

Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo
Mônica Teresa Costa Sousa
ORGANIZAÇÃO

ANAIS DO

IV RIBAMAR

ENCONTRO MARANHENSE
DE DIREITO INTERNACIONAL

*Standards internacionais de direito
à informação e liberdade de expressão*



EDUFMA



Universidade Federal do Maranhão

Reitor *Prof. Dr. Natalino Salgado Filho*
Vice-Reitor *Prof. Dr. Marcos Fábio Belo Matos*



EDUFMA Editora da UFMA

Diretor Prof. Dr. Sanatiel de Jesus Pereira

Conselho Editorial Prof. Dr. Luís Henrique Serra
Prof. Dr. Elídio Armando Exposto Guarçoni
Prof. Dr. André da Silva Freires
Prof. Dr. Jadir Machado Lessa
Prof^a. Dra. Diana Rocha da Silva
Prof^a. Dra. Gisélia Brito dos Santos
Prof. Dr. Marcus Túlio Borowiski Lavarda
Prof. Dr. Marcos Nicolau Santos da Silva
Prof. Dr. Márcio James Soares Guimarães
Prof^a. Dra. Rosane Cláudia Rodrigues
Prof. Dr. João Batista Garcia
Prof. Dr. Flávio Luiz de Castro Freitas
Bibliotecária Dra. Suênia Oliveira Mendes
Prof. Dr. José Ribamar Ferreira Junior



Associação Brasileira
das Editoras Universitárias

Associação Brasileira das Editoras Universitárias

Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo
Mônica Teresa Costa Sousa
ORGANIZAÇÃO

ANAIS DO

IV RIBAMAR

ENCONTRO MARANHENSE
DE DIREITO INTERNACIONAL

*Standards internacionais de direito
à informação e liberdade de expressão*

São Luís



EDUFMA

2022

Copyright © 2022 by EDUFMA

Coordenação Profa. Dra. Mônica Teresa Costa Sousa (UFMA)
Prof. Dr. Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo (UEMA)

Projeto Gráfico dos Anais José Haroldo Matos Machado

Projeto Gráfico do Evento Izabella Ilka Brandão Silveira Alves

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão

Encontro Maranhense de Direito Internacional (4.: 2022: São Luís, MA).

Anais do IV RIBAMAR: encontro maranhense de direito internacional: standards internacionais de direito à informação e liberdade de expressão / Organização: Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo, Mônica Teresa Costa Sousa – São Luís: EDUFMA, 2022.

174 p.

ISBN 978-65-5363-143-4

1. Direito – Encontro científico. 2. Direito – Liberdade de expressão. 3. Direito – Informação. I. Raposo, Rodrigo Otávio Bastos Silva. II. Sousa, Mônica Teresa Costa. III. Título.

CDD 343.8

CDU 342.12

Ficha catalográfica elaborada pela Diretoria Integrada de Bibliotecas DIB/UFMA
Bibliotecária: Maria das Graças Farias - CRB/13: 647/2010.

Criado no Brasil [2022]

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste livro pode ser reproduzida, armazenada em um sistema de recuperação ou transmitida de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico, mecânico, fotocópia, microimagem, gravação ou outro, sem permissão do autor.

EDUFMA | Editora da Universidade Federal do Maranhão

Av. dos Portugueses, 1966 – Vila Bacanga

CEP: 65080-805 | São Luís | MA | Brasil

Telefone: (98) 3272-8157

www.edufma.ufma.br | edufma.sce@ufma.br

SUMÁRIO

Prefácio

Christian Perrone

7

Apresentação

Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo

9

A Corte Interamericana e a anistia na América Latina: os casos de convencionalidade de Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988), Barrios Altos vs. Peru (2001) e Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil (2010)

Alexandre Bezerra Praseres | Carolina Guimarães Pecegueiro Pereira

12

A interdependência da liberdade de expressão e a preservação da privacidade na era digital

Giovanna Maria Brito Gonçalves | João Carlos da Cunha Moura

35

A liberdade de expressão da criança no contexto da pandemia de COVID-19: standards do direito à liberdade de expressão no sistema interamericano de direitos humanos

Iagor João Santana Sousa | Mônica Teresa Costa Sousa

56

A pandemia vigilante: direito à informação e à proteção de dados como garantias indissociáveis no contexto pandêmico

Maria Angélica de Oliveira Santos Alves | Victor de Goes Cavalcanti Pena

81

As intervenções de Pequim no mar do sul da China: uma análise à luz do direito internacional

Alexandre Uchôa da Silva | Elder Maia Goltzman | Mônica Teresa Costa Sousa

102

Estudos preliminares acerca da razoável duração do processo no Caso Damião Ximenes Lopes: a aplicação do princípio penal da razoabilidade processual perante Cortes Interamericanas em vista à Justiça Restaurativa

João Miguel Belo Carvalhêdo

123

Instituições internacionais e liberdade de expressão: limites e perspectivas a partir do sistema interamericano de direitos humanos
Larine Mariano Rodrigues | Mônica Teresa Costa Sousa

141

Internet, discurso de ódio e linchamento: o caso “Bruna Lícia”
Manoel Júnior Ferreira Veloso

157

PREFÁCIO

Uma das tarefas mais difíceis ao escrever um prefácio de uma coletânea de artigos é decidir por onde começar a narrar o fio condutor da obra, como entregar um pouco do grande trabalho dos autores, sem dar “*spoilers*” indevidos sobre os textos. Pois decido que vou começar falando da sociedade na qual se concebe esta obra.

Pois então, nada é mais atual do que uma pergunta clássica. A discussão dessa coletânea trata de um tema que persegue muita da humanidade, a pergunta de como poderemos encontrar a verdade. Em tempos de “*fake news*”, de “pós-verdade”, de realidades alternativas, e de polarização, é importante que se volte à base e se inquiria novamente sobre o processo que permite - através do discurso - separar o joio do trigo, a desinformação da informação.

Desde o pós segunda guerra há a formação de marcos legais internacionais baseados no conceito de direitos humanos, estes são instrumentos globais nos quais as diferentes nações acordam os padrões mínimos de como devem ser estruturadas as sociedades. Nas fundações destes padrões estão dois direitos: direito à informação e liberdade de expressão.

Estes direitos se desenvolveram nas décadas até hoje para se adaptar aos contextos nos quais eles foram chamados a atuar. De um ponto de vista da nossa região, da América Latina, eles se foram compreendidos como cruciais, instrumentos de suma importância frente a governos com características autoritárias muitas vezes de origem militar que tendem a calar vozes dissonantes. Resquícios ainda são vistos e discutidos por artigos nesta obra.

Já focando nos últimos tempos parece que estes *direitos* encontram nova dimensão agora em relação às múltiplas novas tecnologias. Por um lado, há uma discussão sobre a atuação desses direitos nesse novo espaço digital que muitas vezes é arquitetado e gerido por empresas privadas no que se convencionou chamar de “*tech*” (ou mais precisamente “*big tech*” ainda que nem todas sejam proverbialmente tão grandes).

Igualmente, estes direitos são chamados em conjunto e em balanço com seu “parente” que ganhou proeminência: o direito à privacidade. Isso sem falar, no “irmão” deste último, o direito à proteção de dados. Artigos da coletânea exploram a relação

entre eles e com a “vigilância”, seja ela privada ou pública, que muitas dessas tecnologias podem permitir.

O debate igualmente reaparece em um segundo ponto de tensão, nos limites da expressão frente a discursos de ódio. Será que é possível promover a liberdade de expressão e eliminar ou mitigar o discurso de ódio? Como fazê-lo sem cair em um monitoramento geral dos discursos? Quais os mecanismos que existem?

Os autores desta obra também adentram na importante proteção dos direitos de crianças que, no contexto da pandemia, foram obrigadas a estar expostas ainda mais ao espaço online e seus riscos, seja porque estavam encerradas em casa, seja porque precisavam assistir suas aulas e interagir com seus pares, quando isso foi possível, através das telas.

A coletânea também conta com notas sobre o direito ao devido processo legal, que está por trás das importantes salvaguardas processuais que garantem todos os outros direitos, inclusive a liberdade de expressão, a privacidade e a proteção de dados pessoais.

Neste sentido, o livro percorre um trajeto importante que se inicia na discussão filosófica sobre a verdade na sociedade hiperconectada contemporânea e deságua nos diferentes direitos que tendem a criar um espaço de dignidade e proteção da pessoa humana. É, de fato, um recorrido compacto sobre como a “era dos direitos” (expressão cunhada por Norberto Bobbio) se adapta a complexidade do mundo digital contemporâneo.

Christian Perrone

APRESENTAÇÃO

A reflexão acerca dos standards internacionais de direito à informação e liberdade de expressão, tema que dá título a esta obra, é da maior importância. A emergência sanitária que o planeta aos poucos parece superar, aliada aos tremendos recursos que a tecnologia da informação coloca à disposição das pessoas e dos governos, desafiou como nunca antes as garantias dos indivíduos e as limitações ao exercício do poder discricionário do Estado.

Nesse contexto, “A PANDEMIA VIGILANTE: direito à informação e à proteção de dados como garantias indissociáveis no contexto pandêmico”, dos autores Maria Angélica de Oliveira Santos Alves e Victor de Goes Cavalcanti Pena, reflete sobre o precário equilíbrio entre a urgência de medidas sanitárias e os riscos autoritários decorrentes das restrições às liberdades individuais e concluem pela necessidade de maior transparência na utilização de dados particulares e pela limitação das restrições a direitos aos momentos específicos de crise.

Com preocupação semelhante, “A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DA CRIANÇA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19: standards do direito à liberdade de expressão no sistema interamericano de direitos humanos”, de Igor João Santana Sousa e Mônica Teresa Costa Sousa, identifica os parâmetros do direito à liberdade de expressão da criança estabelecidos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em face da pandemia de Covid-19. Aqui, a discussão volta-se para o potencial conflito entre os cuidados familiares e as oportunidades trazidas com o isolamento e a virtualização da vida.

Retoma-se o tema da liberdade e seus riscos em “A INTERDEPENDÊNCIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PRESERVAÇÃO DA PRIVACIDADE NA ERA DIGITAL”, de autoria da Giovanna Maria Brito Gonçalves e João Carlos da Cunha Moura, que abordam a facilidade de propagação de informações proporcionada pela tecnologia e as complexas questões daí decorrentes, com a possibilidade tanto de exercício como de violação de direitos, e apontam a possibilidade e necessidade de equilibrar as dimensões de proteção dos direitos do indivíduo.

A questão da liberdade de expressão e seus limites aprofunda-se em “INTERNET, DISCURSO DE ÓDIO E LINCHAMENTO: o caso “Bruna Lícia”, de autoria de Manoel Jú-

nior Ferreira Veloso, que trata do linchamento virtual e dos limites à liberdade de expressão na internet. Aponta-se que a democracia exige liberdade de expressão, porém, o abuso do direito requer adequado tratamento jurídico, em particular quando incita a violência através de ferramentas virtuais e deve ser controlada através da criação de uma legislação específica e rígida para responsabilizar os propagadores dessas mensagens.

Aborda-se o tema com intuito mais sistemático em “INSTITUIÇÕES INTERNACIONAIS E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: limites e perspectivas a partir do Sistema Interamericano de Direitos Humanos”, de autoria de Larine Mariano Rodrigues e Mônica Teresa Costa Sousa, que afirma que a liberdade de expressão não é um direito individual, mas uma espécie de direito social que encontra garantia na vedação a restrições à difusão e circulação de informações e ideias, e identifica os parâmetros da Organização dos Estados Americanos em face da liberdade de expressão no período de 2010 a 2020.

A seguir, deixa-se a seara da liberdade de expressão e apresenta-se “ESTUDOS PRELIMINARES ACERCA DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NO CASO DAMIÃO XIMENES LOPES: A aplicação do princípio penal da razoabilidade processual perante Cortes Interamericanas em vista à Justiça Restaurativa”, de autoria de João Miguel Belo Carvalhêdo, que explora o conceito de justiça restaurativa em face do problema da violação de direitos humanos e aponta que o princípio da duração razoável não encontra acolhida em um sistema de justiça no qual o Estado toma o conflito para si.

Em outro recorte, “A CORTE INTERAMERICANA E A ANISTIA NA AMÉRICA LATINA: os casos de convencionalidade de Velásquez Rodriguez vs. Honduras (1988), Barrios Altos vs. Peru (2001) e Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil (2010)”, de autoria de Alexandre Bezerra Praseres e Carolina Guimarães Pecegueiro Pereira, estuda as violações de direitos humanos durante os regimes autoritários na América latina em face das legislações de anistia que impedem a investigação dos fatos, a punição dos agentes envolvidos e a reparação e indenização das vítimas e familiares.

Encerra a obra discussão sobre estratégia e espaços internacionais. Trata-se do artigo “AS INTERVENÇÕES DE PEQUIM NO MAR DO SUL DA CHINA: uma análise à luz do direito internacional”, de Alexandre Uchôa da Silva, Elder Maia Goltzman e Mônica Teresa Costa Sousa, que explicam o contexto em que se dá a crescente presença chinesa no Mar do Sul da China e avaliam se a situação encontra respaldo nas normas

internacionais. A análise toma por base a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e mostra-se crítica em face da atuação chinesa na região.

Esta coletânea é fruto das discussões que ocorreram durante o IV RIBAMAR, que ocorreu em 2021. Espera-se que sua leitura provoque novas reflexões e enriqueça o debate sobre o tema.

Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo

Doutor em Direito

Professor Adjunto da Universidade Estadual do Maranhão

IV RIBAMAR

Encontro Maranhense de Direito Internacional

Standards internacionais de direito à informação e liberdade de expressão

03 a 05 de Novembro de 2021



ORGANIZAÇÃO

Núcleo de Estudos em
Direito Internacional
e Desenvolvimento
(NEDID-UFMA)

APOIO

IV RIBAMAR

ENCONTRO MARANHENSE
DE DIREITO INTERNACIONAL

Standards internacionais de direito à
informação e liberdade de expressão

A Corte Interamericana e a anistia na América Latina: os casos de convencionalidade de Velásquez Rodriguez vs. Honduras (1988), Barrios Altos vs. Peru (2001) e Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil (2010)

The inter-american court and amnesty in Latin America: the conventionality cases of Velásquez Rodriguez v. Honduras (1988), Barrios Altos v. Peru (2001) and Gomes Lund et al. (Guerrilha do Araguaia) v. Brazil (2010)

Alexandre Bezerra Praseres

Graduando em Direito na Universidade Estadual do Maranhão, membro do Núcleo de Estudos em Processo Penal e Contemporaneidade – Telefone celular (98) 98447-5242. E-mail: alexandre2020praseres@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7959828211135276>.

Carolina Guimarães Pecegueiro Pereira

Graduação em Direito pela Universidade Ceuma (2004) e Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2007). Doutoranda em Direito, com área de concentração em Ciências Jurídico-Criminais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL. Professora Universitária da Universidade Estadual do Maranhão – Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5543568232690208>

1 INTRODUÇÃO

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, originário de 22 de novembro de 1969, com a proclamação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, popularmente chamado de Pacto de São José da Costa Rica, tem enfrentado a judicialização das violações massivas de direitos humanos durante os tempos de regimes autoritários nos países latino-americanos, em razão dos Estados-membros escolherem na justiça de transição e redemocratização, a negação dos crimes cometidos por meio de legislações de anistia que impedem a investigação dos fatos, a punição dos agentes envolvidos e a reparação e indenização das vítimas e familiares. Neste exame, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, vem enfrentado a negligência e omissão dos países da Convenção Americana desde seu primeiro caso de convencionalidade em 1988 (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1988), com efeito declaratório de incompatibilidade destas leis e de seus efeitos em face dos direitos humanos convencionados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a CIDH segue a linha de entendimento jurisprudencial que não se harmoniza com as obrigações assumidas pelos Estados, as legislações que impedem as garantias dos direitos da sociedade, das vítimas e familiares nos regimes de exceção.

Pois diante da abstenção de investigar, a paz escolhida pelas nações latino americanas é da negação da verdade e esquecimento das consequências destes fatos, dentre elas a reparação das vítimas, o reconhecimento da população dos crimes praticados e da punição dos responsáveis pelas violações, assim para a Corte Interamericana de Direitos Humanos são inadmissíveis no plano do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, normas jurídicas de prescrição, de anistia e excludentes de responsabilidade dos agentes públicos, no âmbito de investigação e punição dos responsáveis por graves violações aos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, violações diretas e concretas aos direitos inderrogáveis na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O presente estudo científico se desdobra sobre o tema da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos principais casos de convencionalidade da jurisprudência da CIDH, sendo eles (dedicando a cada caso, tópico específico de estudo): Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988), Barrios Altos vs. Peru (2001) e Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil (2010) na perspectiva de compreen-

der quais foram as violações de direitos humanos conforme o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para tanto, será aplicada a abordagem metodológica dedutivo sobre a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos analisando os casos de Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988), Barrios Altos vs. Peru (2001) e Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil (2010). Enquadrando-se como uma pesquisa exploratória bibliográfica da leitura de livros, jurisprudência do CIDH e pesquisas científicas conceituadas. Tendo como contribuições da pesquisa, a relevância do controle de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos compreendendo sem efeito jurídico as legislações de anistia como meios para a redemocratização e pacificação social por serem inconventionais com as obrigações da Convenção Americana de Direitos Humanos.

2 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.

No exame da atuação do CIDH sobre as anistias que efetuaram a justiça de transição dos países supracitados é necessário compreender o contexto latino-americano. A região foi marcada por dois períodos: dos regimes ditatoriais e o período da transição política aos regimes democráticos, na qual cita que em 1978, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor, muitos dos Estados da América Central e do Sul eram governados por ditaduras e em menos de quinze anos depois, ocorreria o fim das ditaduras militares na década de 80, como na Argentina, no Peru, no Honduras e no Brasil. Ou seja, na época da Convenção, havia poucos governos eleitos democraticamente, ao passo que hoje quase todos os Estados latino-americanos têm governos eleitos democraticamente (GOMES, MAZZUOLI, 2011).

Portanto a Carta da Convenção Americana que proclamava “Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos” teve origem paradoxal em ambiente autoritário e de prática de regime de exceção, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre os valores do sistema regional de direitos humanos e as ações políticas dos estados-membros. A própria antítese se ligava ao fato que os direitos humanos eram tradicionalmente concebidos como uma agenda contra o Estado. Diante destes fatos, a região se desenvolveu economicamente reprimida da prática de direitos humanos,

gerando como resultado, para Piovesan (2011, p. 74) um elevado grau de exclusão e desigualdade social somado a democracias em fase de consolidação, vivendo na fragilidade da transição, a sombra do legado dos regimes autoritários de uma cultura de violência e de impunidade.

Assim como explicam Rosato e Correia (2011, p. 93-113) o processo de internacionalização dos direitos humanos no continente americano – assim como de demais regiões do globo - ocorre a fim de gerar uma devida responsabilização dos atos bárbaros e violadores da dignidade humana que possam a ser cometidos, e diante deste quadro, que surge a questão da justiça de transição dos regimes autoritários, em razão da fragilidade e dos esforços sociopolíticos que reivindicaram a mudança pelo fim dos regimes de exceção, diversas concessões foram realizadas e outras outorgadas pelo poder ditatorial vigente.

Vanessa Dorneles Schinke (2022) esclarece que legados autoritários são regras práticas e memórias originadas de experiências autoritárias bem definidas do passado que como resultado de configurações históricas específicas, sobrevivem a uma transição democrática e interferem na qualidade e na prática das democracias pós-autoritárias. Deste modo a tendência é que o legado do regime de exceção se prolongue nas condições da cidadania mesmo após a sua ruína política e tal quadro se agrava quando na justiça de transição, a escolha de negar o direito à memória, a verdade e a reparação são a base do novo regime democrático. Schinke (2022) define então, como uma verdadeira justiça de transição, o processo que instrumentaliza diversas técnicas no intuito de enfrentar não apenas as violações ocorridas, mas também de diminuir as fissuras autoritárias dos novos regimes, como detalha:

Presume-se, pois, que ocorra em Estados que tenham sido palco de um conflito interno, na tentativa de resolver as máculas daquele enfrentamento. Os meios utilizados variam desde a criação de órgãos administrativos para a investigação e elucidação dos fatos; o ajuizamento de ações cíveis e penais; a complementariedade entre normas nacionais e internacionais de proteção aos direitos humanos; a escuta de testemunhos; a busca e a divulgação de documentos; reforma das instituições; Comissões da Verdade; mecanismos de memória; etc.

Neste caso comissões que investigam os crimes e a punibilidade dos agentes que praticaram as violações seriam passos fundamentais para uma pacificação social e a consolidação do regime democrático.

Neste caso para Marcelo Torellyo (2022) as possíveis omissões pelo Estado-membro de efetivar uma justiça de transição nos parâmetros da Convenção Americana, tornaria possível a Corte Interamericana de Direitos Humanos aplicar a chamada doutrina de “controle de convencionalidade” das leis e atos dos Estados-Membros ao julgar casos concretos levados pela Comissão Americana, que partindo de uma analogia de controle de constitucionalidade pátrio, a doutrina toma a Convenção Americana como preceito fundamental, propondo um modelo de controle de legalidade similar aquele realizado pelas cortes constitucionais.

Para então reformular verdadeiras práticas de justiça de transição aos parâmetros da Convenção Americana, Marcia Nina Bernardes (2011, p. 135-156) reforça que a própria Corte definiu ser possível aplicar o controle de convencionalidade, não apenas invalidando atos jurídicos abstratos nacionais, mas também declarando a obrigação de reparar danos e estipulando políticas públicas. O precedente foi fixado pela Corte IDH desde a sentença no Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras (1988), o primeiro a ser decidido por esse órgão, a interpretação do artigo 1.1, sobre o dever do Estado de promoção dos direitos humanos não se esgota na mera abstenção de violação dos mesmos, tendo o Estado a responsabilidade internacional por violação dos artigos da CADH.

Os penalistas Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli¹ ao analisarem os crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia” consideraram fundamental na efetividade dos direitos humanos, o papel da CIDH de invalidar normas jurídicas que tornam vigente a impunidade e impedem a busca pela verdade e reparação as vítimas, direitos estes previstos na Convenção Americana:

É importante a obrigação que coloca a Corte Interamericana de os juízes e tribunais internos controlarem a convencionalidade das leis no país, verificando se tais leis estão ou não de acordo com os tratados de direitos humanos aqui em vigor. Caso alguma lei (ou norma de direito interno) esteja em desacordo com o estabelecido por tais tratados (em especial, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos), deve

1 GOMES; Luiz Flávio. MAZZUOLI; Valerio de Oliveira. **Crimes da ditadura militar**: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 58. “Foi exatamente isto que ocorreu com a Lei de Anistia brasileira: ela não passou no teste (no exame) de compatibilidade (vertical) com a Convenção Americana, sendo, portanto, totalmente inválida na ordem jurídica brasileira (ainda que esteja, formalmente, vigente)”.

operar-se de imediato sua invalidade jurídica (ainda que continue vigente no Estado).

Partindo destas considerações doutrinárias podemos compreender a relevância do controle de convencionalidade em caso da omissão ou falha do Estado-membro da Convenção Americana com a sua responsabilidade internacional diante do Direito Internacional dos Direitos Humanos a qual se vinculou, exigindo de órgãos jurisdicionais internos e do sistema regional de direitos humanos o dever de adotar, diretamente, as medidas necessárias para que dado direito ou liberdade seja fruído de forma efetiva.

Desta necessidade de efetivar a Convenção Americana, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou no caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), que além do controle de constitucionalidade que os juízes domésticos fazem das normas infraconstitucionais com as normas constitucionais, devem também exercer o “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas nos casos concretos e a Convenção Americana de Direitos Humanos:

Corte é consciente de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a assegurar que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias ao seu objetivo e fim, e que são desde o princípio carentes de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas nos casos concretos e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Almonacid Arellano vs. Chile*, §124).

O prof. Torellyo (2022) explica que no caso concreto, o controle de convencionalidade deve ser realizado pelo juiz titular da ação penal, e não pela Corte Interamericana, que age somente para destacar a existência de um conflito não identificado ou ignorado pelo Poder Judiciário local.

Sidney Guerra (2012) então descreve que o exercício do controle de convencionalidade por parte do CIDH é tornar efetivo o que os Estados ao se tornarem signatários da Convenção Americana geraram para si, que é um dever de efetivar garantias e direitos humanos, logo surge a necessidade de adequar sua legislação e jurisdição

interna para que estas estejam em consonância com as normas externas e com a jurisprudência da Corte Interamericana, determinado a seguir sobre a jurisdição da Corte Interamericana:

Estados assumam posição de destaque e desenvolvam ações, no plano interno e externo, para a proteção dos direitos humanos na medida em que a observância dos direitos humanos e a prevalência da dignidade da pessoa humana ganham destaque no contexto americano e o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana por parte dos Estados, garante aos indivíduos uma importante e eficaz esfera complementar de garantia aos direitos humanos sempre que as instituições nacionais se mostrem omissas ou falhas.

Então qual é a legitimidade para a Corte Interamericana exercer jurisdição sobre as legislações de anistias e portanto, os processos latino-americanos de justiça de transição? Tal prerrogativa advém do seu papel internacional de defender os direitos humanos convencionados em 1969, pois como o próprio Tribunal afirmou ela é “intérprete última da Convenção Americana” (ALMONACID ARELLANO VS. CHILE, 2006).

3 CASO VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ VS. HONDURAS (1988): A CIDH CONDENA O ESTADO DE HONDURAS POR VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS DECORRENTES DO SEU REGIME AUTORITÁRIO

O caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras² versa sobre o desaparecimento de um estudante universitário hondurenho Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez que duran-

2 Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. San José, Costa Rica, em 29 de jul. de 1988. Conforme relatório da sentença: “Segundo a denúncia apresentada perante a Comissão e a informação complementar recebida nos dias imediatamente seguintes, Manfredo Velásquez, estudante da Universidade Nacional Autónoma de Honduras, ‘foi detido de forma violenta e sem intermédio de ordem judicial de prisão, por elementos da Dirección Nacional de Investigación e do G-2 (Inteligência) das Forças Armadas de Honduras’. A detenção ocorreu em Tegucigalpa, na tarde de 12 de setembro de 1981. Os denunciantes declararam que várias testemunhas oculares teriam afirmado ter sido esse levado junto com outros detidos às celas da II Estación da Fuerza de Seguridad Pública localizadas no Bairro El Manchén de Tegucigalpa, onde foi submetido a “duros interrogatórios sob cruéis torturas, acusado de supostos delitos políticos”. Acrescenta a denúncia que, em 17 de setembro de 1981, foi transferido ao I Batallón de Infantería onde prosseguiram os interrogatórios e que, apesar disto, todas as forças policiais e de segurança negaram sua detenção.”. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf. Acessado em: 07 de jan. de 2022.

te o período ditatorial, foi violentamente preso, sem mandato judicial, por membros da Direção Nacional de Investigação e das Forças Armadas de Honduras. Após a prisão, o estudante foi vítima de tortura e desaparecimento forçado, nesse sentido, como bem pontuado por Emilio Meyer (2012, p. 190), em que pese no presente caso a Corte Interamericana não tenha tratado especificamente sobre a problemática das “legislações de autoanistia e os processos de transição”, foi a primeira sentença proferida pela Corte para efetivar seu papel de controle de convencionalidade.

Conforme a sentença do caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), a ação se originou de uma denúncia feita à Comissão em 07 de outubro de 1981 e encaminhada em 24 de abril de 1986 à Corte para julgamento.

Depois de haver transmitido a denúncia ao Governo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em diversas oportunidades, solicitou do mesmo a informação correspondente sobre os fatos denunciados. Diante da falta de resposta do Governo, a Comissão, em aplicação do artigo 42 de seu Regulamento, presumiu como “verdadeiros os fatos denunciados na comunicação de 7 de outubro de 1981 relativos à detenção e posterior desaparecimento do senhor Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez na República de Honduras” e observou ao Governo, que no caso concreto ocorreu a violação ao direito à vida (art. 4) e ao direito à liberdade pessoal (art. 7) da Convenção Americana, que se tornou a resolução 30/83, de 4 de outubro de 1983 da Comissão³.

Após avanço da investigação internacional realizado pela Comissão e encaminhamento a CIDH do caso de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, em 7 de abril de 1986, o Governo informou sobre as diligências iniciadas em face dos supostos responsáveis pelo desaparecimento de Manfredo Velásquez e outros, perante o Primeiro Juízo Criminal de Letras, o qual determinou o arquivamento “com exceção do General Gustavo Álvarez Martínez, por não haver obtido testemunho, por encontrar-se este fora do país”, decisão posteriormente confirmada pela Primeira Corte de Apelações

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. San José, Costa Rica, em 29 de jul. de 1988. p. 02. Trecho do relatório da sentença “A Comissão, na resolução 22/86, de 18 de abril de 1986, considerou que a nova informação apresentada pelo Governo não era suficiente para merecer uma reconsideração de sua resolução 30/83 e que, ao contrário, “de todos os elementos de juízo que constam do caso, deduz-se que o senhor Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez continua desaparecido sem que o Governo. . . tenha oferecido provas conclusivas que permitam estabelecer que não são verdadeiros os fatos denunciados”. A Comissão nesta mesma resolução confirmou a resolução 30/83 e encaminhou o assunto à Corte”. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf. Acessado em: 07 de jan. de 2022.

de Honduras⁴, tais argumentos foram rejeitados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a CIDH recepcionou o caso, reconhecendo que Honduras ratificou a Convenção em 8 de setembro de 1977 e em 9 de setembro de 1981 depositou o instrumento de reconhecimento da competência contenciosa da Corte, estando portanto apta a julgar o caso.

No relatório da sentença em questão a Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁵ apresentou testemunhas para declarar que entre os anos de 1981 e 1984, (período no qual desapareceu Manfredo Velásquez) ocorreram em Honduras vários casos de pessoas que foram sequestradas e depois desaparecidas, tendo sido estas ações imputáveis às Forças Armadas de Honduras e contando ao menos com a aquiescência do Governo hondurenho e se existiram ou não em Honduras recursos internos eficazes para proteger aquelas pessoas que foram sequestradas e depois desaparecidas em ações imputáveis às Forças Armadas de Honduras.

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. San José, Costa Rica, em 29 de jul. de 1988. Conforme relatório da sentença: “A Comissão, na resolução 22/86, de 18 de abril de 1986, considerou que a nova informação apresentada pelo Governo não era suficiente para merecer uma reconsideração de sua resolução 30/83 e que, ao contrário, “de todos os elementos de juízo que constam do caso, deduz-se que o senhor Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez continua desaparecido sem que o Governo. . . tenha oferecido provas conclusivas que permitam estabelecer que não são verdadeiros os fatos denunciados”. A Comissão nesta mesma resolução confirmou a resolução 30/83 e encaminhou o assunto à Corte. 11. A Corte é competente para conhecer do presente caso. Honduras ratificou a Convenção em 8 de setembro de 1977 e em 9 de setembro de 1981 depositou o instrumento de reconhecimento da competência contenciosa da Corte a que se refere o artigo 62 da Convenção. O caso foi elevado à Corte pela Comissão, de acordo com os artigos 61 da Convenção e 50.1 e 50.2 de seu Regulamento”. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf. Acessado em: 07 de jan. de 2022.

5 Testemunhas apresentadas pela Comissão para declarar sobre “(s)e, entre os anos de 1981 e 1984, (período no qual desapareceu Manfredo Velásquez) ocorreram ou não em Honduras vários casos de pessoas que foram sequestradas e depois desaparecidas, tendo sido estas ações imputáveis às Forças Armadas de Honduras e contando ao menos com a aquiescência do Governo hondurenho”: Miguel Ángel Pavón Salazar, Deputado Suplente/ Ramón Custodio López, médico cirurgião / Virgilio Carías, economista / Inés Consuelo Murillo, estudante/ Efraín Díaz Arrivillaga, Deputado / Florencio Caballero, ex-militar d) Testemunhas apresentadas pela Comissão para declarar sobre “(s)e, entre os anos de 1981 e 1984, existiram ou não em Honduras recursos internos eficazes para proteger aquelas pessoas que foram sequestradas e depois desaparecidas em ações imputáveis às Forças Armadas de Honduras”: Ramón Custodio López, médico cirurgião / Virgilio Carías, economista/ Milton Jiménez Puerto, advogado/ Inés Consuelo Murillo, estudante/René Velásquez Díaz, advogado / César Augusto Murillo, advogado/ José Gonzalo Flores Trejo, sapateiro

Diante do assassinato de diversas testemunhas como Jorge Isaías Vilorio, Moisés Landaverde e de Miguel Ángel Pavón Salazar, a Corte Interamericana (1988) emitiu medidas provisórias, a fim de garantir a segurança e o bem-estar das testemunhas:

- 1. Instar o Governo de Honduras a que adote sem demora quantas medidas sejam necessárias para prevenir novos atentados contra os direitos fundamentais daqueles que compareceram ou foram intimados a comparecer perante esta Corte com motivo dos casos “Velásquez Rodríguez”, “Fairén Garbi e Solís Corrales” e “Godínez Cruz”, em escrupuloso cumprimento da obrigação de respeito e garantia dos direitos humanos contraída em virtude do artigo 1.1 da Convenção.**
2. Instar igualmente ao Governo de Honduras para que empregue todos os meios ao seu alcance para investigar esses repudiáveis crimes, identificar os culpáveis e aplicar-lhes as sanções previstas no direito interno hondurenho.
(Grifo nosso)

Perante os documentos probatórios ajuizados a Corte Interamericana de Direitos Humanos, reconheceu que o Estado de Honduras é responsável pelo desaparecimento involuntário de Angel Manfredo Velásquez Rodríguez, logo são imputáveis a Honduras violações aos artigos que prescrevem o direito à liberdade pessoal (art.7), o direito à vida (art. 4) e o direito à integridade pessoal (art. 5) da Convenção.

Para o Tribunal⁶ ficou provado que o desaparecimento de Manfredo Velásquez foi consumado por agentes que atuaram sob a cobertura de uma função pública, que o desaparecimento de Manfredo Velásquez é violatório do direito à integridade pes-

6 Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. San José, Costa Rica, em 29 de jul. de 1988. Conforme dispositivos da sentença: “187. O desaparecimento de Manfredo Velásquez é violatório do direito à integridade pessoal, reconhecido no artigo 5 da Convenção (156 supra). Em primeiro lugar porque o simples fato do isolamento prolongado e da incomunicabilidade coativa representa um tratamento cruel e desumano, que lesa a integridade psíquica e moral da pessoa e o direito de todo detido a um tratamento respeitoso de sua dignidade, em contradição com os parágrafos 1 e 2 do citado artigo. Em segundo lugar porque, ainda quando não foi demonstrado de modo direto que Manfredo Velásquez foi torturado fisicamente, a simples circunstância de que seu sequestro e cativo tenham ficado a cargo de autoridades que comprovadamente submetiam os detidos a humilhações, crueldades e torturas representa a inobservância, por parte de Honduras, do dever que lhe impõe o artigo 1.1, em relação aos parágrafos 1 e 2 do artigo 5 da Convenção. Com efeito, a garantia da integridade física de toda pessoa, e de que todo aquele que seja privado de sua liberdade seja tratado com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano, implica a prevenção razoável de situações virtualmente lesivas dos direitos protegidos.”. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf. Acessado em: 07 de jan. de 2022.

soal, pois o simples fato do isolamento prolongado e da incomunicabilidade coativa representa um tratamento cruel e desumano. Além disso ocorreu abstenção do Poder Judiciário em atender os recursos apresentados perante diversos tribunais no presente caso, mesmo a convenção obrigando que o Estado investigue toda situação na qual tenham sido violados os direitos humanos protegidos pela Convenção.

Mesmo Honduras estando na década de 1970 a 1990, governada em regime exceção e em constante problemática que beira a guerra civil com grupos guerrilheiros e com a oposição política, o Estado de Honduras deveria tomar medidas para impedir futuros abusos em direitos humanos, conduzindo investigações, identificando responsáveis e punindo-os, além de compensar as vítimas, pois como a Corte reafirmou casos de desaparecimento forçado constituem crimes contra a humanidade (MEYER, 2012, p. 190).

Em sua sentença em votação unânime, a Corte condenou o Estado de Honduras, ao pagamento de indenização aos familiares de Angel Manfredo Velásquez Rodríguez, se tornado um importante precedente ao impor dever positivo ao Governo de Honduras, um estado em regime ditatorial que em menos de 5 anos da sentença, passaria por transição democrática.

A Corte asseverou na sentença, publicada em 29 de julho 19887, que os Estados-partes, como consequência dessa obrigação, devem prevenir, investigar e punir qualquer violação de direitos consagrados na Convenção, além de buscar a reparação dos direitos violados.

Na decisão, Gomes e Mazzuoli (2011) explicam que o CIDH exigiu expressamente que os Estados signatários da Convenção investiguem e punam envolvidos em desaparecimentos forçados e as demais violações aos direitos humanos praticadas no regime ditatorial e que o desaparecimento forçado de seres humanos é uma violação múltipla e contínua de direitos constantes da Convenção, portanto acordos que contrariem esta obrigação convencional seriam nulos.

7 Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. San José, Costa Rica, em 29 de jul. de 1988. Trecho do dispositivo da sentença “É evidente que no presente caso a Corte não pode dispor que se garanta ao lesado o gozo de seu direito ou liberdade violados. Ao contrário, é procedente a reparação das consequências da situação que configuraram a violação dos direitos especificados neste caso pela Corte, contexto dentro do qual cabe o pagamento de uma justa indenização.”. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf. Acessado em: 10 de jan. de 2022.

4 CASO BARRIOS ALTOS VS. PERU (2001): A CORTE INTERAMERICANA APLICA A CONVENCIONALIDADE FRENTE A LEGISLAÇÃO DE ANISTIA PERUANA (1995).

O caso *Barrios Altos vs. Peru* (2001)⁸ advém do massacre no dia 3 de novembro de 1991, quando ocorreu um ataque a um imóvel no bairro “Barrios Altos”, na cidade de Lima, Peru. Foram seis indivíduos fortemente armados, em automóveis, invadiram o imóvel matando quinze pessoas e ferindo outras quatro. Os membros deste grupo, chamado de Grupo Colina, faziam parte do exército peruano e atuavam como uma espécie “esquadrão da morte”, que se ocupavam de eliminar opositores do governo. As investigações judiciais e os relatos jornalísticos revelaram ao público que de fato os envolvidos trabalhavam para a inteligência militar; um grupo que atuava como “esquadrão de eliminação”, um programa antissubversivo.

Diante dos crimes cometidos as autoridades judiciárias iniciaram uma investigação para encontrar e denunciar os envolvidos, em abril de 1995. Mas como explica Renata Amorim (2016, p. 15), o contexto de exceção latino-americano impediu a busca pela verdade e a punição aos atos criminosos por meio de leis de anistia. Neste sentido, o Congresso peruano sancionou a Lei nº 26.479, que exonerava a responsabilidade dos militares, policiais e civis de crimes que haveriam cometido de 1980 a 1995.

Contudo Gonçalves da Silva e Pereira Pêgas (*BARRIOS ALTOS VS PERU*, 2001) explicam que argumentando que a Constituição peruana impunha aos juízes o dever de não aplicar leis contrárias às disposições constitucionais, a magistrada Antonia Saquicuray, juíza da ação penal, realizou o controle de convencionalidade em difuso

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Barrios Altos Vs. Peru**. San José, Costa Rica, em 14 de mar. de 2001. Trecho do relatório da sentença: “aproximadamente às 22:30 horas de 3 de novembro de 1991, seis indivíduos fortemente armados invadiram o imóvel localizado em Jirón Huant nº 840, na vizinhança conhecida como Barrios Altos, na cidade de Lima. No momento da invasão, ocorria a celebração de uma “pollada”, isto é, uma festa para arrecadar fundos com o objetivo de fazer reparações no prédio. Os agressores chegaram ao local em dois veículos, um de marca Jeep Cherokee e outro Mitsubishi. Estes automóveis possuíam luzes e sirenes policiais, que foram desligadas no momento da chegada ao lugar dos fatos; b) os indivíduos, cujas idades oscilavam entre 25 e 30 anos, cobriram seus rostos com máscaras (balaclavas) e obrigaram as supostas vítimas a se atirarem ao chão. Uma vez que estas estavam no chão, os agressores dispararam indiscriminadamente por um período aproximado de dois minutos, matando 15 pessoas e ferindo gravemente outras quatro, ficando uma destas últimas, Tomás Livias Ortega, permanentemente incapacitada. Posteriormente, com a mesma rapidez com que haviam chegado, os agressores fugiram nos dois veículos, fazendo soar novamente as sirenes;”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/092b2fec1ad5039b26ab5f98c3f92118.pdf>. Acessado em: 15 de set. de 2021.

e não aplicou a legislação de anistia ao caso concreto, afirmando que esta norma infraconstitucional seria contrária à Constituição e às obrigações internacionais ratificadas na Convenção Americana. Por tal razão uma segunda legislação de anistia foi promulgada pelo Congresso peruano, a Lei de anistia n° 26.492, excluindo do exame jurisdicional estas normas e tornando obrigatório a sua aplicação, suspendendo os processos em curso, o que tornou sustentou o arquivado do caso pela Corte Superior de Justiça de Lima.

O Estado peruano enviou em nota cópia a CIDH, a invalidade do julgamento, afirmando que deixou de reconhecer a competência contenciosa da Corte IDH, em 1999, sendo aprovado pelo Poder Legislativo Peruano⁹. A Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁰ reagiu enviando ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos uma nota, informando-lhe sobre a situação de alguns casos referentes ao Peru, tramitados perante o Tribunal, alegando que tal ação do governo peruano é claro descumprimento do artigo 68.1 da Convenção, assim como uma violação do princípio básico *pacta sunt servanda*.

Já com o novo Governo eleito, em 2001, o Peru voltou a reconhecer com plenitude a competência da Corte IDH para julgar o caso, assim o Congresso aprovou a Resolução

9 Em 24 de agosto de 2000, um representante da Embaixada do Peru perante o Governo da República da Costa Rica compareceu à sede da Corte para devolver a demanda do presente caso. a Nota n° 5-9-M/49, de 24 de agosto de 2000 da Embaixada do Peru, na qual manifesta que ... **por instruções de seu Governo, devolve [à Corte] a ... notificação [da demanda] e seus anexos, ... pelas considerações expostas a seguir: 1.- Mediante Resolução Legislativa de 8 de julho de 1999, ... o Congresso da República aprovou a retirada do reconhecimento da Competência Contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.**

10 Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Barrios Altos Vs. Peru**. San José, Costa Rica, em 14 de mar. de 2001. Trecho do relatório da sentença: “[a] decisão do Estado peruano é inadmissível, na medida em que a pretendida retirada do reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana por parte do Peru foi rechaçada por sentenças de competência deste Tribunal de 24 de setembro de 1999, nos casos Ivcher Bronstein e do Tribunal Constitucional (Caso Ivcher Bronstein, Competência. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C N° 54, e Caso do Tribunal Constitucional, Competência. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C N° 55). A critério da Corte Interamericana, esta atitude do Estado peruano constitui um claro descumprimento do artigo 68.1 da Convenção, assim como uma violação do princípio básico *pacta sunt servanda* (Caso Castillo Petruzzi e outros, Resolução de 17 de novembro de 1999. Cumprimento de Sentença. Série C N° 59, ponto resolutivo 1, e Caso Loayza Tamaio, Resolução de 17 de novembro de 1999. Cumprimento de Sentença. Série C N° 60, ponto resolutivo 1)”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/092b2fec1ad5039b26ab5f98c3f92118.pdf>. Acessado em: 15 de set. de 2021

Legislativa nº 27401, de 18 de janeiro de 2001, derogando a Resolução Legislativa nº 27152 e restabelecendo plenamente, a Competência Contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao Estado peruano (2001). Assim Gonçalves da Silva e Pereira Pêgas esclarecem que o Estado peruano reconheceu de forma explícita sua responsabilidade internacional por ter violado o direito à vida, à integridade, à proteção judicial e às garantias judiciais, consagrados nos artigos 4, 5, 8 e 25 da Convenção, além de propor garantir às vítimas, o direito à verdade, a justiça e a obter uma reparação justa.

