

# IJDL

## International Journal of DIGITAL LAW

## IJDL – INTERNATIONAL JOURNAL OF DIGITAL LAW



### Editor-Chefe

Prof. Dr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica do Paraná e  
Universidade Federal do Paraná, Curitiba – PR, Brasil

### Editores Associados

Prof. Dr. Alexandre Godoy Dotta, Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, Curitiba – PR, Brasil  
Prof. Dr. Juan Gustavo Corvalán, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

### Editores Adjuntos

Me. Fábio de Sousa Santos, Faculdade Católica de Rondônia, Porto Velho – RO, Brasil  
Me. Iggor Gomes Rocha, Universidade Federal do Maranhão, São Luís – MA, Brasil  
Me. Lucas Bossoni Saikali, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba – PR, Brasil

### Presidente do Conselho Editorial

Profa. Dra. Sofia Ranchordas, University of Groningen, Groningen, Holanda

### Conselho Editorial

Prof. Dr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil  
Profa. Dra. Annappa Nagarathna, National Law School of India, Bangalore, Índia  
Profa. Dra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Brasil  
Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem, Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Brasil  
Profa. Dra. Diana Carolina Valencia Tello, Universidad del Rosario, Bogotá, Colômbia  
Prof. Dr. Endrius Cocciolo, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha  
Profa. Dra. Eneida Desiree Salgado, Universidade Federal do Paraná, Brasil  
Profa. Dra. Irene Bouhadana, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, França  
Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Brasil  
Prof. Dr. Mohamed Arafa, Alexandria University, Alexandria, Egito  
Profa. Dra. Obdulia Taboadela Álvarez, Universidad de A Coruña, A Coruña, Espanha  
Profa. Dra. Vivian Cristina Lima Lopez Valle, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Brasil  
Prof. Dr. William Gilles, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, França  
Profa. Dra. Lyria Bennett Moses, University of New South Wales, Kensington, Austrália

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

# FORUM

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737  
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

IN61 International Journal of Digital Law – IJDL – ano 1, n. 1  
(abr. 2020) – Belo Horizonte: Fórum, 2020.

Quadrimestral; Publicação eletrônica  
ISSN: 2675-7087

1. Direito. 2. Direito Digital. 3. Teoria do Direito. I. Fórum.

CDD: 340.0285  
CDU: 34.004

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Aline Sobreira

Capa: Igor Jamur  
Projeto gráfico: Walter Santos

# Sumário

## Contents

Editorial.....	7
<i>Editorial</i> .....	9

### O fomento às novas tecnologias na Administração Pública como direito ao desenvolvimento

#### *The promotion of the new technologies in Public Administration as the right to development*

<b>Camille Lima Reis, Fábio Lins de Lessa Carvalho</b> .....	11
1 Introdução .....	12
2 A tecnologia como uma nova conexão entre a sociedade e o Estado .....	13
2.1 Tecnologia e sociedade: dois em um? .....	13
2.2 Tecnologia e Administração Pública: uma intimação para mudanças .....	16
3 O direito ao desenvolvimento e a administração eficiente como sua percussora....	18
3.1 O direito humano ao desenvolvimento.....	18
3.2 O direito fundamental ao desenvolvimento: uma perspectiva constitucional .....	19
3.3 O papel do Estado Administrador no desenvolvimento e o princípio da eficiência administrativa .....	20
3.4 Eficiência e tecnologia .....	22
4 Tecnologia e desenvolvimento: variáveis diretamente proporcionais?.....	24
5 Conclusão .....	26
Referências .....	27

### A arqueologia das leis de liberdade de informação: o Egito e as leis contra *fake news*

#### *The archeology of freedom of information laws: Egypt and fake news laws*

<b>Mohamed 'Arafa</b> .....	29
1 Introdução .....	31
2 O direito de liberdade .....	35
2.1 Segurança nacional e direitos humanos: desenvolvimento do conceito .....	37
2.2 Direito Internacional dos Direitos Humanos, políticas e segurança nacional .....	38
3 Princípios de Siracusa .....	40
4 Direito de acesso à informação e segurança nacional no Egito.....	41
4.1 Os Princípios de Joanesburgo e de Tshwane.....	41
4.2 Segurança Nacional na Constituição do Egito de 2014.....	44
4.3 Segurança nacional nas leis de mídia, imprensa e comunicação.....	45
4.4 Isenção(ões) para divulgação de informações (institucionalmente) .....	47
5 Decisão da Corte Egípcia sobre segurança nacional: estudo de caso.....	51
6 Ataque ao Estado de Direito.....	53

6.1	A mídia, a imprensa e a Lei SCMR nº 180, de 2018 .....	57
6.2	Lei Anti-Cibercrime (Decreto Presidencial nº 175, de 2018) .....	61
7	Conclusões.....	66
	Referências .....	68

## **Marketplace digital para compras públicas**

### *Digital marketplace for public purchases*

<b>Carolina Zancaner Zockun, Maurício Zockun</b> .....	77
Introdução .....	78
1    Exigências para a aquisição de bens e serviços comuns .....	79
2 <i>Marketplace</i> digital .....	82
2.1  Plataforma própria ou de terceiros .....	84
3    Regularidade das empresas .....	86
4    A questão das microempresas e empresas de pequeno porte .....	87
5    As prerrogativas da Administração e a aplicação das penalidades.....	89
6    Considerações finais .....	92
Referências .....	93

## **Colisão entre princípios e ponderação: a questão do acesso a documentos e informações por legitimados à propositura de ações de reparação de danos concorrenciais**

### *Collision between principles and Balancing: disclosure of administrative procedure documents and information by claimants on follow-on damage actions*

<b>Kelly Fortes Violada</b> .....	95
1    Introdução .....	96
2    Definição dos princípios aplicáveis ao caso em análise .....	98
2.1  O princípio da publicidade dos atos da Administração Pública e a exceção do sigilo .....	99
2.2  Os princípios da livre-iniciativa, livre concorrência e repressão ao abuso do poder econômico.....	101
3    A aplicação do direito da concorrência ao caso: publicidade, informações concorrenciaismente sensíveis e a proteção do programa de leniência.....	103
4    A regra da proporcionalidade e sua aplicação ao caso.....	107
5    Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito .....	109
Conclusão .....	112
Referências .....	113

## **Privacidade e proteção de dados: por uma compreensão ampla do direito fundamental em face da sua multifuncionalidade**

### *Privacy and data protection: for a broad comprehension of a fundamental right in its multifunctionality*

<b>Eneida Desiree Salgado, Vitoria Hiromi Saito</b> .....	117
1    Introdução .....	118

2	O direito à privacidade sob a lente da teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais.....	119
3	As legislações de proteção de dados enquanto prestação normativa estatal exigida pelo direito fundamental à privacidade.....	123
4	O direito à privacidade nas dimensões de prestação fática e de defesa.....	128
5	Considerações finais .....	134
	Referências .....	135

*Crowdfunding* como alternativa financiera para combatir el cambio climático en la era de las nuevas tecnologías y el desarrollo sostenible

*Crowdfunding as a financial alternative to combating climate change in the age of new communications technologies and sustainable development*

<b>William Iván Gallo Aponte</b> .....	139	
1	Introducción.....	140
2	Cambio climático: un análisis a partir de sus implicaciones socioeconómicas y en la actividad regulatoria.....	142
3	El <i>crowdfunding</i> o financiamiento colectivo en la era de las nuevas tecnologías: De la multidisciplinarietà al derecho .....	151
4	El <i>crowdfunding</i> para combatir el cambio climático: una herramienta orientada a la sostenibilidad .....	158
5	Consideraciones finales.....	162
	Referencias .....	164

<b>DIRETRIZES PARA AUTORES</b> .....	169
Condições para submissões .....	175
Política de privacidade .....	176

<b>AUTHOR GUIDELINES</b> .....	179
Conditions for submissions.....	185
Privacy statement.....	186



# Editorial

No último dia 9 de novembro fizemos um evento de lançamento do *International Journal of Digital Law*, com uma conferência sobre a “Regulação dos *Digital Influencers*” realizada pela professora Sofia Ranchordás, a Presidente do Conselho Editorial da IJDL. O evento, inserido como uma das atividades do Universitas – Direito, na PUCPR, foi um sucesso, contando com mais de mil e quinhentas visualizações no Youtube.

Neste último número do ano nós temos que agradecer penhoradamente a todos aqueles que contribuíram para o empreendimento. Particularmente, é preciso destacar a colaboração dos professores Alexandre Godoy Dotta, Daniel Wunder Hachem e Vivian Cristina Lima López Valle, cujo apoio foi essencial neste importante primeiro ano da revista, bem como na convergência do NUPED para o mundo do Direito Digital.

Reitero, ainda, nossos agradecimentos à Editora Fórum, responsável pela editoração do periódico, pela excelência dos trabalhos realizados, conferindo credibilidade às edições do *International Journal of Digital Law*.

Neste número temos a honra de contar novamente com artigos de professores de destaque nacional e internacional, alguns decorrentes de pesquisas realizadas em coparticipação de seus alunos de mestrado e doutorado. Meus agradecimentos a Camille Lima Reis, Fábio Lins de Lessa Carvalho, Mohamed Arafa, Carolina Zancaner Zockun, Maurício Zockun, Kelly Fortes Violada, Eneida Desiree Salgado, Vitoria Hiromi Saito, and William Iván Gallo Aponte pelos excelentes artigos submetidos ao nosso terceiro número.

A revista agora está indexada em importantes diretórios e bases de dados, como Diadorim, Latindex, Google Scholar e Sumários de Revistas Brasileiras, além da importante Plataforma Fórum de Bibliotecas Digitais. Ademais, estamos vinculados ao Crossref, ao DOI, ao ORCID e à Associação Brasileira de Editores Científicos.

Terminamos um ano intenso de trabalho e o resultado não poderia ser mais promissor na divulgação da pesquisa científica de qualidade.

**Emerson Gabardo**

Editor-chefe da IJDL



## Editorial

On November 9th, we held a launch event for the *International Journal of Digital Law*, with a conference on the “Regulation of Digital Influencers” by Professor Sofia Ranchordás, the President of the Editorial Board of IJDL. The event, inserted as one of the activities of Universitas – Direito, at PUCPR, was a success, with more than fifteen hundred views on Youtube.

In this last issue of the year, we have to thank all those who contributed to the undertaking. In particular, it is necessary to highlight the collaboration of professors Alexandre Godoy Dotta, Daniel Wunder Hachem, and Vivian Cristina Lima López Valle, whose support was essential in this important first year of the journal, as well as in the convergence of NUPED to the world of Digital Law.

I would also like to reiterate our thanks to Editora Fórum, responsible for publishing the journal, for the excellence of the work done, giving credibility to the editions of the *International Journal of Digital Law*.

In this issue, we are honored to have again articles from prominent national and international professors, some resulting from research carried out in co-participation by their master and doctoral students. My thanks to Camille Lima Reis, Fábio Lins de Lessa Carvalho, Mohamed Arafa, Carolina Zancaner Zockun, Maurício Zockun, Kelly Fortes Violada, Eneida Desiree Salgado, Vitoria Hiromi Saito, and William Iván Gallo Aponte out for the excellent articles submitted to our third issue.

The journal is now indexed in important directories and databases, such as Diadorim, Latindex, Google Scholar, and Summaries of Brazilian Journals, in addition to the important Forum of Digital Libraries. In addition, we are linked to Crossref, DOI, ORCID, and the Brazilian Association of Scientific Editors.

We finished an intense year of work and the result could not be more promising in the dissemination of quality scientific research.

**Emerson Gabardo**  
IJDL Editor in Chief



# O fomento às novas tecnologias na Administração Pública como direito ao desenvolvimento

*The promotion of the new technologies in Public Administration as the right to development*

**Camille Lima Reis\***

Universidade Federal de Alagoas (Maceió, Alagoas, Brasil)  
millereis@gmail.com  
<https://orcid.org/0000-0003-4186-6321>

**Fábio Lins de Lessa Carvalho\*\***

Universidade Federal de Alagoas (Maceió, Alagoas, Brasil)  
fabiolinslc@hotmail.com  
<https://orcid.org/0000-0002-3621-7290>

**Recebido/Received:** 07.10.2020/ October 7<sup>th</sup>, 2020

**Aprovado/Approved:** 27.11.2020/ November 27<sup>th</sup>, 2020

---

**Resumo:** O estudo objetiva observar a relação entre o avanço tecnológico na Administração Pública e o Direito ao Desenvolvimento, compreendendo de que forma o fomento às Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) contribui para o desenvolvimento. Para tanto, utilizam-se estudos bibliográficos, legislativos, quantitativos e qualitativos a partir do método dedutivo-indutivo para que seja feita uma análise real de como a tecnologia influi na sociedade e conseqüentemente no Estado. Também se faz oportuno explorar o direito ao desenvolvimento e de que maneira a Administração pode atuar como seu promotor e de modo especial dar o enfoque à eficiência, trazendo como o administrador pode, a partir do fomento tecnológico, também incitar o desenvolvimento.

**Palavras-chave:** Novas tecnologias. Administração Pública. Desenvolvimento. Fomento. Eficiência.

---

Como citar este artigo/*How to cite this article*: REIS, Camille Lima; CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. O fomento às novas tecnologias na Administração Pública como direito ao desenvolvimento. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 11-28, set./dez. 2020.

\* Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (Maceió, Alagoas, Brasil).

\*\* Professor associado da Universidade Federal de Alagoas (Maceió, Alagoas, Brasil) e do Centro Universitário CESMAC, Procurador do Estado de Alagoas. Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca e mestre em Direito Público pela UFPE.

**Abstract:** This paper aims to observe the relationship between technological advancement in Public Administration and the Right to Development, understanding how the promotion of Information and Communication Technologies (ICTs) contributes to development. For this, bibliographic, legislative, quantitative and qualitative studies are used based on the deductive-inductive method so that a real analysis of how technology influences society and, consequently, the State, is made. It is also opportune to explore the right to development and how the Administration can act as its promoter and in a special way to focus on efficiency, bringing about how the manager can, from the technological development, also encourage development.

**Keywords:** New technologies. Public Administration. Development. State promotion. Efficiency.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** A tecnologia como uma nova conexão entre a sociedade e o Estado – **3** O direito ao desenvolvimento e a administração eficiente como sua percussora – **4** Tecnologia e desenvolvimento: variáveis diretamente proporcionais? – **5** Conclusão – Referências

---

## 1 Introdução

O presente trabalho debruça-se sobre a análise de como o avanço tecnológico relaciona-se com o direito ao desenvolvimento a partir da ótica administrativa, ou seja, como o fomento das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) pela Administração pode trazer impactos significativos ao desenvolvimento, o qual também cabe à Administração garantir. Cientes da atual revolução tecnológica, cuja matéria-prima compreende mudanças profundas no modo de vida da sociedade em níveis globais, é preciso compreender esse fenômeno de forma extensa para que as mudanças que vêm sendo e ainda serão provocadas pela tecnologia tragam impactos positivos. Por isso, o primeiro passo para atingir o objetivo central deste estudo é observar o comportamento da sociedade conectada, bem como os impulsos dessa nova relação entre sociedade e tecnologia para a Administração, que também precisa acompanhar e inserir essas mudanças na máquina pública.

Posteriormente, o próprio direito ao desenvolvimento entra em voga, sendo essencial para tal estudo o entendimento do que seria esse direito em nível internacional e nacional, assim como o papel do Estado em sua promoção e a conexão com o princípio da eficiência, que a partir de então ganha contornos protagonistas neste trabalho. Por fim, a relação direta e indireta entre a tecnologia e o desenvolvimento é analisada a partir de estudos e dados qualitativos e quantitativos que denotam a ligação entre ambas, indicando um ganho que caracterize desenvolvimento. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo-indutivo de forma a nos encaminhar a uma conclusão precisa com o fim de contribuir com a Administração Pública no sentido de incentivar o fomento tecnológico, observando entre os seus ganhos um deles: o desenvolvimento, que na verdade pode implicar muitos outros.

## 2 A tecnologia como uma nova conexão entre a sociedade e o Estado

### 2.1 Tecnologia e sociedade: dois em um?

Na busca pela compreensão do surgimento da sociedade e do Estado encontram-se várias controvérsias. Os benefícios da vida comunitária são evidentes e se moldam justamente a partir da história, dos costumes e valores de cada sociedade, que sofrem transformações e, assim, demandam também mudanças no modo de agir estatal. Embora um vetor tradicionalmente considerado superior, o Estado age em função da sociedade e por meio de uma força legitimadora dada por ela, e diante disso a atenção às suas necessidades e demandas é primordial, especialmente quando se trata dos Estados mais modernos, marcados pelo traço democrático. Neste ponto, é indiferente observar se o Estado nasce com a vida comunitária ou se a partir de um pacto social, mas é rigor tratar que, a partir da necessidade de organizar grupos sociais para dirimir conflitos e estabelecer uma boa convivência, a presença do Estado se faz visível e intrínseca.

Sendo assim, pode-se trazer que o Estado se centra na sociedade; sua razão de ser está em administrar, regular e ordenar o meio social. Por isso, é muito importante inicialmente observar a própria sociedade e como ela se desenvolve, para que seja trazida a ideia de um Estado antenado, em comunhão com o que acontece na sociedade. Neste momento, a ótica que se objetiva analisar é como a tecnologia,<sup>1</sup> ao longo da história da humanidade, se faz presente como fator de modificação social, transformando o modo de vida, hábitos e forma de pensar e consequentemente demandando uma mudança no comportamento do Estado. Destaque-se aqui, então, a existência de marcos históricos profundos na história, um processo em que ocorre uma significativa mudança de paradigma, ou seja, no modo de vida da sociedade, causando impactos valorosos: as revoluções. Com as mudanças no estilo de vida das pessoas, surgem novas demandas e problemas ligados às novidades trazidas pelas transformações que ocorrem.

Veja então que a revolução tecnológica que se vive é precedida também por grandes revoluções: Primeira Revolução Industrial, a partir da utilização do vapor de água como energia para produção, a Segunda com o uso da energia elétrica e a Terceira que tem por vetor os meios eletrônicos que automatizaram a produção.

<sup>1</sup> Inicialmente, a ideia de tecnologia está ligada à lógica ou ciência da técnica, o conjunto de habilidades e métodos com os quais os seres humanos cumprem seus objetivos. Com o passar do tempo, novas significações ao termo “tecnologia” foram somadas: técnica e/ou grau de desenvolvimento científico e tecnológico. MARRARA, Thiago. Direito Administrativo e novas tecnologias. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 225-521, jan. 2011.

Alguns autores, a exemplo de Castells,<sup>2</sup> teórico no qual se aprofunda a partir de então, consideram vivenciarmos a Terceira Revolução Industrial, assumindo que houve pelo menos duas revoluções industriais antecedentes: a primeira, caracterizada pela utilização de energia de máquina a vapor, e a segunda, da eletricidade. Embora a importância de Castells neste estudo, é relevante considerar a automação como um processo além do que estaria incluso na atual revolução em que se vive, pois posteriormente tratar-se-á de dois momentos da Administração: a era eletrônica e a era digital.

Pouco diferencia levamos esta como a terceira ou quarta, pois em ambos os sentidos se reconhece o processo tecnológico como um todo, não como um fator “pronto” a ser aplicado em uma determinada realidade. Sendo assim, Klaus Schwab,<sup>3</sup> Presidente do Fórum Econômico Mundial, nos inclui em meio a uma quarta revolução industrial, em que o uso da tecnologia tem sido responsável por ultrapassar barreiras físicas e até biológicas em uma escala jamais presenciada; trata-se de uma transformação diferente de qualquer outra. Desse modo, a resposta a esta revolução digital precisa se dar de forma integrada e completa, com a soma de esforços de todas as partes interessadas, seja o setor público, privado e a sociedade.

De fato, as revoluções tecnológicas são marcadas pela sua penetração em todos os domínios da sociedade, mas, de modo diferente, o cerne da transformação que está se vivendo na revolução atual refere-se às TICs, processamento e comunicação. A tecnologia da informação é considerada, para a atual revolução, o que aquelas fontes de energia, estimadas novas, foram para as revoluções industriais anteriores: o motor a vapor e a eletricidade, os combustíveis fósseis e até mesmo a energia nuclear.<sup>4</sup> Considerar assim a tecnologia como elemento que dá mecânica à sociedade. Castells destaca a proximidade entre a tecnologia e a sociedade na medida em que, embora não determinantes uma da outra, a dinâmica de ambas se confunde, o que nas palavras do autor “a tecnologia é a sociedade, e a sociedade não pode ser entendida ou representada sem suas ferramentas tecnológicas”.<sup>5</sup> Desse modo,

<sup>2</sup> O que caracteriza a revolução que vivemos não é a centralidade de conhecimento de informações, mas como esses conhecimentos se aplicam. Sendo assim, reconhece-se que nas últimas décadas as novas tecnologias passaram por três estágios distintos: automação de tarefas (que Schwab percebe como uma revolução à parte), as experiências de usos e a reconfiguração das aplicações. CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 69-71.

<sup>3</sup> SCHWAB, Klaus. *The Fourth Industrial Revolution: what it means, how to respond*. World Economic Forum Website: 2016. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/>. Acesso em: 12 nov. 2019.

<sup>4</sup> CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 68.

<sup>5</sup> “É claro que a tecnologia não determina a sociedade. Nem a sociedade escreve o curso da transformação tecnológica, uma vez que muitos fatores, inclusive criatividade e iniciativa empreendedora, intervêm no processo de descoberta científica, inovação tecnológica e aplicações sociais, de forma que o resultado final depende de um complexo padrão interativo”. CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 43.

revelar o que ele chama de sociedade em rede: uma estrutura social baseada em redes operadas por tecnologias de comunicação e informação.<sup>6</sup>

O surgimento do *ciberespaço* traz uma cultura contemporânea totalmente sem precedentes, unida por uma comunidade global, ultrapassando barreiras geográficas que influenciam nos valores sociais e disseminam novas visões de mundo. Antônio Quintino Rosa,<sup>7</sup> ao tratar da evolução das relações sociais, trouxe uma interessante contribuição a partir da observação de como as diferentes faixas etárias de um mesmo grupo social utilizam as tecnologias. Os mais velhos usam as novas tecnologias para atividades semelhantes àquelas feitas antes da existência delas, substituindo meios tradicionais de comunicação como carta por e-mail ou a forma de ler notícias e fazer compras. Já os mais jovens trazem novas formas de utilizar a tecnologia, como, por exemplo, para formar grupos e fazer amizades.

De toda forma, a tecnologia é assertiva no modo de comunicação, sendo responsável pela criação de um novo ambiente além do “mundo real” que já conhecia antes: o ambiente virtual, capaz de conectar pessoas sem estabelecer fronteiras em uma velocidade instantânea. Por isso, somos levados a compreender que o fenômeno humano não pode ser entendido fora do diálogo com a tecnologia, transformadora da realidade em vários aspectos.<sup>8</sup> Não se estima que a convivência *on-line* das pessoas substitua as relações pessoais, ou melhor, as formas tradicionais de comunicação, mas se reconhecem seus impactos atuais e a perspectiva futura.

Enquanto muitas pessoas ainda tratam de tecnologia como o futuro, o que se está prestes a discutir é como a utilização presente dos recursos tecnológicos pela sociedade e pela Administração traz impactos para a vida e o desenvolvimento da sociedade, embora nos permita apenas uma estimativa. Em vez de tratar os efeitos da tecnologia a partir do seu viés “negativo” com todas as dificuldades que podem e já surgiram, é preciso pensar em como utilizá-la de forma inteligente no setor público, de modo a aproximar a sociedade e o Estado a partir do uso tecnológico, haja vista sua inevitabilidade.

Condições sociais específicas são responsáveis por favorecerem a inovação tecnológica, que alimenta a trilha do desenvolvimento econômico e as demais inovações.<sup>9</sup> A tecnologia, inovadora ou não, abre portas para o desenvolvimento da sociedade, construindo uma sólida base que caminha junto com ela. Com a simbiose entre a sociedade e internet, o Estado não mais se vê diante de uma

<sup>6</sup> CASTELLS, Manuel. A sociedade em Rede: do conhecimento à política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.). *A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política*; Conferência. Belém: Imprensa Nacional, 2005. p. 20.

<sup>7</sup> ROSA, Antonio Quintino. Era digital. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz (Coord.). *O controle da Administração na era digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.114-116.

<sup>8</sup> BUSTAMANTE, Javier. Poder comunicativo, ecossistemas digitais e cidadania digital. In: SILVEIRA, Sergio Amadeu da (Org.). *Cidadania e Redes digitais*. São Paulo: Maracá, 2010. p. 13.

<sup>9</sup> CASTELLS, Manuel. *Sociedade ...*, p. 74.

escolha, mas está compelido a participar das transformações resultantes da característica sociedade em rede. Por isso, uma análise da relação entre a tecnologia e o Estado também ganha um amplo espaço no presente estudo, de modo a nos levar à compreensão de como o Estado tem se inserido em sua relação com a sociedade conectada.

## 2.2 Tecnologia e Administração Pública: uma intimação para mudanças

As transformações sociais causadas pelas novas tecnologias intimam o Estado a participar do momento de conversão, não somente em razão da sociedade, mas também por princípios que terá a oportunidade de abordar, como a modernidade e a eficiência. Embora resistente, o debate de novas tecnologias na Administração já possui uma rica literatura e fica impossível não declarar que mudanças estruturais são necessárias. Utilizar as tecnologias, e aqui passa a se tratar mais especificadamente das TICs, não é sinônimo de integrá-las estruturalmente. Utilizações pontuais não são compatíveis com o modo com o qual a própria sociedade delas usufrui. A relação que pode trazer é basicamente como a demonstração feita por Antônio Quintino Rosa, citada anteriormente. As novas gerações não somente têm a tecnologia como um instrumento para velhas atividades, como comunicar-se (carta *versus* e-mail), mas percebem novas formas para utilização e otimização de seus estilos de vida e relações.

Avanços que substituam o tradicional pelo eletrônico não se fazem suficientes, embora sejam significativos: processos administrativos eletrônicos em vez da utilização do papel físico, por exemplo. Entretanto, para não ficar à margem do que acontece neste novo ambiente virtual, é necessário compreendê-lo como um todo. As TICs “não são simplesmente ferramentas a serem aplicadas, mas processos a serem desenvolvidos”.<sup>10</sup> Os esforços da Administração para utilizar as TICs são visíveis. Desde 2000, com a instituição do governo eletrônico, resta evidente a disposição para a modernização. Nos últimos 20 anos, diversos fatores importantes contribuíram para o avanço tecnológico neste sentido, como a criação de um Comitê Executivo de Governo Eletrônico (2002), o estabelecimento de regras e diretrizes para os sítios da Administração (2002), a criação do Portal da Transparência (2004), que viabiliza o controle dos gastos públicos, o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (2005), a Estratégia Geral de Tecnologia da Informação (2008), a criação de um modelo de *software* público (2011), o Marco Civil da Internet

<sup>10</sup> CASTELLS, Manuel. *Sociedade...*, p. 69.

(2014), o Sistema Eletrônico de Informação (2015), além de pesquisas para medir os resultados do governo eletrônico.<sup>11</sup>

Neste contexto, relevante papel a tecnologia desempenha, não somente permitindo melhor alocação de serviços públicos e intercomunicação entre os órgãos e atores sociais, mas também a partir de uma perspectiva que traça um novo desenho nos processos de governo de modo a atender as necessidades dos usuários e ampliar o acesso aos serviços e à Administração.<sup>12</sup> Entretanto, é preciso ter cuidado com a forma pela qual se inserem as TICs na Administração. Fazer recortes de tecnologia sem inseri-las de modo estrutural acaba criando um *Frankenstein*, cheio de retalhos tecnológicos, mas sem um fio condutor que possibilite uma mudança no agir administrativo – da mesma forma que ocorre com os jovens que transformam seu estilo de vida.

É neste aspecto que o uso tecnológico se estende do *status* de mero instrumento a ser utilizado pela sociedade e Estado e passa a fazer parte da atividade administrativa, somando ao funcionamento da máquina estatal e criando um elo significativo entre a sociedade e o Estado, desburocratizando procedimentos, facilitando a interação e acelerando processos, que ficam mais acessíveis ao cidadão. Dessarte, é de importe que nos situa-se um passo além de uma transformação eletrônica, ou seja: já é ultrapassado o momento em que a Administração utiliza meios eletrônicos para ofertar recursos e serviços, bem como desempenhar funções internas. O chamado Governo Eletrônico já foi implementado no Brasil, embora ainda não saturado; se está diante de uma nova fase, o Governo Digital.

Neste novo momento é que se situa a importância de ultrapassar a barreira da utilização e integralizar a tecnologia, torná-la “nativa”, pertencente. Ao usufruir das TICs de forma pertencente, com propriedade, inaugura-se um traço administrativo em que se utiliza de estratégias atuais e modernas baseadas nos avanços tecnológicos para atender as demandas contínuas e emergentes e criar valor público de forma efetiva.<sup>13</sup> Hoje, deve-se olhar para o Governo Digital como o único caminho que a Administração pode alcançar, em níveis de excelência jamais vistos, na eficiência e no atendimento efetivo às necessidades e anseios da sociedade.<sup>14</sup> Não se pode ignorar esta realidade e seguir querendo uma atuação administrativa precária ainda que não existissem princípios como atualidade e eficiência aplicáveis à Administração.

<sup>11</sup> BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Tecnologia da Informação. *Estratégia de Governança Digital da Administração Pública Federal 2016-19*. Brasília: MP, 2016.

<sup>12</sup> NOGUEIRA, Nair Maria Gaston. Panorama evolutivo da Administração Pública. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz (Coord.). *O controle da Administração na era digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 51-74.

<sup>13</sup> COSTA, Gledson Pompeu Correa da. Governo digital, controle digital e participação social. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz (Coord.). *O controle da Administração na era digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 151-154.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Aroldo Cedraz. O controle da Administração na era digital. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz (Coord.). *O controle da Administração na era digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 26.

Na mesma medida que a tecnologia, em comunhão com a sociedade, traz, em uma velocidade jamais vista, demandas e situações inusitadas para o Estado, ela também oferta soluções neste mesmo grau de precisão. Por isso, resta trazer que a digitalização da Administração representa um imperativo sinal positivo de avanço baseado em dois vetores: o primeiro, no correto acompanhamento da sociedade, cuja mudança paradigmática implicou um novo estilo de vida; o segundo, em detrimento das vantagens que assinalam a utilização tecnológica pela Administração. Com efeito, caminhar neste sentido nos leva a um “fim”, que na realidade é um novo processo muito interessante: o desenvolvimento.

### 3 O direito ao desenvolvimento e a administração eficiente como sua percussora

#### 3.1 O direito humano ao desenvolvimento

Como protagonista de direitos visados conjuntamente por todo o globo, o ser humano em sua individualidade e coletividade assume um papel ativo e beneficiário dos direitos humanos. Inicialmente, cumpre trazer que os direitos humanos são aqueles inerentes à figura humana, reconhecidos no âmbito internacional; eles cumprem um papel fundamental de resguardar a integridade física e psicológica a partir da dignidade da pessoa humana. Uma vez que, além do reconhecimento internacional, um direito humano é consagrado na Constituição, ele assume um *status* de direito fundamental, fruto de uma positivação em dado momento histórico e cultural de uma nação.

Nos últimos anos, instigada especialmente a partir dos avanços tecnológicos, a noção de direito ao desenvolvimento muito tem sido agraciada. Embora a discussão seja atual e recente, foi em 1986 que a Assembleia Geral da ONU,<sup>15</sup> por meio da Resolução nº 41/128, trouxe o direito humano ao desenvolvimento como um direito inalienável, haja vista todas as pessoas estarem habilitadas a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político. Neste sentido, a ONU aduz que o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político em que, impulsionado pela busca do bem-estar de todos os indivíduos, que agrega a participação de forma ativa e livre no desenvolvimento e na distribuição dos benefícios provenientes deste processo. É de se destacar um apontamento feito ainda no documento que trouxe o desenvolvimento aos direitos humanos: as

<sup>15</sup> ONU. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento – 1986*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Acesso em: 14 ago. 2020.

constantes violações aos direitos humanos configuram um significativo obstáculo ao desenvolvimento.

Veja, então, que reconhecer o direito ao desenvolvimento é compreender uma perspectiva histórica em que cada ser humano, em sua individualidade, diante de um cenário em que suas liberdades sejam respeitadas e condições mínimas de sobrevivência asseguradas, tem direito ao desenvolvimento individual. Sendo assim, destacam-se as palavras de Livia Maria de Sousa: “na dimensão individual, o direito ao desenvolvimento representa uma garantia do indivíduo de participar efetivamente do desenvolvimento”.<sup>16</sup> A autora versa ainda sobre o que seria a dimensão coletiva deste direito, tratando da missão de cada Estado de realizar a dignidade da pessoa humana, atrelando ainda aos avanços no desenvolvimento internacional, com o objetivo de trazer inovações para o país e reduzir a desigualdade. Ascendendo no patamar internacional, o reconhecimento do direito ao desenvolvimento demanda esforços contínuos e eficazes para que haja sua garantia. O que de interessante pode-se destacar quando se trata do direito ao desenvolvimento é que, em seu bojo, subentende-se a efetividade de todos os demais direitos, o que garante uma amplitude ainda mais significativa ao que está se tratando.

### 3.2 O direito fundamental ao desenvolvimento: uma perspectiva constitucional

O legislador optou por trazer o direito ao desenvolvimento na Constituição de 1988 de maneira especial: elencado no art. 3º, ele é compreendido como um dos objetivos da República, em que, sem sua garantia, não se perfaz de forma satisfatória o exercício republicano. Ainda que não haja menção expressa no rol do art. 5º da Constituição, o direito ao desenvolvimento tem *status* de direito fundamental. Ao situarmos tal garantia dentro do que se conhece como gerações ou dimensões<sup>17</sup> dos direitos humanos, seria considerado um direito de terceira dimensão. Na primeira, estão os direitos de liberdade, direitos civis e políticos, seguidos pelos acréscimos

<sup>16</sup> SOUSA, Livia Maria. O direito humano ao desenvolvimento como mecanismo de redução da pobreza em regiões com excepcional patrimônio cultural. *Boletim científico da Escola Superior do MPU*, Brasília, ano 9, n. 32/33, 2010. p. 74-75.

<sup>17</sup> A diferença de nomenclatura não desencadeia efeitos práticos. O termo “gerações” tem sido cada vez menos utilizado, em razão de um efeito que gera a sensação de substituição, de que as primeiras gerações seriam ultrapassadas em detrimento do surgimento das demais. Entretanto, ao trazer “dimensão”, o caráter cumulativo entra em voga na terminologia, evidenciando seu viés complementar. Por isso, no presente estudo abordaremos como dimensão, uma vez que reconhecemos que os direitos, na medida em que são reconhecidos, agregam ao sistema, mas de forma alguma intuem substituí-los e, como prova, vemos que mesmo aqueles de primeira dimensão, como a liberdade, ainda possuem um debate atual e relevante.

da segunda dimensão: os direitos sociais, culturais e econômicos, para seguir os da terceira, aqueles relacionados a um grupo, à coletividade.<sup>18</sup>

Pontuar esse contorno é essencial, especialmente após termos compreendido como se manifesta este direito internacionalmente – em seu âmbito individual e coletivo, pois a Constituição não traz diretrizes específicas para o que seria o direito ao desenvolvimento exposto no art. 3º. Entretanto, quando se segue em um aprofundamento constitucional, ao tratar sobre a ordem econômica é posto que o desenvolvimento das riquezas e bens de produção nacional precisa ter uma compatibilidade com a qualidade de vida de toda a população, emparelhando a ordem econômica e social. Na realidade, o desenvolvimento nos demais âmbitos engloba o social. Quando se analisa o político, destaca-se a opção pelo Estado Democrático de Direito e a democracia participativa, em que todos os cidadãos são convidados a uma atuação ativa na política nacional.

Da mesma forma ocorre no âmbito cultural, cujo fluido conceito se estende à compreensão do indivíduo na sua coletividade, o que se faz muito presente no Texto Constitucional, por exemplo, quando o acesso à cultura é posto como uma essencialidade. Substancialmente, o desenvolvimento passa pelo desenvolvimento do homem, de cada pessoa, para seguir para uma perspectiva mais ampla, que envolva todo o Estado. Justifica e se assimila, então, o papel de interventor do Estado, de forma especial sob sua ótica administrativa a garantir e efetivar os direitos e fomentar uma desenvoltura econômica em conjunto, pois esta, sozinha, não significa nada. Neste sentido, pondera-se que o direito ao desenvolvimento não é sinônimo de crescimento econômico, mas possui um íntimo elo com a dignidade da pessoa humana, ao passo que constitui finalidade e objetivo da República Federativa do Brasil. Existem, como visto, diversos vetores a serem considerados quando cita desenvolvimento, cuja importância é elementar dado o *status* constitucional e de fundamento republicano que se construiu.<sup>19</sup>

### 3.3 O papel do Estado Administrador no desenvolvimento e o princípio da eficiência administrativa

O que o Brasil veio compreender como desenvolvimento engloba a busca por minimizar as diferenças econômicas e sociais, locais, regionais e nacionais, o que cobra uma ação estatal elementar. Frisamos, então, não somente um dever de assegurar o desenvolvimento, mas também somar esforços para que sejam

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 569.

<sup>19</sup> GOMES, Filipe Lôbo. Da conformação da maximização do bem-estar ao direito fundamental ao desenvolvimento econômico. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (Coord.). *Direito Administrativo Transformador*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 252.

eliminados os obstáculos para o desenvolvimento.<sup>20</sup> Desse modo, o mínimo existencial deixa de ser parâmetro: o Estado não pode se limitar a garantir as mínimas condições de existência, mas deve assegurar as oportunidades para que seus cidadãos possam progredir e evoluir.<sup>21</sup>

Por isso, ressalta-se a importância de delinear o direito ao desenvolvimento para a desenvoltura da atividade administrativa. A boa administração deve estar pautada pela concretização do direito ao desenvolvimento que mensure todos os ativos e passivos que a humanidade tem, não considerando somente a perspectiva econômica.<sup>22</sup> Como mencionado anteriormente, a Administração é a grande responsável por fazer um observatório e a partir disto suprir as demandas e necessidades da sociedade. Por isso, o papel do Administrador entra em voga quanto ao tratamento da garantia do desenvolvimento, englobando o bem-estar. Neste sentido, Sundfeld elenca o direito administrativo como ferramenta do desenvolvimento, destacando a comunhão da Administração com o setor privado e a alavanca de modernização da máquina pública.<sup>23</sup> O dever de modernização está contemplado no princípio administrativo da atualidade, em que há a obrigação de empregar os avanços científicos e tecnológicos com o fim de melhorar a qualidade da prestação dos serviços públicos. Sendo assim, a atualidade pode ser vista como um corolário do princípio da eficiência, este, conforme Filipe Lôbo Gomes,<sup>24</sup> considerado a resposta para a concretização do direito fundamental ao desenvolvimento econômico. Gomes prestigia o desenvolvimento econômico a partir da redução dos custos das transações,<sup>25</sup> bem como do grau/risco de incertezas que

<sup>20</sup> Assim dispõe a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento: “Art. 3º, §3. Os Estados têm o dever de cooperar uns com os outros para assegurar o desenvolvimento e eliminar os obstáculos ao desenvolvimento. Os Estados deveriam realizar seus direitos e cumprir suas obrigações, de modo tal a promover uma nova ordem econômica internacional, baseada na igualdade soberana, interdependência, interesse mútuo e cooperação entre todos os Estados, assim como a encorajar a observância e a realização dos direitos humanos. Art. 4º Os Estados têm o dever de, individual e coletivamente, tomar medidas para formular as políticas internacionais de desenvolvimento, com vistas a facilitar a plena realização do direito ao desenvolvimento. É necessária ação permanente para promover um desenvolvimento mais rápido dos países em desenvolvimento. Como complemento dos esforços dos países em desenvolvimento, uma cooperação internacional efetiva é essencial para prover esses países de meios e facilidades apropriados para incrementar seu amplo desenvolvimento”. ONU. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento – 1986*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Acesso em: 14 ago. 2020.

<sup>21</sup> SOUSA, Livia Maria. O direito humano ao desenvolvimento como mecanismo de redução da pobreza em regiões com excepcional patrimônio cultural. *Boletim científico da Escola Superior do MPU*, Brasília, ano 9, n. 32/33, 2010. p. 81.

