em dia, possuem um Smartphone, então podemos dizer que, em sua totalidade, todos produzem informação digital.

Deve-se levar em consideração a necessidade de avaliar e coletar o material pericial nesta grande variedade de dispositivos. Nenhum dispositivo deve ser ignorado quando está sendo instaurada uma investigação e, neste momento, é importante manter o foco e pensamento estratégico para, no momento do primeiro contato com o material, saber o que e onde coletar, pois no final representará a prova e

---

443 Perito Judicial, Ethical Hacker, Especialista em Computação Forense e DPO.

esta somente será composta após a correlação de informações presentes em cada dispositivo.

Nesta linha de raciocínio, observamos a clara necessidade de apresentar os elementos técnicos, de forma organizada, para o entendimento do que é computação forense e como ela pode auxiliar na elucidação de casos.

Ainda neste ato, devem-se ficar claras as etapas de coleta, exame, análise e resultados no procedimento efetuado pelo perito. Os aspectos das diferenças entre vestígio, evidência, prova e indício também necessitam de clareza, bem como as diretivas que compõem, de forma organizada, o conceito e tratamento da prova conforme o Código de Processo Civil - CPC de 2015. Para auxílio da justiça e demais colegas, foi então elaborado este estudo, a fim de fortalecer e esclarecer eventuais dúvidas acerca destes assuntos.

## **Definição da Computação Forense**

De acordo com Eleutério e Machado (2011), a Computação Forense vem sendo apresentada como uma ciência de investigação criminal aplicada em sistemas digitais, objetivando-se utilizar métodos técnico-científicos para preservar, coletar, validar, identificar, analisar, interpretar e documentar as evidências conferindo-lhe validade probatória em juízo.

A Computação Forense é aplicada nas esferas civil, penal e administrativa, cujo objetivo é auxiliar na busca pela verdade e cabe ao perito juntar as provas pertinentes. Contudo, é importante observar que dispositivos informáticos são amplamente utilizados pelos cidadãos, sendo uma fonte riquíssima de evidências em diversos casos, tanto que envolvam o dispositivo como um meio para a prática do crime como é o caso dos crimes exclusivamente cibernéticos, ou como os crimes cibernéticos abertos, em que não há necessidade do meio informático para sua prática.

Conforme Teixeira (2014), ainda podemos classificar os crimes informáticos em três tipos, sendo os puros, mistos e comuns. O primeiro tipo, denominado Puro, consiste naqueles em que o sujeito visa especialmente o sistema de informática: as ações se materializam, por exemplo, por atos de vandalismo contra a integridade do sistema ou pelo acesso desautorizado ao computador. O crime de informática Misto se consubstancia nas ações em que o agente visa o bem juridicamente protegido diverso da informática, porém o sistema de informática é ferramenta imprescindível. E os crimes de informática Comuns são as condutas em que o agente utiliza o sistema de informática como mera ferramenta, não essencial à consumação do delito.

Ainda nesta linha de raciocínio, deparamo-nos com a figura do perito, em que temos algumas variações dos cargos, por exemplo, perito federal, perito estadual, perito judicial e perito particular. O perito é o profissional especialista na matéria em questão, sendo este quem irá materializar as provas, auxiliando no processo judicial, ou ainda dando seu parecer técnico para casos extrajudiciais nos quais é exigido o envolvimento de uma pessoa imparcial e esse parecer técnico servirá como prova e poderá ser utilizado em juízo caso necessário.

## **A Perícia e a Prova Pericial**

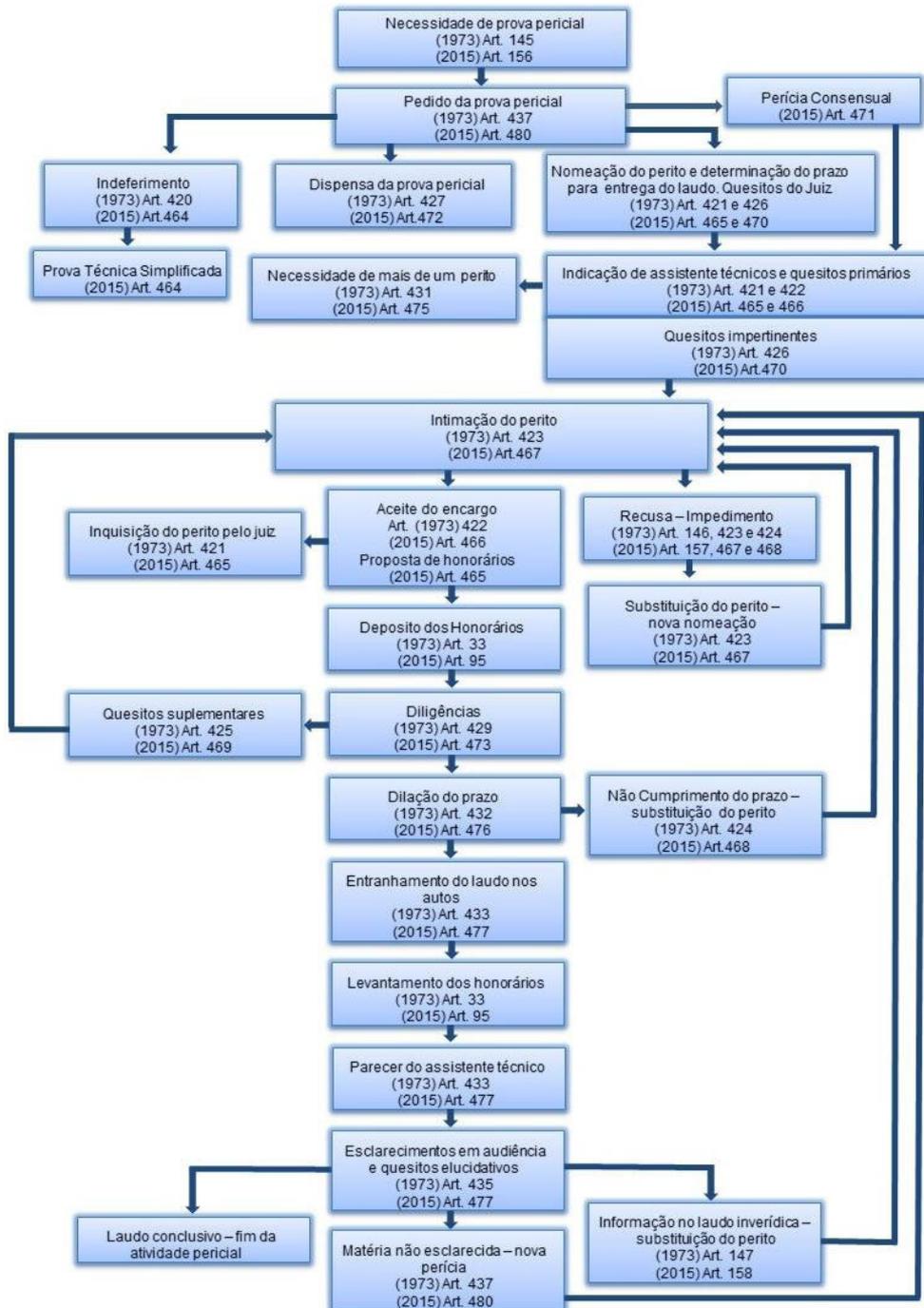
A perícia é o meio pelo qual profissionais imparciais e especialistas na matéria, em questão, verificam e relatam os fatos por meio de um laudo pericial, levando a prova até o juiz. Compreende-se que a perícia surge da necessidade da apuração de provas, a fim de apurar um fato.

De acordo com o Código de Processo Civil – CPC, o art. 131 prevê que: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”, ao observar esta citação, notamos que a prova é o elemento que permite ao juiz estar convicto sobre os fatos.