Todavia a Corte IDH não deixou de julgar o caso, Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli (2011, p. 73-76) argumentam que o Tribunal na Costa Rica sentenciou que as leis de anistia do Peru geraram excludentes de responsabilidade e impediram investigações e punições, violando direitos da CADH como as garantias processuais, a busca pela verdade dos fatos, os direitos da vida, integridade física e mental e liberdades. Na análise do controle de convencionalidade, decidiu pela incompatibilidade das leis de anistia com a CADH, afirmando que são inadmissíveis as disposições de anistia, de prescrição e excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição por graves violações de direitos humanos.

Diante da situação de manifesta incompatibilidade, a Corte IDH¹¹ julgou que:

Como consequência da manifesta incompatibilidade entre as leis de autoanistia e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as mencionadas leis carecem de efeitos jurídicos e não podem representar um obstáculo para a investigação dos fatos deste caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto em outros casos ocorridos no Peru relativos à violação dos direitos consagrados na Convenção Americana.

A Corte IDH com este caso reafirmou o combate à impunidade e a proteção aos direitos humanos, avançando a jurisprudência do tribunal relação à incompatibilidade

11 Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Barrios Altos Vs. Peru**. San José, Costa Rica, em 14 de mar. de 2001. Trecho do dispositivo da sentença “Declarar, em conformidade com os termos do reconhecimento de responsabilidade efetuado pelo Estado, que este descumpriu os artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como consequência da promulgação e aplicação das leis de anistia Nº 26.479 e Nº 26.492 e da violação dos artigos da Convenção indicados no ponto resolutivo 2 desta Sentença. 4. Declarar que as leis de anistia Nº 26.479 e Nº 26.492 são incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, conseqüentemente, carecem de efeitos jurídicos”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/092b2fec1ad5039b26ab5f98c3f92118.pdf>. Acessado em: 15 de set. de 2021.

das leis, entendendo que uma lei em desarmonia com as obrigações convencionais na medida em que constitui uma potencial violação aos direitos humanos, pode ensejar a responsabilização internacional.

O caso *Barrios Altos vs. Peru* (2001) é emblemático para o presente estudo, pois foi o primeiro a tratar do controle de convencionalidade das normas de forma expressa, determinando quais seriam as consequências da incompatibilidade das leis internas que violassem direitos humanos com as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos, que seria, segundo o trópico 44 da sentença do tribunal, a ineficácia da determinada lei. Sendo positivo que o Estado do Peru – já em regime democrático- tenha decidido reconhecer expressamente as graves violações de direitos humanos e estabelecido as premissas de reparar as vítimas e familiares, além de investigar os crimes cometidos

Sidney Guerra (2012, p. 363) reflete que este controle de convencionalidade gerará mudanças significativas no ordenamento jurídico interno dos Estados Americanos, fazendo com que, caso sejam condenados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos revoguem leis incompatíveis com a Convenção ou adaptar suas legislações através de reformas constitucionais para que se garanta a tutela de direitos humanos no âmbito do direito interno

Assim a posição da Corte IDH, de órgão internacional dos direitos humanos, é assegurada com suas sentenças decretadas com caráter vinculante e com o supervisionamento dos dispositivos no cumprimento de sentença.

5 CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASIL (2010): A CORTE INTERAMERICANA APLICA A CONVENCIONALIDADE FRENTE A LEGISLAÇÃO DE ANISTIA BRASILEIRA (1979).

O caso *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, trata-se conforme relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos¹², da responsabilidade

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. San José, Costa Rica, em 24 de nov. de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acessado em: 07 de jan. de 2022. Conforme trecho do relatório da sentença “No Relatório de Admissibilidade nº 33/01, a Comissão declarou admissível o caso nº 11.552, com relação à suposta violação dos artigos 4, 8, 12, 13 e 25, em concordância com o artigo 1.1, todos da Convenção Americana, bem como dos artigos I, XXV e XXVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante denominada “Declaração Americana”) (expediente de

[do Estado] pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil [...] e camponeses da região, [...] resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964–1985) e da eficácia da Lei nº 6.683/79 [...], o Estado não realizou uma investigação penal com a finalidade de julgar e punir as pessoas responsáveis pelo desaparecimento forçado de 70 vítimas e a execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva.

Sobre a regra da quarta instância, a CIDH (CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASIL, 2010) entendeu que a demanda apresentada pela Comissão Interamericana não pretende revisar a sentença do Supremo Tribunal Federal pronunciada na Arguição de Descumprimento nº 153¹³, mas sim exercer o controle de convencionalidade para estabelecer se o Estado violou determinadas obrigações internacionais dispostas em diversos preceitos da Convenção Americana, em prejuízo das supostas vítimas, inclusive, o direito de não ser submetido a um desaparecimento forçado decorrente dos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana, o direito à proteção judicial e às garantias judiciais relativos ao esclarecimento dos fatos e à determinação das responsabilidades individuais por esses mesmos fatos, decorrentes dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana.

anexos à demanda, apêndice 3, tomo III, folha 2322). 4 No Relatório de Mérito nº 91/08, a Comissão concluiu que o Estado era responsável pelas violações dos direitos humanos estabelecidos nos artigos I, XXV e XXVI da Declaração Americana, bem como dos artigos 4, 5 e 7, em conexão com o artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento das vítimas desaparecidas; nos artigos XVII da Declaração Americana e 3, em relação com o artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento das vítimas desaparecidas; nos artigos I da Declaração Americana e 5, em conexão com o artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento dos familiares dos desaparecidos; no artigo 13, em conexão com o artigo 2 da Convenção Americana, em detrimento dos familiares dos desaparecidos; nos artigos XVIII da Declaração Americana e 8.1 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 da mesma Convenção, em detrimento das vítimas desaparecidas e de seus familiares, em virtude da aplicação da Lei de Anistia, nos artigos XVIII da Declaração Americana e 8.1 e 25, em relação com o artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento das vítimas desaparecidas e de seus familiares, em virtude da ineficácia das ações judiciais não penais interpostas no marco do presente caso (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo VII, folha 3655).”

13 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 (ADPF 153/DF) foi um processo de controle de constitucionalidade julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no qual a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) pedia o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei da anistia.

Na fundamentação da sentença a CIDH¹⁴ recordou que o Estado afirmou que a investigação e punição dos responsáveis pelos desaparecimentos forçados das vítimas está impossibilitada juridicamente pela Lei de Anistia. Ou seja, a lei de anistia impede a investigação de graves violações de direitos humanos, o que é contrário às obrigações estabelecidas na Convenção Americana (1969) e à jurisprudência da Corte Interamericana, como prescreve o trecho a seguir:

O artigo 2 da Convenção Americana dispõe:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

O artigo 8.1 da Convenção Americana dispõe: **Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente**, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

O artigo 25.1 da Convenção Americana dispõe:

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais re-

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. San José, Costa Rica, em 24 de nov. de 2010. Trecho da sentença “Em casos de execução e desaparecimento forçado, **os artigos 8 e 25 da Convenção** estabelecem que os familiares das vítimas têm o direito a que, essa morte ou desaparecimento seja, efetivamente investigado pelas autoridades estatais, que os responsáveis sejam processados e, se for o caso, punidos, e que se reparem os danos que os familiares tenham sofrido. Do mesmo modo, nenhuma lei ou norma de direito interno, como as disposições de anistia, as regras de prescrição e outras excludentes de responsabilidade, pode impedir que um Estado cumpra essa obrigação, especialmente quando se trate de graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade, como os desaparecimentos forçados do presente caso, pois esses crimes são inaniistiáveis e imprescritíveis. A obrigação de garantir os direitos protegidos pelos **artigos 4, 5 e 7 da Convenção Americana implica o dever de investigar os fatos que afetaram esses direitos substantivos**. Essa Lei não deve continuar impedindo a investigação dos fatos. Isto posto, a Comissão considerou **que o Estado incorreu na violação dos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana, em concordância com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento**, em detrimento das 70 vítimas desaparecidas na Guerrilha do Araguaia e de seus familiares, bem como de Maria Lúcia Petit da Silva e de seus familiares”. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acessado em: 07 de jan. de 2022. p. 47.

conhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. (Grifo nosso).

A Lei de Anistia veio em 28 de agosto de 1979, após ter sido aprovada pelo Congresso Nacional, foi sancionada como Lei nº 6.683/79, que concedeu anistia nos seguintes termos:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, **cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.**

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. (Grifo nosso).

Sobre a Legislação de Anistia de 1979, a Corte Interamericana considerou que o Brasil ao aplicar a Lei de Anistia, violou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 da mesma carta de direitos, o que gerou o descumprimento por parte do Brasil de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana (1969). Assim com base no disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana, a Corte indicou que toda violação de uma obrigação internacional que tenha provocado dano compreende o dever de repará-lo adequadamente, tendo como dispositivo no âmbito do controle de convencionalidade a seguinte determinação¹⁵:

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. San José, Costa Rica, em 24 de nov. de 2010. Trecho da sentença “Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acessado em: 07 de jan. de 2022. p. 113-116.

DECLARA, por unanimidade, que:

3. As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.

4. O Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos nos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 desse instrumento, em prejuízo das pessoas indicadas no parágrafo 125 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 101 a 125 da mesma.

5. O Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos (Grifo nosso).

Tarciso Dal Maso Jardim (2011)¹⁶ ao analisar o caso “Guerrilha do Araguaia” e a obrigação de tipificar e julgar o crime de desaparecimento forçado de pessoas, discorre que a Corte IDH não admitiu as anistias aos responsáveis de tortura, das execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e desaparecimentos forçados de pessoas, sendo inconventionais a Convenção americana e, portanto, não produzem efeito desde sua origem (*ex tunc*) e devem ser retiradas do ordenamento jurídico do Estado-membro.

Flávia Piovesan (2011, p. 78) ressalta que na jurisprudência da CIDH os parâmetros protetivos mínimos estabelecidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos, destacam-se quatro direitos: a) o direito a não ser submetido à tortura; b) o direito à

16 GOMES; Luiz Flávio. MAZZUOLI; Valerio de Oliveira. **Crimes da ditadura militar:** uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 128. “Igualmente, a Corte IDH ordena aos Estados a investigar e julgar responsáveis pela violação grave dos direitos humanos que foram anistiados. No caso *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, a Corte IDH associa as violações graves de direitos humanos ao crime contra a humanidade e declara que os Estados não podem se abster de investigar, buscar e reprimir os responsáveis por crimes contra a humanidade, incluindo o genocídio, mediante edição de anistias ou outro tipo de norma interna. **De acordo com a Corte IDH, anistiar os responsáveis de crimes contra a humanidade é incompatível com a CADH**”.

justiça (proteção judicial); c) o direito à verdade; e d) o direito à prestação jurisdicional efetiva, na hipótese de violação a direitos (direito a remédios efetivos).

Portanto a Convenção Americana pautada nestes direitos e tendo o Brasil, se vinculado as obrigações de garantir tais liberdades e direitos, a Lei de Anistia demonstra ser um obstáculo não tolerado pelo Sistema Regional Americano de Direitos Humanos, tendo a jurisprudência adotada pela Corte Interamericana nos casos citados neste artigo e em especial neste trópico, deixado claro que: as leis de anistia violam o Pacto de San Jose, por constituírem um ilícito internacional ao impedir o Estado de efetuar seu dever de investigar, julgar e reparar as violações cometidas em face dos direitos humanos, assegurando às vítimas os direitos à justiça e à verdade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sustentamos nesse artigo que a posição da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as legislações de anistia advém de uma resposta as omissões domésticas dos Estados-membros em face de graves violações de direitos humanos em regimes de exceção, sendo um desenvolvimento jurisprudencial relevante e histórico na concretização do Sistema Americano de Direitos Humanos, com o gradual impacto das sentenças com força vinculante, ensejando a adoção da mais recente composição da Corte Interamericana de uma doutrina de controle de convencionalidade a fim de satisfazer seu papel de guardião dos direitos humanos estabelecidos na Convenção Americana.

Assim se destaca a relevância do controle de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988) em sua sentença, em votação unânime, a Corte condenou o Estado de Honduras, ao pagamento de indenização aos familiares de Angel Manfredo Velásquez Rodríguez, se tornado um importante precedente ao impor dever positivo ao Governo de Honduras, um estado em transição democrática; o caso *Barrios Altos vs. Peru* (2001), a CIDH sentenciou que as leis de anistia do Peru geraram excludentes de responsabilidade e impediram investigações e punições, violando direitos da CADH como as garantias processuais, a busca pela verdade dos fatos, os direitos da vida, integridade física e mental e liberdades e por tal decidiu pela incompatibilidade das leis de anistia com a CADH, afirmando que são inadmissíveis as disposições de anistia, de prescrição

e excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição por graves violações de direitos humanos e no caso *Gomes Lund e outros* (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil (2010), na qual explicitamente reconheceu a inconveniência da Lei de Anistia de 1979 em face da Convenção Americana de 1969, estabeleceu que o Estado brasileiro tem o dever de reparar os danos aos familiares e vítimas; de investigar, julgar e punir os autores de tortura, prisões ilegais, sequestro e assassinato e de prevenir por meio de educação em direitos humanos a repetição dos atos por parte das forças armadas e de segurança pública.

Compreendendo que a Corte Interamericana estabeleceu sem efeito jurídico as legislações de anistia como meios para a redemocratização e pacificação social por serem inconvenientes com as obrigações da Convenção Americana de Direitos Humanos, não podendo os estados-membros se abster de garantir os direitos e liberdades da Convenção Americana em face de propor uma pacificação social ilusória e atentadora as normas internacionais ratificadas pelos próprios.

Diante do exame realizado consideramos que com a atuação da Corte Interamericana em realizar o controle de convencionalidade em face das legislações de excludente de responsabilidade em regimes de exceção, o tribunal se consagrou no âmbito internacional, inovando a jurisprudência internacional de direitos humanos.

Portanto conforme Sidney Guerra (2012. p. 363-364) o Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem eficácia como ferramenta para a garantia dos direitos humanos no continente americano, garantindo por meio da jurisdição do CIDH não só o julgamento dos casos, mas também seu cumprimento pelos Estados membros, sob pena de sanções de natureza política perante a Organização dos Estados Americanos. Logo no campo do Direito Internacional tem gerado ampla credibilidade à medida que os Estados se submetem a obrigatoriedade da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, estabelecendo uma posição internacional ao indivíduo que sofreu graves violações dos seus direitos humanos.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Renata Rodrigues. **Anistia e impunidade na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Monografia. Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2016, p. 15.

BRASIL, Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002. **Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm. Acessado em 07 de jan. de 2022.

BERNARDES, Marcia Nina. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais**. Revista Internacional de Direitos Humanos. v. 8, n. 15, dez. 2011, p. 135-156.

CEIA, Eleonora Mesquita. **A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil**. Revista EMERJ, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan.-fev. Mar. 2013.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acessado em: 15 de set. de 2021.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Barrios Altos Vs. Peru**. San José, Costa Rica, em 14 de mar. de 2001. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/092b2fec1a-d5039b26ab5f98c3f92118.pdf>. Acessado em: 15 de set. de 2021.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. San José, Costa Rica, em 29 de jul. de 1988. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf. Acessado em: 07 de jan. de 2022. p. 02.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. San José, Costa Rica, em 24 de nov. de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acessado em: 07 de jan. de 2022, p. 113-116.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. San José, Costa Rica, em 24 de nov. de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acessado em: 07 de jan. de 2022, p. 47.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile**. San José, Costa Rica, em 26 de setembro de 2006. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>. Acessado em: 10 de jan. de 2022.

GUERRA, Sidney. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos no âmbito da Corte Interamericana e o Controle de Convencionalidade**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. vol. 32.2, jul./dez. 2012, p. 363.

GUERRA, Sidney. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos no âmbito da Corte Interamericana e o Controle de Convencionalidade**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. vol. 32.2, jul./dez. 2012, p. 363-364.

GUERRA, Sidney. **Direito internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES; Luiz Flávio. MAZZUOLI; Valerio de Oliveira. **Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 58.

GOMES; Luiz Flávio. MAZZUOLI; Valerio de Oliveira. **Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 73-76.

GOMES; Luiz Flávio. MAZZUOLI; Valerio de Oliveira. **Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 74.

GOMES; Luiz Flávio. MAZZUOLI; Valerio de Oliveira. **Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 78.

MEYER, Emilio Peluso Neder. **Ditadura e responsabilização: elementos para uma justiça de transição no Brasil**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 190.

ROSATO. Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. **Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Revista Internacional de Direitos Humanos. vol. 8, n. 15, dez. de 2011. p. 93-113.

TORELLY, Marcelo. **Controle de Convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos?** SciELO - Brasil Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/HGcj998sWN6YxPfPrWsszfp/?format=html1/30>. Acessado em 07 de jan. de 2022.

SILVA; Ângela Vitória Andrade Gonçalves. PÊGAS; Lucas Tavares Pereira. **Barrios Altos vs Peru (2001): as origens do controle de convencionalidade**. Disponível em: https://nidh.com.br/barrios-altos-vs-peru-2001-asorigens-do-controle-de-convencionalidade/#_ftn4. Acessado no dia 10 de jan. de 2022

SCHINKE, Vanessa Dorneles. **O conflituoso e inafastável convívio da justiça de transição com os legados autoritários**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a412963e013751a9>. Acessado em: 08 de jan. de 2022.

IV RIBAMAR

ENCONTRO MARANHENSE
DE DIREITO INTERNACIONAL

Standards internacionais de direito à
informação e liberdade de expressão

A interdependência da liberdade de expressão e a preservação da privacidade na era digital

*The interdependence of freedom of expression and the preservation
of privacy in the digital age.*

Giovanna Maria Brito Gonçalves

Graduanda no curso de Direito pelo Centro Universitário Dom
Bosco - UNDB.

João Carlos da Cunha Moura

Docente no Centro Universitário Dom Bosco - UNDB.
Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela
Universidade Federal do Maranhão; Doutorando em Direito
pela Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina).

1 INTRODUÇÃO

A evolução dos meios digitais fez prevalecer a ideia de um espaço de expressão e promoção da informação no qual todos teriam acesso. Por meio da facilitação de processos tecnológicos de propagação de informações e a derrubada de barreiras para a manifestação dos diferentes atores, cada vez mais pessoas integram esse meio o utilizando de distintos modos, mas que possuem intrinsecamente a possibilidade de comunicação uns com os outros em tempo mínimo.

Ao mesmo tempo que acessa a maior rede de elementos digitais, crescentemente mais usuários produzem uma enorme quantidade de dados, estes que são de extremo valor, podendo ser usados para variados fins, evidenciando aí o interesse global nessa área. A complexidade de informações envolvidas, questões culturais, de alusões econômicas e políticas, abre portas para violações tanto quanto para a manifestação de direitos.

Internacionalmente, a proteção de direitos de liberdade de expressão e informação, assim como a proteção de dados envolta na esfera de direito de privacidade já detiveram julgamentos concretos levando em consideração o quão danoso a violação de um ou outro representaria aos seus titulares, face a ingerência da ação estatal. A conflitiva existente no exercício pleno dos direitos de privacidade e suas extensões, bem como os direitos de livre expressão e acesso à informação, faz despontar questionamento quanto à contrariedade que essas garantias apresentariam uma à outra e se são opostas e irreconciliáveis.

A partir disto, o presente estudo tem por objetivo estabelecer um quadro acerca da conexão existente entre o pleno exercício do direito de expressão em concomitância com o direito à privacidade, frente ao estreitamento das conexões pelo meio digital de informação, permitindo assim a sua compreensão.

O presente artigo foi elaborado fundamentado em pesquisa bibliográfica, conforme definido por Severino (2017) é aquela realizada a partir do registro disponível, proveniente de pesquisas anteriores, presentes em documentos registrados, como livros, artigos, teses etc. Assim, perfaz-se com a utilização de informações já trabalhados por outros pesquisadores e devidamente publicados.

Nesse sentido, o presente estudo apresenta em seu primeiro tópico aspectos e definições tocantes a importância do direito de liberdade de expressão e informação, inclusos decisório em conflitos de cunho internacional. No segundo tópico, desta-

ca-se a aplicação do direito à privacidade e preservação de informações ante a um panorama que cada vez mais atua com o rompimento desses preceitos. Por fim, no terceiro tópico trata acerca do caráter de interdependência dentre as liberdades citadas e a proteção de informações privadas perante a massificação de tecnologias de comunicação.

2 A POSSIBILIDADE DE EXPRESSÃO E ACESSO A INFORMAÇÃO EM POSIÇÃO PREFERENCIAL NA ERA DIGITAL.

Os direitos humanos estão postos em um campo do direito internacional que objetiva a igualdade, preservação da dignidade humana, resguardar o sujeito contra o excesso de poder estatal, possibilitar o desenvolvimento de políticas públicas que objetivam melhorar condições de vida em sociedade, com a propagação de tratamento igualitário (PACCOLA, 2017, p. 229).

Dentre essas garantias tão caras, a liberdade de expressão carrega consigo um valor intrínseco, pois não ocasiona somente consequências, mas possui poder de coerção aos Estados e grupos privados em fornecer tratamento de sujeitos morais e responsáveis aos indivíduos capazes. Isso corresponde a um elemento fundamental para uma configuração social e política cada vez mais justa. Ampara-se que essa liberdade é um direito fundamental que representa uma maneira valiosa de funcionamento democrático e o traço de tolerância (SIMÃO; RODOVALHO, 2017, p. 213-216).

A expressão e seu exercício pleno não se limita apenas a manifestação de opiniões e pensamentos, mas engloba a exteriorização de impressões e emoções. Diante da necessidade de se comunicar, o ser humano se utiliza de ferramentas que lhe permite fazê-lo, sendo este o modo pelo qual o sujeito participa da atividade social e dos rumos das ações estatais. Nesse sentido, há desde o nascimento desse direito um dever de proteção da legítima e livre manifestação, vedada constitucionalmente a censura (LEITE, 2016, p. 151).

A liberdade de expressão se enquadra como um direito que abarca todos os outros direitos fundamentais, não havendo possibilidade de separá-la da expressão do sujeito e a liberdade de comunicação que este detém. Muito embora hajam diferenças no tocante ao âmbito de proteção e limitações que possam ser impostas dentre as manifestações desta liberdade, tem-se a apresentação de diversas facetas, como

a liberdade de imprensa, liberdade de informação, de expressão artística, liberdade científica, bem como tantas outras (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017).

A problemática na qual estão envoltas a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, quanto suas manifestações características, nos dizeres de Robl Filho e Sarlet (2016), fomenta uma das temáticas acerca dos direitos humanos contemporâneos que mais possui controvérsias e complexidades na esfera do direito constitucional e do direito internacional, não significando a existência de uma menor importância no direito regional.

Ante à probabilidade de conflitiva, a natureza inerente à liberdade de expressão compreende uma posição de preferência. Neste enquadramento se dá o reconhecimento da localização de vantagem ocupada por esse direito, tanto quanto na ocorrência de colisões entre direitos postos como fundamentais, de forma que no plano fático existiria uma hierarquização das posições em confronto. Nesta hipótese, a resolução de um conflito no qual haja a liberdade de expressão atuando em um dos lados, a instrumentalização da proporcionalidade e suas ferramentas devem ser devidamente aplicadas (ROBL FILHO; SARLET, 2016).

Conforme Demarchi e Fernandes (2015) o agrupamento em gerações ou dimensões, estabelece como primeiros aqueles que versam sobre liberdades, saindo do campo moral para serem positivados e aplicados faticamente. Já os direitos sociais, advindos na segunda geração, se atentam à busca por igualdade real, à proteção e à prestação de direitos. A terceira se caracteriza pelo rompimento de limites territoriais, com a internacionalização de direitos humanos e a extensão da titularidade dos direitos para esferas coletivas. Percebe-se que não são exclusivos, mas que se completam e assumem elementos que lhes permitem transitar entre gerações.

A dimensão objetiva da liberdade de expressão enquanto direito fundamental se reveste em uma escala muito maior do que a aquilo que resguarda o indivíduo e seu direito, segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017), posto se tratar de um direito inerente ao Estado Democrático de Direito conjuntamente com a dignidade humana, atuando como pilar fundamental de toda uma comunidade política, apresentando nessa perspectiva uma configuração de dimensão transindividual. Essa caracterização objetiva encontra-se vinculada com a prestação e proteção da liberdade de expressão de qualquer gênero, pelo perfazimento de edições normativas que atuem para tal.

No referente à dimensão assinalada como subjetiva da liberdade expressão, esta diz respeito à proteção deste direito na sua prestação individual, que necessariamente implica na atuação negativa por parte do Estado, uma abstenção do impedimento e a impossibilidade de interferência para conter ações de exteriorização. As conceituações das dimensões desse direito, estabelecido como fundamental, evidenciam que há o dever de assegurar a plena expressão do sujeito e da coletividade por parte do Estado (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017).

Existe um caráter pragmático no princípio da liberdade de expressão como direito fundamental, não havendo apenas um simbolismo, mas uma manifestação em distintos direitos e paralelamente a potência individual para sua normatividade. Determinado o imperativo emprego das ordens constitucionais nas espécies jurídicas, corretamente orientadas pela dignidade humana, esta que por sua vez encontra-se correlacionada aos direitos fundamentais, é possível observar a liberdade de imprensa e o direito à informação. De modo que em um outro momento é possível estudá-las em lides concretas, pois tais manifestações desse direito detém um caráter obrigatório de aplicação em todas as relações jurídicas, que conseqüentemente fornece o entendimento quanto a uma análise material do suporte teórico (BOFF e DIAS, 2013, p. 577).

Nessa perspectiva, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, define o direito à liberdade de expressão de maneira pormenorizada em seu artigo XIX. Ele abrange as limitações que podem ser determinadas pelos Estados de forma legítima, fundamentadas pela proteção de direitos da coletividade e sua segurança, assim como a proteção de outros direitos individuais (BENTO, p. 95). Afastando a caracterização da censura ou restrição arbitrária desse direito, diante desses parâmetros.

De tal forma, órgãos internacionais atuam para resguardar esse direito e todas as suas atribuições, portanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) trata-se de uma instituição judicial autônoma do sistema interamericano, com a finalidade de interpretar e promover a aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Dentre suas atribuições, está também o exercício da competência consultiva, podendo expandir sua ação interpretativa para outros tratados assinalados à proteção de direitos humanos nos Estados americanos (PAIVA; HEEMAN, 2020, p. 55).

A implementação das redes de conexão mundial quanto ao direito, exerce influência constante e bilateral entre instituições jurisdicionais, seja por ligação das regulamentações de caráter obrigatório ou pelo diálogo espontâneo entre tribunais e instituições públicas. Diante desse contexto, o direito internacional dos direitos humanos exerce o importante papel na fixação de balizas progressivas que promovem a proteção dos direitos do homem, enquanto motiva a independência no tocante ao poder dos Estados (SALDANHA et al, 2016, p. 472).

O caso “A última tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile, ocorrido no ano de 1988, é considerado emblemático pelo marco que estabeleceu. Após uma petição proposta por advogados que alegaram estar representando a Igreja Católica e Jesus Cristo, baseados em uma suposta violação de princípios e da honra de seus patrocinados, o Conselho de Qualificação Cinematográfica do Estado do Chile, com base em artigos de sua Constituição, proibiu a exibição do filme “A última tentação de Cristo”. Em seguida à censura, reforçada inclusive na sua Suprema Corte, o caso foi submetido à Corte Interamericana, que responsabilizou o Estado chileno por violação da liberdade de expressão e pensamento, estabelecidos pelo artigo 13º da CADH, concluindo ainda que não houve violação à liberdade religiosa, posto o conteúdo de tal direito está voltado a permissão para as pessoas professarem sua fé. Por fim, a Corte Interamericana destacou a seriedade de o Estado chileno reformar a sua Constituição para suprimir a censura cinematográfica (PAIVA; HEEMAN, 2020, p. 99).

De acordo com Saldanha et al (2016, p. 473), em distintas ocasiões o Tribunal Interamericano já exteriorizou posicionamentos acerca do direito ao acesso à informação, educação e cultura, delimitando os contornos e a abrangência da proteção conferida pelos instrumentos regulamentares do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. No caso de Claude Reyes e outros vs. Chile, no ano de 2006, a Corte explicitou que a liberdade de pensamento e expressão engloba o direito de acesso à informação sob a gerência do Estado, estando amparado pelo artigo 13º da CADH o direito de acesso às informações bem como a obrigação de fornecimento de dados por parte do Estado, independente das razões do solicitante.

Nas palavras de Perez (apud SALDANHA et al, 2016, p. 473), a informação é imprescindível na formação democrática das instituições, motivo pelo qual este direito está vinculado à conceituação de democracia participativa e a manutenção dos direitos

fundamentais, de maneira que a capacidade de comunicação e acesso à informação tornam-se irrenunciáveis de liberdade.

Nesse íterim, conforme Bento (2016, p. 100), sem oposição à concepção de presunção geral de proteção de todas as ideias propagadas e formas de expressão, existem aspectos referentes às ideias que recebem um nível de preservação a mais, muito disso pela conexão com a manutenção da democracia e seu exercício. Dessa forma, a jurisprudência interamericana reconhece a necessidade proteção especial aos discursos ligados aos assuntos políticos e de interesse social.

Consoante a expressão no meio tecnológico, tem-se que o enorme potencial da internet é decorrente de sua configuração, em que não há uma centralidade, a velocidade de compartilhamento, o alcance mundial e o anonimato relativo, dentre outras. A disseminação em tempo real, mobiliza pessoas com distintos interesses, proferindo discursos denominados de ódio, que não se enquadram na esfera de proteção do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, quanto à Convenção Americana de Direitos Humanos, por exemplo (BENTO, 2016, p. 103).

Para Laurentils e Thomazini (2020, p. 2265-6), apresenta-se como verdade, concernente a liberdade expressão, a fragilidade desta com a regulamentação estatal, com a limitação de discursos, posto a priorização por parte do judiciário da proteção dos interesses de Estados, atribuindo-os o dever regulador do discurso. Evidencia-se assim a existência de juízo de valor de quais ideias deveriam prevalecer, por meio de uma seleção turva.

Quanto à liberdade de expressão autônoma, atribui-se a si mesma a valoração, sendo o único modo de garantir igualdade civil em uma sociedade democrática. Além disto, sob a ótica democrática, é uma ferramenta essencial para alternância de poder e para a promoção de participação cidadã direta, se mostrando fundamental para a construção de políticas públicas e transparência governamental, bem como um debate público acessível (LAURENTILIS; THOMAZINI, 2020, P. 2267-98).

Nesse caminho, observa-se que os requisitos necessários para que a liberdade de expressão figure como uma liberdade preferida, ou em posição preferencial, nos dizeres de Rocha, Cunha e Oliveira (p. 505, 2017), no tocante, especialmente, ao acesso à informação pelos meios digitais, podem ser vislumbrados. Esse seria o pleno exercício desse direito como uma ação cívica, baseado no exercício da cidadania, em que há a veracidade das informações, a responsabilidade no uso desses dados, bem como a

importância histórica e social da informação em questão e para o indivíduo que queira a sua publicidade.

3 A PRESERVAÇÃO DA PRIVACIDADE E DOS DADOS PESSOAIS COMO DETENTORES DE PROTEÇÃO ESPECIAL.

O progresso do processo social humano se traduz, em parte, na imensa capacidade de transacionar informações, conforme Boff e Fortes (2014, p. 110), em que questões como o tempo e o espaço, quando aplicados nessa perspectiva, assumem escalas mínimas. O direito à informação ganhou amplitudes gigantescas, possibilitando o fácil acesso ao conhecimento em diferentes locais em alta velocidade.

De um lado, este espaço propicia a abertura de diversos campos de possibilidades políticas e culturais, em que pode haver debates pluralistas e se vislumbra uma tomada de decisões baseada em participação coletiva e democrática, pondo em destaque a liberdade advinda do acesso facilitado à rede, contudo, de outro, expõe o risco de um controle total além da gerência dos usuários. Com o desenvolvimento de softwares e outras ferramentas tecnológicas, permite-se o controle do fluxo de dados pessoais, operacionalizado por empresas privadas, que objetivam a comercialização deste conteúdo, e os Estados, que objetivam recuperar uma parte do poder que lhes foi retirado com a popularização da internet como fenômeno de escala global (SALDANHA et al, 2016, p. 463).

O meio virtual, denominado ciberespaço, nas palavras de Boff e Fortes (2014, p. 110), se trata de um espaço social, que tem em sua formação o fluxo de informações repassadas entre computadores, em uma rede aberta, na qual qualquer pessoa detém acesso. Esse espaço possui interatividade que permite ao usuário originar dados, navegar e construir relações na rede, se utilizando de provedores de internet e operacionalizando diversas atividades como o correio eletrônico, o comércio eletrônico, lazer e pesquisa, assim como outras ações.

A doutrina sociológica, nas palavras de Saldanha et al (2016, p. 479), e a prescrição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, lidam com o reconhecimento imperioso da universalização do acesso à internet com o objetivo do pleno desenvolvimento das liberdades humanas na rede. Entretanto, mediante o enredamento da sociedade contemporânea, a controvérsia do acesso e da liberdade estão insepará-

veis de uma reflexão constante aos aspectos negativos e positivos. Consequentemente, ao mesmo tempo que há uma liberdade ampliada com a utilização de inovações tecnológicas de informação e comunicação, existe o aumento do controle e da vigilância de informações que circulam na internet e os dados produzidos (SALDANHA et al, 2016, p. 479).

Muito além dos acontecimentos que envolvem a transgressão de privacidade e a publicação indiscriminada dessas informações, a atual cenário tecnológico detém como uma enorme característica catalisadora, para as grandes empresas de tecnologia da informação e comunicação, o rompimento da privacidade dos usuários, com a violação e transação comercial de dados pessoais (BOFF; FORTES, 2014, p. 116).

Em atento ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, por meio de seu artigo 17º, afirma que ninguém poderá ser alvo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honras e reputação (ONU, 1966). Nos meios virtuais a aplicação dessa normativa corresponde a proteção dos dados gerados no processo da efetiva utilização das ferramentas tecnológicas.

A regulamentação dos dados e seus usos em território nacional se orienta pelas normatizações europeias e se perfaz em um marco regulatório pertinente aos processos de cunho social e econômico relacionados aos dados digitais. Esse ato tem como característica o uso do consentimento do usuário para a garantia de direitos, mas pode-se identificar uma certa dubiedade nesse tipo de proteção uma vez que há o reconhecimento da vulnerabilidade dos usuários e proprietários desses dados, como também mecanismos que permitem a entrega dessas informações. A discussão concernente à proteção de dados destaca a posição contraditória de um indivíduo merecedor de proteção quanto às suas informações e sua privacidade e como sujeito livre para contratar acerca da cessão desses dados (FORNASIER; KNEBEL, 2021, p. 1005).

Em vista disto, a privacidade é um direito de múltiplas faces, havendo, em suas principais características, três que se destacam: isolamento, informação e escolha. O isolamento se apresenta como o direito de ser deixado só, não ser incomodado, em um espaço delimitado, assim como a capacidade de interromper contatos e efeitos externos, estando em contrário a intromissão. Já a informação se apresenta como o direito de exercer controle sobre informações referentes a si mesmo, que alcançam um ambiente maior de conhecimento, estando em seu contrário a divulgação. Final-

mente, a escolha, esta é a definidora de um grupo com alternativas mais íntimas, que não se sujeitam a qualquer espaço externo, em que a interferência é encarada como inimiga (ARAÚJO, 2017).

No tocante à proteção da informação, tem-se o caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, no qual uma ligação telefônica do advogado Santander Tristán Donoso com o pai de seu cliente foi interceptada, gravada e em seguida divulgada sem autorização, havendo neste caso também o uso do processo penal como meio de cerceamento da liberdade de expressão. Seguido a isso, a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos (CIDH) submeteu a lide à Corte Interamericana dos Direitos Humanos (Corte IDH), após diversas tentativas de resolução sem sucesso. Na condenação parcialmente procedente, a Corte considerou que o Estado do Panamá realizou uma intromissão arbitrária na divulgação do conteúdo da ligação, infringindo os artigos 8.1, acerca de garantias judiciais, 11.1 e 11.2 referente a proteção à honra e a dignidade, e 13 que trata da liberdade de expressão e de pensamento (PAIVA; HEEMAN, 2020, p. 206).

Se tratando da violação dos direitos de privacidade em território nacional, no caso *Escher e outros vs. Brasil*, o Tribunal Interamericano reconheceu a ilegalidade de procedimentos de interceptação telefônica, após a realização de uma interpretação conjunta com as disposições constitucionais acerca da temática. Foram consideradas que as conversas entre as vítimas eram de aspecto privado, sem consentimento das partes para que houvesse o conhecimento de terceiros. Ainda, destaca-se que o artigo 11 da Convenção estabelece que é proibido qualquer interferência arbitrária ou abusiva na vida privada dos sujeitos, abarcando seus domicílios e correspondências, inclusas comunicações telefônicas (CIDH, 2009).

Na atualidade, as tecnologias de informação e comunicação concebem-se como ferramentas indispensáveis para o acesso à informação, em circunstâncias de igualdade entre os indivíduos sociais. A universalização do acesso aos meios informacionais é condição primária de garantia dos direitos individuais de liberdade. A jurisprudência da Corte Interamericana, muito embora não detenha entendimento específico acerca dos direitos informacionais e tecnológicos, reconhece a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, assim inclusos, para sua garantia efetiva, direitos civis, à integridade física e à liberdade, somente sendo possível com a garantia de direitos relativamente modernos (SALDANHA et al, 2016, p. 473).

A existência de um conflito que envolva a informação propagada e acessada via internet, apresenta uma complexidade maior, uma vez que nem toda a informação veiculada nesse meio detém as características cívicas. No ambiente de transição dos dados informacionais, nem todas aquelas informações que vem a público são detentores de veracidade ou algum tipo de relevância para a sociedade, vindo a serem pautadas em questões de ordem pessoal, não abarcando questões de informação e formação dos sujeitos, objetivando tão somente o acesso e compartilhamento pelo maior número de pessoas (ROCHA; CUNHA; OLIVEIRA, p. 486-504, 2017).

As modificações sociais, provenientes da incorporação de novas tecnologias, e a utilização em larga escala dos meios digitais como elemento de comunicação, no entendimento de Flôres e Silva (2020, p. 04), se basearam especialmente na migração da economia voltada para a produção de bens para um modelo econômico voltado para bens imateriais, modelo este que necessita da coleta de dados e informações de inúmeros usuários. Assim, há o tratamento de dados não apenas para a efetivação desses serviços, mas também como fonte de matéria-prima de gigantes tecnológicas, fato que torna os direitos de privacidade ainda mais vulneráveis.

Como garantidor ao indivíduo do controle de seus dados e informações, a chamada autodeterminação informativa permite que haja entre cidadãos e órgãos estatais o exercício da democracia. Sua atuação é voltada para o fomento e valorização da livre comunicação e trânsito de ideias, até o ponto que se chegue em um senso ordinário, caro à coletividade, que detenha o poder de atender as necessidades de ambos os lados (FLÔRES; SILVA, 2020, p. 06).

A autodeterminação informativa é um aspecto basilar na proteção de dados, mas do mesmo modo como acontece com a autonomia privada sob o pretexto de igualdade jurídica, o indivíduo não detém condições materiais para o exercício de plena liberdade dos seus dados pessoais. Uma vez que somente há escolha na forma de consentimento em que os dados serão repassados aos prestadores de serviço, o titular dos dados assume a figura do sujeito que cederá suas informações de alto valor para fins de mercantilização (FORNASIER; KNEBEL, 2021, p. 1025).

A rede de dados e informações como a internet provoca a ruptura das concepções postas, redefinindo em sua totalidade a problemática do lugar do discurso. Essa ferramenta supera todos os obstáculos físicos, de propriedade e unilaterais de titularidade dos meios de comunicação tradicionais pouco acessíveis. O meio digital, no constante

a expressão, a permite de forma sem precedentes, pois conjuga uma tecnologia dinamizada para o usuário, e ele participa ativamente do discurso (ARAÚJO, 2017).

Como faceta da liberdade informação tem-se que os órgãos de imprensa não possuem somente deveres particulares, por serem essencialmente empresas privadas com concessões públicas, mas carregam consigo inerentemente compromissos de cunho social e democrático. Existe a imputação de dois argumentos principais, quais seriam: a função social, aplicado na percepção de que como empresas e elementos de propagação e concretização de direitos fundamentais, estes atores são detentores de poderes e conseqüentemente responsabilidades com as sociedades em que estão inseridas; e o reconhecimento de que por se tratar de uma atividade caracterizada como serviço público indispensável ao modelo democrático de direito, implicando na necessidade de fiscalização do ente público sobre possíveis abusos que podem ser realizados pelos sujeitos privados (BOFF e DIAS, 2013, p. 580). Desta forma, extrai-se que até mesmo a liberdade de expressão deve ser administrada a fim não operar violação a direitos diversos.

As mudanças presentes são responsáveis pela transformação quanto ao âmbito das preocupações que cercam o direito à privacidade e a proteção de informações. Isso perpassa do círculo privado e individualista, para o coletivo, abandonando o ideal de que a sua satisfação seria somente necessária a abstenção do rompimento sobre essas prerrogativas, reconhecendo que muitos atores públicos e privados podem ser responsáveis por essa ameaça (FLÔRES; SILVA, 2020, p. 04).

4 A INTERDEPENDÊNCIA DA LIBERDADES DE EXPRESSÃO E A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE ANTE A MASSIFICAÇÃO DO ESPAÇO DIGITAL.

No cenário em constante evolução das tecnologias, o avanço da internet e a construção do ciberespaço necessita de uma profunda análise jurídica e sociocultural. Com o melhoramento de instrumentos da internet, é cabível a reflexão quanto à fomentação da cultura, do acesso e a democratização da informação, com a valorização da diversidade e da inclusão digital. Entretanto, mostra-se imperioso analisar também os problemas jurídicos oriundos da massificação da internet (BOFF; FORTES, 2014, p. 110).