<sup>22</sup> GOMES, Filipe Lôbo. Da conformação..., p. 248-251.

<sup>23</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2014. p. 60-63.

<sup>24</sup> GOMES, Filipe Lôbo. Da conformação..., p. 254.

<sup>25</sup> Neste sentido, o autor desconstrói a clássica visão da supremacia do interesse público que denota uma relação vertical em que o Estado e o interesse público estão acima, passando para uma visão diagonalizada, pautada em uma relação de parceria da Administração com os particulares. GOMES, Filipe Lôbo. Da conformação da maximização do bem-estar ao direito fundamental ao desenvolvimento econômico. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (Coord.). *Direito Administrativo Transformador*. Curitiba: Juruá, 2017. p. 255.

envolvem os direitos fundamentais e, a partir de então, maximizando os resultados sociais diante de um Estado eficiente, empreendedor e concretizador de direitos fundamentais. Saluda-se, então, que ao tratar de eficiência é necessário ir além do que economicamente predefina-se como custo-benefício, expandindo e entendendo o próprio conceito da eficiência voltada ao gestor público.

Atingir melhores resultados econômicos ou alcançar o melhor custo-benefício não reflete a eficiência da Administração Pública, mas uma eficiência meramente operacional ou econômica. Todas as atividades desenvolvidas pelo governo, em especial aquelas relacionadas às políticas públicas, compreendem na eficiência a efetividade dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.<sup>26</sup> Para Bresser-Pereira, só é possível haver desenvolvimento econômico mediante um Estado eficaz, que crie condições para o crescimento.<sup>27</sup> Configura-se, portanto, como condição sem a qual não há possibilidade de melhoria geral da qualidade de vida da população. E neste contexto impõe-se que a eficiência seja conforme ensina Emerson Gabardo, uma aproximação do ideal de racionalização da ação.<sup>28</sup> Sendo assim, o atuar administrativo eficiente é tido como elemento essencial à concretização do direito fundamental ao desenvolvimento, e de forma especial cita-se na esfera do gasto público destinado ao atendimento das necessidades fundamentais.<sup>29</sup> Diante disso, quando se observa o processo tecnológico pelo qual passamos, uma intersecção clara acontece. Novos instrumentos tecnológicos são responsáveis por facilitar e melhorar a forma de agir administrativa, levando-a a níveis excelentes. Por isso, atrela-se a ferramenta tecnológica ao contexto de incentivo ao desenvolvimento e correspondendo estes valores à eficiência.

### 3.4 Eficiência e tecnologia

É consensual a correspondência das TICs com a eficiência do Estado. De início, se menciona o art. 39 da Constituição, que por meio do seu §7º preconiza que lei da União, Estados, Distrito Federal e Municípios deverá disciplinar sobre a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas de seus órgãos para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento e modernização do serviço público. Como já vimos, a eficiência caminha lado a lado com a modernização da Administração, que deve

<sup>26</sup> IMBERGER, Têmis; KOSSMANN, Edson Luís. O princípio constitucional da eficiência ante o Estado (in) suficiente. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 287-311, set. 2016.

<sup>27</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O modelo estrutural de gerência pública. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 2, p. 391-410, abr. 2008.

<sup>28</sup> GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 26.

<sup>29</sup> GOMES, Filipe Lôbo. Da conformação..., p. 258.

circundar o agir do gestor. Por conseguinte, a gestão interna, bem como a prestação de serviços públicos, deve ser marcada pela qualidade, modernidade e eficácia. Isso pode ocorrer de diversas formas. Na gestão interna, pode se exemplificar o próprio procedimento licitatório ou mesmo o controle destes contratos, o gerenciamento de pessoal, avaliando e qualificando servidores públicos e oferecendo ferramentas que aperfeiçoem seus trabalhos.

Veja um destes exemplos citados: o Tribunal de Contas da União utiliza a robô Alice para identificar irregularidades em licitações e pregões eletrônicos<sup>30</sup> da Administração Federal por meio de coleta diária de arquivos e dados de todas as licitações e atas de realização de pregão publicadas.<sup>31</sup> Outro destaque, também relacionado à Controladoria-Geral da União, é o programa de Gestão de Demandas (PGD),<sup>32</sup> que considerou os avanços tecnológicos e a eficiência para o aprimoramento de gestão de pessoas. O programa gerou uma economia de mais de R\$8 milhões e um ganho de 68 mil horas de produção, o que mais do que se adéqua à noção de eficiência – e incentivo ao desenvolvimento conforme será abordado posteriormente.

Quando se observa a prestação de serviço público, as mais simples atitudes podem gerar maior eficiência e até mesmo melhor qualidade de vida para os cidadãos, como evitar filas e deslocamentos no agendamento de serviços, diminuição do tempo de entrega de determinados setores, unificação de sistemas e medidas que viabilizem mais pessoas terem acesso àquele serviço e poderem avaliar a sua qualidade. Uma demonstração da aplicação de tecnologia que denota maior eficiência é a Carteira de Trabalho Digital, em que por meio de um aplicativo de celular o cidadão pode tirar sua carteira de trabalho sem sair de casa.

O Programa de Gestão Estratégica e Transformação do Estado (TransformaGOV),<sup>33</sup> instituído por meio do Decreto nº 10.382/2020, tem a intenção de modernizar a gestão estratégica da Administração Federal para otimizar a implementação de políticas públicas de modo a trazer mais eficiência ao gasto e entregar mais valor à sociedade. Uma das medidas é transformar serviços públicos presenciais em digitais. Estima-se que R\$1,8 bilhão será economizado pela população com deslocamentos e contratação de despachantes a partir da transformação de serviços públicos

<sup>30</sup> A própria existência do pregão eletrônico já poderia ser observada como um avanço tecnológico que trouxe maior eficiência para a Administração.

<sup>31</sup> BRASIL. Governo Federal. Controladoria Geral da União. *Tecnologia: varredura diária de irregularidade em editais*. Sítio do Governo Federal, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/governo-aberto/noticias/2017/tecnologia-varredura-diaria-de-irregularidades-em-editais>. Acesso em: 19 ago. 2020.

<sup>32</sup> CFA. Conselho Federal de Administração. *Inovação da CGU vira case de sucesso em gestão*. Disponível em: <https://cfa.org.br/em-um-ano-cgu-atingiu-uma-productividade-referente-a-43-novos-servidores/>. Acesso em: 18 ago. 2020.

<sup>33</sup> BRASIL. Governo Federal. *Aumento da eficiência do Estado: transformação digital de 858 serviços*. Site do Governo Federal: 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/600-dias/arquivos-de-600-dias/mais-343-servicos-digitais-brasil-mais-digital>. Acesso em: 22 ago. 2020.

presenciais em *on-line*, além do que será economizado pelo governo. Destaca-se, então, o que Cerejido preconiza quando afirma que um administrador eficiente é um cidadão que deve estar preparado intelectualmente e em constante sintonia com as evoluções de metodologia que são típicas de um mundo complexo.<sup>34</sup>

#### 4 Tecnologia e desenvolvimento: variáveis diretamente proporcionais?

Para compreender de que forma as TICs contribuem para o desenvolvimento de forma prática, recorre-se a duas linhas: a primeira, que observa como o emprego tecnológico promove a economia e consequentemente a disponibilização de capital para outros setores, estes, impulsionadores do desenvolvimento. A segunda observa como, de forma direta, a tecnologia impacta no desenvolvimento a partir da ideia de eficiência, agregando na Administração e na sociedade, que se traduz em ganho em qualidade de vida. Em um estudo realizado por Alexandre Rivas e Jim Kahn,<sup>35</sup> em que se observou a contribuição das TICs para a eficiência, foi visto que as tecnologias digitais resultam em vários benefícios, dentre eles, a ampliação dos fatores existentes como fluxo de eficiência.

Segundo os economistas, o investimento em TICs gera uma significativa redução das despesas do governo. Mais precisamente, 1% de aumento nas despesas em tecnologia proporciona 0,007% nas despesas líquidas totais do governo, o que não é pouco, considerando a imprecisão que os pesquisadores encontraram.<sup>36</sup> Veja, então, que ao investir em tecnologia, o Estado obtém um ganho muito maior do que a aplicação específica daquela ferramenta tecnológica; vislumbra-se um acréscimo econômico. Uma vez que há uma redução das despesas do governo, este valor economizado pode ser agregado em áreas que contribuam para o desenvolvimento, como educação por exemplo. Relembre então o que é o desenvolvimento, uma vez que não se limita este conceito ao âmbito econômico, mas trata-se de um processo também social, cultural e político em que a busca do bem-estar de todos

<sup>34</sup> CEREJIDO, Juliano Henrique da Cruz. O princípio constitucional da eficiência na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 231-242, out. 2001. p. 232.

<sup>35</sup> RIVAS, Alexandre; KAHN, Jim. *Despesas com Tecnologia da Informação e Comunicação: um estudo sobre sua eficiência e importância para o Brasil*. Associação Brasileira de Entidades Estaduais de Tecnologia da Informação e Comunicação. Disponível em: <http://abep-tic.org.br/storage/arquivos/estudo.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020. p. 11-12.

<sup>36</sup> “O resultado desta análise mostrou que, como esperado, despesas com TIC contribuem significativamente para a redução das despesas líquidas totais dos governos. Especificamente, o aumento de 1% nas despesas com TIC proporciona uma redução de 0,007% nas despesas líquidas totais dos governos. Embora esse percentual pareça pouco, não o é. Considerando que os dados relativos à correta apropriação das despesas com TIC nas diversas áreas dos governos é altamente imprecisa no sentido de se ter melhor informação quanto aos gastos com TIC em cada uma delas, esse resultado comprova a importância que TIC possui para a eficiência de gastos no setor público”. RIVAS, Alexandre; KAHN, Jim. *Despesas...*, p. 50.

os indivíduos que desfrutam dos benefícios provenientes deste processo resulta no aumento de sua qualidade de vida.

O Estado, como garantidor dos direitos fundamentais e prestador de serviços que devem atingir a comunidade de forma eficiente – ou seja, com o melhor custo-benefício, com o menor dispêndio necessário e maior amplitude dos serviços, abrangendo o maior número de pessoas –, deve aderir a estratégias que encaminhem a sociedade ao desenvolvimento. Desse modo, as aplicações tecnológicas podem contribuir com o desenvolvimento, ao passo que viabilizam que os gastos do governo sejam com serviços e bens que proporcionem esse aumento na qualidade de vida das pessoas.

Um dos altos pontos que se pode reforçar é a forma de prestação dos serviços públicos. Destaca-se o que tratou Loureiro, quando observou que as pessoas, cada vez com menos tempo disponível, necessitam de serviços convenientes e eficazes, colocando a qualidade do serviço como algo derivado de características psicológicas, de tempo, contratuais, éticas e tecnológicas.<sup>37</sup> Desse modo, o tempo de espera em fila e o conforto do ambiente, por exemplo, são pontos levados em consideração. A aplicação de soluções tecnológicas na simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, por meio do Decreto nº 9.094/2017, é uma diretriz a ser seguida, conforme seu art. 1º, VI. Veja-se, então, que, quando se trata de prestação de serviço público, já é observada a importância das tecnologias e muito pode acrescer o fato de o aumento da eficiência contribuir para a qualidade de vida daqueles cidadãos.

Desse modo, uma segunda variável que se pretende trazer como diretamente proporcional no tangível à aplicação tecnológica e desenvolvimento: quando o uso das TICs contribui para a eficiência. Em um estudo que abordou a incorporação de Tecnologias de Informação e Comunicação e a qualidade na atenção em saúde básica no Brasil,<sup>38</sup> verificou-se uma associação positiva entre componentes da infraestrutura de TIC e a qualidade da atenção prestada, o que reforça o ponto que aqui abordamos. Segundo relatório feito pela Deloitte “Insights sobre Transformação Digital e Oportunidades para TICs no Brasil”,<sup>39</sup> as TICs são viabilizadoras do progresso econômico e importante catalizadoras para o desenvolvimento global da economia

<sup>37</sup> LOUREIRO, G. M. *Estratégia para utilização de ferramentas da qualidade no serviço público: uma proposta para melhoria no processo de atendimento aos consumidores no Procon-SC*. (Dissertação de Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2003. p. 31.

<sup>38</sup> SANTOS, Alaneir de Fátima *et al.* Incorporação de Tecnologias de Informação e Comunicação e qualidade na atenção básica em saúde no Brasil. *Cad. Saúde Pública* [Internet]. 2017. Disponível em <https://www.scielosp.org/article/csp/2017.v33n5/e00172815/>. Acesso em: 25 ago. 2020.

<sup>39</sup> MATSUBAYASHI, Marcia Ogawa *et al.* *Insights sobre Transformação Digital e Oportunidades para TICs no Brasil. Relatório e Recomendações*. n. 2. Deloitte: 2018. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/br/Documents/technology-media-telecommunications/ICT-insights-report-port.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2020. p. 13-25.

digital. Os ganhos com a implementação de tecnologias são inúmeros, destacando-se a melhor qualidade de vida da população e o desenvolvimento político do País mediante uma melhoria da eficiência da Administração, aumentando a transparência e diminuindo a burocracia. Por isso, é assertivo tratar como variáveis diretamente proporcionais o avanço tecnológico e sua aplicação na Administração Pública e o desenvolvimento como direito fundamental aplicável a todos os seres humanos.

## 5 Conclusão

Diante da Quarta Revolução Industrial, a sociedade vem sofrendo transformações significativas em seus hábitos, estilo de vida e forma de pensar em razão da tecnologia, de modo a nos levar ao entendimento de que a sociedade não mais pode ser entendida sem as ferramentas tecnológicas. Assim, vive-se hoje em uma sociedade em rede, caracterizada por uma estrutura social baseada em redes operadas por Tecnologias de Comunicação e Informação, as TICs. Na busca por compreender como essas mudanças causam impacto também na atividade estatal, tem-se que o Estado não mais se vê diante de uma escolha, mas está compelido a participar das transformações resultantes da característica sociedade em rede. Assim, um imperativo causado não só pela sociedade, mas pelos princípios da eficiência e modernidade intima o Estado a uma atualização constante.

Entretanto, essa incorporação das TICs precisa ocorrer de forma categórica, não como recortes superficiais, meramente aplicadores. É preciso que a tecnologia seja vista como nativa à Administração. De fato, há um esforço contínuo para que a gestão, a transparência e os serviços públicos sejam transformados pelas tecnologias, que agregam de forma positiva. A Administração Pública precisa demonstrar uma efetiva preocupação com os avanços tecnológicos de forma a acompanhar as novas demandas da sociedade provenientes da utilização das TICs, bem como conseguir, na mesma medida, propor soluções eficazes para as novas e antigas questões. Da mesma forma, a Administração Pública é uma grande garantidora do direito ao desenvolvimento, que implica assegurar muito além do desenvolvimento econômico, fazendo-se necessária uma maior equiparação na qualidade de vida de toda a população, emparelhando a ordem econômica e social, sendo consequência da aplicação dos demais direitos fundamentais.

Desse modo, tem-se que não somente a Administração é a grande responsável pelo direito ao desenvolvimento, mas também que ela o garante quando sustenta os demais direitos fundamentais que são de sua competência. Ao também se concentrar no fomento tecnológico à sua atividade, ela pode juntar dois vetores que se complementam de forma interessante. É por meio da eficiência que a Administração é capaz de garantir o direito ao desenvolvimento e, neste contexto, a tecnologia entra como um caminho capaz de instigar a eficiência em níveis

não ótimos, mas excelentes. Por isso, pode-se afirmar que, a partir do emprego tecnológico gerador de eficiência, há ganho no desenvolvimento, pois de forma direta o Estado e a sociedade obtêm ganhos qualitativos e quantitativos. Da mesma forma, o investimento em tecnologia é gerador de economia em gastos do Estado que podem ser revertidos em despesas com direitos fundamentais que reflitam no desenvolvimento. Sendo assim, o presente estudo contribui como um arcabouço teórico no incentivo ao fomento tecnológico ao passo que demonstra o quanto as TICs favorecem a eficiência administrativa e a economia de recursos públicos que podem ser investidos em áreas que patrocinem o desenvolvimento, levando-nos ao entendimento de que as novas tecnologias nos encaminham ao desenvolvimento.

## Referências

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Governo Federal. Controladoria Geral da União. *Tecnologia: varredura diária de irregularidade em editais*. 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/governo-aberto/noticias/2017/tecnologia-varredura-diaria-de-irregularidades-em-editais>. Acesso em: 19 ago. 2020.
- BRASIL. Governo Federal. Aumento da eficiência do Estado: transformação digital de 858 serviços. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/600-dias/arquivos-de-600-dias/mais-343-servicos-digitais-brasil-mais-digital>. Acesso em: 22 ago. 2020.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Tecnologia da Informação. *Estratégia de Governança Digital da Administração Pública Federal 2016-19*. Brasília: MP, 2016.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O modelo estrutural de gerência pública. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 42, n. 2, p. 391-410, abr. 2008.
- BUSTAMANTE, Javier. Poder comunicativo, ecossistemas digitais e cidadania digital. In: SILVEIRA, Sergio Amadeu da (Org.). *Cidadania e Redes digitais*. São Paulo: Maracá, 2010.
- CASTELLS, Manuel. A sociedade em Rede: do conhecimento à política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.). *A Sociedade em Rede: do conhecimento à ação política*; Conferência. Belém: Imprensa Nacional, 2005.
- CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.
- CEREIJIDO, Juliano Henrique da Cruz. O princípio constitucional da eficiência na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 231-242, out. 2001.
- CFA. Conselho Federal de Administração. Inovação da CGU vira case de sucesso em gestão. Disponível em: <https://cfa.org.br/em-um-ano-cgu-atingiu-uma-productividade-referente-a-43-novos-servidores/> Acesso em: 18 ago. 2020.
- COSTA, Gledson Pompeu Correa da. Governo digital, controle digital e participação social. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz (Coord.). *O controle da Administração na era digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- GOMES, Filipe Lôbo. Da conformação da maximização do bem-estar ao direito fundamental ao desenvolvimento econômico. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa (Coord.). *Direito Administrativo Transformador*. Curitiba: Juruá, 2017.

IMBERGER, Têmis; KOSSMANN, Edson Luís. O princípio constitucional da eficiência ante o Estado (in) suficiente. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 287-311, set. 2016.

LOUREIRO, G. M. *Estratégia para utilização de ferramentas da qualidade no serviço público: uma proposta para melhoria no processo de atendimento aos consumidores no Procon-SC*. (Dissertação de Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2003.

MARRARA, Thiago. Direito Administrativo e novas tecnologias. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, jan. 2011.

MATSUBAYASHI, Marcia Ogawa *et al.* *Insights sobre Transformação Digital e Oportunidades para TICs no Brasil*. Relatório e Recomendações. n. 2. Deloitte: 2018. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/br/Documents/technology-media-telecommunications/ICT-insights-report-port.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2020.

NOGUEIRA, Nair Maria Gaston. Panorama evolutivo da Administração Pública. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz (Coord.). *O controle da Administração na era digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OLIVEIRA, Aroldo Cedraz. O controle da Administração na era digital. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz (Coord.). *O controle da Administração na era digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ONU. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento – 1986*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Acesso em: 14 ago. 2020.

RIVAS, Alexandre; KAHN, Jim. *Despesas com Tecnologia da Informação e Comunicação: um estudo sobre sua eficiência e importância para o Brasil*. Associação Brasileira de Entidades Estaduais de Tecnologia da Informação e Comunicação. Disponível em: <http://abep-tic.org.br/storage/arquivos/estudo.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

ROSA, Antonio Quintino. Era digital. In: OLIVEIRA, Aroldo Cedraz (Coord.). *O controle da Administração na era digital*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SANTOS, Alaneir de Fátima *et al.* Incorporação de Tecnologias de Informação e Comunicação e qualidade na atenção básica em saúde no Brasil. *Cad. Saúde Pública* [Internet]. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/csp/2017.v33n5/e00172815/>. Acesso em: 25 ago. 2020.

SCHWAB, Klaus. The Fourth Industrial Revolution: what it means, how to respond. *World Economic Forum Website*. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/>. Acesso em: 12 nov. 2019.

SOUSA, Livia Maria. O direito humano ao desenvolvimento como mecanismo de redução da pobreza em regiões com excepcional patrimônio cultural. *Boletim científico da Escola Superior do MPU*, Brasília, ano 9, n. 32/33, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2014.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

REIS, Camille Lima; CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. O fomento às novas tecnologias na Administração Pública como direito ao desenvolvimento. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 11-28, set./dez. 2020.

---

# A arqueologia das leis de liberdade de informação: o Egito e as leis contra *fake news*

*The archeology of freedom of information laws: Egypt and fake news laws*

**Mohamed 'Arafa\***

Alexandria University (Alexandria, Egito)  
m'arafa@iupui.edu  
<https://orcid.org/0000-0001-5388-8048>

**Recebido/Received:** 18.10.2020/ October 18<sup>th</sup>, 2020

**Aprovado/Approved:** 28.11.2020/ November 28<sup>th</sup>, 2020

**Resumo:** O direito à informação é o direito de saber por meio do acesso às informações públicas mantidas por instituições estatais. Reconhecido como fundamental nas democracias transparentes, como participativas e abertas, o direito de acesso à informação atualmente é progressivamente percebido como um direito humano emergente em nível global. Embora esse direito seja teorizado em vários contextos, é importante levar em consideração sua estrutura como uma força de mudança socioeconômica para grupos desfavorecidos. É fundamental compreender a capacidade instrumental deste direito em empoderar grupos desfavorecidos para acessar informações de propriedade do Estado relevantes para seus direitos socioeconômicos e como uma ferramenta inclusiva que é capaz de estimular a inclusão de pessoas excluídas do âmbito da participação pública e justiça social. A supressão de informações encontradas na internet em todo o mundo, inclusive no Oriente Médio, não é um fenômeno novo. A liberdade de expressão e de expressão facilitada pela internet pode representar uma ameaça aos líderes autocráticos em todo o mundo, que buscam manter um controle estrito sobre o conteúdo que seus cidadãos consomem e o conteúdo que postam. É significativo que se revele o papel de *advocacy* desempenhado por grupos da sociedade civil na promoção dessa capacidade de influência, por meio de sua capacidade de agir politicamente com base na informação

---

Como citar este artigo/*How to cite this article*: 'ARAFÁ, Mohamed. A arqueologia das leis de liberdade de informação: o Egito e as leis contra *fake news*. Traduzido por Matheus de Souza Depieri. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 29-75, set./dez. 2020.

\* Professor assistente de Direito na Alexandria University Faculty of Law (Alexandria, Egito); professor adjunto visitante de Direito da Indiana University Robert H. McKinney School of Law at Indianapolis and Cornell Law School. S.J.D, pela Indiana University McKinney School of Law (2013); LL.M. pela University of Connecticut School of Law (2008); LL.B. pela Alexandria University Faculty of Law (2006).

pública. Embora o Egito tenha adotado recentemente suas normas constitucionais sobre o acesso à informação, surgem preocupações e dúvidas sobre a capacidade genuína dos cidadãos egípcios de acessar informações mantidas por instituições públicas. A longa cultura de sigilo burocrático, ambiente político-econômico e a estrutura legal, em vez disso, inflamam as políticas excludentes relativas ao acesso à informação pública. Legislação como a lei de crimes cibernéticos, portanto, é crítica para o esforço geral de desviar ou suprimir qualquer crítica, especialmente em relação a arenas desafiadoras, como segurança e economia. Em todo o mundo, a acusação de “notícias falsas” está sendo usada para atingir dissidentes ou críticas, inclusive nos Estados Unidos. Essa recente lei egípcia deve servir como um alerta para as democracias em todo o mundo sobre a importância da liberdade na internet e a maneira como as tecnologias da internet e as disposições legais podem ser distorcidas para abusar dos direitos básicos, ao invés de protegê-los.

**Palavras-chave:** Liberdade de expressão. Liberdade de informação. Lei egípcia. Lei cibernética. Lei de mídia. Lei antiterrorismo.

**Abstract:** The right to information is the public's right to know through having access to public information held by state institutions. Known as a keystone in transparent, participatory and open democracies, the right to access information is progressively perceived today as an emerging human right on the global level. Although this right is theorized within various contexts, it is important to take into account its framework as a force for socio-economic change for disadvantaged groups. It is critical to understand the instrumental capacity of this right in empowering disadvantaged groups to access state-held information relevant to their socio-economic rights and as an inclusionary tool that is capable of spurring inclusion for persons excluded from the ambit of both public participation and social justice. Suppression of information found on the internet around the globe, including in the Middle East, is not a new phenomenon. Freedom of speech and expression facilitated by the internet can pose a threat to autocratic leaders globally who seek to maintain strict control over both the content their citizens consume and the content they post. It is significant that the advocacy role played by civil society groups in promoting this influential capacity, through their ability to act politically on public information is revealed. While Egypt has lately adopted its constitutional norms on access to information, worries and doubts arise about Egyptian citizens' genuine ability to access information held by the public institutions. The long culture of bureaucratic secrecy, politico-economic environment, and the legal framework instead inflame exclusionary policies concerning access to public information. Legislation such as the cybercrime law, therefore, is critical to the overall effort to deflect or suppress any criticism, particularly surrounding challenging arenas such as security and the economy. Around the world, the accusation of “fake news” is being used to target dissenters or criticism, including in the United States. This recent Egyptian law should serve as a warning to democracies around the world of the importance of internet freedom and the way in which internet technologies and legal provisions can be warped to abuse, rather than protect, basic rights.

**Keywords:** Freedom of speech. Freedom of information. Egyptian law. Cyberlaw. Media law. Anti-terrorism law.

**Sumário:** 1 Introdução – 2 O direito de liberdade – 3 Princípios de Siracusa – 4 Direito de acesso à informação e segurança nacional no Egito – 5 Decisão da Corte Egípcia sobre segurança nacional: estudo de caso – 6 Ataque ao Estado de Direito – 7 Conclusões – Referências

*“Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência.”*

Declaração Universal dos Direitos Humanos

## 1 Introdução

O direito à informação é o direito do cidadão de saber por meio do acesso às informações públicas mantidas por instituições estatais.<sup>1</sup> Conhecido como uma pedra angular em democracias transparentes, participativas e abertas, o direito de acesso à informação é percebido progressivamente, hoje, como um direito humano emergente em nível global.<sup>2</sup> Embora esse direito seja teorizado em vários contextos, é importante levar em consideração a sua estrutura como uma força de mudança socioeconômica para grupos desfavorecidos.<sup>3</sup> É fundamental compreender a capacidade instrumental desse direito de empoderar grupos desfavorecidos para acessar informações estatais relevantes para o exercício de seus direitos socioeconômicos e como uma ferramenta inclusiva capaz de estimular a inclusão de pessoas excluídas, tanto do âmbito da participação pública quanto da justiça social.<sup>4</sup>

Recentemente, a mídia egípcia tem enfrentado desafios em relação a sua liberdade e independência, como resultado das leis ambíguas e da agenda regulatória que carece de definição e de determinação tanto da mídia pública (estatal) quanto da privada, de forma que tal quadro de monitoramento é considerado como uma pressão sobre a mídia egípcia.<sup>5</sup> Baseado nos atos dirigidos contra repórteres e

<sup>1</sup> SINGH, Rajeev Kumar. *Right to Information: The Basic Need of Democracy*, 1 EDUC. & SOC. PO'Y J. 86, 96, 2014. Disponível em: [http://jespnet.com/journals/Vol\\_1\\_No\\_2\\_December\\_2014/13.pdf](http://jespnet.com/journals/Vol_1_No_2_December_2014/13.pdf). Acesso em: 12 jan. 2020. Até o século XX, a censura formal, não o direito de saber, era a prática comum da maioria dos Estados. Os autocratas frequentemente prendiam críticos, fechavam o processo, forçavam autores ao exílio ou censuravam obras escritas e artísticas. A liberdade de expressão pode ser considerada uma das mais fundamentais de todas as liberdades. Embora seja de valor duvidoso classificar uma liberdade em relação a outra, a liberdade de expressão é um fundamento básico da democracia. É uma liberdade fundamental sem a qual a democracia não poderia existir.

<sup>2</sup> Roy PELED and Yoram RABIN, *The Constitutional Right to Information*, 42 COLUM. HU. RTS. L. REV. 357, 360-61, 366 (2011). Disponível em: <https://www.epw.in/journal/2018/10/special-articles/emerging-politics-accountability.html>. “O direito à informação é um direito multidimensional. Ele atende a uma variedade de interesses individuais e de grupos e se baseia em várias justificativas teóricas. As quatro principais justificativas são: (a) a justificativa político-democrática; (b) a justificativa instrumental; (c) a justificativa proprietária; e (d) a justificativa da supervisão”.

<sup>3</sup> Veja Himanshu JHA, *Emerging Politics of Accountability: Institutional Progression of the Right to Information Act*, 53 ECONOMIC & POLITICAL WEEKLY 47, 48, 51-52 (2018) declarando que “[a] lei [Lei de Direito à Informação] RTI abriu um novo espaço de prestação de contas entre o estado e a sociedade, seu uso está frequentemente ligado à política local e a uma nova forma de agência de elite, cujos praticantes este artigo categoriza como “agentes de responsabilidade”.

<sup>4</sup> Vide, por exemplo, APC. *Universal Periodic Review Stakeholder Report*. 20Th Session, Egypt (2014). Disponível em: <https://www.apc.org/en/project/universal-periodic-review>. Acesso em: 12 jan. 2020. “O relatório expressa preocupação com o aumento da vigilância das comunicações no país, bem como com as restrições ao anonimato e ao direito de reunião [...] O Egito recebeu recomendações de mais de 10 estados, pedindo ao governo do Egito que revogasse ou alterasse a Lei nº 107/2013 sobre o Direito a Reuniões Públicas e Assembleias Pacíficas, que é responsável pela detenção de defensores dos direitos humanos no país. O Egito também recebeu questões sobre a situação dos direitos humanos no país [...] Sobre o estabelecimento de um mecanismo de supervisão independente para garantir a transparência e a responsabilidade das políticas e práticas de vigilância das comunicações”.

<sup>5</sup> Vide SALEM, Shawky. *Freedom of Expression and Freedom of Access to Information in Egypt*. Alexandria Centre for Multimedia and Libraries (ACML) Report (on file with author). Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/11882639.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020; Veja também, por exemplo, Richard Dunford,

a mídia no Egito, relatórios de organizações internacionais de direitos humanos, juntamente com o Comitê para a Proteção de Jornalistas, com sede em Nova York, criticam a falta de liberdade de imprensa no Egito, onde vários jornalistas foram presos, e vários sites bloqueados, incluindo os de mídia independente e de grupos de direita, sob a alegação de que tais sites *on-line* apoiam grupos terroristas e a ideologia radical e que são responsáveis por propagar notícias falsas sobre o *status quo* político do país, que é considerado uma disseminação de medo e alarme e é uma ameaça à segurança nacional.<sup>6</sup>

A supressão de informações encontradas na internet em todo o mundo, incluindo no Oriente Médio, não é um fenômeno novo. A liberdade de discurso e de expressão, facilitada pela internet, pode representar uma ameaça aos líderes autocráticos, que buscam manter um controle estrito sobre o conteúdo que seus cidadãos absorvem e postam.<sup>7</sup> É importante que seja revelado o papel de *advocacy* desempenhado por grupos da sociedade civil na promoção dessa capacidade de influência, através da sua habilidade de agir politicamente com base na informação pública.<sup>8</sup> Embora o Egito tenha recentemente adotado normas constitucionais sobre o acesso à informação, surgem preocupações e dúvidas sobre a capacidade genuína dos cidadãos egípcios de acessar as informações mantidas pelas instituições públicas. A longa cultura de sigilo burocrático, o ambiente político-econômico e a estrutura legal, em vez disso, intensificam as políticas excludentes relativas ao

---

*The Suppression of Technology as a Strategy for Controlling Resource Dependence*, 32 ADMINISTRATIVE SCIENCE QUARTERLY 4 (1987), at 512-525.

<sup>6</sup> *Veja Freedom of Expression in Egypt's Draft Constitution*, CENTRE FOR LAW & DEMOCRACY (4 out. 2012). Disponível em: <https://www.law-democracy.org/live/freedom-expression-egypt-constitution/>, "O fato de o Egito estar realizando um debate democrático sobre o conteúdo de sua nova constituição é um sinal extremamente positivo das profundas mudanças que ocorreram [...] As áreas específicas para melhorias identificadas nos comentários incluem: garantias positivas mais fortes para a liberdade de expressão, que também protegem os direitos de buscar e receber informações e ideias; a necessidade de a Constituição estabelecer limites claros sobre o escopo das restrições permissíveis à liberdade de expressão, ao invés de deixar esta importante questão em aberto; a necessidade de garantir a independência de ambos os órgãos com poderes regulatórios sobre a mídia e a mídia pública; a difamação deve ser totalmente descriminalizada".

<sup>7</sup> Marc Lynch, *After Egypt: The Limits and Promise of Online Challenges to the Authoritarian Arab State*, 9 REFLECTIONS 301, 303-05 (2011). Disponível em: <https://web.stanford.edu/class/comm1a/readings/lynch-after-egypt.pdf>. Um padrão óbvio de uso autoritário da internet para limitar as liberdades dos cidadãos pode ser visto em todo o Oriente Médio e, mais recentemente, no Egito, pois essa prática parece ser a mais flagrante. Veja também SHERMAN, Justin. *How Authoritarian Regimes Use the Internet to Exert Control Over Citizens*, Pacific Standard, 25 jun. 2019. Disponível em: <https://psmag.com/social-justice/how-digital-authoritarianism-is-spreading>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>8</sup> Veja 'ARAFA, Mohamed. *The Tale of Post-Arab Spring in Egypt: The Struggle of Civil Society Against a Janus-Faced State*, 27 IND. INT'L. & COMP. L. REV. 1 (2017) "Sobre este assunto, deve-se notar que antes e desde a revolta de 2011, a sociedade civil egípcia era regida por várias disposições constitucionais e legais, incluindo a Lei de facto sobre Organizações Não Governamentais (ONGs) nº 84 de 2002 e suas regulamentações, substituídas recentemente pela Lei nº 70 de 2017 para a Regulação do Trabalho das Associações e Outras Instituições que trabalham na Área de Obras Civas, do Ministério dos Assuntos Sociais. De acordo com esta nova lei, todas as ONGs estão proibidas de realizar atividades que 'prejudiquem a segurança nacional, a ordem pública, a moralidade pública ou a saúde pública', que são conceitos ambíguos e amplos que podem ser usados para restringir a atividade legal".

acesso à informação pública.<sup>9</sup> A Wikipédia, por exemplo, foi bloqueada na Turquia por mais de um ano.<sup>10</sup> Os governos turco e iraniano utilizaram sua autoridade para bloquear o acesso a páginas *on-line* ou a sites inteiros por considerarem necessário para a segurança nacional e para a proteção da ordem pública.<sup>11</sup>

Além disso, no Bahrein, o Ministério do Interior advertiu nos últimos meses que tomaria novas medidas para reprimir ativistas e defensores que criticam o governo nas plataformas de mídia social.<sup>12</sup> A vigilância também é generalizada

<sup>9</sup> 'ARAFÁ, Mohamed. *The Tale...* "No caso egípcio, deve-se observar até que ponto a sociedade civil é capaz de utilizar instrumentalmente a oportunidade política oferecida pelo direito constitucional à informação para resistir a essa exclusão. Taticamente, por meio de diversos processos movidos por organizações da sociedade civil para solicitar a divulgação de informações, os juristas argumentam que esse direito tem fornecido instrumentalmente aos atores da sociedade civil novas áreas de mobilização para a renegociação de uma nova ordem pública social, sublinhando a ligação entre o governo egípcio e seus cidadãos".

<sup>10</sup> Paul Benjamin Osterlund, *Turkey Marks One Year Without Wikipedia*, THE VERGE (8 nov. 2019). Disponível em: <https://www.theverge.com/2018/4/30/17302142/wikipedia-ban-turkey-one-year-anniversary>.

<sup>11</sup> Veja RADSCH, Courtney C. *Treating the Internet as the Enemy in the Middle East*, COMMITTEE TO PROTECT JOURNALISTS (CPJ), (27 abr. 2015). Disponível em: <https://cpj.org/2015/04/attacks-on-the-press-treating-internet-as-enemy-in-middle-east.php>. ("Em grande parte do Oriente Médio e do Norte da África, a imprensa local tem independência limitada e opera dentro de linhas estritas, e ativistas e jornalistas recorreram às mídias sociais para fornecer reportagens ou comentários sobre questões de interesse público. Blogs e postagens no Facebook e no Twitter preencheram uma lacuna criada pela predominância da mídia estatal e pela falta de jornalismo independente na região antes de 2011. Autoridades que se sentem ameaçadas por esforços de reforma doméstica ou críticas após a derrubada de regimes autoritários na Tunísia, Egito, Líbia, e Iêmen em 2011 reprimiram ferozmente o jornalismo *on-line* e a liberdade de expressão de forma mais ampla. A internet não é mais tão acolhedora para o jornalismo independente à medida que governos não democráticos apagam as distinções legais entre o discurso *on-line* e *off-line*. O espaço digital para jornalismo independente e liberdade de expressão provavelmente será ainda mais restrito pelo impacto de leis restritivas, vigilância e autocensura subsequente"). Veja também Twitter, Facebook, Whatsapp e Instagram restrito no sul da Turquia, NET BLOCKS, (11 out. 2019). Disponível em: <https://netblocks.org/reports/twitter-facebook-whatsapp-andinstagramrestrictedinsouthern-turkeyoy9RzE8>.

("A este respeito, plataformas de mídia social, incluindo Youtube, Twitter, Facebook e Instagram, e serviços de mensagens, como o Whatsapp, também foram ocasionalmente restringidos na Turquia recentemente, principalmente após o golpe fracassado de 2016, enquanto o número total de sites bloqueados aumentou. De acordo com o Comitê para a Proteção de Jornalistas, em 2017, na Turquia, mais contas do Twitter e Facebook foram retidas e restritas do que em qualquer outro país").

<sup>12</sup> Haley Ott, *U.S. Lawyers "Paying Attention" as Female Saudi Activist Israa al-Ghomgham Due in Court*, CBS NEWS (14 jan. 2019). Disponível em: <https://www.cbsnews.com/news/israa-al-ghomgham-saudi-arabia-court-female-activist-possible-death-penalty/>. Por exemplo, a Arábia Saudita assumiu uma postura agressiva contra ativistas que usam as redes sociais e que são vistos como uma ameaça ao Estado. Riyadh pede a pena de morte para Israa al Ghomgham, cujas acusações incluem gravar e publicar protestos nas redes sociais e inspirar protestos e declarações hostis ao regime autoritário saudita. Veja, por exemplo, Mohamed 'arafa, *The Egyptian Criminal Justice System's Readiness to Prosecute Core Crimes: Goest Thou?*, JURIST – ACADEMIC COMMENTARY, 7 nov. 2018. Disponível em: <http://jurist.org/forum/2018/11/mohamed-arafa-egyptian-criminal-justice-core-crimes.php>. "Na esteira da indignação mundial com a crueldade do assassinato de repórteres/jornalistas, legisladores e ativistas de direitos humanos disseram 'basta'". De acordo com a lei federal dos Estados Unidos, o Departamento do Tesouro tem "poderes para proibir a entrada para os EUA e congelar ativos de pessoas consideradas responsáveis por corrupção e violações de direitos humanos [...] bloqueando efetivamente seu acesso ao sistema financeiro dos EUA. As seções 284 e 3 da Lei de Responsabilidade de Direitos Humanos Magnitsky Global enfatizaram que o presidente tem autoridade para "impor sanções de entrada e propriedade nos Estados Unidos contra qualquer pessoa (ou entidade) estrangeira responsável por execuções extrajudiciais, tortura, ou outras violações graves de direitos humanos internacionalmente reconhecidos cometidos contra indivíduos em qualquer país estrangeiro, buscando expor atividades ilegais realizadas por funcionários do governo ou para obter, exercer ou promover os direitos humanos e as liberdades [...]".

no Golfo, especialmente nos Emirados Árabes Unidos, pois, recentemente uma investigação descobriu que a *BAE Systems* do Reino Unido fez vendas em grande escala de tecnologia de vigilância sofisticada para países árabes, incluindo os Emirados Árabes Unidos, destacando a tendência crescente de tirania estatal e de controle da internet por meio de vigilância, e as autoridades afirmam que a vigilância é essencial para manter os cidadãos seguros.<sup>13</sup> Na verdade, o exemplo mais claro de censura da internet na região foi a aprovação de uma nova lei de crimes cibernéticos no Egito que prejudica os direitos dos cidadãos em nome da segurança nacional.<sup>14</sup> A Lei Anticrimes Cibernéticos e de Tecnologia da Informação se propõe a combater o fanatismo e o terrorismo, permitindo que as autoridades bloqueiem sites que são considerados “uma ameaça à segurança nacional” ou “à economia nacional” e que os visitantes desses sites possam enfrentar severas punições criminais (ou civis), incluindo prisão e multas pesadas.<sup>15</sup> Legislações como a da lei de crimes cibernéticos, portanto, são cruciais para o esforço geral de desviar ou suprimir qualquer crítica, especialmente em relação a áreas desafiadoras, como a de segurança e a da economia. Talvez o aspecto mais sinistro da repressão egípcia à liberdade na internet seja o foco do Cairo em notícias falsas. Em todo o mundo, a acusação de “notícias falsas” (*fake news*) está sendo usada para atingir dissidentes ou críticas, inclusive nos Estados Unidos. Esta recente legislação no Egito deve servir como um alerta para as democracias mundiais sobre a importância da liberdade na internet e a maneira como as tecnologias da internet e as disposições legais podem ser distorcidas para abusar dos direitos básicos, ao invés de protegê-los.