A demonstração da veracidade das alegações é dada por meio da prova, entretanto, é importante refletir que não há a intenção da repetição idêntica dos fatos, visto que a reprodução com absoluta exatidão não é possível. Segundo Montenegro Filho (2009), a prova “pretende demonstrar a certeza aproximada”, ou seja, a prova tem a capacidade tão somente de aproximar-se da realidade, não podendo ser reproduzida em sua totalidade.

De acordo com Bonfim (2008), a prova pericial possui as seguintes características: a) é um meio de prova; b) é o resultado da atividade humana, e não é uma atividade humana; c) o destino da prova é o processo, ainda que a atividade se realize fora do processo; d) deve ser realizada por experts no tema sobre o qual versa o laudo; e) deve versar o laudo sobre fatos e não sobre questões jurídicas; f) deve nascer de uma obrigação – investidura no cargo ou nomeação ad hoc -, portanto, se não existe um vínculo legal ou judicial, não se pode falar em perícia, já que não existe perícia espontânea; g) os fatos sobre os quais versam o laudo devem ser especiais, ou seja, devem requerer conhecimentos especializados, científicos, artísticos ou técnicos; h) o laudo é uma declaração da ciência, assim, o perito declara o que sabe e o juiz o valora como meio de prova.

**Figura 1 - Fluxograma da Prova Pericial no CPC**



**Fonte:** Disponível em: [https://www.researchgate.net/figure/Figura-1-Fluxograma-de-procedimentos-periciais-contabeis\\_fig1\\_309390526](https://www.researchgate.net/figure/Figura-1-Fluxograma-de-procedimentos-periciais-contabeis_fig1_309390526). Acesso em: 24/07/2019.

Ainda sobre a prova pericial, vale reforçar que, segundo o art. 156 do CPC/2015, o “juiz será assistido por perito quando a prova de fato depender de conhecimento técnico ou científico” e “os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados (§ 1º)”. O perito deve ser “especializado no objeto da perícia” (art. 465, CPC) e deve apresentar currículo que comprove essa condição (art. 465, § 2º, II, CPC).

Ao passo em que provas documentais, confissões, entre outros elementos apresentados nos autos não forem suficientes para o julgamento, a prova pericial tornar-se-á fundamental para o magistrado. Costumamos dizer que o perito é os olhos do juiz e a prova pericial é sua bússola.

De acordo com o previsto no art. 437 do CPC: “O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida”. Sendo assim, caso o laudo pericial apresentado não seja satisfatório ou deixar dúvidas, então por solicitação das partes ou do juiz, poderá ser determinada a realização de nova perícia. Entretanto, a nova perícia não substitui a primeira, desta forma, o juiz pode apreciar a que melhor lhe agradar.

## **Vestígio, Evidência, Prova e Indício**

O Princípio da Troca de Locard é um dos princípios fundamentais da forense, sendo que de acordo com esse princípio, qualquer um, ou qualquer coisa, que entra em um local de crime leva consigo algo do local e deixa alguma coisa para trás quando parte. O mesmo princípio também se aplica na Computação Forense, pois também são deixados rastros, mesmo que digitais, e esses rastros são comumente tratados como vestígios; para Locard (2010), todo contato deixa um vestígio.

Os vestígios são os artefatos buscados pelo perito na atividade pericial, são os primeiros materiais que aparecem em uma investigação. Após a identificação dos vestígios, o perito parte para a fase de exame, em que será identificado se o vestígio pode ser atrelado ao caso para então transformá-lo em evidência, no entanto, o vestígio poderá ser descartado caso não seja necessário. A evidência surge no momento em que o vestígio que após ter sido estudado, processado, analisado, constata-se que está fortemente relacionado com o fato.

O indício, que pode ser interpretado como hipótese, ou seja, pode ser verdade ou não, é a denominação dada aos vestígios e as evidências na fase de investigação, estando inclusos não somente os vestígios e evidências como também todas as informações que estão relacionadas com o fato, como testemunhos, por exemplo, já a prova diz respeito aos atos e meios utilizados pelas partes para demonstrar a verdade.

## Evidência Digital

Atualmente, qualquer dispositivo que possa armazenar ou processar dados pode ser uma fonte de evidências, a tecnologia está mudando tudo, inclusive os meios e formas de crime, pois a natureza dos ativos valiosos alvejados mudou, a agora o alvo é digital. Os crimes virtuais estão ganhando um grande espaço, por exemplo, em vez de invasão física a bancos ou empresas, os criminosos usam meios digitais para tal prática. Hoje em dia, as informações pessoais, detalhes da conta bancária e seu banco de dados corporativo são algumas das metas criminosas digitais.

Como uma reação normal, a mudança na tecnologia levou a uma mudança de possíveis evidências, como em comparação com a evidência tradicional. Todos os componentes do sistema de computador podem ser fontes de evidência, como:

- O disco rígido do criminoso ou da vítima;
- Os artefatos do sistema operacional e arquivos especiais;
- O tráfego de rede;
- A memória do computador;
- Celulares e tablets;
- Armazenamento na nuvem;
- Armazenamento compartilhado;
- Dispositivos de rede;
- Logs dos sistemas;
- Logs dos dispositivos;
- Dispositivos GPS.

Todo o processo de investigação depende da manipulação de dispositivos digitais e é uma tarefa muito significativa. Esta é considerada uma das principais necessidades que devem ser cumpridas para realizar uma análise digital bem-sucedida.

Devido à existência de uma gama enorme de evidências possíveis, o manipulador de incidentes ou o primeiro profissional que manusear e processar os dispositivos disponíveis na cena do incidente deve ter extremo cuidado e bastante experiência em lidar com qualquer tipo de evidência que possa ser encontrada no local.

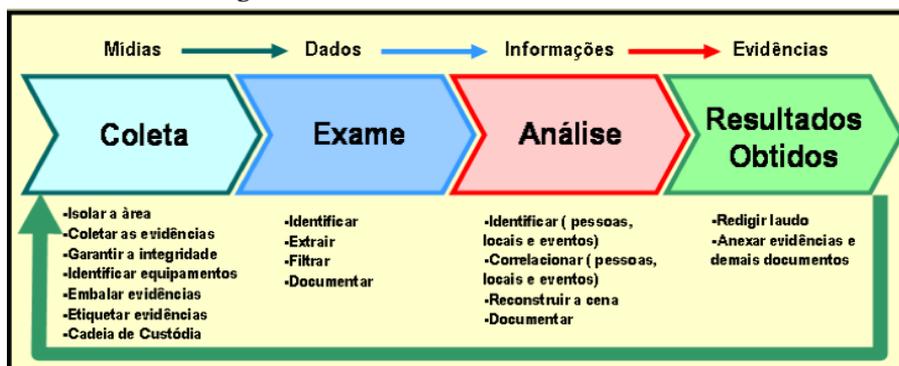
O objeto principal, na análise forense digital, é o dispositivo digital relacionado ao incidente sob investigação. O dispositivo digital pode ter sido usado para cometer um crime, para um ataque, ou é uma fonte de informação para o analista. Os objetivos da fase de análise no processo forense digital diferem de um caso para outro, por exemplo, em um caso de assassinato, pode haver um dispositivo móvel encontrado com a vítima, esse dispositivo poderá conter evidências necessárias para identificar o criminoso. Pode ser usado para apoiar ou refutar hipóteses contra indivíduos ou

entidades, ou pode ser usado para investigar incidentes de segurança localmente no sistema ou em uma rede.

## Etapas (Coleta, Exame, Análise e Resultados)

Devido à necessidade de uma boa prática na execução dos procedimentos periciais, o perito pode basear-se em quatro etapas: Coleta, Exame, Análise e Resultados.

Figura 2 – Coleta, exame, análise e Resultados



Fonte: Disponível em: <https://sites.google.com/a/cristiantm.com.br/forense/forense-computacional/processo-de-investigacao>. Acesso em: 25 de julho de 2016.

**Coleta** – Nesta fase, o perito deve ater-se aos cuidados com a integridade do material coletado, ou seja, as informações jamais deverão sofrer quaisquer alterações durante a investigação e processo.