O estudo acerca de assuntos relacionados aos direitos fundamentais, à preservação da intimidade e a proteção de dados de cunho pessoal se apresenta como uma questão de relevância no âmbito jurídico. Esse destaque ocorre especialmente quando se refere a uma regulação desse espaço, que confronta diretamente a premissa de criação da internet como uma área onde incide a não regulação (BOFF; FORTES, 2014, p. 114).

O esclarecimento constante a restrição de direitos, liberdades e garantias, dentro do direito, necessita da elucidação de certos tipos de limitações existentes. Apresentam-se as ferramentas de restrição da reserva legal simples, a reserva legal qualificada e os limites constitucionais não escritos, não autorizadas expressamente pelo texto constitucional (DEMARCHI; FERNANDES, 2015).

No tocante ao denominado núcleo essencial dos direitos fundamentais, segundo Mendes e Branco (2018), sua proteção é discutida com base em dois modelos. O primeiro diz respeito a teoria interna, onde os direitos fundamentais compreendem um núcleo que não é passível de restrição, estando a salvo de qualquer decisão legislativa eventual. O segundo diz respeito a teoria externa, na qual haveria a possibilidade de restrição, no qual se teria a totalidade de um direito fundamental e sua possível restrição, onde este apresentaria uma nova configuração, de acordo com o caso em questão.

Pontos relevantes da interação entre a liberdade de expressão e direito de informação e a proteção de dados são caros as instituições e sociedades democráticas, de modo que apesar de contraditório, uma sociedade, conforme Laurentils e Thomazini (p. 2268), permanecerá democrática mesmo que alguns indivíduos não exercem sua liberdade de expressão e informação, ou mesmo se mostrem desfavoráveis a estas liberdades. Entretanto, na hipótese de interferência estatal, isto não se sustenta, pois a possibilidade de independência moral só reside na existência de autonomia como opção, posto que somente se concretizará diante da realização de escolhas por parte dos titulares.

A principal fundamentação para a restrição de liberdades de expressão, e consequentemente informacionais, dentre sociedades constituídas e regidas pela democracia se estende sob o princípio da dignidade da pessoa humana (ARAÚJO, 2017). Contudo, a própria restrição em nome do citado princípio apresenta incoerência,

diante do fato de que ambos os direitos atendem a dignidade humana e são imperiosos para a sua concretização.

A autonomia da liberdade de expressão contém três setores diferenciados, compostos cada um por falantes, ouvintes e espectadores involuntários, nas palavras de Laurentils e Thomazini (p. 2268). Neste setor primário, conforme os autores, o funcionamento do direito de expressão exige uma atuação negativa do governo, a não interferência no exercício dessa garantia, permitindo que o sujeito expresse suas ideias (LAURENTILS; THOMAZINI, p. 2268).

Muito embora possa-se crer facilmente que o conteúdo principal dessa liberdade se trata de fala, um aspecto de grande importância tem como principal face a autonomia do ouvinte, pois o falante deve antes de tudo ouvir e se informar, assim, na ocorrência de limitação ao acesso à informação, a autonomia de discurso estará essencialmente afetada. Quanto aos espectadores involuntários, há uma análise referente aos efeitos que um discurso poderá ocasionar na realidade, de modo a se avaliar quem são e como os distintos sujeitos serão afetados pelo exercício da expressão e da informação, e que se o efeito for positivo, qualquer limitação se mostra danosa (LAURENTILS; THOMAZINI, p. 2268).

Evidencia-se que não há como tratar acerca da autonomia enquanto o público não puder acessar todos os tipos de ideias presentes, nos dizeres de Laurentils e Thomazini (p. 2268), ocorrendo a ofensa a sua independência quando a restrição estatal se efetiva sobre o acesso ao discurso. Essas limitações graves pressupõem que o indivíduo não é detentor de capacidade de autodeterminação.

Para Araújo (2017), é necessário destacar que a privacidade e proteção de dados não atuam somente em colisão com as liberdades de expressão e informação. Ambos são suporte um do outro e se coordenam, uma vez que a formação do pensamento, a determinação da individualidade e o estabelecimento de comunicação em local reservado, atos protegidos pela privacidade, se mostram como valores comuns à liberdade de expressão.

A privacidade é definida por Silva e Garcia (2019, p. 399), como a habilidade do exercício de controle pela pessoa quanto aos níveis de exposição da sua vida íntima, sua imagem, sua reputação, e a disponibilidade das informações referentes a si mesmo diante de terceiros. Estão excetuadas as hipóteses previstas em disposições normativas, em que há a prevalência do interesse público no acesso àquela informação.

O texto constitucional apresenta em seu conteúdo a proteção tanto da privacidade quanto da intimidade, fornecendo uma visão que permite uma interpretação acerca da distinção de ambos, muito embora seja árduo sustentar tal separação. Assim, a privacidade também seria definida como aquela que protege os comportamentos e episódios relacionados às ligações mais amplas que o titular detém, abarcando relações comerciais e profissionais, enquanto a intimidade se concentraria nas relações familiares e extremamente pessoais, mas a agressão a qualquer um desses direitos, abre-se para a medição da extensão disto e o interesse público na publicização das informações dos indivíduos atingidos (LEITE, 2016, p. 158).

O livre exercício de direitos fundamentais conduziria ao conflito entre as distintas espécies e titulares, por essa razão, em alguns aspectos se faz necessário a aplicação de regulamentações pelo Estado, determinando limites em abstratos e restrições de caráter concreto. Nessa seara, deve haver a compreensão das exceções ao direito à informação, que seriam o sigilo assinalado de forma direta a outro direito fundamental, legalmente associado ao interesse privado, e o sigilo vinculado de forma indireta à preservação de outros direitos fundamentais, estes a cargo da responsabilidade estatal, que são legalmente considerados interesse público (PERLINGEIRO; DÍAZ; LIANI, 2016, p. 159).

Em atento a esse contexto, a ordenamento nacional apresenta a Lei Geral de Proteção de Dados, nº 13.709, de 2018, que em seu art. 1º, estabelece que a citada lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais. Esta ação seria executada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com a finalidade proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (BRASIL, 2018).

Como se observa, a determinação existente quanto à proteção de dados admite a problemática do extrativismo de informações, mas oferta a segurança jurídica da liberdade contratual acerca da disponibilidade desses dados. Em território brasileiro, a normatização por meio da LGPD se trata de um marco no estabelecimento do titular de dados pessoais, um sujeito capaz de fornecer seus dados pessoais e comportamentais dando seu consentimento (FORNASIER; KNEBEL, 2021, p. 1025).

Na eminência do pleno exercício da autodeterminação, é necessário que haja a disponibilização de todas as informações aos titulares de dados pessoais, de forma que estes possam fazer a devida utilização de acordo com as suas preferências, de-

tendo ciência de sua possível extração, manuseio e aplicações que essas informações terão como finalidade (FLÔRES; SILVA, 2020, p. 20).

Dessa forma, entende-se que a cidadania digital pressupõe um indivíduo detentor de direitos referentes aos dados digitais, conforme Fornasier e Knebel (2021, p. 1018), de modo que a mediação das trocas de mercadorias está sob a justificativa de serem inteiramente voluntárias. Entretanto, isto seria uma mera formalidade, uma vez que o controle de tais ações escapa do arcabouço de controle de usuários, por exemplo.

Por se compreender a dignidade como uma qualidade inerente à pessoa humana e dessa forma deve ser reconhecida em todas as esferas da sociedade, bem como respeitada e protegida, tendo em vista que ocupa uma posição que lhe deixa suscetível de ser violada por práticas de ingerência, invasão e exposição da intimidade e da privacidade dos sujeitos (FLÔRES; SILVA, 2020, p. 19).

A agregação do direito de informação como um direito humano fundamental, de acordo com a declaração proveniente do Comitê Jurídico Interamericano da Organização dos Estados Americanos (OEA), em atento à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, resta consolidada nos âmbitos jurídicos dos países latino-americanos. Ainda, se mostra imprescindível para legisladores, autoridades e juízes nacionais aplicarem as disposições principiológicas recomendadas pela OEA (PERLIN-GEIRO; DÍAZ; LIANI, 2016, p. 194).

O requisito da necessidade de implementar restrições à liberdade de expressão e informação em nome da proteção de dados, deve seguir o que Bento (p. 106) constitui como restrições legítimas, não podendo ser apenas úteis ou convenientes, mas uma resposta à uma problemática social constante, que não encontraria uma solução satisfatória por outros meios de impacto restritivo menor. Tais requisitos quanto a essa necessidade implica que não se pode empreender limitações que ultrapassem o limite do estritamente indispensável para o alcance da finalidade que o fundamenta.

Para que seja verdadeiramente democrática, uma sociedade com alto índice de informatização, atribui-se que haja a disponibilização de meios de acesso à rede a todos os seus componentes. Entretanto, essa ação produzirá uma quantidade ainda maior de informações e dados pessoais a serem transmitidos, acarretando a necessidade de aplicação do respeito à privacidade dos titulares. O próprio crescimento de direitos fundamentais quanto ao seu alcance concebe a precisão de um

equilíbrio pleno entre o acesso à informação e a garantia da privacidade (SILVA; GARCIA, 2019, p. 391).

O desenvolvimento social em meio ao contexto digital se traduz em uma sociedade fundamentalmente colaborativa, onde há a prevalência do compartilhamento de dados, informações, conhecimentos e possibilidade ampliada gradativamente de acessibilidade. Porém, o tratamento de dados deve ser operado dentro dos limites do respeito à privacidade em todos os seus aspectos de preservação, por ser um dos pilares dessa mesma sociedade comunicativa (SILVA; GARCIA, 2019, p. 396).

É imprescindível considerar, de acordo com Flôres e Silva (2020, p. 15), que deve haver a conciliação entre a aplicação de liberdades e transparência que permita expressões e acesso a informações distintas com a proteção de dados pessoais. Por mais que aparente ser uma tarefa de fácil execução diante dos termos e garantias legais previstas, realizar a sustentação de compartilhamento de informações e publicidade e o emprego do sigilo não se trata de uma tarefa de fácil realização na prática.

5 CONCLUSÃO

Os direitos concernentes à expressão dos titulares e a preservação de seus próprios dados, ocupam posições prontamente distintas, a ponto de entrarem em choque quando envolvidos em um mesmo contexto situacional, uma vez que tutelam aspectos distintos da vida em sociedade dos indivíduos.

Em sua aplicação concreta, ante a violação que pode ocorrer de um direito ou outro, dá-se a preferência à preservação de um direito em detrimento ao seu oposto, a fim de proporcionar a melhor satisfação das garantias fundamentais do sujeito. Isto, contudo, não significa que haja a impossibilidade de entendimento entre essas dimensões de proteção dos direitos do indivíduo.

Com efeito, a própria dimensão do conhecimento é universal, como também a evolução de ideias e das ideologias. A cultura detém a sua expansão que transcende barreiras promovendo um diálogo mundial, a política e economia internacional atingem todos os sujeitos em escala global, além de outras características de imenso alcance. Dessa forma, o isolamento comunicativo é um dos mais graves modos de censura, em que as regulamentações estatais impostas à entes comunicativos sociais, não podem interferir no fluxo de conteúdo e nos conhecimentos

nacionais de expressão, informação e outros conteúdos que interajam com fluxo transfronteiriço (ARAÚJO, 2017).

Da mesma maneira, não se pode permitir a violação e exposição de informações e dados privados dos titulares, sob pena de suprimir o direito à privacidade, este inerente e fundamental a todos. Como se espera, essas ações implicam diretamente nas liberdades do sujeito em contraponto com a preservação de sua intimidade, encontrando-se em primeiro plano o direito de expressão dos titulares, por conseguinte o direito à informação, e o direito de privacidade, não sendo este menos importante, estando todos abarcados pelo pleno exercício da dignidade humana.

Para que não incorra em transgressão de direitos fundamentais, e consequentes ataques à dignidade humana, se faz necessário a preservação, em consonância com o alcance de esferas internacionais, da autodeterminação informativa, conjuntamente ao equilíbrio entre a liberdade de expressão e os limites da privacidade, resguardando o livre desenvolvimento humano e social.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Márcio Schusterschitz da Silva. **Liberdade de expressão**. Disponível em: <https://ler.amazon.com.br/?asin=B07228R5MK>. Acesso em: 14/10/2021.
- BENTO, Leonardo Valles. Parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão. **Revista de informação legislativa**: RIL, v. 53, n. 210, p. 93-115, abr./jun. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p93. Acesso em: 14/10/2021.
- BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges. A privacidade e a proteção dos dados pessoais no ciberespaço como um direito fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil. **Sequência** (Florianópolis) [online]. 2014, n. 68, pp. 109-127. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p109>. Epub 07 Jul 2014. ISSN 2177-7055. Acesso em: 14/10/2021.
- _____; DIAS, Felipe Da Veiga. O tratamento jurisdicional das liberdades comunicativas na sociedade da informação no Brasil. *Boletín mexicano de derecho comparado*, Cidade do México, v. 46, n. 137, p. 573-599, agosto 2013. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000200005&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 14/10/2021.
- BRASIL. **Lei geral de proteção de dados**: Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 15/10/2021.
- CIDH. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**: Caso Escher e outros vs Brasil, 2009.
- DEMARCHI, Clovis; FERNANDES, Fernanda Sell de Souto Goulart. **Teoria dos limites dos limites**: análise da limitação à restrição dos direitos fundamentais no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais* | e-ISSN: 2526-0111| Minas Gerais | v. 1 | n. 2 | p. 73- 89 | Jul/Dez. 2015.
- FLÔRES, M. R. de; SILVA, R. L. da . Desafios e perspectivas da proteção de dados pessoais sensíveis em poder da administração pública: entre o dever público de informar e o direito do cidadão de ser tutelado. **Revista de Direito**, [S. l.], v. 12, n. 02, p. 01-34, 2020. DOI: 10.32361/2020120210327. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/10327>. Acesso em: 15/10/ 2021.
- FORNASIER, Mateus de Oliveira; KNEBEL, Norberto Milton Paiva. O titular de dados como sujeito de direito no capitalismo de vigilância e mercantilização dos dados na Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista Direito e Práxis** [online]. 2021, v. 12, n. 2. Acessado em: 12/10/2021, pp. 1002-1033. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/46944>>. Epub 16 Jun 2021. ISSN 2179-8966.
- LAURENTIIS, Lucas Catib de; THOMAZINI, Fernanda Alonso. Liberdade de Expressão: Teorias, Fundamentos e Análise de Casos. **Revista Direito e Práxis** [online]. 2020, v. 11, n. 04, pp. 2260-2301. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/44121>>. Epub 16 Nov 2020. ISSN 2179-8966. Acesso em: 13/10/2021.

LEITE, Flávia Piva Almeida. O EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS: e o marco civil da internet. **Revista de Direito Brasileira**, [S.l.], v. 13, n. 6, p. 150-166, abr. 2016. ISSN 2358-1352. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2899>>. Acesso em: 23/12/2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966.

PACCOLA, Amanda Thereza Lenci. Proteção internacional dos direitos humanos. *Rev. secr. Trib. perm. revis.*, Asunción, v. 5, n. 10, p. 227-245, Oct. 2017. Disponível em: <http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-78872017001000227&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13/10/2021.

PAIVA, Caio; THIMOTIE, Aragon Heemann. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. 3ª edição, Manaus: Editora CEI, 2020.

PERLINGEIRO, Ricardo; DÍAZ, Ivonne; LIANI, Milena. Princípios sobre o direito de acesso à informação oficial na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 143-197, maio/ago. 2016.

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, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun. p. 112-142, 2016. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista15/estadollton.pdf>>. Acesso em: 06/04/2020.

ROCHA, Maria Vital da; CUNHA, Isaac Rodrigues; OLIVEIRA, Karin de Fátima Rodrigues. Esquecimento, internet e “preferência” da informação: possibilidades de aplicação da doutrina dos preferred rights da jurisprudência norte-americana ao caso brasileiro. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília - DF, v. 7, nº 3, 2017, p. 483-509.

SILVA, Ingrid Almeida; GARCIA, Sílvio Marques. Segurança de dados pessoais na internet sob a égide dos princípios constitucionais. **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca**, v. 4, n. 1, p. 381-401, 2019. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/icfd/ article/view/900>. Acesso em: 15/10/2021.

SALDANHA, Jânia Maria Lopez; BRUM, Márcio Morais; MELLO, Rafaela da Cruz. As novas tecnologias da informação e comunicação entre a promessa de liberdade e o risco de controle total: estudo da jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos. **Anu. Mex. Der. Inter**, Ciudad de México, v. 16, p. 461-498, dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542016000100461&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13/10/2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. – 2. ed. – São Paulo: Cortez, 2017.

SIMAO, José Luiz de Almeida; RODOVALHO, Thiago. A Fundamentalidade do Direito à Liberdade de Expressão: As Justificativas Instrumental e Constitutiva para a Inclusão no Catálogo dos Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição Federal de 1988. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**, v. 12, n. 1, 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72978>. Acesso em: 14/10/2021.

IV RIBAMAR

ENCONTRO MARANHENSE
DE DIREITO INTERNACIONAL

Standards internacionais de direito à
informação e liberdade de expressão

A liberdade de expressão da criança no contexto da pandemia de COVID-19: standards do direito à liberdade de expressão no sistema interamericano de direitos humanos

The child's freedom of expression in the context of the COVID-19 pandemic: standards of the right to freedom of expression in the inter-american system of human rights

Iagor João Santana Sousa

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Membro do Núcleo de Estudo em Direito Internacional e Desenvolvimento (NEDID/UFMA). iagorss12@gmail.com

Mônica Teresa Costa Sousa

Doutora em Direito (UFSC). Professora Associada na UFMA. Professora visitante na Universidade de Valencia (Espanha). Docente no PGCult/UFMA e PPGDir/UFMA. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (FAPEMA). Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Internacional e Desenvolvimento (NEDID/UFMA/CNPq)

1 INTRODUÇÃO

Com o surgimento do coronavírus do tipo SARS-CoV-2, em dezembro de 2019 na China, e a consequente emergência da pandemia de Covid-19, as relações sociais se reconfiguraram em todo o planeta. A princípio, a rápida disseminação do vírus e o pouco conhecimento acerca das formas de contaminação levaram a Organização Mundial da Saúde (OMS) a adotar o isolamento social como a principal forma de combate à pandemia. Ainda hoje, primeiro semestre de 2022, mesmo que várias vacinas tenham sido desenvolvidas, o surgimento de variantes, como a ômicron e a delta, demonstra que o distanciamento social ainda é a medida mais efetiva de combate e prevenção.

O isolamento social acelerou o processo de virtualização da vida. A internet se tornou o principal ambiente de trabalho, estudo, lazer e socialização. A televisão, mormente nos locais sem acesso à internet, transformou-se em ferramenta vital para transmissão de informações acerca da pandemia. Dessa forma, converteram-se em instrumentos imprescindíveis para a concretização de diversos direitos humanos, entre os quais se destaca o direito à liberdade de expressão.

Contudo, à semelhança do ambiente externo, o mundo virtual também abriga mazelas e riscos propensos a atingir principalmente os mais vulneráveis, como crianças e adolescentes, os quais constituem parcela significativa dos indivíduos online. Esse percentual cresce a cada ano, apesar de se desenvolver de forma desigual nas diferentes partes do mundo, e, agora, é especialmente impulsionado pelas necessidades impostas pela pandemia de Covid-19.

Além de numerosa, a participação de crianças e adolescentes no mundo virtual também se destaca pela qualidade. A facilidade de acesso a informações e o grande alcance que o meio virtual proporciona contribuem para que crianças e adolescentes se caracterizem como verdadeiros agentes políticos e sociais comprometidos com as problemáticas da nossa sociedade globalizada, tal como a agenda ambiental. A título de exemplo, é notável a atuação da jovem ativista ambiental Greta Thunberg que aos 15 anos chamou a atenção do mundo por meio de seus posts na rede social Twitter. Destarte, é evidente a contribuição das ferramentas digitais para o desenvolvimento das crianças e adolescentes como cidadãos atuantes e comprometidos com os problemas da nossa sociedade.

Por outro lado, considerando os perigos decorrentes do uso de eletrônicos e da Internet, pais e autoridades exercem um controle paternalista do uso dessas ferra-

mentas pelas crianças, o que não raramente pode representar uma limitação desproporcional do direito à liberdade de expressão. Sendo assim, à vista da importância que os instrumentos digitais assumiram para concretização de direitos humanos no cenário pandêmico, em especial a liberdade de expressão, bem como a necessidade de proteger crianças e adolescentes dos riscos do uso dessas ferramentas, faz-se necessário analisar os principais standards acerca do direito à liberdade de expressão da criança estabelecidos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). O trabalho se centrará em três aspectos diretamente ligados à nova rotina das crianças no cenário da pandemia: a classificação de programas de televisão, o direito a ser ouvida e a liberdade de expressão na internet.

Para tanto, tem-se como objetivos específicos apresentar a evolução da proteção internacional da criança e os desafios que se destacam no contexto da pandemia de Covid-19; analisar os principais dispositivos que tutelam o direito à liberdade de expressão previstos no *corpus juris* interamericano de proteção da criança; e identificar os parâmetros de proteção da liberdade de expressão da criança aplicados no SIDH. Para alcançar tais objetivos, utilizou-se da pesquisa documental e bibliográfica, valendo-se da doutrina especializada, de relatórios e recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e opiniões consultivas e decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Utilizou-se o método indutivo e a pesquisa de caráter exploratório e descritivo, com apresentação de análise qualitativa.

2 DO PARADIGMA DA SITUAÇÃO IRREGULAR À PROTEÇÃO INTEGRAL: AVANÇOS E DESAFIOS NA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA CRIANÇA

O Direito Internacional dos Direitos Humanos confere proteção prioritária à criança, isto é, o ser humano com menos de 18 anos de idade¹, tendo em vista sua condição especial de pessoa em crescimento e desenvolvimento. No entanto, para que meninos e meninas fossem considerados sujeitos portadores de direitos, foi necessário um longo processo marcado por violências e negligência.

1 Este trabalho adota o conceito de criança estabelecido no art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU de 1989.

O reconhecimento da criança como sujeito de direitos foi tarefa que consumiu vários milênios. Desde os egípcios e mesopotâmios, passando pelos romanos e gregos, até os povos medievais europeus, não se considerava a infância como merecedora de proteção especial e sim todo o contrário. Os meninos e especialmente as meninas foram, durante séculos, objeto das mais variadas crueldades, desumanidades e autoritarismos. (ANDRADE, 2000, p. 10).

O movimento de proteção dos direitos da criança no âmbito internacional tem seu nascedouro no início do século XX, em virtude da situação crítica na Europa decorrente da Primeira Guerra Mundial, e foi especialmente impulsionado após a Segunda Grande Guerra, convergindo com o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos em geral. Nesse sentido, pode-se afirmar que Eglantyne Jebb foi precursora do movimento de proteção da criança ao fundar o *Save the Children Fund International Union*, que serviu como base para a primeira declaração internacional dos direitos da criança. (SANI, 2013).

A Declaração de Genebra de 1924 foi adotada pela Sociedade das Nações, precursora da ONU, e foi o primeiro reconhecimento da necessidade de proteção especial da criança. Essa declaração possui um texto curto de apenas 5 artigos e não era dotada de coercitividade. No seu conteúdo, “a Declaração de 1924 foca nas necessidades básicas de sobrevivência das crianças, conclamando os Estados Partes a reconhecer, por exemplo, que a criança que passa fome deve ser alimentada e deve ser a primeira a ser socorrida em momentos de perigo”² (ARTICLE 19, 2012, p. 6). Ademais, pode se destacar como contribuições dessa declaração:

Assentava as bases para o reconhecimento e proteção dos direitos da infância, além de cristalizar mudanças em relação à concepção sobre a autonomia e os direitos da criança e do adolescente. A Declaração de Genebra trazia à luz, ademais, o importante conceito denominado interesse superior da criança, mais tarde retomado e desenvolvido pela Convenção de 1989. (ANDRADE, 2000, p. 11).

Após a Segunda Guerra Mundial, as consequências sociais do conflito levaram a recém-constituída Organização das Nações Unidas (ONU) a criar o Fundo de Emer-

2 The 1924 Declaration focuses on the most basic survival needs of children, calling on States Parties to recognize, for example, that “... the child that is hungry must be fed [and] must be the first to receive relief in times of distress.

gência das Nações para as Crianças (UNICEF), com o objetivo primordial de promoção e defesa dos direitos da infância. Em 1948, a Assembleia Geral da ONU adotou a Declaração Universal dos Direitos dos Homens, que enuncia direitos civis, políticos, econômicos e sociais que todos os seres humanos, inclusive as crianças, devem desfrutar. Além disso, no art. 25 reconhece que a maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. (ALBUQUERQUE, 2000).

Em 1959, a Assembleia Geral da ONU adotou uma nova Declaração sobre os Direitos da Criança. “Essa se articula em dez princípios que buscam ampliar e atualizar a proteção oferecida pela Declaração de Genebra, além de incorporar novos parâmetros de proteção dos direitos humanos aplicáveis no âmbito da infância e da juventude” (ANDRADE, 2000, p. 11). “A Declaração das Nações Unidas de 1959 centra-se novamente no bem-estar físico das crianças, mas também proíbe a discriminação contra crianças por causa de raça, cor, sexo, idioma, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, propriedade, nascimento ou outra condição”³ (ARTICLE 19, 2012, p. 6). Não obstante, essa Declaração se assemelha à anterior em razão da ausência de coercitividade.

À vista disso, percebe-se que no panorama de proteção da criança regido, primordialmente, pela Declaração de Genebra de 1924 e a Declaração sobre os Direitos da Criança de 1959, os direitos previstos carecem de mecanismos de efetividade. Ambos os documentos não são dotados de coercitividade e, portanto, não representam uma obrigação jurídica aos Estados. Em razão disso, esse paradigma é caracterizado por uma situação irregular de proteção dos direitos da criança, no qual a intervenção dos Estados era medida excepcional na garantia desses direitos. Em seu relatório intitulado “Hacia la garantía efectiva de los derechos de niños, niñas y adolescentes”, a CIDH caracteriza esse panorama como:

O paradigma da “situação irregular” e um modelo de proteção tutelar, em que o Estado intervinha diante do que considerava ser um “ato antissocial” cometido pela criança ou quando a criança estava “em estado de perigo ou abandono material ou moral”. Esse tratamento legal da infância significava considerar a criança como objeto de assistência

3 The 1959 United Nations Declaration again focuses on the physical welfare of children but also prohibits discrimination against children “on account of race, colour, sex, language, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

e controle, com intervenções tutelares que desconheciam os direitos da criança, e muitas vezes permitia arbitrariedades, abusos e falta de garantias por parte do Estado em suas ações. Essa visão também não identificava as responsabilidades do Estado na criação das condições necessárias para o gozo efetivo e igualitário dos direitos de todas as crianças e adolescentes⁴. (CIDH, 2017, p. 30).

“Houve, contudo, a necessidade de um compromisso mais sério entre os diversos Estados para a proteção da criança, bem como de adaptação às novas concepções emergentes sobre a criança, que ditavam novas dimensões a ter em atenção” (SANI, 2013, p. 79). Nesse sentido, a Assembleia Geral da ONU elegeu o ano de 1979 como o “Ano Internacional da Criança” a fim de estimular a discussão de temas afetos à infância e juventude. Nesse ano, o governo polonês apresentou uma proposta de convenção que, buscando uma larga aceitação em pouco tempo, era muito semelhante à Declaração de 1959, de forma que não foi adotada por ser omissa em alguns pontos ou não tratar de certos direitos.

A proposta polonesa serviu de base para um Grupo de Trabalho de Composição Ilimitada, formado pela Comissão dos Direitos do Homem, que ficou responsável por elaborar uma nova proposta de convenção que refletisse os novos anseios, bem como alcançasse maior diversidade.

A composição ilimitada do Grupo de Trabalho queria significar que todos os Estados membros da Comissão dos Direitos do Homem nele podiam participar e que todos os outros Estados membros das Nações Unidas poderiam enviar “observadores”, os quais teriam o direito de fazer intervenções. Podiam igualmente participar nas discussões do Grupo de Trabalho, organizações intergovernamentais e organizações não-governamentais com um estatuto consultivo junto do ECOSOC (Conselho Económico e Social das Nações Unidas). (ALBUQUERQUE, 2000, p.3)

4 El paradigma de la “situación irregular” y un modelo de protección tutelar, en el cual el Estado intervenía ante lo que consideraba como un “hecho antisocial” cometido por el niño o cuando éste se encontraba “en estado de peligro o abandono material o moral”. Este tratamiento jurídico de la niñez suponía considerar al niño como objeto de asistencia y de control, con intervenciones tutelares que desconocían los derechos del niño, y muy a menudo suponían arbitrariedades, abusos y falta de garantías por parte del Estado en su actuar. Esta visión tampoco identificaba las responsabilidades del Estado por la creación de las condiciones necesarias para el goce efectivo y en igualdad de condiciones de los derechos por todos los niños, niñas y adolescentes.

De 1980 a 1988, o Grupo de Trabalho se reuniu anualmente para que, enfim, a Convenção sobre os Direitos da Criança (CSDC) fosse adotada em 1989, no décimo aniversário do Ano Internacional da Criança. Essa Convenção foi responsável por romper com o paradigma da situação irregular de proteção dos direitos da infância e adolescência para estabelecer como obrigação prioritária dos Estados a necessidade de garantir um ambiente que proporcione aos infantes desenvolverem o máximo de suas potencialidades. Isso porque “a Convenção sobre os Direitos da Criança reconhece os meninos, meninas e adolescentes como titulares dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e o faz como uma visão holística e integral desses direitos⁵”. (CIDH, 2017, p. 30).

Sem dúvida, a transformação mais profunda trazida pela Convenção sobre os Direitos da Criança foi o reconhecimento de meninos e meninas como sujeitos de direitos, como todas as pessoas, além de reconhecer seu direito a uma proteção especial, adaptada e reforçada, por sua condição como pessoas em desenvolvimento e crescimento⁶. (CIDH, 2017, p. 29).

A CSDC, ao contrário das declarações de direitos anteriores, é um instrumento normativo coercitivo, de forma que os termos convencionados representam uma obrigação exigível aos Estados signatários. Os direitos da criança deixam de representar apenas recomendações morais e passam a integrar o plano jurídico internacional. Em razão disso, a situação irregular de proteção da infância é substituída pela proteção integral, já que “a Convenção obriga os Estados signatários a aplicarem os seus princípios em leis e na ordem interna dos países, de modo que tenham maior impacto nos cotidianos das crianças” (MARCHI; SARMENTO, 2017, p. 954).

Frisa-se ainda que as preocupações centrais dessa normativa internacional focaram em assegurar que os Estados-Membros da convenção aderissem a certas medidas e investissem em políticas públicas capa-

5 La CDN reconoce a los NNA como titulares de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y lo hace con una visión holística e integral de los derechos.

6 Sin duda la transformación más profunda operada por la Convención sobre los Derechos del Niño fue el reconocimiento del niño y la niña como sujetos titulares de derechos, al igual que todas las personas, además de reconocerles el derecho a una protección especial, adaptada y reforzada, debido a su condición de personas en desarrollo y crecimiento.

zes de proporcionar a população infantojuvenil melhores condições de vida, melhores condições de desenvolvimento, sadio e harmonioso e zelar pelo cumprimento integral dos seus direitos. A tutela da infância e adolescência sob esse novo instrumento jurídico pretendeu estender com veemência o respeito à sua condição de pessoa humana e a sua vulnerabilidade infantil. (LIMA; VERONESE, 2012, p.76).

Quanto ao conteúdo, a Convenção traz uma nova concepção da infância a partir da proteção integral, absoluta e prioritária. As decisões dos pais, autoridades e dos Estados devem ser feitas considerando o melhor interesse do infante. Mais do que isso, crianças e adolescentes são vistos como capazes de entender a si mesmo e o mundo à sua volta, bem como influenciar nas decisões que lhes afetam.

No que diz respeito ao conteúdo, apresenta-se como símbolo de uma nova percepção sobre a infância e os direitos das crianças. Nessa nova compreensão encontram-se, por exemplo, o direito da criança à tomada de decisão e de voz ativa nos assuntos que lhe dizem respeito (os chamados direitos de participação ou direitos de “liberdade”) assim como o reconhecimento, que não havia nas cartas anteriores, de que os direitos das crianças nem sempre coincidem com os de seus pais. (MARCHI; SARMENTO, 2017, p. 954)

Apesar da CSDC representar significativa evolução no reconhecimento e na garantia de direitos relativos à infância, há de se reconhecer que ainda há um longo percurso para a concretização da proteção da criança no plano fático. Isso se comprova pelo fato de que “se tem verificado que, após a sua ratificação, muitos países mantiveram o sistema de direitos anterior, em que a criança não participava nas decisões que lhes dizem respeito”. (SANI, 2013, 80). Portanto, ainda que haja importantes mudanças no plano normativo, verifica-se ainda o apego a uma tradição de proteção paternalista, que nega autonomia de crianças e adolescentes.

Um dos aspetos, ainda em discussão, prende-se com o facto de alguns países elegerem um sistema legal para os menores, consistente e genuinamente protetivo (da sociedade e contra a sociedade adulta), parecendo mesmo paternalista. Assume-se com convicção necessária que a exclusão da criança do mundo dos adultos tem como objetivo promover-lhe a necessária proteção, uma vez que as crianças possuem competências e necessidades específicas. Tudo o que é feito às crianças é justificado como sendo “para o seu próprio bem” ou “no seu melhor interesse”. No entanto, não se sabe ao certo como são deter-

minados os limites dessa proteção e questiona-se se essa é a melhor forma de tratar da criança. (SANI, 2013, p. 80).

À vista disso, observa-se que o ainda persistente controle paternalista dos pais e autoridades quando recai sobre o uso de ferramentas digitais na fase infanto-juvenil pode caracterizar uma limitação desproporcional dos direitos das crianças e adolescentes, especialmente no cenário atual de pandemia. Isso porque o isolamento social, como medida principal de combate ao vírus, importou na utilização da internet e aparelhos eletrônicos como forma de se manter as atividades básicas do cotidiano, como trabalho, estudo e lazer. Dessa forma, consubstanciam-se em instrumentos essenciais para concretização de direitos humanos, sobretudo a liberdade de expressão.

Especialmente quando direcionado à criança, o direito à liberdade de expressão desempenha importante papel no desenvolvimento da sua capacidade de pensar por si mesmo os assuntos que lhe afetam, bem como ver o mundo a partir de sua própria perspectiva. Mais ainda, quando exercida por meios digitais, tem sido essencial no amadurecimento de crianças e adolescentes como atores políticos e sociais, comprometidos com as problemáticas da sociedade contemporânea.

Na verdade, as crianças assumem de forma crescentemente visível formas de ativismo social que as constituem não apenas como destinatários passivos de ações políticas, mas como sujeitos políticos ativos. [...] Mas esse ativismo social tem expressão também na Web-Net, nas redes sociais e no CyberEspaço. A emergência da pandemia do COVID-19 concitou igualmente uma significativa mobilização de crianças na defesa de ações públicas, através da Net. Em alguns casos, a intervenção de algumas crianças constitui-as como autênticos digital influencers, com grande capacidade de mobilização de outras crianças e de adultos na recepção às suas comunicações, propostas e ações concretas. (SARMENTO; SERRÃO; TREVISAN, 2020, p. 211)

Nesse compasso, à vista da possibilidade do controle exercido sobre o uso de ferramentas digitais por crianças representar uma violação do direito à liberdade de expressão, mas sem desconsiderar os riscos do uso dessas ferramentas, faz-se necessário identificar o que a Corte IDH e a CIDH, principais órgãos do sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos, estabeleceram sobre os limites e formas de concretização desse direito, que, para além de uma perspectiva individual, desempenha função essencial na construção e manutenção de uma sociedade democrática a partir de sujeitos efetivamente participativos.

3 O *CORPUS JURIS* DE PROTEÇÃO DA CRIANÇA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Afunilando a proteção da infância para o âmbito do SIDH, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), principal instrumento normativo do sistema regional, estabelece no seu art. 19 que “toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”. Esse dispositivo, o único que trata especialmente da criança na CADH, estatui apenas uma previsão geral de proteção da infância, de maneira que necessita de complementação tendo em vista alcançar as necessidades atuais de meninos e meninas.

Com relação ao referido art. 19 da Convenção Americana, cabe destacar que, quando foi elaborado, havia a preocupação de garantir à criança a devida proteção, por meio de mecanismos estatais voltados para esse efeito. Hoje deve haver uma interpretação dinâmica desse preceito que responda às novas circunstâncias em que deve se projetar e atenda às necessidades da criança como verdadeiro sujeito de direito e não apenas como objeto de proteção.⁷ (CORTE IDH, 2002, p. 52)

Considerando a inexistência de instrumento normativo interamericano que trate especificamente dos direitos da criança, a Corte IDH e a CIDH têm reconhecido um *corpus juris* de proteção da infância que estabelece o conteúdo e o alcance da previsão geral do art. 19 da CADH. Em razão disso, são aplicadas na tutela da infância diversos instrumentos internacionais do sistema regional e universal de proteção dos direitos humanos, tais como a CADH, a CSDC, resoluções do Comitê dos Direitos da Criança da ONU, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres dos Homens (DAD-DH), o Protocolo de San Salvador, entre outros. Na sentença do caso “Niños de la calle vs Guatemala”, a Corte IDH estabelece:

7 Por lo que toca al citado artículo 19 de la Convención Americana vale destacar que cuando éste fue elaborado existía la preocupación por asegurar al niño la debida protección, mediante mecanismos estatales orientados al efecto. Hoy día debe darse una interpretación dinámica de este precepto que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección.

Tanto a Convenção Americana como a Convenção sobre os Direitos da Criança fazem parte de um *corpus juris* internacional muito abrangente para a proteção da criança que deve servir a esta Corte para estabelecer o conteúdo e o alcance da disposição geral definida no art. 19 da Convenção Americana.⁸ (CORTE IDH, 1999, p. 50).

O mesmo entendimento é reiterado na Opinião Consultiva n° 17/2002, na qual a Corte IDH trata da condição jurídica e dos direitos humanos da criança:

Na ausência de um instrumento interamericano que regule especificamente os direitos da criança, a Convenção sobre os Direitos da Criança constitui, como assinalou esta mesma Corte, parte do *corpus juris* “que deve servir para estabelecer o conteúdo e o alcance da disposição geral definida, precisamente neste art. 19.º a que se faz referência”⁹ (CORTE IDH, 2002, p. 20).

As declarações de direitos e convenções que compõem o *corpus juris* de proteção da infância aplicado no SIDH dispõem de diversos dispositivos que buscam resguardar o direito à liberdade de expressão, como o art. 13 da CADH e o art. 12 da CSDC.

Sobre o primeiro, Goltzman e Sousa (2021) destacam que o art. 13 é o arcabouço da liberdade de expressão na CADH e, conforme sua literalidade, “compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha”. Os autores supracitados destacam as três dimensões do direito à liberdade de expressão estatuído nesse dispositivo:

A primeira diz respeito ao direito de pensar por si próprio e compartilhar as ideias com os demais. Abarca, portanto, não somente o direito de pensamento consoante suas próprias convicções, mas, sobretudo, a garantia de poder disseminar junto aos demais suas crenças. [...] A segunda dimensão da liberdade de expressão tem relação estrutural

8 Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.

9 Ante la ausencia de un instrumento interamericano que regule específicamente el derecho de los niños, la Convención sobre los Derechos del Niño constituye, como lo ha señalado esta misma Corte, parte del corpus iuris “que debe servir para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida, justo en este artículo 19 a que se hace referencia”.

com a democracia, sendo considerada pela Comissão o propósito, o motivo de existir do art. 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e se refere à proteção e promoção da livre circulação de informações, ideias e expressões de todos os tipos. [...] A terceira dimensão refere-se à ligação da liberdade de expressão com o exercício de outros direitos. Sem liberdade de expressão, não haveria exercício pleno dos direitos de associação, liberdade religiosa, educação, identidade cultural e étnica e igualdade. (GOLTZMAN; SOUSA, 2021, p. 462-463).

Em virtude da importância do direito resguardado, o próprio art. 13 da CADH prevê as formas de limitação do direito à liberdade expressão, ao vedar a censura prévia e admitir apenas a responsabilidade ulterior a partir de hipóteses expressamente previstas em lei e fundadas na defesa do direito e reputação do outro, e na proteção da segurança nacional, ordem pública, saúde ou moral pública. Sobretudo, é relevante a previsão do artigo 13.4 que faculta aos Estado estabelecerem lei para regular o acesso a espetáculos públicos, tendo em vista a proteção moral da infância e adolescência.

Nesse sentido, ao passo que o dispositivo prevê mecanismos de proteção à liberdade de expressão estabelecendo somente a responsabilidade ulterior, o que decorre da preocupação com a censura vivida em regimes autoritários na América Latina, também prevê uma mitigação dessa regra quando for necessário para proteção da infância e da juventude. Contudo, a CIDH adverte que:

Qualquer restrição destinada a proteger os direitos da criança e do adolescente deve seguir este requisito e aplicar as salvaguardas do teste de necessidade e proporcionalidade que o sistema interamericano desenhou para proteger o interesse público da informação, de forma a não afetar de maneira desproporcional o direito à liberdade de expressão.¹⁰ (CIDH, 2019, p. 24).

De outro lado, o art. 12 da CSDC estabelece a obrigação dos Estados signatários de assegurar à criança o direito de expressar suas opiniões livremente de acordo com sua idade e maturidade, trata-se do direito a ser escutada. Com isso, pela primeira

¹⁰ cualquier restricción orientada a proteger los derechos de niños, niñas y adolescentes debe seguir esta exigencia y aplicar los resguardos del test de necesidad y proporcionalidad que el sistema interamericano ha diseñado para proteger el interés público de la información, de tal modo de no afectar en forma desproporcionada al derecho a la libertad de expresión.

vez um instrumento internacional cuida da liberdade de expressão especificamente direcionada para criança. Mais ainda, essa previsão representa um dos princípios bases da CSDC, que conforma a interpretação e o entendimento de toda a Convenção. (ARTICLE 19, 2012).

O direito a ser escutada garante às crianças e adolescentes não apenas a prerrogativa de expressar sua opinião em qualquer área que lhe afete, mas também que a opinião dada seja efetivamente considerada. Nesse prisma, os dois critérios de idade e maturidade devem ser considerados de maneira equitativa em cada caso concreto, a fim de evitar discricionariedade excessiva do Estado na escolha das circunstâncias nas quais considerar ou ignorar o que foi dito pela criança.

Ao referir-se aos dois critérios de igual valor, a idade e a maturidade da criança, os Estados Partes não têm uma discricionariedade irrestrita sobre quando considerar e quando ignorar as opiniões das crianças. Desta forma, os dois fatores protegem os direitos das crianças contra uma abordagem rígida ou formalista da questão do peso, pois “uma criança pequena pode amadurecer além de sua idade.”¹¹ (ARTICLE 19, 2012, p. 11).