<sup>13</sup> “Em países que adotaram novas constituições na sequência de levantes populares ou em um esforço para evitá-los, muitas vezes existem disposições que tratam especificamente do jornalismo digital e das comunicações *on-line*. No Egito, a constituição de 2014 estabeleceu a regulamentação do jornalismo online, ao passo que anteriormente o jornalismo da Internet não era impedido. De modo geral, no Oriente Médio, tem havido um esforço maior para limitar a capacidade dos jornalistas e das pessoas de trabalharem livremente... Nos Emirados Árabes Unidos, jornalistas estrangeiros foram impedidos de cobrir o julgamento de 2013 de 94 suspeitos de ser simpatizantes da Irmandade Muçulmana. Cobertura de jornalistas locais era parcial e incompleto, de acordo com grupos de direitos humanos. Como resultado, os observadores do julgamento recorreram ao Twitter para relatar o caso, que incluía acusações de tortura e irregularidades processuais”. RADSCH, Courtney C. *Treating the...*

<sup>14</sup> RADSCH, Courtney C. *Treating the...*

<sup>15</sup> Veja YORK, Jillian C.; HUNASIKATTI, Malika. *Egypt's Draconian New Cybercrime Bill Will Only Increase Censorship*, Electronic Frontier Foundation (EFF), 12 jul. 2018. Disponível em: <https://www.eff.org/deeplinks/2018/07/draconian-new-cybercrime-bills-vietnam-and-egypt-will-only-increase-censorship>. Acesso em: 12 jan. 2020. “A esperança que enchia a Internet do Egito após o levante de 25 de janeiro de 2011 há muito se desvaneceu. Nos últimos anos, o governo militar do país criou uma distopia digital, empurrando comunidades políticas e jornalísticas contínuas para espaços fechados ou *off-line*, bloqueando dezenas de sites e prendendo um grande número de ativistas que antes dependiam da mídia digital para seu trabalho. Nos últimos dois anos, testemunhamos a segmentação de defensores dos direitos digitais, jornalistas, cruzados contra o assédio sexual e até poetas, muitas vezes em fundamentos forjados de associação com uma organização terrorista ou espalhar notícias falsas”.

## 2 O direito de liberdade

O tópico busca tratar do direito de liberdade de acesso à informação no âmbito dos instrumentos internacionais e regionais: a defesa da segurança nacional do Egito sob ataque. A liberdade de acesso à informação é uma extensão da liberdade de expressão e de discurso, um direito humano fundamental reconhecido no Direito Internacional, entendida hoje de forma mais geral como a liberdade de expressão em qualquer meio, seja verbal, escrito, impresso, por meio da internet ou através do grafite (arte).<sup>16</sup> Assim, a proteção da liberdade de expressão – como um direito – inclui não apenas o conteúdo, mas também as técnicas e os modos de expressão.<sup>17</sup> Além disso, a liberdade de informação se refere ao direito à privacidade dos conteúdos da internet e das tecnologias de informação.<sup>18</sup> Com relação ao direito à liberdade de expressão, o direito à privacidade é um direito humano documentado e os atos de liberdade de informação representam uma extensão desse direito.<sup>19</sup>

Analisando as várias leis egípcias que regem o acesso e a troca de informações, além de outros direitos, é possível encontrar a repetição quase rotineira de certas terminologias que estabelecem limites que implicam a ocultação de informações, incluindo o termo segurança nacional e unidade nacional ou ordem pública (moral), que se repetem continuamente sem qualquer descrição ou elaboração, fato que se opõe às normas internacionais relacionadas, mesmo aquelas que abordam períodos excepcionais, como tempos de guerra ou crises (desastres nacionais).<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Veja Andrew Puddephatt, *Freedom of Expression and the Internet*, UNESCO OFFICE MONTEVIDEO AND REGIONAL BUREAU FOR SCIENCE IN LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN, (2016) periodical issue. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000246670> (informando que os mesmos direitos que as pessoas possuem *off-line* também devem ser protegidos *on-line*). Veja também, Andrew Puddephatt, *Freedom of Expression and the Internet*, UNCHR RESOLUTION 2012, (mar. 2014). Disponível em: [https://www.apc.org/sites/default/files/FoE%20online%20v5\\_vb.pdf](https://www.apc.org/sites/default/files/FoE%20online%20v5_vb.pdf).

<sup>17</sup> PUDDEPHATT, Andrew. *Freedom of Expression and the Internet*, UNESCO OFFICE MONTEVIDEO AND REGIONAL BUREAU FOR SCIENCE IN LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN, (2016) periodical issue. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000246670> (A liberdade de informação pode incluir oposição a patentes, direitos autorais, marcas registradas ou oposição à propriedade intelectual em geral).

<sup>18</sup> SIRAJ, Mazhar. *Exclusion of Private Sector from Freedom of Information Laws: Implications from a Human Rights Perspective*, 2 *Alternative Perspectives on Soc. Sci. J.* 211, 213, 2010.

<sup>19</sup> A comunidade internacional estabeleceu plataformas políticas baseadas principalmente em questões de liberdade de informação.

“Em 2008, três dos 57 países [...] não tinham uma lei de liberdade de informação (FOI): Nigéria, Gana e Iraque. [Na] Nigéria observou-se que o projeto de lei está no Congresso nigeriano desde que foi proposto pela primeira vez em 1999 [...] uma situação semelhante em Gana, onde existe um artigo na constituição ganense para garantir os direitos dos cidadãos à informação, mas este artigo ainda não tinha sido apresentado ao Parlamento para aprovação.” Norah Mallaney. *Freedom of Information: A Comparative Study*, COMMONS GLOBAL INTEGRITY (19 mar. 2009). Disponível em: <https://web.archive.org/web/20090326235657/>. Disponível em: <http://commons.globalintegrity.org/2009/03/freedom-of-information-comparative.html>.

<sup>20</sup> Veja Maha ASWAD, *Right to Information and National Security in Egypt*, AFTE, FREEDOM OF THOUGHT AND EXPRESSION LAW FIRM (20 set. 2016). Disponível em: [https://aftegypt.org/en/right\\_to\\_know-2/2016/09/20/12502-aftegypt.html](https://aftegypt.org/en/right_to_know-2/2016/09/20/12502-aftegypt.html); Veja, por exemplo, UN. *The United Nations Trust Fund for Human Security*, United Nations Trust Fund For Human Security. Disponível em: <https://www.un.org/>

O termo segurança nacional não está sendo usado apenas na legislação nacional, mas recentemente tem sido comumente utilizado começando pelos “especialistas estratégicos”, os defensores de teorias da conspiração, as leis políticas corruptas, os funcionários públicos, a mídia e os cidadãos.<sup>21</sup> Deve-se notar que a segurança nacional se tornou assunto para várias reuniões oficiais, como seminários e conferências organizadas por representantes do Estado e por poderes de segurança (militares) para discutir os “riscos pendentes” que ameaçam a segurança nacional egípcia, e como enfrentá-los unindo-se à frente interna, significando silenciar as vozes da oposição (ativistas), administrar as violações de direitos humanos, incluindo o direito à liberdade de expressão e o direito à informação.<sup>22</sup> É claro que ausentes dessas reuniões e fora da esfera pública estão as vozes que clamam por uma descrição mais abrangente de segurança nacional, que inclua o desenvolvimento sustentável, o respeito ao Estado de Direito e os direitos humanos.<sup>23</sup>

Portanto, é imperativo desenvolver o conceito de segurança nacional em relação aos direitos humanos, partindo do pressuposto de que o padrão em relação à informação pública (estatal) é torná-la acessível aos cidadãos e que este é um direito democrático e humano fundamental, uma vez que é necessário para a transparência, a integridade e a prestação de contas e, conseqüentemente, para o combate à corrupção, garantindo a liberdade de expressão e o reconhecimento de todos os direitos humanos por meio da consciência dos ideais internacionais relacionados, além de exemplos de leis de outros países comparando-os ao modelo egípcio.<sup>24</sup>

---

humansecurity/wp-content/uploads/2018/04/UN-Trust-Fund-for-Human-Security.pdf Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>21</sup> Mai EL-SADANY, *Egypt's New Media Regulations: Legislating State Control over Information*, THE TAHRIR INSTITUTE FOR MIDDLE EAST POLICY (6 jul. 2018). Disponível em: <https://timep.org/commentary/analysis/egypts-new-media-regulations-legislating-state-control-over-information/>. “Quase um ano e meio depois que o parlamento do Egito votou uma legislação para criar três novos reguladores de mídia... para aprovar uma lei para reger de forma mais ampla a prática da mídia e do jornalismo. A lei que regulamenta a Imprensa, a Mídia e o Conselho Superior de Regulação da Mídia (SCMR); a Lei da Autoridade de Imprensa Nacional; e a Lei da Autoridade Nacional de Comunicação Social foram aprovadas pela Câmara e [...] revisadas pelo Conselho Estadual de constitucionalidade [...] Os novos projetos de lei, aprovados como resultado de um processo precipitado e opaco [...] pelo menos 781 jornalistas assinaram uma declaração rejeitando a lei que regulamenta a Imprensa, Mídia e a SCMR à luz de suas disposições que restringem o conteúdo e submetem à mídia e à imprensa a ampla supervisão e controle do governo”.

<sup>22</sup> Mai EL-SADANY, *Egypt's New...*, Aproximadamente doze ou mais conferências e seminários discutiram a segurança nacional em geral e sua relação com a mídia no Egito, junto com um grande número de artigos de opinião, blogs e programas de entrevistas populares. Os resultados dessas reuniões alimentam não uma noção equivocada de segurança nacional, ou do Estado egípcio, como se o Estado egípcio fosse uma entidade própria e não o coletivo de egípcios cujos direitos devem sempre ser respeitados.

<sup>23</sup> PUDDEPHATT, nota *supra* 18.

<sup>24</sup> PUDDEPHATT, Andrew. *Freedom...*,

## 2.1 Segurança nacional e direitos humanos: desenvolvimento do conceito

Durante décadas, o conceito de segurança nacional girou em torno da proteção da *siadat al Dwalah* (soberania do Estado) contra ameaças externas que poderiam prejudicar os interesses do país e dos seus cidadãos.<sup>25</sup> Essas ameaças externas limitavam-se a agressões ou a ataques militares de um Estado contra o outro e, portanto, o conceito de segurança nacional estava intimamente associado às forças armadas do país, ao seu exército, à segurança e às autoridades de inteligência.<sup>26</sup> Desde o final da Segunda Guerra Mundial, esta noção se desenvolveu para incluir uma estrutura mais abrangente, envolvendo os direitos humanos e o desenvolvimento sustentável como elementos centrais de qualquer estratégia ou política bem-sucedida de segurança nacional.<sup>27</sup> Robert McNamara, o ex-ministro da defesa dos EUA, foi um dos primeiros a clamar por uma mudança na visão internacional do conceito de segurança, saindo do armamento e das armas para uma maior atenção ao desenvolvimento sustentável e ao refinamento das condições econômicas das pessoas em um Estado, a fim de garantir a sua dignidade e atender às suas perspectivas de uma vida decente. Se esses requisitos básicos não forem atendidos, então os indivíduos recorrerão à violência para fazer cumprir as demandas sobre seus governos e, assim, a erupção de conflitos e de guerras civis ocorrerá, o que certamente afetará a segurança nacional desses Estados, bem como a paz e a segurança internacional.<sup>28</sup> Deve-se notar que o conceito moderno de segurança nacional não pode ser destacado sem que seja abordada a sua relação com o conceito de segurança humana.<sup>29</sup> A segurança humana refere-se à proteção de direitos básicos e de liberdades que protegem as pessoas de se sentirem ameaçadas ou violadas e, ao mesmo tempo, endossa as suas habilidades e expectativas, busca reduzir as perspectivas de conflito e ajuda a evitar obstáculos ao desenvolvimento e aos direitos para todos.<sup>30</sup> Sem dúvida, a ideia é baseada na lógica por trás da

<sup>25</sup> CHANDRA, Satish; BHONSLE, Rahul, *National Security. Concept, Measurement and Management*, 39 STRATEGIC ANALYSIS J. 4 (26 jun. 2015). Disponível em: <https://doi.org/10.1080/09700161.2015.1047217> ("O conceito de segurança nacional tem sido frequentemente interpretado como apenas a conotação da preservação da soberania, integridade territorial e estabilidade interna com foco no poder coercitivo do Estado").

<sup>26</sup> Ver GRIZOLD, Anton, *The Concept of National Security in the Contemporary World*, 11 INT'L. J. ON WORLD PEACE 37, 37-51 (1994) (discutindo a necessidade de descrições óbvias e específicas de leis individuais versus estaduais com o objetivo).

<sup>27</sup> MCNAMARA, Robert S. *The Fiscal Year 1969-73 Defense Program and the 1969 Defense Budget*, DEPARTMENT OF DEFENSE (1968).

<sup>28</sup> MCNAMARA, Robert S. *The Fiscal Year...*, 149-50.

<sup>29</sup> Sobre o tema, vide, UN. *The United Nations Trust Fund for Human Security*, United Nations Trust Fund For Human Security. Disponível em: <https://www.un.org/humansecurity/wp-content/uploads/2018/04/UN-Trust-Fund-for-Human-Security.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>30</sup> Chandra & Bhonsle, nota *supra* 26.

existência de instituições públicas do Estado e a sua intenção legislativa é servir aos cidadãos e as suas comunidades, e não o contrário.<sup>31</sup>

A este respeito, deve-se destacar que a filosofia da segurança humana é baseada em vários princípios, (a) o indivíduo é o foco de sua preocupação, o que significa que ele prioriza a sobrevivência e uma vida digna, principalmente entre os grupos mais vulneráveis; (b) através da compreensão sobre como uma ameaça precisa pode danificar e impactar as liberdades universais interconectadas ou os direitos civis, enquanto exige uma perspectiva multidisciplinar e colaborativa; (c) a segurança humana adota chaves específicas para o contexto local, com base nas necessidades reais, nos pontos fracos, nas capacidades público-governamentais e individuais; (d) a segurança individual aborda as causas básicas, em um nível profundo, de uma ameaça específica, para tratar e prevenir futuras intimidações, (e) proteção (de cima para baixo) e empoderamento (de baixo para cima).<sup>32</sup> Proteção e empoderamento significam a harmonização dos esforços institucionais de cima para baixo, incluindo a criação de medidas de alerta antecipado, melhor governança, instrumentos de proteção social, proteção de direitos, juntamente com mecanismos participativos que valorizam e defendem o papel das pessoas na definição e no exercício de liberdades, bem como tarefas básicas, com a consequente melhoria das capacidades locais, fortalecendo a coesão social e garantindo justiça na distribuição de riqueza (recursos).<sup>33</sup>

## 2.2 Direito Internacional dos Direitos Humanos, políticas e segurança nacional

Legalmente falando, o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) prevê a restrição de algumas liberdades e direitos para a proteção da segurança nacional, o que levou os defensores dos direitos humanos e a comunidade internacional a tentarem elaborar padrões que regulem a relação entre os direitos fundamentais e a segurança nacional.<sup>34</sup> Como é geralmente bem conhecido, o Direito Internacional não é estático ou imutável. Ele avança conforme a mudança dos tempos e de

<sup>31</sup> Chandra & Bhonsle, nota *supra* 26.

<sup>32</sup> Veja David A. BALDWIN, *The Concept of Security*, 23 REV. OF INT'L. STUDIES (1997).

<sup>33</sup> BALDWIN, *The Concept...*, p. 12-17. Deve-se notar que a Constituição da África do Sul, por exemplo, é famosa por adotar um conceito moderno de segurança nacional. A provisão constitucional aponta:

“A segurança nacional deve refletir a determinação dos sul-africanos, como indivíduos e como nação, para viver como iguais, para viver em paz e harmonia, estar livre do medo e da necessidade e buscar uma vida melhor. A decisão de viver em paz e harmonia impede qualquer cidadão sul-africano de participar de conflito armado, nacionalmente ou internacionalmente, exceto conforme previsto nos termos da constituição ou Legislação nacional”. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DA ÁFRICA DO SUL, 4 de dezembro de 1996, art. 198.

<sup>34</sup> Veja, sobre o tema, David A. BALDWIN, *The Concept of Security*, 23 REV. OF INT'L. STUDIES 5, 6-7 (1997).

acordo com os desenvolvimentos que exigem adaptação.<sup>35</sup> O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) menciona a segurança nacional em vários artigos como uma das razões para validar a imposição de limites aos direitos incluídos em suas disposições, como no artigo 12 sobre o direito de circulação, no artigo 19 sobre o direito à liberdade de expressão e a troca de informações, no artigo 21 sobre o direito à reunião pacífica e no artigo 22 sobre o direito à constituição de associações e sindicatos.<sup>36</sup> O referido estatuto destaca que:

Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública.<sup>37</sup>

Diante disso, muitas interpretações jurídicas, não necessariamente compatíveis com o objetivo das normas do Direito Internacional, que se destinam principalmente a evitar a violação governamental dos direitos individuais, parecem ter a necessidade de descrições óbvias e específicas das limitações às liberdades e aos direitos no sentido de que eles possam garantir os direitos dos indivíduos em face das leis do Estado, que podem ser incompatíveis com o objetivo do DIDH.<sup>38</sup> Em regimes autoritários e nações não democráticas, o discurso público oficial e seus representantes da mídia podem insistir que o direito pessoal de acesso à informação contradiz os requisitos da segurança nacional do Estado; a linguagem ambígua que carece de especificidade em relação às exceções permissíveis pode permitir a restrição das liberdades e dos direitos mencionados em documentos universais, especialmente

<sup>35</sup> Hurst HANNUM, *Reinvigorating Human Rights for the Twenty-First Century*, HUMAN RIGHTS L. REV. (2016). Desde sua adoção após a Segunda Guerra Mundial com a Declaração dos Direitos Humanos em 1948, o DIDH foi atualizado gradualmente. Por exemplo, a necessidade emergente e urgente de acordos internacionais de direitos humanos para acomodar o limite tecnológico em relação aos meios de comunicação, etc.

<sup>36</sup> Vide Assembleia Geral da ONU, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, v. 999, p. 171. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html>. Além disso, a noção de segurança nacional era mencionada nos artigos 13 e 14 sobre a expulsão de estrangeiros e julgamentos públicos.

<sup>37</sup> ONU, *International...*

<sup>38</sup> GRIZOLD, nota *supra* 27.

em circunstâncias excepcionais – que podem ser verdadeiras ou imaginárias – para impor mais limites, como a declaração de estado de emergência ou o combate ao terrorismo.<sup>39</sup> Na realidade, o direito de acesso à informação institui um elemento crítico na proteção da segurança nacional e da participação democrática. O abuso excessivo do governo sob a égide da segurança nacional pode enfraquecer as políticas que desafiam o excesso de autoridade dos governos, incluindo a falta de um Judiciário independente, a liberdade de imprensa e a fiscalização por instituições legislativas.<sup>40</sup> Entre as normas internacionais desenvolvidas para regular a relação entre a segurança nacional e os direitos humanos estão os Princípios de Siracusa e de Joanesburgo, juntamente com o documento de Tshwane, que foca na lógica da segurança nacional para o direito de acesso à informação.<sup>41</sup>

### 3 Princípios de Siracusa

Os Princípios de Siracusa<sup>42</sup> são um conjunto de ideais que foram acordados por especialistas em Direito Internacional de diversas nacionalidades, incluindo os egípcios, em sua reunião em Siracusa, Itália, na primavera de 1984.<sup>43</sup> Esses princípios foram desenhados para examinar minuciosamente as condições e os fundamentos para os limites e as derrogações permitidas apresentadas no PIDCP, a fim de alcançar uma implementação eficaz do Estado de Direito. Deve-se notar que existe uma estreita relação entre o respeito pelos direitos humanos e a manutenção

<sup>39</sup> Lydia KHALIL, *Egypt's New Media Law is Ahead of the Curve*, THE INTERPRETER, 26 jul. 2018. Disponível em: <https://www.lowyinstitute.org/the-interpreter/egypts-new-media-law-ahead-curve> (“As novas leis foram supostamente aprovada a fim de conter a desinformação, ou as ‘fake news’, para utilizar a fraseologia ‘trumpiana’ da época, através do monitoramento, bloqueio e a identificação de pessoas que espalham notícias falsas por meio de suas contas de mídia social para que sejam processadas. As novas leis também permitem que as pessoas sejam detidas enquanto aguardam o julgamento. Desde que o presidente Abdel Fattah el-Sisi assumiu o poder, o Egito tem se tornado um ambiente de mídia e de informação cada vez mais restritivo. O país está atualmente em 161º lugar entre as 180 nações conforme o último Índice de Liberdade de Imprensa, e jornalistas egípcios proeminentes registraram a sua oposição às novas leis”).

<sup>40</sup> GRIZOLD, nota *supra* 27.

<sup>41</sup> UN. Commission on Human Rights, *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, Doc. E/CN.4/1985/4. 28 set. 1984. Disponível em: <https://undocs.org/en/E/CN.4/1985/4> Acesso em: 12 jan. 2020; UN. Economic and Social Council, *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, Doc. E/CN.4/1996/39. 22 mar. 1996. Disponível em: <https://undocs.org/E/CN.4/1996/39>. Acesso em: 12 jan. 2020; The Global Principles on National Security and the Right to Information (Tshwane Principles), OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, 12 jun. 2013. Disponível em: <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/global-principles-national-security-10232013.pdf>.

<sup>42</sup> Ver UN. Commission on Human Rights, *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, Doc. E/CN.4/1985/4. 28 set. 1984. Disponível em: <https://undocs.org/en/E/CN.4/1985/4>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>43</sup> AMERICAN Association for the International Commission of Jurists, *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, (1984). Disponível em: <https://www.icj.org/wpcontent/uploads/1984/07/Siracusa-principles-ICCPR-legal-submission-1985-eng.pdf> (explaining that in September 1984, the ideals from the first International Commission of Jurists colloquium in Siracusa, Italy, were later approved by the UN Commission on Human Rights).

da paz e da segurança internacional, e que a violação sistemática dos direitos humanos prejudica a segurança e a ordem pública e pode constituir uma ameaça à paz internacional.<sup>44</sup> Em relação à segurança nacional, este documento afirma que:

A segurança nacional pode ser invocada para justificar medidas que limitam certos direitos apenas quando são tomadas para proteger a existência da nação, sua integridade territorial ou a independência política contra a força ou a ameaça de uso da força. A segurança nacional não pode ser invocada como uma justificativa para impor limitações para prevenir ameaças meramente locais ou relativamente isoladas à lei e à ordem. A segurança nacional não pode ser usada como pretexto para impor limitações vagas ou arbitrárias e só pode ser invocada quando existirem salvaguardas adequadas e soluções eficazes contra o abuso. A violação sistemática dos direitos humanos prejudica segurança nacional e pode colocar em risco a paz e a segurança internacional. Um Estado responsável por tal violação não deve invocar a segurança nacional como justificativa para medidas destinadas a suprimir a oposição a tal violação ou a perpetrar práticas repressivas contra sua população.<sup>45</sup>

Na prática, comparar o contexto e a legislação egípcia com os dois documentos universais sobre segurança nacional e o direito à informação – os “Princípios de Tshwane” e os “Princípios de Joanesburgo sobre Segurança Nacional” –, através da revisão das disposições constitucionais e textos legislativos, juntamente com o destaque de certos casos nos últimos anos, será fundamental para entender como o conceito da segurança nacional foi desenvolvido no âmbito do sistema jurídico egípcio e usado sempre como uma defesa legítima.

## 4 Direito de acesso à informação e segurança nacional no Egito

### 4.1 Os Princípios de Joanesburgo e de Tshwane

Os Princípios de Joanesburgo são considerados dos valores internacionais mais significativos para reger a relação entre a segurança nacional e o direito à

<sup>44</sup> AMERICAN Association for the International Commission of Jurists, *Siracusa Principles on...*, p. 3-4. Foi mencionado neste documento que “[o] abuso de disposições que permitem aos governos limitar e derrogar certos direitos contidos no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos resultou na necessidade de um exame mais detalhado das condições e fundamentos para as limitações admissíveis e derrogações, a fim de alcançar uma implementação efetiva do Estado de Direito”.

<sup>45</sup> Comissão de Direitos Humanos da: UN. Commission on Human Rights, *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, Doc. E/CN.4/1985/4. 28 set. 1984. Disponível em: <https://undocs.org/en/E/CN.4/1985/4> Acesso em: 12 jan. 2020.

informação.<sup>46</sup> Eles foram considerados um passo histórico no desenvolvimento de princípios e padrões após os Princípios de Siracusa, visto que se concentraram apenas em aspectos da liberdade de expressão e de direitos à informação entre os demais direitos humanos mencionados nos ideais de Siracusa.<sup>47</sup> Por outro lado, os Princípios de Tshwane são mais profundos e específicos do que os Princípios de Siracusa e de Joanesburgo, pois eles se aprofundam na interpretação e na elucidação de padrões para o uso da segurança nacional como justificativa de censura de alguma informação ou punição daqueles que as revelam (ou divulgam).<sup>48</sup> As normas Tshwane não negam o direito do Estado de reter algumas informações para proteger os direitos fundamentais dos indivíduos ou para questões de segurança nacional.<sup>49</sup> Elas buscam desenvolver interpretações específicas do que se entende por segurança nacional e as filosofias que devem ser seguidas quando a segurança nacional é usada para reter informações.<sup>50</sup> Os Princípios de Tshwane afirmam que “barreiras à supervisão pública e independente criadas em nome da segurança

<sup>46</sup> Ver UN. Economic and Social Council, *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, Doc. E/CN.4/1996/39. 22 mar. 1996. Disponível em: <https://undocs.org/E/CN.4/1996/39> Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>47</sup> Esses princípios também se baseiam no Direito Interno e Internacional como mecanismo de proteção dos direitos humanos e desenvolvimento de práticas estatais (decisões tomadas pelos tribunais nacionais), bem como princípios gerais de Direito que são reconhecidos pelas Nações Unidas.

<sup>48</sup> Veja *The Global Principles on National Security and the Right to Information (Tshwane Principles)*, OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, 12 jun. 2013. Disponível em: <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/global-principles-nationalsecurity-10232013.pdf>. Este documento foi analisado pelo relator especial da ONU para a liberdade de opinião e expressão, relator especial da ONU para o combate ao terrorismo e direitos humanos, relator especial da Comissão Africana para os direitos humanos e das pessoas sobre liberdade de expressão e acesso à informação, relator especial da organização dos Estados americanos sobre liberdade de expressão, bem como representante da Organização de Segurança e Colaboração na Europa sobre liberdade de mídia. Ver também em *The Tshwane Principles on National Security and the Right to Information: An Overview in 15 Points*, OPEN SOCIETY FOUNDATIONS (jun. 2013). Disponível em: <https://www.justiceinitiative.org/publications/tshwane-principles-national-security-and-right-information-overview-15-points> (“Os Princípios de Tshwane sobre Segurança Nacional e o Direito à Informação abordam a questão de como garantir o acesso público às informações do governo sem comprometer os esforços legítimos para proteger as pessoas de ameaças à segurança nacional. Esses princípios são baseados nas leis e práticas internacionais e nacionais. Eles foram desenvolvidos a fim de fornecer orientação aos envolvidos na elaboração, revisão ou implementação de leis ou políticas relevantes. Com base em mais de dois anos de consultas em todo o mundo com atores governamentais, o setor de segurança e a sociedade civil, eles estabeleceram em detalhes sem precedentes diretrizes sobre os limites apropriados do sigilo, o papel dos denunciadores e outras questões”).

<sup>49</sup> SALAU, Aaron Olaniyi. *The Right of Access to Information and National Security in the African Regional Human Rights System*, 17 AFR. HUM. RIGHTS LAW J. v. 2, n. 3 (2017). Disponível em: [http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1996-20962017000200003&lng=en&nrm=iso&tlng=en](http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1996-20962017000200003&lng=en&nrm=iso&tlng=en) (“O direito de acesso à informação é a marca de uma democracia constitucional eficaz. Este direito é um componente do direito mais amplo à liberdade de expressão reconhecida nos instrumentos básicos da Organização das Nações Unidas (ONU) e sistemas regionais de direitos humanos. O direito de acesso à informação ganhou reconhecimento como um direito autônomo garantido em constituições e outras leis. O direito impõe ao Estado o dever de facilitar o acesso de todos às informações detidas por órgãos públicos em qualquer forma de acessibilidade ou sistemas de recuperação, independente da forma em que foram produzidos. No entanto, o direito internacional dos direitos humanos reconhece a importância de que os direitos humanos, nas diversas instâncias, – incluindo o direito de acesso à informação – devem ser protegidos”).

<sup>50</sup> SALAU, Aaron Olaniyi. *The Right...*, p. 6-7.

nacional aumentam o risco de que condutas ilegais, corruptas e fraudulentas possam ocorrer e não serem descobertas; e que violações de privacidade e de outros direitos individuais muitas vezes ocorrem sob o manto do sigilo da segurança nacional”; e que a única razão pela qual é permitido reter informações é quando “o interesse público em manter o sigilo da informação claramente supera o interesse público no acesso à informação”.<sup>51</sup>

Além disso, os Princípios de Tshwane não incluíram uma definição específica de segurança nacional, no entanto, o Princípio 2 do documento aborda que “é uma boa prática para a segurança nacional, quando usada para limitar o direito à informação, que esteja definida com precisão no enquadramento jurídico de um país, de modo consistente com uma sociedade democrática”, considerando os determinantes sociais, políticos e econômicos de cada país, que podem afetar a definição do conceito de segurança nacional aprofundando-se nos contextos em mudança.<sup>52</sup> Isso não significa conceder aos Estados (governos) a liberdade de definir o que se entende por segurança nacional sem considerar os direitos humanos e as liberdades pessoais. A seção de “definições” dos Princípios de Tshwane refere-se à definição de “Interesse legítimo de segurança nacional”; declarando que:

Um interesse para a segurança nacional não é legítimo se o seu objetivo real ou impacto principal for proteger um interesse não relacionado com a segurança nacional, tal como a proteção do governo ou de funcionários em relação a constrangimentos ou à exposição de irregularidades; ocultação de informação sobre violações dos direitos humanos, qualquer outra violação das leis ou o funcionamento das instituições públicas; reforço ou perpetuar de um interesse, partido ou ideologia política em particular; ou a supressão de protestos legítimos.<sup>53</sup>

Por outro lado, o 12º princípio das normas de Joanesburgo, relativo à “Designação Estrita de Isenção de Segurança”, afirma que “um Estado não pode negar categoricamente o acesso a todas as informações relativas à segurança nacional, mas deve designar na lei apenas as categorias específicas e exatas

<sup>51</sup> Consulte *The Global Principles on National Security and the Right to Information (Tshwane Principles)*, OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, 12 jun. 2013. Disponível em: <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/global-principles-national-security-10232013.pdf>.

<sup>52</sup> *The Global Principles on...*, Veja também Yochai BENKLER, *A Public Accountability Defense for National Security Leakers and Whistleblowers*, 8 HARV. L. & POL'Y REV. 281, 284 (2014) (“A responsabilidade criminal por vazamento e publicação de materiais classificados é geralmente discutida em termos de um conflito entre valores de alta importância: segurança e democracia”).

<sup>53</sup> Consulte *The Global Principles on National Security and the Right to Information (Tshwane Principles)*, OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, 12 jun. 2013. Disponível em: <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/global-principles-nationalsecurity-10232013.pdf>.

de informação que são necessárias reter para proteger um interesse legítimo de segurança nacional”.<sup>54</sup>

## 4.2 Segurança Nacional na Constituição do Egito de 2014

Em relação ao quadro legal do Egito, a primeira menção de segurança nacional está na Constituição egípcia de 2014, que diz que “A segurança do ciberespaço é parte integrante do sistema econômico e da segurança nacional. O Estado deverá tomar as medidas necessárias para preservá-la conforme regulamentado por lei”.<sup>55</sup> Deve-se notar que este artigo se encontra na seção dos componentes básicos da sociedade e não na seção das liberdades públicas. Além disso, a carta constitucional que aborda o direito ao acesso à informação não menciona em detalhes os motivos que justificariam a retenção de informações, mencionando apenas que isso seria regulamentado pela lei.<sup>56</sup> Leis atuais aplicadas pelo governo do Egito que lidam com a divulgação de informações “não são abrangentes e incluem inúmeras lacunas e disposições que levam ao sigilo ao invés de a divulgação de informações”.<sup>57</sup> Na mesma linha, a Constituição estipula que “Proteger a segurança nacional é um dever. A responsabilidade de todas as partes em zelar pela segurança nacional é garantida pela lei [...] Defender a nação e proteger a sua terra são uma honra e um dever sagrado”,<sup>58</sup> sem qualquer descrição ou determinação da natureza da segurança nacional, nem como ela pode ser protegida de acordo com a disposição.<sup>59</sup>

<sup>54</sup> Ver UN. Economic and Social Council, *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, Doc. E/CN.4/1996/39. 22 mar. 1996. Disponível em: <https://undocs.org/E/CN.4/1996/39>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>55</sup> CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ÁRABE DO EGITO, 18 jan. 2014, art. 31. Deve-se ter em mente que o Egito é parte da Convenção das Nações Unidas contra Tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, e adotou uma legislação nacional para implementação da Convenção desde 1985, tornando-se um crime sob a lei egípcia qualquer pessoa se envolver em tortura. UN. *Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Cruéis, Tratamento Desumano ou Degradante de Punição*, 10 dez. 1984. 1465 U.N.T.S. 85. Disponível em: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV9&chapter=4&clang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV9&chapter=4&clang=en). Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>56</sup> CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ÁRABE DO EGITO, 18 jan. 2014, art. 68. Na Alemanha, por exemplo, o Parlamento aprovou uma lei que estipula multas de até 50 milhões de euros (US\$ 58 milhões) a serem impostas na postagem de discurso de ódio, pornografia infantil, itens relacionados ao terrorismo e informações falsas nas redes sociais. Strafgesetzbuch [StGB] [CÓDIGO PENAL], §130. Disponível em: [http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/\\_130.html](http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_130.html).

<sup>57</sup> CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ÁRABE DO EGITO, 18 jan. 2014, art. 68. Maha El Aswad, Research, *Right to Information and National Security in Egypt*, ASSOCIATION FOR FREEDOM OF THOUGHT AND EXPRESSION, mar. 2016. Disponível em: [https://aftegypt.org/wp-content/uploads/right\\_to\\_info-EN.pdf](https://aftegypt.org/wp-content/uploads/right_to_info-EN.pdf). Até agora, nenhuma lei foi emitida sobre o acesso à informação no Egito, embora estivesse entre os prioridades do ramo executivo do governo e do Parlamento.

<sup>58</sup> CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ÁRABE DO EGITO, art. 86.

<sup>59</sup> CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ÁRABE DO EGITO, art. 86. Na verdade, se as atuais leis de armamento não estivessem sujeitas a revisão judicial objetiva e justa para avaliar a sua constitucionalidade, então este artigo teria proporcionado a proteção constitucional a várias leis que comprometem as liberdades existentes, especialmente a liberdade de expressão e o direito à informação, onde o termo “segurança nacional” foi mencionado.

Além disso, o artigo 211 da Constituição do Egito sobre o Conselho Supremo de Regulamentação da Mídia menciona a segurança nacional como um dos fatores que os diferentes meios de comunicação devem levar em consideração; definindo os critérios para o cumprimento dos requisitos de segurança nacional que se enquadram no mandato do Conselho.<sup>60</sup>

### 4.3 Segurança nacional nas leis de mídia, imprensa e comunicação

Para definir a segurança nacional nas leis egípcias, a Lei nº 10/2003 sobre comunicações afirma que a segurança nacional é tudo o que diz respeito aos assuntos da Presidência Republicana, das forças armadas, da produção militar, do Ministério do Interior, da inteligência de segurança pública, da agência de segurança nacional, do controle administrativo e dos órgãos relacionados.<sup>61</sup> A mesma lei estabelece diretrizes que regulam as tarefas do órgão nacional de telecomunicações, incluindo a proteção da segurança nacional e dos interesses superiores do Estado, opondo-se, assim, aos princípios de Tshwane e de Joanesburgo, uma vez que expande o conceito de segurança nacional para incluir instituições inteiras, sem qualquer propósito objetivo para usar a segurança nacional como referência.<sup>62</sup> Portanto, não é aceitável considerar que tudo o que se relaciona com instituições específicas, como os militares ou os órgãos de segurança e inteligência, seja uma preocupação de segurança nacional, pois isso abre a porta para restrição do escrutínio ou da supervisão pública.<sup>63</sup> A Lei de Mídia de 1996 permite a censura de jornais durante períodos excepcionais, como o de guerra, de mobilização pública ou por razões de segurança pública e segurança geral.<sup>64</sup> O artigo 9º define explicitamente “segurança nacional” como uma exceção geral ou fundamento para o direito de acesso e de troca de informações, dizendo

é proibido impor quaisquer restrições que impeçam o livre fluxo de informações ou que obstrua a igualdade de oportunidades entre os diferentes jornais quanto ao acesso à informação, o que pode impedir o direito dos cidadãos à informação e ao conhecimento, sem comprometer requisitos de segurança nacional e defesa da pátria [segurança] e de seus interesses superiores.<sup>65</sup>

<sup>60</sup> CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ÁRABE DO EGITO, art. 211.

<sup>61</sup> Lei nº 10, de 2003 (Lei de Regulamentação das Telecomunicações do Egito).

<sup>62</sup> Lei nº 10, de 2003, art. 4º.

<sup>63</sup> El-Sadany, nota *supra* 22.

<sup>64</sup> EGYPT MEDIA & PRESS LAW No. 96 of 1996, at arts. 4º e 9º.

<sup>65</sup> Lei nº 10, de 2003, art. 9º.