**Exame** – Nesta fase, o perito deve elaborar e executar um conjunto de procedimentos a fim de recuperar e catalogar os dados contidos no dispositivo, esses procedimentos devem possuir embasamento científico. Ainda na fase de exame, o perito deve extrair o máximo de informações possíveis, a utilização da técnica denominada *Data Carving*, técnica que favorece a recuperação de arquivos já eliminados do sistema.

*Carving* é feito em um disco quando o arquivo está em um espaço não alocado do sistema de arquivos, e ele não pode ser identificado devido à falta de informação sobre sua alocação, ou em capturas de rede onde os arquivos são extraídos do tráfego capturado utilizando-se as mesmas técnicas (MEROLA, 2008, p.4).

**Análise** – Nesta fase, o perito examinará as informações coletadas no procedimento anterior; neste momento, é feita a busca pelas evidências relacionadas ao delito. Esta fase pode ser uma das mais demoradas no ciclo da perícia forense computacional.

**Resultado** – Nesta fase, é elaborado o laudo pericial ou parecer técnico, de acordo com procedimentos e argumentos cientificamente comprovados; neste momento, as evidências encontradas são apresentadas. O perito deve estar atento às orientações para a criação do laudo, e redigi-lo com a maior clareza possível para facilitar a sua compreensão, além de apresentar a conclusão de forma imparcial.

## **Considerações Finais**

Os grandes volumes de dados tornam o trabalho do perito cada vez mais demorado e complicado; no entanto, com pensamento estratégico e o conhecimento técnico adequado, é possível obter bons resultados.

Notamos no estudo apresentado que o procedimento da perícia pode ser composto por algumas fases que facilitam a organização do trabalho do perito e do investigador. Também, da mesma forma, o fluxograma da prova, de acordo com CPC de 2015, mostra o caminho a ser percorrido desde a necessidade da prova até o fim do seu tratamento.

Ficou evidente a necessidade de padrões para a condução adequada de uma investigação, bem como ter o esclarecimento necessário acerca dos termos mais comuns na área da perícia, conhecimento que transforma o trabalho, que é extremamente complexo em determinados casos, em algo mais amigável e célere para a efetivação do compromisso com a verdade no cumprimento da justiça.

## **Referências**

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

ELEUTÉRIO, Pedro Monteiro da Silva, MACHADO, Marcio Pereira. **Desvendando a Computação Forense**. 1ª ed. São Paulo: Novatec, 2011.

LOCARD, Edmond. **Manual de Técnica Policiaca**. Trad. A. Bon. 1ª ed. Valladolid (Espana): Editorial Maxtor, 2010.

MEROLA, Antonio. **Data Carving Concepts**. SANS InfoSec Reading Room. [S.l.]. 2008. Disponível em: <<https://www.sans.org/reading-room/whitepapers/forensics/data-carving-concepts-32969>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.410.

NIST. **FORENSIC FILE CARVING TOOL SPECIFICATION**. Draft for comments, version 1.0. National Institute of Standards and Technology, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.cfft.nist.gov/presentations/aafs-2014-lyle-ayers-file-carving.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2019.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática**. São Paulo: Saraiva, 2014.

# A GRAVAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS E O DIREITO DIGITAL

Renata Do Val<sup>444</sup>

## Introdução

Com a Revolução Industrial 4.0, a vida do homem modificou-se e continua a se modificar com a evolução tecnológica. A relação entre o digital, internet das coisas e as atividades humanas criam uma estreita relação.

Importa anotar que com a internet das coisas, os sistemas ciber-físicos comunicam e cooperam entre si e com os humanos em tempo real e, através da computação em nuvem, ambos os serviços internos e intraorganizacionais são oferecidos e utilizados pelos participantes da cadeia de valor.<sup>445</sup>

Na atividade diária dos advogados, juízes, partes e procuradores, não está sendo diferente, a tecnologia vem agregando valor à atividade jurisdicional, seja por meio da implantação do processo eletrônico, seja pelos sistemas de gravação de áudio e vídeo implantados nas audiências judiciais.

Em tempo não muito remoto, essa realidade não existia no âmbito jurídico e para a sua implantação foi necessária a adequação das normas jurídicas quanto ao procedimento, quanto à veracidade de informações e dados, bem como quanto à proteção das informações e dados e os direitos constitucionais de personalidade dos agentes envolvidos.

Assim, veremos no presente artigo a realidade atual da gravação das audiências no âmbito penal, civil e trabalhista, as normas que possibilitam a gravação audiovisual, as formas de armazenamento dos dados, proteção dos dados e o reflexo constitucional do direito à preservação da imagem dos agentes envolvidos.

---

444 Advogada. Professora. Autora de Obras Jurídicas. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Especialista em Direito Público. Membro efetivo da Comissão de Direito Material do Trabalho da OAB – SP, 2016/2018 e 2019/2021. Membro efetivo da Comissão de Direito Especial à Adoção da OAB - SP 2016/2018 e 2019/2021. E-mail: renata\_doval@yahoo.com.br

445 HERMANN, Pentek; OTTO, 2015: Design Principles for Industrie 4.0 Scenarios, accessed on 3 February 2015.

## A Gravação de Audiências no Âmbito Penal

Atualmente e a partir da Lei 11.719/2008, que alterou o Código de Processo Penal, passamos a ter a previsão de gravação dos depoimentos dos investigados, indiciados, ofendidos e testemunhas no artigo 405:

Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.

§ 1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.

§ 2º No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição (NR).

Embora a previsão legal contenha o texto, sempre que possível haverá o registro audiovisual, há entendimento atual no sentido de que, na ausência da gravação, haveria a nulidade dos depoimentos quando presentes meios tecnológicos disponíveis para tanto. Esse foi o entendimento do STJ no HC 428511:<sup>446</sup>

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. INSTRUÇÃO PROCESSUAL. COLHEITA DE DEPOIMENTOS. SISTEMA DE REGISTRO AUDIOVISUAL. DISPONIBILIDADE. UTILIZAÇÃO. OBRIGATORIEDADE. ART. 405, § 1º, DO CPP. NULIDADE. OCORRÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. O legislador federal, por meio da Lei n. 11.719/2008, promoveu, entre outras, alteração no Código de Processo Penal consistente na inserção do atual § 1º do artigo 405, o qual determina que os depoimentos de investigados, indiciados, ofendidos e testemunhas serão registrados, “sempre que possível”, por “meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual”. 3. Não há motivo para que o registro de interrogatório do réu deixe de observar a mesma sistemática exigida para a colheita dos depoimentos de investigado, indiciado, ofendido e

---

446 HC nº 428511 / RJ (2017/0321402-3). RELATOR(A): Min. RIBEIRO DANTAS - QUINTA TURMA STJ.

testemunha, apesar da omissão do legislador. 4. Verifica-se, a partir da leitura da parte final do aludido § 1º do art. 405, que as alterações promovidas pela Lei n. 11.719/2008 objetivaram a implementação não só dos princípios da razoável duração do processo e da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, da CF), mas, também, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LX, da CF), na medida em que a utilização de meios ou recursos de gravação audiovisual, para o registro de depoimentos, é “destinada a obter maior fidelidade das informações”. 5. A expressão legal “sempre que possível” apenas ressalta a manutenção do registro de depoimento por meio do método tradicional, sem gravação audiovisual, na hipótese em que não exista, faticamente, sistema disponível para tanto. 6. A partir da entrada em vigor da Lei n. 11.719/2008, a melhor exegese da disposição legal que regula a matéria não comporta outra interpretação, senão a de que o juiz que disponha de meio ou recurso para gravação deverá, obrigatoriamente, utilizá-lo para o registro dos depoimentos de investigado, indiciado, ofendido, testemunha e, inclusive, de réu. Excepcionalmente, ante impedimento fático, poderá o magistrado proceder à colheita dos depoimentos por meio da sistemática tradicional, desde que motivadamente justifique a impossibilidade, sem que isso inquina de ilegalidade o ato. 7. No caso em exame, o Juízo de primeiro grau, conquanto tivesse à sua disposição sistema para gravação audiovisual de depoimentos, deixou de utilizá-lo para a colheita dos depoimentos no âmbito da instrução processual penal, o que configura ilegalidade. 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular as audiências de instrução realizadas, sem a utilização de meios ou recursos de gravação audiovisual, assim como os demais atos subsequentes ocorridos no âmbito da Ação Penal n. 0030229-37.2016.8.19.0014. Ordem de imediato relaxamento da prisão imposta ao paciente, salvo, evidentemente, se por outro motivo estiver preso, autorizando a fixação de outras medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, a critério do Juiz de primeiro grau. Ressalva quanto à possibilidade de nova decretação da custódia cautelar, desde que apresentados motivos concretos para tanto.