Além disso, a previsão do art. 12 da CDC não está restrita às circunstâncias que afetam direta e individualmente cada menino e menina, mas também, e principalmente, se direciona às decisões de autoridades públicas que afetam de maneira coletiva a infância. Portanto, estabelece a obrigação do Estado de propiciar um ambiente onde os infantes possam livremente expressar suas ideias e percepções daquilo que lhe afeta individual ou coletivamente.

Esta é uma obrigação muito significativa e muitos Estados parecem ter subestimado a extensão das mudanças que precisarão introduzir para cumpri-la. Por exemplo, exige que existam estruturas consultivas que permitam que as crianças participem dos processos de tomada de

¹¹ by referring to the two criteria of equal value, the age and maturity of the child, States Parties do not have an unfettered discretion as to when to consider and when to ignore the views of children.” In this way, the dual factors protect children’s rights against a rigid or formalistic approach to the issue of weight as a “young child can be mature beyond his or her years.

decisão sobre educação, grande parte do sistema de saúde e assim por diante.¹² (ARTICLE 19, 2012, p. 10).

Discute-se ainda sobre a possibilidade de estender a obrigação de garantir que crianças e adolescentes sejam ouvidos para além do Estado, alcançado diretamente outros sujeitos, como os pais. Isso se desprende do fato de que vários Estados mencionam em seus relatórios acerca de legislação que obriga os pais a considerarem as opiniões das crianças, além de que o Comitê dos Direitos da Criança da ONU tem solicitado com frequência que os Estados deem maior atenção à questão do respeito pelas opiniões da criança na vida familiar (ARTICLE 19, 2012). Contudo, ainda predomina o entendimento que essa obrigação contraída na Convenção diz respeito diretamente somente aos Estados.

Uma melhor interpretação do Artigo 12 é que ele vincula apenas os Estados, mas inclui uma obrigação positiva de tomar medidas apropriadas para garantir que os pais e outros atores relevantes permitam que as crianças expressem seus pontos de vista e dêem o devido peso a esses pontos de vista. A razão mais importante para esta interpretação é que o próprio Artigo 12 se refere especificamente aos Estados como portadores de obrigações¹³. (ARTICLE 19, 2012, p. 13).

Outros dispositivos da CSDC também tratam da liberdade de expressão, a exemplo do art. 13, que assim como o art. 13 da CADH cuida do direito de expressar, buscar e receber ideias e informações, portanto, é mais abrangente do que o direito estabelecido no art. 12. Os arts. 14 e 15 da CSDC estabelecem a liberdade de religião e associação e o art. 17, o acesso à informação. Sendo assim, observa-se que no SIDH, apesar de não existir uma normativa específica para proteção da infância, o reconhecimento de um *corpus juris* de proteção da criança dá subsídio normativo para proteção de me-

12 This is a very significant obligation and many States appear to have underestimated the extent of the changes they will need to introduce to comply with it. For example, it requires that consultative structures exist which allow children input into decision-making processes regarding education, much of the health care system and so on.

13 A better interpretation of Article 12 is that it binds only States but that it includes a positive obligation to take appropriate measures to ensure that parents and other relevant actors both allow children to express their views and give due weight to those views. The most important reason for this interpretation is that Article 12 itself specifically refers to States as the obligation bearers.

niños e meninas nas novas demandas atuais, inclusive no que diz respeito à liberdade de expressão.

4 PARÂMETROS DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO DA CRIANÇA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A partir do exposto, passa-se a identificar as principais manifestações da CIDH e da Corte IDH que servem como parâmetro para proteção da liberdade de expressão da criança no que diz respeito a classificação de programas de televisão, o direito a ser escutada e a liberdade de expressão na internet.

4.1 Classificação de Programas de Televisão

A necessidade de isolamento social imposta pela pandemia de Covid-19 importou no aumento do tempo de televisão para crianças. Mais do que um substituto para o tempo que antes era preenchido por atividades fora de casa, a televisão passou a ser instrumento essencial de concretização de diversos direitos, em razão da nova rotina experimentada no contexto pandêmico. A importância desse tipo de meio comunicação para o desenvolvimento de crianças e adolescentes já era destaca pela CIDH, mesmo antes do cenário de pandemia:

Nas Américas, o consumo de rádio e televisão (assim como de alguns meios escritos) ocupa parte significativa do lazer infantil, proporcionando-lhes também um imaginário compartilhado que, sem dúvida, atua como agente socializador. Da mesma forma, esses meios são extremamente acessíveis tanto do ponto de vista tecnológico quanto econômico. Prova disso é a presença significativa da televisão aberta e do rádio no quadro geral da oferta mediática e, em grande medida, têm sido também um importante meio de acesso das crianças ao entretenimento e à cultura na região, no contexto de sociedades em que a população adulta nem sempre consegue conciliar a vida profissional com o tempo e o espaço dedicados aos filhos.¹⁴ (CIDH, 2019, p. 29).

¹⁴ En las Américas, el consumo de radio y televisión (así como de determinados medios escritos) ocupa una parte significativa del tiempo de ocio de NNA, proporcionándoles, además, un imaginario compartido que actúa como un indudable agente socializador. Asimismo, dichos medios son extremadamente accesibles tanto desde el punto de vista tecnológico como económico. Prueba de ello es la importante presencia de la televisión en abierto y la radio en el marco general de la oferta de medios,

Sobretudo no contexto de isolamento social, a televisão tornou-se um instrumento vital para o gozo de direitos humanos na fase infantojuvenil, como a educação e a liberdade de expressão. Nessa direção, tratando de formas de garantir o direito à educação a meninos, meninas e adolescentes, a CIDH (2020) recomenda que, em situação de isolamento social prolongado, deve-se utilizar programas de televisão com conteúdo acadêmico e educativo.

Quanto ao direito à liberdade de expressão, a televisão desempenha importante papel no que se refere à liberdade de buscar e receber informações, conforme estabelecido nos arts. 13 da CADH e 13 da CSDC. A própria CIDH e a Relatoria Especial para Liberdade de Expressão reconhecem a importância desse meio de comunicação como instrumento para formação, expressão e socialização da criança (CIDH, 2019, p. 29):

Um estudo sobre os direitos de crianças e adolescentes no campo dos meios de comunicação não pode ignorar ou negar sua importância como elementos formadores de seu desenvolvimento individual e social. Observar a mídia com desconfiança ou tentar construir barreiras entre ela e as crianças para fins de proteção seria um exercício de negação da realidade e também uma forma de restringir seu direito de acesso à informação. (CIDH, 2019, p. 29)

Por outro lado, não se nega a existência nesse meio de comunicação de conteúdo inadequado e de fácil acesso à infância, como violência, sexo explícito e linguagem inapropriada. Em razão disso, a liberdade de expressão possui limitação no art. 13.4 da CADH, que possibilita a regulação do acesso de criança e adolescente a espetáculos públicos. Sobre esse dispositivo, é pertinente o estabelecido no caso “La Última Tentación de Cristo vs Chile”, no qual foi reconhecida a violação do art. 13 em virtude da censura prévia.

No caso concreto o filme intitulado “La última tentación de Cristo” teve a sua exibição proibida, por decisão judicial, em razão de supostamente representar uma ofensa à figura de Jesus Cristo, de forma que afetava aos crentes e as demais pessoas que os tinham como modelo de vida. A decisão da Corte IDH foi nos seguintes termos:

y en buena medida también han sido un medio importante para el acceso de la niñez al entretenimiento y la cultura en la región, en el marco de sociedades en las que la población adulta no siempre puede conciliar la vida profesional con el tiempo y los espacios dedicados a sus hijos.

É importante mencionar que o artigo 13.4 da Convenção estabelece uma exceção à censura prévia, pois a permite no caso de espetáculos públicos, mas apenas com o objetivo de regular o acesso a eles, para a proteção moral da criança e da adolescência. Em todos os outros casos, qualquer medida preventiva implica o comprometimento da liberdade de pensamento e expressão.

No presente caso, está comprovado que no Chile existe um sistema de censura prévia para a exibição e publicidade da produção cinematográfica e que o Conselho de Qualificação Cinematográfica proibiu inicialmente a exibição do filme “A Última Tentação de Cristo” e depois, por reclassificando-o, permitiu sua exibição para maiores de 18 anos. Posteriormente, o Tribunal de Apelações de Santiago tomou a decisão de anular a resolução do Conselho de Qualificação de Filmes em novembro de 1996; a decisão que foi confirmada pela Corte Suprema de Justiça do Chile. Este Tribunal considera que a proibição da exibição do filme “A Última Tentação de Cristo” constituiu, portanto, uma censura prévia imposta em violação ao artigo 13 da Convenção.¹⁵ (CORTE IDH, 2001, p. 28-29)

A CIDH (2019) entende que a mesma interpretação pode ser aplicada para estabelecer sistemas de classificação de conteúdo em outras plataformas e meios de comunicação, como a televisão e a internet. Dessa forma, qualquer restrição à liberdade de expressão deve respeitar o princípio geral de vedação de censura prévia. Quando fundada na proteção da infância e da adolescência, a restrição deve preencher os requisitos de proporcionalidade e necessidade, além de cumprir os requisitos do art. 13.2: está prevista em lei de forma clara e precisa, ser direcionada a alcançar objetivo autorizado pela Convenção e ser proporcional para alcançar o objetivo.

¹⁵ Es importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión. En el presente caso, está probado que en Chile existe un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y que el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió en principio la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” y luego, al recalificarla, permitió su exhibición para mayores de 18 años (supra párr. 60 a, c y d). Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Santiago tomó la decisión de dejar sin efecto lo resuelto por el Consejo de Calificación Cinematográfica en noviembre de 1996; la decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile. Estima este Tribunal que la prohibición de la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” constituyó, por lo tanto, una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención.

Ademais, a CIDH alerta que nas etapas de menor autonomia o controle de acesso ao conteúdo por crianças deve ser colocado nas mãos de pais e cuidadores, na medida das possibilidades da tecnologia. Progressivamente, conforme o amadurecimento das crianças e adolescentes, deve-se ceder maior controle na escolha do conteúdo que irão consumir, assim promovendo o conhecimento de seu direito de buscar e receber informações, bem como do acesso ao entretenimento.

4.2 Direito a ser escutada

Como já demonstrado, o direito da criança ser ouvida e poder influenciar nas decisões que lhe afetam está garantido no art. 12 da CSDC. Ele atribui aos Estados signatários o dever de propiciar a crianças e adolescentes um ambiente onde suas ideias possam ser transmitidas livremente e suas opiniões sejam consideradas nas questões que lhe afetam individual e coletivamente. No cenário de pandemia, o isolamento social se soma a ainda persistente tradição de proteção paternalista como desafios para concretização desse direito.

O fechamento de escolas e outras atividades externas que preenchem a rotina dos infantes representou a supressão de canais, principalmente institucionais, pelos quais eram transmitidas suas ideias. Em casa, a proteção exacerbada dos pais, que não concebe a criança como capaz de opinar sobre sua própria vida, não raramente pode representar uma limitação desproporcional da liberdade de expressão.

A Corte IDH já se pronunciou acerca desse direito no caso “Atala Rifo e Crianças vs Chile”. O caso diz respeito à mudança da guarda de crianças para o pai em virtude de a mãe ter iniciado um relacionamento homoafetivo. Em janeiro de 2003, o pai entrou com uma ação de guarda e custódia perante o Juizado de Menores de Villarrica e no ano seguinte foi dada guarda definitiva por decisão da Corte Suprema de Justiça do Chile.

Nesse caso, dois pontos foram destacados pela CtIDH: a interferência arbitrária na vida privada e o tratamento discriminatório em virtude da orientação sexual da senhora Atala; e a inobservância do interesse superior da criança, já que a guarda foi estabelecida a partir da violação do direito do infante de ser escutado. Nesse prisma, a Corte IDH estabeleceu:

De maneira específica, a Observação Geral no 12, de 2009, do Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas ressaltou a relação entre o “interesse superior da criança” e o direito de ser ouvida, ao afirmar

que “não é possível uma aplicação correta do artigo 3 [(interesse superior da criança)] se não se respeitam os componentes do artigo 12. Do mesmo modo, o artigo 3 reforça a funcionalidade do artigo 12 ao facilitar o papel essencial das crianças em todas as decisões que afetem sua vida”.

Com a finalidade de determinar o alcance dos termos descritos no artigo 12 dessa Convenção, o Comitê definiu uma série de especificações, a saber: i) “não [se] pode partir da premissa de que uma criança é incapaz de expressar suas próprias opiniões”; ii) “a criança não deve ter necessariamente um conhecimento exaustivo de todos os aspectos do assunto que a afeta, mas compreensão suficiente para ser capaz de formar adequadamente um juízo próprio sobre o assunto”; iii) a criança pode expressar suas opiniões sem pressão, e pode escolher se quer ou não exercer o direito de ser ouvida; iv) “a realização do direito da criança de expressar suas opiniões exige que os responsáveis por ouvi-la e seus pais ou tutores informem a criança sobre os assuntos, as opções e as possíveis decisões que possam ser adotadas e suas consequências”; v) “a capacidade da criança [...] deve ser avaliada para que se levem devidamente em conta suas opiniões ou para a ela comunicar a influência que essas opiniões tiveram no resultado do processo”; e vi) “os níveis de compreensão das crianças não se vinculam de maneira uniforme à sua idade biológica”, razão pela qual a maturidade da criança deve ser medida com base na “capacidade [...] de expressar suas opiniões sobre as questões de forma razoável e independente”.

Por outro lado, a Corte reitera que as crianças exercem seus direitos de maneira progressiva à medida que desenvolvem maior nível de autonomia pessoal (par. 108 supra). Por conseguinte, o aplicador do direito, seja no âmbito administrativo seja no judicial, deverá levar em consideração as condições específicas do menor de idade e seu interesse superior para acordar sua participação, conforme seja cabível, na determinação de seus direitos. Nessa ponderação se procurará o maior acesso do menor de idade, na medida do possível, ao exame de seu próprio caso. A Corte também considera que as crianças devem ser informadas de seu direito de serem ouvidas diretamente ou por meio de um representante, caso assim o desejem. A esse respeito, em casos em que se apresentem conflitos de interesses entre a mãe e o pai, é necessário que o Estado garanta, na medida do possível, que os interesses do menor sejam representados por alguém alheio ao conflito. (CORTE IDH, 2012, p.63-64)

A vista disso, depreende-se que a violação do direito da criança a ser escutada se dá uma vez que a decisão do tribunal chileno se fundamenta no interesse superior da

criança de forma abstrata, sem oportunizar a livre expressão das crianças sobre os fatos que lhe afetam. A Corte IDH ressalta a interdependência do princípio do interesse superior da criança e o direito a ser ouvida, de maneira que, restringindo-se o último, deve ser demonstrado objetivamente de que forma o interesse superior se concretiza e prevalece.

A Corte IDH, reitera que as crianças e adolescentes exerçam seus direitos progressivamente na medida de sua maturidade e desenvolvimento de autonomia. No cenário de isolamento prolongado, além de garantir acesso das crianças a meios institucionais pelos quais possam manifestar suas opiniões, cabe ao Estado estabelecer meios que estimulem pais e cuidadores a conceder, no contexto familiar, maior participação dos infantes nas decisões a seu respeito, bem como considerá-las efetivamente.

4.3 Liberdade de expressão da criança e internet

A CIDH observa que “o acesso à Internet constitui condição *sine qua non* para o efetivo exercício dos direitos humanos hoje, especialmente os direitos à liberdade de expressão, opinião, associação e reunião, educação, saúde e cultura”¹⁶ (CIDH, 2019, p. 30-31). Em relação aos direitos da infância e adolescência, a relevância do ambiente virtual pode ser destacada pelo importante papel que essa ferramenta tem desempenhado na construção de um espaço que permite a crianças e adolescentes se engajarem nas problemáticas da nossa sociedade.

Frequentemente, o envolvimento cívico nas produções on-line das crianças tem promovido articulação e mobilização entre pares, discussões sobre temas sociais relevantes como educação, questões relacionadas às alterações climáticas, combate ao racismo, enfrentamento do bullying, empoderamento feminino, controle e alteração das leis envolvendo porte de armas, etc. Em síntese, a comunicação digital se tornou-se uma ferramenta fundamental e estratégica para a mobilização social, já que a capacidade das crianças em comunicar, aprender, colaborar foi ampliada pelas TIC, permitindo que atos individuais na rede sejam articulados e integrados e perspetivem de fato

¹⁶ El acceso a internet constituye una condición *sine qua non* para el ejercicio efectivo de los derechos humanos hoy en día, incluyendo especialmente los derechos a la libertad de expresión, opinión, asociación y reunión, educación, salud y cultura.

uma mudança em diferentes esferas sociais. (SARMENTO; SERRÃO; TREVISAN, 2020, p. 212)

No cenário pandêmico de isolamento social, a interdependência entre a internet e a concretização de direitos humanos foi ampliada, já que atividades básicas do cotidiano, como trabalho, estudo e lazer, foram transferidas para o ambiente virtual. Por outro lado, a internet ainda é vista com desconfiança por pais e autoridades, em virtude dos riscos e perigos que pode abrigar. Nesse contexto, é evidente a possibilidade de limitação desproporcional da liberdade de expressão do infante, a partir da restrição do uso da internet, com fundamento na proteção da infância e juventude. Quanto ao exercício da liberdade de expressão por crianças e adolescentes na internet, a CIDH exemplifica:

Um exemplo disso são os youtubers infantis e adolescentes com um número muito elevado de seguidores nas plataformas audiovisuais. Isso promove um melhor e mais amplo exercício da liberdade de expressão, no sentido de que eles possam utilizar essas ferramentas como meio de exercer seu direito de compartilhar informações, ideias e sua opinião sobre assuntos de seu interesse¹⁷. (CIDH, 2019, p. 32)

A partir disso, ao passo que a CIDH reconhece os riscos presentes no meio virtual, alerta que não representam uma suposição de limites à liberdade de expressão da criança. É necessário que os perigos da internet sejam enfrentados com políticas adequadas, de maneira que os meios de comunicação sejam tratados de forma positiva e construtiva, não como uma ameaça.

Deste modo, é fundamental promover e reforçar a cidadania digital das crianças e adolescentes, de forma a garantir a sua plena e futura integração numa sociedade e num mundo em que as novas tecnologias já desempenham um papel central. Sem conectividade, as crianças perdem a capacidade de acessar uma parte cada vez mais significativa da esfera pública. Da mesma forma, os riscos envolvidos no uso da Internet devem ser enfrentados com políticas adequadas, para que qualquer medida nesse campo não implique uma limitação à liberdade

¹⁷ Ejemplo de ello son los niños y adolescentes youtubers con un número muy elevado de seguidores en las plataformas audiovisuales. Ello promueve un mejor y más amplio ejercicio de la libertad de expresión, en el sentido de que pueden utilizar estas herramientas como medio para ejercer su derecho a compartir información, ideas y su opinión sobre los asuntos en los que tienen interés.

de expressão e ao livre acesso à informação que circula nas redes.¹⁸ (CIDH, 2019, p. 32)

Portanto, a CIDH ressalta que cabe aos Estados adotarem estratégias que incluam não apenas restrições, mas também medidas educativas que fortaleçam a capacidade de crianças e adolescentes exercerem seus direitos no ambiente virtual. Mas ainda, a CIDH observa que grande parte dos conteúdos e foros virtuais são privados, de forma que também cabe a essas plataformas se adequarem aos parâmetros internacionais de direitos humanos.

A Comissão recorda a importância dos processos de formação (não só para as crianças, mas também para os encarregados de educação, pais e educadores), campanhas de sensibilização e conhecimento adequado dos riscos (nomeadamente a utilização das novas tecnologias para se aproximar dos usuários), a promoção da autorregulação e mecanismos de correção, a formação das diferentes autoridades e organismos com poderes para intervir nestas matérias, bem como o envolvimento direto daqueles que atuam como intermediários facilitadores do acesso a conteúdo e serviços online (redes sociais, conteúdos on demand, portais, serviços de chat, etc).¹⁹ (CIDH, 2019, 33).

Com isso, depreende-se que o exercício da liberdade de expressão na infância e adolescência, especialmente a partir da pandemia, tem a internet como ferramenta essencial. Isso porque o grande volume de informações e o alcance que o meio virtual proporciona tem facilitado o desenvolvimento de crianças e adolescentes como cidadãos participativos e comprometidos com as problemáticas de nossa sociedade. Em

18 De este modo, es fundamental promover y reforzar la ciudadanía digital de los NNA, a fin de garantizar su plena y futura integración en una sociedad y en un mundo en el que las nuevas tecnologías juegan ya un papel central. Sin conectividad, la niñez pierde la capacidad de acceder a una parte cada vez más significativa de la esfera pública. Asimismo, los riesgos que entraña el uso de internet deben ser atajados con políticas adecuadas, por lo que cualquier medida en este terreno no deberá suponer una limitación a la libertad de expresión y el libre acceso a la información que circula en las redes.

19 la Comisión recuerda la importancia de los procesos de capacitación (no sólo de NNA, sino también de tutores, padres y educadores), las campañas de sensibilización y conocimiento adecuado de los riesgos (usando particularmente las nuevas tecnologías para acercarse a los usuarios), el fomento de mecanismos de auto y co-regulación, la capacitación de las distintas autoridades y organismos con competencias para intervenir en estas materias, así como la directa implicación de quienes actúan como intermediarios facilitadores del acceso a contenidos y servicios online (redes sociales, plataformas de contenidos bajo demanda, portales web, servicios de chat, etc

razão disso, os perigos presentes na internet não são uma presunção de limitação do direito em questão e devem ser enfrentados com políticas adequadas a fim de implicar na menor restrição da liberdade de expressão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU de 1989 foi um marco para a proteção internacional da infância e adolescência. Ela foi responsável por superar o paradigma da proteção irregular para estabelecer meninas e meninos como sujeitos titulares de direitos. Por conseguinte, o paradigma de proteção integral, prioritária e absoluta da infância que se estabeleceu impõe aos Estados o dever de proteção especial a crianças e adolescentes em razão de sua condição de ser humano em desenvolvimento.

Apesar disso, diversos obstáculos à concretização dos direitos da criança persistem e ganham relevo, sobretudo, no cenário de pandemia de Covid-19. O isolamento social importou numa nova rotina aos infantes, na qual ferramentas digitais ganharam destaque na concretização de direitos humanos, especialmente da liberdade de expressão. Ao mesmo tempo, novas faces de obstáculos se apresentam, como o controle exacerbado de pais e autoridades do uso de ferramentas digitais por crianças e adolescentes com fundamento na sua proteção, o que pode caracterizar uma limitação desproporcional da liberdade de expressão.

No SIDH, a proteção da criança é estabelecida a partir de um *corpus juris* composto por instrumentos normativos do sistema regional e universal de proteção dos direitos humanos. Esses dão subsídio normativo para tutela da liberdade de expressão da criança nas suas diversas dimensões, o que tem contribuído para o desenvolvimento dos infantes como cidadãos participativos e engajados com causas da nossa sociedade.

A partir das manifestações da Corte IDH e da CIDH, observou-se que o direito à liberdade de expressão da criança tem seus contornos definidos concretamente a partir da maturidade e da capacidade de expressão da criança. À medida que a autonomia pessoal aumenta, a interferência do Estado, da família e da sociedade deve diminuir. Além disso, a limitação da liberdade de expressão da criança com fundamento na sua proteção deve ser fundamentada objetivamente, demonstrando-se de que forma essa medida prepondera a liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, C. Os direitos da criança: as nações unidas, a convenção e o comité. **Documentação e Direito Comparado**, v. 83, n. 84, p. 22-54, 2000.

ANDRADE, A. P. de. A convenção sobre os direitos da criança em seu décimo aniversário: avanços, efetividade e desafios. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, v.3, p. 37-52, jan./jun. 2000.

ARTICLE 19. **Kid's talk**: freedom of expression and the UN convention on the rights of the child. [S.l.], 2012. Disponível em: <<https://archive.crin.org/en/library/publications/kids-talk-freedom-expression-and-un-convention-rights-child-01043.html>>. Acesso em: 20 dez. 2021.

CIDH. **Guía Práctica 2**: Cómo garantizar el acceso al derecho a la educación para niñas, niños y adolescentes durante la pandemia de COVID-19. [S.l.], 2020.

CIDH. **Niñez, libertad de expresión y medios de comunicación**. [S.l.], 2019.

CIDH. **Hacia la garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes**: sistemas nacionales de protección. [S.l.], 2017.

CORTE IDH. **Caso Atala Rifo e Criança vs. Chile**. Fondo de Reparaciones e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012.

CORTE IDH. **Opinión Consultiva 17**: condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. [S.l.], 2002.

CORTE IDH. **Olmedo Bustos y otros vs. Chile**. Fondo de Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de febrero de 2001.

CORTE IDH. **Villagrán Morales y otros vs. Guatemala**. Fondo de Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de noviembre de 1999.

GOLTZMAN, E. M; SOUSA, M. T. C. A interpretação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos acerca da liberdade de expressão e a adequação material da Lei n.º 13.834/2019. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2. p.456-474, 2021.

LIMA, F. da S; VERONESE, J. R. P. **Os direitos da criança e do adolescente**: a necessária efetivação de direitos fundamentais. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

MARCHI, R. de C; SARMENTO, M. J. Infância, normatividade e direitos das crianças: transições contemporâneas. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 38, nº. 141, p. 951-964, out./dez., 2017.

SANI, A. I. Reflexões sobre infância e os direitos de participação da criança no contexto da justiça.

E-cadernos CES, [Online], v. 20, p. 75-89, dez, 2013. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/eces/1668>>. Acesso em: 02 jan 2022.

SARMENTO, M. J; SERRÃO, B; TREVISAN, G. Crianças digital influencers no combate à pandemia de covid-19. **Sociedade e Infâncias** [Online], v. 4, 2020, p. 211-214, 2020. Disponível em: <<http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/66515>>. Acesso em: 06 jan. 2022.

IV RIBAMAR

ENCONTRO MARANHENSE
DE DIREITO INTERNACIONAL

Standards internacionais de direito à
informação e liberdade de expressão

A pandemia vigilante: direito à informação e à proteção de dados como garantias indissociáveis no contexto pandêmico

*The vigilant pandemic: right to information and data protection as
inseparable guarantees in the pandemic context*

Maria Angélica de Oliveira Santos Alves

mariaangelicadosa@gmail.com; bacharel em direito pela
Universidade Católica de Pernambuco, Mestranda em Direito
pela Faculdade Damas da Instituição Cristã.

Victor de Goes Cavalcanti Pena

victor_goess@hotmail.com; bacharel em direito pela
Universidade Católica de Pernambuco, Mestrando em Direito
pela Faculdade Damas da Instituição Cristã.

1 INTRODUÇÃO

Com a declaração de Tedros Adhanom, diretor geral da Organização Mundial de Saúde (OMS) do status de pandemia da Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2) foi necessário que os governos se manifestassem de forma célere para impedir o alastramento da doença e preservar a saúde e segurança pública. Assim, a utilização da tecnologia funcionou como um forte aliado no fomento de políticas públicas e medidas de contenção. Com isso, a vigilância se tornou fator indispensável no combate ao vírus.

Dessa forma, fez-se necessário ponderar se a flexibilização de direitos em nome do combate a disseminação de uma doença pode ensejar rompimentos permanentes das garantias dos cidadãos. Partindo-se de uma dimensão nacional, questiona-se as implicações da vigilância na preservação da vida e da saúde, ao mesmo tempo em que se reflete a necessidade de transparência na utilização de dados coletados para tal finalidade.

Para compreender a necessária atenção aos direitos fundamentais, mesmo em contextos de crise, o presente estudo, em um primeiro momento, pontuou a necessidade de se adotar medidas de vigilância epidemiológica para a identificação de dados imprescindíveis na criação, execução e qualificação de fatores colaboradores para solucionar as mazelas públicas. Dentre as práticas pontuadas destaca-se o rastreamento de contato (*contact tracing*), pontuando-se os benefícios e os perigos de tal prática no curto e longo prazo.

Posteriormente, volta-se a análise do fenômeno sob prisma filosófico, incorporando conceitos como a biopolítica e o estado de exceção permanente, propostos por Michel Foucault e Giorgio Agamben, respectivamente. Assim, parte de noções teóricas e sua relação com a realidade fática decorrente da pandemia, sendo possível identificar um grau de legitimidade de flexibilizações e violações de direitos advindo da própria população em decorrência do medo.

Finalmente, o último tópico atenta-se às implicações jurídicas e permissibilidades legais relativas à flexibilização de direitos em contextos de extrema necessidade. Apontando, para tanto, as legislações já vigentes, como o texto constitucional, o Código Civil e a Lei Geral de Proteção de Dados, bem como, normas que surgiram duran-

te a pandemia (2020-2021). À vista disso, realizar-se-á uma pesquisa exploratória, sob o método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa, partindo de um estudo bibliográfico e documental.

Diante desse estudo, foi possível identificar a existência imprescindível de limitações às liberdades civis em momentos de crise, como a pandemia. Dessa forma, a adoção de políticas de vigilância epidemiológicas são importantes aliadas no combate a mazelas sanitárias. Entretanto, é preciso atenção. Conforme se extrai dos textos de Foucault e Agamben, a vigilância é um forte instrumento de controle e dominação. Portanto, mostra-se salutar uma maior transparência em relação ao uso dos dados coletados durante o período pandêmico e a garantia de que a utilização das informações pessoais obtidas e as limitações às liberdades cheguem ao fim juntamente com o período de exceção.

2 VIGILÂNCIA E SAÚDE PÚBLICA

Em 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) foi notificada a respeito de um surto de pneumonia em Wuhan, cidade localizada na República Popular da China. Na ocasião identificou-se como agente etiológico o SARS-COV-2, nova espécie de coronavírus (Covid-19). A doença se espalhou rapidamente no local e em 26 de fevereiro de 2020 a incidência do vírus podia ser identificada em 36 outros países e territórios, incluindo o Brasil. No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde declarou que a disseminação do vírus se tratava de uma pandemia (CRODA; GARCIA, 2020, p.1).

Historicamente, as pandemias obrigaram os seres humanos a romper com o passado e criar prospecções de uma nova realidade. Com a pandemia do Covid-19 não seria diferente. Em um momento no qual vivencia-se a expansão autoritária de líderes políticos e uma crescente afronta às instituições democráticas, a flexibilização de direitos é legitimada por um discurso de garantia da saúde e segurança pública, o que acaba fortalecendo instrumentos de vigilância e dominação, caracterizando um “estado de exceção”, conceito que será explorado no tópico subsequente. Porém, antes de adentrar na análise crítica aos mecanismos de vigilância, mister se faz esclarecer a importância e limites desta técnica no combate de doenças em âmbito global.

A pandemia da Covid-19 impactou e ainda impacta a população mundial causando prejuízos na segurança e saúde pública. Pela ausência de vacinação e tratamento efetivo no seu primeiro ano de incidência, um dos principais desafios dos governos apresentou-se como o combate à disseminação da doença para evitar a sobrecarga nos serviços públicos de saúde e impedir o aumento no número de mortes. Logo, mostrou-se necessário respostas céleres para lidar com desafios, como a subnotificação dos casos de contaminação e óbito e o combate à disseminação de notícias falsas que dentre outros aspectos perpetuava a equivocada defesa de um tratamento precoce (XAVIER et al., 2020, p. 261).

Nesse sentido, a vigilância se mostra como uma das atividades imprescindíveis para o diagnóstico das demandas sociais e criação de políticas de saúde no combate de doenças, viabilizando o desenvolvimento de estratégias no setor público. O conceito de vigilância epidemiológica é visto como sendo a sistemática e progressiva análise e interpretação de dados imprescindíveis para o planejamento, implementação e avaliação da atuação na saúde pública. O escopo da vigilância é possibilitar a implementação de intervenções médico-sanitárias (WALDMAN, 1988, p. 487). Assim, diante de um contexto de globalização, fortalece-se a prática de vigilância em nível global, à luz da Organização Mundial da Saúde.

Detectando a doença a ser combatida, identifica-se formas de enfrentamento e muitas dessas medidas são compulsórias, restringindo direitos individuais, como o de ir e vir, por exemplo. Portanto, a vigilância em saúde pública traz implicações éticas e jurídicas, sendo necessária uma atenta compreensão da efetividade de tais limitações no controle de doenças, principalmente em casos de pandemia, em decorrência de sua dimensão mundial.

Sob tal perspectiva, a vigilância de um evento hostil à saúde é integrada por meio de dois subsistemas: o primeiro deles é a obtenção de informações para a realização de ações de identificação e controle de maneira célere e eficiente. O segundo subsistema destina-se ao fomento de inteligência epidemiológica com o escopo de elaborar bases técnicas para a resolução das problemáticas adversas à saúde (WALDMAN, 1998, p. 493).

Ademais, diversas medidas de contenção e combate da disseminação do vírus foram adotadas pelos governos. As técnicas de monitoramento e algoritmos de classificação social usados para combater a pandemia não são fruto das atuais circuns-

tâncias. Conforme já apontado, instituições como o Estado, a polícia e até empresas privadas vêm há muito empregando dispositivos semelhantes. Porém, a legitimidade que uma crise dá a exploração destes dados é inigualável. Táticas de governabilidade, disciplina e controle tornam-se, portanto, mais toleráveis.

Dentre as práticas que já eram conhecidas o presente estudo optou por dar maior ênfase ao rastreamento de contato (Contact Tracing), procedimento que identifica, avalia e acompanha indivíduos que tiveram contato com a doença, com o objetivo de evitar o alastramento do vírus e suas consequências (NEGRI; BATISTA, 2021, p. 2). Como o contexto do coronavírus apresentou-se em um ambiente de expressiva utilização da tecnologia para solução de mazelas sociais, a aplicação desses instrumentos foi amplamente introduzida no setor da saúde pública.

Como expressão da incorporação da tecnologia no combate da Covid-19 encontra-se a utilização de aplicativos de rastreamento de contato por meio da coleta de dados, pessoais ou não. Tal procedimento utiliza, por exemplo, sistemas como o Posicionamento Global (GPS) dos telefones móveis e a tecnologia Bluetooth. Sendo viável, assim, realizar o cruzamento de informações dos usuários das plataformas digitais e sua notificação quando houver riscos de contágio (MEIRELES, 2021, p. 8).

É possível identificar benefícios decorrentes da incorporação da tecnologia como mecanismo de garantia para o rastreamento de contato. A celeridade e eficiência na obtenção de dados e veiculação de informações são importantes instrumentos para a garantia da saúde pública e o combate a doenças, principalmente àquelas que tomam proporção global, como no caso da Covid-19. A pandemia pode representar o maior evento global da história da humanidade em relação às liberdades, em especial em relação ao direito à privacidade. Com a instauração de medidas e leis emergenciais, sacrificam-se direitos. Portanto, é necessário questionar qual a herança que essa forma de proteger a população pode deixar para o futuro.

Um caso emblemático que representa uma alerta sobre a permissibilidade fruto da pandemia encontra-se no uso do aplicativo Trace Together, que foi desenvolvido pelo governo de Cingapura, por meio de sua Agência de Tecnologia e seu Ministério da Saúde, com o objetivo de impedir a disseminação da Covid-19 por meio do rastreamento de contatos com base em dados compartilhados pelo usuário. Sendo, assim, um dos primeiros países a utilizar aplicativos móveis de *contact-tracing* em âmbito nacional (NEGRI; BATISTA, 2021, p. 11).

O aplicativo comprometia-se a tornar os dados produzidos criptografados e armazenados pelo período de 21 dias, tempo que equivale ao período de incubação do vírus. A garantia de privacidade também era expressa por meio da criação de um código de identificação aleatório vinculado ao número de telefone e informações pessoais do usuário. Bem como, o armazenamento dos dados é depositado em local não disponível ao público o que impossibilita a identificação e rastreamento dos dados a terceiros (NEGRI; BATISTA, 2021, p. 12).

Porém, apesar do comprometimento com a privacidade do usuário em um primeiro momento, em janeiro de 2021 ocorreu uma modificação na política de privacidade do aplicativo. Segundo Negri e Batista (2021, p. 13) a novidade era a possibilidade de utilização dos dados coletados serem utilizados pela polícia de Cingapura em investigações criminais e procedimentos previamente definidos como ofensas graves, configurando, segundo os autores supracitados, verdadeiro desvio de finalidade e quebra de confiança em relação ao usuário.

Além da criação de mecanismos de vigilância pelo Estado, a pandemia da Covid-19 viabilizou a atuação do setor privado na criação de tecnologias fornecidas aos governos para aplicação e fomento de suas políticas públicas de contenção do vírus. Em parceria com a Apple, o Google desenvolveu uma Interface de Programação de Aplicativos para o rastreamento de contatos. Partindo da interface fornecida por estas empresas, os Estados e as autoridades sanitárias desenvolveram seus próprios aplicativos para rastreio em âmbito nacional (MOTTA, 2021, p. 98). A privacidade, segundo os termos de uso, aparenta ser garantida, uma vez que não há identificação do indivíduo, de forma semelhante ao aplicativo Trace Together, e é necessário o consentimento do usuário para o compartilhamento de suas informações.

No Brasil, a medida foi incorporada no combate à disseminação do vírus por meio do Ministério da Saúde, que desenvolveu um aplicativo para o rastreamento de contato denominado “Coronavírus – SUS”. Segundo a plataforma online do Governo do Brasil, o aplicativo visa a conscientização da população sobre o vírus, informando sobre os diversos tipos de sintomas, prevenção, ações a serem seguidas em caso de suspeita de infecção, mapas indicando unidades de saúde próximas, dentre outras finalidades.

A atuação brasileira, através de parceria entre o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações e as operadoras de telefonia entraram em um acordo para possibilitar o fornecimento de informações a respeito da geolocalização dos celulares

pertencentes a população com o escopo de identificar focos de aglomeração, possibilitando o controle de tais eventos. De acordo com entrevista feita com Spencer Sydow, realizada pelo Instituto Humanitas quanto às implicações éticas diante do rastreamento digital:

há uma diferença entre rastreamento e monitoramento. O rastreamento não tem a finalidade de seguir os passos de um dono de celular, mas de identificar pontos de aglomeração. Entendo que a questão de fundo é esta, a aglomeração. É preciso que haja respeito à finalidade e descarte de dados. Esse é o ponto mais sensível. O governo precisa demonstrar o limite do uso de dados e, cessado este limite e finalidade, os dados precisam ser descartados (MACHADO, 2020).

Embora a atuação do setor público, a partir do fornecimento de tecnologias em nome do combate a pandemia representa um instrumento de expressiva ajuda, é necessário atentar-se a submissão dos Estados em relação às políticas de utilização do aplicativo, bem como a dependência do Poder Público ao desenvolvimento tecnológico de empresas privadas, acarretando em uma possível subordinação cultural, econômica, social e política, conforme aponta Murilo Motta (2020, p. 100).

Nesse sentido, em um período de fragilidade como o decorrente da pandemia, no qual até mesmo sair de casa se mostra perigoso, há um enfraquecimento das movimentações sociais contra as medidas governamentais e a própria crítica internacional, devido os seus problemas internos, não tendo forças para se manifestar contra arbitrariedades. A situação, portanto, pode ser considerada ameaçadora se usada por governos autoritários ou exploradas por empresas privadas, o que é notório ao se comparar o combate ao vírus com um estado de guerra, apropriando-se de terminologias militares e ao questionar o posicionamento do governo os cidadãos carregam o estigma de antipatriota (LABARI, 2020).

Vale ponderar que o presente trabalho não nega a importância do uso da tecnologia e dos dados para superar o momento pandêmico, porém é necessário que tal uso seja feito de maneira transparente, uma vez que são nos períodos de crise, quando a população se encontra preocupada com outras questões, que oportunistas podem prosperar. Deve-se estar sempre alerta em relação àqueles que querem se aproveitar da crise para apropriar-se de mecanismos de vigilância para ganhos próprios e fomento de preconceitos.

3 VIGILÂNCIA, BIOPOLÍTICA E PANDEMIA

A filosofia, por lidar com conhecimentos de maneira abrangente e crítica, valorizando um rigor metodológico, fornece às ciências humanas instrumentos para compreender a longo prazo reflexões acerca do momento presente. Como forma de compreender as consequências das limitações a direitos, em especial a constante vigilância que é fruto de um contexto de crise, o presente estudo debruçou-se sobre as ponderações apresentadas por dois filósofos distintos, quais sejam: Michael Foucault e Giorgio Agamben.

O filósofo francês Michel Foucault ao tratar do conceito de “biopolítica” explora o desenvolvimento do Estado que por meio de estratégias disciplinares e questões de caráter biológico, utiliza seu poder como forma de controle do comportamento dos sujeitos que compõem seu corpo social. Essa atuação tem por consequência a criação de mecanismos que dizem atuar em nome da segurança, e uma vez que há o aperfeiçoamento do conceito de população, começam a ser aplicados em prol dos indivíduos e consequentemente da coletividade (FOUCAULT, 2008).

Em seus estudos, Foucault apresenta como exemplo as escolas, campos militares, presídios e até o âmbito das pastorais como centros do poder disciplinar, pois os corpos ali presentes passam a ter sobre si diversos métodos aplicados para que atinjam o comportamento esperado pela instituição. Nesse aspecto, o objeto do controle passa a ser a organização, economia e eficácia de movimentos, não apenas o comportamento ou linguagem dos corpos. Essa forma disciplinar de controle e vigilância passa a implicar em uma contínua coação, que se preocupa com as atividades que os indivíduos exercem, para que assim construam uma docilidade-utilidade (FOUCAULT, 2014, p. 117).

Tais mecanismos disciplinares passam a se modular nas relações individuais, que são consideradas microrrelações na perspectiva foucaultiana, sendo utilizadas para que a adequação dos indivíduos siga de fato o que se espera para o controle ainda mais intenso entre os dominantes e os subjugados nas relações estudadas. Assim, o poder apresenta-se como uma multiplicidade de correlações de forças imanentes ao domínio onde se exerce e constitui a sua organização. O poder, portanto, possui onipresença, pois este se produz em todos os pontos e em suas relações (de ponto a ponto). Assim, tem-se que o poder é o nome dado a uma situação estratégica complexa em uma sociedade determinada (FOUCAULT, 2014, p. 127)

Em vista disso, tem-se a concepção de poder moderado, que atua dentro do cotidiano, como uma forma de controle dos corpos pelo Estado, que induz os vigiados à realização dos comportamentos esperados e desejados. Nas palavras de Michel Foucault:

Não é um poder triunfante que, a partir do seu próprio excesso, pode confiar na sua onipotência; é um poder modesto, desconfiado, que funciona no modo de uma economia calculada, mas permanente. São modalidades humildes, processos menores se os compararmos com os rituais da soberania ou com os grandes aparelhos do Estado (2014, p. 195).

O controle Estatal ultrapassa as meras formas arquitetônicas e discursos, a disciplina começa a ser inserida nos corpos o que gera um controle quanto aos desejos e comportamentos dos sujeitos. Nesse sentido, faz-se nascente um poder estatal que além de vigilante, passa a dominar e condicionar o comportamento humano. Diante desse aspecto, o poder disciplinar, apesar de forte nas microrrelações sociais, possui também grande apelo dentro do âmbito macro da relação de controle entre o Estado e os sujeitos que incorporam sua constituição. Considerando que o desenvolvimento de pessoas cada vez mais disciplinadas torna a manutenção do poder estatal, muitas vezes tomada como a ideia de um soberano, mais fácil para aqueles que estão na posição de ordem.