À luz dessas medidas, parece que a atual legislação egípcia contradiz os princípios 2, 3, 4 e 5 dos Princípios de Tshwane, especialmente o princípio 3, relativo aos requisitos de restrição justificável de acesso à informação por razões de segurança nacional. De acordo com princípio 3, o governo deve provar que: (a) a limitação é determinada por lei, tendo em vista que a lei deve ser acessível, explícita, promulgada de forma restrita e com precisão de modo a permitir que os indivíduos entendam quais informações podem ser retidas, o que deve ser divulgado e quais ações sobre as informações estão sujeitas a sanções; (b) a limitação é necessária em uma sociedade democrática; (c) a divulgação da informação deve implicar um risco verdadeiro e identificável de danos significativos para um interesse legítimo para a segurança nacional; (d) o risco de danos derivados da divulgação deve superar o interesse público na divulgação; (e) a limitação deve estar em conformidade com o princípio da proporcionalidade [teste] e deve ser o meio menos limitador disponível para proteção contra os danos; (f) a limitação não deve comprometer a própria razão de ser do direito à informação; e (g) a limitação deve proteger um interesse legítimo de segurança nacional. O princípio 2 de Tshwane enfatizou a importância de a lei incluir garantias adequadas contra o abuso, incluindo a avaliação instantânea, inclusiva e eficaz da validade da restrição, monitorado por um órgão de supervisão independente e sujeito à revisão judicial completa e justa.<sup>66</sup>

O mesmo princípio compreendia uma lista ilustrativa de fatores a serem considerados ao decidir se o interesse público na divulgação supera o risco de prejuízo (fatores que favorecem a divulgação), quando se espera razoavelmente que a divulgação (a) promova a discussão aberta de assuntos públicos; (b) reforce a responsabilidade, a integridade e a transparência governamental; (c) contribua para um debate positivo e informado sobre questões importantes ou assuntos de grande interesse; (d) promova a supervisão eficaz das despesas de financiamento público; (e) revele os motivos para uma decisão governamental; (f) contribua para a proteção do ambiente; (g) revele ameaças à saúde ou à segurança pública ou (h) revele ou ajude a estabelecer a responsabilidade por violações dos direitos humanos ou do direito humanitário internacional.<sup>67</sup> Além disso, existem fatores que apoiam a não divulgação, como quando ela implica um risco verdadeiro e identificável de danos para um interesse legítimo para a segurança nacional, e fatores irrelevantes

<sup>66</sup> Consulte os *Global Principles on National Security (The Tshwane Principles, Principle 3)*, nota *supra* 51. As categorias restritas de informações que podem ser retidas nos fundamentos da segurança nacional devem ser claramente definidas na lei.

<sup>67</sup> Consulte os *Global Principles on National Security...* No Princípio 2 dos Princípios de Tshwane. Leis que restringem a liberdade de assembleia e associação não são mais suficientes aos olhos dos regimes do Oriente Médio. “Nas palavras do bloco parlamentar egípcio que se opõe à lei de mídia, ‘ele confisca os últimos espaços restantes de liberdade de expressão.’ Lydia Khalil, *Egypt’s New Media Law is Ahead of the Curve*, THE INTERPRETER (26 jul. 2018). Disponível em: <https://www.lowyinstitute.org/the-interpreter/egypts-new-media-law-ahead-curve>.

para a divulgação, como quando se espera razoavelmente que a divulgação “(a) cause constrangimento ou perda de confiança no governo ou em um funcionário, ou (b) enfraqueça um partido político ou uma ideologia”.<sup>68</sup> Os Princípios de Tshwane implicam que o ônus de designar a legalidade de qualquer restrição recai sobre a autoridade pública que busca reter informação, o que significa que não é responsabilidade do indivíduo que busca as informações provar que elas não estão relacionadas à segurança nacional.<sup>69</sup>

#### 4.4 Isenção(ões) para divulgação de informações (institucionalmente)

De acordo com o princípio 5 das normas Tshwane, as autoridades públicas não estão isentas da divulgação ou dos requisitos de revelação das informações, incluindo, conforme indicado de forma inequívoca e precisa, o Judiciário (tribunais), as instituições de supervisão (por exemplo, o parlamento), as agências de inteligência, os militares, as agências de segurança (por exemplo, a polícia), juntamente com chefes de Estado e governo e quaisquer repartições públicas.<sup>70</sup> Além disso, esses princípios afirmaram que um país não pode reter informações por motivos de segurança nacional – simplesmente com base no fato de terem sido geradas por (ou compartilhadas com) um Estado ou órgão intergovernamental estrangeiro, ou uma autoridade pública específica, o que contradiz a lei do Egito sobre radiodifusão e telecomunicações e, portanto, afeta as decisões judiciais.<sup>71</sup> Algumas decisões proferidas em tribunais – na maioria dos países árabes – afirmam que não se deve divulgar apenas os itens orçamentários dos militares, mas, também, qualquer informação relacionada às operações militares em determinado momento e lugar,

<sup>68</sup> *Global Principles on National Security and the Right to Information (Tshwane Principles, Principle 2)*, OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, 12 jun. 2013. Disponível em: <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/global-principles-national-security-10232013.pdf>.

O mesmo princípio acrescentou que “o fato de que a divulgação poderia causar danos à economia de um país seria relevante para determinar se as informações devem ser retidas por esse motivo, mas não por motivos de segurança nacional”.

<sup>69</sup> *Global Principles on National...* No Princípio 4 dos Princípios de Tshwane. Essa responsabilidade recai sobre a autoridade provando que a proibição se deve a preocupações com a segurança nacional, caso em que tem que oferecer causas específicas e objetivas. A mera liberação de um certificado ou declaração por um ministro ou funcionário público com o impacto de que tais informações prejudiquem segurança não é considerada uma decisão conclusiva e que está sujeita a caso de revisão judicial caso a caso.

<sup>70</sup> *Global Principles on National...* No Princípio 5 dos Princípios de Tshwane.

<sup>71</sup> *Global Principles on National...*; Veja Zeinab Abdul-Magd, *The Army and the Economy of Egypt*, JADALIYYA, (23 dez. 2011). Disponível em: <https://www.jadaliyya.com/Details/24953>. (Além disso, esta disposição contradiz o conteúdo das mensagens da mídia estatal ou comentários feitos por funcionários egípcios. Por exemplo, inquirir ou discutir a natureza de alguma instituição egípcia ou quadro na inclusão de seus orçamentos, como o militar ou outros aparelhos de segurança, é considerada traição e pode estar sujeita a sanção criminal como crime e não representa o exercício de um direito fundamental de acesso às informações necessárias para supervisão, transparência e combate de vários tipos de políticas e administrativas corrupção).

desde que a divulgação das operações armadas em andamento (e as futuras) não possa ser usada contra os interesses públicos do Estado.<sup>72</sup> Na mesma linha, em relação ao Conselho de Defesa Nacional, a Constituição do Egito dispõe que:

O Conselho de Defesa Nacional será presidido pelo Presidente da República e incluirá como membros o Primeiro-Ministro, [...] e o Chefe de Inteligência Militar. Compete ao Conselho examinar as questões relativas à preservação da segurança e da integridade do país, e discutir o orçamento das Forças Armadas, que será incluído no orçamento do Estado [...] sob uma linha de orçamento [...].<sup>73</sup>

Adicionalmente, o Decreto Presidencial nº 313/1956, alterado pela Lei nº 14/1967, proíbe a publicação de qualquer notícia sobre as forças armadas e impede a publicação ou transmissão de qualquer informação ou notícia sobre militares e suas formações, movimentos, equipamentos e pessoal.<sup>74</sup> Portanto, se isso for aplicado à natureza das informações sendo divulgadas sobre as operações militares na *Península do Sinai* – que resultaram em deslocamentos forçados de alguns cidadãos – junto com a alegação de vastas violações a direitos humanos contra seus habitantes sob a égide do combate ao terrorismo e da luta contra o radicalismo islâmico, isso por si só é uma violação do princípio 10 das normas de Tshwane, que prioriza a divulgação de informações sobre as violações de direitos humanos ou que possam afetar a justiça em julgamentos futuros por tais abusos.<sup>75</sup> Deve-se notar que o princípio 10 deu exemplos do tipo de informação que deve ser

<sup>72</sup> Consulte *The Global Principles on National Security and the Right to Information (Tshwane Principles)*, OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, 12 jun. 2013. Disponível em: <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/global-principles-national-security-10232013.pdf>

<sup>73</sup> Ver CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ARÁBE DO EGITO, 18 jan. 2014, art. 203. Também diz: “O parecer do Conselho será obtido sobre os projetos de lei relativos às Forças Armadas. As demais competências do Conselho serão especificadas por lei. Para discutir o orçamento, o Chefe do Departamento de Assuntos Financeiros das Armadas Forças e chefes da Comissão de Planejamento e Orçamento e da Comissão Nacional O Comitê de Segurança da Câmara dos Representantes deve ingressar no Conselho. O Presidente da República pode convidar qualquer pessoa com conhecimentos relevantes para assistir às Reuniões do conselho sem direito a voto”.

<sup>74</sup> Ver Decreto do Presidente da República do Egito nº 313/1956, alterado pela Lei nº 14/1967, art. 1º que diz: “É proibido publicar ou transmitir qualquer informação ou notícia sobre as forças armadas, suas formações, movimentos, artilharia ou membros e geralmente qualquer coisa que esteja relacionada a assuntos militares ou estratégicos de alguma forma, por meio publicação ou transmissão, exceto após obter uma permissão por escrito do diretor da inteligência militar, ou de seu substituto, na ausência deste, seja pelo editor do material publicado ou transmitido ou a pessoa responsável por sua publicação ou transmissão”.

<sup>75</sup> *The Global Principles on National Security and the Right to Information (Tshwane Principles)*, OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, 12 jun. 2013. Disponível em: <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/global-principles-national-security-10232013.pdf>. Por exemplo, em maio de 2018, uma lei de crimes cibernéticos foi transformada em lei no Quênia. As novas leis criminalizam a divulgação on-line de notícias falsas ou “falsas, enganosas ou dados fictícios”. Initiatives to Counter Fake News: Quênia, Biblioteca do Congresso, 24 dez. 2019. Disponível em: <https://www.loc.gov/law/help/fake-news/kenya.php>.

divulgada em casos de abuso de direitos humanos ou em casos de mera suspeita de abuso.<sup>76</sup> Sobre locais proibidos ou restritos, o princípio 19 dos Princípios de Joanesburgo afirma que:

Qualquer restrição ao livre fluxo de informação não poderá ser de natureza tal que contrarie os objectivos dos direitos humanos e da lei humanitária. Em particular, os governos não podem impedir os jornalistas ou representantes de organizações intergovernamentais ou não governamentais, com mandato para monitorizar a adesão aos direitos humanos ou normas humanitárias, de entrar em áreas nas quais haja motivos razoáveis para crer que estão a ser, ou foram, cometidas violações dos direitos humanos ou da lei humanitária. Os governos não podem excluir jornalistas ou representantes dessas organizações de áreas que estejam a experimentar violência ou conflito armado, exceto quando a sua presença constitua um risco óbvio para a segurança de outras pessoas.<sup>77</sup>

Assim, e com base nestes princípios universais, não está permitido que o Egito divulgue informações relacionadas às operações do exército no *Sinai*, ou em outros lugares, exceto se feito pelas próprias forças armadas, o que pode afetar na identificação de se a morte foi extrajudicial ou não, assim como na garantia de um julgamento justo.<sup>78</sup> A prisão de pesquisador(es) e jornalista(s) preocupados com

<sup>76</sup> Isso foi mencionado claramente no texto universal da seguinte forma: A informação relativa a violações abrangidas por este Princípio inclui, sem limitação o seguinte: (a) uma descrição completa e todos os registos que mostrem os atos ou omissões que constituem as violações, bem como as datas e circunstâncias em que ocorreram, e, quando aplicável, a localização de todas as pessoas desaparecidas ou restos mortais; (b) a identidade de todas as vítimas, desde que consistentes com os direitos de privacidade e outros direitos das vítimas, dos seus familiares e das testemunhas; e dados anônimos agregados e outros relativos aos seus números e características que possam ser relevantes para a salvaguarda dos direitos humanos; (c) os nomes das agências e indivíduos que cometeram ou foram, de outra forma, responsáveis pelas violações e, de um modo mais geral, quaisquer unidades do sector da segurança presentes no momento, ou de outra forma implicadas nas violações, bem como os seus superiores e comandantes, e informação relativa ao alcance do seu comando e controle; e (d) informação sobre as causas das violações e a falha na sua prevenção. *The Global Principles on National Security and the Right to Information (Tshwane Principles)* OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, 12 jun. 2013. Disponível em: <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/global-principles-national-security-10232013.pdf>.

<sup>77</sup> Ver UN. Economic and Social Council, *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, Doc. E/CN.4/1996/39. 22 mar. 1996. Disponível em: <https://undocs.org/E/CN.4/1996/39>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>78</sup> Amr MAGDI Disponível em: *If You Are Afraid for Your Lives, Leave Sinai*, HUMAN RIGHTS WATCH, 28 maio 2019. Disponível em: <https://www.hrw.org/report/2019/05/28/if-you-are-afraid-your-lives-leave-sinai/egyptian-security-forces-and-isis>; EL ASWAD, Maha. *Right to Information and National Security in Egypt*, A.F.T.E., mar. 2016. Disponível em: [https://afteegypt.org/wp-content/uploads/right\\_to\\_info-EN.pdf](https://afteegypt.org/wp-content/uploads/right_to_info-EN.pdf). E geralmente quando a informação é revelada pelo pessoal militar, essas são informações curtas, que apenas mencionam o número de takfireyin (extremistas) mortos ou o número de “hotspots terroristas” que foram atacados ou expostos, sem qualquer referência aos nomes das pessoas mortas ou à localização da operação ou os procedimentos legais realizados após abrirem fogo. Além disso, não é permitido acompanhar os militares durante suas operações, nem depender de outras fontes de informação, como

os assuntos relativos ao *Sinai* – ou com qualquer questão sensível da política ou segurança – é uma evidência clara da supressão da mídia de massa e da retenção de qualquer informação que possa diferir das informações públicas e fornece um exemplo claro de quão longe os regimes podem ir para reprimir aqueles que buscam a divulgação e a documentação de fatos na ausência de leis e regulamentos que possam proteger o direito de acesso à informação, usando termos equívocos como segurança nacional.<sup>79</sup> Da mesma forma, o problema de desaparecimentos forçados no Oriente Médio e em países árabes em geral é um problema sério, liderado principalmente por agências de inteligência e de segurança, onde os detidos (vítimas) são sujeitos – durante o período de seu desaparecimento – a vários meios de tortura e maus-tratos.<sup>80</sup>

O princípio 10(c) dos Princípios de Tshwane destaca os tipos de informações que devem ser reveladas sobre as estruturas e poderes do governo, que abrangem sem limitações os seguintes: (a) a existência de todas as autoridades e subunidades militares, policiais, de segurança e dos serviços de informações secretas; (b) as leis e regulamentos aplicáveis a essas autoridades, às suas entidades de supervisão e mecanismos de responsabilidade a nível interno e os nomes dos oficiais que lideram essas autoridades; (c) a informação necessária para avaliar e controlar a despesa de financiamento público, incluindo os orçamentos globais brutos, as principais rubricas e a informação básica sobre despesas para essas autoridades, e (d) a existência e os termos de acordos bilaterais e multilaterais celebrados, e outros importantes compromissos internacionais assumidos pelo Estado em matéria

---

testemunhos ou reclamações locais população, ativistas ou trabalhadores civis nesses locais, como médicos, motoristas de ambulância, etc.

<sup>79</sup> O Princípio Tshwane 10(b) aborda as salvaguardas para o direito à liberdade e segurança da pessoa, a prevenção da tortura e outros maus-tratos e o direito à vida. Ele declara expressamente a(s) seguinte(s) regra(s): “Leis e regulamentos que autorizem a privação da vida de uma pessoa por parte do Estado, e leis e regulamentos relativos à privação de liberdade, incluindo as que abordam as razões, procedimentos, transferências, tratamento ou condições de detenção das pessoas afetadas, incluindo os métodos de interrogatório. Todos os locais onde as pessoas foram privadas da sua liberdade, operados por ou em nome do Estado, bem como a identidade, e as acusações contra, ou os motivos para a detenção, incluindo durante o conflito armado. Informação relativa à morte de qualquer pessoa sob detenção, e informação relativa a qualquer outra privação da vida de que um Estado seja responsável, incluindo a identidade da pessoa ou pessoas mortas, as circunstâncias da(s) sua(s) morte(s) e a localização dos seus restos mortais”. EL ASWAD, Maha. *Right...*, no Princípio de Tshwane 10. *The Global Principles on National Security and the Right to Information (Tshwane Principles)* OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, 12 jun. 2013. Disponível em: <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/global-principles-national-security-10232013.pdf>.

<sup>80</sup> ASWAD, *supra* nota 84; O mais importante, por exemplo, é a eletrocussão, ‘suspensão da mão’, forçando-os na ‘posição de grelha’, ameaça de agressão sexual com o objetivo de receber confissões ou recolher informações de pessoas ou entidades que inspiram protestos ou suspeitas de ligações com ataques terroristas, entre muitas outras técnicas desumanas. Durante a detenção, as vítimas ficaram continuamente com os olhos vendados, algemadas em condições de detenção terríveis. Algumas organizações de direitos humanos nacionais e internacionais dependem dos testemunhos dos sobreviventes, bem como das reclamações das famílias, enquanto o papel do Ministério do Interior e com grandes esforços de lobby é para responder às consultas do Conselho Nacional de Direitos Humanos e examinar os casos que foram documentados para confirmar ou desconfirmar o status. *The Global Principles...*

de segurança nacional.<sup>81</sup> Este princípio enfatiza a importância da divulgação pelas instituições de segurança acerca da extensão das forças de segurança existentes e de seus regulamentos internos sobre fiscalização e prestação de contas, permitindo um acompanhamento completo das investigações internas que possam destacar uma violação específica dos direitos humanos possivelmente cometida por um de seus membros.<sup>82</sup> O mesmo princípio exige a divulgação de tratados de segurança bilaterais ou multilaterais com outros Estados, que poderiam ser relacionados, por exemplo, à troca de prisioneiros.<sup>83</sup>

## 5 Decisão da Corte Egípcia sobre segurança nacional: estudo de caso

Em 28 de janeiro de 2011, três empresas de telecomunicações e serviços móveis cortaram seus serviços para todos os seus clientes por cinco dias.<sup>84</sup> Posteriormente, as empresas justificaram a ação alegando que teriam recebido uma ordem pública de órgãos soberanos e de segurança, bem como da Agência Nacional de Organização da Comunicação.<sup>85</sup> A 7ª Vara de Disputas Econômicas e de Investimento do Tribunal Administrativo investigou a ação movida por advogados e ativistas contra funcionários do Estado sobre a diretiva de corte de comunicações, assim como contra as três empresas, exigindo a extinção do direito do órgão administrativo de expedir decretos para cortar serviços de comunicação, juntamente

<sup>81</sup> *The Global Principles ...*,

<sup>82</sup> Maha El ASWAD, *Right...*, Com a falta de transparência quanto aos regulamentos em tais casos, os réus eram quase sempre absolvidos. Por exemplo, um incidente infame envolveu agressão contra uma mulher durante as manifestações de Tahrir em dezembro de 2011, em que todo o episódio foi capturado em vídeo mostrando as forças de segurança espancando e chutando-a junto com outros maus-tratos. Isso foi seguido por declarações governamentais de que as investigações estão em curso para responsabilizar os perpetradores, embora nenhuma ação adicional tenha sido tomada.

<sup>83</sup> ASWAD, Maha El. *Right...*; ver US NEWS. *The CIA Torture Report, The Senate Intelligence Committee*, 9 dez. 2014, 2014 CIA report to the US Congress. Disponível em: <https://www.usnews.com/news/articles/2014/12/09/here-is-the-cia-torture-report>. Acesso em: 12 jan. 2020. Vale a pena mencionar o escândalo de “tortura por procuração” entre a CIA e vários países, incluindo o Egito, no rescaldo dos ataques de 11 de setembro, ou as “técnicas aprimoradas de interrogatório” expostas dentro do “Comitê de Estudo de Detenção e Interrogatório da Agência Central Programa”; veja, e.g., Jared Malsin, *Egypt's Rights Groups View Report on CIA Torture with Weary Familiarity*, TIME, 9 dez. 2014. Disponível em: <http://time.com/3626526/egypt-human-rights-cia-torture-senate/>. (Vários relatos da mídia descreveram o Egito como “como um destino de detenção ‘terceirizada’ para a CIA, para onde os EUA haviam transferido prisioneiros para outros países para serem interrogados”); veja THE GUARDIAN. *CIA Torture Report: Global Reaction Roundup*, 10 dez. 2014. Disponível em: <http://www.theguardian.com/us-news/2014/dec/10/cia-torture-report-global-reaction-roundup>. Acesso em: 20 jun. 2018. “Durante anos a CIA cooperou com o regime do presidente Hosni Mubarak, incluindo as agências de segurança egípcias, cujo uso generalizado de tortura foi uma das marcas registradas do estado autoritário. Aos olhos dos ativistas de direitos humanos, o legado da colaboração da CIA com o estado egípcio vive um espraçamento de relatos de abusos das forças de segurança”.

<sup>84</sup> Processo nº 21855/65 da 7ª Vara das Disputas Econômicas e de Investimento do Tribunal Administrativo (28 maio 2011). Disponível em: <https://cyrilla.org/en/document/4x0yhwe85t6feybe2ltbj4i?Page=1>.

<sup>85</sup> Processo nº 21855/65 da 7ª Vara...

com um requerimento de indenização pelos danos físicos e morais causados durante esse período.<sup>86</sup> O tribunal decidiu a favor dos demandantes abordando em detalhes o conceito de segurança nacional, em que o governo justificou o corte de comunicações, e o tribunal definiu a segurança nacional da seguinte forma:

A capacidade do país em proteger seu território, seu valores fundamentais contra ameaças externas, principalmente as militares, visto que este mandato de salvaguarda do território do Estado contra agressões estrangeiras, a proteção dos cidadãos e de suas propriedades, crenças e valores, é o mandato concedido pelo povo ao Estado com base no contrato social firmado entre eles.<sup>87</sup>

Além disso, o tribunal descreveu – na mesma decisão – muitos aspectos da segurança nacional, conforme segue:

A Segurança Nacional inclui dois elementos, um interno e um externo. O aspecto interno significa a coerência da frente interna, a paz social, a cidadania com declínio de sentimentos de tribalismo e sectarismo. Por outro lado, o aspecto externo é a estimativa da ganância dos principais estados em território nacional; e o aspecto econômico relativo à estratégia nacional preocupada com o desenvolvimento e o uso de todos os recursos do Estado para atingir os seus objetivos políticos e lançar a força de defesa necessária [militar] e promover o intercâmbio comercial juntamente com o aspecto militar sobre os requisitos de defesa, através da construção de uma força militar forte, capaz de atingir o equilíbrio militar estratégico e a defesa necessária. O aspecto social da segurança nacional é a realização da justiça social e a redução das desigualdades entre as classes sociais, bem como o desenvolvimento dos serviços.<sup>88</sup>

O tribunal concluiu que não havia um risco para segurança nacional que exigisse o corte da comunicação e, portanto, “a alegação por trás do decreto apelado não é razoável ou justificável e foi para proteger o regime exilado”.<sup>89</sup>

<sup>86</sup> Processo nº 21855/65 da 7ª Vara...

<sup>87</sup> Processo nº 21855/65 da 7ª Vara...

<sup>88</sup> Processo nº 21855/65 da 7ª Vara... p. 1-2.

<sup>89</sup> Processo nº 21855/65 da 7ª Vara... p. 2. *Ver* *Petitioner v. Secretaría de la Defensa Nacional (Secretary of National Defense)*. Disponível em: [https://www.right2info.org/cases/plomino\\_documents/r2i-petitioner-v.-secretaria-de-la-defensa-nacional-secretary-of-national-defense](https://www.right2info.org/cases/plomino_documents/r2i-petitioner-v.-secretaria-de-la-defensa-nacional-secretary-of-national-defense). Caso nº 3498/06, 14 mar. 2007, México, Information Commission (Instituto General de Acceso a la Información Pública, or IFAI). (Appellate). Federal Transparency and Access to Public Governmental Information Law (RTI Law), Artigos 7(XIII)(a) and 13(I); *Ver* também *Petitioner v. Secretaria de la Defensa Nacional (Secretary of National Defense)*, Caso Nº 1034/05, 21 set. 2005, México, Information Commission (Instituto General de Acceso a la Información Pública, or IFAI). Disponível em: [https://www.right2info.org/cases/plomino\\_documents/r2i-petitioner-v.secretaria](https://www.right2info.org/cases/plomino_documents/r2i-petitioner-v.secretaria)

## 6 Ataque ao Estado de Direito

O assunto explorado no tópico é o ataque ao Estado de Direito que legitimou o controle do Estado sobre o acesso à informação e as recentes leis cibernéticas e de mídia no Egito. Ocorre que atualmente o país está entre os principais infratores do mundo em relação às restrições à mídia, à informação e à liberdade de imprensa. Embora a atual Constituição de 2014 do Egito proteja a liberdade da imprensa, proíba a censura e garanta a independência da mídia, esses direitos não são protegidos na prática.<sup>90</sup> A Carta Constitucional estipula que

é proibido censurar, confiscar, suspender ou fechar jornais e meios de comunicação egípcios de qualquer forma. Uma exceção pode ser feita para censura limitada em tempos de guerra ou mobilização [pública]. Nenhuma pena privativa de liberdade será imposta aos crimes cometidos por meio de publicação ou de natureza pública. As punições por crimes relacionados ao incitamento à violência ou à discriminação entre os cidadãos ou que atentem contra a honra dos indivíduos são especificadas por lei.<sup>91</sup>

Além disso, em relação à independência da mídia e de instituições de imprensa, foi confirmado que

o Estado deve garantir a independência de todas as instituições de imprensa e dos meios de comunicação próprios, de forma a garantir

---

de-la-defensa-nacional-secretary-of-national-defense-3. (“As informações sobre o nível de segurança de tal armadura são classificadas sob o Artigo 13 (I), uma vez que comprometem a segurança nacional / pública e a defesa nacional e – na medida em que ainda não estejam publicamente disponíveis – devem ser mantidas em sigilo”); Transparência federal e acesso às informações públicas governamentais Lei (Lei de RTI), Artigos 13 (IV) (a) e 18 (II) Caso No. 165 / 03, 11 nov. 2003, México, Comissão de Informação (Instituto General de Acceso a la Información Pública, ou IFAI), nos artigos 13 (I) (IV) e 7. Disponível em: [https://www.right2info.org/cases/plomino\\_documents/db9fe64cce4633cdcec12284f071e5a1](https://www.right2info.org/cases/plomino_documents/db9fe64cce4633cdcec12284f071e5a1). (“A Secretaria de Defesa Nacional deve elaborar uma versão pública dos documentos solicitados pelo petionário que contenham uma descrição da estratégia geral de defesa do país – informação pública – mas que deixa de fora dados estratégicos e logísticos que, se divulgados, naturalmente afetariam operações militares e colocariam em risco a segurança nacional”). Em outros casos, foi decidido que (“O Centro de Investigação e Segurança Nacional deve divulgar uma versão pública de seu organograma com o conteúdo exigido por lei, excluindo-se para esse efeito quaisquer informações que possam colocar em risco a vida, segurança ou integridade física de seus funcionários, como o nome, cargo e informações de contato de determinados agentes.”); *Veja* UN. Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Dec. 10, 1984, 1465 U.N.T.S. 85. Disponível em: [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-9&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=en).

<sup>90</sup> Ver nota *supra* 58, no art. 70. Este artigo diz: “Liberdade de imprensa e impressão, junto com a distribuição em papel, visual, áudio e digital é garantida. Egípcios – sejam pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas – têm o direito de possuir e emitir jornais e estabelecer veículos de mídia visual, áudio e digital. Jornais podem ser emitidos uma vez que a notificação é dada conforme regulamentado por lei. A lei deve regular a propriedade e procedimentos de estabelecimento para estações visuais e de rádio, além de jornais on-line”.

<sup>91</sup> UN. Convention against Torture and Other..., art. 71.

a sua neutralidade e a expressão de todas as opiniões, tendências políticas e intelectuais e interesses sociais; e garantir a equidade e a igualdade de oportunidades para se dirigirem à opinião pública.<sup>92</sup>

A esse respeito, a Classificação Mundial da Liberdade de Imprensa, através dos Repórteres sem Fronteiras, classificou o Egito na 161ª posição de 180 países em relação à liberdade de imprensa em seu relatório de 2017, mencionando as campanhas das forças de segurança para relegar opiniões divergentes da mídia de massa, e a lei promulgada que criou um órgão de monitoramento com o poder de multar ou suspender canais de mídia.<sup>93</sup> Estratégias incluindo a prisão de repórteres, o desligamento de veículos de imprensa, o fechamento ou bloqueio de canais e a legislação criminalizando as *fake news* têm sido usadas para sufocar as mídias independentes e, até mesmo, a mídia pró-regime.<sup>94</sup> Em agosto de 2018, o presidente Abdel-Fattah el Sisi aprovou uma lei restritiva de crimes cibernéticos e de mídia estabelecendo limites extensos que autorizavam o Estado e as instituições públicas a impedir que veículos de informações publicassem conteúdos específicos, além de estabelecer obstáculos como protocolos de licenciamento para as entidades de imprensa se tornarem documentadas pelo Estado.<sup>95</sup>

No governo do ex-presidente Hosni Mubarak, repórteres foram pressionados a pedirem demissão, sendo confrontados pelas forças de segurança, detidos por suas reportagens, e presos por cobrir questões delicadas ou decisões governamentais.<sup>96</sup> Da mesma forma, e como seus antecessores, o governo decidiu barrar os meios de

<sup>92</sup> UN. Convention against Torture and Other..., art. 72. Deve-se notar que o governo tem restringido regularmente jornalistas e repórteres presos ou os impediu de transmitir ou publicar; como o Egito foi classificado como o terceiro pior para a prisão de jornalistas em todo o mundo em 2017 pelo Comitê de Proteção aos Jornalistas. Além disso, o governo tem como alvo agências de notícias independentes, com o intuito de fechá-las.

<sup>93</sup> Veja *WORLD Press Freedom Index*, Reporter Without Borders 2017. Disponível em: <https://rsf.org/en/ranking/2017>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>94</sup> Khalil, nota *supra* 41. No Egito e no Oriente Médio, por exemplo, é uma teoria popular de que o ISIS foi criado por equipes de inteligência ocidentais para enfraquecer a região, e essa paranoia é criada por regimes autoritários.

<sup>95</sup> A lei que regulamenta a imprensa, a mídia e o Conselho Supremo da Mídia Regulamento, 15 maio 2019. Disponível em: <https://timep.org/reports-briefings/timep-brief-the-lawregulating-the-press-media-and-the-supreme-council-for-media-regulation/>. Por exemplo, alguns sites de notícias on-line foram obrigados a suspender seus procedimentos e ações na sequência da implementação da lei.

<sup>96</sup> Sherif Mansour, *STIFLING THE PUBLIC SPHERE: MEDIA AND CIVIL SOCIETY IN EGYPT*, NATIONAL ENDOWMENT FOR DEMOCRACY. Disponível em: <https://www.ned.org/wp-content/uploads/2015/10/Stifling-the-Public-Sphere-Media-Civil-Society-Egypt-Forum-NED.pdf>. Apesar de uma abertura temporária do espaço da mídia em 2011, as violações do Estado egípcio contra a liberdade de imprensa após o levante de 25 de janeiro incluem fechamentos de veículos, bem como mortes, prisões e condenação de vários jornalistas, principalmente após o exílio de Morsi. O caso de três jornalistas da Al Jazeera – Peter Greste, Mohamed Fahmy e Baher Mohamed – presos em dezembro de 2013 também conquistou manchetes quando os homens foram inicialmente considerados culpados de espalhar notícias falsas, ajudando a Irmandade Muçulmana. Eles foram condenados à prisão e depois de uma turbulência internacional, Greste foi deportado; Fahmy e Mohamed foram perdoados por Sisi em setembro de 2015.

comunicação privados e internacionais, supostamente vistos como tendenciosos ou incitadores da violência.<sup>97</sup> Além disso, o governo estendeu as suas estratégias de censura para incluir razões de moralidade e qualquer publicação estrangeira ofensiva à religião.<sup>98</sup> A lei antiterrorismo de 2015 proíbe jornalistas de publicar informações que contradigam os relatórios oficiais do governo, especialmente os do Ministério da Defesa, sobre dados de segurança.<sup>99</sup>

Funcionários públicos e políticos no Egito rejeitaram as acusações de que o Estado está atacando a liberdade de imprensa, apesar de o Estado falhar em proteger essa mesma liberdade.<sup>100</sup> A nova lei de mídia, conhecida como a Lei do Conselho Supremo de Regulamentação da Mídia (Lei SCMR), restringe a capacidade operacional das instituições de mídia e estimula condições onerosas de registro para as entidades que buscam o reconhecimento do Estado.<sup>101</sup> A Lei SCMR impede que os canais de mídia impressa ou *on-line* publiquem ou transmitam conteúdo que viole a Constituição, a moral e a ordem pública e a unidade nacional, entre outros critérios, e proíbe a publicação de “notícias falsas”, rotulando qualquer conta *on-line*, com milhares de assinantes, como membros oficiais da mídia responsáveis por

<sup>97</sup> Jennifer DUNHAM, *Harsh Laws and Violence Drive Global Decline*, FREEDOM HOUSE, 2015. Disponível em: <https://freedomhouse.org/sites/default/files/FOTP%202015%20Full%20Report.pdf>. A este respeito, uma greve contra o Estado de Direito, o Conselho de Estado do Egito tribunal(is) administrativo(s) ordenou em 2013 o fechamento de alguns canais de televisão vinculados como apoiadores da agora proibida organização terrorista, a Irmandade Muçulmana.

<sup>98</sup> El-Sadany, nota *supra* 22. A supressão da mídia existente é comum, já que mais de 500 sites estão bloqueados, e o que as agências de segurança alegam é que essas instituições apoiam o terrorismo e espalham mentiras e notícias falsas sobre o governo e o *status quo* do país.

<sup>99</sup> *Veja, e.g., EGYPT Anti-Terrorism Law*, OFFICIAL GAZETTE, 15 ago. 2015. Disponível em: [https://www.atlanticcouncil.org/images/EgyptSource/Egypt\\_AntiTerror\\_Law\\_Translation.pdf](https://www.atlanticcouncil.org/images/EgyptSource/Egypt_AntiTerror_Law_Translation.pdf). EGIPTO TERRORIST ENTITIES LAW Nº 8/2015. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/554109b8e4b0269a2d77e01d/t/554b9198e4b0fa935ae8c959/1431015832457/Terrorist+Entities+Law-English.pdf>. *Veja Egypt: Counterterrorism Law Erodes Basic Rights Broad 'Terrorist Acts' List May Criminalize Civil Disobedience*, HUMAN RIGHTS WATCH, 19 ago. 2015. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2015/08/19/egypt-counterterrorism-law-erodes-basic-rights#>. (“A lei torna crime publicar ou promover notícias sobre terrorismo se isso contradisser as declarações oficiais do Ministério da Defesa e permitiria aos tribunais proibir temporariamente jornalistas de praticar sua profissão para isso. Também faz com que qualquer pessoa seja julgada por ter facilitado, incitado ou concordado com um crime de terrorismo vagamente definido – seja em público ou em privado – e seja responsável com uma mesma pena que receberia se tivesse cometido esse crime, mesmo que o crime não ocorra”).

<sup>100</sup> TIME. *The Law Regulating the Press, Media, and the Supreme Council for Media Regulation*, The Tahir Institute for Middle East Policy, 15 maio 2019. Disponível em: <https://timep.org/reports-briefings/timep-brief-the-law-regulating-the-press-media-and-the-supreme-council-for-media-regulation/>. Acesso em: 12 jan. 2020. Antes da eleição, as autoridades detiveram, ameaçaram de julgamento militar e finalmente expulsaram o repórter Bel Trew da ‘Times’ de Londres, por supostamente não possuir as credenciais adequadas como estrangeiro correspondente.

<sup>101</sup> Jared MALSIN and Amira El FEKKI, *Egypt Passes Law to Regulate Media as President Sisi Consolidates Power*, THE WALL STREET JOURNAL, 16 jul. 2018. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/egypt-passes-law-to-regulate-media-as-president-sisi-consolidates-power-1531769232>. A legislação trata as contas de mídia social com mais de 5.000 seguidores como meios de comunicação, permitindo que os usuários do Twitter e do Facebook sejam acusados; “O parlamento do Egito aprovou uma lei dando ao governo amplo poder para regular a mídia tradicional e social, uma medida que os críticos dizem que vai impulsionar a capacidade do regime Sisi em reprimir a liberdade de expressão e a dissidência”.

supostas notícias falsas proibidas.<sup>102</sup> Além disso, o governo promulgou a Lei de Crimes Cibernéticos, que exige que os provedores de internet armazenem os dados do usuário por 180 dias, tendo em vista que esses dados podem ser acessados mediante solicitação das autoridades estatais.<sup>103</sup> Esta lei também permite que as autoridades estatais bloqueiem sites sem aprovação judicial, caso o conteúdo do site seja considerado uma ameaça à segurança nacional, estabelecendo mais uma fonte de transgressão provável em relação à capacidade dos canais de publicar espontaneamente. Em termos de procedimentos judiciais, o governo tem frequentemente se recusado a perdoar jornalistas – a não ser que haja pressão ou intervenção internacional – argumentando que o governo “não irá interferir nas decisões judiciais” e, em vez disso, deve “respeitar decisões judiciais e não criticá-las”.<sup>104</sup>

No âmbito do quadro jurídico da legislação e dos decretos de mídia do Egito (e suas alterações), a Lei Primária nº 92 de 2016 sobre a Organização Institucional da Imprensa e da Mídia afirma que, para fins de estabelecimento do Conselho Supremo de Regulação da Mídia, o Conselho é considerado um órgão independente para a regulação dos assuntos da mídia.<sup>105</sup> A principal tarefa desse Conselho é

<sup>102</sup> TIME. *The Law Regulating the Press, Media, and the Supreme Council for Media Regulation*, The Tahir Institute for Middle East Policy, 15 maio 2019. Disponível em: <https://timep.org/reports-briefings/timep-brief-the-law-regulating-the-press-media-and-the-supreme-council-for-media-regulation/>. Acesso em: 12 jan. 2020. Veja *Dozens of News Sites Blocked as Egypt Ramps up Digital Censorship*, AMNESTY INTERNATIONAL, 13 jun. 2017. Disponível em: <https://www.amnesty.nl/actueel/dozens-of-news-sites-blocked-as-egypt-ramps-up-digital-censorship>. “As autoridades egípcias mudaram seu ataque contra a liberdade da mídia para a esfera digital, bloqueando o acesso a mais de 40 sites de notícias sem justificativa nas últimas semanas, na tentativa de eliminar os últimos espaços remanescentes do país para a crítica e liberdade de expressão”.

<sup>103</sup> FINGAS, Jon. *Egypt Signs Censorship-focused Cybercrime Bill into Law*, ENGADGET, 19 ago. 2018. Disponível em: <https://www.engadget.com/2018/08/19/egypt-signs-harsh-cybercrime-bill-into-law/>. “A regulamentação cada vez mais estrita do Egito sobre o uso da Internet apenas tornou-se muito mais severa. O presidente Abdel Fattah al-Sisi assinou uma lei de crimes cibernéticos que torna ilegal operar e até mesmo visitar sites considerados ameaças à economia do país e à segurança nacional. Se condenados, as operadoras e usuários têm que pagar multas ou, em alguns casos, podem ser condenados à prisão. A lei é ostensivamente focada no combate ao terrorismo. No entanto, isso é amplamente considerado uma cobertura para o objetivo final de al-Sisi de silenciar a oposição política. O Egito está reprimindo sites de notícias independentes e ativistas de mídia social que desafiam a linha oficial do partido, não importa o quão pacífico eles possam ser”.

<sup>104</sup> *Egypt president says will not interfere in judicial rulings*, BUSINESS INSIDER, 24 jun. 2014. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/r-egypt-president-says-will-not-interfere-in-judicial-rulings-2014-24>. O atual governo sempre afirma que não existem jornalistas no Egito sendo presos por crimes relacionados à publicação e que todos os repórteres detidos estiveram envolvidos na promoção de atividades terroristas ou violaram o estado de direito. Deve-se notar que enquanto a repressão à liberdade de imprensa era comum sob Mubarak, tornou-se sistêmico sob a administração atual, especialmente em suas tentativas de reforçar seu controle de fóruns públicos. Prisões de jornalistas, segmentação da mídia independente, censura e a promulgação de todas as leis restritivas são lançadas para suprimir vozes de notícias independentes e críticas de políticas estaduais. TIME. *The Law Regulating the Press, Media, and the Supreme Council for Media Regulation*, The Tahir Institute for Middle East Policy, 15 maio 2019. Disponível em: <https://timep.org/reports-briefings/timep-brief-the-law-regulating-the-press-media-and-the-supreme-council-for-media-regulation/>. Acesso em: 12 jan. 2020.