Assim, temos que em âmbito penal há a utilização nos tribunais de nosso país dos mais variados sistemas de captação de vídeo e áudio sendo utilizados como meio de armazenamento dos depoimentos em processos criminais.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, temos a captação do áudio e vídeo por meio do projeto de gravação de audiências SAJ/PG5 – TJSP,<sup>447</sup> o Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG, também realizou implantação de sistema próprio,<sup>448</sup> o

---

447 SÃO PAULO. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/GravacaoAudiencias>>

448 Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/acoes-e-programas/gestao-de-primeira/varas-criminais/gravacao-audiovisual-de-audiencias-1.htm#.XO00H4hKg2w>>

Tribunal de Justiça da Paraíba – TJPB, também possui sistema de gravação das audiências em âmbito criminal regulado pela resolução 31 de março de 2012.<sup>449</sup>

Tal tecnologia além de trazer celeridade aos processos, também proporciona maior grau de fidelidade na leitura dos depoimentos, já que é possível rever os depoimentos prestados com maior fidelidade.

No mais, também é possível se avaliar o comportamento dos depoentes por meio do sistema audiovisual, implicações estas que podem causar certa polêmica quando se fala em meios de provas e produção de prova comportamental.

## **A Gravação das Audiências no Âmbito Civil**

O antigo Código de Processo Civil também fazia previsão quanto à possibilidade de gravação das audiências pelas partes no artigo 417.

Art. 417 — O depoimento, datilografado ou registrado por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação, será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores, facultando-se às partes a sua gravação.

Atualmente, a lei que disciplina a gravação das audiências em âmbito civil vem a ser o atual Código de Processo Civil Lei n. 13.105/15 no artigo 367, §§ 5º e 6º.

Art. 367. O servidor lavrará, sob ditado do juiz, termo que conterá, em resumo, o ocorrido na audiência, bem como, por extenso, os despachos, as decisões e a sentença, se proferida no ato.

[...]

§ 5º. A audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica.

§ 6º. A gravação a que se refere o § 5º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial.

Pela redação vigente, temos que tanto o Poder Judiciário pode realizar a gravação das audiências em imagem e áudio, como também as partes poderão fazê-lo sem a necessidade de pedido de autorização judicial para tanto.

---

449 Disponível em: <[https://www.tjpb.jus.br/sites/default/files/legislacao/1676\\_Resolucao\\_Tribunal\\_Pleno\\_31.2012.pdf](https://www.tjpb.jus.br/sites/default/files/legislacao/1676_Resolucao_Tribunal_Pleno_31.2012.pdf)>.

Dessa forma, verificamos que, pelos Tribunais do país, há diversos sistemas eletrônicos de captação de áudio e/ou voz durante as audiências civis, sendo que, ao final das mesmas, tais arquivos ficam disponíveis para consulta pelas partes e seus procuradores, bem como pelo próprio juízo.

Tais sistemas trazem maior fidelidade ao teor dos depoimentos das partes e testemunhas, bem como aos requerimentos realizados pelos advogados das partes.

## A Gravação das Audiências no Âmbito Trabalhista

Na seara trabalhista, a Consolidação das Leis do Trabalho é omissa quanto à possibilidade da gravação das audiências, sendo que, quando da publicação da primeira edição da obra Manual de Iniciação do Advogado Trabalhista – LTr, 2012, tivemos a oportunidade de escrever juntamente com o Professor Rodrigo Arantes Cavalcante sobre o tema:

Pode o advogado gravar o depoimento das partes? Precisa pedir autorização? É compatível com o processo do trabalho o art. 417 do Código de Processo Civil?

Essas e outras dúvidas serão abordadas abaixo; porém, antes de discorrermos sobre o tema, passaremos a transcrever tal artigo:

“Art. 417 — O depoimento, datilografado ou registrado por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação, será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores, facultando-se às partes a sua gravação”. (Grifos nossos).

Em que pese opiniões diversas, de início resta esclarecer que entendemos ser tal norma perfeitamente aplicável ao processo do trabalho, tendo em vista que a CLT é omissa sobre tal assunto.<sup>450</sup>

Logo, na esfera trabalhista, passa a ser aplicado, na ausência de norma própria, o Código de Processo Civil então vigente, sendo possível, nos moldes do Código de Processo Civil Lei n. 13.105/15 no artigo 367, §§ 5º e 6º, a gravação pelo próprio Poder judiciário, bem como pelas partes sem a necessidade de autorização judicial.

Inclusive, ante proibições judiciais de gravação pelos advogados sob a alegação de que se faz necessária a autorização judicial prévia, tem ocorrido julgamento de mandados de segurança no sentido de permitir a gravação sem qualquer necessidade de autorização, por se tratar de direito líquido e certo.

---

450 CAVALCANTE, Rodrigo Arantes; VAL. Renata Do. Manual de Iniciação do Advogado Trabalhista. São Paulo: LTr, 5ª ed. 2018.

Nesse sentido:

PROIBIÇÃO PARA GRAVAÇÃO DE AUDIÊNCIA. MULTA POR DESOBEDIÊNCIA JUDICIAL. Prejudicado o reconhecimento da ilegalidade ou abusividade do indeferimento da gravação, por ter o impetrante comprovado o exercício da sua prerrogativa que não dependia de autorização judicial. Portanto, não configurada a desobediência judicial, não é devida a multa aplicada. (TRT- 4 - MS: 00225139620185040000, Data de Julgamento: 08/05/2019, 1ª Seção de Dissídios Individuais).

Logo, também em âmbito trabalhista, é possível a gravação audiovisual das audiências.

## **O Direito Digital e a Gravação das Audiências**

Em 2015, foi publicada a Lei nº 12.965, conhecida como Marco Civil da Internet, sendo que, anteriormente a essa lei, não havia norma própria aplicável ao direito digital no país, mas tão somente a aplicação de legislações não específicas como direito civil, direito autoral, direito penal, e algumas legislações esparsas como a Lei 12.737/12 que versa sobre delitos informáticos ou o Decreto n. 7.962/13, que trata das relações de consumo na internet.

Em agosto de 2018, foi publicada a Lei nº 13.709/18, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados.

Contudo, embora tenhamos essas normas em nosso país, ressaltando parte da vigência da LGPD a partir de agosto de 2020, pouco se fala na proteção dos dados quanto à gravação da audiência pelo próprio Poder Judiciário e/ou pelas partes.

Temos legislações anteriores à LGPD, quais sejam o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal que possibilitam a gravação sem autorização judicial, sendo silente quanto à necessidade de autorização das partes. Na LGPD, a gravação das audiências não possui texto expresso. Contudo, tal lei pode ser aplicada à gravação das audiências?

Com respeito àqueles que possam pensar de forma contrária, pensamos ser possível a aplicação da LGPD naquilo em que não inviabilize a gravação das audiências ante a sua função essencial para a justiça, de forma que haja a responsabilização pelo armazenamento e tratamento dos dados, bem como proteção contra a divulgação irrestrita dos mesmos.