A partir do desenvolvimento e aplicação das estratégias biopolíticas, tem-se a formação de um governo que se estabelece em torno de questões como circulação de bens, segurança populacional, questões de saúde e o controle acerca da educação e desenvolvimento dos sujeitos. Esse governo procura estabelecer uma relação de cuidado e direcionamento da população, que além de ser colocada como pontos biológicos, também se torna o foco das medidas tomadas, assim como o centro da governamentalidade que se desperta dentro da política. Para além do controle dos corpos a ideia do governo como norteadores políticos, passa a colocar em voga medidas adotadas em prol da segurança do território e também da população.

Nesse contexto evolutivo e agregador das forças biopolíticas e de governamentalidade pela perspectiva de Michel Foucault, torna-se possível abordar as medidas tomadas no cenário da pandemia como estratégias biopolíticas, uma vez que se estabeleceu a vigilância e o controle geográfico de certos corpos como uma política de

manutenção da saúde pública em face da Covid-19. Tal situação torna-se ainda mais crítica, conforme aponta Cardoso, uma vez que:

O indivíduo vigiado, além disso, tem cada vez menos consciência dos momentos em que pode estar sendo observado ou controlado direta ou indiretamente, mesmo estando ciente de muitos dos mecanismos de controle que permeiam seu cotidiano. Não haveria dúvida então quanto à realidade da sociedade de vigilância na qual vivemos (2014. p. 57).

Tal posicionamento remete aos estudos de Bentham, abordados na obra de Foucault (2008) dado que, além do desconhecimento de uma vigilância constante, cria-se no imaginário popular que a excessiva vigilância estatal é algo aceitável e inevitável. Assim, é notória a utilização de mecanismos de vigilância que tem por base um modelo Panóptico, no qual o vigiado não tem consciência se está sendo monitorado ou não. Conforme afirma Bauman (2013. p. 29): “o velho estratagema panóptico (“Você nunca vai saber quando é observado em carne e osso, portanto, nunca imagine que não está sendo espionado”) é implementado aos poucos, mas de modo consistente e aparentemente inevitável, em escala quase universal”.

Na contemporaneidade a vigilância e o controle manifestam-se no cotidiano, sendo interpretados muitas vezes como algo banal e inofensivo. Com a evolução tecnológica a vigilância se firmou ainda mais, utilizando os meios digitais para se difundir. A discussão do monitoramento e controle exercido pelos Estados e empresas privadas deve ser questionada tomando por base preceitos constitucionais, como o direito à honra e a privacidade. Historicamente a biopolítica e a lógica sanitária têm sido utilizadas a serviço de regimes autoritários e higienistas, afastando-se cada vez mais do resguardo das liberdades individuais, portanto, é preciso estar atento às suas implicações.

De maneira suplementar, importante destacar as ponderações apontadas pelo filósofo italiano Giorgio Agamben que, em posicionamento recente, correspondente às medidas adotadas na Itália no combate à pandemia da Covid-19, revisitou teses defendidas na obra “Homo sacer”, principalmente no que diz respeito à concepção de “vida nua” (vida exposta à morte) e a ideia que o Ocidente é governado em um modelo de exceção. No final de fevereiro de 2020, o filósofo defendia que as ações tomadas na Europa eram irracionais e desmotivadas, provocando um verdadeiro estado de exceção (AGAMBEN, 2020, p. 8).

Antes de adentrar nas colocações de Agamben a respeito da pandemia, é válido contextualizar seu pensamento a partir de sua visão sobre o que seria um estado de exceção. Trata-se, segundo ele, de um estado de guerra, ligando-se muitas vezes ao estado de sítio e a lei marcial, apresenta assim, um momento governamental em que a terra se torna uma “terra de ninguém”, nesse sentido medidas tomadas pelos governantes são consideradas excepcionais e acabam gerando uma situação paradoxal devido às medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito.

Assim, segundo Agamben, criou-se a pandemia como mecanismo de restrição às liberdades em nome da manutenção de um estado de exceção como parâmetro de normalidade governamental. Dessa forma, projeta-se uma pandemia objetivando o pânico coletivo e fazendo com que a população clame por segurança, aceitando as limitações à sua liberdade. Por tal posicionamento, Giorgio Agamben recebeu inúmeras críticas.

Antes mesmo da pandemia, o filósofo utilizava o exemplo do terrorismo para afirmar que o cenário de exceção tem o potencial de se tornar o habitual. No exemplo supracitado, a partir da justificativa de que se estava combatendo o terrorismo foi possível a implementação de diversos instrumentos de vigilância e controle, como no caso dos dispositivos que se utilizam da coleta de impressões digitais para auferir a identidade e a instalação de inúmeras “câmeras de segurança” espalhadas por toda cidade. O cidadão é transformado em um terrorista virtual. Assim, o agente infectado torna-se o novo terrorista.

Dessa forma, o autor passa a questionar a real necessidade e efetividade do isolamento social como solução para a pandemia, mesmo não apresentando alternativas para tal política, o que é justificado por sua própria negação da realidade. Ao negar a existência da pandemia e compreender que as medidas estatais de proteção a população são dispensáveis Agamben acaba por colocar sua teoria acima da realidade, visto que, no período em que o filósofo se posicionava negando a gravidade do vírus, a Itália já se encontrava com sobrecarga no seu sistema de saúde e o número de mortes já era alarmante.

Em estudos recentes o filósofo italiano aponta que há um medo de que se estabeleça a vida nua, cegando e separando os indivíduos, visto que no início de todas as questões relativas à pandemia houve o crescimento das notícias referentes ao contágio, colocando os indivíduos do corpo social como contaminadores. Assim, visualiza-

-se o estabelecimento de um estado de exceção habitual, considerando que o medo se espalhou pelas populações, fazendo do viver em um estado de crise perene ou de emergência uma condição habitual (AGAMBEN, 2020).

Dessa forma, é possível identificar aspectos concernentes a biopolítica nas obras de Foucault e de Agamben, sendo valiosos contributos para compreender o cenário pandêmico e as intensas vigilâncias em nome de superação de problemáticas. Assim, é preciso estar atento às possibilidades de modelos autoritários se apropriarem de mecanismos ditos momentâneos e tornarem este o padrão, fazendo com que se estabeleça um “estado de exceção permanente”. Para compreender as implicações jurídicas da análise feita até o momento, o próximo tópico dedica-se à verificação da atuação estatal e a garantia dos ditames constitucionais.

4 A VIGILÂNCIA E O DIREITO: ATUAÇÃO ESTATAL NA GARANTIA DA PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS

A privacidade e a liberdade, embora muitas vezes sejam visualizadas de forma antagônica, são preceitos que compõem faces de uma mesma moeda, funcionando de maneira recíproca. Nesse sentido, Talita Malta Vieira (2007) assevera que a interdependência entre a privacidade e a liberdade pode ser vista sob dois prismas. Primeiramente, identifica-se a garantia ao resguardo de informações, isolando-as da esfera pública, direito este maculado em regimes autoritários, no qual há uma tendência ao cerceamento do direito à privacidade do cidadão, com o fito de promover a manutenção do poder. Em segundo lugar, há a atuação positiva do indivíduo em definir o que deseja expor sobre si mesmo.

A Constituição Federal prevê o direito à privacidade no art. 5º, inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988). Em âmbito infraconstitucional o Código Civil dispõe no art. 21: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (BRASIL, 2002).

Observa-se, portanto, a privacidade como o poder dado ao indivíduo para impedir a interferência de terceiros em sua vida privada, bem como, obstar o acesso a in-

formações particulares, impossibilitando, conseqüentemente, a divulgação de informações pessoais (BASTOS; MARTINS, 1989, p.63). Válido evidenciar que a privacidade engloba vários âmbitos, como o direito à privacidade física, à privacidade do domicílio, à privacidade das comunicações, à privacidade decisional, atinente ao direito à auto-determinação e finalmente o direito à privacidade informacional.

A sociedade informacional pode ser compreendida como sendo aquela que incorpora o meio virtual de forma crescente em sua estrutura, representando um fator comunicativo e facilitador na transição de informações. Assim, na contemporaneidade, as ações que afetam a vida individual e coletiva dos indivíduos são pautadas pela criação, registro e gerenciamento de dados (VIEIRA, 2007, p. 27). Logo, na atual conjuntura, é necessário resguardar o direito de cada pessoa deliberar acerca da divulgação de seus próprios dados pessoais (aquelas informações que identificam ou podem identificar o indivíduo).

O direito à privacidade informacional pode ser identificado no direito estrangeiro em diversos países, a exemplo de Portugal e da Espanha. Porém, sua previsão ainda não é expressa no texto constitucional brasileiro, restando apenas a referência à privacidade de forma abrangente. O termo “dados” é apresentado no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, alusivo à inviolabilidade do sigilo da correspondência e comunicação telegráficas e telefônicas.

Em nome do direito à informação, o texto constitucional também prevê instituto próprio para garantir ao cidadão a possibilidade de acessar, retificar e complementar seus dados pessoais disponíveis em bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, quais seja, o *habeas data* (BRASIL, 1988).

Porém, identifica-se que a constituição traça garantias genéricas, encontrando-se em descompasso com as necessidades contemporâneas decorrentes das novas tecnologias. Assim, fica a legislação infraconstitucional responsável pelo regramento dos dados pessoais, sempre visualizando seu potencial danoso, uma vez que, tais informações em muitas situações representam a própria pessoa, tendo sua atuação física dispensada (DONEDA, 2011, p. 92).

A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, tem por escopo estabelecer normas gerais para a proteção de dados pessoais, resguardando, portanto, direitos fundamentais como o da liberdade, privacidade e livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Porém, antes da existência da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD),

o ordenamento jurídico encontrava normas dispersas sobre o tema, dentre elas o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 de 1990, que prevê determinadas garantias ao consumidor em relação a suas informações pessoais presentes em banco de dados e cadastros (DONEDA, 2011, p. 103).

Outra legislação importante no enriquecimento da regulação dos dados pessoais, em especial àqueles disponíveis de forma online, é a Lei do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) que apesar de considerada um grande avanço no tratamento de questões online, sua abrangência a respeito da privacidade e dados pessoais ainda se mostra incompleta.

No Brasil, somente em 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) foi aprovada e sancionada, tratando da regulamentação de dados pessoais em todo o país. Claramente inspirada no modelo adotado na Europa, a norma regula as atividades de tratamento de dados pessoais de brasileiros, orienta sobre as melhores práticas para garantir a privacidade dos cidadãos e estabelece penalidades para quem desrespeitar seus artigos.

Voltando-se ao direito estrangeiro, é importante destacar que na Europa, criou-se em 2018 o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados com o objetivo de estabelecer regras relativas ao tratamento de dados pessoais situados na União Europeia. Assim, empresas e órgãos estatais brasileiros que mantêm relação com os países europeus têm que atender obrigatoriamente as diretrizes legislativas. No mesmo sentido, a LGPD também tem alcance extraterritorial, aplicando-se a dados tratados fora do território nacional, desde que a coleta tenha ocorrido no Brasil ou que haja oferta de produtos ou serviços em território nacional (MENDES; DONEDA, 2020).

Para compreender o ponto de partida tomado pelas legislações ao redor do mundo a respeito da proteção de dados, Doneda (2006) destaca a relevância da qualidade das informações coletadas, sendo necessário a verificação de licitude e a declaração da finalidade de se coletar dados específicos, viabilizando-se, portanto, o direito de acesso, retificação e cancelamento dos dados. A segurança também é imprescindível, impossibilitando extravios, destruições e alterações não autorizadas. Além disso, a garantia de responsabilização, prevendo a reparação adequada dos danos causados também é fator integrador na proteção de dados.

Em contextos de crise a existência de regramentos coesos e eficientes se mostram ainda mais necessários. A análise das informações coletadas se mostra importante na

elaboração e execução de políticas públicas no enfrentamento da pandemia, posto que os dados, conforme abordado no primeiro tópico do presente artigo, possibilitam o rastreamento de contato, dentre outros instrumentos de contenção da doença. As informações, e o direito a elas, também desempenham papel imprescindível, na medida em que o conhecimento de informações pessoais possibilitam a identificação de fatos a serem combatidos.

Isso porque, conforme visto no primeiro capítulo e aprofundado no segundo, a vigilância, mesmo que pensada em períodos determinados, pode acarretar a perpetuação do controle sobre a vida da população. No Brasil, a crise advinda da Covid-19 trouxe impactos e desafios a serem enfrentados pelo sistema de saúde. Para tanto, diversos atos normativos foram expedidos de forma a regular e limitar a utilização dos meios tecnológicos no combate à doença.

O Ofício 1.756 emitido no dia 19 de março de 2020 pelo Conselho Federal de Medicina, fundamentado no posicionamento da Organização Mundial da Saúde buscou aperfeiçoar os serviços médicos durante o período de combate ao contágio da covid-19 viabilizando a utilização de instrumentos de telemedicina (atendimento médico à distância), quais sejam: a teleorientação, relativa a orientação e encaminhamento de pacientes em isolamento; o telemonitoramento, concernente à vigilância à distância de parâmetros e saúde e/ou doença; e a teleinterconsulta, somente para a troca de informações e opiniões entre médicos, para o auxílio de diagnósticos ou terapias (BRASIL, O., 2020).

O Ofício supracitado destaca a utilização de tais práticas em caráter de excepcionalidade, mas a ausência de maior transparência no trato destas informações faz com que surjam questionamentos quanto ao risco de utilização indevida de dados. O que pode acarretar em riscos à integridade, segurança e privacidade dos cidadãos. O perigo mostra-se ainda mais expressivo devido ao aumento súbito de tráfego em sistemas que não se encontram preparados para isto, abrindo margem para terceiros de má-fé terem acesso a dados pessoais. Outra ponderação importante é a utilização destes dados para além do seu objetivo inicial, conforme apontado no primeiro tópico do presente estudo.

A Lei nº 13.979/2020, conhecida como Lei da Quarentena, dispõe sobre as medidas de enfrentamento de emergência relativas à saúde pública decorrente do coronavírus, objetivando a proteção da coletividade. Como principais medidas no combate a

disseminação da doença, encontram-se o isolamento, a quarentena, a determinação de realização compulsória de determinados procedimentos como exames médicos e testes laboratoriais, dentre outras previsões (BRASIL, L., 2020).

Em vistas de tal previsão, o rastreamento de contato (*contact tracing*), já mencionado anteriormente, passou a ser incorporado como instrumento de garantia de distanciamento social. Seu escopo é a captação de dados para a obtenção de informações importantes para a prevenção da transmissão do vírus, auxiliando a administração pública a criar políticas efetivas na garantia da saúde pública (MARTINS, 2021, p.6).

Nesse sentido, é possível se falar de outro direito fundamental importante em um contexto de crise: o direito à informação. Tendo previsão no artigo 5º, incisos XIV e XXXIII e no artigo 220 do texto constitucional, a liberdade de informação compreende o direito de transmitir, receber e buscar ideias e informações (SILVA, 2014, p.248). Em um cenário pandêmico, transmitir informações claras e precisas sobre prevenção é um instrumento valioso no combate não só a doença, mas também ao alastramento de notícias falsas.

Com a identificação, pelo Ministério da Saúde, de um estado de transmissão comunitária do Coronavírus, ou seja, a existência de um número elevado de pessoas infectadas, alguns governos estaduais tomaram a frente incorporando instrumentos tecnológicos para analisar possíveis focos de contaminação. Exemplo disto é o estado de São Paulo, que em abril de 2020 adotou a técnica de rastreamento de contato por meio do Sistema de Monitoramento Inteligente, mediante um acordo com as operadoras telefônicas (MARTINS, 2021, p. 9).

O governo de Pernambuco, por meio do aplicativo Dycovid, passou a alertar aos usuários os riscos de contaminação por intermédio do mapeamento e identificação entre a aproximação de celulares. O aplicativo atua, portanto, por meio de duas frentes: a primeira relativa ao *contact tracing*, indicando quando o indivíduo cruzar com pessoas infectadas e, em segundo lugar, a possibilidade de criação de alertas ao usuário que cadastrar o local em que pretende se deslocar para assim ser avisado quando este estará seguro (MARTINS, 2021, p. 9).

Para regulamentar os métodos de monitoramento relativos à pandemia criou-se a Medida Provisória nº 954, editada em 17 de abril de 2020 abordando o compartilhamento de dados pelas empresas de telecomunicação, prestadoras de Serviço Tele-

fônico Fixo Comutado (STFC) e de Serviço Móvel Pessoal (SMP), com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Por apresentar lacunas e viabilizar possíveis violações a direitos da privacidade e proteção de dados contra a MP foram interpostas várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, tendo por resultado a suspensão da Medida (MARTINS, 2021, p. 10). Levou-se em conta principalmente a omissão quanto a justificativa e modo de utilização dos dados coletados. Embora a medida tenha sido suspensa, ainda perdurou em alguns estados a utilização de ferramentas de rastreamento despidas de transparência.

Assim, como forma de impedir tal cenário de constantes violações de direitos em nome da saúde pública é necessário um diálogo com a população e a transparência na utilização dos dados, uma vez que parcela expressiva dos sujeitos submetidos a vigilância não têm consciência de que estão sendo observados, acreditando que as informações digitais se encontram unicamente no âmbito privado. É indispensável que, tanto o governo, quanto às instituições privadas sejam claros a respeito da utilização de dados e demonstrem a necessidade de tal utilização. Dessa forma, o que se defende não é a extinção de medidas ao combate à pandemia, mas que se assegure os preceitos constitucionais, coexistindo de maneira equilibrada diversos direitos constitucionalmente garantidos.

5 CONCLUSÃO

A partir do estudo realizado pelo presente artigo é possível identificar a importância de medidas que limitam as liberdades civis em momentos específicos de crise. A necessidade de adoção de medidas céleres na contenção do alastramento da Covid-19 é imprescindível para a garantia da saúde e segurança pública. Assim, a incorporação de práticas como a vigilância epidemiológica e o rastreamento de contato são fortes aliados na criação de políticas públicas para solucionar problemas como os vivenciados na pandemia.

Para melhor compreender o contexto, utilizou-se de conceitos apresentados pelos filósofos Michel Foucault e Giorgio Agamben, que em momentos distintos ponderaram a respeito da biopolítica e da utilização da vigilância como mecanismos de controle e dominação. Embora pontue os equívocos cometidos por Agamben quando de seu posicionamento sobre a negação da pandemia e suas manifestações contra

o isolamento social, é possível identificar importantes ponderações do filósofo italiano relativas à manutenção de exceções aplicadas em contextos de crise, o que só é possível por meio da aplicação crítica de estudos apresentados anteriormente por Foucault, o qual assevera sobre estratégias biopolíticas e anatopolíticas como meios de subdivisão da população à vontades estatais.

Aspectos como a vigilância e limitações às liberdades são pontos em comum entre esses dois autores. Com isso, pôde-se perceber a necessidade de esclarecer aspectos controvertidos que permeiam o uso de dados e seu papel para garantir a segurança e a saúde pública, bem como a permissibilidade decorrente de um momento de incertezas.

Observa-se, portanto, uma necessidade de maior transparência por parte dos entes públicos e privados para uma compreensão do motivo e da importância que há em apropriar-se de dados particulares e uma garantia de que, em nome dos preceitos constitucionais, a limitação a direitos se restringe a momentos específicos de crise, e, quando estes forem superados, não mais haja a utilização de dados coletados no período para fins diverso. Assim, os perigos apontados por Agamben e Foucault relativos ao controle e a utilização de oportunismos em períodos de vulnerabilidade nos levam a crer que é indispensável que o direito à informação e à proteção de dados sejam garantias indissociáveis no contexto pandêmico, para que a exceção vivenciada seja superada da melhor forma possível.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção [Homo **Sacer**, II, I]. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2007.
- AGAMBEN, Giorgio, **Reflexões sobre a peste: ensaios em tempos de pandemia**. Tradução de Isabella Marcatti e Luisa Rabolini. São Paulo: Boitempo, 2020.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 out. 2021.
- BRASIL. **Código Civil**, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 1 out. 2021.
- BRASIL. **Ofício CFM nº 1756/2020 – COJUR**, 19 de março de 2020. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/PDF/2020_oficio_telemedicina.pdf. Acesso em: 1 out. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 13.979**, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 1 out. 2021.
- CARDOSO, Bruno de Vasconcelos. **Todo os olhos: Videovigilâncias, voyeurismos e (re)produção imagética**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; Faperj, 2014.
- CRODA, Julio Henrique Rosa; GARCIA, Leila Posenato. Resposta imediata da Vigilância em Saúde à epidemia da COVID-19. **Epidemiol. Serv. Saúde**. 2020. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/ress/2020.v29n1/e2020002/pt/>. Acesso em: 02 dez. 2021.
- DONEDA, D. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]**, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 91–108, 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 15 dez. 2021.
- FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso dado no Collège de France (1975-1976)**, Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2019.
- FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978)**, tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. **História de Sexualidade 1: A vontade de saber**, tradução Maria Thereza da Costa e J. A. Albuquerque – 10ª Edição, Rio de Janeiro/São Paulo, Paz e Terra, 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: Nascimento da prisão**. Tradução de de Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

LABARI, Nuria. Esto no es una guerra. *In*: LABARI, Nuria. **Esto no es una guerra**. [S. l.]: El País, 2 abr. 2020. Disponível em: https://elpais.com/elpais/2020/04/02/opinion/1585825945_794954.html. Acesso em: 2 dez. 2021.

MACHADO, Ricardo. **Rastreamento, monitoramento e a possibilidade futura de libertação** do panóptico digital. Entrevista especial com Spencer Sydow. Instituto Humanitas, 2020. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/598775-rastreamento-monitoramento-e-a-possibilidade-futura-de-libertacao-do-panoptico-digital-entrevista-especial-com-spencer-sydow>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MARTINS, Karine Souza. Contact Tracing e o Direito à Privacidade em tempos de pandemia. **Revista de Direito do CAPP**, Outro Preto, v. 1, n. 1, 22 set. 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br/capp/article/view/4996>. Acesso em: 15 dez. 2021.

MEIRELES, Tiago Manuel Ferreira. **O Cálculo da Privacidade em Contexto de Pandemia**: O Caso das Aplicações Móveis de Rastreamento de Contactos COVID-19. Orientador: Teresa Maria Rocha Fernandes Silva. 2021. 73 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Economia Universidade do Porto, Porto, Portugal, 2021. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/136108/2/495369.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2021.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, 2020.

MOTTA, Murilo. Dados, vigilância e o setor privado no desenvolvimento de ferramentas de rastreamento de contatos durante a pandemia de COVID-19. **Revista Aurora**, v. 14, n. 2, p. 91-104, 2021. Disponível em: <https://revistas.marilia.unesp.br/index.php/aurora/article/view/11936>. Acesso em: 1 dez. 2021.

NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila; BATISTA, Nathan Paschoalini Ribeiro. Do rastreamento de contato à vigilância: um estudo sobre o TraceTogether App. **Liinc em Revista**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 1-21, maio 2021. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/5710>. Acesso em: 6 dez. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Orientador: Gilmar Ferreira Mendes. 2007. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/3358>. Acesso em: 15 dez. 2021.

WALDMAN, Eliseu Alves. Vigilância como prática de saúde pública. *In*: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa; MINAYO, Maria Cecília de Souza; AKERMAN, Marco; DRUMOND JÚNIOR, Marcos; CARVALHO, Yara Maria de. **Tratado de Saúde Coletiva**. São Paulo: HUCITEC, 1988. p. 487-528.

XAVIER, Fernando; OLENSCKI, João Rodrigo W; ACOSTA, Andre Luis; SALLUM, Maria Anice Mureb; SARAIVA, Antonio Mauro. Análise de redes sociais como estratégia de apoio à vigilância em saúde durante a Covid-19. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 34, p. 261-281, 10 jul. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/mJdn8gkLSwfgBgXNvnfnQFg/?lang=pt>. Acesso em: 1 dez. 2021.

IV RIBAMAR

ENCONTRO MARANHENSE
DE DIREITO INTERNACIONAL

Standards internacionais de direito à
informação e liberdade de expressão

As intervenções de Pequim no mar do sul da China: uma análise à luz do direito internacional

*Beijing interventions in south China sea: an analysis under the light of
international law*

Alexandre Uchôa da Silva

Graduando em Direito (UFMA). Bolsista do PET-DIREITO UFMA. Pesquisador do NEDID e CEDMAR.

Elder Maia Goltzman

Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDir/UFMA). Analista Judiciário no TRE-Pará. Coordenador Adjunto do Núcleo de Estudos em Direito Internacional e Desenvolvimento NEDID/UFMA/CNPq).

Mônica Teresa Costa Sousa

Doutora em Direito (UFSC). Professora Associada na UFMA. Professora visitante na Universidade de Valencia (Espanha). Docente no PGCult/UFMA e PPGDir/UFMA. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (FAPEMA). Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Internacional e Desenvolvimento (NEDID/UFMA/CNPq)

1 INTRODUÇÃO

O domínio sobre os mares foi importante para a consolidação de soberanias pois facilitava o deslocamento de embarcações mercantis e de guerra. Desse modo, o ambiente marinho foi alvo de disputas que ocorreram para que as fronteiras marítimas fossem protegidas e o comércio marítimo assegurado. Surge, então, o Direito do Mar como forma de regulamentar os limites geográficos das pretensões dos países em relação a formações geológicas e recursos naturais vivos e não-vivos abrigados nos oceanos.

O principal marco regulatório da legislação marítima é a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM). Esta Convenção foi elaborada com o objetivo de determinar regras a cerca da soberania do Estado costeiro sobre as águas adjacentes e da gestão dos recursos marinhos. A CNUDM também elaborou normas de convivência harmônica entre os Estados para que estes objetivos fossem atingidos.

Levando em consideração esta necessidade de cooperação entre os Estados determinada pela Convenção, a presente pesquisa visa investigar se os atos desempenhados pela República Popular da China no Mar do Sul da China (MSC) possuem respaldo nas normas jurídicas internacionais. Esta dúvida decorre de o local de realização das operações do Estado chinês ser em regiões pertencentes às fronteiras marítimas de outros Estados do sudeste asiático.

A hipótese sustentada é que as ações chinesas violam as normas preconizadas na Convenção. Estas possíveis transgressões podem afligir as populações de Estados insulares no Mar do Sul da China. A população local depende da vida marinha desta região pois pratica a pesca de subsistência e a inviabilização da atividade pesqueira pode lhes ocasionar perigo de segurança alimentar.

De forma a compreender a questão chinesa no MSC, primeiramente será abordada a importância deste espaço para a região. Em seguida, serão discutidas as ações chinesas em formações geológicas que em tese estão localizadas em plataformas continentais de outras soberanias. Por fim, serão estudadas a posição e as atitudes de Pequim em relação aos acontecimentos e à luz do Direito Internacional.

Trata-se de um artigo, no qual, para o alcance do objetivo proposto, as técnicas de pesquisa empregadas foram a bibliográfica e documental. Sua utilização agrega fonte de materiais primários, tais como dados e informações numéricas, junto a outros materiais já elaborados e publicados em documentos, tais como livros e revistas

científicas. Este material teórico foi interpretado criticamente e utilizado como premissa teórica, de modo a explicar o tema de forma indutiva.

2 CONTEXTO HISTÓRICO CHINÊS A PARTIR DA DÉCADA DE 1980

A República Popular da China iniciou um período de desenvolvimento em 1979, quando o então presidente chinês, Deng Xiaoping, iniciou uma série de reformas; tais mudanças visavam abrir o mercado de algumas cidades (Zonas Econômicas Especiais)¹ para o capitalismo moderno, de forma a criar um experimento para impulsionar a economia chinesa. Estas regiões funcionariam de acordo com as regras do mercado mundial.

Desde então, a China vem apresentando uma trajetória de crescimento e internacionalização impressionantes. Com taxa média de expansão da renda superior a 9% ao ano, ao longo de mais de um quarto de século, a China atingiu, em 2006, a condição de quarta maior economia do mundo em dólares correntes, ou segunda maior em paridade de poder de compra. As projeções atuais apontam para o fato de que a China deverá se tornar, ainda na primeira metade do século XXI, a maior economia do planeta (VOSS et al, 2008).

Este crescimento econômico tornou a República Popular da China maior consumidora de energia a nível global, de acordo com a Agência para a Informação Energética dos Estados Unidos (EIA, 2013). Este consumo advém da necessidade de consumo de energia por indústrias e meios de transporte, atividades econômicas que são providas com a queima de combustíveis fósseis, como petróleo, gás natural e carvão.

Ocorre que, como o Estado chinês não possui reservas naturais suficientes, importa fontes de energia não renováveis. Para que estes combustíveis cheguem à China, eles precisam passar pelo Mar do Sul da China, por ser a rota mais próxima e com menos custo. Logo, o MSC possui importância considerando a necessidade energética deste país.

Nesta região, inserida no Sudeste Asiático, está localizado o Estreito de Málaca², que é uma das maiores rotas de petróleo vindo do Oriente Médio para os portos do

1 Áreas especificamente direcionadas pelo governo da República Popular da China para o direcionamento da atividade industrial a partir do oferecimento de vantagens para atrair investimentos estrangeiros.

2 Principal passagem marítima entre os oceanos Índico e Pacífico e encontra-se entre a península da Malásia e a ilha de Sumatra.

Leste Asiático. O Estreito recebe 85% das importações totais de petróleo não-refinado da China e quase que a totalidade da importação japonesa e de outros países da região. Além disso, cerca de 90% dos bens transportados por navio e, aproximadamente, dois terços do suprimento de gás natural líquido consumido no mundo também passam pelo local (FAKHOURY, 2019).

É perceptível que Málaca é a rota marítima mais curta entre os fornecedores do Golfo Pérsico e os principais mercados asiáticos ao se analisar os mapas do Mar do Sul da China, expostos abaixo. O Estreito de Málaca é o principal ponto de estrangulamento³ na Ásia e, nos últimos anos, entre 85% e 90% do fluxo total anual de petróleo que transitou através deste estreito foi de petróleo bruto. (VILLAR; HAMILTON, 2017):

Mapa 1: Principais Fluxos de Comércio de Petróleo Bruto no Mar do Sul da China em Milhões de Barris por dia.



Fonte: Administração de Informação de Energia dos Estados Unidos da América, 2011

4.

3 Os pontos de estrangulamento marítimo são naturalmente canais estreitos no mar que possuem transporte com alto tráfego por causa de suas localizações estratégicas.

4 Major Crude Oil Trade Flows in the South China Sea, EIA/US (2011)

Mapa 2: Perturbando o Comércio do Mar do Sul da China (ao se bloquear as rotas abaixo).



Fonte: Projeto Poder Chinês, Centro de Estudos Estratégicos e Internacionais, 20175.

Caso a China reste impossibilitada em utilizar o Estreito de Málaca para realizar suas importações, terá que utilizar o Estreito de Sunda; se este também for bloqueado, o país terá que utilizar o Estreito de Lomboque; e caso ele seja bloqueado, terá que utilizar uma rota que passa pela costa australiana.

Diante desta situação hipotética (impossibilidade de utilizar Málaca), os custos de frete para redirecionar o tráfego para o Estreito de Sunda, no período de uma semana, devem chegar em 64.5 milhões de dólares, enquanto o redirecionamento para o Es-

5 CHINA POWER PROJECT, Center for Strategic and International Studies, 2017.

treito de Lomboque⁶ ficaria em 119 milhões. Por fim, caso os três estreitos estivessem bloqueados, os navios deveriam ir em direção a costa sul da Austrália, acarretando o custo em cerca de 2.8 bilhões de dólares ao mês (CHINA POWER, 2017).

O custo destes desvios demonstra que manter determinado controle sobre a região é de vital importância econômica, geoestratégica e militar. Por exemplo, na hipótese em que outro Estado fechasse o Estreito de Málaca, com o pretexto de impedir a pirataria, a China seria afetada. Tal evento hipotético atingiria a economia e a capacidade de mobilização militar chinesa, que são dependentes destes insumos energéticos.

Este Estreito representa então uma permanente vulnerabilidade geopolítica no quadro da segurança chinesa (FERNANDES; PADULA, 2020). Desta maneira, para evitar problemas na ordem local e manter a sua ascensão econômica, o governo chinês tem procurado seguir uma política ativa de promoção de laços comerciais e de investimento com os países asiáticos (MAH, 2013). Somado a isso, a China realizou operações no Mar Meridional Chinês em Zonas Econômicas Exclusivas (ZEE) pertencentes a outros países asiáticos.

Contudo, a justificativa utilizada pelo Estado chinês é que a região da Linha de Nove Traços⁷ pertence a soberania marítima chinesa. A China postula que esta área geográfica pertenceria à sua Zona Econômica Exclusiva (FAKHOURY, 2019). Entretanto, a reivindicação chinesa ultrapassa as 12 milhas náuticas estabelecidas pela CNUDM⁸ em seu artigo 57: “A zona econômica exclusiva não se estenderá além de 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial”.

As ações de Pequim no mar do sul da China se consubstanciam em ocupações de ilhas, recifes e rochas. Dentre elas, os principais focos são as ilhas Spratly, as Paracel e o Banco de Areia de Scarborough⁹.

6 Estreito que liga o Mar de Java ao Oceano Índico, localizado entre as ilhas de Bali e Lomboque, na Indonésia.

7 Delimitação traçada pela China com início em 1947 e que abarca cerca de 90% das águas do Mar Meridional Chinês, incluindo as ilhas de Paracel, Spratley e o banco de areia de Scarborough.

8 A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, em inglês, *United Nations Convention on the Law of the Sea* (CNUDM).

9 Ilhas e Zonas Oceânicas reivindicadas por Vietnã, Malásia, Filipinas, China, Brunei e Taiwan (PAUTASSO E DORIA, 2016).

3 O COMPLEXO ARQUIPELÁGICO DE PARACEL

O arquipélago de Paracel é constituído por um conjunto de aproximadamente 130 ilhas e recifes que totalizam uma área emersa de 7,75 km², espalhados ao longo de 15 mil km² (FERNANDES; PADULA, 2020). A disputa surge por este conjunto de ilhas e recifes se encontrar tanto nas plataformas continentais chinesa como na vietnamita, sendo equidistantes a 350 milhas náuticas das costas destes países (CIA, 2018). A Convenção de Montego Bay (CNUDM) define Plataforma Continental em seu artigo 76:

1. A plataforma continental de um Estado costeiro compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural do seu território terrestre, até ao bordo exterior da margem continental, ou até uma distância de 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância. [...]

6. Não obstante as disposições do parágrafo 5º, no caso das cristas submarinas, o limite exterior da plataforma continental não deve exceder 350 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial (CNUDM, 1982).

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar inclusive permite a exploração das plataformas continentais pelos seus respectivos países em seu artigo 77: “O Estado costeiro exerce direitos de soberania sobre a plataforma continental para efeitos de exploração e aproveitamento dos seus recursos naturais”. Porém nos termos da Convenção este direito deve recair em uma área sem disputa de soberania, o contrário do que ocorre na região. A exploração da plataforma continental fica impedida em caso de discordância de limites marítimos, como está expresso no art. 83 §3:

3. Enquanto não se chegar a um acordo conforme ao previsto no parágrafo 1º, os Estados interessados, num espírito de compreensão e cooperação, devem fazer todos os esforços para chegar a ajustes provisórios de caráter prático e, durante este período de transição, nada devem fazer que possa comprometer ou entrar a conclusão do acordo definitivo. Tais ajustes não devem prejudicar a delimitação definitiva (CNUDM, 1982).

Todavia, isso não impediu o governo chinês de estabelecer construções militares nestas ilhas. Além da infraestrutura militar que inclui pista de pouso de 2,7 km, porto e abrigos para mísseis terra-ar, ela é a única que possui população civil permanente. (FERNANDES; PADULA, 2020).

Nesse contexto, existem dúvidas sobre a legitimidade da ocupação chinesa, pois se sabe que o Estado chinês utilizou da força e coerção para ocupar esta região. Em 2014, a China moveu plataformas de exploração de petróleo para as proximidades das ilhas Paracel, no que ficou conhecido como a Crise das Plataformas de Petróleo. Para defender a estação petrolífera durante a crise, a China enviou cerca de 140 embarcações, incluindo navios de guerra, que dispararam canhões d'água contra navios vietnamitas que tentavam impedir a ação (AGUILAR; FAKHOURY, 2019).

A atuação chinesa nestes eventos ignorou o acordo firmado entre os dois países em 2011, além da Declaração sobre a Conduta das Partes no Mar do Sul da China (DoC), firmada no âmbito da Associação das Nações do Sudeste Asiático¹⁰ (ASEAN) (AGUILAR; FAKHOURY, 2019).

4 AS ILHAS SPRATLY

O arquipélago das Spratly é formado por aproximadamente 190 acidentes geográficos entre eles ilhas, recifes, atóis e rochedos, com uma área emersa de pouco menos de 4 km² que se espalham por mais de 450 mil km². O potencial econômico desta formação geológica advém das áreas de pesca e reservas de óleo e gás inexploradas. O controle das Spratly é dividido e disputado por China, Taiwan, Vietnã, Filipinas, Malásia e Brunei (FERNANDES; PADULA, 2020).

As formações geológicas de Spratly estão fora da plataforma continental da China e dentro da plataforma continental das Filipinas e da Malásia. Estas fronteiras foram ignoradas pela China, que começou a estabelecer sua presença no final de 2013, com a construção de estruturas nos territórios reivindicados nas ilhas Spratly (DOLVEN et al, 2015).

¹⁰ A Associação de Nações do Sudeste Asiático (ASEAN) foi criada em 1967 com a assinatura do Tratado de Bali sobre amizade e cooperação na Ásia sul-oriental, e entre os seus objetivos destaca-se aquele que busca assegurar a estabilidade política e acelerar o processo de desenvolvimento da região. São Países-Membros da ASEAN: Indonésia, Malásia, Filipinas, Cingapura e Tailândia, desde 1967; Brunei, a partir de 1984; Vietnã desde 1985; Mianmar e Laos a partir de 1997 e Camboja desde 1999.

Em março de 2014, dois navios filipinos foram expulsos de um grupo de ilhas pertencentes à região Spratly pela Guarda Costeira chinesa. Em maio do mesmo ano, navios vietnamitas e chineses colidiram no Mar do Sul da China, quando a China instalou uma plataforma de petróleo em uma área reivindicada pelos dois países. Somado a isso, o Vietnã divulgou gravações de vídeo que mostravam os navios vietnamitas sendo atingidos pelas embarcações chinesas. Diversos navios dos dois países (Vietnã e China) foram despachados para a região, durante a chamada Crise das Plataformas de Petróleo de 2014 (FAKHOURY, 2019).

Visando frear o avanço chinês, as Filipinas recorreram à Corte Permanente de Arbitragem da CNUDM para que se pronunciasse acerca da pretensão sino-filipina na região, em relação à fonte de direitos e deveres. A Corte analisou se a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar seria infringida pela prerrogativa da Linha de Nove Traços. Este Tribunal Arbitral também ponderou sobre se as formações poderiam ser consideradas ilhas ou rochas, se as ações chinesas teriam violado a Convenção e se algumas destas ações teriam agravado a disputa.

Foi concluído que todas as formações acima do mar em maré alta, como Itu Aba, seriam legalmente consideradas rochas, não gerando ZEE¹¹ e nem Plataforma Continental. Quanto às atividades chinesas na região, foi considerado que algumas formações (como o Recife de Mischief), ficavam submersas em maré baixa, estando dentro da área compreendida pela ZEE filipina, sem possibilidade de título chinês. Então, considerando o direito filipino sobre esta zona, teria havido interferência chinesa em suas atividades exploratórias, violando-se os direitos soberanos (WESTON, 2017).

5 O BANCO DE AREIA DE SCARBOROUGH

O Banco de Areia de Scarborough é constituído por um conjunto de recifes, bancos de areia e rochas que se estendem por um perímetro de 49 km. A Corte Internacional de Justiça seguindo a CNDUM, dispões que esta região pertence à Zona

11 Artigo 55 da CNUDM:

A zona econômica exclusiva é uma zona situada além do mar territorial e a este adjacente, sujeita ao regime jurídico específico estabelecido na presente Parte, segundo o qual os direitos e a jurisdição do Estado costeiro e os direitos e liberdades dos demais Estados são regidos pelas disposições pertinentes da presente Convenção.

Econômica Exclusiva e Plataforma Continental filipina. Contudo, a China contesta a soberania do recife, inclusive impedindo o acesso e exploração econômica filipina da área (FERNANDES; PADULA, 2020).

Em razão desta localização do atol as Filipinas possuem direitos exploratórios exclusivos (WESTON, 2017). Entretanto, os chineses detêm o controle de fato desta formação desde 2012 e anunciaram que devem instalar uma estação de monitoramento ambiental no recife (JOCELYN, 2017).

Apesar do controle, os projetos chineses ainda não foram iniciados. Isso se deve a dois fatores: proximidade do recife com a ilha filipina de Luzon e o veredito da Corte Internacional de Justiça ter acolhido o pedido de reconhecimento da soberania filipina na região. Destarte, Pequim tem demonstrado cautela em iniciar qualquer tipo de construção nessa área (FERNANDES; PADULA, 2020).

A Corte Permanente de Arbitragem da CNUDM analisou o caso do recife por solicitação das Filipinas. O Tribunal entendeu que pescadores locais trabalhavam na região e o impedimento da pesca pela China violaria direitos tradicionais. Contudo não houve violação da soberania filipina, pois como a localidade faz parte do mar territorial filipino existe o direito de passagem preconizado pelo art. 17 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

Sobre a legalidade da conduta das embarcações no incidente no Banco de Areia de Scarborough, em 2012, foi detectado abuso de velocidade e de proximidade, gerando riscos e violando obrigações de segurança marítima. (WESTON, 2017). A Corte ponderou, então, que a China estaria violando direito humanos e atacando a segurança marítima na região supracitada.

6 MEIO AMBIENTE E SEGURANÇA ALIMENTAR

Como foi exposto, a presença chinesa tem como um de seus atos o aterramento destes locais no Mar Meridional da China. Ao fazer isto se destrói estruturas naturais que influenciam diretamente na vida marinha, trazendo consequências danosas, já que a diversidade destes seres vivos do MSC é responsável por garantir, em boa parte, a segurança alimentar das populações do Sudeste asiático, além de representarem valiosa fonte de receita para os atores regionais (FERNANDES; PADULA, 2020).

Os recursos vivos presentes neste mar, além de contribuírem para a segurança alimentar destes países, também fornecem importantes receitas econômicas para que esses Estados continuem a se desenvolver (FERNANDES; PADULA, 2020). A fonte de alimentos destas populações pode estar comprometida devido as construções chinesas que impactam a vida marinha. A imposição chinesa de proibir o acesso à pesca pelos países da região também causa embaraço para que comunidades locais tenham acesso a esta matriz alimentar.