<sup>105</sup> Youssry Saleh & Partners, *Egypt: Media Law In Egypt: The New Developments*, MONDAQ, 29 ago. 2018. Disponível em: <http://www.mondaq.com/x/731022/Social+Media/Media+Law+in+Egypt+The+New+>

a regulação e a supervisão de meios de comunicação em todas as suas formas, e o seu quadro regulatório, além da concessão de licenças para o lançamento de canais de mídia; o estabelecimento de padrões de reportagens da mídia e as regras para tais reportagens; e a imposição de sanções àqueles que violarem as regras do Conselho.<sup>106</sup> Estudiosos jurídicos e defensores dos direitos humanos têm levantado preocupações em nível nacional e internacional, tendo em vista que a lei restringe as plataformas de mídia social e a sua influência na divulgação de notícias falsas e prevê duras penas.<sup>107</sup> Tem sido argumentado que a nova lei parece ambígua sobre a determinação das mídias públicas e privadas, sua justificativa (escopo) e sua aplicação.<sup>108</sup>

## 6.1 A mídia, a imprensa e a Lei SCMR nº 180, de 2018

O novo ato cria representações alternativas de eventos e silencia a oposição, incluindo opiniões que desafiam a narrativa principal do Estado e as vozes de indivíduos marginalizados.<sup>109</sup> A legislação impede que entidades de imprensa, canais de mídia ou sites *on-line* reproduzam ou transmitam qualquer coisa que viole a Constituição egípcia, a ética profissional e a ordem pública ou moral; que exijam a proibição de violações ao Estado de Direito; ou que incitem a discriminação, o racismo, a violência, o ódio ou o fanatismo.<sup>110</sup> O estatuto confere ao SCMR o poder

---

Developments. Em adição ao Decreto do Conselho de Ministros nº 2315/2017 sobre a emissão do Regulamento Executivo da Lei de Organização Institucional da Imprensa e Mídia promulgada pela Lei nº 92 do ano de 2016; Lei nº 85/2012 relativa à alteração do artigo 41 da Lei nº 96/1996 relativo à organização da imprensa; e Lei nº 96/1996, que regulamenta mídia, imprensa e eliminação da Lei nº 13/1979 e capítulo 4 da referida lei (96/1996).

<sup>106</sup> *The Supreme Council for Media Regulations: A Reading into the competencies and practices*, AFTE, Abril 22, 2019. Disponível em: [https://afteegypt.org/en/media\\_freedom-2/2019/04/22/17432-afteegypt.html](https://afteegypt.org/en/media_freedom-2/2019/04/22/17432-afteegypt.html).

<sup>107</sup> Daniel MORITZ-RABSON, *Egypt Passes New Restrictions on Free Press, Social Media*, NEWSWEEK (18 jul. 2018). Disponível em: <https://www.newsweek.com/egypt-passes-new-restrictions-free-press-1031784>. Alguns críticos classificaram a nova lei como uma lei de repressão à liberdade de expressão e de discurso, e de redução da liberdade nas redes sociais. Em contraste, o governo egípcio alegou que a nova lei não visa a diminuir ou a restringir a opinião pública ou a liberdade da mídia social, mas apenas busca estabelecer um órgão independente para governar tarefas relacionadas à mídia e lidar apenas com assuntos administrativos, e que a liberdade de expressão e de discurso do governo e os jornalistas ou indivíduos presos estão enfrentando acusações criminais que nem mesmo estão relacionadas ao seu trabalho ou à atividades terroristas.

<sup>108</sup> *Veja Wesley DOCKERY, Critics say el-Sissi's Media Law Shuts Down Speech in Egypt*, DEUTSCHE WELLE (6 jun. 2018). Disponível em: <https://www.dw.com/en/critics-say-el-sisis-media-law-shuts-down-speech-in-egypt/a-44297630>.

<sup>109</sup> Fingas, nota *supra* 109.

<sup>110</sup> SAMIR, Mohamed. *Al-Sisi Ratifies Cybercrime Law Regulating Web Content, ISP Surveillance*, Daily News, 18 ago. 2018. Disponível em: <https://dailynewsegypt.com/2018/08/18/al-sisi-ratifies-cybercrime-law-regulating-web-content-isp-surveillance/> Acesso em: 12 jan. 2020. ("A lei é considerada a primeira legislação a regular o ciberespaço, incluindo o que é publicado nas redes sociais, as atividades dos Provedores de Serviços de Internet (ISPs) e regulamentar a censura de sites, além de várias penalidades para crimes cibernéticos, como pirataria e hacking. Além disso, a lei recém-aprovada inclui 29 penalidades para crimes cibernéticos, variando de três meses a cinco anos de prisão e com multas a partir de EGP 10.000 e não excedendo EGP 20m.").

de impedir a transmissão (difusão) ou a entrada de publicações estrangeiras, anúncios ou conteúdo de mídia estrangeira com base em ações de segurança nacional e permite que o SCMR impeça a circulação de qualquer conteúdo explicitamente sexual ou religioso, que perturbe a ordem pública ou que incite a discriminação, a violência, o racismo, o ódio ou o radicalismo.<sup>111</sup> Além disso, a lei proíbe a mídia, a imprensa e os sites de publicar ou transmitir notícias falsas, permitindo ao SCMR suspender ou censurar as entidades encontradas em violação (incluindo blogs pessoais ou sites e contas de mídia social com 5.000 assinantes ou mais).<sup>112</sup> A lei expande a definição de repórter ou jornalista (personalidade da mídia) e constrói em cima da paranoia global da *fake news* usada pelo presidente dos Estados Unidos da América (EUA), Donald Trump, levantando sérias questões sobre a liberdade de expressão e criando mais um instrumento que possibilita que indivíduos pacificamente articulando suas opiniões pessoais possam ser julgados, condenados, punidos e silenciados.<sup>113</sup>

A lei estabelece, ainda, uma estrutura regulatória que ameaça a independência dos meios de comunicação, sujeitando-os a fiscalizações infundáveis e gerando dificuldades logísticas em um amplo processo de licenciamento.<sup>114</sup> Para solicitar uma licença para divulgação de conteúdo, um meio de comunicação, por exemplo, precisa enviar informações ao SCMR, que incluem o nome e a nacionalidade do proprietário, o idioma e o tipo de conteúdo, a política editorial, o financiamento, a estrutura de gestão, o nome do editor-chefe e a localização do editor (ou servidor, se aplicável).<sup>115</sup> Na sequência, há um processo de revisão e aprovação.<sup>116</sup> A lei

<sup>111</sup> Veja *Egypt: Proposed Laws an Assault on Online Freedoms*, AMNESTY INTERNATIONAL (2 jul. 2018) Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2018/07/egypt-proposed-laws-an-assault-on-online-freedoms/>.

<sup>112</sup> Giles Elgood, *Egypt Targets Social Media with New Law*, REUTERS (17 jul. 2018). Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-egypt-politics/egypt-targets-social-media-with-new-law-idUSKBN1K722C>.

<sup>113</sup> Ruth MICHAELSON, *'Fake News' Becomes Tool of Repression After Egypt Passes New Law*, THE GUARDIAN (27 jul. 2018). Disponível em: <https://www.theguardian.com/global-development/2018/jul/27/fake-news-becomes-tool-of-repression-after-egypt-passes-new-law>

<sup>114</sup> Sarah El-Sheikh, *Will Egypt's New Media Law Bring Back Objectives of Ministry of Information?*, DAILY NEWS EGYPT (12 jul. 2018). Disponível em: <https://eklutdvotyzsri.dailynewssegyp.com/2018/07/12/will-egypts-new-media-law-bring-back-objectives-of-ministry-of-information/>. Na França, por exemplo, o Artigo 27 da Lei de Liberdade à Imprensa de 1881 pune “a divulgação de má-fé, por qualquer meio, de notícias falsas, documentos falsificados ou declarações atribuídas a terceiros que possam perturbar o público paz ou “provavelmente abalará a disciplina ou o moral dos exércitos ou atrapalhará o esforço de guerra da Nação. “ Além disso, o Artigo L97 do Código Eleitoral da França proíbe a disseminação de informações falsas que possam influenciar o comportamento dos eleitores e comprometer o resultado da eleição e ainda que permita uma vigorosa liberdade de expressão.

<sup>115</sup> *Egypt: 2018 Law on the Organisation of Press, Media and the Supreme Council of Media*, ARTICLE 19 FREE WORD CENTRE (nov. 2018). Disponível em: <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2019/03/Egypt-Law-analysis-Final-Nov-2018.pdf>.

<sup>116</sup> Da mesma forma, quem deseja estabelecer um canal de mídia ou site deve obter permissão do SCMR antes de começar a trabalhar ou anunciar um lançamento. Em Cingapura, por exemplo, de acordo com a seção 45 da Lei de Telecomunicações, qualquer pessoa que transmita uma mensagem que sabe ser falsa terá cometido uma ofensa. Os indivíduos podem ser responsabilizados por esta ofensa se espalharem mensagens que souberem que são falsas na internet; se for considerada culpada desse delito, a pessoa

definir um site como “uma página que possui conteúdo de imprensa, de mídia, ou publicidade...” significa que ela permite a regulamentação não apenas de sites de notícias, mas também de sites de organizações e empresas. Além disso, a lei exige que os meios de comunicação e os sites autorizados preservem registros de cada programa e conteúdo de áudio, visual ou contexto eletrônico divulgado por um período de doze (12) meses, compartilhando as cópias com o SCMR.<sup>117</sup>

Equipes de mídia, repórteres e jornalistas são proibidos de coletar ou receber doações pelo seu trabalho de qualquer fonte, nacional ou estrangeira, direta ou indiretamente, o que afeta a capacidade de sobrevivência de pequenas empresas de mídia ou de provedores de serviços que muitas vezes dependem de financiamentos colaborativos (*crowdfunding*) ou de campanhas de doação para sustentar a transmissão de conteúdo independente. A lei não se limita à criação de um regime abrangente de monitoramento e regulação; em vez disso, permite ao SCMR identificar, conforme considerar adequado, as sanções administrativas e as penalidades punitivas por violações da lei, como penalidades financeiras (multas pesadas), remoção ou censura de conteúdo e adiamento de atividades. O ato, da mesma forma, especifica várias penas para transgressão e violações.<sup>118</sup> Por exemplo, enfraquecer ou deixar de obter as permissões necessárias (licenças) para uma publicação de imprensa, de mídia ou canal de TV, ou site, pode ser penalizado com uma multa de dois milhões a três milhões de libras egípcias (EGP), enquanto os estabelecimentos que realizam atividades que diferem das permitidas pela sua licença podem ser punidos com uma multa de um a dois milhões de libras egípcias. Embora a lei proíba a prisão preventiva no caso de cometimento de crimes relacionados à publicação ou à atividade de radiodifusão, a regra é excepcionada se o caso envolver o incitamento à violência, a discriminação entre os cidadãos ou a calúnia e a difamação.<sup>119</sup>

A nova lei foi supostamente aprovada a fim de conter a desinformação, ou as “*fake news*”, para utilizar a fraseologia trumpiana da época, através do monitoramento, bloqueio e a identificação de pessoas que espalham notícias falsas por meio de suas contas de mídia social para que sejam processadas e detidas até o seu julgamento. Governos e interesses autoritários em todo o Oriente Médio – uma região que há muito tempo trafega em teorias da conspiração – sabem como usar a

pode ser multada em até \$ 10.000 e/ou presa por até 3 anos. Estatutos de Cingapura, Telecomunicações Lei § 45.

<sup>117</sup> EL-SADANY, Mai. *Egypt's New Media Regulations: Legislating State Control Over Information*, THE TAHIR INSTITUTE FOR MIDDLE EAST POLICY (6 jul. 2018). Disponível em: <https://timep.org/commentary/analysis/egypts-new-media-regulations-legislating-state-control-over-information/>.

<sup>118</sup> EL-SADANY, Mai. *Egypt's New...*

<sup>119</sup> Embora essas leis preventivas e retrógradas mudem ainda mais o Egito em direção à ditadura, a curva é muito rápida em termos de avaliação do ambiente de informação moderno. EL-SADANY, Mai. *Egypt's New...*

informação como arma, pois têm usado a propaganda governamental por décadas.<sup>120</sup> O governo egípcio, sem dúvida, não tem compunção, pois define o conceito de “notícias falsas” de forma ampla para o seu benefício, definindo-o como qualquer coisa que contrarie as declarações públicas – garantindo que as suas tentativas de manipular e de usar a informação passem despercebidas – independentemente da veracidade.<sup>121</sup>

Essa linguagem vaga, projetada para confinar o conteúdo nos meios de comunicação tradicionais, bem como em blogs pessoais e nas plataformas de mídias sociais, sobrecarrega os veículos de notícias e, possivelmente, os sites que não sejam de notícias, que buscam operar legalmente no país.<sup>122</sup> Ela também confere discricionariedade substancial aos reguladores alinhados ao governo quanto à aprovação, à supressão e ao sentenciamento que os meios de comunicação e as publicações enfrentam.<sup>123</sup> Esta lei, juntamente com a Autoridade de Mídia Nacional e a Lei da Autoridade de Mídia Nacional que a acompanham, obviamente viola os direitos de liberdade de discurso, de expressão e de imprensa reconhecidos na Constituição do Egito, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.<sup>124</sup> As leis de mídia do Egito são mais um sinal de que o Parlamento do país continua a desconsiderar

<sup>120</sup> Esta lei pretendia silenciar fontes independentes de notícias, sufocar dissidentes e a participação da sociedade civil e garantir que apenas as declarações oficiais chegassem ao público geral, bem como criminalizar o contexto (acusando jornalistas críticos de traição e de mentir) que violasse padrões políticos, sociais ou religiosos definidos de forma imprecisa. EL-SADANY, Mai. *Egypt's New...*

<sup>121</sup> Os autocratas entendem que as plataformas de mídia social se tornaram outro espaço de montagem que ameçam o seu poder. Comunicações possibilitadas pela Internet e as plataformas de redes sociais desempenharam um grande papel na mobilização de manifestações que levaram à rebelião contra Bin Ali, Mubarak, Morsi, Gaddafi e outros regimes da região. EL-SADANY, Mai. *Egypt's New...* (“revirando as liberdades da mídia social que causaram a “revolta contra o antigo aristocrata Presidente Hosni Mubarak”). TIME. *The Middle East in Revolt*, 2019. Disponível em: <http://content.time.com/time/specials/packages/0,28757,2045328,00.html>. Acesso em: 12 jan. 2020 (mostrando manchetes de notícias do Oriente Médio se revoltando contra a ditadura opressora).

<sup>122</sup> Limor LAVIE, *Bad Karma: Censorship vs. Freedom of Expression in Egypt in the Age of Social Networking*, THE MOSHE DAYAN CENTER FOR MIDDLE EAST AND AFRICAN STUDIES (25 jun. 2018). Disponível em: <https://dayan.org/content/bad-karma-censorship-vs-freedom-expression-egypt-age-social-networking> (de acordo com as três novas leis do Egito sobre regulamentação da mídia; filmes estão sendo cancelados, jornalistas podem ser presos e contas de redes sociais podem ser bloqueadas).

<sup>123</sup> *Idem* Lydia KHALIL *Egypt's New Media Law is Ahead of the Curve*, THE INTERPRETER (26 jul. 2018). Disponível em: <https://www.lowyinstitute.org/the-interpreter/egypts-new-media-law-ahead-curve>.

<sup>124</sup> Ver Organization of African Unity (OAU), *African Charter on Human and Peoples' Rights* (“Banjul Charter”), 27 jun. 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982). Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3630.html> (determinando, no artigo 9º, que os indivíduos têm o direito de receber informações e o direito de expressar e divulgar as suas opiniões nos termos da lei); ver também a Constituição do Egito de 2014, 12 ago. 2019, como traduzido em CONSTITUTE PROJECTO, 18 jan. 2014. Disponível em: [https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt\\_2014.pdf](https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2014.pdf) (determinando nos artigos 64, 65, 70, 71 a liberdade de crença, de pensamento, de expressão, de imprensa e de publicação; respectivamente). Veja também United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 23 mar. 1976. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> (exigindo o direito de ter opiniões e liberdade de expressão para transmitir informações e ideias de todos os tipos).

os compromissos jurídicos nacionais e internacionais, em um ambiente em que o estado de emergência e a “guerra contra o terror” superam todos os direitos e fornecem desculpas para a linguagem ampla e a interpretação vaga. Esta lei equipa o governo egípcio com um conjunto de técnicas que quase certamente contribuirá para o fechamento das mídias independentes e dos espaços públicos, diminuindo o número de repórteres cidadãos, uma vez autorizados pelos poderes e acessando seus aparelhos móveis, e aterrorizando cidadãos comuns que antes consideravam suas contas de mídia um espaço seguro para expressar e compartilhar opiniões, dúvidas, e sonhos.<sup>125</sup>

## 6.2 Lei Anti-Cibercrime (Decreto Presidencial nº 175, de 2018)

Em 15 de agosto de 2018, entrou em vigor a Lei nº 175/2018 de Combate aos Crimes de Tecnologia da Informação (Lei Anti-Cibercrime).<sup>126</sup> A Lei Anti-Cibercrime regula as atividades *on-line* e, de acordo com as declarações governamentais, visa a corresponder às novas leis de imprensa e de mídia que punem, entre outras coisas, violações de conteúdo e ações *on-line* não licenciadas, como notícias falsas.<sup>127</sup> De maneira geral, esta lei é o primeiro estatuto a reger o ciberespaço, incluindo o que é publicado em plataformas de mídia social e as ações de Provedores de Serviços de Internet (PSIs), e regulamenta o controle de sites, junto com várias sanções para crimes cibernéticos, como *hacking* e pirataria.<sup>128</sup> Além disso, a lei recentemente aprovada inclui 29 punições para os crimes cibernéticos, que variam de três meses a cinco anos de prisão e multas a partir de 10.000 pesos egípcios e não excedendo vinte milhões de pesos egípcios.<sup>129</sup>

<sup>125</sup> LAVIE, nota *supra* 133.

<sup>126</sup> Kilian BÄLZ; Hussam MUJALLY, *The New Egyptian Anti-Cybercrime Law Regulates Legal Responsibility for Web Pages and Their Content*, LEXICOLOGY. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=90440972-f53e-46dd-b225-7f7cbdea7d73>.

<sup>127</sup> “Em meados de agosto de 2018, o Egito promulgou uma nova lei anticrime cibernético que regula de forma abrangente as atividades da Internet pela primeira vez. Este alerta de cliente resume os principais aspectos da nova lei, que podem ser relevantes para empresas e organizações internacionais que operam páginas da web com uma conexão ao Egito, seja uma página da web hospedada ou administrada no Egito, ou apenas direcionada aos leitores egípcios”. BÄLZ, Kilian; MUJALLY, Hussam. *The New Egyptian...*

<sup>128</sup> BÄLZ, Kilian; MUJALLY, Hussam. *The New Egyptian...*; Rania al-Abd, *Parliament passes cybercrime law regulating web content and ISP surveillance*, MADAMASR, (5 jun. 2018). Disponível em: <https://madasr.com/en/2018/06/05/news/u/parliament-passes-cybercrime-law-regulating-web-content-and-isp-surveillance/>.

<sup>129</sup> BÄLZ, Kilian; MUJALLY, Hussam. *The New Egyptian...*, (Capítulo I: Ofensas contra a integridade das redes de informação, de sistemas e de Tecnologias [pirataria online, acesso ilegal, interferência de dados, sabotagem de computador, invasão de sites e contas de e-mail e ofensas contra informações estatais sistemas]; Capítulo II: Crimes cometidos por meio de sistemas de informação e Tecnologias, [roubo de informações, incluindo cartões de crédito e outros sistemas eletrônicos de pagamentos, fraude de cartão de crédito e falsificação de identidade com contas de e-mail falsas, sites e contas de mídia social]; Capítulo III: Crimes Relacionados à Invasão de Privacidade e conteúdo ilegal, [venda de dados pessoais, publicação de dados pessoais/privados sem consentimento e violação dos valores e princípios

A lei exige que os PSIs forneçam às autoridades de segurança nacional qualquer informação que tenham sobre os usuários suspeitos de espalhar ideologias “terroristas” e radicais por meio de plataformas *on-line*.<sup>130</sup> Enquanto o ato se concentra em regulamentar a censura, ele dá à autoridade responsável pela investigação de crimes cibernéticos o direito de censurar sites, egípcios ou estrangeiros, que divulguem informações consideradas como propaganda que podem constituir uma ofensa criminal, “incitando contra o Estado egípcio” ou ameaçando a segurança ou a economia nacional. Em termos processuais, a autoridade investigativa – principalmente do Ministério Público do Egito – submete a sua ordem para bloquear um site ao tribunal competente dentro de 24 horas, e o tribunal emite a sua decisão dentro de um período não superior a 72 horas, aceitando ou recusando o pedido. O artigo 7º da referida lei efetivamente legaliza o bloqueio de sites.<sup>131</sup> No entanto, tais decisões de censura podem ser recorridas perante o tribunal criminal no prazo de sete dias, contados a partir da censura do site. Em relação aos direitos autorais, o artigo 14 afirma que “qualquer pessoa considerada culpada de usar ilegalmente a internet ou outras ferramentas de TI para acessar conteúdo protegido por direitos autorais de canais audiovisuais deve ser punida com três meses de prisão e multa que varia de EGP 10.000 a EGP 50.000”.<sup>132</sup> Organizações de direitos humanos nacionais e internacionais condenam e demonstram preocupações com a nova lei, que garante poder ao governo para realizar vigilância *on-line*, monitoramento, bloqueio de sites e rastreamento de usuários da internet e de serviços de comunicação no Egito.<sup>133</sup> Além disso, a lei concede às entidades de segurança a capacidade de ordenar à Agência Nacional de Telecomunicações (NTRA) a imposição de decisões, mandando os provedores

---

familiares da sociedade egípcia]; Capítulo IV: Crimes cometidos por administradores da Web; Capítulo V: Responsabilidade Criminal de Provedores de serviço; Capítulo VII: Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas).

<sup>130</sup> HASSAN, Toka. *Overview on the Cybercrime Law*, SHARKAWY & SARHAN, 16 out. 2018. Disponível em: <http://sharkawylaw.com/stay-informed/overview-on-the-cybercrime-law/>; George Sadek, *Egypt: Parliamentary Committee Approves Anti-Cybercrime Draft Law*, LIBRARY OF CONGRESS, 7 maio 2018. Disponível em: <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/egypt-parliamentary-committee-approves-anti-cybercrime-draft-law/>.

<sup>131</sup> BÄLZ, Kilian; MUJALLY, Hussam. *The New Egyptian...*, (“Sobre a censura, o artigo 7º legitima as extensas restrições à internet e permite que as autoridades executivas bloqueiem sites, uma prática que as autoridades do Oriente Médio vêm empregando há décadas, já que as autoridades podem confiar com segurança nesta disposição para censurar qualquer contexto *on-line*. Esses regimes – logo após os levantes da Primavera Árabe – criaram uma distopia digital, impulsionando comunidades políticas e jornalísticas outrora prósperas para espaços fechados ou *off-line*”).

<sup>132</sup> BÄLZ, Kilian; MUJALLY, Hussam. *The New Egyptian...*, “Artigo 30 da lei estabelece reclusão de pelo menos um ano e/ou multa de [EGP 20.000–200.000] para quaisquer indivíduos encontrados administrando sites, e-mails, contas ou sistemas de informação que cometam algum dos crimes previstos na lei”.

<sup>133</sup> *Internet Freedom Score*, FREEDOM ON THE NET 2018, (2018). Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-net/2018/egypt>; Veja também *State of Privacy*, PRIVACY INTERNATIONAL, 12 jan. 2019. Disponível em: <https://privacyinternational.org/state-privacy/1001/state-privacy-egypt> (Juristas e cientistas políticos argumentaram que essas leis servem para fechar espaço para a sociedade civil e negar aos cidadãos os seus direitos, particularmente o direito à liberdade de discurso, expressão e associação).

de serviços de Internet (PSIs) bloquear sites, *links* ou conteúdos específicos.<sup>134</sup> Esta disposição controversa obriga os PSIs a emitir o pedido assim que ele for recebido, de *forma urgente devido ao perigo ou ao dano iminente* e isso fica a critério da autoridade de segurança, que não está sujeita a qualquer critério que impeça o uso indevido e arbitrário da autoridade.<sup>135</sup>

Uma das maiores preocupações sobre este ato são as disposições amplas e ambíguas que conferem poder discricionário ao governo para abusar e violar os direitos fundamentais. Por exemplo, a lei define segurança nacional como “tudo o que está relacionado com a independência, a estabilidade e a segurança nacional e sua unidade e integridade territorial” e todos os assuntos “relacionados com a Presidência da República, o Conselho de Defesa, o Conselho Nacional de Segurança, as forças armadas, a produção militar, o Ministério do Interior, os órgãos de Inteligência, a Autoridade de Auditoria Administrativa, e os órgãos a eles afiliados”.<sup>136</sup> Assim, a falha em definir claramente os termos do descumprimento da lei significa que as autoridades podem usá-la indevidamente para censurar o que considerarem contrário às suas políticas, justificando o controle como forma de proteger a segurança nacional.<sup>137</sup> Em termos de preservação e vigilância de dados, esta lei facilita a vigilância inclusiva das comunicações, uma vez que exige que as “empresas de telecomunicações retenham e armazenem os dados dos usuários por 180 dias.<sup>138</sup> Isso inclui dados que permitem a identificação de usuários, acesso aos ‘metadados’ sobre o conteúdo de suas comunicações, o endereço ‘IP’ do computador e os dispositivos que utilizados”.<sup>139</sup> Isso significa que pode ser solicitada aos provedores de telecomunicações a entrega às autoridades de informações completas sobre as comunicações dos usuários, incluindo dados sobre as chamadas de voz, mensagens de texto, visitas a sites e os aplicativos (Apps) utilizados em computadores e *smartphones*.<sup>140</sup> Além disso, a legislação obriga os provedores de

<sup>134</sup> *Internet Freedom...*, Juristas e cientistas políticos argumentaram que essas leis servem para fechar espaço para a sociedade civil e negar aos cidadãos os seus direitos, particularmente o direito à liberdade de discurso, expressão e associação.

<sup>135</sup> *Internet Freedom...*, (Juristas e cientistas políticos argumentaram que essas leis servem para fechar espaço para a sociedade civil e negar aos cidadãos os seus direitos, particularmente o direito à liberdade de discurso, de expressão e de associação). Isso significa que as instituições de inteligência (segurança) têm poderes mais amplos do que as autoridades investigativas, cujas decisões não são válidas e nem executadas, exceto por uma decisão judicial de um Tribunal competente.

<sup>136</sup> Association for Freedom of Thought and Expression, *Egyptian Parliament approves Cybercrime Law legalizing the blocking of websites and full surveillance of Egyptians*, 20 Jun. 2018. Disponível em: [https://afteegypt.org/en/digital\\_freedom-2/2018/06/20/15358-afteegypt.html](https://afteegypt.org/en/digital_freedom-2/2018/06/20/15358-afteegypt.html).

<sup>137</sup> “[...] O presidente Abdel Fatah al-Sisi ratificou uma lei anticrime cibernético que permite às autoridades, por meio de um juiz, ordenar o bloqueio de sites que ‘constituam uma ameaça’ ao Estado ou que publique notícias falsas, bem como prender ou multar os seus responsáveis”. Association for Freedom...

<sup>138</sup> *Egypt adopts data protection law*, 26 Jun. 2019. Disponível em: <https://www.privacylaws.com/news/egypt-adopts-data-protection-law/>.

<sup>139</sup> Association for Freedom...

<sup>140</sup> A mesma disposição implica que as empresas de telecomunicações cumpram os regulamentos para quaisquer “outros dados decididos pelo conselho da NTRA”, o que significa que as empresas podem ser

serviços de telecomunicações a oferecerem toda a assistência técnica necessária para facilitar esse acesso à informação, pois estabelece que “os prestadores de serviços e seus subordinados deverão, quando solicitados pelas autoridades de segurança nacional e de acordo com as suas necessidades, fornecer-lhes todas as instalações técnicas disponíveis que lhes permitam exercer seus poderes nos termos da lei”.<sup>141</sup> Este artigo viola as disposições da Constituição egípcia, que proíbe a vigilância dos meios de comunicação sem uma ordem judicial específica e sem um prazo determinado. A Constituição afirma o seguinte:

[O] direito à privacidade não pode ser violado, deve ser protegido e não pode ser infringido. O Estado deve proteger o direito dos cidadãos de usar todas as formas de meios públicos de comunicação. Interrompê-los, desconectá-los ou privar os cidadãos de seu uso de forma arbitrária é inadmissível [e] deve ser regulamentado por lei.<sup>142</sup>

Na mesma linha, a lei permite violações do direito à privacidade de egípcios por outros governos, uma vez que a legislação destaca a troca de dados e de informações entre o Egito e países estrangeiros através dos Ministérios das Relações Exteriores e da Cooperação Internacional no âmbito do quadro internacional, regional e bilateral (acordos) ou da aplicação da norma de reciprocidade.<sup>143</sup> Da mesma forma, a legislação não especifica o que se entende por “moral pública” e sociedade egípcia (valores familiares). Seguindo essa linha, a lei menciona que nos crimes frequentemente usados como base para acusações contra manifestantes, defensores e ativistas, nas investigações (interrogatórios) ou nos julgamentos, as punições são agravadas se o crime “for cometido com o propósito de perturbar a ordem pública, colocar em risco a segurança e a proteção da sociedade, impedir ou obstruir o exercício das atividades das autoridades, ofender as disposições da Constituição, das leis ou dos regulamentos, ou prejudicar a unidade nacional e a paz social”.<sup>144</sup> O ato não define esses termos e, portanto, as autoridades têm discricionariedade para processar o

---

obrigadas a recolher e reter dados não previstos na lei, com base em uma decisão da NTRA. Além disso, este artigo amplia a legalidade dos provedores de serviços de telecomunicações na coleta de dados de usuários, abrangendo-os aos agentes e distribuidores encarregados da comercialização de seus serviços. Association for Freedom...

<sup>141</sup> Em outras palavras, ao invés de vincular o rastreamento ou monitoramento das comunicações à permissão de órgãos competentes de investigação em atos criminosos específicos e por prazo determinado, a lei oferece serviços de segurança – com amplos poderes – para obtenção de dados de usuários, sem restrição(ões) ou regra(s). Association for Freedom...

<sup>142</sup> Association for Freedom...

<sup>143</sup> Association for Freedom of Thought and Expression, *Egyptian Parliament approves Cybercrime Law legalizing the blocking of websites and full surveillance of Egyptians*, 20 jun. 2018. Disponível em: [https://afteegypt.org/en/digital\\_freedoms-2/2018/06/20/15358-afteegypt.html](https://afteegypt.org/en/digital_freedoms-2/2018/06/20/15358-afteegypt.html) O artigo não inclui quaisquer condições para a troca de informações, como a existência de atos de proteção de dados no país solicitante ou requisitos relativos ao escopo, à duração da retenção ou ao processamento de informações.

<sup>144</sup> Association for Freedom...

discurso jurídico usando termos obscuros que não possuem significado. Os termos “princípios ou valores familiares” são mencionados sem indicação clara de o que esses princípios e valores seriam; o que permite às autoridades censurar anúncios, apagar cenas de séries e filmes e proibir programas de televisão. Além disso, a lei permite que as autoridades egípcias reivindiquem a jurisdição criminal sobre estrangeiros (cidadãos não egípcios) por crimes puníveis por lei quando cometidos fora do Egito, desde que tais ações também sejam puníveis no país em que foram perpetrados (dupla incriminação).<sup>145</sup>

Nesse sentido, esta lei ainda está gerando um debate público polêmico, pois é questionável se as pessoas responsáveis pelo conteúdo de um site, os administradores de contas de mídia social ou os diretores de uma pessoa jurídica são criminalmente responsáveis por qualquer conteúdo gerado pelo usuário e apresentado *on-line* em seus respectivos sites ou contas (por exemplo, através da função de comentário ou bate-papo).<sup>146</sup> Juristas interpretaram que o administrador da página *web* só pode ser responsabilizado pelo conteúdo ilegal que foi aprovado ou solicitado, a menos que o objetivo do site seja solicitar ou promover registros com conteúdo ilegítimo, e a interpretação mais ampla significaria usar o artigo 27 para processar um administrador da *web* pelo registro de um usuário, o que não está relacionado à página da *web* e está além do controle do administrador.<sup>147</sup> É altamente recomendável que se realize uma análise de *due diligence* das políticas de segurança para *websites*, *e-mails* e sistemas de informação de entidades operando no Egito, juntamente com a conscientização social pública de funcionários em relação à segurança cibernética e aos crimes cibernéticos puníveis por lei.<sup>148</sup>

<sup>145</sup> BÄLZ, Kilian; MUJALLY, Hussam. *The New Egyptian Anti-Cybercrime Law Regulates Legal Responsibility for Web Pages and Their Content*, Lexicology. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=90440972-f53e-46dd-b225-7f7cbdea7d73>. Consequentemente, ações podem ser tomadas contra as páginas on-line da web e contra os indivíduos que os operam, mesmo que estejam localizados ou hospedados fora do território do Egito. Se um site da entidade ou contas de e-mail se tornarem vítimas de um crime punível sob esta lei, o gestor da entidade é obrigado a relatar o assunto às autoridades competentes. O artigo 35 prevê pena de prisão não inferior a três meses e/ou multa de 30.000 a 100.000 EGP para gestores que deixarem de relatar tais incidentes. Além disso, de acordo com o artigo 36<sup>º</sup>, o gerente de uma pessoa jurídica que tem conhecimento de um crime cometido em nome ou pela conta da pessoa jurídica ou facilita o referido crime será punido com a pena designada para o autor do crime (princípio de personalidade ativa).

<sup>146</sup> BÄLZ, Kilian; MUJALLY, Hussam. *The New Egyptian...*, Baseado, também, no princípio extraterritorial.

<sup>147</sup> BÄLZ, Kilian; MUJALLY, Hussam. *The New Egyptian...*, Assim, um administrador da web não deve ser responsabilizado criminalmente por qualquer conteúdo proibido que foi publicado por meio de uma função de comentário e sem conexão ao contexto do site. No entanto, as ofensas nestes artigos são definidas de forma muito ampla, é difícil excluir uma responsabilidade geral para administradores da web ou diretores de uma pessoa jurídica por violações relacionadas ao conteúdo.

<sup>148</sup> BÄLZ, Kilian; MUJALLY, Hussam. *The New Egyptian...*, Deve-se notar que a autora Courtney Radsch escreveu em 2015 um artigo para o Comitê para a Proteção de Jornalistas que dizia: “A legislação de crimes cibernéticos, publicamente justificada como um meio de prevenir o terrorismo e proteger as crianças, é uma preocupação crescente para jornalistas porque as leis também são usadas para restringir o discurso legítimo, especialmente quando é crítico ou constrangedor para as autoridades”. RADSCH, Courtney C. *Treating the...*,

Um relatório de junho de 2018 do Centro de Direitos Humanos do Golfo enfatiza as estruturas legais e as violações da liberdade de discurso, de mídia e de expressão nos seis Estados do Golfo, bem como no Líbano, na Síria e na Jordânia, observando que:

A tendência geral para o processo era que os direitos e liberdades digitais fossem penalizados e denunciados como casos de “crimes cibernéticos” delegados a tribunais gerais. Decisões nestes casos foram baseados em um código penal existente, onde as leis de crimes cibernéticos estão ausentes, em processo de elaboração, ou de acordo com o código penal e uma lei de crimes cibernéticos.<sup>149</sup>

Na verdade, as leis egípcias vêm em um momento de ampla repressão em todo o Oriente Médio. Na esteira dos levantes de 2011, várias nações na região – e em todo o mundo – começaram a reprimir os direitos de privacidade e de discurso *on-line*, executando legislações relacionadas aos crimes cibernéticos que usam linguagem ampla para garantir que qualquer pessoa que saia da linha possa ser penalizada. São tempos difíceis para o acesso à informação e para a liberdade de expressão na região contra essas leis draconianas. Estes regimes estão liderando o caminho para a era “pós-verdade”, “pós-fato”, o que é diabolicamente inteligente. Não vulneráveis às garantias de liberdade de expressão e manipulando a longa tradição de conspiração da região, eles se tornaram completamente Orwellianos, afirmando descaradamente que o que está em cima está embaixo e o que é preto é, na verdade, branco.

## 7 Conclusões

A tecnologia desempenhou um papel significativo no levante egípcio de 2011. Plataformas de mídia social como o Twitter, o Facebook e o Youtube foram instrumentos utilizados para disseminar a consciência social, coordenar e mobilizar. Mesmo antes do levante, a internet fornecia um espaço para repórteres cidadãos combaterem as narrativas prevalentes e debaterem questões não veiculadas pelos meios tradicionais de comunicação. Hoje, inúmeras organizações locais no país continuam a defender a liberdade de expressão e uma internet livre de vigilância e censura.

<sup>149</sup> YORK, Jillian C.; HUNASIKATTI, Malika. *Egypt's Draconian New Cybercrime Bill Will Only Increase Censorship*, Electronic Frontier Foundation (EFF), 12 jul. 2018. Disponível em: <https://www.eff.org/deeplinks/2018/07/draconian-new-cybercrime-bills-vietnam-and-egypt-will-only-increase-censorship>. Acesso em: 12 jan. 2020.

Deve-se observar que a Associação para a Liberdade de Pensamento e Expressão (AFTE), com sede no Egito, tem trabalhado para atingir esse objetivo desde 2006 e é reforçada por sua crença na importância da privacidade, da transparência e da responsabilidade. Nesse sentido, a tecnologia molda e muda os direitos públicos e as liberdades civis, como disseram os ativistas de direitos humanos: “existem aqueles que compreendem Estados que querem censurar a internet para os seus benefícios e interesses, e não para o interesse do público em geral, já que a internet deve ser aberta e gratuita, e não apenas no Egito”.

Por meio de um kit completo de ferramentas de pesquisa, de assistência jurídica, de documentação e de defesa, os ativistas políticos e de direitos humanos no Oriente Médio trabalham em uma variedade de questões sob a égide da liberdade de expressão, compreendendo a liberdade da mídia e de imprensa, a liberdade de acesso à troca de informação, a liberdade de criatividade, a liberdade acadêmica e o direito à privacidade. Seu trabalho missionário apoia e defende uma ampla comunidade composta por repórteres, profissionais da mídia, ativistas, acadêmicos, pesquisadores, estudantes e artistas. Como geralmente bem conhecido, este esforço – no contexto dos direitos humanos – tem se tornado particularmente problemático no quadro de rápidas mudanças jurídicas e políticas dos últimos anos. Novas leis e regulamentos aprovados têm controlado o direito à liberdade de reunião e à manifestação pacífica. A veiculação de informações contrárias ao posicionamento oficial do governo também foi criminalizada. Leis antiterrorismo e estados de emergência têm sido usados para conceder amplo e extenso poder ao governo, ao mesmo tempo reprimindo os direitos humanos básicos, as liberdades públicas e os direitos cívicos.

Mais recentemente, vários países do Oriente Médio aprovaram leis preocupantes, como a lei de crimes cibernéticos, entre muitas outras, que permitem o bloqueio de sites e a vigilância de comunicações. Essas leis ameaçam a liberdade de expressão e expandem a autoridade das instituições (por exemplo, do Conselho Supremo de Regulamentação da Mídia) para proibir publicações, censurar informações, retirar licenças de registro de organizações de mídia, punir escritores e proibir blogs e contas de mídia social (plataformas). O encolhimento do espaço da sociedade civil no Oriente Médio tem tornado mais difícil para políticos e jovens ativistas conduzir o seu trabalho também.

Existe uma dificuldade intrínseca em advogar contra leis que proíbem a livre expressão *on-line*, na medida em que o próprio ato de criticar pode ser processado. Além disso, o trabalho das organizações não governamentais (ONGs) para estimular a comunidade internacional a condenar ou a responsabilizar os governos árabes e outros governos ditatoriais por abusos de direitos humanos tornou-se ainda mais desconcertante, visto que governos com interesses especiais e desafiadores – como

a movimentação dos Estados Unidos e da União Europeia para apoiar os regimes autoritários em troca de acordos políticos e econômicos (por exemplo, o acordo de migração) trazem novos obstáculos. Apesar desses desafios, ainda existem histórias de sucesso que demonstram a crescente importância do ativismo político na região, como defensores dos direitos humanos – especialmente após a Primavera Árabe –, que procuram novas maneiras de se engajar, com planos de lançar novas campanhas de defesa dos direitos digitais nas próximas décadas. Deve-se notar que os levantes da Primavera Árabe estimularam indivíduos na defesa da democracia, e seus defensores têm trabalhado e continuam a trabalhar colaborativamente em toda a região do Oriente Médio e do Norte da África (região MENA), juntamente com a comunidade internacional, combatendo “a forte maré de leis que restringem a internet, violam a privacidade das pessoas e aumentam a vigilância”, uma vez que essas ferramentas podem servir como uma plataforma para os membros da comunidade árabe digital se reunirem – apesar dos desafios de segurança que enfrentam – para compartilhar seus contextos sociopolíticos e digitais como base para uma mudança sustentável.