Importa anotar que, nas hipóteses de afastamento da aplicação da Lei n. 13.709/18, quanto aos dados pessoais do artigo 4º, não há qualquer menção expressa à gravação das audiências.

Contudo, a aplicação integral do novo texto legal pode gerar a própria inviabilidade da gravação pelo Poder Público, caso qualquer das partes se recuse a ser gravada ou a ter seus dados ali armazenados de forma pública.

Assim, pensamos ser possível a aplicação do novo diploma legal às gravações de audiência no que diz respeito à necessidade do Poder Judiciário e/ou partes que efetivarem a gravação das audiências o fazerem de acordo com os princípios básicos desta lei e a boa-fé prevista no artigo 6º.

Dessa forma, é possível o tratamento dos dados da gravação das audiências se respeitando a finalidade que vem a ser meio de provas no processo e documentação da audiência judicial realizada.

Também deve se garantir livre acesso aos titulares das imagens e áudios para fins de consulta de sua forma, duração e integralidade dos dados pessoais contidos no arquivo de mídia digital.

O Poder Judiciário ou a parte que efetivou a gravação da audiência deve garantir a qualidade dos dados, a exatidão e clareza dos dados captados; devem ser garantidas a segurança dos dados e a proteção contra acessos não autorizados; também deve ser observada a prevenção para hipóteses de utilização indevida e acesso de terceiros não autorizados.

Infelizmente, verificamos na prática que, por vezes, as mídias digitais contendo as gravações judiciais das audiências se perdem, havendo processualmente a nulidade da audiência realizada, sendo necessária a repetição do ato processual. Nesse sentido:

Penal. processo penal. apelação criminal. furto. artigos 155, caput, c/c artigo 14, inciso II, na forma do artigo 71, todos do código penal brasileiro. pleito da apelação: reconhecimento da atipicidade material da conduta diante da caracterização de crime impossível com relação ao delito de tentativa de furto, bem como reconhecimento da atipicidade em razão da aplicação do princípio da insignificância tanto ao crime de furto consumado quanto ao crime de furto tentado, na impossibilidade de reconhecimento de crime e impossível, diante da irrelevância do valor da res furtiva, da ausência de impactos sociais negativos da ação perpetrada e da inexistência de prejuízos efetivos ao patrimônio da vítima; quanto à dosimetria da pena, pleito de aplicação da pena-base no mínimo legal, com fulcro na súmula 444 do superior tribunal de justiça, considerando que as circunstâncias do artigo 59 do código penal são favoráveis ao defendente com modificação da pena de multa de forma proporcional. substituição da pena pecuniária aplicada por outra pena restritiva de direitos diante da hipossuficiência econômica do apelante. subsidiariamente, a diminuição da pena pecuniária para o mínimo legal, com espeque no artigo 45, I, do código penal. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DOS PLEITOS DA PRESENTE APELAÇÃO.

EXTRAVIO DA MÍDIA AUDIOVISUAL CONTENDO A GRAVAÇÃO DA AUDIÊNCIA SEM POSSIBILIDADE DE RECUPERAÇÃO. NULIDADE RECONHECIDA DE OFÍCIO. ANULAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO REALIZADA EM 10/11/2015 E ATOS POSTERIORES. REFAZIMENTO DO ATO. APELO NÃO CONHECIDO, DE OFÍCIO, ANULAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E OS ATOS POSTERIORES, DETERMINANDO-SE O SEU REFAZIMENTO EM VIRTUDE DO EXTRAVIO DA MÍDIA AUDIOVISUAL. (TJ-BA - APL: 03030861620158050146, Relator: Aliomar Silva Britto, Primeira Câmara Criminal - Primeira Turma, Data de Publicação: 20/06/2018).

Assim, é importante anotar que deve haver responsabilização do Poder Judiciário quanto ao dever de guarda destes dados.

Outra norma que pode ser aplicada, de forma análoga, à gravação das audiências vem a ser o disposto no artigo 7º, VI da referida lei, que possibilita o tratamento dos dados, ou seja, “toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem à 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. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

[...]

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem).

Devemos também nos recordar que, na grande maioria dos casos, os processos são públicos, logo se encontra a previsão do § 3º artigo 7º aplicável no sentido de que se devem considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização.

Outrossim, é possível a aplicação da nova lei no que se refere ao acesso do teor das gravações as partes envolvidas.

No mais, havendo excesso por parte dos responsáveis pelo armazenamento dos arquivos é possível a aplicação da Lei 13.709/18 quanto à responsabilidade, indenização e multas vide artigo 52 da referida lei.

Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:

- I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;
- 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;
- III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;
- IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;
- V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;
- VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração.

Importa anotar que tal norma poderá ser aplicada à gravação das audiências sem prejuízo das normas processuais próprias de cada sistema jurídico, dos princípios e garantias básicas constitucionais como o direito à imagem, e a dignidade da pessoa humana, bem como as normas próprias do Poder Judiciário quanto a programas de gravação, formas de armazenamento e visualização.

## **Conclusão**

Assim, podemos concluir que, com as novas tecnologias e a Revolução Industrial 4.0, os procedimentos judiciais sofreram atualizações em busca de maior fidelidade e celeridade, sendo que as gravações das audiências, no Brasil, hoje são uma realidade comum.

Contudo, pouco ainda se produziu quanto a normas de direito digital especificamente para essa realidade, sendo que a nova Lei nº. 13.709/18 pode, em muitos aspectos, suprir as lacunas fáticas de produção e proteção de tais dados, deixando ressalvado que em alguns pontos se aplicada poderá resultar na impossibilidade, inclusive, da efetiva gravação, como: admitir-se a necessidade de autorização de todos os participantes da audiência para a gravação.

Dessa forma, é possível concluir que, nestes pontos específicos, a norma não poderá ser aplicada à gravação das audiências sob pena de inviabilizar o instituto.

No mais, entre o conflito do direito de proteção e consentimento para gravação e o direito à prestação jurisdicional célere, justa e eficiente, é possível concluir pela não aplicação da necessidade do consentimento previsto na Lei nº. 13.709/18.

Outrossim, o próprio Código de Processo Civil possibilita a gravação até mesmo sem a autorização judicial, o que é contrário à necessidade de qualquer autorização.

## Referências

BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. Disponível em: <<https://www.tjba.jus.br/portal/>>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil internet**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

\_\_\_\_\_. **Consolidação das Leis do Trabalho internet**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br>>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.709/18**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

CAVALCANTE, Rodrigo Arantes; VAL. Renata Do. **Manual de Iniciação do Advogado Trabalhista**. 5.ed. São Paulo: LTr, 2018.

HERMANN, Pentek, Otto, 2015: **Design Principles for Industrie 4.0 Scenarios**, acesso em: 28 de maio de 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/acoes-e-programas/gestao-de-primeira/varas-criminais/gravacao-audiovisual-de-audiencias-1.htm#.XO00H4hKg2w>>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça da Paraíba. Disponível em: <[https://www.tjpb.jus.br/sites/default/files/legislacao/1676\\_Resolucao\\_Tribunal\\_Pleno\\_31.2012.pdf](https://www.tjpb.jus.br/sites/default/files/legislacao/1676_Resolucao_Tribunal_Pleno_31.2012.pdf)>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/GravacaoAudiencias>>. Acesso em: 28 de maio de 2019.

# OS MEIOS DE PROVA E O DIREITO DIGITAL

---

Rodrigo Arantes Cavalcante<sup>451</sup>

## Introdução

Os meios de provas em qualquer ramo do direito sempre chamam atenção de doutrinadores, estudiosos, como também de advogados, juízes, promotores e todos que, de alguma forma, participam do processo. O direito à prova está previsto na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, LV, tratando-se, portanto, de um direito fundamental.