Isso ocorreu em 1995, quando ocorreu a proibição da atividade pesqueira dentro da lagoa do Banco de Areia de Scarborough. Este impedimento tem origem no controle exercido no Recife Mischief por forças chinesas, as quais repeliram pescadores filipinos. O local de pesca é uma área reivindicada pela China e Filipinas no Mar do Sul da China (AQUILAR; FAKHOURY, 2019).

Essa ação que viola o Artigo 19 da CNUDM, o qual em seu parágrafo 2º determina tais atitudes são atentatórias à harmonia local:

2. A passagem de um navio estrangeiro será considerada prejudicial à paz, à boa ordem ou à segurança do Estado costeiro, se esse navio realizar, no mar territorial, alguma das seguintes atividades:
 - a) qualquer ameaça ou uso da força contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política do Estado costeiro ou qualquer outra ação em violação dos princípios de direito internacional enunciados na Carta das Nações Unidas. (CNUDM, 1982)

Da mesma maneira, o artigo 129, demonstra o dever de proteção ambiental:

Os Estados costeiros de um mar fechado ou semifechado [...] devem procurar:

- a) coordenar a conservação, gestão, exploração e aproveitamento dos recursos vivos do mar;
- b) coordenar o exercício dos seus direitos e o cumprimento dos seus deveres no que se refere à proteção e preservação do meio marinho; (CNUDM, 1982)

Somado a isso o inciso 3 do artigo 62 da mesma Convenção dispõe sobre a minimização da perturbação ecológica em áreas estratégicas para economias estrangeiras:

3. Ao dar a outros Estados acesso à sua zona econômica exclusiva nos termos do presente artigo, o Estado costeiro deve ter em conta todos os fatores pertinentes, incluindo, inter alia, a importância dos recur-

so vivos da zona para a economia do Estado costeiro correspondente e para os seus outros interesses nacionais, as disposições dos artigos 69 e 70, as necessidades dos países em desenvolvimento da sub-região ou região no que se refere à captura de parte dos excedentes, e a necessidade de reduzir ao mínimo a perturbação da economia dos Estados, cujos nacionais venham habitualmente pescando na zona ou venham fazendo esforços substanciais na investigação e identificação de populações. (CNUDM, 1982)

E por fim, o artigo 145 determina especificamente a proteção ao meio ambiente marinho:

No que se refere às atividades na Área, devem ser tomadas as medidas necessárias, de conformidade com a presente Convenção, para assegurar a proteção eficaz do meio marinho contra os efeitos nocivos que possam resultar de tais atividades. Para tal fim, a Autoridade adotará normas, regulamentos e procedimentos apropriados para. (CNUDM, 1982)

Ao proibir a pesca em águas fora de sua jurisdição, aterrar os recifes e assim perturbar a economia pesqueira de outros países costeiros, houve a violação dos artigos citados alhures. Diante destas ilegalidades, a Corte Permanente de Arbitragem da CNUDM, observou que a construção das ilhas artificiais e a pesca de espécies em extinção em grande escala, teriam violado os deveres estipulados pela Convenção. (WESTON, 2017).

7 A PRERROGATIVA TEÓRICA A FAVOR DA CHINA

Em 2009, em sua *note verbale*¹² submetida as Nações Unidas, a China declarou que:

A China tem soberania indiscutível sobre as ilhas do Mar da China Meridional e as águas adjacentes, e goza de direitos soberanos e jurisdição sobre as águas relevantes, bem como sobre o fundo do mar e seu subsolo. A posição acima é sustentada de forma consistente pelo

12 Note Verbale é uma nota diplomática mais formal que um memorando e menos formal que uma nota, é redigida em terceira pessoa e nunca é assinada.

governo chinês e é amplamente conhecida pela comunidade internacional (PRC, 2009)¹³.

Como pontuado, o governo chinês adota como posição oficial os direitos históricos sobre a região ao argumentar que as atividades dos chineses no Mar do Sul da China datam de mais de dois mil anos. Isto se pauta na ideia de que a China teria sido a primeira a descobrir, nomear e se dedicar à exploração e ao aproveitamento das ilhas localizadas no Mar do Sul. Sendo assim, seria a primeira a exercer soberania e jurisdição sobre a região de forma contínua, pacífica e eficaz (PAUTASSO; DORIA, 2016).

A República Popular da China publicou na sua Declaração sobre as Linhas de Base do Mar Territorial, em 1996, o estabelecimento de linhas de base apenas com relação ao continente e às Ilhas Paracel com base nas linhas retas. Isso ocorreu antes da assinatura da CNUDM pelo Estado chinês, mas este documento não continha informações acerca das linhas de base das outras ilhas. Junto a isso, em sua Lei de Zona Econômica Exclusiva e Plataforma Continental de 26 de junho de 1998, a China refere-se explicitamente aos seus direitos históricos na região (IKESHIMA, 2014).

Ikeshima (2014) defende que embora se espere fortemente que a China explique o significado presumido da linha de nove traços, o país adotou uma postura firme e consistente, recusando-se a fazê-lo. Esta posição se baseia nos dispositivos internos chineses publicados antes da ratificação da CNUDM. Regulamentação interna que estaria alinhada com uma soberania desenvolvida ao longo de um processo histórico, a qual foi aquiescida pela comunidade internacional.

Apesar dos acordos diplomáticos, da Convenção das Organização das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e da decisão do Tribunal Arbitral da CNUDM¹⁴, a comunidade internacional permaneceu inerte diante dos fatos. Consoante Thomas W. Donovan (2004), tal inércia gera o princípio da aquiescência, conforme definido no direito internacional, o qual ocorre “nos casos em que um protesto é necessário e não

13 Chinas has indisputable sovereignty over the islands in the South China Sea and the adjacent waters, and enjoys sovereign rights and jurisdiction over the relevant waters as well as the seabed and subsoil thereof. The above position is consistently held by the Chinese Government, and is widely known by the international Community.

14 Tribunal Arbitral da Corte Permanente de Arbitragem (CPA) de Haia, constituído de acordo com as regras o Anexo VII da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS).

acontece”¹⁵. A título de exemplo, em 1999, a República Popular da China (RPC) voltou a construir estruturas no Recife Mischief. Mas em contraste com o passado, a ASEAN acabou por não surgir unida e a uma só voz, não se manifestando publicamente contra a ação chinesa (PEREIRA, 2004).

A disparidade econômica e militar e as disputas internas entre os países do Sudeste Asiático os desfavorecem em negociações bilaterais com a RPC (PEREIRA; RIBEIRO 2019). Isto fica evidente na atitude dos países do sudeste asiático de não suscetibilizar publicamente a China pelos fatos ocorridos em virtude da ajuda que ela ofereceu aos países membros para ultrapassarem os piores momentos da crise econômica. Esta turbulência financeira asiática e a instabilidade política na Indonésia, configuram impedimentos para a mobilização destes Estados para compelir as ações realizadas por Pequim. (PEREIRA, 2004).

Outro ponto que fortalece a posição chinesa é a interpretação inversa do art. 121, III da Convenção de Montego Bay que dispõe que “os rochedos que, por si próprios, não se prestam à habitação humana ou a vida econômica não devem ter zona econômica exclusiva nem plataforma continental”. Deste modo, a ocupação civil em Paracel configuraria o local como parte do território chinês, aumentando então a sua capacidade de apontamento de zonas pertencentes à soberania chinesa:

Com a propriedade de uma ilha ou recife, viriam as águas territoriais. E com as águas territoriais, vêm os recursos oceânicos (...) A posse de uma pequena ilha ou de um pedaço de recife permite ao país reivindicar um total de 1.500 quilômetros quadrados de mar territorial. (...) Quando se trata de estipulação de zonas econômicas, permite ao país dono da ilha reivindicar 430.000 quilômetros quadrados de zona econômica especial¹⁶ (Furtado, 1999, p. 398).

Como apontado por Xavier Furtado, a forma da ocupação das ilhas demonstra a estratégia chinesa para encontrar legitimidade em suas ações. Desse modo, seria

15 Acquiescence, as defined in international law, occurs “in instances where a protest is called for and does not happen.

16 With ownership of an Island or reef, there would come territorial waters. And with territorial waters, there come ocean resources (...) Possession of a small island or a piece of reef enables the country to claim a total 1.500 square kilometers of territorial sea. (...) When it comes to the stipulation of economic zones, it enables the country that owns the island to claim 430.000 square kilometers of special economic zone.

possível que o local obtivesse os institutos da Zona Econômica Exclusiva e Plataforma Continental. Isso ocorreria em razão da verificação de elementos, como a ocupação humana junto a infraestrutura estabelecida com fins econômicos, que configuram o regime jurídico reconhecido pela CNUDM.

8 A POSTURA CHINESA NO MAR DO SUL DA CHINA

A pretensão chinesa de ocupar a região da Linha de Nove Traços, ao ser julgada em seu mérito pelo o Tribunal de Arbitragem da CNUDM, foi destacada como uma postura sem base legal. Mesmo que a China reivindicasse direitos históricos existentes sobre a região, estes teriam sido extintos. A sua extinção se daria em razão de sua incompatibilidade com o instituto das Zonas Econômicas Exclusivas (ZEE) previstas pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

A Corte da CNDUM julgou inexistentes as evidências que comprovassem que a China exerceu, historicamente, controle exclusivo sobre as águas ou recursos das ilhas do Mar Meridional. O Tribunal utilizou os parâmetros estabelecidos na Convenção para afirmar que os recifes reclamados pela China, não davam direito a zonas marítimas de pelo menos 12 milhas náuticas do mar territorial, tampouco configuravam ZEE. A Corte de Arbitragem também determinou que algumas áreas se localizavam na ZEE das Filipinas. (TORRE; SALLES, 2016)

O Tribunal da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, ao analisar se havia direito exercido pela China, antes da sua entrada em vigor, considerou que os pescadores do país, assim como de outros, utilizavam as ilhas. Todavia foi ressaltado que não haveria soberania, dado o fato de que as águas eram legalmente vistas como alto-mar. Concluindo pela configuração do exercício de liberdades na área, não existindo direito histórico, pois não há provas de controle exclusivo. Assim, não haveria base para exigir direitos históricos sobre recursos, além daqueles fornecidos pela CNUDM (WESTON, 2017).

Pautasso e Doria (2016) explicam que a China prefere realizar as negociações no âmbito das relações bilaterais conforme estabelecido na Declaração de Conduta das Partes no Mar do Sul da China, assinada em 2002 com dez países membros da ASEAN. Sendo realizada então a postura chamada de “estratégia de adiamento”, em razão de buscar legitimar a suas reivindicações na região. Este modo operacional decorre do

adiamento da resolução do conflito para que com o tempo a sua reivindicação se torne mais concreta e assim aumentar o seu controle e influência sobre a área disputada (FRAVEL, 2011).

9 CONSIDERAÇÃO DOUTRINÁRIA ACERCA DO CASO

As ações tomadas pela República Popular da China embasadas em sua prerrogativa teórica não encontram respaldo doutrinário. Inicialmente este país rompe com os deveres de cooperação elencados nos artigos da CNUDM que determinam o uso consciente dos recursos marinhos e não de forma predatória como apontado acima. Menezes (2015, pg. 109) explica:

Os Estados deverão cooperar para a preservação de espécies no espaço da zona econômica exclusiva, tais como as migratórias, as de mamíferos marinhos, as de peixes anádromos, as catádromas e as sedentárias. O controle necessita de uma ação integrada, com o objetivo de manutenção das espécies, e nesse aspecto a Convenção procurou estabelecer a responsabilidade para que os Estados trabalhem de forma integrada, muito mais como um dever de jurisdição.

Conduta que também foge aos deveres impostos pela Convenção sobre o Direito do Mar:

Normatizar o fluxo pesqueiro, estabelecendo o controle sobre o volume, a quantidade de pesca, as quotas de captura e o controle da ameaça aos estoques e cardumes, que pode resultar na ameaça de extinção ou de escassez por excesso de captura, com a finalidade de preservar os recursos vivos na zona econômica exclusiva. Nesse sentido, o Estado costeiro deve levar em conta a otimização desses recursos, atendendo as necessidades econômicas das comunidades costeiras que vivem da pesca e as necessidades especiais dos Estados em desenvolvimento (MENEZES, 2015, pg. 108)

Assim a manutenção das ações chinesas no Mar do Sul da China vai de encontro à sentença prolatada pelo Tribunal Arbitral Internacional, que como ensina Menezes (2015) são definitivas, não cabendo recurso. A decisões prolatadas por este órgão são plenamente executáveis no território dos Estados-membros como se fossem de uma Corte superior, possuindo assim caráter obrigatório:

A sentença de um tribunal ou corte internacional é revestida de obrigatoriedade jurídica, constituindo uma norma particular da ordem jurídica internacional, o que torna aqueles que foram considerados juridicamente sucumbentes ao pedido obrigados a cumprir integralmente a sentença. Se não o fizerem, estarão no campo da ilicitude perante o Direito Internacional, mesmo que em determinadas circunstâncias a existência da sanção normativa como instrumento do Direito seja limitada. (MENEZES, 2015, pg. 208)

As ações do país com a maior população do planeta tiveram um de seus embasamentos derrubados, por não serem reconhecidas pela Corte. Mesmo com a argumentação que defende os direitos históricos chineses sobre este mar. Consubstanciando em conduta ilegal da parte da República Popular da China com base na análise da doutrina internacionalista acerca do desrespeito de Sentença Arbitral:

(A sentença Arbitral) É uma decisão de índole jurisdicional, rigorosamente obrigatória. Deixar de cumpri-la significa incorrer em ato ilícito, não em mera deselegância ou imprudência. Mas o fundamento dessa obrigatoriedade não é qualquer virtude mística do árbitro ou imposição de forças superiores: é, sim, o compromisso antes assumido pelas partes, onde se prometeram executar a sentença, cientes, embora, de que uma delas propenderia a ser vitoriosa e a outra a sucumbir. É, pois, no tratado que serviu de base jurídica à arbitragem que vamos encontrar o fundamento da obrigatoriedade da sentença. Assim, em última análise, esse fundamento assenta sobre o princípio *pacta sunt servanda* (REZEK, 2011, pg. 400)

Logo, houve evidente desrespeito ao ordenamento jurídico internacional por parte da China em suas ações apontadas acima. Sendo uma delas, a não execução da sentença arbitral de um tribunal em que sua criação foi ratificada por este país.

10 CONSIDERAÇÕES FINAS

A China não ocupou todas os locais da linha de nove traços, o que demonstra que os outros países também ocupam porções da região. Ao contrário do que foi postulado por este país, estas movimentações foram acompanhadas de conflitos com os países vizinhos, não constituindo direitos históricos, pacíficos e amplamente reconhecidos. Nesse sentido, as ocupações feitas pela RPC não encontram respaldo no ordenamento jurídico internacional e violam decisão arbitral internacional.

Com tantos benefícios em se manter nas regiões ocupadas como, proteção geoestratégica e militar e capacidade de ampliação das explorações econômicas, é possível compreender a razão da forte presença chinesa no MSC. Mas, não é por haver uma grande necessidade da República Popular da China em estabelecer presença no local que uma convenção internacional será descumprida. Logo, trata-se de condutas ilegais, que violam a Convenção de Montego Bay nos seus artigos que tratam da cooperação internacional.

Argumenta-se que os países do sudeste asiático tentaram conter as mobilizações chinesas. Porém, como resultado da desunião entre as nações da região e a pressão econômica exercida pela China, restou dificultada a postura firme desses países contra as transgressões de Pequim. Ainda assim, há a possibilidade de o Estado chinês utilizar da cooperação que é amplamente defendida na CNUDM

Assim, a fim de se conter um iminente conflito, deve haver a primazia da cooperação, seja de modo financeiro ou político. Diferentemente do que é observado quando o governo chinês constrói uma plataforma de petróleo em local fora da sua ZEE e expulsa ou afunda navios pesqueiros de nações do sudeste asiático. A necessidade da preferência da observância dos princípios do direito internacional, das sentenças internacionais e das convenções se fazem importantes para garantirem os direitos adquiridos e a paz pela população e os estados do Sudeste asiático.

REFERÊNCIAS

- AGUILAR, Sérgio Luiz Cruz; FAKHOURY, Renato Matheus Mendes. AS DINÂMICAS DE COOPERAÇÃO MILITAR NO MAR DO SUL DA CHINA. **Revista da Escola Naval do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 197-225, 1 jan. 2019. Disponível em: https://revista.egn.mar.mil.br/index.php/revistadaegn/article/download/800/pdf_1. Acesso em: 15 fev. 2021.
- BECKMAN, Robert. The UN Convention on the Law of the Sea and the Maritime Disputes in the South China Sea. **American Journal of International Law**, Washington DC, vol. 107, n.1, p. 142-163, jan. 2013. Disponível em: http://go-galegroup.ez94.periodicos.capes.gov.br/ps/retrieve.do?tabID=T002&result-ListType=RESULT_LIST&searchResultsType=SingleTab&searchType=AdvancedSearchForm¤tPosition=1&docId=GALE%7CA345458619&docType=Article&sort=RELEVANCE&contentSegment=&prodId=AONE&contentSet=GALE%7CA345458619&searchId=R1&userGroupName=capes&inPS=true. Acesso em 10 fev. 2021.
- CENTER OF STRATEGIC & INTERNATIONAL STUDIES (Global). **How Much Trade Transits the South China Sea?**. Washington, 2 ago. 2017. Disponível em: <https://chinapower.csis.org/much-trade-transits-south-china-sea/>. Acesso em: 27 dez. 2021.
- CIA (Org.). **Paracel Islands**. Washington. 17 jan. 2018. Disponível em: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/pf.html>. Acesso em: 08 fev. 2018.
- CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR. **Convenção nº DECRETO Nº 1.530, de 10 de dezembro de 1982**. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR. [S. l.], 1982. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/noticias/documentos/convencao-onu-mar>. Acesso em: 15 fev. 2021.
- CUNHA, André Moreira. A Economia Política do “Milagre Chinês”. **Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia**, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2008/artigos/200807091508220-.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.
- DOLVEN, Ben et al (2015). Chinese Land Reclamation in the South China Sea: Implications and Policy Options. **CRS Report prepared for Members and Committees of Congress**. Congressional Research Service 7-5700, publicado em [<https://fas.org/sgp/crs/row/R44072.pdf>]. Disponibilidade: 18/07/ 2016.
- DONOVAN, Thomas W. Challenges to the Territorial Integrity of Guyana: A Legal Analysis. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, Georgia, ano 3, v. 32, p. 661-724, 1 jan. 2004. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uga.edu/gjicl/vol32/iss3/7>. Acesso em: 27 dez. 2021.
- ENERGY INFORMATION ADMINISTRATION, US. **The South China Sea is an important world energy trade route**. TODAY IN ENERGY, [s. l.], 4 abr. 2013. Disponível em: <https://www.eia.gov/todayinenergy/detail.php?id=10671>. Acesso em: 27 dez. 2021.

FAKHOURY, Renato Matheus Mendes. AS DISPUTAS MARÍTIMAS NO MAR DO SUL DA CHINA: ANTECEDENTES E AÇÕES MILITARES NO SÉCULO XXI. **Observatório de Conflitos Internacionais**: Série Conflitos Internacionais, Marília, 2019. Disponível em: encurtador.com.br/ekyPQ. Acesso em: 10 fev. 2021.

FRAVEL, M. Taylor. China's Strategy in the South China Sea. **Contemporary Southeast Asia (CSEA)**, Cidade de Nova Iorque, v. 33, n. 3, p. 292–319, 3 dez. 2011. DOI 10.1355/cs33-3b. Disponível em: <https://taylorfravel.com/documents/research/fravel.2011.CSA.china.strategy.scs.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2021.

FURTADO, Xavier. International Law and the Dispute over the Spratly Islands: Whither UNCLOS?. **Contemporary Southeast Asia (CSEA)**, Cidade de Nova Iorque, v. 21, n. 3, p. 386–404, 1999. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/25798466>. Acesso em: 27 dez. 2021.

MAH, Luís. A China e a Política Internacional: A emergência do modelo de desenvolvimento chinês. **Relações Internacionais**, Lisboa, n. 38, 2013. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-91992013000200005. Acesso em: 10 fev. 2021.

MENEZES, Wagner. **O Direito do Mar**. Brasília: FUNAG, 2015. 238 p. ISBN 978-85-7631-548-3. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/1119-O_Direito_do_Mar.pdf. Acesso em: 28 dez. 2021.

MERCOSUL (América do Sul). Câmara dos Deputados. REPRESENTAÇÃO BRASILEIRA NO PARLAMENTO DO MERCOSUL. In: **ASEAN: ASSOCIAÇÃO DE NAÇÕES DO SUDESTE ASIÁTICO**. [S. l.], 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-mistas/cpcms/historico/bloco-seconomicos.html/asean.html>. Acesso em: 27 dez. 2021.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES DA REPÚBLICA POPULAR DA CHINA (2016). **Declaração do Ministério das Relações Exteriores da China sobre o veredicto do Tribunal Arbitral na Arbitragem do Mar do Sul da China**. 12 de julho de 2016, publicado em: <http://portuguese.cri.cn/1721/2016/07/12/1s218493>. Disponibilidade: 18/07/2016.

ORTUOSTE, Maria. The Philippines in the South China Sea: out of time, out of options?. **Southeast Asian Affairs**, Singapura, vol. 2013, n.1, p. 240–253, 2013. Disponível em: <https://muse-jhu-edu.ez94.periodicos.capes.gov.br/article/512118>. Acesso em: 12 fev. 2021.

PADULA, Raphael; FERNANDES, Felipe Gusmão Carioni. O Mar do Sul da China: seu valor estratégico e a geoestratégia chinesa. **Revista Sociedade e Cultura**, Rio de Janeiro, v. 23, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/fcs/article/download/59790/34720/>. Acesso em: 10 fev. 2021.

PAUTASSO, Diego; DORIA, Gaio. A China e as disputas no Mar do Sul: Entrelaçamento entre as dimensões regional e global. **Revista de Estudos Internacionais**, [s. l.], v. 8, 2017. Disponível em: <http://www.revistadeestudosinternacionais.com/uepb/index.php/rei/article/download/295/295>. Acesso em: 15 fev. 2021.

People's Republic of China. **CML/18/2009**. Disponível em versão traduzida para o inglês em: http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/vnm37_09/chn_2009re_vnm.pdf.

REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. Lei nº 55, de 25 de fevereiro de 1992. The Law of the People's Republic of China on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, adopted at the 24th Meeting of the Standing

Committee of the Seventh National People's Congress on February 25, 1992, is promulgated now and shall enter into force as of the date of promulgation. **LAW OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA ON THE TERRITORIAL SEA AND THE CONTIGUOUS ZONE**, China, 25 fev. 1992. Disponível em: <http://www.asianlii.org/cn/legis/cen/laws/lotprocottsatz739/>. Acesso em: 27 dez. 2021.

REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. **Lei nº 6, de 26 de junho de 1998**. Law on the Exclusive Economic Zone and the Continental Shelf of the People's Republic of China. China, 26 jun. 1998. Disponível em: http://www.npc.gov.cn/zgrdw/englishnpc/Law/2007-12/11/content_1383573.htm. Acesso em: 27 dez. 2021.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 13. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2011. 463 p. ISBN 978-85-02-12668-8.

VILLAR, Lejla., HAMILTON, Mason. **The Strait of Malacca, a key oil trade chokepoint, links the Indian and Pacific Oceans**. Energy Information Administration, 2017. Disponível em <https://www.eia.gov/todayinenergy/detail.php?id=32452>. Acesso em: 10 fev. 2021.

WESTON, Julia Cirne Lima. **A QUESTÃO DO MAR DO SUL DA CHINA: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DOS MARES DE 1982**. Orientador: Dr. Elias Grossmann. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, [S. l.], 2017. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2017/09/julia_weston_20171.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.

ZOU, Keyuan. **China's Marine Legal System and the Law of the Sea**. BRILL, 2005. v. 48. p. 89-107, 94-95. ISBN 978-90-47-40765-2. Disponível em: <https://brill.com/view/title/12079?contents=toc-50344>. Acesso em: 27 dez. 2021.

IV RIBAMAR

ENCONTRO MARANHENSE
DE DIREITO INTERNACIONAL

Standards internacionais de direito à
informação e liberdade de expressão

Estudos preliminares acerca da razoável duração do processo no Caso Damião Ximenes Lopes: a aplicação do princípio penal da razoabilidade processual perante Cortes Interamericanas em vista à Justiça Restaurativa

*Preliminary studies on the reasonable duration of the process in the
Damião Ximenes Lopes case: The application of the criminal principle
of procedural reasonableness towards Inter-American Commission on
Human Rights taking into account restorative justice*

João Miguel Belo Carvalhêdo

E-mail: joaomiguel_bc@hotmail.com, graduado em direito pelo
Centro Universitário UNDB, pós-graduação em andamento
pela Pontífice Universidade Católica do Rio Grande do Sul

1 INTRODUÇÃO

O caso Damião Ximenes Lopes refere-se à internação do referido em uma clínica psiquiátrica no interior do Estado do Ceará, ocasião em que deveria ser tratado das “perturbações mentais” pelas quais passava. Ocorre que, contrariamente ao esperado pelos familiares, este sofreu diversos maus-tratos dentro da instituição e veio a falecer. Decorreram mais de 06 meses de sua morte e o processo continuava a se prolongar na justiça, sem nenhum resultado (CIDH, 2006).

A grande duração do caso acabou por atender ao pressuposto temporal para julgamento perante a CIDH, e, em virtude disso, o processo ganhou grande notoriedade (CIDH, 2006). Ocorreu no caso a violação do direito a razoável duração do processo de todos os participantes processuais. Como apontam Badaró e Lopes Jr. (2009), o conceito de uma razoável duração do processo no Brasil ainda se encontra nebuloso, não sendo claro o que seria um prazo razoável para o processo se findar, sendo mais presente uma ideia de “não-prazo”, ou seja, da inexistência de um prazo para conclusão do processo penal.

Se por um lado existe uma duração excessiva nos processos penais pátrios, trazendo ainda mais problemas do que aqueles relacionados ao crime, por outro existe hoje no Brasil políticas públicas que buscam um processo penal mais célere, e reduzem o sofrimento dos envolvidos, como é o caso da justiça restaurativa. O Estado brasileiro regulou a justiça restaurativa pela primeira vez por meio da Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Essa medida busca a conscientização do ofensor do crime que ora cometeu além de garantir a participação direta do ofendido, e visa a restauração de laços quebrados e a reinserção do réu na sociedade (ZEHR, 2008). A medida, porém, ainda é nova, tendo pouca aplicação concreta.

De tal modo, questiona-se: Como a justiça restaurativa pode ser utilizada em casos similares ao de Damião Ximenes Lopes como um meio eficiente para resolver conflitos, fazendo com que procedimentos jurídicos tenham resultados reconhecidos como mais justos no âmbito penal?

Como objetivo geral do presente artigo se tem a busca por estudar como a justiça restaurativa pode ser aplicada a casos similares aos do Damião Ximenes Lopes, como um meio eficiente para resolver conflitos, fazendo com que procedimentos jurídicos tenham resultados reconhecidos e mais justos no âmbito penal.

Já em se tratando de objetivos específicos, três deles podem ser destacados, sendo eles: 1) Conceituar a Justiça Restaurativa enquanto método de resolução de conflitos penais; 2) Determinar a razoável duração do processo enquanto critério de admissibilidade perante a CIDH em face do caso Damião Ximenes Lopes; e 3) Descrever analiticamente o caso Damião Ximenes Lopes perante a sentença prolatada pela CIDH, frente a justiça restaurativa e a razoável duração do processo.

Acerca da metodologia apresenta-se que nesta pesquisa serão construídas as premissas da justiça restaurativa e da razoável duração do processo, fazendo, ao final, sua aplicação ao caso Damião Ximenes Lopes, restando presente como método neste trabalho o dedutivo. Para Lakatos e Marconi (2017), este se baseia na ideia da existência de premissas isoladas que, quando analisadas de maneira conjunta, resultam em conclusões acerca de um tema em específico. A base deste método são as argumentações condicionais, tratando cada questão abordada na pesquisa como um ponto para análise dos demais.

O primeiro momento dessa pesquisa se refere a uma introdução acerca do que seria a justiça restaurativa. Pretende-se demonstrar os diversos princípios desta técnica adequada de resolução de conflitos penais, destacando também como ela é aplicada e como é feita sua análise.

Em seguida trata-se de questões procedimentais sobre como a CIDH acabou por julgar o caso Damião Ximenes Lopes. Nesse ponto estuda-se a razoável duração do processo como critério de admissibilidade perante a corte e a aplicação desse princípio tanto no Brasil, como em cortes internacionais, quanto em outros países.

Em terceiro momento analisa-se de maneira pormenorizada o caso Damião Ximenes Lopes, com enfoque na sentença proferida pela CIDH. Neste ponto pretende-se fazer um estudo da própria decisão ora proferida pela corte, destacando os principais problemas encontrados durante o julgamento e contrapor esses pontos com os aspectos característicos da justiça restaurativa.

Como resultados preliminares à pesquisa identificou-se que a justiça restaurativa pode ser aplicada a casos similares ao Damião Ximenes Lopes. O método adequado de resolução de conflitos pode tanto servir como um meio de obter maior celeridade processual como também uma oportunidade para que vítima, acusado e mesmo os familiares destes possam ter suas vozes ouvidas.

2 A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MÉTODO EFICAZ DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS PENAIS

Inicialmente, apresenta-se a Justiça Restaurativa por meio dos estudos de Howard Zehr. O autor em questão vem a trabalhar a Justiça Restaurativa como uma “troca de lentes” da justiça penal comum, propondo uma maneira negocial de ver conflitos (ZEHR, 2008).

Complementa-se esse pensamento pelos apontamentos de Pallamolla (2009) a qual traz que o papel da justiça restaurativa seria de reconstruir os laços rompidos com a prática do ato delituoso, além de buscar evitar a reincidência do réu no processo penal.

Apesar de não ser o autor que apresenta uma perspectiva mais aprofundada da Justiça Restaurativa, Zehr (2008), trata-se de um ponto de partida na medida que é um dos principais pensadores acerca do tema. Dessa forma inicia-se as discussões partindo-se das ideias trazidas por este e, a partir delas, se aprofundar em diferentes vertentes e aplicação desse método eficiente de resolução de conflitos penais.

A exemplo, se traz a perspectiva de Rolim (2006), para o qual a justiça restaurativa trata-se como uma possível substituição do sistema de justiça criminal. O autor a apresenta como uma melhor forma de lidar com vítima e acusado, além do modo como esses se relacionam e com os sentimentos destes seria a justiça restaurativa mais eficiente para solucionar questões que poderiam vir a se tornar processos penais. Dessa forma a Justiça Restaurativa seria considerada uma resposta à própria abolição de um sistema de justiça penal.

Já para Froestad e Shearing (2005), a justiça restaurativa pode ser entendida como uma de várias possíveis metodologias aplicáveis para solucionar problemas tanto de origem penal como originário de meras discussões. Inclusive enquanto metodologia teria a justiça restaurativa diferentes formas de aplicação, sendo uma metodologia possível de ser dividida dentre diversas outras metodologias em si mesma.

Assim, são trazidas uma diversidade de visões sobre a justiça restaurativa. Enquanto Zehr (2008) e Pallamolla (2009) apresentam um olhar mais clássico deste modelo de justiça, Rolim (2006) traz uma versão mais ligada ao abolicionismo penal, enquanto Frostad e Shearing (2005) entendem o método restaurativo como metodologia de resolução de conflitos.

Em continuidade, para busca entender os detalhes da Justiça Restaurativa, importa trazer os princípios que definem esse método de resolução de conflitos. Esses, quando positivado no Brasil por meio da resolução 225/2016 do CNJ, foram apresentados no país como sendo:

a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade (BRASIL, 2016, [online])

De forma que a definição dada pelo Conselho Nacional de Justiça engloba princípios previstos por diversos doutrinadores, buscando uma definição mais universal do tema.

Marshall (1999), por outro lado, identifica quatro princípios da justiça restaurativa, sendo eles: a) Abrir espaço para a participação daqueles diretamente afetados pela prática do crime; b) Ver os problemas advindos do crime no contexto social que se inserem; c) Uma busca por solução preventiva de problemas; e d) Criatividade e flexibilidade nas práticas restaurativas.

Já Braithwaite (2003) enumera sete princípios poderiam orientar as práticas restaurativas, entre eles se têm: a) Não dominação: Também chamado de horizontalidade, no sentido de que todas as partes no processo restaurativo devem ser tratados de igual maneira tendo igual poder de fala; b) Empoderamento: Sendo uma consequência da não dominância de nenhuma das partes, de forma que aquelas partes que restaram silenciadas ante a não aplicação da justiça restaurativa têm, agora, oportunidade de se manifestar.

Aponta também os princípios: Respeito de limites das partes; escuta respeitosa ou escuta ativa; igual preocupação com todos aqueles que tem interesse no processo restaurativo; possibilidade apelar para uma instância judicial se não satisfeito com a decisão restaurativa; e respeito às convenções e legislações acerca de direitos humanos (BRAITHWAITE, 2003).

Estando expostos conceito iniciais da Justiça Restaurativa, é trazido também sua visão antagonista: a justiça retributiva. Essa é entendida como a justiça penal que vigora no Brasil e no mundo. Caracterizado por ser um sistema que prioriza a mera punição

do acusado, tratando todo crime como um ato praticado contra o Estado, e deixa de lado a participação da vítima (ELLIOT, 2018).

Nils Christie (1977) aponta que esse sistema de justiça tem, em sua própria existência e aplicação aos indivíduos, uma imposição de dor, sendo, simultaneamente, um ato do Estado de “roubar o conflito”, para si, ou seja, o tirando das mãos daqueles diretamente afetados pelo ato e tentando o resolver por conta própria.

Por fim, retoma-se de maneira crítica a teoria de Zehr (2008). O autor em questão apresenta uma metodologia efetiva em afastamento de conflitos penais. Ocorre que esta acaba esvaziada de uma discussão aprofundada, por exemplo, do abolicionismo penal e de uma versão interseccionalizada da aplicação da justiça restaurativa.

Nesse sentido, Nucci (2018), a um, aponta que há dificuldade de aplicação dessa doutrina do abolicionismo por conta de um caráter punitivo que se tem na sociedade atual, além disso a própria legislação propõe uma inafastabilidade do processo penal dirigido pelo Estado com objetivo de punir, na forma do princípio da indisponibilidade.

Já para Davis (2019), o abolicionismo penal estaria unido a uma busca de enfrentamento de todas as demais opressões. Nesse sentido, a autora buscaria uma perspectiva mais radical do abolicionismo, apresentando conjuntamente a uma extinção do processo penal, um fim para o racismo, o sexismo, o capitalismo, o colonialismo, entre outras. Assim a autora liga o sistema penal e as falhas desse com a existência de opressões estruturais e institucionais, as quais devem ser todas combatidas de maneira conjunta para se ter um resultado satisfatório.

3 A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ENQUANTO PRINCÍPIO E CRITÉRIO DE ADMISSIBILIDADE NA CIDH

Como já fora apresentado, o caso Damião Ximenes Lopes somente chegou a ser julgado perante a CIDH em razão do descaso estatal quanto ao processo em questão (CIDH, 2006). Ocorre que, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2006), há uma expectativa de que os casos a ela submetidos sejam julgados em um prazo razoável, hipótese que, não sendo o caso, é aberta a possibilidade de um julgamento direto perante a corte, que foi o que ora ocorreu no caso.

Assim, inicia-se as discussões acerca da razoável duração do processo por meio da apresentação do conceito do referido princípio quando aplicado no Brasil. Para

tanto utiliza-se da pesquisa trazida pelo professor Aury Lopes Jr, tanto no seu próprio manual de processo penal (LOPES JR, 2019) quanto do livro “Processo Penal no Prazo Razoável”, o qual trata especificamente sobre o tema (LOPES JR; BADARÓ, 2009).

No primeiro desse Lopes Jr (2019) traz conceitos gerais sobre o tema do princípio da razoabilidade duração do processo. Acerca do princípio o doutrinador enfoca-se na sua aplicação como uma busca de trazer o direito de forma mais justa possível. Citando Beccaria (1999?, *apud*, LOPES JR, 2019), quanto mais próxima do crime for a decisão prolatada sobre o caso, mas justa ela assim será.

Beccaria (1999) apresenta a necessidade de um processo célere (com uma duração não além da necessária para ser proferida a sentença) resta presente na justeza da pena. Nesse sentido, para o autor quanto menos o processo se prolongar mais justa será a pena ao final proferida, visto que menor será o sofrimento do réu no decorrer de um processo que, por si só, já vai lhe afetar de maneira direta.

Por outro lado, Lopes Jr (2019) aponta ainda que não se deve buscar somente uma celeridade irrestrita do processo. Cada caso apresenta suas peculiaridades, de forma que possam ser mais ou menos complexos, vindo a requisitar um período de tempo maior ou menor para o devido julgamento (LOPES JR, 2019). O princípio da razoável duração não se trata de um julgamento com celeridade irrestrita, mas sim uma busca por vislumbrar o caso no tempo necessário para que se tenha uma resposta justa ao processo.

O segundo livro do doutrinador ora trazido, vem tratar sobre uma perspectiva mais específica do que seria a razoável duração do processo. Neste Lopes Jr e Badaró (2009) adentram em detalhes sobre o que seria um prazo razoável perante o procedimento penal brasileiro, apresentando a inexistência de uma definição sobre o tema no direito pátrio e, em razão disso, lançando mão de uma pesquisa baseada no direito comparado e nas decisões de tribunais internacionais (inclusive da própria CIDH e dos seus critérios de admissibilidade).

Dentro dessa pesquisa os autores apresentam a chamada “doutrina do não-prazo”. Segundo Lopes Jr e Badaró (2009), esta baseia-se na ideia de que o sistema penal Brasileiro não prevê expressamente prazo para conclusão dos processos a ele submetidos. Se trata de uma doutrina crítica da do direito processual penal pátrio que visa demonstrar a não preocupação dos tribunais de buscar atender uma verdadeira razoável duração do processo.

Para Nicolitt (2006) essa doutrina viria a não se apresentar de todo negativo. A ausência de determinação de prazos concretos para conclusão de diferentes momentos processuais pelo legislador levaria a uma melhor adequação da lei processual penal para cada caso submetido perante juízo. Dessa forma, para o autor, a existência de um prazo processual concreto iria de encontro com a própria previsão da razoável duração do processo, não sendo possível buscar um tempo razoável específico para concluir a ação penal quando restarem estabelecidos marcos temporais nas legislações existentes.

Se apresentando como uma antítese à razoável duração do processo, a doutrina do não-prazo servirá para que sejam possíveis traçar críticas a utilização da razoável duração do processo no Brasil. Assim, demonstra-se que a teoria ora trazida por Lopes Jr e Badaró (2009), encontra arcabouço científico, na medida em que é possível delimitar, inclusive, espaços de aplicação teórica dessa na forma da doutrina do não-prazo (tanto em sentido favorável quanto contrário aos apontamentos ora trazidos pelo doutrinador).

Estando expostos pontos iniciais acerca do princípio dentro do direito penal pátrio, passa-se uma análise deste enquanto critério de admissibilidade da CIDH. O artigo 46 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ([online], 1969) aponta que:

Artigo 46

1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;

b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;

c. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; (...)

2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

(...) c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Perante a análise do artigo ora em questão o que se percebe é que a demora processual como pressuposto para a ação ser julgada perante a CIDH se trata de excepcionalidade.

Em tese deveria o processo somente ir para a Corte se houverem sido esgotados os recursos e os meios de busca por direitos dentro do próprio país, porém, como inclusive apontado por Lopes Jr e Badaró (2009), a demora processual injustificada se demonstra tão grave perante as cortes internacionais que autoriza uma quebra dos pressupostos principais de admissibilidade.

Conforme apresenta Nunes (2017), tal exceção se desprende da própria ideia do julgamento de um processo penal num prazo razoável como direito fundamental do indivíduo. Nesse sentido, apresenta a autora acerca da Convenção Europeia de Direitos Humanos:

6.1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. (...) (CONSELHO EUROPEU, 1950; apud, NUNES, 2017, pg. 7)

A legislação em questão serve de base para todas as noções acerca de um julgamento penal perante um prazo razoável. O artigo em questão teria “positivado” a necessidade de um julgamento em prazo compatível com a complexidade do caso enquanto direito do indivíduo a ser sempre buscado e respeitado (NUNES, 2017).

Assim, em sendo a CIDH, corte responsável pela busca da efetivação de direitos fundamentais que estejam sendo atentados dentro de seu raio de competência (PIOVESAN, 2014), esta adota um posicionamento de respeito ao direito fundamental de julgamento processual penal em um prazo razoável ao prever a exceção acima exposta.

3.1 A razoável duração do processo no direito comparado: Como outros países tratam o tema?

Em que pese restar apresentado o princípio da razoável duração do processo no Brasil e perante a CIDH, para finalizar tal parte da pesquisa, é trazida uma visão do direito comparado, buscando entender como outros países vêm a tratar acerca desse tema.

Nesse sentido inicia-se essa parte do estudo trazendo novamente a Convenção Europeia de Direitos Humano (em anterior citada). Sendo um dos primeiros documentos que buscaram tratar sobre os direitos dos indivíduos deu um julgamento num

prazo razoável, essa legislação internacional pode ser compreendida como a origem desse direito fundamental na modernidade (NUNES, 2017).

Ocorre que a convenção em questão se trata de uma lei de nível internacional, de maneira que somente resta efetiva para os países que a ela ratificaram. Dessa forma Viana (2007, pg. 86), apresenta os oito primeiros países que assim fizeram, sendo eles “Alemanha, Dinamarca, Islandia, Irlanda, Luxemburgo, Noruega, Suécia e Reino Unido”, sendo esses, portanto, os pioneiros por uma efetivação do direito à razoável duração do processo.

Em se tratando da análise específica da positivação do princípio na Europa enfoca-se naquele de maior proximidade com o Brasil: Portugal. No país lusitano o tema foi tratado inicialmente em sua constituição, no art. 20 da respectiva. Tal previsão, porém, é genérica, sendo em especial aplicado para o julgamento célere de causas processuais civis ora submetidos a jurisdição do país (NASCIMENTO, 2009).

Em que pese a previsão de julgamento penal em prazo razoável em processos penais no país o Código de Processo Penal português traz previsões próprias. Silva (2018), apresenta a existência no país de previsões de prazos gerais de conclusão de inquérito e para o exercício do direito de defesa, porém, em contrapartida, prevê de mesmo modo a possibilidade da chamada “aceleração processual”, em caso de estarem os prazos sendo excedidos por demasiado.

Em continuidade, aparenta não haver uma existência de prazo específico para a conclusão dos processos penais no país (seja na fase inquisitorial, seja na fase processual), de forma que estes ficam à mercê dos prazos ora tratados em juízo (SILVA, 2018). Em razão disso, inclusive, vem entendendo os tribunais lusófonos pelo direito do indivíduo de um julgamento perante um prazo razoável, apesar de demoras processuais ainda serem constantes (VIANA, 2007).