Enquanto o Egito lidera em termos de censura na internet em todo o Oriente Médio, a imprensa independente está morrendo não só no Egito, mas em todo o mundo, e os leitores mal conseguem acessar as informações *on-line* porque várias centenas de sites foram bloqueados. Assim, as leis recentes ameaçam os direitos fundamentais do público em geral, sendo tentativas excessivamente amplas e desproporcionais de dar ao governo o controle total sobre o ciberespaço. Portanto, para proteger os direitos humanos individuais, preservar o domínio público e manter aberto qualquer espaço para o exercício da liberdade de expressão, há um abaixo-assinado que apela aos governos autocráticos e às administrações totalitárias para revogar e reformar imediatamente essas leis. Há muito a ganhar com a cooperação e o intercâmbio de experiências e conhecimentos para além das fronteiras e com o resto do mundo, especialmente com a existência de organizações e fóruns regionais que podem apoiar essa cooperação e a fertilização cruzada de conhecimentos. Os mundos árabe, muçulmano e do Oriente Médio em breve terão que escolher entre sacrificar a sua democracia ou submeter-se às leis cada vez mais ditatoriais dos árabes e colocar os seus cidadãos diretamente nas mãos de um governo antagônico.

## Referências

'ARAFA, Mohamed. *The Egyptian Criminal Justice System's Readiness to Prosecute Core Crimes: Goest Thou?*, Jurist – Academic Commentary, 7 nov. 2018. Disponível em: <http://jurist.org/forum/2018/11/mohamed-'arafa-egyptian-criminal-justice-core-crimes.php>. Acesso em: 12 jan. 2020.

'ARAFA, Mohamed. *The Tale of Post-Arab Spring in Egypt: The Struggle of Civil Society Against a Janus-Faced State*, 27 Ind. Int'l. & Comp. L. Rev. 1, 2017.

ABDUL-MAGD, Zeinab. *The Army and the Economy of Egypt*, Jadaliyya, 23 dez. 2011. Disponível em: <https://www.jadaliyya.com/Details/24953>. Acesso em: 12 jan. 2020.

AFTE. *The Supreme Council for Media Regulations: a Reading into the competencies and practices*, 22 abr. 2019. Disponível em: [https://afteegypt.org/en/media\\_freedom-2/2019/04/22/17432-afteegypt.html](https://afteegypt.org/en/media_freedom-2/2019/04/22/17432-afteegypt.html). Acesso em: 12 jan. 2020.

AL-ABD, Rania. *Parliament passes cybercrime law regulating web content and ISP surveillance*, Madamasr, 5 jun. 2018. Disponível em: <https://madamasr.com/en/2018/06/05/news/u/parliament-passes-cybercrime-law-regulating-web-content-and-isp-surveillance/>. Acesso em: 12 jan. 2020.

AMERICAN Association for the International Commission of Jurists. *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, (1984). Disponível em: <https://www.icj.org/wpcontent/uploads/1984/07/Siracusa-principles-ICCPR-legal-submission-1985-eng.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.

AMNESTY INTERNATIONAL. *Dozens of News Sites Blocked as Egypt Ramps up Digital Censorship*, 13 jun. 2017. Disponível em: <https://www.amnesty.nl/actueel/dozens-of-news-sites-blocked-as-egypt-ramps-up-digital-censorship>. Acesso em: 12 jan. 2020.

AMNESTY INTERNATIONAL. *Proposed Laws an Assault on Online Freedoms*, 2 jul. 2018 Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2018/07/egypt-proposed-laws-an-assault-on-online-freedoms/>. Acesso em: 12 jan. 2020.

APC. *Universal Periodic Review Stakeholder Report: 20Th Session, Egypt (2014)*. Disponível em: <https://www.apc.org/en/project/universal-periodic-review>. Acesso em: 12 jan. 2020.

ASSOCIATION for Freedom of Thought and Expression. *Egyptian Parliament approves Cybercrime Law legalizing the blocking of websites and full surveillance of Egyptians*. Disponível em: [https://afteegypt.org/en/digital\\_freedoms-2/2018/06/20/15358-afteegypt.html](https://afteegypt.org/en/digital_freedoms-2/2018/06/20/15358-afteegypt.html). Acesso em: 20 jun. 2018.

ASWAD, Maha El. Research, *Right to Information and National Security in Egypt*, Association for Freedom of Thought and Expression, mar. 2016. Disponível em: [https://afteegypt.org/wp-content/uploads/right\\_to\\_info-EN.pdf](https://afteegypt.org/wp-content/uploads/right_to_info-EN.pdf). Acesso em: 12 jan. 2020.

ASWAD, Maha El. *Right to Information and National Security in Egypt*, A.F.T.E., mar. 2016. Disponível em: [https://afteegypt.org/wp-content/uploads/right\\_to\\_info-EN.pdf](https://afteegypt.org/wp-content/uploads/right_to_info-EN.pdf). Acesso em: 12 jan. 2020.

ASWAD, Maha. *Right to Information and National Security in Egypt*, Afte, Freedom of Thought and Expression Law Firm, 20 set. 2016. Disponível em: [https://afteegypt.org/en/right\\_to\\_know-2/2016/09/20/12502-afteegypt.html](https://afteegypt.org/en/right_to_know-2/2016/09/20/12502-afteegypt.html). Acesso em: 12 jan. 2020.

BALDWIN, David A. *The Concept of Security*, 23 Rev. Of Int'l. Studies (1997).

BÄLZ, Kilian; MUJALLY, Hussam. *The New Egyptian Anti-Cybercrime Law Regulates Legal Responsibility for Web Pages and Their Content, Lexicology*. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=90440972-f53e-46dd-b225-7f7cbdea7d73>. Acesso em: 12 jan. 2020.

BENKLER, Yochai. *A Public Accountability Defense for National Security Leakers and Whistleblowers*, 8 HARV. L. & POL'Y REV. 281, 284, 2014.

CENTRE FOR LAW & DEMOCRACY. *Freedom of Expression in Egypt's Draft Constitution*. 4 out. 2012. Disponível em: <https://www.law-democracy.org/live/freedom-expression-egypt-constitution/>. Acesso em: 12 jan. 2020.

CHANDRA, Satish; BHONSLE, Rahul. *National Security: Concept, Measurement and Management*, 39 Strategic Analysis J. 4, 26 jun. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/09700161.2015.1047217>. Acesso em: 12 jan. 2020.

COMISSÃO de Informação (Instituto General de Acceso a la Información Pública, ou IFAI), nos artigos 13 (I) (IV) e 7. Disponível em: [https://www.right2info.org/cases/plomino\\_documents/db9fe64cce4633cdcec12284f071e5a1](https://www.right2info.org/cases/plomino_documents/db9fe64cce4633cdcec12284f071e5a1). Acesso em: 12 jan. 2020.

COMMITTEE TO PROTECT JOURNALISTS (CPJ). Courtney C. Radsch, *Treating the Internet as the Enemy in the Middle East*, 27 abr. 2015. Disponível em: <https://cpj.org/2015/04/attacks-on-the-press-treating-internet-as-enemy-in-middle-east.php>. Acesso em: 12 jan. 2020.

COMMONS GLOBAL INTEGRITY. *Freedom of Information: A Comparative Study*, 19 mar. 2009. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20090326235657/> Disponível em: <http://commons.globalintegrity.org/2009/03/freedom-of-information-comparative.html>. Acesso em: 12 jan. 2020.

CONSELHO Supremo da Mídia Regulamento, 15 maio 2019. Disponível em: <https://timep.org/reports-briefings/timep-brief-the-lawregulating-the-press-media-and-the-supreme-Council-for-media-Regulation/>. Acesso em: 12 jan. 2020.

CYRILLA. Processo nº 21855/65 da 7ª Vara das Disputas Econômicas e de Investimento do Tribunal Administrativo. 28 maio 2011. Disponível em: <https://cyrilla.org/en/document/4x0yhwhe85t6feybe2ltbj4i?Page=1>. Acesso em: 12 jan. 2020.

DOCKERY, Wesley. *Critics say el-Sissi's Media Law Shuts Down Speech in Egypt*, Deutsche Welle, 6 jun. 2018. Disponível em: <https://www.dw.com/en/critics-say-el-sissis-media-law-shuts-down-speech-in-egypt/a-44297630>. Acesso em: 12 jan. 2020.

DUNFORD, Richard. *The Suppression of Technology as a Strategy for Controlling Resource Dependence*, 32, Administrative Science Quarterly 4, 1987, 512-525.

DUNHAM, Jennifer. *Harsh Laws and Violence Drive Global Decline*, Freedom House. Disponível em: <https://freedomhouse.org/sites/default/files/FOTP%202015%20Full%20Report.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.

EGITO. *Decreto do Presidente da República do Egito nº 313/1956*, alterado pela Lei nº 14/1967, art. 1.

EGYPT. Anti-Terrorism Law, Official Gazette, 15 ago. 2015. Disponível em: [https://www.atlanticcouncil.org/images/EgyptSource/Egypt\\_AntiTerror\\_Law\\_Translation.pdf](https://www.atlanticcouncil.org/images/EgyptSource/Egypt_AntiTerror_Law_Translation.pdf). Acesso em: 12 jan. 2020.

EGYPT. *Constitute Projecto*, 18 jan. 2014. Disponível em: [https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt\\_2014.pdf](https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2014.pdf). Acesso em: 12 jan. 2020.

EGYPT. *Egypt adopts data protection law*. 26 jun. 2019. Disponível em: <https://www.privacylaws.com/news/egypt-adopts-data-protection-law/>. Acesso em: 12 jan. 2020.

EGYPT. *Egypt president says will not interfere in judicial rulings*, BUSINESS INSIDER, 24 jun. 2014. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/r-egypt-president-says-will-not-interfere-in-judicial-rulings-2014-24>. Acesso em: 12 jan. 2020.

EGYPT. *Egypt: 2018 Law on the Organization of Press, Media and the Supreme Council of Media*, Article 19 Free Word Centre, nov. 2018. Disponível em: <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2019/03/Egypt-Law-analysis-Final-Nov-2018.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.

EGYPT. *Terrorist Entities Law Nº 8/2015*. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/554109b8e4b0269a2d77e01d/t/554b9198e4b0fa935ae8c959/1431015832457/Terrorist+Entities+Law-English.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.

- ELGOOD, Giles. Egypt Targets Social Media with New Law, *Reuters*, 17 jul. 2018. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-egypt-politics/egypt-targets-social-media-with-new-law-idUSKBN1K722C>. Acesso em: 12 jan. 2020.
- EL-SADANY, Mai. *Egypt's New Media Regulations: Legislating State Control over Information*, The Tahrir Institute for Middle East Policy, 6 jul. 2018. Disponível em: <https://timep.org/commentary/analysis/egypts-new-media-regulations-legislating-state-control-over-information/>. Acesso em: 12 jan. 2020.
- EL-SHEIKH, Sarah. Will Egypt's New Media Law Bring Back Objectives of Ministry of Information?, *Daily News Egypt*, 12 jul. 2018. Disponível em: <https://eklutdvotyzsri.dailynewssegyp.com/2018/07/12/will-egypts-new-media-law-bring-back-objectives-of-ministry-of-information/>. Acesso em: 12 jan. 2020.
- FINGAS, Jon. *Egypt Signs Censorship-focused Cybercrime Bill into Law*, Engadget, 19 ago. 2018. Disponível em: <https://www.engadget.com/2018/08/19/egypt-signs-harsh-cybercrime-bill-into-law/>. Acesso em: 12 jan. 2020.
- FREEDOM ON THE NET. *Internet Freedom Score*. Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-net/2018/egypt>. Acesso em: 12 jan. 2020.
- GESETZE. Strafgesetzbuch [StGB] [Código Penal], §130. Disponível em: [http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/\\_130.html](http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_130.html). Acesso em: 12 jan. 2020.
- GRIZOLD, Anton. *The Concept of National Security in the Contemporary World*, 11 Int'l. J. On World Peace 37, 37-51, 1994. Acesso em: 12 jan. 2020.
- HANNUM, Hurst. *Reinvigorating Human Rights for the Twenty-First Century*, Human Rights L. Rev., 2016.
- HASSAN, Toka. *Overview on the Cybercrime Law*, Sharkawy & Sarhan, 16 out. 2018. Disponível em: <http://sharkawylaw.com/stay-informed/overview-on-the-cybercrime-law/> Acesso em: 12 jan. 2020.
- HUMAN RIGHTS WATCH. *Counterterrorism Law Erodes Basic Rights Broad 'Terrorist Acts' List May Criminalize Civil Disobedience*, 19 ago. 2015. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2015/08/19/egypt-counterterrorism-law-erodes-basic-rights#>. Acesso em: 12 jan. 2020.
- JHA, Himanshu. *Emerging Politics of Accountability: Institutional Progression of the Right to Information Act*, 53 Economic & Political Weekly 47, 48, 51-52 (2018).
- KHALIL, Lydia. *Egypt's New Media Law is Ahead of the Curve*, The Interpreter, 26 jul. 2018. Disponível em: <https://www.lowyinstitute.org/the-interpreter/egypts-new-media-law-ahead-curve>. Acesso em: 12 jan. 2020.
- LAVIE, Limor. *Bad Karma: Censorship vs. Freedom of Expression in Egypt in the Age of Social Networking*, The Moshe Dayan Center for Middle East and African Studies, 25 jun. 2018. Disponível em: <https://dayan.org/content/bad-karma-censorship-vs-freedom-expression-egypt-age-social-networking>. Acesso em: 12 jan. 2020.
- LYNCH, Marc. *After Egypt: The Limits and Promise of Online Challenges to the Authoritarian Arab State*, 9 Reflections 301, 303-05 (2011). Disponível em: <https://web.stanford.edu/class/comm1a/readings/lynch-after-egypt.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.
- MAGDI, Amr. If You Are Afraid for Your Lives, Leave Sinai!, *Human Rights Watch*, 28 maio 2019. Disponível em: <https://www.hrw.org/report/2019/05/28/if-you-are-afraid-your-lives-leave-sinai/egyptian-security-forces-and-isis>. Acesso em: 12 jan. 2020.
- MAGDY, Samy. *Egypt tightens restrictions on media, social networks*, AP News, 19 mar. 2019. Disponível em: <https://www.apnews.com/1540f1133267485db356db1e58db985b>. Acesso em: 12 jan. 2020.

MALSIN, Jared. *Egypt's Rights Groups View Report on CIA Torture with Weary Familiarity*, *Time*, 9 dez. 2014. Disponível em: <http://time.com/3626526/egypt-human-rights-cia-torture-senate/>. Acesso em: 12 jan. 2020.

MALSIN, Jared; FEKKI, Amira El. *Egypt Passes Law to Regulate Media as President Sisi Consolidates Power*, *The Wall Street Journal*, 16 jul. 2018. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/egypt-passes-law-to-regulate-media-as-president-sisi-consolidates-power-1531769232>. Acesso em: 12 jan. 2020.

MANSOUR, Sherif. *Stifling the Public Sphere: Media and Civil Society in Egypt*, National Endowment for Democracy. Disponível em: <https://www.ned.org/wp-content/uploads/2015/10/Stifling-the-Public-Sphere-Media-Civil-Society-Egypt-Forum-NED.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.

MCNAMARA, Robert S. *The Fiscal Year 1969-73 Defense Program and the 1969 Defense Budget*, Department of Defense, 1968.

MÉXICO. *Petitioner v. Secretaría de la Defensa Nacional (Secretary of National Defense)*, Caso nº 1034/ 05, 21 set. 2005, México, Information Commission (Instituto General de Acceso a la Información Pública, ou IFAI). Disponível em: [https://www.right2info.org/cases/plomino\\_documents/r2i-petitioner-v.secretaria-de-la-defensa-nacional-secretary-of-national-defense-3](https://www.right2info.org/cases/plomino_documents/r2i-petitioner-v.secretaria-de-la-defensa-nacional-secretary-of-national-defense-3). Acesso em: 12 jan. 2020.

MICHAELSON, Ruth. *'Fake News' Becomes Tool of Repression After Egypt Passes New Law*, *The Guardian*, 27 jul. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/global-development/2018/jul/27/fake-news-becomes-tool-of-repression-after-egypt-passes-new-law>. Acesso em: 12 jan. 2020.

MORITZ-RABSON, Daniel. *Egypt Passes New Restrictions on Free Press, Social Media*, *Newsweek*. 18 jul. 2018. Disponível em: <https://www.newsweek.com/egypt-passes-new-restrictions-free-press-1031784>. Acesso em: 12 jan. 2020.

NET BLOCKS. *Twitter, Facebook, WhatsApp e Instagram restrito no sul da Turquia*, 11 out. 2019. Disponível em: <https://netblocks.org/reports/twitter-facebook-whatsapp-andinstagramrestricted-insouthern-turkeyoy9RzE8>. Acesso em: 12 jan. 2020.

OUA. Organization of African Unity. *African Charter on Human and Peoples' Rights* "Banjul Charter", 27 jun. 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982). Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3630.html>. Acesso em: 12 jan. 2020.

OHCHR. United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 23 mar. 1976. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. Acesso em: 12 jan. 2020.

ONU. Assembleia Geral. *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, v. 999, p. 171. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html>. Acesso em: 12 jan. 2020.

OPEN SOCIETY FOUNDATIONS. *The Global Principles on National Security and the Right to Information (Tshwane Principles)*, 12 jun. 2013. Disponível em: <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/global-principles-nationalsecurity-10232013.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.

OPEN SOCIETY FOUNDATIONS. *Global Principles on National Security and the Right to Information, Tshwane Principles, Principle 2*, 12 jun. 2013. Disponível em: <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/global-principles-national-security-10232013.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.

OPEN SOCIETY FOUNDATIONS. *The Tshwane Principles on National Security and the Right to Information: An Overview in 15 Points*, jun. 2013. Disponível em: <https://www.justiceinitiative.org/publications/tshwane-principles-national-security-and-right-information-overview-15-points>. Acesso em: 12 jan. 2020.

- OSTERLUND, Paul Benjamin. *Turkey Marks One Year Without Wikipedia*, The Verge, 8 nov. 2019. Disponível em: <https://www.theverge.com/2018/4/30/17302142/wikipedia-ban-turkey-one-year-anniversary>. Acesso em: 12 jan. 2020.
- OTT, Haley. U.S. Lawyers “Paying Attention” as Female Saudi Activist Israa al-Ghomgham Due in Court, *CBS News*, 14 jan. 2019. Disponível em: <https://www.cbsnews.com/news/israa-al-ghomgham-saudi-arabia-court-female-activist-possible-death-penalty/>. Acesso em: 12 jan. 2020.
- PELED, Roy; RABIN, Yoram. *The Constitutional Right to Information*, 42 Colum. Hu. Rts. L. Rev. 357, 360-361, 366, 2011. Disponível em: <https://www.epw.in/journal/2018/10/special-articles/emerging-politics-accountability.html>. Acesso em: 12 jan. 2020.
- PRIVACY INTERNATIONAL. *State of Privacy*, 12 jan. 2019. Disponível em: <https://privacyinternational.org/state-privacy/1001/state-privacy-egypt>. Acesso em: 12 jan. 2020.
- PRIVACY INTERNATIONAL. *State of Privacy*, 12 jan. 2019. Disponível em: <https://privacyinternational.org/state-privacy/1001/state-privacy-egypt>. Acesso em: 12 jan. 2020.
- PRIVACY INTERNATIONAL. *State of Privacy*, jan. 2019. Disponível em: <https://privacyinternational.org/state-privacy/1001/state-privacy-egypt>. Acesso em: 12 jan. 2020.
- PUDDEPHATT, Andrew. Freedom of Expression and the Internet, *Unchr Resolution 2012*, mar. 2014. Disponível em: [https://www.apc.org/sites/default/files/FoE%20online%20v5\\_vb.pdf](https://www.apc.org/sites/default/files/FoE%20online%20v5_vb.pdf). Acesso em: 12 jan. 2020.
- PUDDEPHATT, Andrew. Freedom of Expression and the Internet, *Unesco Office Montevideo and Regional Bureau for Science in Latin America and the Caribbean*, (2016) periodical issue. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000246670>. Acesso em: 12 jan. 2020.
- QUÊNIA. Initiatives to Counter Fake News: Quênia. Biblioteca do Congresso. Acesso em: 24 dez. 2019. Disponível em: <https://www.loc.gov/law/help/fake-news/kenya.php>. Acesso em: 12 jan. 2020.
- SADEK, George. *Egypt: Parliamentary Committee Approves Anti-Cybercrime Draft Law*, LIBRARY OF CONGRESS, 7 maio 2018. Disponível em: <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/egypt-parliamentary-committee-approves-anti-cybercrime-draft-law/> Acesso em: 12 jan. 2020.
- SALAU, Aaron Olaniyi. The Right of Access to Information and National Security in the African Regional Human Rights System, *17 Afr. Hum. Rights Law J.*, 2, 3, 2017. Disponível em: [http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1996-20962017000200003&lng=en&nrn=iso&tlng=en](http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1996-20962017000200003&lng=en&nrn=iso&tlng=en). Acesso em: 12 jan. 2020.
- SALEH, Youssry. Partners, *Egypt: Media Law In Egypt: The New Developments*, Mondaq, 29 ago. 2018. Disponível em: <http://www.mondaq.com/x/731022/Social+Media/Media+Law+in+Egypt+The+New+Developments>. Acesso em: 12 jan. 2020.
- SALEM, Shawky. *Freedom of Expression and Freedom of Access to Information in Egypt*. Alexandria Centre for Multimedia and Libraries (ACML) Report (on file with author). Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/11882639.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.
- SAMIR, Mohamed. *Al-Sisi Ratifies Cybercrime Law Regulating Web Content, ISP Surveillance*, Daily News, 18 ago. 2018. Disponível em: <https://dailynewsegyp.com/2018/08/18/al-sisi-ratifies-cybercrime-law-regulating-web-content-isp-surveillance/>. Acesso em: 12 jan. 2020.
- SHERMAN, Justin. *How Authoritarian Regimes Use the Internet to Exert Control Over Citizens*, Pacific Standard, 25 jun. 2019. Disponível em: <https://psmag.com/social-justice/how-digital-authoritarianism-is-spreading>. Acesso em: 12 jan. 2020.
- SINGH, Rajeev Kumar. *Right to Information: The Basic Need of Democracy*, 1 EDUC. & SOC. PO'Y J. 86, 96, 2014. Disponível em: [http://jespnet.com/journals/Vol\\_1\\_No\\_2\\_December\\_2014/13.pdf](http://jespnet.com/journals/Vol_1_No_2_December_2014/13.pdf). Acesso em: 12 jan. 2020.

SIRAJ, Mazhar. *Exclusion of Private Sector from Freedom of Information Laws: Implications from a Human Rights Perspective*, 2 Alternative Perspectives on Soc. Sci. J. 211, 213 (2010).

THE GUARDIAN. *CIA Torture Report: Global Reaction Roundup*, 10 dez. 2014. Disponível em: <http://www.theguardian.com/us-news/2014/dec/10/cia-torture-report-global-reaction-roundup>. Acesso em: 20 jun. 2018.

TIME. *The Law Regulating the Press, Media, and the Supreme Council for Media Regulation*, The Tahir Institute for Middle East Policy, 15 maio 2019. Disponível em: <https://timep.org/reports-briefings/timep-brief-the-law-regulating-the-press-media-and-the-supreme-council-for-media-regulation/>. Acesso em: 12 jan. 2020.

TIME. *The Middle East in Revolt*, 2019. Disponível em: <http://content.time.com/time/specials/packages/0,28757,2045328,00.html>. Acesso em: 12 jan. 2020.

UN. Comissão de Direitos Humanos, *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, UN.Doc. E/CN.4/1985/4. 28 set. 1984. Disponível em: <https://undocs.org/en/E/CN.4/1985/4>. Acesso em: 12 jan. 2020.

UN. Commission on Human Rights, *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, Doc. E/CN.4/1985/4. 28 set. 1984. Disponível em: <https://undocs.org/en/E/CN.4/1985/4>. Acesso em: 12 jan. 2020.

UN. Commission on Human Rights, *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, Doc. E/CN.4/1985/4. 28 set. 1984. Disponível em: <https://undocs.org/en/E/CN.4/1985/4>. Acesso em: 12 jan. 2020.

UN. *Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Cruel, Tratamento Desumano ou Degradante de Punição*, 10 dez. 1984. 1465 U.N.T.S. 85. Disponível em: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV9&chapter=4&clang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV9&chapter=4&clang=en). Acesso em: 12 jan. 2020.

UN. Economic and Social Council, *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, Doc. E/CN.4/1996/39. 22 mar. 1996. Disponível em: <https://undocs.org/E/CN.4/1996/39>. Acesso em: 12 jan. 2020.

UN. Economic and Social Council, *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, Doc. E/CN.4/1996/39. 22 mar. 1996. Disponível em: <https://undocs.org/E/CN.4/1996/39>. Acesso em: 12 jan. 2020.

UN. *The United Nations Trust Fund for Human Security*, United Nations Trust Fund For Human Security. Disponível em: <https://www.un.org/humansecurity/wp-content/uploads/2018/04/UN-Trust-Fund-for-Human-Security.pdf> Acesso em: 12 jan. 2020.

US NEWS. *The CIA Torture Report, The Senate Intelligence Committee*, 9 dez. 2014, 2014 CIA report to the US Congress. Disponível em: <https://www.usnews.com/news/articles/2014/12/09/here-is-the-cia-torture-report>. Acesso em: 12 jan. 2020.

WORLD Press Freedom Index, Reporter Without Borders 2017. Disponível em: <https://rsf.org/en/ranking/2017>. Acesso em: 12 jan. 2020.

YORK, Jillian C.; HUNASIKATTI, Malika. *Egypt's Draconian New Cybercrime Bill Will Only Increase Censorship*, Electronic Frontier Foundation (EFF), 12 jul. 2018. Disponível em: <https://www.eff.org/deeplinks/2018/07/draconian-new-cybercrime-bills-vietnam-and-egypt-will-only-increase-censorship>. Acesso em: 12 jan. 2020.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

'ARAFA, Mohamed. A arqueologia das leis de liberdade de informação: o Egito e as leis contra fake news. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 29-75, set./dez. 2020.

---



# Marketplace digital para compras públicas

## Digital marketplace for public purchases

**Carolina Zancaner Zockun\***

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo, São Paulo, Brasil)  
czockun@pucsp.br  
<https://orcid.org/0000-0002-4711-1918>

**Maurício Zockun\*\***

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo, São Paulo, Brasil)  
mzockun@pucsp.br  
<https://orcid.org/0000-0002-8737-4253>

**Recebido/Received:** 15.10.2020/ October 15<sup>th</sup>, 2020

**Aprovado/Approved:** 26.11.2020/ November 26<sup>th</sup>, 2020

---

**Resumo:** O presente artigo visa a analisar as condições para implantação de uma plataforma digital governamental para compras públicas. O regime jurídico das contratações públicas para compras rotineiras é examinado sob a perspectiva de sua (in)aplicabilidade ao *e-marketplace*, destacando as vantagens e desvantagens deste novo instrumento, bem como os atuais obstáculos técnicos e jurídicos para a sua concretização.

**Palavras-chave:** Contratações públicas. Pregão eletrônico. Exigências editalícias. *Marketplace* digital. Plataforma governamental. Regime jurídico administrativo.

**Abstract:** This article aims to analyze the conditions for implementing a government digital platform for public procurement. The legal regime for public procurement for ordinary purchases is examined from the perspective of its (non) applicability to the e-Marketplace, highlighting its advantages and disadvantages, as well as the current technical and legal obstacles to its implementation.

---

Como citar este artigo/*How to cite this article:* ZOCKUN, Carolina Zancaner; ZOCKUN, Maurício. *Marketplace* digital para compras públicas. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3. p. 77-94, set./dez. 2020.

\* Doutora e mestra em Direito Administrativo pela PUC-SP (São Paulo, São Paulo, Brasil). Professora de Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procuradora da Fazenda Nacional. As opiniões contidas no artigo representam a posição acadêmica exclusiva da autora, não tendo nenhuma relação com as posições das instituições com as quais mantém vínculos.

\*\* Livre-docente e doutor em Direito Administrativo e mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo, São Paulo, Brasil). Professor na PUC-SP nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito Administrativo. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Advogado.

**Keywords:** Public procurement. Electronic trading session. Digital marketplace. Government platform. Administrative legal regime.

**Sumário:** Introdução – **1** Exigências para a aquisição de bens e serviços comuns – **2** Marketplace digital – **3** Regularidade das empresas – **4** A questão das microempresas e empresas de pequeno porte – **5** As prerrogativas da Administração e a aplicação das penalidades – **6** Considerações finais – Referências

---

## Introdução

É cediço que a Administração Pública Direta e Indireta, para realizar qualquer contratação, está obrigada a cumprir um rito isonômico para a busca da proposta que melhor atenda ao interesse público. A Constituição de 1988, no artigo 37, XXI, prescreve:

Art. 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

As ressalvas a que a Constituição alude são as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, previstas nos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, respectivamente. Para a aquisição de bens e serviços comuns, a Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, instituiu a modalidade pregão, cuja forma eletrônica é obrigatória para a Administração Federal. Aliás, desde o ano de 2005, com a regulamentação do pregão eletrônico pelo Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, foram instauradas as licitações eletrônicas (*e-procurement*) no Brasil. Este modelo, no âmbito federal, foi recentemente alterado pelo Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, com relevantes modificações, tanto no que tange ao rito procedimental do pregão quanto às exigências documentais para a participação no certame.

A obrigatoriedade no uso do pregão eletrônico estende-se também à aquisição de bens e serviços comuns pelos demais entes federativos, desde que realizados por meio de utilização de recursos da União decorrentes de transferências voluntárias, tais como convênios e contratos de repasse, exceto nos casos em que a lei ou a regulamentação específica que dispuser sobre a modalidade de transferência discipline de forma diversa as contratações com os recursos do repasse. Os bens e serviços comuns são aqueles que podem ser especificados no edital por meio de

padronização usual no mercado, sendo sua aquisição sempre vinculada ao menor preço (ou maior desconto, que, na realidade, acaba por refletir mesmo o menor preço). Nesta seara, calha transcrever o entendimento do eminente Professor Marçal Justen Filho, para quem o traço caracterizador de um objeto comum é “a padronização de sua configuração, que é viabilizada pela ausência de necessidade especial a ser atendida e pela experiência e tradição do mercado”.<sup>1</sup>

No mesmo sentido, Joel de Menezes Niebuhr afirma que “o que determina a possibilidade da adoção do pregão, o significado de ‘bem e serviço comum’, é o quanto são usuais no mercado as especificações de dado objeto”.<sup>2</sup> Quanto à designação de um bem ou serviço como comum, a Orientação Normativa da Advocacia-Geral da União nº 54/2014 prescreve que “compete ao agente ou setor técnico da Administração declarar que o objeto licitatório é de natureza comum para efeito de utilização da modalidade pregão e definir se o objeto corresponde a obra ou serviço de engenharia, sendo atribuição do órgão jurídico analisar o devido enquadramento da modalidade licitatória aplicável”. Desta forma, o gestor é quem determina se o bem ou o serviço reveste-se da natureza de “comum” e, a partir dessa decisão, o órgão de assessoria jurídica examina qual a modalidade licitatória cabível para o caso apresentado.

## 1 Exigências para a aquisição de bens e serviços comuns

No sistema atual de contratações públicas, o Poder Público analisa qual o produto ou serviço de que precisa, estabelece as especificidades para a aquisição, realiza pesquisa quanto ao preço/custo do objeto e divulga o edital com os requisitos necessários. O artigo 8º do Decreto nº 10.024, de 2019, elenca os documentos que devem ser juntados aos autos para a aquisição de qualquer bem ou serviço, por mais ordinário que seja. O rol, apesar de bastante extenso, contempla o “mínimo” necessário. Vejamos:

Art. 8º O processo relativo ao pregão, na forma eletrônica, será instruído com os seguintes documentos, *no mínimo*:

I - estudo técnico preliminar, quando necessário;

II - termo de referência;

III - planilha estimativa de despesa;

IV - previsão dos recursos orçamentários necessários, com a indicação das rubricas, exceto na hipótese de pregão para registro de preços;

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: nova modalidade licitatória. *Revista de Direito Administrativo*, v. 221, n. 12, jul./set. 2000.

<sup>2</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. Curitiba: Zênite, 2004, p. 54.

- V - autorização de abertura da licitação;
- VI - designação do pregoeiro e da equipe de apoio;
- VII - edital e respectivos anexos;
- VIII - minuta do termo do contrato, ou instrumento equivalente, ou minuta da ata de registro de preços, conforme o caso;
- IX - parecer jurídico;

Em se tratando de contratação de serviços para a Administração Federal, ainda devem ser observadas as disposições da Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017, que trata de forma pormenorizada os aspectos relacionados ao planejamento da contratação, à seleção do fornecedor e à gestão do contrato, bem como exige a colação da documentação pertinente a essas etapas, que inclui a inserção do gerenciamento de riscos, materializado no documento Mapa de Riscos (Anexo IV da aludida instrução normativa).

Os interessados possuem prazo para a apresentação das suas propostas, contado a partir da publicação do aviso, não inferior a oito dias úteis. Adequando-se às exigências editalícias que determinam o credenciamento para acesso ao sistema eletrônico, participam de uma competição por meio de lances, a ser realizada pelo modo de disputa “aberto” ou “aberto e fechado”, seguida de uma etapa de negociação de preços, para, aí sim, classificadas as propostas, verificar a documentação de habilitação apenas daquele que apresentou o menor preço.

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

- I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;
- II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;
- III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no “caput” e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

Dentre os documentos de habilitação, o licitante deverá fornecer, de acordo com os artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666, de 1993, a documentação relativa à

habilitação jurídica,<sup>3</sup> à qualificação técnica,<sup>4</sup> à qualificação econômico-financeira, à regularidade fiscal e trabalhista, à regularidade fiscal perante as Fazendas Públicas estaduais, distrital e municipais, quando necessário; e ao cumprimento do disposto<sup>5</sup> no inciso XXXIII do *caput* do artigo 7º da Constituição<sup>6</sup> e no inciso XVIII do artigo 78 da Lei nº 8.666, de 1993.

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

V - prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos

<sup>3</sup> Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em: I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual; III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores; IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício; V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

<sup>4</sup> Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: I - registro ou inscrição na entidade profissional competente; II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos; III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação; IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

<sup>5</sup> Art. 7º, CR/1988, São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

<sup>6</sup> Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: XVIII - descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999). Por sua vez, o artigo 27, V, da mesma lei estabelece: "Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal".

do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

A documentação de habilitação é apresentada juntamente com a proposta inicial (art. 26, Decreto nº 10.024, de 2019). Contudo, o exame de sua suficiência é feito após a fase de lances, momento em que são verificados apenas os documentos do licitante que tiver apresentado a melhor proposta.

Sendo habilitado o licitante detentor do menor preço, a contratação poderá ser realizada. Caso contrário, passa-se à análise dos documentos de habilitação do segundo colocado e assim sucessivamente, até que seja encontrado um licitante que esteja apto a contratar com a Administração Pública.

Este processo de contratação é bastante célere se comparado às outras modalidades de licitação, como a concorrência e a tomada de preços, cujo trâmite exige a verificação da documentação de habilitação de todos os interessados previamente à análise das propostas de preços, afora os prazos maiores para a apresentação das propostas após a publicação do edital. Some-se a tudo isso o fato de que a concorrência e a tomada de preços são modalidades presenciais, que não se adaptaram à informatização, exigentes, pois, de entregas de envelopes com documentos impressos, bem como da presença física dos representantes das licitantes.

Mesmo sendo o pregão eletrônico uma modalidade mais eficiente que as outras, ainda assim, como se verifica pela quantidade de etapas a serem cumpridas e o conjunto de documentos a serem juntados, trata-se um processo de contratação extremamente burocrático. Desta forma, a aquisição de simples canetas precisa ser justificada por meio de um extenso rol de documentos e pesquisas, considerando, especialmente, o disposto nas normas infralegais.

## 2 *Marketplace* digital

O *marketplace* digital (ou *e-marketplace*) veio para inverter a lógica do sistema de compras pelo Poder Público, na medida em que permite que empresas, previamente credenciadas, ofereçam permanentemente seus produtos na plataforma criada para atender às necessidades da Administração, cabendo ao gestor escolher aquele que mais se adéqua às finalidades desejadas.

O *e-marketplace* é, portanto, uma espécie de mercado virtual que congrega vendedores ou prestadores de serviços em um único local, de modo que servidores e gestores públicos – no caso, os compradores – terão acesso a uma plataforma que reunirá produtos e serviços de várias empresas credenciadas. Tal como nos demais shopping virtuais (Amazon, Mercado Livre, Magazine Luiza, Wish, e-Bay,

Dafiti etc.), utilizados pelos particulares em suas relações consumeristas, a compra dá-se de forma célere e com poucos cliques.

No Brasil, a utilização dessa tecnologia pelo Poder Público, inicialmente, será voltada para a hipótese de dispensa para aquisição de produtos comuns em razão do valor, como informado pelo Ministério da Economia.<sup>7</sup> A ideia é que a fase inicial sirva de testes para a expansão na utilização dessa plataforma, abrangendo, futuramente, todas as hipóteses de dispensa de licitação.

A dispensa por baixo valor para compras é de R\$17.600,00, consoante disposto no artigo 23, II, da Lei nº 8.666, de 1993, c/c artigo 1º, II, “a”, do Decreto nº 9.412, de 18 de junho de 2019. Este valor foi ampliado, durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, para R\$50.000,00, nos termos do artigo 1º, I, “b”, da Lei nº 14.065, de 30 de setembro de 2020.

Obviamente, a potencialidade para o uso do *e-marketplace* é ainda mais ampla, podendo ser utilizada como uma forma de substituição de produtos usualmente licitados por meio do pregão eletrônico, constituindo-se, pois, em um ambiente virtual para aquisições rotineiras. A finalidade do *e-marketplace* para compras públicas é reduzir os custos processuais e atingir ganhos em termos de transparência e ampliação da concorrência, além de levar a uma redução de conluíus em processos licitatórios.

Atualmente, o custo processual nas aquisições públicas pode chegar a quase o triplo do valor do produto adquirido. Como exemplo, podemos mencionar a aquisição, via pregão eletrônico, de papel A4 branco, 500 folhas, cuja média do valor pago, conforme aquisições registradas na plataforma “comprasgovernamentais” foi de R\$16,56 (valor obtido pela média de 22 processos no período de junho a dezembro de 2017),<sup>8</sup> sendo que os custos logísticos da Administração giraram em torno de R\$32,34, totalizando um gasto total de R\$48,90 para um produto que custa pouco mais de R\$16,00.<sup>9</sup> Trata-se, pois, de uma diferença abissal, somente explicável pela burocracia que envolve as contratações públicas e atinge diretamente a sociedade, licitantes e Poder Público. É como bem explanaram Ronny Charles e Marcos Nóbrega:

<sup>7</sup> MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Governo debate com sociedade implantação de marketplace para compras públicas*. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/julho/governo-debate-com-sociedade-implantacao-de-marketplace-para-compras-publicas>. Acesso em: 15 set. 2020.

<sup>8</sup> GOVERNO FEDERAL. *Portal de Compras do Governo Federal*. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/> Acesso em: 10 set. 2020.

<sup>9</sup> Conforme apresentação da plataforma Mais Brasil. Conferir: MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Almoxarifado Virtual e Marketplace*. Set. 2019. Disponível em: [http://plataformamaisbrasil.gov.br/images/docs/eventos/2019/apresentacoes/Almoxarifado\\_Virtual\\_e\\_Marketplace\\_-\\_CENTRAL\\_ME.pdf](http://plataformamaisbrasil.gov.br/images/docs/eventos/2019/apresentacoes/Almoxarifado_Virtual_e_Marketplace_-_CENTRAL_ME.pdf). Acesso em: 15 set. 2020.