Com a evolução tecnológica, a máquina de escrever perdeu espaço para o computador; os arquivos de escritórios já não ocupam espaços físicos passando os processos a tramitarem de forma eletrônica. A juntada de um documento nos autos raramente se dá em papel, mas sim de forma eletrônica, evitando desperdício de recursos e ajudando, assim, na preservação do meio ambiente. Exemplos desta evolução são apresentados ao longo deste artigo, em cenário no qual ouvir uma testemunha ou a parte que esteja morando em outro Estado ou País já não é problema e nem motivo para demora do processo, sendo que os meios digitais e a tecnologia possibilitam a agilização de processos.

Existem vários conceitos, princípios e artigos que fazem menção à prova, porém, neste artigo, tentaremos abordar, de forma específica, as provas e o meio digital, tratando principalmente das Leis números 12.737/2012 (conhecida popularmente como: Lei Carolina Dieckmann) e 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), bem como do Decreto Nº 7.962/2013, além de outras peculiaridades.

---

451 Advogado. Professor. Autor de Obras Jurídicas. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Especialista em Direito Público. Membro efetivo da Comissão de Direito Material do Trabalho da OAB - SP 2016/2018 e 2019/2021. Membro efetivo da Comissão de Direito Especial à Adoção da OAB - SP 2016/2018 e 2019/2021. E-mail: rodrigo\_arantescavalcante@yahoo.com.br

## Provas na Atualidade Digital

Atualmente, atuantes em processos judiciais se deparam diariamente com arquivos de dados, vídeos e documentos extraídos de dispositivos, internet e programas que são apresentados como meios de provas do direito pretendido ou como meio de defesa. Neste contexto, ouvir (partes/testemunhas) por Skype como já ocorreu no processo n. 0000196-04.2016.5.08.0117 da 2ª Vara do Trabalho de Marabá<sup>452</sup> e a utilização, em algumas situações, do WhatsApp para evitar arquivamento/revelia da ação,<sup>453</sup> bem como contribuiu para a realização de acordos.<sup>454</sup>

É notório que o direito deve acompanhar a realidade, e negócios jurídicos, contratos, e fatos que ocorriam presencialmente em documentos impressos passaram na maioria das vezes a ser realizados por meio da internet ou de forma eletrônica de forma geral.

É certo, porém, que o Direito sendo um fenômeno cultural, deve acompanhar a realidade temporal e geográfica em que se envolve.

O Direito conhece, por isso, uma inevitável servidão relativamente à realidade espacial circundante, pelo que todas as evoluções do mundo social, político e econômico condicionam ou influenciam o mundo jurídico.<sup>455</sup>

Assim, embora inicialmente não tivéssemos normas próprias e específicas tratando do direito digital, a legislação comum acabava sendo aplicada aos casos concretos de forma análoga.

Devemo-nos recordar que são provas as obtidas por meio lícito tais como: depoimento pessoal; confissão; exibição de documento ou coisa; prova documental; prova testemunhal; prova pericial e inspeção judicial.

Podemos dizer que o direito digital é um novo ramo jurídico e que a Lei n. 12.737/12 foi de grande importância nessa evolução legal, já que passou a disciplinar

---

452 BRASIL. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/7/art20160714-08.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

453 BRASIL. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset\\_publisher/NGo1/content/afastada-revelia-de-empresas-avisadas-de-audiencia-por-mensagem-de-whatsapp-do-empregado?inheritedRedirect=false](http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/afastada-revelia-de-empresas-avisadas-de-audiencia-por-mensagem-de-whatsapp-do-empregado?inheritedRedirect=false)>. Acesso em: 20 jul. 2019.

454 BRASIL. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/indice-de-noticias-ultimas-noticias/21777-trt-2-realiza-acordo-de-r-200-mil-via-whatsapp>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

455 MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. Direito da Informática. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.76.

crimes informáticos, posteriormente tivemos o decreto n. 7.962/13 que regulamentou o Código de Defesa do Consumidor quanto ao comércio eletrônico.

Já a lei 12.965/2014 conhecida como Marco Civil da Internet é o normativo legal de suma importância para a aferição de provas e regulamentação dos direitos, deveres e garantias para o uso da internet no país.

Quanto às provas digitais, nos processos judiciais, muita discussão ocorre nos tribunais do país quanto a sua validade, integralidade dos dados, meios de acesso às provas, consentimento de divulgação, obrigações geradas por elas. Tais discussões são vistas em maior quantidade quando tratamos de troca de mensagens em aplicativos, arquivos de áudio e vídeo, e contratos eletrônicos.

Em todo ramo do Direito a vida digital está presente: pessoas se comunicam cada vez mais por e-mail e mensagens instantâneas; contratos são feitos e firmados pelo computador; o direito sucessório já discute autoria de bens digitais; trabalhos são realizados remotamente, via internet; os impostos são registrados em notas fiscais eletrônicas. Devido ao uso cada vez menor de documentos em papel e o aumento da utilização de arquivos eletrônicos, há uma crescente demanda de ações judiciais instruídas com provas digitais.<sup>456</sup>

## Validade da prova obtida do meio digital

A prova pode ser apresentada por qualquer meio legal e legítimo a demonstrar a verdade dos fatos alegados e a influir na convicção do juiz nos moldes do previsto no artigo 369 do CPC/15. Contudo, não é admissível a prova ilícita, ou seja, a obtida em violação a normas constitucionais ou legais como prevê o artigo 5º, LVI, CF/88 e artigo 157 do Código de Processo Penal brasileiro.

A discussão de validade e legalidade das provas digitais passa por análise dos processos civis, trabalhistas e criminais do país.

Em âmbito criminal, nos moldes do artigo 158 do Código de Processo Penal se tratando de documentos como meio de prova, estes passam a integrar o corpo de delito feito e deveriam passar por exame pericial o que nem sempre ocorre.

De acordo com a prova apresentada, há das mais diversas interpretações, como no RHC 89.981<sup>457</sup>, em que houve o entendimento no sentido de ser ilegal a

---

456 INVALIDADE DE PROVAS. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-invalidade-das-provas-digitais-no-processo-judiciario,25613.html>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

457 RHC 89.981. Min. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca - quinta turma - STJ.

prova de furto obtida pela polícia sem autorização judicial a partir de mensagens do WhatsApp do acusado.

A análise dos dados armazenados nas conversas de WhatsApp revela manifesta violação da garantia constitucional à intimidade e à vida privada, razão pela qual se revela imprescindível autorização judicial devidamente motivada, o que nem sequer foi requerido.<sup>458</sup>

Sendo a grande polêmica no que se refere ao aparelho celular que, por alguns, é visto como sendo extensão do próprio corpo e, para outros, a própria residência. Logicamente que para essa regra existem exceções como a boa-fé objetiva, o erro inócuo, a proporcionalidade, prova ilícita *pro reo*, entre outras:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – SENTENÇA CONDENATÓRIA – DEFESA PLEITEIA A ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PROVA SUFICIENTE – POLICIAIS MILITARES APREENDERAM DROGA EM PODER DE UM DOS ACUSADOS E NA RESIDÊNCIA DELES, ONDE SE ENCONTRAVA O OUTRO CORRÉU – PROVA LÍCITA – A SIMPLES CONSULTA DE DADOS ARMAZENADOS NA MEMÓRIA DE TELEFONE CELULAR (EM APLICATIVO “WHATSAPP”) NÃO SE CONFUNDE COM INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – HÁ NECESSIDADE DE APREENSÃO DE TODOS OS OBJETOS QUE TÊM RELAÇÃO COM CRIME COMETIDO OU EM ANDAMENTO (CÓD. DE PROC. PENAL, ART. 6º, INC. II) – PRECEDENTES CITADOS – ALÉM DISSO, A DEFESA, EM NENHUM MOMENTO, ARGUIU NULIDADE DA PROVA, CERTAMENTE POR CONSIDERÁ-LA LÍCITA – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENAS MANTIDAS – REGIME FECHADO BEM APLICADO – RECURSO DESPROVIDO.<sup>459</sup>

Já em âmbito de processo civil que também é aplicado aos processos de ordem trabalhista por força do artigo 769 da CLT, temos vigente diversas previsões desde o ônus da prova do artigo 373 do CPC até mesmo a utilização de provas obtidas na internet e meios eletrônicos.