Dessa forma, perante uma visão europeia do tema, o que se percebe é uma jurisdição submetida a positivação na Convenção Europeia de Direitos Humanos, sendo buscado a efetivação de um processo em um prazo razoável (NUNES, 2017; VIANA, 2007). Porém, em contrapartida, há de igual maneira problemas práticos nessa busca por prazo razoável, sendo igualmente presente em países como Portugal a “doutrina do não-prazo” de Lopes Jr e Badaró (2009) (SILVA, 2018).

Superada a apresentação do princípio em países europeus (em especial em Portugal), volta-se à análise para países americanos, visto esses estarem de igual maneira

submetidos a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para tanto seleciona-se dois países: Argentina por também se encontrar dentro da América do Sul e os Estados Unidos da América, com vista de analisar o funcionamento do direito perante a *common law*.

Acerca da Argentina, expõe Sampaio (2011), que o princípio ora em comento não é expressamente previsto na Constituição local. Ocorre que, conforme aponta o autor, o país em questão é dividido em forma de provinciais, havendo cada uma dessas ter uma previsão específica acerca da tutela jurisdicional dos direitos dos indivíduos. Assim, vão existir diversas previsões locais acerca da celeridade processual, porém sempre sendo buscado a decisão processual no prazo razoável ao processo.

Complementa esse pensamento o trazido por Abdala e Sousa (2019, pg. 10), os quais tratam acerca da lei de aplicação para todo o país. Segundo os autores:

Na Argentina, sempre que ultrapassado o prazo para que uma decisão seja proferida, o interessado pode provocar a atuação jurisdicional requerendo pronta decisão. Se dentro do prazo de 3 dias não houver qualquer manifestação, poderá recorrer ao órgão superior, que deferirá o pedido correspondente.

Ou seja, há ao menos formalmente, uma busca pela efetivação dos direitos dos indivíduos ao julgamento em um prazo razoável, sendo previstos tanto meios para que os indivíduos tenham acesso a uma tutela jurisdicional célere, como, a depender da província, punições quando esse prazo razoável não for respeitado. A título de exemplo, Sampaio (2011) traz o dispositivo 145 da Constituição da Província de Terra do Fogo, no qual prevê como falta grave a não decisão dos processos em pra razoável.

Ocorre que, mesmo havendo tais previsões, o país não se exime da quebra desse direito. Pereira e Dourado (2018), demonstram que ainda no ano de 2011, a Argentina vinha sendo condenada perante a CIDH ante o desrespeito ao princípio da razoável duração do processo, havendo processos no país ainda por perdurarem por mais de 10 anos.

Finaliza-se o presente tópico com breves relances acerca da razoável duração do processo nos EUA. Importa destacar a função dos Estados Unidos da América no que tange uma busca pela razoável duração do processo penal em virtude de este ter sido o primeiro país a trazer tal previsão na emenda 6 de sua Constituição em 1798 o direito a um julgamento rápido (ou *right of a speed trial*) (NICOLAU, 2019). Aponta

ainda Nicolau (2019), que o direito em questão se referia exclusivamente a necessária velocidade no julgamento de causas penais.

De igual maneira a Argentina, os EUA também são divididos em Estados com maior independência, inclusive para a criação de leis penais e processuais penais próprias. Viana (2007), aponta que a razoável duração do processo precisou ser trazida de maneira unitária para as constituições de cada Estado da federação. Assim, desde a promulgação da emenda nº 6, foram aos poucos sendo expandido o direito ao *speed trial*, para todo o país.

Em que pese a jurisprudência do país dois pontos podem se ressaltados: A um Viana (2007), apresenta como diversos juízes (inclusive da suprema corte), se movimentam no sentido de que o direito à razoável duração do processo no país trata-se de algo fundamental para a democracia dos EUA, devendo ser respeitado pois sua quebra não somente afeta o indivíduo ora julgado, mas sim toda a sociedade.

Por outro lado, Nicolau (2019), traz que também entendeu a Suprema Corte Norte Americana, que essa busca por uma razoável duração acabava sendo deixada de lado em detrimento de outros direitos fundamentais, sem possibilidade de precisar o que realmente seria um “julgamento rápido”. Desse modo, novamente, resta presente uma busca teórica por um julgamento célere (ou em prazo razoável), mas que, na prática, é deixado a um “não prazo” (LOPES JR; BADARÓ, 2009).

4 ANÁLISE DO CASO DAMIÃO XIMENES LOPES: UMA VISÃO COM BASE NO DIREITO INTERNACIONAL, NA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Por fim, busca-se explorar as noções acerca do caso Damião Ximenes Lopes perante a jurisdição internacional. Nesse sentido busca de uma análise acerca da justiça no direito internacional agregado a um aprofundamento acerca dos direitos humanos perante tribunais internacionais, para tanto lança-se mão dos trabalhos da professora Flávia Piovesan.

A um o seu livro “Direitos Humanos e Justiça Internacional” serve como base para compreensão tanto da internacionalização dos direitos humanos (ou seja, uma interpretação dos direitos fundamentais do indivíduo sob uma perspectiva suprana-

cional) quanto do funcionamento das Corte internacionais que vem a tratar do tema (PIOVESAN, 2014).

A dois, estuda-se também outras pesquisas mais específicas feitas pela professora. Cita-se como exemplo a publicação acerca do direito das pessoas com deficiência perante o contexto internacional segundo análise da Convenção da ONU sobre o tema (PIOVESAN, 2012). Tal vertente do trabalho da autora se mostra de interesse na medida que a dissertação em tela pretende, também, traçar uma análise do direito manicomial, haja vista que o corpus desta pesquisa se trata da morte de um indivíduo que havia sido internado em clínica psiquiátrica em virtude de uma perturbação mental.

A três, também se traz à tona o livro “Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional”. Este servirá como base para a compreensão de uma aplicação da justiça e do direito internacionais perante o sistema jurídico pátrio, de forma a buscar entender como as decisões da CIDH podem vir a influir dentro da justiça brasileira e como a própria Constituição Federativa vem a ser afetada pelo direito internacional (PIOVESAN, 2021).

Trata-se ainda dos critérios de admissibilidade perante a CIDH. Koch (2015), destaca, conforme análise de regramento da própria CIDH, como dois sendo os critérios para admissibilidade de processos perante a corte: o esgotamento de recursos perante a justiça a qual do país no qual o caso se originou ou a quebra da razoável duração do processo para julgamento do caso, tendo este perdurado por tempo muito acima do necessário.

Piovesan (2021) complementa apontando que, para ser o caso julgado perante a corte é necessário a presença de desrespeito de Direitos Humanos no país. Nesse sentido a CIDH apresenta-se como uma corte que busca proteger os Direitos Humanos de todos os indivíduos de países a ela submetidos.

No presente *corpus* de análise o que pode ser percebido é a segunda hipótese apresentada por Koch (2015), ou seja, o excesso de prazo na resolução do processo perante a justiça interna. Nesse sentido, resta demonstrado na sentença de julgamento do caso:

195. O artigo 8.1 da Convenção dispõe, como um dos elementos do devido processo, que os tribunais decidam os casos submetidos ao seu conhecimento em prazo razoável. A razoabilidade do prazo deve ser apreciada em relação com a duração total do processo penal. Em matéria penal este prazo começa quando se apresenta o primeiro ato

de procedimento contra determinada pessoa como provável responsável por certo delito e termina quando se profere sentença definitiva e firme.

196. Para examinar se neste processo o prazo foi razoável, nos termos do artigo 8.1 da Convenção, a Corte levará em consideração três elementos: a) a complexidade do assunto; b) a atividade processual do interessado; e c) a conduta das autoridades judiciais.

197. Com fundamento no exposto no capítulo sobre fatos provados, bem como nas alegações da Comissão, dos representantes e do Estado, este Tribunal considera que este caso não é complexo. (...) A demora do processo se deveu unicamente à conduta das autoridades judiciais. (...) (CIDH, 2006, pg. 66)

Assim, rememora-se o anterior apresentado acerca do princípio da razoável duração do processo no Brasil e no exterior. O que se percebe é que o caso Damião Ximenes Lopes teve uma demora injustificada por razões externas a vontade da vítima e de sua família, mas sim diretamente ligadas a conduta do judiciário (CIDH, 2006). Há uma exemplificação da doutrina do não prazo no país, demonstra-se faticamente como o judiciário brasileiro deixa de lado o tempo processual adequado para a resolução do processo, fazendo este correr para tempo em muito superior ao necessário (LOPES JR, BADARÓ, 2009).

Em complemento, continua-se a discussão acerca da justiça retributiva dentro do sistema penal ora em questão. Conforme trazido por Zehr (2008) e Pallamolla (2009), a justiça retributiva vai buscar tomar o conflito para si, não se preocupando na situação do acusado ou da vítima perante o processo penal.

Assim, se por um lado se tem uma necessidade de processo célere em respeito do princípio constitucional da razoável duração do processo como maneira mais justa de decidir sobre o caso (BECCARIA, 1999; LOPES JR, 2019), pelo outro, a justiça retributiva não se preocupa efetivamente com um processo que atenda às necessidades do réu ou das vítimas, inclusive no que tange um julgamento célere e que cause menos dor (ZEHR, 2008; PALLAMOLLA, 2009). Daí o porquê da doutrina do não prazo restar tão presente nas entrelinhas do processo penal Brasileiro (LOPES JR, BADARÓ, 2009).

Acerca do caso Ximenes Lopes, a tomada do conflito pela justiça retributiva (e o Estado, por consequência), trouxe junto de si uma demora injustificada e, segundo inclusive depoimentos apresentados dentro da decisão da corte, uma falta de sentimento de justiça por conta daqueles diretamente afetados pelo crime (CIDH, 2006).

5 CONCLUSÃO

Percebe-se, em primeiro momento, que se a justiça restaurativa for aplicada a casos similares ao de Damião Ximenes Lopes, pode-se conseguir tanto uma maior celeridade processual, com verdadeiro senso de justiça e restauração para aqueles diretamente ou indiretamente afetados pelo crime, como também uma possibilidade de atuação restaurativa antes mesmo da possível ocorrência do ato criminoso.

A razoável duração do processo no Brasil configura mero formalismo jurídico, sendo por vezes desrespeitada e com diversos casos simples perdurando por tempo para além do necessário, o que acaba por trazer um sofrimento para a vítima, o ofensor e os demais envolvidos direta ou indiretamente pelo ato cometido.

Ao analisar o Caso Damião Ximenes Lopes percebe-se um descaso estatal em relação aos indivíduos no que tange uma duração razoável no processo, assim como que o Estado não atua em relação àqueles afetados pelo crime senão em relação ao próprio acusado. Nesse sentido são invisibilizados indivíduos como a vítima, a sociedade afetada pelo crime e os familiares (do ofendido e do ofensor), quando se trata da ação processual penal estatal.

Por fim, sendo a justiça restaurativa aplicada para além das relações entre pessoas físicas (no caso, para pessoas jurídicas, tanto de direito público quanto de direito privado), pode-se chegar a uma atuação mais ampla de um sistema de amparo e apoio para vítimas de crimes, familiares e os demais que o ato criminoso afetou.

Encerra-se a este artigo com a seguinte citação extraída dos autos do caso Damião Ximenes Lopes:

no dia do enterro [do] irmão no cemitério [ela] se ajoelhou sobre o caixão dele e jur[ou] que [sua] alma não sossega[ria] enquanto não houvesse justiça no caso [de Damião Ximenes Lopes], e [faz] seis anos que [ela] busca justiça [...]. (CIDH, 2006, pg. 58)

Tal citação trata-se do depoimento da irmã de Damião Ximenes Lopes quando ouvida perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O que se pretende demonstrar com a citação ora em comento é o cerne desta pesquisa, ou seja, o quanto o processo penal no Brasil ainda é penoso e demorado, causando sofrimento a todos os envolvidos com ele, seja diretamente (por ser acusado ou vítima), seja de maneira indireta (como no caso acima, dos parentes da vítima).

REFERÊNCIAS

- ABDALA, Vinicius; SOUSA, Érica. A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO FRENTE AO CONTROLE DE CONVENIONALIDADE PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 14, n. 1, p. 393-412, jan. 2019. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/235032297.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2021
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 150 p.
- BRAITHWAITE, John *et al.* Principles of Restorative Justice. *In*: HIRSCH, Andreas von *et al.*, (ed.). **Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms**. 360. ed. Portland: Bloomsbury Publishing PLC, 2003. cap. 1, p. 1-20.
- BRASIL. Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **DJE/CNJ**. 91. ed. Brasília, DF, 02 jun. 2016. p. 28-33.
- CENTRO DE JUSTIÇA JUVENIL DE SÃO LUÍS (CIJJUV - SÃO LUÍS). **Planilha de monitoramento dos processos judiciais/casos acompanhados pelo Núcleo de Justiça Restaurativa – NJR – 2017-2020**. São Luís: 2020.
- CHRISTIE, Nils. Conflicts as Property. **The British Journal of Criminology**, Oxônia, v. 17, ed. 1, p. 1-15, 1 jan. 1977.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção (1969). Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. San José, Costa Rica, Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 06 dez. 2021
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Sentença de 4 de julho de 2006. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil**, San José, Costa Rica, 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 1 set. 2021.
- DAVIS, Angela. **A democracia da abolição**: Para além do império, das prisões e da tortura. 1. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019. 118 p.
- ELLIOTT, Elizabeth M. **Segurança e cuidado**: justiça restaurativa e sociedades saudáveis. São Paulo: Palas Athena, 2018.
- FROESTAD, Jan; SHEARING, Clifford. Prática da Justiça - O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos. *In*: (ORGS.) SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa**: Coletânea de Artigos. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. Cap. 4. p. 79-124.

KOCH, Camila de Oliveira. **Crítérios de judicialização de casos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. 2015. 207 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-29082016-094021/publico/VersaoFinalCompletaCamilaKoch.pdf>. Acesso em: 1 set. 2021.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 495 p.;

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARSHALL, Tony E. **RESTORATIVE JUSTICE: AN OVERVIEW**. London: Home Office Research Development and Statistics Directorate, 1999. 39 p.

NASCIMENTO, Carlos Francisco do. **Direito Fundamental ao tempo razoável do processo judicial: limites e possibilidades de concretização no ordenamento jurídico pátrio**. 2009. 251 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Feral do Rio Grande do Norte, Natal, 2009. Disponível em: https://repositorio.ufrn.br/bitstream/123456789/13904/1/DireitoFundamentalTempo_Nascimento_2010.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021

NICOLAU, Flávio Itabaiana de Oliveira. **O DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO PENAL**. 2019. 76 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://portal.estacio.br/media/4679615/fl%C3%A1vio-itabaiana-de-oliveira-nicolau.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2021.

NICOLITT, André Luiz. **A duração razoável do processo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUNES, Carolina Luchina Giordani. O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E SEUS CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO NO ÂMBITO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: um estudo do caso Damião Ximenes Lopes. **Revista do Cejur/Tjsc**: Prestação Jurisdicional, Florianópolis, v. 5, n. 1, p. 35-58, jan. 2017. Disponível em: <https://cejur.emnuvens.com.br/cejur/article/view/219>. Acesso em: 07 dez. 2021.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: Da teoria à prática**. São Paulo: Ibccrim, 2009.

PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. **Verve**: revista semestral autogestionária do Nu-Sol., São Paulo, v. 1, n. 9, p. 83-114, 2006. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5131/3658>. Acesso em: 20 nov. 2020.

PEREIRA, Luciene Torres; DOURADO, Maria de Fátima Abreu Marques. A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO COMO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA SOB A ÓTICA DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE

INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. In: RIO DE JANEIRO. DEFENSORIA PÚBLICA GERAL. **Cadernos estratégicos**: análise estratégica dos julgados da corte interamericana de direitos humanos. Rio de Janeiro: Cejur, 2018. p. 86-111. Disponível em: <http://cejur.rj.def.br/uploads/arquivos/b2009a1a72a742d-48483fc2f80e3a585.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2021.

PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Inovações, Alcance e Impacto. In: Ferraz, Carolina Valença... [et al.] (Coord.). **Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da Rainha Vermelha**: policiamento e segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

SAMPAIO, Luiz Fernando Quadros Malta Pinto de. **A Razoável Duração Do Processo**: o inciso LXXVIII do art. 5º da constituição federal. São Paulo: Clube dos Autores, 2011. 180 p.

SILVA, Germano Marques da. Princípio da celeridade e prazos do inquérito. **Revista Julgar**, Lisboa, v. 1, n. 34, p. 139-148, abr. 2018. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2018/01/JULGAR-34-09-GMS.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

VIANA, Adriana Grandinetti. **A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO COMO MECANISMO DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL**. 2007. 272 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Econômico e Social, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp032636.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

ZEHR, Howard. Uma lente restaurativa. In: ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes**: Um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa. 3. ed. São Paulo: Palas Athena, 2008. Cap. 10. p. 7-32.

IV RIBAMAR

ENCONTRO MARANHENSE
DE DIREITO INTERNACIONAL

Standards internacionais de direito à
informação e liberdade de expressão

Instituições internacionais e liberdade de expressão: limites e perspectivas a partir do sistema interamericano de direitos humanos

*International institutions and freedom of expression: limits and
perspectives from the inter-american system of human rights*

Larine Mariano Rodrigues

Graduanda em Direito na Universidade Federal do Maranhão;
pesquisadora do NEDID/UFMA; bolsista PIBIC FAPEMA.

Mônica Teresa Costa Sousa

Doutora em Direito (UFSC). Professora Associada na UFMA.
Professora visitante na Universidade de Valencia (Espanha).
Docente no PGCult/UFMA e PPGDir/UFMA. Bolsista de
Produtividade em Pesquisa (FAPEMA). Coordenadora do
Núcleo de Estudos em Direito Internacional e Desenvolvimento
(NEDID/UFMA/CNPq).

1 INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão não é um direito individual, mas uma espécie de direito coletivo/difuso/social. Isso porque esta permite que o indivíduo não apenas exprima suas ideias, sentimentos e opiniões, mas também que outros tomem conhecimento dessas concepções. Dito de outro modo, a liberdade de expressão configura-se como direito coletivo porque habilita ao indivíduo a emitir e receber informações (BENTO, 2016).

Daí a sua importância e reconhecimento nos instrumentos jurídicos nacionais e internacionais, uma vez que conhecer a opinião de outros é tão importante quanto exprimir as próprias, visto a necessidade de interação e difusão de ideias na atual conjuntura política, nomeadamente nas sociedades democráticas.

Embora tal direito seja tradicionalmente classificado como um direito negativo, que impõe limites à atuação estatal, é necessário notar que devido a situações recorrentes de maciças violações a este direito, a liberdade de expressão ultrapassa esse conceito tradicional ao reclamar ações positivas do Estado de modo que possa, de fato, ser usufruída sem embargos pela sociedade (SARMENTO, 2007, p. 2).

Em âmbito internacional, são múltiplos os diplomas jurídicos que versam sobre tal direito, sendo um deles a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) ou Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, que estabelece em seu artigo 13 que “não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos ou por qualquer outro meio que impeça difusão e livre circulação de informações e ideias”. O referido documento dispõe ainda que a censura prévia é permitida apenas para regular o acesso a espetáculos públicos, para proteção moral da criança e do adolescente. (OEA, 2020)

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos está no âmbito do Sistema Regional de Direitos Humanos (SIDH) e é o principal documento da Organização dos Estados Americanos (OEA). A Convenção institui órgãos especializados da OEA, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), órgão jurisdicional da OEA, e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH). Esta última, por sua vez, criou a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, encarregada de assessorar a Comissão, sistematizando a jurisprudência e o conhecimento acerca do direito à liberdade de expressão.

Considerando que o Brasil faz parte da Organização dos Estados Americanos, portanto do Sistema Interamericano, tal artigo traz como problemática a identificação

dos parâmetros (*standards*) que esta instituição internacional vem apresentando no que se refere à liberdade de expressão, a partir das determinações emitidas por seus órgãos (Comissão, Corte e Relatoria), para uma compreensão bem como para avaliação da legitimidade dos limites e responsabilidades impostos aos que violam o referido direito.

Neste sentido, este artigo possui como objetivo geral levantar todas as determinações relacionadas à liberdade de expressão no âmbito da Organização dos Estados Americanos e observando o lapso temporal de dez anos - de 2010 a 2020 e como objetivos específicos: a) identificar as decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que digam respeito à liberdade de expressão, separando-as por país; b) identificar as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos que digam respeito à liberdade de expressão, separando-as por país; c) identificar as medidas tomadas pela Relatoria Especial para a Liberdade de expressão, no que diz respeito à garantia deste direito no âmbito de atuação da OEA.

Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfica e documental institucional, cujos objetos de análise eram os principais periódicos nacionais e internacionais que versavam sobre a liberdade de expressão do ponto de vista jurídico, bem como as decisões, atos normativos e determinações acerca da liberdade de expressão disponibilizadas pelas instituições estudadas. Os instrumentos utilizados para a coleta das informações foram os espaços virtuais dos órgãos objeto de estudo, dos quais foi possível extrair os relatórios de admissibilidade, no caso da Comissão; ações e informes, no caso da Relatoria, e finalmente as demandas levadas à Corte, órgão jurisdicional da OEA.

No primeiro item de desenvolvimento, são trazidos os dois relatórios admitidos no âmbito da Comissão, sendo o primeiro o n° 4072-02 (*Sylvina Walger v. Argentina*), onde consta um longo processo criminal movido por um congressista em desfavor de uma jornalista, acusada por crime de difamação e o segundo, o n° 2191-12 (*Alexa Rodríguez v. El Salvador*), que traz em seu bojo uma situação particular onde uma cidadã salvadorenha e transgênero fora vítima de ataques contra sua vida perpetrados por gangsteres e policiais nacionais civis, em diversas circunstâncias.

Já na segunda seção, analisa-se um julgado paradigmático realizado pelo Tribunal Interamericano, o *Caso Granier y otros v. Venezuela*, cujos polos são o Estado venezuelano e uma estação de televisão privada - a Radio Caracas Televisión - impedida

de exercer suas atividades por falta de renovação das concessões em virtude de não estar alinhada editorialmente com o governo vigente.

Finalmente, no terceiro item analisa-se o teor dos informes emitidos anualmente pela Relatoria Especial, com ênfase no informe especial sobre a situação da liberdade de expressão no Chile, realizado em 2016, onde foi constatado que o país vivenciava um contexto de embate entre os interesses privados do sistema político e a liberdade de expressão no tocante ao exercício da profissão de jornalista.

A análise dos casos levantados e os fundamentos das decisões emitidas possibilitaram detectar posicionamentos de teor progressista por parte desta instituição internacional no que se refere à liberdade de expressão. Também foi possível notar os posicionamentos da Corte no sentido de reiterar a dupla dimensão da liberdade de expressão (direito individual e difuso) em seus julgados, bem como sua tendência em inibir ou refrear o sistema de responsabilização penal e civil a jornalistas ao condenar diversos países-membros da Organização dos Estados Americanos a oferecer reparação às vítimas, bem como que os Estados efetivem políticas de proteção à liberdade de expressão destas.

2 RELATÓRIOS ADMITIDOS PELA COMISSÃO

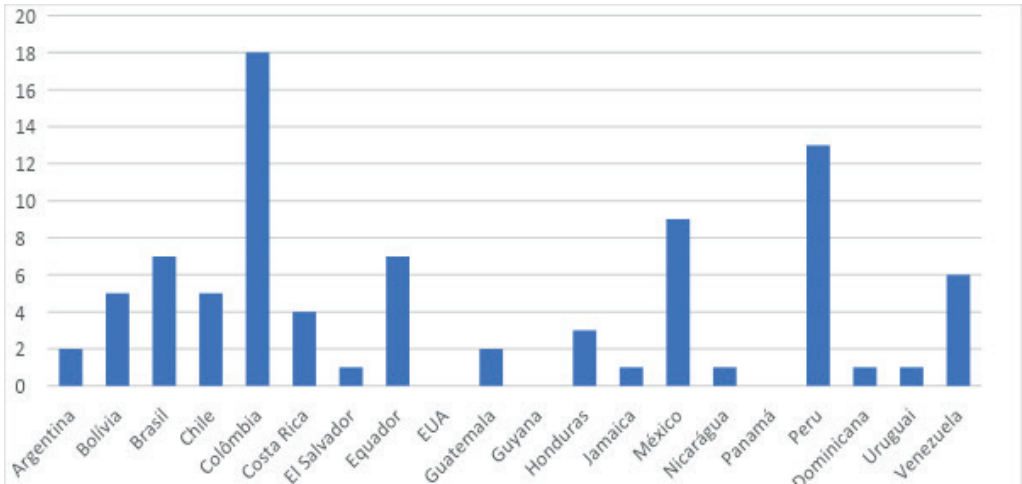
Os relatórios abaixo expostos foram provenientes da análise de admissibilidade realizada pela Comissão. Importante destacar que os critérios utilizados para julgar uma petição admissível ou não se distinguem-se dos critérios utilizados para decidir sobre o mérito de uma petição, que é competência da Corte, enquanto órgão jurisdicional da OEA.

Na análise de admissibilidade, a Comissão realiza uma avaliação com vistas a determinar se uma petição fundamenta uma violação aparente ou potencial de um direito garantido pela Convenção, e não determina a existência de uma efetiva violação de direitos. Tal determinação de admissibilidade constitui uma análise sumária, que não implica pré-julgamento acerca do mérito da causa, isto é, não paralisa ou avança a opinião sobre o mérito da questão.

O relatório de admissibilidade é aprovado se a petição cumprir determinados requisitos e assim se torna um caso. A Comissão então numera a petição, notifica as partes, prossegue com a análise de mérito em relação às supostas violações, publica

o relatório e a inclui em seu Relatório Anual à Assembleia Geral da OEA. Foram encontrados oitenta e quatro (84) relatórios de admissibilidade envolvendo o direito à liberdade de pensamento e expressão, conforme o gráfico abaixo:

Gráfico 1. Número de petições admitidas pela Comissão com relação ao artigo 13, separadas por país, entre os anos de 2010 a 2020.



Como pode-se constatar pela leitura do gráfico, Colômbia, México e Peru foram os países onde mais houve supostos casos de violação à liberdade de pensamento e expressão durante os dez anos estudados. Por outro lado, Guyana e Estados Unidos não tiveram nenhum caso registrado. Poderíamos supor que essa ausência de casos, no caso particular dos EUA, seja em virtude da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, cujo teor reforça o direito à liberdade de expressão no país ao estabelecer, entre outras coisas, que o Congresso não deverá restringir a liberdade de expressão, ou da imprensa, (LEWIS, 2011). Este dispositivo constitucional possui grande aplicabilidade no país, de modo que poderia deduzir-se que devido a isso não seja necessário acionar cortes internacionais para assegurar a observância a tal direito em território americano.

O presente artigo ateu-se aos fatos alegados e ao fundamento de decidir da Comissão dos casos considerados mais emblemáticos, isto é, daqueles dos quais pode-se inferir de maneira mais nítida o posicionamento da Comissão ao admitir determinada petição com respeito ao artigo 13 da Convenção.

2.1 Caso *Sylvina Walger vs. Argentina*

No relatório colhido da Comissão, referente à petição nº 4072-02 (*Sylvina Walger v. Argentina*), consta que a jornalista Sylvina Walger foi submetida a um longo processo, em 1995, por crime de difamação (constante no artigo 110 do Código Penal argentino), iniciado com a queixa-crime apresentada por um membro do Congresso Nacional. Tal queixa foi devido ao fato do deputado ter sido chamado de “palhaço congressista” em um livro da jornalista.

Em 2002, sete anos após apresentada a queixa, o caso permanecia aberto. Os peticionários sustentaram, então, que o fato de um caso criminal possuir duração injustificável infringiu não somente seu direito a um rápido julgamento, como também o seu direito à liberdade de expressão, pressionando-a e impedindo-a de tecer críticas a funcionários públicos.

A posição do Estado, por sua vez, foi de lembrar que a liberdade de expressão não é um direito absoluto e está, portanto, sujeita a condições e limitações, principalmente quando interfere em outros direitos reconhecidos na Convenção.

No caso em tela, pôde-se perceber o uso de um meio bastante empregado por aqueles que desejam reprimir críticas por parte da imprensa, qual seja a abertura de um processo penal em detrimento ao civil, visto que esta fica intimidada com a represália desproporcional por parte daqueles que sofreram críticas ou supostas difamações.

A violação à liberdade de expressão agrava-se mais ainda quando consideramos a posição do autor do processo criminal, que em razão de suas atribuições serem de natureza pública, deveria ter um nível de tolerância maior em relação a críticas, posto que ao tornar-se membro do governo, submeteu-se voluntariamente ao escrutínio de suas funções enquanto tal por parte da mídia e da sociedade. (FALSARELLA, 2012)

A petição foi declarada como admissível pela Comissão com respeito ao artigo 13 da Convenção. Esta expressou preocupação com o efeito inibidor que resulta do processo penal contra jornalistas, além de processos criminais longos e tortuosos. Tal situação daria ensejo à autocensura e incentivaria a apresentação de queixas criminais por parte de funcionários públicos que visam utilizar o sistema legal para silenciar e atormentar seus críticos. Esta decisão seguiu o entendimento já unânime das organizações internacionais, que condenam o uso do Direito Penal como meio de proteger a honra. (BENTO, 2016)

2.2 Caso Alexa Rodríguez vs. El Salvador

A Comissão foi inovadora ao considerar a petição n° 2191-12, *Alexa Rodríguez v. El Salvador*, admissível em relação ao artigo 13. Tal petição, fruto de um contexto de discriminação sofrida por pessoas trans em El Salvador, traz em seu bojo uma situação particular onde Alexa Rodríguez, cidadã salvadorenha e transgênero, fora vítima de ataques contra sua vida perpetrados por gângsteres e policiais nacionais civis, em diversas circunstâncias.

Uma dessas foi em uma noite de agosto de 2008: usando roupas socialmente associadas à sua identidade de gênero feminina, Alexa estava jantando com sua namorada em um posto de gasolina quando o líder de uma gangue local, conhecido como “El Animal”, se aproximou e começou a espancá-la, insultando-a e levando seus pertences.

Quando a polícia chegou, os policiais não acreditaram nos fatos relatados pela vítima e acabaram liberando o perpetrador, mas registraram o nome da suposta vítima. Além disso, xingaram a vítima de nomes ofensivos e avisaram que se ela fizesse uma denúncia, ninguém acreditaria e que já sabiam onde ela morava.

Nesta mesma noite, Alexa tentou fazer um boletim de ocorrência por telefone, mas foi informada de que deveria fazê-lo pessoalmente. Ao dirigir-se à delegacia, no entanto, duvidaram que ela tivesse sido agredida por policiais, porque naquela noite, não havia policiais na área que ela mencionou; e que provavelmente ela teria brigado com “homossexuais como ela”. A Procuradoria-Geral da República também não quis registrar a denúncia, alegando que a Polícia Nacional Civil nunca a machucaria e que certamente ela deveria ter “lutado entre homossexuais”.

Diante de tais fatos, a Comissão declarou a petição admissível e posicionou-se no sentido de que o fato de a vítima não ter tido acesso aos recursos internos, uma vez que suas denúncias não foram recebidas ou devidamente registradas pelas autoridades internas, apontou para um tratamento discriminatório em virtude de sua identidade de gênero e expressão.

Além desta situação se constituir como uma possível violação da integridade pessoal, das garantias judiciais, entre outros, a Comissão também examinou, na avaliação do mérito, a possível aplicabilidade do artigo 13 sobre a suposta violação da expressão de gênero da vítima.

O caso em tela foge da incidência habitual do artigo 13, isto é, em casos relacionados a jornalistas e outros profissionais da imprensa, ou em contexto de protestos, de discriminação religiosa ou ideológica, por isso tal posicionamento da Comissão apresenta-se, em certo sentido, como inovador, pois possibilita enxergar a identidade de gênero como um elemento da liberdade de expressão, uma vez que tal direito deve assegurar uma sociedade que tenha como elemento conformador o livre debate público de ideias, sentimentos e opiniões, onde o indivíduo sinta-se livre para sua construção pessoal - política, religiosa, de gênero ou de qualquer outro tipo.

3 DEMANDAS NA CORTE: CASO GRANIER Y OTROS (RADIO CARACAS TELEVISIÓN) VS. VENEZUELA

A Corte registrou um número menor de casos, quando comparado ao número de relatórios produzidos pela Comissão – foram encontrados 15 (quinze) julgados da Corte com respeito à liberdade de expressão, entre os 10 anos estudados.

Em compensação, o conteúdo das sentenças é notavelmente maior que o dos relatórios da Comissão, isto porque nos casos da Corte, enquanto órgão jurisdicional, verificam-se todos os fatos, provas e alegações necessárias para decidir sobre o mérito da questão.

Dos casos mapeados, foi selecionado para este artigo a sentença referente ao *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, o qual forneceu elementos que permitiram detectar o posicionamento da Corte em relação a diversos aspectos do direito à liberdade de pensamento e expressão. Posicionamentos estes que foram observados em muitos outros julgados do referido tribunal, que se constituem como parâmetros usados por este ao avaliar a legitimidade dos limites e responsabilidades impostos aos que violam o artigo 13 da CADH.

Para falar do caso em questão, faz-se necessário aludir ao contexto vivenciado pela Venezuela entre o final de 2001 e o início de 2002, marcado por uma greve de atividades do setor trabalhista que acabaram por culminar no golpe de Estado de abril de 2002, envolvendo a reintegração de Hugo Chávez à presidência do país. Nesse contexto, a Radio Caracas Televisión (RCTV) foi uma das estações de televisão privadas que desempenhou papel ativo na cobertura de tais eventos.

Esta foi acusada de apoiar abertamente a greve que aconteceu no período mencionado, ao exibir propaganda a favor da renúncia do Presidente Chávez durante seus espaços de publicidade paga. Assim como a Radio Caracas, outros canais de televisão venezuelanos foram acusados de ter dado ampla cobertura às marchas de oposição e de não ter transmitido as marchas e protestos favoráveis a Chávez, nem a reintegração deste à Presidência, ocorrida nos dias 13 e 14 de abril de 2002.

Os fatos relacionados com o golpe de Estado e o comportamento dos meios de comunicação levaram a uma radicalização dos governantes em suas declarações contra a mídia. Havia um contexto marcado por um discurso insistente do governo venezuelano que acusava os meios de comunicação privados, principalmente a Radio Caracas, de “serem inimigos do governo”, “conspiradores de golpes”, “fascistas”, entre outras coisas. As atitudes de oposição à imprensa não ficaram só no campo verbal: os meios de comunicação que mantinham posição contra o governo não tiveram suas concessões renovadas, dentre estes, as da RCTV.

A Corte então concluiu que os fatos apresentados configuraram abuso de poder, uma vez que foram tomadas medidas por parte do Estado com vistas a alinhar editorialmente a mídia com o governo.

O Tribunal também aproveitou para lembrar de um ponto importante fixado por sua jurisprudência: a liberdade de expressão possui uma dupla dimensão - individual e social, que devem gozar de proteção igualitária e, sobre isso, considerou que tal abuso por parte do Estado venezuelano exerceu impactos no exercício da liberdade de expressão, não apenas na trabalhadores e gestores da Radio Caracas, mas também no tocante à dimensão social desse direito, isto é, na sociedade que foi privada de acesso às informações obtidas pela referida emissora.

No caso em questão, a Corte analisou o papel dos meios de comunicação em uma sociedade democrática. Foi dado destaque à sua atuação no sentido de manter informada a sociedade, o que é um elemento imprescindível para que os cidadãos possam fazer escolhas livres e conscientes. Portanto, segundo a Corte, os meios de comunicação devem gozar de ampla proteção e isso inclui a proibição, por parte do Estado, de utilizar quaisquer meios que visem interferir na propagação de informações.

A Corte observou ainda que as violações do artigo 13 podem dar-se de diferentes modos. Um deles é quando, mediante o poder público, se estabelecem meios ou se

realizam ações para impedir a livre circulação de informação, ideias, opiniões ou notícias, o que ocorreu de modo evidente no caso em questão.

Entre outras hipóteses, encontra-se a censura prévia, retenção ou proibição de publicação; em geral, todo procedimento que condiciona a expressão ou divulgação de determinada informação ao controle do Estado. A esse respeito, o Tribunal destaca que as restrições e o cerceamento de informações e ideias podem exercer um efeito “dissuasivo, assustador e inibidor” sobre todos aqueles que exercem o direito à liberdade de expressão, o que, por sua vez, freia o debate público sobre questões que são de interesse da sociedade.

Neste julgado, assim como em muitos outros, a Corte aproveitou para destacar o forte vínculo da profissão de jornalista com o direito à liberdade de pensamento e expressão.

Destacou que:

a profissão de jornalista [...] implica buscar, receber e transmitir informações com precisão. O exercício do jornalismo, portanto, requer que uma pessoa se envolva em atividades que são definidas ou incluídas no direito à liberdade de expressão garantido na Convenção.

Ressaltou ainda que a prática profissional do jornalismo não pode ser desvinculada da liberdade de expressão, muito pelo contrário, ambos estão evidentemente sobrepostos, uma vez que o “jornalista profissional não é, nem pode ser, outra coisa senão uma pessoa que decidiu exercer a liberdade de expressão de forma contínua, estável e remunerada”.

A Corte destacou também que a liberdade de expressão, especialmente em matéria de interesse público, “é a pedra angular da própria existência de uma sociedade democrática”. Isto significa que sem uma garantia efetiva de tal direito, o sistema democrático fica fragilizado e, por conseguinte, o pluralismo e a tolerância são violados; “os mecanismos de controle e de reclamações dos cidadãos podem se tornar inoperantes e, em última instância, um campo fértil é criado para sistemas autoritários se enraizarem”.

Uma vez configurado que o caso em questão se tratava de uma restrição indireta ao exercício do direito à liberdade de expressão, a Corte proferiu decisão, em 22 de junho de 2015, condenando a Venezuela pela violação ao referido direito.

Consequentemente, a Comissão fez ao Estado uma série de recomendações, dentre elas que este abrisse um processo para atribuir uma frequência de transmissão de televisão em todo o país, onde a Radio Caracas poderia participar em igualdade de condições a fim de garantir o pluralismo nas diferentes áreas de comunicação e que o Estado tomasse todas as medidas necessárias para garantir que o processo de atribuição e renovação de frequências de rádio e televisão fosse compatível com suas obrigações internacionais em matéria de liberdade de expressão.

4 RELATORIA ESPECIAL: INFORME ESPECIAL DO CHILE

A Relatoria Especial tem como incumbências preparar um relatório anual, que reflita as ações do ano imediatamente anterior acerca do direito à liberdade de pensamento e expressão; sistematizar as boas práticas e os maiores desafios em cada um dos Estados das Américas; preparar relatórios teóricos sobre questões novas ou problemáticas para as quais os padrões são insuficientes ou inadequados; divulgar doutrina e jurisprudência regional sobre o assunto; e, por fim, fazer uma série de recomendações aos Estados.

Além dos relatórios anuais, a Relatoria também produz informes especiais sobre a situação da liberdade de expressão em países específicos, isso ocorre em duas hipóteses: ao dar seguimento a alguma visita oficial da Relatoria e quando solicitado pela Comissão. Foram mapeados quinze (15) informes específicos ao longo dos anos estudados, conforme a tabela abaixo:

Tabela 1. Informes especiais produzidos pela Relatoria entre 2010 e 2020.

2010	México, Venezuela e Honduras
2012	Jamaica
2013	Colômbia
2015	Guatemala, Honduras, México e República Dominicana
2016	Chile
2017	Guatemala, Venezuela
2018	Cuba, México e Nicarágua
2019	Equador

Um desses informes especiais foi realizado analisando a situação da liberdade de expressão no Chile, em 2016, onde durante visita ao país, a Relatoria constatou que o país vivenciava um contexto de embate entre os interesses privados do sistema político e a liberdade de expressão no tocante ao exercício da profissão de jornalista.

No ano citado, o Congresso Nacional discutia a adoção de projetos de leis que visavam estabelecer graves restrições ao direito de jornalistas e dos meios de comunicação de investigar e difundir informações sobre assuntos de interesse público. O projeto de lei que fortalecia “a investigação de delitos terroristas” e daqueles que afetassem a segurança do Estado tinha como proposta impor pena de multa ao diretor de um meio de comunicação que viesse a difundir informações confidenciais de uma investigação criminal.

Embora essa disposição tenha sido retirada do projeto de lei, durante as discussões sobre este fora revelado um discurso negativo sobre a imprensa, discursos estes que ignoraram não apenas o papel central que esta desempenha no sistema democrático como também o princípio segundo o qual as ações do governo devem submeter-se ao controle irrestrito da sociedade, uma vez que esta é o destinatário das ações estatais.

Neste sentido, a Relatoria chamou atenção para a importância da confidencialidade das fontes de informação, notas e arquivo pessoal e profissional, que são direitos de todo comunicador social, imprescindíveis para o cumprimento de seu trabalho e para a função que desempenham de informar a sociedade sobre assuntos de interesse público.

Assim sendo, os jornalistas ou meios de comunicação que tenham acesso e divulguem informação confidencial por considerá-la de interesse da sociedade não devem sofrer punição por violação do dever de confidencialidade. Ainda que a responsabilidade jornalística seja especialmente necessária quando se trata de reportar com base em documentos confidenciais, incumbe aos mecanismos de autorregulação da ética jornalística determinar como abordar e comunicar essas questões.

O Relator Especial também expressou preocupação com a permanência no ordenamento jurídico chileno de normas que criminalizam a calúnia e o insulto. Embora o país tenha sido um dos primeiros da América a revogar os crimes de desacato no ano de 2005, perdurava a legislação sobre crimes de difamação e calúnia, que é utilizada para submeter jornalistas a processos criminais por discursos que afetem a honra e a reputação de funcionários públicos.

Esta preocupação deve-se ao fato de que tais figuras penais protegem os sentimentos subjetivos, como o orgulho ou amor próprio (honra subjetiva) da pessoa que

se sentiu ofendida, e não necessariamente a sua reputação, isto é, o modo como o indivíduo é visto na comunidade (honra objetiva).

Tal destaque conferido aos crimes que ferem a honra quando estes são cometidos baseando-se em opiniões negativas e não *fatos* para criticar determinada pessoa, coloca o destinatário de tais críticas em uma posição muito forte no caso de um processo, pois tudo que precisa provar é que a declaração em questão lhe causara uma ofensa. Esse cenário acaba por praticamente blindar figuras - nomeadamente aquelas que detém poder político - que, sob a escusa de defenderem sua honra, querem apenas blindar-se contra críticas. (BENTO, 2016)

Ademais, a Relatoria Especial reitera o posicionamento categórico que a difamação penal não é um meio proporcional e adequado para conter possíveis críticas advindas do direito à liberdade de expressão, devendo os Estados revogar leis criminais de difamação e substituí-las por leis de difamação civil, que exercerão o mesmo efeito de proteção da reputação. Além disso, ressalva as hipóteses que concernem ao interesse público, estabelecendo que o indivíduo que alega ter sofrido danos à sua reputação possui o ônus de demonstrar que as declarações levantadas contra sua pessoa eram falsas, bem como provar que estas causaram-lhe o dano alegado.