É necessário ainda compreender que um modelo burocrata e maximalista não amplia os custos transacionais apenas sob a perspectiva do órgão licitante, mas também do fornecedor interessado. A leitura técnica e responsável de longos e complexos editais, a emissão das certidões pertinentes, viagens para a participação em sessões presenciais, as prerrogativas contratuais extraordinárias da Administração, entre outras peculiaridades, ampliam o custo e o risco da disputa pelo fornecimento ao Poder Público.<sup>10</sup>

Desta forma, os custos para a aquisição de um produto comum atingem não apenas a Administração Pública, mas os próprios fornecedores, ante a burocracia exigida para participação nos certames. Os recursos públicos estão, pois, sendo malversados nas contratações públicas. E isto, claro, reflete na sociedade, que, em última análise, está pagando muito caro por um produto cujo preço é deveras inferior. O *e-marketplace* vem, então, em boa hora, tentar otimizar as etapas de aquisição de produtos comuns e reduzir os custos transacionais. Em que pese sua fase inicial esteja limitada à hipótese de dispensa em razão do valor, é possível vislumbrar um espectro mais abrangente para essa plataforma digital. Entretanto, a implantação desse sistema encontra sérias dificuldades, técnicas e jurídicas. Vejamos.

## 2.1 Plataforma própria ou de terceiros

O governo federal pretende criar sua própria plataforma, o que pode levar a dois resultados antagônicos. O primeiro resultado, de aspecto positivo, diz respeito ao maior controle que o governo poderá ter sobre quem se credencia perante a plataforma. É possível impor condições para quem pretende colocar seus produtos na prateleira virtual, estabelecendo requisitos de qualidade, exigências de regularidade fiscal e trabalhista etc. A desvantagem de a plataforma ser governamental é justamente a redução de potenciais vendedores e a manutenção da eterna burocracia para adquirir qualquer coisa, por mais simples que ela seja.

É interessante constatar o crescimento da disseminação de compras públicas em plataformas comerciais em países estrangeiros, especialmente nesta época de pandemia. Jonas Lima esclarece que, “apesar de possuir o seu próprio ‘*marketplace*’ há 24 anos, o governo federal norte-americano anunciou, em 26 de junho de 2020, a contratação da Amazon.com Inc., da *Overstock.com* Inc e da Fischer *Scientific* Inc,

<sup>10</sup> TORRES, Ronny Charles Lopes de; NÓBREGA, Marcos. *Licitações públicas e e-marketplace: um sonho não tão distante*, 2020. Disponível em: <https://www.olicitante.com.br/marketplace-sonho-distante/>. Acesso em: 7 set. 2020.

para implementarem o ‘e-marketplace’”.<sup>11</sup> A ideia é justamente permitir múltiplas opções de fornecedores, já que a abrangência dessas plataformas é mundial. A dificuldade, entretanto, é garantir a qualidade dos produtos e, principalmente, a exclusão de itens contrafeitos (piratas), além de produtos oriundos de países de fora dos acordos comerciais, como alerta Jonas Lima.

Diante dos percalços existentes, utilizar uma plataforma própria traria um maior nível de segurança ao gestor, que poderia, como dito, selecionar previamente perfis confiáveis de fornecedores mediante a entrega de atestados de qualidade técnica e/ou apresentação de amostras. Só que, ao se requerer todas essas exigências para que os fornecedores possam apresentar seus produtos na plataforma virtual, perde-se o próprio sentido de criação da plataforma, que era, justamente, a redução da burocracia e a ampliação da concorrência. Ademais, há a questão do gerenciamento tecnológico dessa plataforma, que também pode ser um obstáculo ao Poder Público, não habituado à gestão desse específico tipo de serviço. Por outro lado, utilizar plataformas privadas traz o inconveniente de adquirir um produto de qualidade inferior ou de origem duvidosa. Ou até mesmo nada receber. O que fazer então?

Em princípio, é importante esclarecer que nenhuma das duas soluções está imune a problemas. O sistema de compras públicas virtuais na Rússia, buscando dar segurança ao administrador público e ao mesmo tempo aproveitar o *know-how* e amplitude existentes na iniciativa privada, contratou uma plataforma privada, vinculada a uma instituição financeira, que, além de fiscalizar os fornecedores, responde pelos danos referentes à não entrega de produtos ou a produtos cuja qualidade esteja aquém do padrão ordinário existente no mercado.

O Prof. Kuzma Kichik, da Universidade de Moscou,<sup>12</sup> explicou que o Poder Público estaria garantido por uma espécie de seguradora que “cobriria” os danos advindos de uma compra malsucedida.<sup>13</sup> Não há como negar que a solução apresentada, apesar de bem construída, traz um custo adicional para a Administração Pública, já que não se pode olvidar que a seguradora e a plataforma privada embutem seus lucros nos custos dos produtos adquiridos.

<sup>11</sup> LIMA, Jonas. *Marketplace* das pequenas compras públicas: Estados Unidos – Mudanças inspiradoras para as compras públicas no Brasil. *Sollicita*, 14 jul. 2020. Disponível em: [https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p\\_idNoticia=16530&n=undefined](https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=16530&n=undefined). Acesso em: 19 set. 2020.

<sup>12</sup> KUZMA KICHIK. Seminário Internacional – Licitações Públicas e Fraudes. *Justiça Federal – TRF da 3ª Região*. 3 março 2020. Disponível em: <https://www.trf3.jus.br/emag/coursesemag/cursos-2020/492-seminario-internacional-licitacoes-publicas-e-fraudes/>. Acesso em: 10 set. 2020.

<sup>13</sup> No caso a empresa Gazprombank. Conferir: GAZPROM NEFT. *Gazprom Neft is to develop a digital procurement solution in conjunction with Gazprombank*. Disponível em: [https://www.gazprom-neft.com/presscenter/news/gazprom\\_neft\\_is\\_to\\_develop\\_a\\_digital\\_procurement\\_solution\\_in\\_conjunction\\_with\\_gazprombank/](https://www.gazprom-neft.com/presscenter/news/gazprom_neft_is_to_develop_a_digital_procurement_solution_in_conjunction_with_gazprombank/). Acesso em: 20 set. 2020.

De qualquer forma, a experiência russa é tida como bem-sucedida e, aparentemente, os custos adicionais não impuseram qualquer distorção nos valores de mercado, conforme narrado pelo ilustre professor russo. Independentemente da forma da plataforma escolhida, algumas disposições legais podem se tornar obstáculos para o sucesso da empreitada.

### 3 Regularidade das empresas

O primeiro ponto a ser tratado diz respeito às exigências de regularidade das empresas contratadas. Como abordado no tópico 1, aquele que é contratado pela Administração Pública precisa apresentar uma série de documentos para demonstrar que tem condições de cumprir o contrato, mesmo que se trate de contratações de produtos simples e de baixo custo. Desta forma, ainda que a contratação se dê por dispensa em razão do valor (artigo 24, II, Lei nº 8.666, de 1993), o fornecedor terá que apresentar toda a documentação prevista nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666, de 1993.

O *e-marketplace* para compras públicas, independentemente de utilizar uma plataforma pública ou privada, tem por objetivo realizar uma contratação pública e, desta forma, pela atual legislação deve ser exigida toda a documentação relativa ao fornecedor. Obviamente, essa exigência retira toda a funcionalidade da plataforma, que se tornaria mais um repositório da burocracia administrativa em sede virtual, além de afastar fornecedores de toda a sorte. Ressalte-se, outrossim, que a própria Constituição de 1988 também faz exigência específica de regularidade perante a Seguridade Social para contratar com o Poder Público. Com efeito, o §3º do artigo 195 da Constituição determina:

§ 3º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, *não poderá contratar com o Poder Público* nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. (destacou-se)

Veja que existem muitos entraves normativos para que o *e-marketplace* tenha o alcance esperado e se aproxime das plataformas privadas. De qualquer forma, mesmo no que tange à restrição de contratação imposta pelo artigo 195, §3º, da Constituição da República, é possível, nos termos da lei, relativizar tal exigência. Em tempos de covid-19, a relativização ocorreu, mas foi por meio da Emenda Constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020, que trouxe a seguinte previsão:

Art. 1º Durante a vigência de estado de calamidade pública nacional reconhecido pelo Congresso Nacional em razão de emergência de

saúde pública de importância internacional decorrente de pandemia, a União adotará regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para atender às necessidades dele decorrentes, somente naquilo em que a urgência for incompatível com o regime regular, nos termos definidos nesta Emenda Constitucional.

No que tange ao regime extraordinário de contratações, interessa-nos o disposto no art. 3º, parágrafo único:

Art. 3º Desde que não impliquem despesa permanente, as proposições legislativas e os atos do Poder Executivo com propósito exclusivo de enfrentar a calamidade e suas consequências sociais e econômicas, com vigência e efeitos restritos à sua duração, ficam dispensados da observância das limitações legais quanto à criação, à expansão ou ao aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa e à concessão ou à ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita.

Parágrafo único. Durante a vigência da calamidade pública nacional de que trata o art. 1º desta Emenda Constitucional, não se aplica o disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal.

Houve, desta forma, o afastamento desta exigência constitucional por meio da EC nº 106, de 2020, durante o prazo de calamidade pública. Ainda, para as contratações públicas voltadas ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, flexibilizou as exigências contidas na Lei nº 8.666, de 1993, trazendo um regime mais célere de contratação que admitiu a confecção de termos de referência ou projetos básicos simplificados, bem como a dispensa de apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal ou a requisitos de habilitação.

Logo, existe possibilidade de as contratações públicas serem realizadas sem tantas “travas”, mas para isto faz-se necessária uma alteração legislativa substancial que possibilite que o *e-marketplace* governamental funcione como um verdadeiro shopping virtual.

#### 4 A questão das microempresas e empresas de pequeno porte

A Constituição da República, no artigo 170, elegeu como um dos princípios da ordem econômica o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Em atendimento ao dispositivo constitucional, a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa

de Pequeno Porte e trouxe, nos artigos 42 a 49, o procedimento relacionado ao tratamento diferenciado nas licitações públicas.

Nesta seara, o artigo 47 do mencionado estatuto prescreve que o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte “objetiva a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica”. E o artigo 48 determina como a Administração Pública deverá cumprir o disposto no artigo 47, estabelecendo (i) o dever de realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$80.000,00 (oitenta mil reais); (ii) em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, a possibilidade de exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; e (iii) o dever de estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

O artigo 49 da Lei Complementar nº 123, de 2006, fixou as hipóteses em que o tratamento diferenciado não se aplica, a saber, quando: (i) não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; (ii) o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a Administração Pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; e (iii) a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se a situação e exclusividade prevista no artigo 48, supra.

Vê-se, portanto, que a dispensa de licitação em razão do valor deve obedecer ao tratamento diferenciado para as MEs e EPPs, sendo que estas deverão ser preferencialmente contratadas em detrimento das empresas de grande porte. Visto que o tratamento diferenciado tem sede constitucional, como coaduná-lo com o *e-marketplace* para compras públicas? É factível criar um espaço dentro da plataforma governamental somente para microempresas e empresas de pequeno porte? Ronny Charles e Marcos Nóbrega alertaram, ainda, para o fato de que grande parte das MEs e EPPs não está inserida no comércio eletrônico, acrescentando que:

Embora não exatamente pelos mesmos motivos que podem ser identificados no Brasil, na União Europeia tem-se identificado certa dificuldade para envolver os fornecedores de pequeno porte no

processo de compras eletrônicas. Esra Gurakar, citando Rasheed, sustenta que pequenas empresas experimentam dificuldades significativas no acesso aos mercados de compras governamentais, já que a maioria delas não possui a infraestrutura de tecnologia da informação necessária e funcionários treinados para a participação nos certames eletrônicos.<sup>14</sup>

Sendo assim, qual seria a solução para inserir o tratamento diferenciado às MEs e EPPs no *e-marketplace* governamental? Adicione-se a essa questão, o fato de que o tratamento diferenciado foi ampliado, na esfera federal, pelo Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015, com redação dada pelo Decreto nº 10.273, de 13 de março de 2020.

De fato, tal decreto, além de regulamentar o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para microempresas e empresas de pequeno porte, incluiu também os agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da Administração Pública federal.

Deste modo, há mais agentes econômicos envolvidos nas contratações públicas com direito a tratamento diferenciado do que apenas as MEs e EPPs. Estamos a versar, pois, também de agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas. Nesta feita, permanece a questão: todas essas pessoas serão abraçadas pelo *e-marketplace* governamental? Como será feito o tratamento diferenciado na plataforma digital? Infelizmente, não temos resposta para essa pergunta, que poderá colocar em xeque a utilidade desse sistema perante o ordenamento jurídico pátrio se não houver alteração legislativa nesse ponto.

## 5 As prerrogativas da Administração e a aplicação das penalidades

Outro problema que poderá colocar em risco a viabilidade do *e-marketplace* para compras públicas é justamente o fato de estarmos diante de uma contratação pública, que arrasta o regime jurídico administrativo para a relação negocial surgida em âmbito virtual. Assim, a existência de prerrogativas para a Administração, consistentes na possibilidade de a Administração instabilizar, modificar e rescindir unilateralmente o vínculo formado, além de fiscalizar e aplicar penalidades, é um

<sup>14</sup> TORRES, Ronny Charles Lopes de; NÓBREGA, Marcos. *Licitações públicas e e-marketplace: um sonho não tão distante*. 2020. Disponível em: <https://www.licitante.com.br/marketplace-sonho-distante/>. Acesso em: 7 set. 2020.

empecilho real à aquisição *on-line*. Celso Antônio Bandeira de Mello explica o papel dessas prerrogativas nas contratações públicas:

Estas prerrogativas derivariam ou da sistemática normativa, que protege acentuadamente determinadas atividades públicas, ou de cláusulas “contratuais” concebidas como “exorbitantes”. Tanto poderiam ser colhidas nos textos que diretamente regulem a matéria – quando existentes – como deduzidas dos princípios retores de certas atividades públicas. Vale dizer: ou se reputam *implícitas*, seja na ordenação normativa, seja no bojo do contrato, ou estão realmente *explícitas* na lei ou em cláusula expressa do contrato.<sup>15</sup>

Na maioria dos vínculos contratuais, as prerrogativas da Administração têm de estar presentes como forma de assegurar a satisfação do interesse público.<sup>16</sup> Entretanto, no caso do *e-marketplace*,<sup>17</sup> a mera possibilidade de utilização dessas cláusulas exorbitantes é suficiente para afastar os fornecedores virtuais, que não se sujeitariam a modificações e rescisões unilaterais e, muito menos, às penalidades previstas na legislação de regência.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

<sup>15</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 602.

<sup>16</sup> Estamos aqui a falar especificamente das concessões, permissões e parcerias voltadas à prestação de serviços públicos. Entretanto, por não ser o escopo desse artigo, limitamo-nos a registrar o fato de que as prerrogativas da Administração são necessárias e não podem ser esquecidas, reduzidas ou vilipendiadas.

<sup>17</sup> ZOCKUN, Maurício. *O seguro e a segurança nas contratações públicas*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-31/mauricio-zockun-seguro-seguranca-contratacoes-publicas>. Acesso em: 25 set. 2020.

§1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. (Vide art. 109, inciso III)

Com efeito, as penalidades previstas no artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993, ou no artigo 7º da Lei nº 10.520, de 2002, se aplicadas, já fulminariam qualquer intenção de vendas virtuais para o Poder Público. Qual empresa se sujeitaria a tais condições para fornecer uma mercadoria *on-line*?

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Obviamente, a aplicação de penalidades precisaria seguir as regras do mercado, tais como suspensão ou banimento da empresa da plataforma, avaliação dos fornecedores conforme *rating* de qualidade e pontualidade de entrega etc. A necessidade de avaliação das condições do mercado foi o que possibilitou, de forma excepcional, a contratação da única fornecedora de bem ou prestadora de serviços, independentemente da existência de sanção de impedimento ou suspensão de contratar com o Poder Público em tempos de pandemia (artigo 4º, §3º, Lei nº 13.979, de 2020).

Com isto, quer-se dizer que a rigidez na aplicação das sanções pode contemplar temperamentos conforme o âmbito de contratação que se está realizando. Desta

forma, no *e-marketplace*, as sanções deverão ser adaptadas a um modelo privado e, para isso, há necessidade de nova legislação, que esteja adequada ao tipo de contratação realizada em ambiente virtual. Sem embargo dessa necessária alteração legislativa, cremos que há possibilidade de utilização de outros recursos para viabilizar parcialmente um modelo privado de contratações, ao menos para assegurar a entrega do bem licitado e garantir a sua qualidade.

Para tanto, retomamos uma sugestão feita em outros tempos e que nos parece plenamente aplicável ao *e-marketplace*. Ao nosso juízo, desde a edição da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, é indubitosa a autorização legislativa para adoção de cautelas e garantias dispostas a assegurar a execução e conclusão do objeto avençado entre o Poder Público e o particular, aí se incluindo os seguros. São indiscutíveis as virtudes deste modelo de fixação de garantias. Afinal, com ele não apenas se protege a própria Administração das mazelas decorrentes do descumprimento contratual, mas igualmente se acautelam os interesses patrimoniais da população eventualmente atingida pelos flagelos impostos pela execução anormal do contrato administrativo.

## 6 Considerações finais

Neste sentido, não existe óbice para que as avenças travadas no ambiente do *e-marketplace* sejam objeto de contratação de seguro: seja para garantir o fornecimento do objeto contratado, seja para assegurar a sua qualidade. E quais seriam os resultados benéficos decorrentes da exigência do oferecimento de garantias asseguradoras do qualitativo fornecimento de produtos a serem entregues ao Poder Público em razão de avenças travadas no *e-marketplace*? Apressamo-nos em responder: a eficiência da Administração Pública na tutela do interesse público.

Primeiro porque a importância paga pelo particular para a prestação desta garantia estaria incorporada no preço pago pelo Poder Público para a execução do objeto contratado. Afinal, sendo a garantia parte integrante do preço ofertado pelo particular, certamente ela será incorporada pela menor expressão econômica possível. Segundo porque, ocorrido o sinistro, o Poder Público poderia prontamente executar a apólice ou garantia, impositiva da multa ou, ainda, possibilitar o abastecimento do erário com os recursos necessários para a substituição ou reparação do bem entregue de modo defeituoso pelo particular ou, eventualmente, a possibilidade de tais afazeres ficarem a cargo da própria empresa seguradora.

Terceiro porque a contratação de seguros e outras garantias para estes casos dificultaria o surgimento de uma contenda judicial entre o Poder Público e o contratado faltoso, situação que certamente se prolongaria por anos a fio, em prejuízo à efetiva tutela do interesse público. Com efeito, pago o prêmio pela ocorrência do sinistro, eventuais discussões seriam precipuamente resolvidas entre a seguradora e o

contratado. Quarto porque as empresas seguradoras ou que prestarem a garantia certamente colaborarão com o Poder Público para atestar a entrega do produto licitado, assim como a sua efetiva qualidade. Afinal, a inocorrência de sinistros aproveitará economicamente as seguradoras.

Vê-se, portanto, que o regime jurídico administrativo para as contratações públicas, em seu conjunto, é inaplicável às compras virtuais. Para que o *e-marketplace* possa se tornar uma realidade, não basta uma inovação tecnológica, há que se ter uma nova legislação, com novos paradigmas, que aproxime o Poder Público do mercado privado virtual, para que, efetivamente, a aquisição de simples canetas possa ser feita com poucos cliques.

A inovação tecnológica permitiu eficiência e celeridade para a aquisição dos mais diversos produtos na internet. O Poder Público brasileiro, no entanto, ainda não ingressou nesta nova era, permanecendo amarrado ao modelo burocrático de contratação. O *e-marketplace* tem a capacidade de transformar radicalmente o modelo de compras públicas existente até então. Entretanto, vemos que o *e-marketplace* somente será útil se houver uma ruptura legislativa com os dispositivos atuais. Há que se estabelecer um novo regime de contratação para o *e-marketplace* governamental, com pouca burocracia, penalizações adequadas ao ambiente virtual e ampliação de concorrentes. Ou o Estado se aproxima do que são as contratações virtuais privadas ou o *e-marketplace* já nascerá retrógrado e condenado à manutenção de um nicho restrito de contratados pelo Poder Público, com as exigências burocráticas de sempre trazidas ao ambiente virtual.

## Referências

BRASIL. *Plataforma Mais Brasil*. [http://plataformamaisbrasil.gov.br/images/docs/eventos/2019/apresentacoes/Almoxarifado\\_Virtual\\_e\\_Marketplace\\_-\\_CENTRAL\\_ME.pdf](http://plataformamaisbrasil.gov.br/images/docs/eventos/2019/apresentacoes/Almoxarifado_Virtual_e_Marketplace_-_CENTRAL_ME.pdf). Acesso em: 15 ago. 2020.

GAZPROM NEFT. *Gazprom Neft is to develop a digital procurement solution in conjunction with Gazprombank*. Disponível em: [https://www.gazprom-neft.com/presscenter/news/gazprom\\_neft\\_is\\_to\\_develop\\_a\\_digital\\_procurement\\_solution\\_in\\_conjunction\\_with\\_gazprombank/](https://www.gazprom-neft.com/presscenter/news/gazprom_neft_is_to_develop_a_digital_procurement_solution_in_conjunction_with_gazprombank/) Acesso em: 20 set. 2020.

GOVERNO FEDERAL. *Portal de Compras do Governo Federal*. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/> Acesso em: 10 set. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal Justen. *Pregão*: nova modalidade licitatória. RDA 221/12, jul./set. 2002.

KUZMA KICHIK. Seminário Internacional – Licitações Públicas e Fraudes. *Justiça Federal – TRF da 3ª Região*. 3 mar. 2020. Disponível em: <https://www.trf3.jus.br/emag/cursosomag/cursos-2020/492-seminario-internacional-licitacoes-publicas-e-fraudes/> Acesso em: 10 set. 2020.

LIMA, Jonas. *Marketplace* das pequenas compras públicas: Estados Unidos – Mudanças inspiradoras para as compras públicas no Brasil. *Sollicita*. 14 jul. 2020. Disponível em: [https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p\\_idNoticia=16530&n=undefined](https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=16530&n=undefined). Acesso em: 19 set. 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Almoxarifado Virtual e Marketplace*. Set. 2019. Disponível em: [http://plataformamaisbrasil.gov.br/images/docs/eventos/2019/apresentacoes/Almoxarifado\\_Virtual\\_e\\_Marketplace\\_-\\_CENTRAL\\_ME.pdf](http://plataformamaisbrasil.gov.br/images/docs/eventos/2019/apresentacoes/Almoxarifado_Virtual_e_Marketplace_-_CENTRAL_ME.pdf). Acesso em: 15 set. 2020.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *Governo debate com sociedade implantação de marketplace para compras públicas*. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/julho/governo-debate-com-sociedade-implantacao-de-marketplace-para-compras-publicas>. Acesso em: 15 set. 2020.

NIEBUHR, Joel de Menezes Niebuhr. *Pregão Presencial e Eletrônico*. Curitiba: Zênite, 2004.

TORRES, Ronny Charles Lopes de; NÓBREGA, Marcos. *Licitações públicas e e-marketplace: um sonho não tão distante*. 2020. Disponível em: <https://www.olicitante.com.br/marketplace-sonho-distante/>. Acesso em: 7 ago. 2020.

ZOCKUN, Maurício. *O seguro e a segurança nas contratações públicas*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-mai-31/mauricio-zockun-seguro-seguranca-contratacoes-publicas>. Acesso em: 25 ago. 2020.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ZOCKUN, Carolina Zancaner; ZOCKUN, Maurício. *Marketplace digital para compras públicas*. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 77-94, set./dez. 2020.

---

# Colisão entre princípios e ponderação: a questão do acesso a documentos e informações por legitimados à propositura de ações de reparação de danos concorrenciais

*Collision between principles and  
Balancing: disclosure of administrative  
procedure documents and information  
by claimants on follow-on damage  
actions*

**Kelly Fortes Violada\***

Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil)  
<https://orcid.org/0003-0676-0580>  
kellyfortesv@gmail.com

**Recebido/Received:** 02.10.2020/ October 2<sup>th</sup>, 2020

**Aprovado/Approved:** 29.11.2020/ November 29<sup>th</sup>, 2020

---

**Resumo:** O artigo se propõe a analisar a proporcionalidade jurídica da restrição de acesso a documentos e informações sigilosas de um processo administrativo perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) por um legitimado à propositura de ação de reparação de danos concorrenciais, em especial a documentos provenientes de acordos de leniência. Para isso, serão estudados o princípio da publicidade, o direito de acesso à informação e o princípio de defesa da concorrência, para então verificar a colisão entre eles e a possibilidade de restrição da publicidade no caso concreto, objetivando resolvê-la através da utilização do princípio da proporcionalidade e seus elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

---

Como citar este artigo/*How to cite this article*: VIOLADA, Kelly Fortes. Colisão entre Princípios e Ponderação: a questão do acesso a documentos e informações por legitimados à propositura de ações de reparação de danos concorrenciais. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3. p. 95-115, set./dez. 2020.

\* Mestranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil). Pós-graduanda em Direito Empresarial pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst), membro do Núcleo de Pesquisa em Direito do Terceiro Setor e Políticas Públicas do PPGD/UFPR e integrante do Grupo de Estudos em Reparação de Danos no Direito da Concorrência da Universidade Positivo.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Publicidade. Acesso à informação. Defesa da concorrência. Reparação de danos concorrenciais.

**Abstract:** The article aims to analyze the legal proportionality of the restriction of access to confidential documents and information of administrative proceedings conducted by Brazil's Competition Authority (Administrative Council for Economic Defense – CADE) by claimants on follow-on damage actions, in particular concerning leniency materials. To this end, the article will study some principles provided for in the Brazilian Constitution, such as: publicity, the right of access to information, and competition defense, in order to analyze the collision between these principles and the limits for the restriction of publicity in this specific case, so that it can be possible to solve it based on the application of the principle of proportionality and its elements: adequacy, necessity and proportionality *stricto sensu*.

**Keywords:** Fundamental rights. Publicity. Access to information. Competition defense. Damage actions.

**Sumário:** 1 Introdução – 2 Definição dos princípios aplicáveis ao caso em análise – 3 A aplicação do direito da concorrência ao caso: publicidade, informações concorrenciais sensíveis e a proteção do programa de leniência – 4 A regra da proporcionalidade e sua aplicação ao caso – 5 Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – Conclusão – Referências

## 1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu diversos princípios, tanto explícitos quanto implícitos, no texto constitucional. Entre eles, encontram-se a publicidade (art. 5º, LX,<sup>1</sup> e art. 37, *caput*),<sup>2</sup> o direito de acesso à informação (art. 5º, XXXIII<sup>3</sup>), à obtenção de certidão (art. 5º, XXXIV, 'b'<sup>4</sup>) e à livre concorrência (art. 170, IV<sup>5</sup>). Em diversas hipóteses, a aplicação dos princípios em casos concretos resulta na colisão entre eles. Essa colisão ocorre para além da dimensão da validade (como é o caso do conflito entre regras) e na dimensão do peso.<sup>6</sup> Sob determinadas condições, depois de realizado o sopesamento, um princípio terá precedência em face do outro, permitindo a formulação de uma “norma de direito fundamental atribuída, que tem a estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido”.<sup>7</sup>

Uma das hipóteses de colisão ocorre no âmbito do Direito Concorrencial, em que prejudicados por práticas que constituam infração à ordem econômica

<sup>1</sup> Art. 5º. LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

<sup>2</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

<sup>3</sup> Art. 5º. XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

<sup>4</sup> Art. 5º. XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: [...] b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

<sup>5</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV- livre concorrência.

<sup>6</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 93-94.

<sup>7</sup> ALEXY, Robert. *Teoria...*, p. 102.

podem ingressar em juízo para “o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos” (art. 47, Lei nº 12.529/2011).<sup>8</sup> É interessante, contudo, constatar que as ações de reparação de danos por delitos anticoncorrenciais – ARDCs ainda são incipientes no Brasil, se comparado à experiência internacional. Em 2017, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) trabalhava com cerca de 100 ARDCs, um número baixíssimo<sup>9</sup> se levar em consideração as cerca de 130 condenações por violações à ordem econômica no mesmo período analisado.

Nesse contexto, há duas modalidades de ações que podem ser impetradas para se obter a reparação de danos concorrenciais: (a) *Stand alone actions*, propostas antes de existir qualquer investigação administrativa; e (b) *Follow-on actions*, que decorrem de ilícitos já investigados, seja pela justiça criminal ou pelo CADE, sendo esta última a modalidade mais comum. Entretanto, o principal desafio enfrentado pelos impetrantes é a comprovação dos elementos da responsabilidade civil, prova que compete, em rigor, ao autor da ação.<sup>10</sup> A comprovação desses elementos muitas vezes depende do acesso a documentos protegidos por sigilo no âmbito do processo administrativo, em especial aqueles provenientes de acordos de leniência.

A colisão se instaura, então, com o pedido de acesso a documentos confidenciais em posse da autoridade administrativa. O próprio CADE já se posicionou no sentido de que o sigilo deve ser mantido até a decisão final do Tribunal Administrativo, sustentando esse posicionamento perante o Superior Tribunal de Justiça<sup>11</sup> e editando uma resolução<sup>12</sup> a respeito. O argumento da autarquia é o de que o sigilo é essencial para a proteção do programa de leniência, representando uma forma de tutela do próprio princípio de defesa da concorrência. Entretanto, a medida restringe diretamente a publicidade dos atos administrativos, princípio que se encontra por trás do próprio direito à reparação do dano pelas vítimas de condutas anticoncorrenciais.

O objetivo deste artigo é analisar a possibilidade de acesso a documentos confidenciais de um processo administrativo perante o CADE por um legitimado à propositura de ação de reparação de danos concorrenciais, em especial a

<sup>8</sup> Lei nº 12.529/2011. Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

<sup>9</sup> Estatísticas apresentadas no Relatório de Gestão 2017 publicado pelo CADE, disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/2017/relatorio-de-gestao-2017-1.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2020.

<sup>10</sup> MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. Acesso aos documentos de acordos firmando com Autoridade (Leniência e Termos de Cessação de Conduta). In: DRAGO, Bruno de Luca; PEIXOTO, Bruno, Bruno Lana (Coord.). *A Livre Concorrência e os Tribunais Brasileiros*. São Paulo: Editora Singular, 2017, p. 96.

<sup>11</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.554.986 – SP. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, julgado em 08 de março de 2016.

<sup>12</sup> Resolução nº 21/2018.

documentos provenientes de acordos de leniência. Com esse intuito, será utilizada a metodologia proposta por Robert Alexy, através da identificação dos princípios que norteiam os interesses em conflito e da aplicação do princípio da proporcionalidade e da ponderação para resolver a colisão no caso concreto.

Para isso, será necessário percorrer algumas etapas centrais: (i) compreensão dos princípios e direitos fundamentais em colisão: (a) publicidade, acesso à informação e obtenção de certidão; e (b) livre-iniciativa, livre concorrência e repressão ao abuso do poder econômico; (ii) a aplicação do direito da concorrência ao caso e os fundamentos jurídicos infraconstitucionais que legitimam o direito de cada uma das partes; e (iii) a aplicação do princípio da proporcionalidade.

## 2 Definição dos princípios aplicáveis ao caso em análise

A distinção entre regras e princípios foi trabalhada por diversos doutrinadores do Direito Constitucional, os quais apresentam como critérios de distinção entre os tipos normativos elementos como a fundamentalidade da norma, sua generalidade, o grau de abstração e a derrotabilidade.<sup>13</sup> O jurista alemão Robert Alexy rebate essas teorias de distinção<sup>14</sup> e apresenta a definição de princípios como mandamentos de otimização, é dizer, normas que ordenam que algo possa realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Podem, assim, ser satisfeitos em graus variados e são sempre razões *prima facie*, não contendo um mandamento definitivo.<sup>15</sup> As regras, por outro lado, são determinações no âmbito do que é juridicamente possível, sempre sendo ou não satisfeitas e cuja forma de aplicação característica é a subsunção.<sup>16</sup>

Ainda, para Ronald Dworkin, as regras são aplicadas sempre que ocorrido o fato descrito em sua hipótese, desde que “inexista outra regra superior que as invalide (critério hierárquico) ou outra regra posterior que as revogue (critério cronológico) ou outra regra que as excepcione (critério da especialidade)”.<sup>17</sup> Por outro lado, os princípios, por se situarem na dimensão do peso, podem “num caso serem aplicados e no outro não, sem perder sua vigência e sua validade”.<sup>18</sup>

<sup>13</sup> CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. *Revista Constituição e Garantia de Direitos*. São Paulo, s.v., s.n., ago. 2016, pp. 140-141.

<sup>14</sup> ALEXY, Robert *Teoria...*, p. 89-90.

<sup>15</sup> Ronald Dworkin apresenta uma teoria semelhante à de Alexy, sustentando que as regras se situam na dimensão da validade e são aplicadas no caso concreto pela regra do “tudo ou nada”. Os princípios, por outro lado, se encontram na dimensão do peso e, em caso de colisão entre princípios, prevaleceria aquele com maior peso ou importância, sem que seja determinada a invalidade do outro princípio. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 42-46.

<sup>16</sup> ALEXY, Robert *Teoria...*, p. 90.

<sup>17</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 2. p. 135-164, maio/ago. 2018, p. 143.

<sup>18</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 2. p. 135-164, maio/ago. 2018, p. 143.

Por sua estrutura normativa e forma de aplicação, o princípio da publicidade dos atos da Administração Pública, os direitos fundamentais de acesso à informação e obtenção de certidão, e o princípio de defesa da concorrência serão tratados aqui como princípios segundo a classificação de Robert Alexy. Nesse sentido, são entendidos como espécie do gênero norma, dotados, portanto, de força normativa.<sup>19</sup>

## 2.1 O princípio da publicidade dos atos da Administração Pública e a exceção do sigilo

O art. 37, *caput*, da Constituição Federal prevê a publicidade como princípio da Administração Pública. O referido artigo estruturou o regime jurídico administrativo, baseado no binômio prerrogativas e sujeições. Por um lado, as prerrogativas são decorrentes do princípio da supremacia do interesse público e resultam na desigualdade jurídica entre os cidadãos e o Poder Público.<sup>20</sup> Por outro, as sujeições surgem dos deveres da Administração, que vinculam as próprias prerrogativas, as quais são instrumentos para que o Poder Público atenda às finalidades que lhe foram atribuídas.

Os princípios constitucionais que regem a Administração são as principais formas de sujeição da atividade administrativa. Dentre eles, o princípio da publicidade, por ser de titularidade do cidadão, inverte a estrutura de poder e pode ser entendido como um dever fundamental do Estado, impondo a divulgação dos atos do Poder Público e garantindo o direito de acesso às informações públicas ao cidadão.<sup>21</sup>

Para Hely Lopes Meirelles, esse dever da Administração é extremamente amplo, estendendo-se a todas as funções e atividades do Estado, atingindo todos “os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos [...]. Tudo isto é papel ou documento público que pode ser examinado [...] por qualquer interessado”.<sup>22</sup> O que se impõe, portanto, é a transparência da atividade administrativa.

<sup>19</sup> A força normativa dos princípios é defendida por grande parte da doutrina, entre eles Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, que definem os princípios, em especial aqueles que definem direitos fundamentais, como “dispositivos constitucionais [...] que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 46-47.

<sup>20</sup> MATEUS, Janaína Cássia P. D. *O Princípio da Publicidade na Administração Pública*. 53 fls. Monografia (Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, UFPR, Curitiba, 2008, p. 8.

<sup>21</sup> MENDONÇA, Crystianne; MELO, Luiz Carlos Figueira. Dever fundamental de publicidade administrativa: uma análise sob a transparência pública na gestão estatal e a efetividade da participação popular nas ações da Administração Pública brasileira. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 249-266, jan./mar. 2018, p. 252.

<sup>22</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 87.

Ainda, o princípio da publicidade não se confunde com o requisito formal de publicação dos atos administrativos e não pode ser restringido, por exemplo, à publicação dos atos no Diário Oficial.<sup>23</sup> Ele deve ser interpretado “no sentido de atuação manifesta, visível”,<sup>24</sup> criando para o administrador um dever permanente, executado por exigência legal e sempre que solicitado por qualquer cidadão.

Nesse sentido, da publicidade decorrem os direitos fundamentais de acesso à informação (art. 5º, XXXIII) e à obtenção de certidões (art. 5º, XXXIV, ‘b’). Ambos representam garantias instrumentais e necessárias à defesa de direitos individuais, bem como meios de assegurar o exercício de direitos e o esclarecimento de situações de interesse pessoal ou coletivo. Portanto, são direitos através dos quais se concretiza um dos princípios fundamentais da Constituição: “Todo o poder emana do povo” (art. 1º, parágrafo único).<sup>25</sup>

Ao comentar sobre o direito de certidão, o professor Carlos Ari Sundfeld defende que, “para ter acesso à certidão, basta pedi-la”,<sup>26</sup> se opondo à ideia de que seria necessário indicar a finalidade no momento do requerimento pelo interessado. Ressalva, entretanto, a existência de casos de sigilo parcial, em que a indicação da finalidade pode fazer ceder a restrição à publicidade. Como se verá adiante, entende-se que essa hipótese se encaixa ao caso em análise, uma vez que os legitimados a obter em juízo a reparação de danos causados por práticas anticompetitivas, ao indicar sua finalidade no pedido de acesso a documentos sigilosos, poderiam fazer ceder a restrição à publicidade.

De todo modo, a questão do sigilo deve ser tratada como hipótese excepcional, e as exceções já estão previstas na Constituição. O próprio art. 5º, XXXIII, restringe o acesso à informação cujo “sigilo seja indispensável à segurança da sociedade e do Estado”, bem como o inciso LX autoriza a restrição de publicidade dos atos processuais “quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Adotando o raciocínio de Carlos Ari Sundfeld,<sup>27</sup> as hipóteses de sigilo são muito excepcionais, sendo a “regra geral” estabelecida pelo princípio de ampla publicidade e de direito incondicionado à certidão e acesso à informação. As exceções impostas devem conter justificações adequadas, completas e indiscutíveis. Portanto, ao condicionar o sigilo a hipóteses em que seja “indispensável” à segurança do Estado ou “exigido” pela defesa da intimidade ou interesse social, deve-se ater a essas expressões com interpretação restritiva.

<sup>23</sup> MATEUS, Janaína Cássia P. D., ... p. 12.

<sup>24</sup> MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 237.

<sup>25</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da publicidade administrativa (direito de certidão, vista e intimação). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 97-110, jan./mar. 1995 p. 100-101.

<sup>26</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio..., p. 102.

<sup>27</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, ... p. 103-106.

Quanto à hipótese de sigilo do art. 5º, XXXIII, CF, em exemplo dado pelo próprio autor, em casos de investigações policiais, o acesso por qualquer pessoa às informações colhidas pelos agentes enquanto investigam um caso de quadrilha de tráfico seria ineficaz, com isso colocando em risco a segurança da sociedade e prejudicando a defesa do interesse social. Entretanto, uma vez capturados os suspeitos, o processo de responsabilização não depende de segredo. O sigilo, portanto, deixou de ser indispensável.

Quanto à segunda hipótese de sigilo, em defesa da intimidade e privacidade individual do acusado de alguma infração em um processo administrativo, Sundfeld entende ser possível a restrição à publicidade quando a divulgação de informações antes da conclusão do procedimento administrativo “puder, face às circunstâncias do caso, implicar violação de sua integridade moral ou a condenação social antecipada”.<sup>28</sup> Entende-se que essa hipótese, como a anterior, também deve ser interpretada restritivamente.

Portanto, são raros os pontos de limitação ao alcance do princípio da publicidade,<sup>29</sup> e aqui se adota o mesmo entendimento da autora Cármen Lúcia Antunes Rocha: “Somente, pois, em casos especialíssimos pode-se ter como juridicamente aceitáveis as hipóteses de sigilo [...] nos quais o motivo de interesse público comprovado exige o resguardo de informações sobre a prática administrativa”.<sup>30</sup>

## 2.2 Os princípios da livre-iniciativa, livre concorrência e repressão ao abuso do poder econômico

A Constituição Federal de 1988 prevê como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social da livre-iniciativa (art. 1º, IV<sup>31</sup>) e, mais adiante, afirma que a ordem econômica deve estar fundada na livre-iniciativa (art. 170, *caput*<sup>32</sup>), tendo como um de seus princípios a livre concorrência (art. 170, IV).