---

458 Idem. Ibidem..

459 TJSP; Apelação 0003821-39.2015.8.26.0114; Relator (a): Euvaldo Chaib; Órgão Julgador: 8ª Câmara Criminal Extraordinária; Foro de Campinas – 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 01/08/2017; Data de Registro: 25/08/2017.

Nos moldes do artigo 369 do CPC, são tidas como válidas as provas obtidas por todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no código de processo civil, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

O CPC também possui previsão de legalidade para fotografias e outras espécies extraídas da internet no artigo 422:

Art. 422. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida.

§ 1º As fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem, devendo, se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia.

§ 2º Se se tratar de fotografia publicada em jornal ou revista, será exigido um exemplar original do periódico, caso impugnada a veracidade pela outra parte.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo à forma impressa de mensagem eletrônica.

E ainda quanto às alegações de invalidez ou nulidade das provas temos previsão nos artigos 427 e seguintes do CPC.

Logo, em julgados recentes, temos a utilização de páginas do facebook utilizadas como meios de provas inclusive para afastar os benefícios da justiça gratuita, vídeos publicados no Youtube como meio de provas de dano moral, conversa entre interlocutores em aplicativos de troca de mensagens ensejando direitos e obrigações, assinatura de contratos eletrônicos sendo executados. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EXECUTIVIDADE DE CONTRATO ELETRÔNICO DE MÚTUO ASSINADO DIGITALMENTE (CRIOGRAFIA ASSIMÉTRICA) EM CONFORMIDADE COM A INFRAESTRUTURA DE CHAVES PÚBLICAS BRASILEIRA. TAXATIVIDADE DOS TÍTULOS EXECUTIVOS. POSSIBILIDADE, EM FACE DAS PECULIARIDADES DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO, DE SER EXCEPCIONADO O DISPOSTO NO ART. 585, INCISO II, DO CPC/73 (ART. 784, INCISO III, DO CPC/2015). QUANDO A EXISTÊNCIA E A HIGIDEZ DO NEGÓCIO PUDEM SER VERIFICADAS DE OUTRAS FORMAS, QUE NÃO MEDIANTE TESTEMUNHAS, RECONHECENDO-SE EXECUTIVIDADE AO CONTRATO

ELETRÔNICO. PRECEDENTES. 1. Controvérsia acerca da condição de título executivo extrajudicial de contrato eletrônico de mútuo celebrado sem a assinatura de duas testemunhas. 2. O rol de títulos executivos extrajudiciais, previsto na legislação federal em “*numerus clausus*”, deve ser interpretado restritivamente, em conformidade com a orientação tranquila da jurisprudência desta Corte Superior. 3. Possibilidade, no entanto, de excepcional reconhecimento da executividade de determinados títulos (contratos eletrônicos) quando atendidos especiais requisitos, em face da nova realidade comercial com o intenso intercâmbio de bens e serviços em sede virtual. 4. Nem o Código Civil, nem o Código de Processo Civil, inclusive o de 2015, mostraram-se permeáveis à realidade negocial vigente e, especialmente, à revolução tecnológica que tem sido vivida no que toca aos modernos meios de celebração de negócios, que deixaram de se servir unicamente do papel, passando a se consubstanciar em meio eletrônico. 5. A assinatura digital de contrato eletrônico tem a vocação de certificar, através de terceiro desinteressado (autoridade certificadora), que determinado usuário de certa assinatura a utilizara e, assim, está efetivamente a firmar o documento eletrônico e a garantir serem os mesmos os dados do documento assinado que estão a ser sigilosamente enviados. 6. Em face destes novos instrumentos de verificação de autenticidade e presencialidade do contratante, possível o reconhecimento da executividade dos contratos eletrônicos. 7. Caso concreto em que o executado sequer fora citado para responder a execução, oportunidade em que poderá suscitar a defesa que entenda pertinente, inclusive acerca da regularidade formal do documento eletrônico, seja em exceção de pré-executividade, seja em sede de embargos à execução. 8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO (REsp nº 1495920 / DF).

Um segundo momento:

Da justa causa In casu, as faltas graves cometidas pela reclamante restaram comprovadas, à saciedade, por meio dos prints das páginas da rede social Facebook, cujos conteúdos foram registrados no 5º Tabelionato de Notas de Santo André e reconhecidos como autênticos pela reclamante em audiência, de modo a confirmar a tese da reclamada. Não bastasse relatar agressividade em relação ao seu superior hierárquico (encarregado), a reclamante também publicou comentários ofensivos à pessoa do sócio da reclamada, o que configura as condutas previstas nas alíneas “h” e “k” do 482 da CLT. Importante registrar que os comentários feitos pela reclamante eram veiculados em rede social de acesso público, tanto que a ré tomou conhecimento deles através de seu cliente, fato este não impugnado pela autora. Valendo-se, ainda, de sua página na rede social Facebook, a reclamante alardeava a sua intenção de apresentar atestados para justificar as faltas ao trabalho, o que caracteriza a conduta da alínea “b” do dispositivo acima citado. Em nada altera tal conclusão a alegação de que a reclamante não teria ciência do ato faltoso

que ensejou a dispensa por justa causa, máxime diante do “aviso prévio do empregador”, cuja assinatura se recusou a autora a apor, que elenca as alíneas “b”, “h” e “k” do art. 482 da CLT e do conteúdo dos comentários da autora na rede social. Nego provimento (trtsp - Data de Publicação 28/08/2014 - Número do Acórdão 20140719010 - Magistrado Relator MARTA CASADEI MOMEZZO - Turma 10).

Alguns entendem que para se utilizar de forma válida das provas digitais seria necessária a realização de ata notarial vide art. 384 do CPC. Contudo, pela leitura do referido dispositivo legal, não temos a sua utilização como meio obrigatório de validade.

Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

## **Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados e os Meios de Provas Digitais**

Nos moldes do marco civil da internet, seus usuários têm o direito da proteção de seus dados *vide* artigo 7º e, principalmente, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial; e a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial.

Inclusive “a ONU vem reiterando a importância do reconhecimento do acesso à internet como um direito fundamental do ser humano, e alguns países já o fizeram”.<sup>460</sup>

O artigo 8º da referida lei garante o direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações na internet.

Dessa forma, as comunicações via internet estão protegidas por lei e não há vedação para seu uso como meio de prova desde que não viole a intimidade ou a vida privada e que respeite os demais ditames desta lei.

---

460 CARVALHO, Ana Paul; KLOZA, Dariusz. Marco civil da internet no Brasil. Rio de Janeiro: Alta Books, 2014, p.82.

Importa anotar que o provedor de internet em regra não será responsabilizado por danos decorrentes de ato de terceiros. Contudo, se este divulgar ou permitir acesso a terceiros sem autorização das partes, poderá ser responsabilizado de forma subsidiária (art. 21).

Além de não haver vedação da utilização do material eletrônico como meio de prova, há permissivo legal expresso no artigo 22 da Lei do Marco Civil da Internet sobre o fornecimento de registros de conexão ou acesso a aplicações de internet:

Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

Assim, quanto às provas decorrentes de acesso à internet, sejam elas no âmbito civil ou criminal, são protegidas pela lei 12.965/14 e sendo necessária a divulgação de acessos à internet ou conexão se faz necessário pedido ao Poder Judiciário para que venham aos autos os comprovantes.

Também podemos concluir pelo teor da referida lei que as comunicações via internet, que possuem caráter de vida privada e intimidade, são protegidas e somente podem ser divulgadas por autorização judicial.

Contudo, caso o que se pretenda provar tenha sido alocado na internet de forma pública e não fira qualquer direito de personalidade poderá ser acostado em processos judiciais como meio de provas sem a necessidade de autorização judicial.