Por fim, a Relatoria relembrou que embora o direito à liberdade de expressão não seja absoluto, no contexto de uma sociedade democrática e pluralista, as ações e omissões do Estado e seus dirigentes estão sujeitos a um maior escrutínio por parte da imprensa e da opinião pública e isso implica que o Estado deve abster-se o tanto quanto possível de impor limitações a essas formas de expressão.

Isso porque a jurisprudência no âmbito interamericano confere a determinados discursos o status de “especialmente protegidos”, sendo tais discursos aqueles que versam sobre assuntos públicos ou que direcionam críticas ou denúncias contra agentes públicos. Essa maior margem de proteção decorre do interesse que a sociedade tem em acompanhar a atuação dos agentes públicos. (BENTO, 2015)

5 CONCLUSÃO

Pôde-se notar posicionamentos notavelmente progressistas no âmbito da OEA e isso infere-se tanto das decisões tomadas pela Corte como da própria Comissão, como no caso *Alexa Rodriguez vs. El Salvador*, que entendeu ser aplicável o conceito

estabelecido pelo art. 13 para proteger a identidade de gênero. Tal posicionamento demonstra que a proteção a ideias e *formas* de expressão não deve ser aplicada apenas àquelas acolhidas favoravelmente pela sociedade, mas também àquelas formas de expressão que chocam ou trazem alguma inquietação - ao Poder Público, à sociedade, aos grupos dominantes, à estrutura posta e aceita como “normal”, enfim.

Também foi possível notar o entendimento da Corte no sentido de inibir ou re-frear o sistema de responsabilização penal e civil a jornalistas e outros agentes que tecem críticas contra o governo, recomendando àqueles que sentirem-se ofendidos que optem por vias menos drásticas, como o direito de retificação ou resposta ao invés de um processo em âmbito civil ou penal, uma vez que estes podem levar a autocensura, onde tanto os meios de comunicação quanto a sociedade vão preferir resignar-se ao silêncio a sofrer um processo punitivo, como no Caso *Sylvina Walger v. Argentina*, onde um processo criminal fora instaurado para causar um efeito dissuasivo na jornalista.

Tal posicionamento da Corte é corroborado pelo fato de que: 1) o Direito Penal é a *ultima ratio*, isto é, só deve ser acionado quando todas as demais instâncias jurídicas tiverem sido exauridas e 2) as limitações à liberdade de expressão, enquanto direito humano, devem ser interpretadas de modo restritivo.

Através destas decisões de teor progressista, o Tribunal Interamericano já condenou diversos países-membros da OEA a oferecer reparação às vítimas bem como que estes implementassem políticas de proteção a estas, como pôde-se observar no Caso *Granier y otros vs. Venezuela*, onde o estado venezuelano teve, entre outras coisas, que reformular seu processo de concessão de licitações a frequências de rádio e televisão, de modo a tornar sua legislação compatível com as obrigações adimplidas no plano internacional quanto à liberdade de expressão.

No que concerne à dupla dimensão da liberdade de expressão (direito individual e difuso), esta já foi reiterada pelo Tribunal Interamericano em muitos julgados, inclusive no caso supramencionado, onde não só o direito dos jornalistas e gestores da RCTV de transmitir suas ideias foi cerceado, mas também a dimensão social desse direito fora transgredida, uma vez a sociedade que foi privada de acesso às informações obtidas pela emissora.

Considerando todos esses aspectos, pode-se dizer que a OEA advoga sobre tal direito de um modo libertário uma vez que exige um exame minucioso para que este

direito seja restringido, nomeadamente em casos que envolvem discursos “especialmente protegidos”, de interesse público, contribuindo desse modo para a manutenção de uma sociedade, de fato democrática, onde o livre fluxo de informações, ideias e formas de expressão deve ser a regra - e nunca exceção.

REFERÊNCIAS

BENTO, Leonardo Valles. **Acesso a informações públicas: princípios internacionais e o direito brasileiro.** Curitiba: Juruá, 2015. 300 p.

_____. **Parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão.** Revista de Informação Legislativa, n. 210, abr-jun 2016, p. 93-115.

FALSARELLA, Christiane Mina. **A liberdade de expressão na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 61, jul-dez 2012, p. 149-173.

LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos.** Trad. Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Comissão Interamericana de Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/default.as>.

_____. **Report on admissibility n. 29/15 Sylvia Walger v. Argentina.** Disponível em <http://www.oas.org/pt/cidh/default.asp> Acesso em 14 nov. 2020.

_____. **Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.cfm?lang>

_____. **Caso Granier y Otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela.** Sentença de 22 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.cfm?lang>. Acesso em 30 jan. 2021.

_____. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. **Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.** Disponível em: <http://oas.org/es/cidh/expresion/index.asp>

SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão, pluralismo e o papel do Estado.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, maio-ago. 2007, p. 2-29

IV RIBAMAR

ENCONTRO MARANHENSE
DE DIREITO INTERNACIONAL

Standards internacionais de direito à
informação e liberdade de expressão

Internet, discurso de ódio e linchamento: o caso “Bruna Lícia”

Internet, hate speech and lynching: the Bruna Lícia case

Manoel Júnior Ferreira Veloso

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em
Direito e Instituições do Sistema de Justiça, da Universidade
Federal do Maranhão. Bacharel Magna Cum Laude em Direito
pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado. E-mail:
manoelfveloso.adv@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A interconexão mundial de ideias e a pluralidade de indivíduos é uma marca da sociedade contemporânea. Daí advém, impreterivelmente, a multiplicidade de entendimentos, fazendo exsurgir a liberdade de expressão. Entretanto, nesse contexto de sociedade em rede, se as mídias sociais são espaço de propagação de opiniões, também podem servir de meio para disseminação de manifestações de ódio – até mesmo linchamentos, fazendo emergir a necessidade de manejo desse direito em respeito ao Estado Democrático de Direito. Até então o debate sobre linchamentos se dava, fundamentalmente, nos casos em que multidões se agremiavam por fatos no mundo real. Com o advento da internet, isso também passou a ser feito no ambiente online, alcançando um poder de dano imensurável, passível de determinar morte virtual, ideação suicidas ou mesmo suicídios de indivíduos e ou grupos de indivíduos. Entretanto, os muros entre a realidade virtual e o mundo tátil são apenas aparentes, uma vez que a interação em ambos os espaços definem interações humanas reais e complementares.

Assim, o presente trabalho se vale do método monográfico para analisar as implicações da violência no contexto da sociedade em rede (redes sociais), veiculada, principalmente, por meio de discursos odientos, utilizando-se, também, da análise de conteúdo do caso “Bruna Lícia”, através de reportagens e publicações em blogs e redes sociais no ano de 2020.

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO

A liberdade de expressão é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, estando normatizada em tratados internacionais, normas constitucionais e disposições legais. Em se tratando da realidade brasileira, buscou-se, através dessa normatização, privilegiar a liberdade em seus mais variados aspectos a fim de consolidar a democracia pós-regime autoritário (MEYER-PFLUG, 2009, p. 73).

No âmbito internacional, inúmeros tratados asseguram esse direito. O Brasil é signatário, por exemplo, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969).

Por seu turno, na órbita constitucional, o direito à liberdade de expressão é tratado como garantia da autonomia dos particulares, enquanto independência do indivíduo perante a sociedade. O direito à expressão ocupa posição de direito inato, com força de direito fundamental, ao lado de outros direitos intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O texto constitucional consagra a garantia de que todo cidadão pode usar e dispor livremente de suas convicções, crença e sentimentos, conforme o que dispõe o artigo 5º, incisos IV (“é livre a manifestação do pensamento”), V (“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, mora ou à imagem”) e IX (“é livre a expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”). Quanto à liberdade de expressão da comunicação social, o art. 220 da CRFB/88 aduz que “a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observando o disposto nesta Constituição”. Reafirma, ainda, a proibição de embaraços à plena liberdade de informação pelos veículos de comunicação quando veda todo e qualquer tipo de censura, conforme o parágrafo 2º do dispositivo supracitado.

A livre expressão é compreendida a partir da premissa de que as diferentes formas de pensamento devem ser expostas ao mesmo passo em que a contra argumentação é incentivada, possibilitando a formação de uma convicção própria de qualidade diante das variadas formas de enxergar a sociedade (LIMA, 2016). Assim, as ideias de tolerância e respeito são intimamente ligadas à mesma.

A doutrina é categórica: a liberdade de expressão é tida como liberdade primária, visto que as demais liberdades são dela consequências. Para demonstrar tamanha importância deste direito, Olsen Henrique Bocchi (2010) salienta que:

O ser humano somente existe porque pensa e só pensa para poder exteriorizar seu pensamento. Um homem que não pode pensar é inumano e se, mesmo que pensa não pode exteriorizar seu pensamento, este não é livre. Sem, portanto, a garantia ao cidadão à sua liberdade de pensamento equivale, sob o enfoque da ética, a condená-lo à condição de inumanidade.

Contudo, ainda que seja uma liberdade primária e sua proteção seja a tônica constitucional, é indispensável compreendê-lo como um direito fundamental passível de conflitos com outros direitos. Como bem leciona Samantha Ribeiro (MEYER-PFLUG, 2009, p. 83), “a garantia à liberdade de expressão assegurada no Texto Constitucional

leva em consideração também, a licitude e o objeto da atividade de comunicação”. Em outras palavras, isto significa dizer que a liberdade de expressão não é protegida inequívoca e cegamente. Mensagens que reforçam preconceitos e incitam violência são exemplos que colidem frontalmente com a razão de ser deste direito. De igual monta são aquelas que propagam discursos de ódio.

No tocante a esses últimos, é preciso definir suas características. A dificuldade em delinear um conceito para o discurso de ódio encontra-se no fato de que esse pode apresentar-se de diversas maneiras, sejam implícitas ou explícitas, através de vídeos, fotos, documentários, programas de televisão e internet. Tal manifestação pode, ainda, ser praticada em esferas de diferentes atividades, como na política, ambiente escolar ou profissional, etc.

A fim de ilustrar o discurso de ódio sob a ótica da incompatibilidade com os princípios e objetivos republicanos, Luiza Quadros da Silveira e Rosane Leal da Silva (2012) afirmam que

[...]o discurso de ódio se configura como tal por ultrapassar o limite do direito à liberdade de expressão, incitando a violência, desqualificando a pessoa que não detém as mesmas características ou que não comunga das mesmas ideias, e ao eleger o destinatário como “inimigo comum” incita a violência e seu extermínio, o que fere frontalmente o valor que serve de sustentáculo para o Estado democrático de direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana[...].

No mesmo esteio, Mariana Jantsch de Souza (2014) afirma que

Os discursos que materializam intolerâncias, discriminações e ódios em circulação social inserem-se num movimento sócio-histórico no qual a relação com outro é tomada como relação de antagonismo e não como uma relação de interlocução. O contato com outro instaura-se pelo viés do confronto e disso resulta a aversão à diferença, materializada em práticas discursivas que produzem efeitos de hostilização e ódio. Por isso, nesse discurso, o outro surge como alvo e não como interlocutor.[...] É um transbordar da liberdade; é exceder os seus limites e entrar na zona da ofensa, da violência contra o outro.

Cabe destacar na descrição supra a publicidade (e alcance) do discurso de ódio, visto que o seu conteúdo discriminatório está fundado da dicotomia da superioridade do emissor e na inferioridade do atingido (SILVA, 2011). Com efeito, Winfried Brugger (2007) assevera que

“[...]o discurso de ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação”.

Dito o posto, o discurso de ódio é dirigido a um grupo ou classe de pessoas, de modo que as mensagens hostis não configuram uma agressão a uma pessoa específica, mas sim à coletividade que comunga de características comuns. Além disso, a velocidade em que as manifestações e ideias se propagam, bem como as facilidades dos meios de comunicação, acaba simplificando divulgação destas, além de favorecer o encontro entre internautas de ideologias similares, um incremento exponencial na envergadura da manifestação odienta. Sob o véu da liberdade de expressão, esses propagadores de mensagens discriminatórias tentam correr à mercê de qualquer repúdio. Mas há mecanismos de enfrentamento disponíveis no ordenamento jurídico nacional.

A Carta Constitucional assevera, em seu art. 5º, IX, que a liberdade de expressão independe de censura. Porém essa mesma liberdade não possui caráter absoluto e tampouco é irrestrita. Anderson Schreiber (2013, p. 282) sintetiza essas limitações:

Por mais que se considere, portanto, a diferença como elemento essencial da própria concretização da liberdade de expressão e formação do Estado Democrático, sempre que esta for veiculada publicamente no intuito de exprimir de forma violenta as convicções do interlocutor e tangenciar a própria noção genérica do preconceito, estar-se-á diante de um hate speech.

Portanto eventuais violações de direitos advindas de discursos de ódio precisam ser veementemente rechaçadas, caso se pretenda coibir e prevenir crimes de ódio e ou exercício de autotutela. Exortações racistas, preconceituosas, discriminantes - ligados às diferenças de etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual - são manifestações classificadas como discurso de ódio. Com efeito, devem ser controladas, de modo a evitar o abuso de direitos.

3 SOCIEDADE EM REDE E O DISCURSO DE ÓDIO

O uso da internet e redes sociais é intrínseco ao cotidiano contemporâneo. Nesse contexto, Manuel Castells (2005, p. 565) criou o conceito de “sociedade em rede”, ca-

racterizado por essa sociedade firmada em dimensão virtual, impulsionada pelas novas tecnologias que transcendem o tempo e o espaço. O autor notabiliza que, quando se fala de revolução da informação como revolução da tecnologia (1996, p. 11),

[...] diferencia-se das revoluções tecnológicas que a precedem. Enquanto a informação e o conhecimento foram sempre, por definição, elementos essenciais em alguns processos do descobrimento científico e da mudança técnica, este é o primeiro momento da história no qual o novo conhecimento é aplicado principalmente aos processos de geração e ao processamento do conhecimento e da informação.

Agir isoladamente dentro da sociedade em rede é uma raridade. Os pesquisadores e estudantes do mundo inteiro trocam ideias, artigos, imagens, experiências ou observações em conferências eletrônicas organizadas de acordo com interesses específicos, como preleciona Lévy (2010, p. 34). Com efeito, a sociedade em rede define interações absolutamente reais de modo virtual, com explícita projeção no mundo real. É uma extensão do espaço, onde a sociedade interage e se relaciona. Nela é possível encontrar um conjunto de elementos conexos entre si, que têm adquirido uma dimensão que ultrapassa o espaço convencional-físico, introduzindo, então, o espaço virtual-ciberespaço como espaço contemporâneo privilegiado de relações humanas. O professor Tércio Carvalho (2019) sintetiza a sociedade em rede de Castells da seguinte forma:

A Sociedade em Rede pode então ser vista como um “entrançado social” que se vai multiplicando e densificando através de interações complexas e difusas, num mundo em que as fronteiras entre interior e exterior se esfumam e em que os espaços privados e públicos se confundem.

Assim, essa conjectura é potencializada pela informação. Mas não é possível qualificar o impacto das tecnologias no mundo sem levar em consideração a forma em que ela é usada pela sociedade. A internet é técnica/instrumento; e seu uso é que define se é não positivo o seu impacto. Lévy (2010, 52) corrobora com essa interpretação:

Sempre ambivalentes, as técnicas projetam no mundo material nossas emoções, invenções e projetos. Os instrumentos que construímos nos dão poderes mas, coletivamente responsáveis, a escolha está em nossas mãos.

Quando a internet é utilizada para a propagação de discursos de ódio de toda ordem, seu alcance é multiplicado exponencial e descontroladamente. Nesse sentido, Recuero (2013):

A ameaça à face, portanto, nessas ferramentas, torna-se potencialmente mais danosa, uma vez que é mais pública por conta da hiper-conexão, mais replicável, mais permanente (como as características dos públicos em rede) e, igualmente, mais abrangente em termos de rede. Uma ofensa assim, é potencializada pela própria rede e pela capacidade da rede de reproduzir o caso e amplificar seus efeitos para os envolvidos.

Com o compartilhamento e acesso ilimitado da rede, o impacto dos discursos é praticamente imensurável. Conseqüentemente, a perpetração desses discursos pode acarretar em verdadeiros linchamentos virtuais.

3.1 Linchamento Virtual

As plataformas digitais estão cada vez mais interligadas, permitindo interação direta sem que haja, de fato, um controle sobre o alcance e repercussão daquilo que é dito. Ademais, por conta desta interligação, uma mesma publicação em uma rede social pode ser postada instantaneamente em outra correlata, e, assim, alcançar ainda mais pessoas, em nichos diferentes de comunicação. O ambiente social nessas redes é multiplicado exponencialmente – quanto maior o número de conexões que alguém mantém, maior é sua rede e mais próxima ela está de outros autores/redes/seguimentos/organizações. Em outras palavras, nessas redes hiper conectadas, a audiência é imprevisível, assim como as expectativas de compreensão sobre o que é dito. Ao usuário resta o exercício do autocontrole e reflexão sobre o que pratica online, uma vez que os riscos do uso dessas redes são praticamente incalculáveis. Idem no que se refere ao poder de dano e consequência.

De posse do dito, é possível conceituar práticas de propagação de discurso de ódio em ambiente virtual como linchamentos psicológicos, morais, instigadores de suicídios e ou instigadores de crimes no mundo presencial. Esse termo deriva de julgamentos privados que culminaram na execução de suspeitos no Estado de Virgínia, nos Estados Unidos da América, no século XVII. Promovida pelo então juiz William Lynch, a execução sumária da pena se dava por uma multidão. A Lei de Lynch, então, permitia que a multidão punisse radicalmente o réu (JESUS, 2019). O ato de linchar também é

resquício do Tribunal da Santa Inquisição, que via na extinção do corpo do réu como uma eliminação do mal e a possibilidade de (re)educar a comunidade de acordo com as condutas defendidas pela Igreja Católica (MARTINS, 2015). É, portanto, uma ação anômica – no sentido de superar o estado de anomia. Ou, em outras palavras, uma contestação da má distribuição de bens de direito e de justiça, onde a resposta popular seria a ferramenta capaz de reverter o quadro de injustiça. Uma verdadeira vendeta/vingança social.

O risco de leituras descontextualizadas, patrulhamento ideológico e de embate de ideias com outras comunidades faz parte do contexto do uso da internet. Em razão desses riscos, já são notórios os casos de linchamento em plataformas digitais. O linchamento virtual tem sido disseminado por formadores de opinião com a profusão de casos de humilhação de ódio ocorridos nas mais diferentes redes sociais. Contingentes de mensagens de insultos, ameaças e exposição não consentida de privacidade em contraposição a um só interlocutor permite a analogia do que acontece online com os linchamentos no mundo real.

No linchamento realiza-se um julgamento público sobre a presumida transgressão e, ao anúncio-denúncia do transgressor, segue-se uma avalanche de novas publicações que reforçam, reiteram, complementam a primeira e podem culminar em ameaças, insultos e exposição de privacidade. Tudo isso pode ter consequências graves, no desenrolar dos acontecimentos, no período que se segue, o que pode incluir, como já vimos, ostracismo social, demissão, depressão, dentre outras. (FREITAS, 2015)

Denúncia, julgamento e punição são o sustentáculo do linchamento virtual, o que lhe torna umbilicalmente ligado ao discurso de ódio. Este último não quer atacar a credibilidade de alguém em um *locus* específico, mas destruir pessoas e grupos integralmente, atacando a própria existência. O ataque a essas pessoas é um ataque às categorias sociais. O ódio é fundante. O mesmo percebemos nos linchamentos virtuais. A agressão direcionada não se dá somente em razão do fato denunciado, mas da própria existência do outro. O julgamento do fato abarca integridade física, categoria social e identidade. Os mesmos cruzadistas morais que proferem os discursos de ódio se utilizam das mesmas ferramentas – e do mesmo discurso – na dinâmica do linchamento virtual.

Em uma tentativa de concatenar características desse fenômeno, é possível afirmar que: i) as fronteiras entre o real e o virtual são demasiado tênues, o que impossibilita analisar os dois “mundos” em separados, e, conseqüentemente, o impacto desse fenômeno na vida da vítima deve perpassar ambas as realidades; ii) as potencialidades das redes sociais e de suas ferramentas de propagação de discursos, modalidade e possibilidade de anonimato protegem linchadores; e iii) a crença na supremacia da liberdade de expressão em democracias causam a falsa percepção da (in)alcançabilidade da persecução penal para com esses casos e sua (im)punidade.

Ainda que possam ser diversos os motivos que levem ao linchamento virtual, pelo menos duas situações são as desencadeadoras do fenômeno. Na primeira, algum perfil publica alguma opinião/texto sem reflexão sobre seu conteúdo/modo de falar/recepção de possível audiência, o que acaba por gerar certa polêmica e, conseqüentemente, recriminação, xingamentos, humilhação ou ameaças pelo que fora dito. A outra situação se dá fora das redes sociais, quando um perfil publica algum registro em mídia (foto ou vídeo, por exemplo) de fato para “julgamento público”, esperando a punição pelo fato por ele relatado.

A transposição da realidade virtual para o universo tátil não é mera verborragia. Em verdade, o sentido é invertido: o mundo real/tátil é paulatina e cotidianamente transposto para o universo online. Assim, as intercorrências de um interferem diretamente no outro, a ponto de as pessoas manterem vida presencial e virtual em simbiose. Nos casos virtuais de linchamento, embora as repercussões físicas possam ser diferentes, via de regra as ameaças, humilhações e xingamentos, comprometimento da saúde das vítimas e dano a seus projetos de vida são eventualmente até mais graves que o linchamento físico. Isso se deve a um alto índice de persecutoriedade da(s) vítima(s), seus familiares e amigos, que acabam em sofrimento psíquico intenso, frequentemente alterando sua capacidade laboral e relacional.

4 O CASO BRUNA LÍCIA

O caso “Bruna Lícia” é emblemático para a compreensão do fenômeno do linchamento virtual e das múltiplas repercussões possíveis.

Bruna Lícia Fonseca foi assassinada pelo companheiro, o policial militar Carlos Eduardo Nunes Pereira, em 25 de janeiro de 2020. O policial teria chegado em casa

mais cedo do que o costume e teria flagrado a companheira em suposta traição, com José William. O militar teria, então efetuado sete disparos contra os dois, que morreram na hora. Após o crime, o policial teria entregado a arma para o tio, que é sargento da polícia. O PM foi, então, preso e levado para o presídio militar em São Luís, onde está, até o momento, à disposição da Justiça.

No que tange às condutas perpetradas por Carlos Eduardo, tem-se, pelo menos, um homicídio – contra José William e um feminicídio – contra Bruna Lícia. Até o momento espera-se a movimentação do Ministério Público do Estado do Maranhão a fim de que dê cabo à perseguição penal.

Após as reportagens que divulgaram o crime, a internet mobilizou-se, tanto em favor da(s) vítima(s), quanto para trucidá-la(s). Merece destaque a manifestação do policial militar maranhense Tiago de Jesus, em seu perfil no Twitter. O policial militar respondeu a uma publicação naquela rede social que criticava a enxurrada de mensagens em defesa da conduta criminosa de Carlos Eduardo, dizendo expressamente: “continuem traindo seus homens. Jaja tomarão o mesmo destino dela”. Assim, Tiago de Jesus afirmou que se as mulheres traírem seus companheiros também poderão ter o mesmo destino de Bruna Lícia.

A publicação de Tiago teve repercussão imediata. Muitos comentários foram feitos no sentido de questionar a conduta dele enquanto policial militar, que, em tese, trabalha em favor da segurança pública e tem o dever de proteção para com as vítimas. De certo que a proporção do caso chegou à Secretaria de Segurança Pública do Estado do Maranhão que, na pessoa de seu secretário, Jefferson Portela, criticou a postura do policial e instaurou procedimento administrativo a fim de apurar o comportamento do policial militar. Mais, o caso foi encaminhado para o Departamento de Combate a Crimes Tecnológicos, da Polícia Civil do Estado do Maranhão. No dia 28 de janeiro de 2020 a assessoria da Polícia Civil informou publicamente que estava recebendo material da perícia e que iniciaria a investigação sobre o caso. Até o presente momento, não há novos registros sobre o andamento da possível investigação.

A manifestação do PM Tiago de Jesus foi não foi a única que veio a público culpabilizando a vítima pelo ocorrido. Muitos outros comentários com o mesmo conteúdo se multiplicaram pelas reportagens publicadas nas diferentes plataformas de comunicação (centrais de jornalismo, blogs, redes sociais).

Na reportagem publicada no dia 27 de janeiro de 2020 no blog “Folha do Bico”, intitulada “Esposa morta pelo marido no MA após ser flagrada com amante é sepultada”, alguns comentários merecem destaque. Um perfil nomeado “Fifa Reis” comentou “Ele fez certo mas tinha que dar nela só”. A mensagem é clara: o autor do comentário aprova a violência – e ainda é seletivo quanto à vítima, uma vez que reconhece a conduta da mulher como a única errada na situação, saindo em defesa do homem que também foi morto. No mesmo sentido comentou o perfil “Marcelo Luiz Santos”, que disse “que legal kkkkk e virar chacota na vizinhança e do bairro todo para o resto da vida né? Olha lá o PM frouxo, corno! Ele fez o certo”. Nesse último comentário nota-se que a defesa da honra ainda é um argumento levantado em favor do agressor. Ao mesmo tempo, o mesmo argumento reitera a violência, desonerando o agressor e confirmando a culpa da vítima pela violência sofrida.

A marca da opinião pessoal preconceituosa não é exclusiva dos comentários. A tônica dos comentários também se repete nas publicações de reportagens em canais de jornalismo. No site da emissora piauiense Meio Norte, foi publicada a reportagem “Amante de esposa de PM era evangélico e estava prestes a se casar”. Aqui, o título da reportagem traz informações sobre a religião e vida pessoal da vítima. Os comentários não fogem do padrão até agora desvelado. Um perfil nomeado “Alencar Pedro” comentou “Provérbios 6:34-35, fica a dica para aqueles que gostaram de mexer onde não deve”. “Inácio Ribeiro F” comentou “sou contra essas coisas, mas água mole em pedra dura tanto bate até que fura”. “Rogério de Santana Alves” comentou “o PM deveria receber uma medalha, não ser preso”. Os comentários em defesa da conduta do policial não são exclusivos de perfis de nomes masculinos. O perfil “Ana Angélica Me-deiros” comentou “tragédia que poderia ser evitada, traição não tem quem agüente. Não está dando certo o relacionamento termine, farrar na cama do casal é demais... não posso julgar ninguém, mas é difícil para quem é traído”. A violência contra a mulher é passível de justificação de qualquer ordem quando se trata de defesa da honra masculina.

Por fim, há, ainda, a divulgação das fotos realizadas no momento do flagrante. Os blogs jornalísticos, além de divulgarem as fotos de exposição dos cadáveres, também conseguiram (e divulgaram) documentos referentes ao depoimento feito em sede policial por Carlos Eduardo Nunes Pereira. O Portal Capital AM o fez na reportagem “Amante assassinado junto com mulher de PM era evangélico e noivo; imagens for-

tes”, publicada em 26 de janeiro de 2020. A reportagem se inicia com a foto do casal e a foto do suposto amante logo abaixo do título. Segue com breve relato sobre as relações em torno do crime, seguida de foto do suposto amante com sua respectiva noiva. Após o breve relato, o blog segue com fotos do depoimento prestado por Carlos Eduardo em sede policial, em papel timbrado pela Polícia Civil do Estado do Maranhão, ainda com as assinaturas da Autoridade Policial, Conduzido, Advogado e Escrivão. Após os documentos, há uma sequência de fotos dos corpos nus expostos, conforme encontrado pela polícia quando realizou o flagrante. A curta reportagem é seguida de comentários que não fogem a tônica do até então percebido. O perfil “Cristiano Bezerra” comentou “vai mexer na marmitta dos outros, dá nisso”. O perfil “Luan Furtado” comentou “sal nele mesmo para aprender”. E o perfil “Luiz Rocha” comentou “O adultério é um dos piores pecados da humanidade. Suas consequências são cruéis”. Mais uma vez o feminicídio é completamente esquecido diante do julgamento dos amantes.

Outra discussão que advém do caso em concreto é a repercussão do crime nos perfis pessoais de Fabíola. Em razão das publicações e da exposição, a vítima, identificada nas reportagens através do nome completo e de fotos, também teve os perfis nas redes sociais atacados com comentários da mesma tônica daqueles apresentados até agora nas reportagens e blogs. O julgamento virtual a que foi submetida seguiu a mesma lógica de defesa do agressor/assassino e de culpabilização da vítima pelo ocorrido.

Bruna Lícia mantinha um perfil profissional da sua loja virtual de produtos de beleza e de seu trabalho como maquiadora intitulado “*brunaliciamakeup*”. No dia 26 de janeiro de 2020 as publicações do perfil foram bombardeadas com comentários de outros perfis da rede social. Os comentários flutuaram entre ataques pessoais à vítima e outros questionando a culpabilização da vítima promovido pelos perfis. A maioria dos comentários se concentrou na foto mais recente publicada pelo perfil, datada de 16 de outubro de 2019. O perfil “teus017” comentou na referida publicação de Bruna Lícia “Não julgo, mas com ela e o cara funcionou a lei da sementeira, quem planta colhe!”. O perfil “marceloleitecosta2” comentou “espero que o PM saia logo da prisão coitado dele” e “é uma pena que o PM esposo dessa que está morta fique preso. Espero que ele seja liberado. Mas se não for teve sua vingança e sua honra foi lavada”. O perfil “farmacêutica_generalista” comentou “Ele agiu por impulso, qualquer um faria

igual se visse aquela cena (eu vi as fotos e achei uma covardia tremenda!) Ela traiu o marido, o amante traiu a noiva, traição é um ato tão covarde. Quando uma pessoa é traída e fica só sabendo da traição já é doido, imagine quando uma pessoa é pega no ato? Que Deus dê força para a família do PM, da mulher, do amante e da noiva que deve estar arrasada e morta de vergonha”. O perfil “Snoop.iz” comentou “o amante foi suicida....mulher já tem cara que gosta de trair”.

No caso em tela é possível delinear as características do linchamento virtual. *In casu*, temos comentários em publicações jornalísticas onde as vítimas são criticadas e culpabilizadas pela conduta criminoso sofrida; onde é “denunciado” o comportamento da vítima mulher, que é a todo momento “julgada” pela sociedade, em razão de sua irresponsabilidade para com o relacionamento amoroso. O suposto adultério de Bruna Lícia é escancarado no mundo online em busca dessa suposta responsabilização pelo seu feito. A audiência, então, segue com o respectivo julgamento, procedendo com xingamentos de toda ordem e humilhação da(s) vítima(s), inclusive em seu perfil pessoal em redes sociais. O crime ocorrido transborda as fronteiras de São Luís - MA e Bruna Lícia passa a ser ré em toda a internet.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de Direito é sustentado pelo binômio liberdade-igualdade. A liberdade é versada internacionalmente, em tratados e convenções; e nacionalmente, através da Constituição Federal e leis infraconstitucionais. Nessas regulações encontra-se a liberdade de expressão, como máxima expressão do pensamento e de reafirmação identitária, constituindo direito fundamental da condição humana. É, pois, uma barreira frente aos arbítrios totalitários estatais (e paraestatais) de censura.

É cediço que a livre expressão reflete diretamente na sociedade de informações, visto que um discurso tem o poder de influenciar a formação de ideias – positiva ou negativamente. A mesma liberdade que assiste os discursos também é utilizada como justificativa para abusos desse direito. As mesmas palavras de liberdade podem ser utilizadas para massacrar outros cidadãos em razão de sexo, gênero, orientação sexual, raça ou qualquer outra característica pertinente. Ainda, essa mesma violência também é perpetrada no ciberespaço, utilizando-se das redes sociais para perpetração de discursos de ódio. As mensagens com intuito de agredir, incitar a violência

e discriminar são utilizadas para finalidades diversas das resguardadas por direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a extinção do preconceito e a promoção da igualdade.

Nesse sentido, a violência de gênero propagada pela difusão de discursos de ódio acaba desafiando as próprias concepções do Direito na busca por soluções adequadas no enfrentamento de tais temas, em especial quando tais discursos são proferidos no ambiente virtual. Numa perspectiva de estabelecer as possíveis restrições à liberdade de expressão, pode-se concluir que o discurso do ódio é prática social que se utiliza da comunicação e das facilidades do desenvolvimento tecnológico para incitar a violência para com determinadas classes, grupos e categorias, ou ainda, a indivíduos que pertençam a estas coletividades, sendo uma ação, intimamente, relacionada ao desrespeito à diferença e a severos julgamentos morais difamatórios; e que deve ser controlada através da criação de uma legislação específica e rígida para responsabilizar os propagadores dessas mensagens.

Dessa forma, a sociedade em rede, em face de suas características de propulsão e divulgação de informações e produção de conteúdo de forma quase que ilimitada, acaba sendo o meio utilizado para perpetração de outras condutas violentas como o linchamento virtual. Essa situação avulta como da análise do caso de Bruna Lícia, de janeiro de 2020, onde o feminicídio sofrido foi engolido pelo julgamento moral da vítima diante da suposta traição, tendo sido esse julgamento tanto por um Policial Militar, Tiago de Jesus, como pela sociedade civil, através dos comentários de toda ordem feitos nas diferentes plataformas de informação – inclusive nas redes sociais da vítima.

Nesse sentido é inequívoco assumir que a violência de gênero é uma realidade e é perpetrada a todo o momento, de diversas formas; sendo o mundo virtual um reflexo do mundo real. No caso em tela, avulta a discussão sobre a liberdade de expressão e a disseminação dos discursos de ódio, a fim de que a falsa percepção de anonimato dê lugar à responsabilização sistemática de atores que se valem do ambiente online para perpetração de crimes, como a identificação e responsabilização de Tiago de Jesus pelo feito contra Bruna Lícia. E que, através do amplo debate, seguido da punibilidade da violência cibernética, a sociedade possa avançar em favor do combate à violência de gênero.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO. **Violência de Gênero na Internet**. Disponível em: <https://dossies.agencia-patriciagalvao.org.br/violencia/violencias/violencia-de-genero-na-internet/>. Acesso em 22 jul. 2019.

BARREIRA, C. **Pistoleiro ou Vingador: construção de trajetórias**. Sociologias n.8 Porto Alegre jul./dic. 2002.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. São Paulo: Nova Fronteira, 2009.

BOCCHI, Olsen Henrique. A liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito. Uma abordagem ética e solidária. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2715, 7 dez. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17981>>. Acesso em: 20 jul 2019.

BRASIL. **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso de ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Trad. Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira. **Revista de Direito Público**, v. 15 n. 118, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/521/919>>. Acesso em: 26 jul.2019.

BUZZI, Vitória De Macedo. **Pornografia da Vingança: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro**. 1ª. ed – Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CALHAU, Lélío Braga. **Bullying O que você precisa saber. Identificação, prevenção e repressão**. 2ª edição. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

CASADO, Aline Gabriela Pescaroli. *Cyber bullying: violência virtual e o enquadramento penal no Brasil*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Apud. FANTE, Cleodilice Aparecida Zonato. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10882>. Acesso em 26 jul 2019.

CASTELLS, Manuel. Fluxos, redes e identidades: uma teoria crítica da sociedade informacional. In: CASTELLS, Manuel; FLECHA, Ramón; FREIRE, Paulo et. al. (Org.) **Novas perspectivas críticas em educação**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 a 361)**. Ed. Juspodivm. Salvador, 2017.

DUARTE, Ana Rita Fonteles. **O Movimento Feminino pela Anistia na luta contra a ditadura no Brasil: entrevista com Therezinha Zerbini**. Rev. Estud. Fem., Florianópolis, v. 27, n. 1, e53564, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2019000100400&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 28 jul 2019.

DUTRA, Paula Queiroz. **O paraíso não é aqui: a violência contra a mulher em Tatiana Salem Levy**. Estudos de Literatura Brasileira Contemporânea, Brasília, n. 48, p. 209-228, 2016.

ELUF, L. N. **A Paixão no Banco dos Réus: casos passionais célebres de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

FAHS, Ana Salvatti. **POLITIZE: Movimento Feminista**. 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/movimento-feminista/>. Acesso em 20 jul 2019.

FERREIRA, A. B. H. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2ª edição. Rio de Janeiro. Nova Fronteira, 1986.

FOLHA DO BICO. **Esposa morte pelo marido no MA após ser flagrada com amante é sepultada**. Publicado em 27 jan 2020. Disponível em: <https://www.folhadobico.com.br/esposa-morta-pelo-marido-no-ma-apos-ser-flagrada-com-amante-e-sepultada/>. Acesso em 23 mar 2020.

GIONGO, Marina Grandi. **Madalenas Modernas e um caso de pornografia da vingança: reflexões sobre gênero, sexualidade e cidadania na educação**. 2015. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/sicp/wp-content/uploads/2015/MARINA-GRANDI-GIONGO.pdf>> Acesso em: 28 jul. 2019.

GOUVEIA, Taciana; CAMURÇA, Sílvia. **O que é gênero?** - 4ed. -Recife: SOS CORPO - Instituto Feminista para a Democracia, 2004.

INSTAGRAM. **Brunaliciamakeup**. Disponível em: <https://www.instagram.com/brunaliciamakeup/?hl=pt>. Acesso em 23 mar 2020.

———. **Brunaliciamakeup – publicação dia 16 de outubro de 2019**. Publicado em 16 out 2019. Disponível em: https://www.instagram.com/p/B3siSfCnQic/?utm_source=ig_web_copy_link. Acesso em 23 mar 2020.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEMO, André. **Cibercidade: A cidade na Cibercultura**. Rio de Janeiro: E-Papers Serviços Editoriais, 2004.

LIMA, Raísa Mafrá de. **Liberdade de expressão x os discursos de ódio na internet**. 2016. 53 f. Monografia – Universidade Federal de Roraima. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/MONOGRFIA%20RAISA%20PDF.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019.

LOIS, Cecília. **A gênese da exclusão: o lugar da mulher na Grécia antiga**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos. p. 20. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/47427108_A_genese_da_exclusao_o_lugar_da_mulher_na_Grecia_antiga>. Acesso em 21 jul. 2019.

LOUZADA, Marcelle Cardoso; ROCHA, Nathalia Falco. **A transição entre sexting e a pornografia da revanche na nova sociedade do espetáculo**. In:_____. **Revolução Digital: análises e perspectivas das novas tecnologias**. Vol 1. 1ª ed. Santa Maria: Fadisma, 2016.

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. Revista Direito e Liberdade, Natal, vol. 16, n. 03, 2014.

MACHADO, Lia Zanotta. **Perspectivas em confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo?** Série Antropologia 289: Brasília, 2000.

MANSUR, Maria Gabriela Prado. **Pornografia de revanche**. 2015. Disponível em: <http://www.justicade-saia.com.br/pornografia-de-revanche/>. Acesso em: 18 jul. 2019.

MEIO NORTE. **Amante de esposa de PM era evangélico e estava prestes a se casar**. Publicado em 27 jan 2020. Disponível em: <https://www.meionorte.com/noticias/amante-de-esposa-de-pm-era-evangelico-e-estava-prestes-a-se-casar-380528>. Acesso em 23 mar 2020.

MENDES, Priscilla. G1 em Brasília. **Dieckmann foi chantageada em R\$ 10 mil por fotos, diz advogado**. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2012/05/dieckmann-foi-chantageada-em-r-10-mil-devido-fotos-diz-advogado.html>. Acesso em: 29 jul. 2019.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOGUEIRA, Renzo Magno. **A evolução da sociedade patriarcal e sua influência sobre a identidade feminina e a violência de gênero**, 2016. Acesso em: 28 jul.2019.

O IMPARCIAL. **Após polêmicas em redes sociais, inquérito vai apurar conduta de PM**. Publicado em 28 jan 2020. Disponível em: <https://oimparcial.com.br/policia/2020/01/apos-polemicas-em-redes-sociais-inquerito-vai-apurar-conduta-de-pm/>. Acesso em 19 mar 2020.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Internet y los derechos humanos. Anuario de Derechos Humanos**. Nueva Época. v.12, p.287-330. 2011. Disponível em: <<http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/download/38107/36859>>. Acesso em: 24 jul. 2019.

PORTAL CAPITAL AM. **Amante assassinado junto com mulher de PM era evangélico e noivo; imagens fortes**. Publicado em 26 jan 2020. Disponível em <https://portaldacapitalam.com.br/amante-assassinado-junto-com-mulher-de-pm-era-evangelico-e-noivo-imagens-fortes/>. Acesso em 23 mar 2020.

SAFFIOTI, Heleith I. B.; ALMEIDA, Suely de Souza. **Violência de gênero: poder e impotência**. Rio de Janeiro, Revinter, 1995.

_____. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SAMPAIO, Ângela Oliveira; VENTURINI, Renata Lopes Biazotto. **Uma breve reflexão sobre a família na Roma Antiga**. VI Jornada de Estudos Antigos e Medievais, 2007. Disponível em: <http://www.ppe.uem.br/jeam/anais/2007/trabalhos/030.pdf>. Acesso em 22 jul. 2019.

SCHREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e Mídia**. Atlas, São Paulo. 2013. p. 282-298. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522477494/cfi/2931/4/4@0.00:0.00>. Acesso em 26 jul. 2019.

SCOTT, Joan Wallach. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica.** Educação & Realidade. Porto Alegre, vol. 20, nº 2, jul./dez. 1995.

SILVA, Daniel Neves. **A escravidão no brasil colonial.** Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/idade-moderna/escravidao-no-brasil-colonial.htm>. Acesso em 26 jul. 2019.

SILVA, Rita de Cássia Lopes da. **Direito penal e sistema informático.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Rosane. **Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira.** Revista Direito - GV, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 445-468, jul.-dez. 2011.

_____. **Discurso de ódio: liberdade de expressão ou violação dos direitos humanos?.** 2012. Disponível em: <<http://www.unifra.br/eventos/sepe2012/Trabalhos/7116.pdf>>. Acesso em: 21 jul 2019.

TAVARES, Alice. **Direitos e Deveres das mulheres e dos homens na Idade Média.** Vínculos de História, n.4 Instituto de Estudos Medievais da FCSH-UNL. (Em linha). (2015). Disponível em: https://www.academia.edu/12952592/_Direitos_e_deveres_das_mulheres_e_dos_homens_na_Idade_Média._O_testemunho_dos_Costumes_e_Foros_portugueses._Uma_questão_de_igualdade_ou_desigualdade. Acesso em: 17 jul. 2019.

THOMÉ, Elisa Moreira. Apud: MARQUES, Pedro Amato de Azevedo. **Violência contra a mulher e o cyberbullying.** Disponível em: https://www.academia.edu/14077507/Viol%C3%Aancia_de_g%C3%AAnero_nas_redes_sociais. Acesso em 19 jul 2019.

WAGNER, Adriana. **Como se perpetua a família? A transmissão dos modelos familiares.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

WALKER, Alice. **Overcoming speechlessness.** New York: Seven Stories, 2010.

XAVIER, Elódia. **Declínio do patriarcado: a família no imaginário feminino.** Rio de Janeiro: Record, Rosa dos Tempos. 1998.