A título exemplificativo, o julgado na Comarca de Cerro Largo/RS pelo Juiz de Direito – Dr. Marco Antônio Preis – que se utilizou das provas públicas do facebook acostadas aos autos para negar os benefícios da justiça gratuita ao requerente.

Além de insuficientes os documentos juntados, as alegações do requerente em Juízo contrastam com o estilo de vida que ostenta publicamente, notadamente nas redes sociais, elemento idôneo de cognição judicial para se aferir os sinais exteriores de riqueza (v.g., TJRS, Agravo de Instrumento nº 70069062396, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 8.9.2016; Agravo de Instrumento nº 70060178233, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, Julgado em 21.8.2014 et al). Nesse sentido, colhe-se do perfil do requerente na rede social Facebook, aberto para todos, que se apresenta em diversas viagens pela serra gaúcha e pelo litoral gaúcho, ostentando objetos caros (óculos, relógios, celulares) em mesas de restaurantes e em bares, dizendo expressamente: “Mas não é que o mundo girou, a fase boa chegou e é nela que eu vou continuar” – portanto, a “boa fase” que vive o requerente, social e publicamente, não condiz com seu comportamento

processual. Em outro momento, no dia seguinte a que complementou informações (2.2.2018), o requerente publicou fotografia na direção do caminhão em que trabalha, o que não condiz com sua alegação de “desempregado”. É que, embora não conste registro formal na CTPS, o requerente dirige caminhão registrado em nome de terceiro, o qual já foi objeto de diversas inserções de restrição perante o RENAJUD em inúmeros outros expedientes nesta Comarca. Faço a juntada de seis telas do Facebook, cujas publicações são todas abertas à rede mundial de computadores. Em uma das imagens recentemente publicadas pelo requerente, em um bar na praia (Bali Hai Atlântida), chega a dizer que “O maior erro dos espertos é achar que podem fazer todos de otários” – o que soa muito apropriado para si próprio. Em suma, o Poder Judiciário não pode conceder ao requerente nessas condições, com tais comportamentos públicos acintosos, direitos fundamentais tão importantes como o são a Assistência Judiciária e a gratuidade judiciária, que deve se limitar àqueles que comprovem a hipossuficiência de recursos (CRFB, art. 5º, LXXIV), e não aos que se utilizam de artifícios para se esquivar de seus deveres fundamentais, sob pena de desbordar para o abuso de direitos. Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido de Assistência Judiciária [...].

O mesmo, podemos concluir quanto às conversas entre interlocutores que podem ser disponibilizadas como prova por qualquer um dos interlocutores. Nesse sentido:

Responsabilidade civil. Danos morais. Gravação unilateral e divulgação no aplicativo “WhatsApp” de conversa mantida entre as partes. Lícitude da gravação ambiente por interlocutor, ainda que sem o conhecimento dos demais partícipes. Precedentes do STF (repercussão geral) e desta Corte. Diálogo entre as partes que sequer possui conteúdo difamatório, sigiloso ou sensível. Autora que expôs, naquela oportunidade, a intenção de publicar sua opinião na mídia. Ilícito inexistente. Mero aborrecimento não indenizável. Sentença reformada. Recurso do réu provido, prejudicado o da autora.<sup>461</sup>

Quanto à nova lei de proteção de dados n. 13.709/18, está vigente em parte, sendo que outra parte dela irá entrar em vigor a partir de agosto de 2020. A referida lei protege os dados pessoais e prevê multa e responsabilização dos infratores *vide* artigos 52 e seguintes.

---

461 TJSP; Apelação 0002684-86.2015.8.26.0222; Relator (a): Alexandre Marcondes; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guariba – 2ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 06/10/2017; Data de Registro: 06/10/2017.

Contudo, importa anotar que essa norma não possui aplicação irrestrita, já que, em seu artigo 4º, encontramos diversos incisos de situações não protegidas por esta lei, como: dados pessoais realizados por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; fins exclusivos de atividades de investigação e repressão de infrações penais.

A referida lei visa que empresas passem a dispor de uma governança maior sobre as bases de dados pessoais, e que possam garantir a proteção e segurança das informações. Parece óbvia essa necessidade e responsabilidade das empresas, quando colocam serviços na internet, mas, por vezes, em alguns julgados, restou afastada a responsabilidade das empresas por atos de terceiros, como invasões de dados entre outros.

Com a referida lei, a responsabilidade e gestão desses dados pelas empresas que os coletam e administram, acabam por ser legalizadas de forma impositiva. No que se refere especificamente às provas obtidas do meio digital, se ilícitas, poderão ser discutidas, inclusive judicialmente, no tangente à responsabilidade das empresas que armazenaram esses dados privados (se for o caso) que foram indevidamente divulgados.

Logo, uma simples foto extraída, por exemplo, do facebook como meio de prova que estava com visualização restrita poderá ser impugnada e ter discutida a responsabilização da empresa de rede social pelo vazamento do conteúdo nos termos na nova lei de proteção de dados.

## **Conclusão**

Como visto, o direito procura regulamentar a vida do homem e, com o desenvolvimento tecnológico, essa tarefa vem sendo desenvolvida em nosso país, de maneira lenta, se comparada à velocidade das novas tecnologias.

O fato é que as pessoas a cada dia se comunicam e se relacionam via o uso da internet, aplicativos e programas de computadores, sendo que os problemas jurídicos decorrentes de relações que antes se davam em ambiente físico hoje ocorrem cada vez com maior frequência em ambiente virtual.

No lugar de caneta, papel e impresso, temos conversas, documentos, imagens relações jurídicas em bits no ambiente virtual, advindo as provas digitais que para sua validade necessitam observar diversos princípios e ditames legais.

As leis existentes em nosso país abarcam diversas dessas situações fáticas, mas por vezes existem lacunas que são suprimidas ante a velocidade da evolução tecnológica. Tais lacunas são resolvidas *vide* os costumes, à jurisprudência, aos princípios

gerais do direito, à analogia e, também, à equidade. Deixando assim margem a diversas interpretações e ações judiciais.

Devemos festejar a evolução do direito digital com suas novas normas, mas interpretá-las de acordo com a finalidade maior que vem a ser a proteção às relações jurídicas sem impedir que as mesmas ocorram sem resguardo jurídico em âmbito privado ou público.

## Referências

BRASIL. Código de Processo Civil internet. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Consolidação das Leis do Trabalho internet. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei 13.709/18. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

CARVALHO, Ana, Paul; KLOZA, Dariusz. **Marco civil da internet no Brasil**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2014.

\_\_\_\_\_. **Ação Trabalhista**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/7/art20160714-08.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Afastada...** Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset\\_publisher/NGo1/content/afastada-revelia-de-empresas-avisadas-de-audiencia-por-mensagem-de-whatsapp-do-empregado?inheritRedirect=false](http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/afastada-revelia-de-empresas-avisadas-de-audiencia-por-mensagem-de-whatsapp-do-empregado?inheritRedirect=false)>. Acesso em: 20 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acordo....** Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/indice-de-noticias-ultimas-noticias/21777-trt-2-realiza-acordo-de-r-200-mil-via-whatsapp>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/> Acesso em: 25 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: < <https://www.tst.jus.br> >. Acesso em: 25 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Disponível em: <<https://ww2.trtsp.jus.br>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

CAVALCANTE, Rodrigo Arantes; VAL. Renata Do. **Manual de iniciação do advogado trabalhista**. 5.ed. São Paulo: LTr, 2018.

INVALIDIDADE DE PROVAS. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-invalididade-das-provas-digitais-no-processo-judiciario,25613.html>>. Acesso em: 20 jul. 2019.

LESSA, Breno Munici. **A invalidade das provas digitais no processo judiciário**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-invalididade-das-provas-digitais-no-processo-judiciario,25613.html>>. Acesso em: 25 jun. 2019.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. **Direito da Informática**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006.