Em primeiro lugar, a livre-iniciativa, tanto como fundamento da República quanto como princípio da ordem econômica, não se reduz à liberdade econômica nem à liberdade de iniciativa econômica. Em nenhum dos casos pode-se interpretá-la

<sup>28</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, ... p.109.

<sup>29</sup> MATEUS, Janaína Cássia P. D., ... p. 14.

<sup>30</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 242.

<sup>31</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

<sup>32</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

como uma mera afirmação do capitalismo. De fato, desde a sua origem, que passa pelo édito de Turgot em 1776 e pela Lei Le Chapelier em 1791, o princípio nunca consagrou uma liberdade absoluta de iniciativa econômica.<sup>33</sup> Mais do que isso, a Constituição persegue objetivos mais amplos do que o do livre-mercado, e tanto o princípio da livre-iniciativa quanto o da livre concorrência “são instrumentais da promoção da dignidade humana”.<sup>34</sup>

O professor Eros Grau afirma que o princípio da livre-iniciativa possui dupla face: uma no sentido de liberdade de comércio e indústria (não ingerência no Estado no domínio econômico) e outra no sentido de liberdade de concorrência.<sup>35</sup> Porém, ressalta que o conteúdo da livre-iniciativa é muito mais amplo, uma vez que “é expressão de liberdade intitulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho [...] em uma sociedade livre e pluralista”.<sup>36</sup> No mesmo sentido, José Afonso da Silva afirma que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, mas que, embora capitalista, “dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado”.<sup>37</sup>

O princípio da livre concorrência tem como objetivo resguardar a disputa do mercado entre os agentes econômicos, evitando que essa concorrência seja impedida tanto pela atuação do Estado quanto pelos próprios agentes, por práticas abusivas, acordos anticompetitivos ou operações de concentração econômica.<sup>38</sup> Assim, o princípio da repressão ao abuso do poder econômico é um fragmento do princípio da livre concorrência e compõe-se nele.<sup>39</sup>

Isto posto, a livre concorrência se apresenta, primeiro, como garantia: obrigando o Estado a garantir um ambiente competitivo e a não restringir a concorrência injustificadamente. Segundo, como diretriz: determinando “que o Estado deve implementar regras que impeçam a restrição injustificada da livre concorrência por agentes privados”, sendo essa diretriz implementada pela Lei nº 12.529/2011.<sup>40</sup>

Nesse sentido, ao prever expressamente em seu art. 1º os “ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”,

<sup>33</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 198-199.

<sup>34</sup> FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 193.

<sup>35</sup> FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos...*, p. 199-200.

<sup>36</sup> FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos...*, p. 201.

<sup>37</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 788. In: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 26.

<sup>38</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo, ... p. 27.

<sup>39</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem...*, p. 205.

<sup>40</sup> A Lei nº 8.137/1990 também implementa essa diretriz ao definir os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Entretanto, a análise detida das suas disposições não faz parte do objetivo deste artigo.

a Lei nº 12.529/2011 já estabelece que suas regras conferem concreção a esses princípios constitucionais, daí por que o princípio da livre concorrência “assume, no quadro da Constituição de 1988, sentido conformado pelo conjunto dos demais princípios por ela contemplados”,<sup>41</sup> subsistindo em harmonia nesse conjunto.

Portanto, que o Direito Concorrencial no Brasil, muito além de implementar maior eficiência ao mercado, visa “criar e preservar nos ditames constitucionais, ambiente no qual as empresas tenham efetivos incentivos para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores; proteger o processo competitivo e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico”.<sup>42</sup>

### 3 A aplicação do direito da concorrência ao caso: publicidade, informações concorrencialmente sensíveis e a proteção do programa de leniência

Além das previsões existentes na Lei Antitruste (Lei nº 12.529/2011) e no Regimento interno do CADE – RiCade, a autarquia editou recentemente novas regras sobre a divulgação de documentos dos seus processos administrativos: a Resolução nº 21/2018 e a Portaria nº 869/2019. O Superior Tribunal de Justiça – STJ se manifestou sobre o assunto em duas ocasiões: no REsp nº 1.554.986 – SP e no REsp nº 1.296.281 – RS.

O artigo 1º da Resolução nº 21/2018 reconhece a regra geral de publicidade a todos os “documentos e informações constantes dos Processos Administrativos para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica, inclusive os oriundos de Acordo de Leniência, Termos de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão”.

A Lei Antitruste e a Resolução nº 21/2018 apresentam algumas exceções a essa regra geral, que podem ser categorizadas em dois grupos: “(i) documentos que são confidenciais independentemente do conteúdo da informação, e (ii) documentos que são total ou parcialmente confidenciais devido ao conteúdo da informação”.<sup>43</sup>

Esse entendimento se coaduna com a posição do STJ que, ao decidir sobre o pedido de acesso de uma parte que sofreu danos concorrenciais a um processo administrativo no CADE, afirmou que o acesso público é a regra geral para todos os

<sup>41</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem...*, p. 207.

<sup>42</sup> FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos...*, p. 194.

<sup>43</sup> “Exceptions provided for by law and administrative regulations to this general rule can be of two categories: (i) documents which are confidential regardless of the content of the information, and (ii) documents which are completely or partially confidential because of the content of the information”. CAMARGO GOMES, Adriano; VIOLADA, Kelly F. Disclosure of Leniency Materials in Brazil: an analysis of legislation, administrative regulations and court decisions. In: IBRAC. *The Future of Antitrust*. São Paulo: Editora Singular, 2020, p. 401.

materiais apresentados nos processos administrativos da autarquia, e o conteúdo desses materiais “[...] deve ser amplamente acessível às partes interessadas”.<sup>44</sup> Com base nos artigos 85, §5º, e 86º, §9º e 10º, da Lei nº 12.529/2011, o Tribunal decidiu que a exceção à publicidade se daria somente em relação às propostas de leniência e TCC,<sup>45</sup> que seriam confidenciais.<sup>46</sup> Entretanto, acordos de leniência e TCCs firmados, suas alterações e o histórico de conduta<sup>47</sup> estariam sujeitos à regra geral do acesso público, podendo ser eventualmente restringidos em parte pelo seu conteúdo, relacionado em sua maioria a caso de sigilo industrial e informações concorrencialmente sensíveis.<sup>48</sup>

Entretanto, neste último caso, apesar de o acesso público a determinados documentos e informações relacionados à atividade empresarial investigada poder levar a uma vantagem competitiva (exigindo o tratamento confidencial), outros fatos podem justificar a concessão de acesso, como o direito da parte lesada de acessar provas quando for essencial para a obtenção de indenização, interesse que deve ser balanceado com o direito da parte infratora de ter suas informações mantidas em sigilo.<sup>49</sup>

De todo modo, observa-se que a maioria dos documentos relativos aos processos administrativos do CADE é pública. Entretanto, mesmo pública, seu acesso pode ser temporariamente restringido. O principal objetivo para essa restrição é evitar que investigações de infrações anticoncorrenciais sejam dificultadas pela publicação de informações e divulgação de documentos. Por isso, os procedimentos

<sup>44</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.554.986 – SP. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 08 mar. 2016, p. 9-10.

<sup>45</sup> “A hipótese de confidencialidade previstas no artigo 85, §5º, da Lei nº 12.529/2011, é aplicável apenas para propostas de TCC rejeitadas ou retiradas, uma vez que o TCC é público (artigo 85, §7º, da Lei nº 12.529/11). A proposta de leniência, no entanto, consiste em uma descrição da infração relatada (incluindo a identificação dos demais participantes da infração, da área geográfica, dos produtos ou serviços afetados e da duração estimada) e dos documentos que serão fornecidos na assinatura do acordo (artigos 201, I, e 202, I, do RiCade). A proposta em si não pode ser divulgada quando aceita ou rejeitada. No entanto, estritamente falando, a confidencialidade não se aplica ao acordo de leniência que conterá informações e documentos previamente mencionados na proposta de leniência (artigo 206, §1º, IV e VII, do RiCade)” CAMARGO GOMES, Adriano; VIOLADA, Kelly F., ... p. 403 (tradução livre).

<sup>46</sup> “[...] o sigilo excepcionalmente estendido para além da proposta de acordo depende de circunstâncias concretas fundadas no interesse coletivo – seja ele o interesse das apurações, seja ele a proteção de segredos industriais, que, ao fim e ao cabo, resultam igualmente na proteção da concorrência, interesse coletivo tutelado institucionalmente pelo Cade”. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.554.986 – SP, ... p. 10.

<sup>47</sup> “O Histórico de Conduta é um documento elaborado pela Superintendência Geral do Cade que conta com uma descrição detalhada da conduta anticompetitiva [...] com base nas informações e documentos apresentados pelo requerente da leniência”. CADE, *Diretrizes – Programa Antitruste de Leniência do Cade*, p. 42, jun. 2016.

<sup>48</sup> Artigo 2º, II, ‘b’, ‘c’, ‘d’, e ‘e’ da Resolução nº 21/2018 e artigo 51 do RiCade.

<sup>49</sup> “Há, portanto, situações em que o investigado ou a parte de processo administrativo ou judicial tem uma ‘legítima expectativa de sigilo’, que deve ser tutelada pela ordem jurídica”. CAMARGO GOMES, Adriano. *Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória dos danos a direitos individuais decorrentes de infrações à ordem econômica*. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil), 2018, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p 396.

relacionados a infrações anticompetitivas podem ser confidenciais, se necessário, para elucidar os fatos investigados (artigo 49 da Lei nº 12.529/11 e artigo 50 do RiCade<sup>50</sup>).

A Resolução nº 21/2018 estabelece que os documentos e informações relacionados ao processo administrativo do CADE são públicos, mas que “sua divulgação ocorrerá na fase processual adequada” (art. 1º). As regras específicas são previstas pelos arts. 8º a 11 da Resolução e pela Seção II da Portaria nº 869/2019. De acordo com os dispositivos, até o final da fase de investigação, a maior parte dos documentos e informações permanece confidencial. Após a decisão final do Tribunal do CADE, os documentos com acesso restrito durante a fase de investigação se tornam públicos e podem ser divulgados assim que a decisão final não puder mais ser submetida a recurso. No entanto, os documentos e informações indicados no artigo 2º da Resolução nº 21/2018 permanecem com acesso restrito mesmo após a decisão final do CADE,<sup>51</sup> por incidirem nos casos de limites materiais tratados anteriormente.

No Resp 1.554.986, o STJ centrou sua atenção no acordo de leniência e entendeu pela existência de três fases distintas: (i) pedido de leniência, (ii) negociação entre o requerente e o CADE, e (iii) formalização do acordo de leniência.<sup>52</sup> Enquanto as fases (i) e (ii) estariam protegidas por sigilo legal que vincula a Administração, a fase (iii) marcaria o fim desse sigilo, sendo possível mantê-lo no interesse das investigações. Entretanto, ao final das investigações, o sigilo deixaria de se justificar, uma vez que, “após a conclusão das providências instrutórias, a hipótese de sigilo relacionada à elucidação dos fatos ou ao interesse da investigação não mais se justifica:<sup>53</sup> não havendo outros fatores que motivem o tratamento restritivo, os autos devem se tornar acessíveis a qualquer interessado”.<sup>54</sup> Nesse sentido, decidiu o STJ: “[...] trata-se do limite a partir do qual entende-se haver elementos probatórios suficientes, de modo que a possibilidade de interferência nas investigações e no sucesso de seu resultado se esvai, não mais se justificando a restrição à publicidade”.<sup>55</sup>

<sup>50</sup> O artigo 49 da Lei nº 12.529/11 também estabelece outro requisito para o tratamento confidencial dos documentos: “se exigido pelo interesse da sociedade”, que é analisada juntamente com os critérios do art. 50 do RiCade (“necessidade de esclarecimento dos fatos” e “interesse da sociedade”), devendo estar ambos presentes para que o tratamento confidencial seja possível.

<sup>51</sup> Resolução nº 21/2018, CADE. Art. 2º: “Constituem exceções ao disposto no art. 1º e serão mantidos como de acesso restrito, mesmo após a decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade, e não poderão ser disponibilizados a terceiros”.

<sup>52</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.554.986 – SP, ... p. 10-11.

<sup>53</sup> CAMARGO GOMES, Adriano; VIOLADA, Kelly F., ... p. 406-407.

<sup>54</sup> CAMARGO GOMES, Adriano, ... p. 396.

<sup>55</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.554.986 – SP, ... p. 12. A decisão compara o acordo de leniência e o acordo de colaboração premiada, previsto na Lei nº 12.850/2013, cujo sigilo termina no momento do recebimento da denúncia. O STJ entendeu que esse momento é análogo ao do envio do relatório circunstanciado pela SG ao Presidente do Tribunal e decidiu que esse deveria ser o fim do sigilo no processo administrativo voltado à apuração de infrações à ordem econômica.

Ainda, ao analisar a disposição do artigo 207 do RiCade<sup>56</sup> acerca da manutenção do sigilo do requerente do acordo de leniência até a decisão final do Tribunal Administrativo, o STJ afirmou que, além de não ter respaldo na Lei nº 12.529/2011, essa extensão do sigilo também é desproporcional, pois impede que terceiros busquem seu direito à indenização. “Em síntese, o sigilo do acordo de leniência não pode se prostrar no tempo indefinidamente, sob pena de perpetuar o dano causado a terceiros, garantindo ao signatário do acordo de leniência favor não assegurado pela lei”.<sup>57</sup>

Após recurso apresentado pelo CADE, o STJ alterou parcialmente sua decisão, definindo que o momento para divulgação dos documentos e informações deveria ser após a decisão final do CADE, deixando em aberto a possibilidade de exceções serem estabelecidas em uma análise caso a caso pelos tribunais judiciais. O STJ também estabeleceu a possibilidade de realização de um exercício de proporcionalidade na decisão do momento de divulgação, pois a confidencialidade permaneceria não no interesse do proponente de leniência, mas no interesse das investigações e proteção do programa de leniência.<sup>58</sup>

Entretanto, as disposições da Resolução nº 21/2018 implicam que o acesso a documentos e informações por potenciais legitimados à propositura de ações de reparação de danos concorrenciais só ocorrerá quando o processo se tornar público a qualquer indivíduo, ou seja, após a decisão final do CADE. A concessão excepcional de acesso é regulamentada por diversos requisitos exigidos do interessado no parágrafo único do art. 3º.<sup>59</sup> Esse artigo ainda determina uma possibilidade excepcional de divulgação dos documentos e informações com restrição material (sigilo legal), exigindo do requerente requisitos como motivação, razoabilidade, proporcionalidade e, principalmente, legitimidade.

Contudo, após todo o exposto, o que se entende é que a hipótese de acesso aos investigados por condutas anticompetitivas, que obtêm acesso ao processo administrativo no final da fase de investigação, deveria ser aplicada também aos prejudicados por essas condutas. Afinal, como regra geral de responsabilidade civil, todo aquele que causar, por ato ilícito, dano a outrem tem a obrigação de repará-lo.<sup>60</sup> No direito da concorrência não é diferente. O artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 determina que os prejudicados por práticas que constituam infração à ordem econômica poderão ingressar em juízo para “o recebimento de indenização

<sup>56</sup> “Art. 207. A identidade do signatário do acordo de leniência será mantida como de acesso restrito em relação ao público em geral até o julgamento do processo pelo Cade.”

<sup>57</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.554.986 – SP, ... p. 13.

<sup>58</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no Recurso Especial nº 1.554.986 – SP. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 06 mar. 2018, p. 9.

<sup>59</sup> Além disso, o artigo 53 do RiCade estabelece que cabe ao interessado formular em seu requerimento o pedido de acesso restrito às informações que indiquem a previsão legal que autoriza a solicitação.

<sup>60</sup> Artigos 156 e 927 do Código Civil.

por perdas e danos sofridos”, inclusive com investigações ainda em andamento no CADE.

Dessa forma, a Resolução nº 21/2018 restringe o direito de publicidade dos prejudicados por condutas anticompetitivas, obstando o exercício de seu direito à reparação, sob o argumento de que a restrição protegeria o programa de leniência e a própria tutela da livre concorrência. Essa medida, por restringir um direito fundamental de publicidade e acesso à informação, deve passar pelo exame da proporcionalidade.

#### 4 A regra da proporcionalidade e sua aplicação ao caso

Como os princípios e direitos fundamentais não são absolutos, as restrições são possíveis, porém limitadas, e esses limites decorrem da própria Constituição.<sup>61</sup> No ato da restrição, deve-se proteger o chamado núcleo essencial do direito, que, segundo a teoria relativa, é definido a cada caso. Embora o Texto Constitucional brasileiro não tenha consagrado expressamente a ideia de núcleo essencial, defende-se que ela “decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte”.<sup>62</sup>

Para Robert Alexy, em caso de conflito entre regras, há duas possibilidades de solução: declarar a invalidade de uma das regras ou introduzir em uma delas uma cláusula de exceção. Entretanto, a colisão entre princípios não permite a declaração de invalidade de um deles, nem a introdução de uma exceção, uma vez que um deles deve ceder ao outro a depender do peso atribuído no caso concreto. Isso decorre do fato de que os princípios em colisão devem ser realizados na maior medida do possível, pois são “mandamentos de otimização”.<sup>63</sup>

No caso de colisão entre direitos fundamentais, por decorrerem de normas constitucionais com estruturas de princípios, pode-se recorrer ao princípio da proporcionalidade e à técnica da ponderação. “A doutrina é pacífica no sentido de que o Estado pode restringir pontualmente o exercício de um direito fundamental [...] sempre que este colidir com outro direito fundamental ou com outro bem da mesma estatura jurídica, desde que essa restrição respeite o princípio [...] da proporcionalidade”.<sup>64</sup>

<sup>61</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 56.

<sup>62</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações..., p. 61.

<sup>63</sup> ALEXY, Robert *Teoria...*, p. 104-106.

<sup>64</sup> HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. A quebra de sigilo bancário post mortem em inquérito policial: entre a proteção dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade e o interesse público de persecução penal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 149-177, abr./jun. 2015, p. 167.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, as restrições a direitos fundamentais são realizadas por meio de regras, sobretudo pela legislação infraconstitucional. “Materialmente falando, as restrições a direitos fundamentais são sempre baseadas em princípios [...] Formalmente, no entanto, a restrição poderá ocorrer de formas diversas”.<sup>65</sup> Aqui, como visto anteriormente, temos dispositivos infraconstitucionais (regras) restritivas do direito fundamental de acesso à informação e do princípio da publicidade, baseadas materialmente no princípio de defesa da concorrência.

Nesse sentido, faz-se necessário que a medida estabelecida pela resolução administrativa do CADE passe pelo exame da proporcionalidade, empregado “especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. [...] Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito”,<sup>66</sup> as quais compõem a análise da proporcionalidade.

Cabe ressaltar que esse exame de proporcionalidade, realizado através do sopesamento entre os princípios em colisão, não é algo “mecânico ou de sopesamento subjetivo de importância, validade ou vigência das normas do sistema jurídico, mas envolve juízos de valor na atribuição de sentido da norma ao caso concreto, a partir de parâmetros e diretrizes igualmente normativas, controladas e capazes de serem aferidas publicamente”.<sup>67</sup>

Ademais, o princípio da proporcionalidade é o parâmetro pelo qual se avalia a conformidade das restrições a direitos fundamentais com a Constituição Federal e se constitui como um princípio constitucional implícito no art. 5º, LIV, da Carta Magna. “Qualquer medida interventiva do Estado em direitos fundamentais dos cidadãos que não respeitar o referido princípio importará violação a esse dispositivo constitucional”.<sup>68</sup>

Para Virgílio Afonso da Silva, o princípio da proporcionalidade seria, na verdade, uma regra, à qual se aplicaria o método de subsunção.<sup>69</sup> O autor afirma, ainda, que ela é uma regra de interpretação e aplicação do direito, e não se confunde com a razoabilidade, pois a proporcionalidade foi desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã e seus subelementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) são aplicados em uma ordem predefinida,

<sup>65</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 141-142.

<sup>66</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 24, abr. 2002.

<sup>67</sup> LEAL, Rogério Gesta. Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 131-166, maio/ago. 2014, p. 148.

<sup>68</sup> HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein A quebra de..., p. 168.

<sup>69</sup> HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein A quebra de..., p. 23.

conferindo-a sua própria individualidade. Desse modo, “a regra da proporcionalidade diferencia-se da razoabilidade não só pela sua origem, mas também pela sua estrutura”.<sup>70</sup>

Na linha do entendimento de Gilmar Mendes, o professor Virgílio Afonso da Silva entende que, apesar do fato de que a regra da proporcionalidade não encontra seu fundamento em um dispositivo legal do Direito brasileiro, ela decorre logicamente da estrutura dos direitos fundamentais ao caso concreto, estrutura essa que também justifica a exigibilidade da regra da proporcionalidade na solução de colisões entre princípios.<sup>71</sup> Sua análise é a maneira de se aplicar o dever de otimização dos direitos fundamentais ao caso concreto e, desse modo, a exigência da proporcionalidade é uma maneira de oferecer proteção contra limitações arbitrárias e desarrazoadas pela Administração.<sup>72</sup>

De todo modo, o último passo da análise deste artigo é verificar se a restrição de acesso ao processo administrativo do CADE, em especial aos documentos do acordo de leniência, por legitimados a obter reparação de danos concorrenciais até o julgamento final pelo Tribunal Administrativo é ou não proporcional. Para isso, essa restrição deve passar pelos subelementos da proporcionalidade, devendo se apresentar como (i) adequada, (ii) necessária e (iii) proporcional em sentido estrito. Esses elementos são subsidiários entre si e devem ser analisados necessariamente nessa ordem.<sup>73</sup>

## 5 Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito

O primeiro subelemento da proporcionalidade é a adequação, e sua análise pretende identificar se o meio utilizado é capaz de fomentar o objetivo legítimo atingido. Não é necessário, portanto, que o objetivo seja necessariamente alcançado, pois basta que ele seja fomentado. Nesse sentido, a medida será inadequada se não contribuir para fomentar a realização do objetivo.<sup>74</sup>

Em relação a este subelemento, a restrição de acesso aos documentos e informações do processo administrativo promovido pelo CADE deve se mostrar adequada para fomentar o fim a que se destina: proteger a tutela da livre concorrência e, em especial, o programa de leniência. Nesse sentido, o sigilo é extremamente desejável a um signatário de leniência, uma vez que prorroga o prazo para que um legitimado a obter reparação de danos concorrenciais na esfera cível possa

<sup>70</sup> HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. A quebra de..., p. 28.

<sup>71</sup> HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. A quebra de..., p. 48.

<sup>72</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações..., p. 60.

<sup>73</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional..., p. 34.

<sup>74</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional..., p. 35-36.

ingressar com um processo judicial e, na maioria das vezes, estimula que a ação seja interposta contra as demais empresas participantes do cartel. A partir dessa análise, a manutenção do sigilo cria um ambiente favorável à realização de acordos de leniência e, por essa ótica, ao proteger o programa de leniência, está se protegendo a própria tutela da livre concorrência realizada pelo CADE.

Entretanto, a tutela da livre concorrência não abarca apenas a proteção do programa de leniência. De fato, como já analisado previamente, a proteção da livre concorrência visa impedir a restrição do mercado pelos agentes econômicos, por práticas abusivas, acordos anticompetitivos ou operações de concentração econômica.<sup>75</sup> Assim, o princípio da repressão ao abuso do poder econômico compõe-se na tutela da livre concorrência.<sup>76</sup> Nessa ótica, também merecem a tutela do Estado todos aqueles que sofreram danos pelas práticas anticoncorrenciais e que, diante disso, têm direito à reparação. Portanto, beneficiar o signatário de leniência com o sigilo até o final do julgamento do processo administrativo (que pode durar anos) e impedir a propositura de uma ação de reparação de danos ofende a tutela do princípio da livre concorrência e, com isso, torna a medida desproporcional, por ofensa ao subprincípio da adequação.

Enquanto a análise da adequação é uma análise absoluta, a análise da necessidade é obrigatoriamente comparativa. “Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”.<sup>77</sup>

Já foi analisado por este artigo que a publicidade deve ser o princípio regente em relação aos atos administrativos, e o sigilo deve ser uma hipótese excepcional, imposto somente mediante justificações adequadas, completas e indiscutíveis.<sup>78</sup> Nesse sentido, apesar de o sigilo ser usado hoje pelo CADE como a principal ferramenta para garantir a atratividade do programa de leniência, há diversos outros meios que podem ser adotados para proteger o programa de leniência e, ao mesmo tempo, garantir o direito à reparação, como por exemplo: (i) estabelecer a responsabilidade solidária entre todos os agentes que participaram da conduta anticompetitiva e, portanto, permitir que o legitimado a obter a reparação possa entrar com a ação perante qualquer um deles com a mesma eficácia; (ii) estabelecer a penalização cível em dobro para os agentes não signatários da leniência e, com isso, conservar a atratividade do programa; e (iii) manter a inversão do ônus da prova, medida que reconhece a assimetria de informação entre as partes e permite

<sup>75</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo, ... p. 27.

<sup>76</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem*, p. 205.

<sup>77</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional...*, p. 38-39.

<sup>78</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, ... p. 103-106.

que o legitimado a obter reparação não precise apresentar as provas do seu dano em juízo cabendo ao investigado provar a ausência denexo causal entre a conduta anticompetitiva e os danos sofridos pelo autor da ação.

Diante de todas essas alternativas possíveis que limitam em menor medida o direito fundamental à publicidade do legitimado a obter a reparação de danos e, mesmo assim, mantêm a eficácia do programa de leniência, a manutenção do sigilo até o final do julgamento pelo CADE se mostra desnecessária e, portanto, desproporcional.

Por fim, é necessário realizar um terceiro exame, referente à proporcionalidade em sentido estrito, baseada em um sopesamento entre os interesses em conflito pela regra de sigilo do processo administrativo, ou seja, “entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.<sup>79</sup>

Estão em conflito, de um lado, o princípio da publicidade da Administração Pública, previsto pelo art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que se coloca lado a lado com os direitos fundamentais de acesso à informação (art. 5º, XXXIII) e obtenção de certidão (art. 5º, XXXIV, ‘b’), todos sustentando o direito do legitimado a obter reparação de danos de acessar documentos e informações do processo administrativo. Aqui é importante ressaltar a imprescindibilidade das informações do processo administrativo, em especial do acordo de leniência, para a comprovação do dano e do nexocausal necessários à reparação civil, devido fundamentalmente à assimetria de informações entre as vítimas de condutas anticompetitivas e o CADE, autarquia dotada de toda uma estrutura investigatória para a apuração do ilícito.

De outro lado, encontra-se a proteção do princípio da livre concorrência (art. 170, IV), argumento utilizado pelo CADE para a manutenção do sigilo dos documentos da leniência até o fim do julgamento do processo administrativo, entendimento que divergiu, em um primeiro momento, da posição do STJ,<sup>80</sup> mas que encontrou sua concretização com a publicação da Resolução nº 21/2018 pela autarquia. Aqui vale lembrar novamente a dupla natureza da tutela da livre concorrência, que, além de proteger o programa de leniência, deve garantir a reparação de danos causados pelas condutas anticompetitivas dos agentes do mercado. Assim, o peso dado ao princípio da livre concorrência acaba por fortalecer também o argumento para a não restrição da publicidade, dando à restrição um grande ônus argumentativo para que seja capaz de justificar a limitação do acesso, o que não se mostra no presente caso.

<sup>79</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional..., p. 41.

<sup>80</sup> CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016. p 195-196.

## Conclusão

O presente artigo se propôs a investigar a proporcionalidade das medidas restritivas de acesso aos processos administrativos promovidos pelo CADE, em especial aqueles decorrentes de acordos de leniência, por legitimados a obter reparação de danos concorrenciais. Nessa investigação, chegou-se às seguintes conclusões:

1. Na Constituição Federal de 1988 os direitos fundamentais de acesso à informação (art. 5º, XXXIII) e de obtenção de certidões (art. 5º, XXXIV, 'b'), ambos aplicáveis à Administração Pública em decorrência do princípio da publicidade (art. 5º, LX, e art. 37, *caput*), são legitimadores do direito da parte lesada por condutas anticompetitivas de receber acesso aos documentos e informações constantes dos processos administrativos que tramitam perante o CADE.

2. A regra geral dos processos administrativos é a observância do princípio da publicidade, e as limitações a esse princípio (mesmo aquelas estabelecidas pela própria Constituição Federal) devem ser interpretadas restritivamente, exigindo uma justificativa completa e proporcional.

3. O princípio da livre concorrência (art. 170, IV) se apresenta em duas dimensões: como garantia, através da qual obriga o Estado a não restringir a concorrência injustificadamente, garantindo um ambiente competitivo; e como diretriz, determinando a implementação de regras pelo Estado que impeçam a restrição injustificada da livre concorrência por agentes privados. Desse modo, assim como a proteção ao programa de leniência é uma forma de tutela da livre concorrência, a garantia de reparação de danos causados pelas condutas anticompetitivas dos agentes do mercado também o é.

4. O CADE editou recentemente a Resolução nº 21/2018 e a Portaria nº 869/2019 para regulamentar o acesso de terceiros aos processos administrativos. Pela análise dos dispositivos, em geral, o acesso por potenciais requerentes de ação de danos só acontecerá quando o processo se tornar público, ou seja, após a decisão final do CADE. Há, ainda, casos de sigilo material (estabelecidos em lei), pelos quais as informações devem ser mantidas confidenciais mesmo após a decisão final do CADE.

5. O Superior Tribunal de Justiça, ao enfrentar a matéria, teve um entendimento divergente da resolução administrativa do CADE, estabelecendo que o sigilo referente aos acordos de leniência só se justificaria até o término das investigações pela autarquia, e garantir o sigilo após esse momento seria beneficiar os signatários da leniência com um favor não garantido por lei. Mesmo após uma mudança de entendimento em sede de Embargos de Declaração, o STJ reforçou a necessidade de ponderação pela autoridade dos interesses em conflito.

6. Ocorrendo a colisão entre o princípio da publicidade e o direito de acesso à informação da parte lesada por uma conduta anticompetitiva, e o princípio de defesa da concorrência como tutela dos interesses dos investigados e do próprio CADE na proteção do programa de leniência, deverá ser observado o princípio da proporcionalidade, com atenção aos seus subelementos:

(a) adequação: a restrição de acesso ao processo administrativo deve se mostrar uma medida adequada a fomentar o objetivo a que se propõe: a tutela da livre concorrência. Nesse caso, é fundamental compreender que a defesa da concorrência abrange não somente a proteção do programa de leniência, mas também o direito à reparação por aqueles que foram vítimas das condutas anticompetitivas por agentes do mercado;

(b) necessidade: a medida que restrinja o acesso aos documentos do processo administrativo deve ser realmente necessária para resolver a colisão entre os interesses em jogo, devendo ser realizado um exercício comparativo com outras medidas possíveis. Se constatada a existência de outra medida que restrinja em menor medida o direito fundamental afetado (como, neste caso, a inversão do ônus da prova, a instituição de responsabilidade solidária entre os agentes e a aplicação de danos em dobro), a medida em questão deixará de ser necessária;

(c) proporcionalidade em sentido estrito: é necessário realizar um sopesamento entre os argumentos favoráveis à realização da medida restritiva e os argumentos desfavoráveis em relação ao direito fundamental que está sofrendo restrição. Aqui se deve levar em conta a imprescindibilidade do acesso às informações dos processos administrativos para a instrução das ações de reparação de danos, devido à assimetria de informações entre os legitimados e o CADE, bem como a faceta do princípio de defesa da concorrência, que justifica também a reparação dos danos como punição do Estado aos agentes responsáveis por condutas anticompetitivas.

7. A restrição prevista atualmente pela Resolução nº 21/2018 do CADE se mostrou inadequada, desnecessária e desproporcional em sentido estrito, levando-nos à conclusão de que não é uma medida proporcional para a solução do conflito instaurado pelo acesso aos documentos e informações dos processos administrativos. Não se nega a possibilidade de que outras circunstâncias fáticas possam justificar a manutenção do sigilo de determinados documentos, em especial quando seu conteúdo apresentar informações concorrencialmente sensíveis cuja divulgação possa resultar em danos irreversíveis à concorrência. Entretanto, nessa hipótese deverá ser aplicado novamente o princípio da proporcionalidade, com todos os seus subelementos, para justificar a adoção da medida em questão.

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia sobre o Programa de Leniência Antitruste do CADE*. Maio de 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2DNxKyE>. Acesso em: 7 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília: Imprensa Nacional, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.554.986 – SP. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, julgado em 08 de março de 2016.

BRASIL. Portaria nº 869, de 1º de novembro de 2019. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília: Imprensa Nacional, 2019.

BRASIL. Resolução nº 21, de 12 de setembro de 2018. Diário Oficial da República.

BUCHAIN, Luiz Carlos. Os objetivos do Direito da Concorrência em face da ordem econômica nacional. *Direito UFRGS – Cadernos do Programa de Pós-Graduação*, Porto Alegre, vol. 9, n. 1, p. 1-26.

CAMARGO GOMES, Adriano. *Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória dos danos a direitos individuais decorrentes de infrações à ordem econômica*. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil), 2018, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

CAMARGO GOMES, Adriano; VIOLADA, Kelly F. Disclosure of Leniency Materials in Brazil: an analysis of legislation, administrative regulations and court decisions. In: IBRAC. *The Future of Antitrust*. São Paulo: Editora Singular, 2020.

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. *Revista Constituição e Garantia de Direitos*. São Paulo, s.v., s.n., ago. 2016.

CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. A quebra de sigilo bancário post mortem em inquérito policial: entre a proteção dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade e o interesse público de persecução penal. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 149-177, abr./jun. 2015.

LEAL, Rogério Gesta. Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 131-166, maio/ago. 2014.

MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. Acesso aos documentos de acordos firmando com Autoridade (Leniência e Termos de Cessação de Conduta). In: DRAGO, Bruno de Luca; PEIXOTO, Bruno, Bruno Lana (Coord.). *A Livre Concorrência e os Tribunais Brasileiros*. São Paulo: Editora Singular, 2017, p. 95-111.

MARTINS, Frederico Bastos Pinheiro. *Private Enforcement de Cartéis no Brasil: O Problema do Acesso à Prova*. *RDC – Revista de Direito Concorrencial*, São Paulo, vol. 6, n. 1, p. 55-87, maio 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 2. p. 135-164, maio/ago. 2018.

- MATEUS, Janaína Cássia P. D. *O Princípio da Publicidade na Administração Pública*. 53 fls. Monografia (Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, UFPR, Curitiba, 2008.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDONÇA, Crystianne; MELO, Luiz Carlos Figueira. Dever fundamental de publicidade administrativa: uma análise sob a transparência pública na gestão estatal e a efetividade da participação popular nas ações da Administração Pública brasileira. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 249-266, jan./mar. 2018.
- PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito Concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da publicidade administrativa (direito de certidão, vista e intimação). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 97-110, jan./mar. 1995.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VIOLADA, Kelly Fortes. Colisão entre princípios e ponderação: a questão do acesso a documentos e informações por legitimados à propositura de ações de reparação de danos concorrenciais. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 95-115, set./dez. 2020.

---



# Privacidade e proteção de dados: por uma compreensão ampla do direito fundamental em face da sua multifuncionalidade

*Privacy and data protection: for a broad  
comprehension of a fundamental right  
in its multifunctionality*

**Eneida Desiree Salgado\***

Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil)  
desisalg@gmail.com  
<https://orcid.org/0000-0003-0573-5033>

**Vitoria Hiromi Saito\*\***

Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil)  
vitoriasyts@hotmail.com  
<https://orcid.org/0000-0001-8525-7144>

**Recebido/Received:** 16.10.2020/ October 16<sup>th</sup>, 2020

**Aprovado/Approved:** 26.11.2020/ November 26<sup>th</sup>, 2020

---

**Resumo:** O artigo visa analisar o direito à privacidade na contemporaneidade, momento em que as tecnologias de informação permitem o rastreamento constante dos indivíduos a partir de práticas onipresentes de coleta, processamento e mineração de dados pessoais. Sustenta-se que, se outrora a visão da privacidade como direito de ser deixado a sós era suficiente para garantir a sua tutela, o desenvolvimento tecnológico torna necessária a adoção de novos instrumentos jurídicos, na medida em que a proteção do direito à privacidade se torna progressivamente mais complexa. Adota-se a teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais para explicar tal complexidade, a qual afirma

---

Como citar este artigo/*How to cite this article*: SALGADO, Eneida Desiree; SAITO, Vitoria Hiromi. Privacidade e proteção de dados: por uma compreensão ampla do direito fundamental em face da sua multifuncionalidade. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3. p. 117-137, set./dez. 2020.

\* Doutora em Direito do Estado. Professora de Direito Constitucional e de Direito Eleitoral da Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil). Pesquisadora-líder do Núcleo de Investigações Constitucionais.

\*\* Graduanda em Direito na Universidade Federal do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil). Pesquisadora do Núcleo de Investigações Constitucionais. Pesquisadora voluntária no Programa de Iniciação Científica 2018/2019.

que esses direitos abrangem um feixe de posições jurídicas jusfundamentais, impondo tanto deveres negativos de abstenção como deveres positivos de prestação, sendo que estes se subdividem em prestações fáticas e normativas, o que pode ser observado no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018). Conclui-se que proteger o direito à privacidade na era digital não significa pleitear o fim da coleta de dados pessoais, mas defender que tais práticas sejam realizadas em prol da transparência e da *accountability*, a fim de diminuir a assimetria entre os polos da relação informacional.

**Palavras-chave:** Privacidade. Proteção de dados. Direitos fundamentais. Multifuncionalidade. Lei Geral de Proteção de Dados.

**Abstract:** We aim to analyze the right to privacy in contemporaneity, where information technologies are capable of constant surveillance through ubiquitous techniques of data collection, data processing and data mining. We argue that while the concept of privacy as the right to be let alone was sufficient to guarantee its protection in the past, technological innovation has required the adoption of new legal instruments as the right to privacy becomes ever so more complex. We espouse the theory of the multifunctionality of fundamental rights to explain this complexity, arguing that these rights encompass different iusfundamental juridical pretensions and establish both negative and positive obligations, materially and normatively, which can be seen in Brazil by its most recent Data Protection Law. We conclude that protecting the right to privacy in the digital age does not mean supporting the end of data collection practices, but defending these practices to be guided by the notions of transparency and accountability, in order to diminish the asymmetry between the subjects of the informational relationship.

**Keywords:** Privacy. Data protection. Fundamental rights. Multifunctionality. Data protection law.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** O direito à privacidade sob a lente da teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais – **3** As legislações de proteção de dados enquanto prestação normativa estatal exigida pelo direito fundamental à privacidade – **4** O direito à privacidade nas dimensões de prestação fática e de defesa – **5** Considerações finais – Referências

## 1 Introdução

A ideia de privacidade tem um alcance bastante diverso, a depender do contexto cultural, histórico e social. Em um mesmo Estado, as decisões legislativas e judiciais podem provocar um elástico aumento ou uma redução no conceito de esfera privada, a implicar mais ou menos espaço de inviolabilidade em relação ao espaço de realização pessoal.

Os posicionamentos da Suprema Corte estadunidense revelam essa faceta, ora reconhecendo uma proximidade da privacidade com a autonomia pessoal (incluindo a liberdade de crença, a proteção do uso do lar para abrigar soldados, a proteção contra buscas arbitrárias e contra a autoincriminação, a decisão sobre o uso de métodos contraceptivos, sobre a interrupção voluntária da gravidez e sobre a formação familiar), ora parecendo reduzir seu alcance, em face da ausência de menção expressa ao direito no Texto Constitucional. No Texto Constitucional brasileiro tampouco se encontra o termo “privacidade”. O artigo 5º, X, no entanto, faz referência expressa à inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. A defesa da intimidade aparece também no inciso LX do mesmo

artigo 5º (ao tratar da possibilidade de restrição da publicidade dos atos judiciais) e no artigo 93, IX (que se refere à possibilidade de restrição de publicidade dos julgamentos). Além disso, há a proteção de sigilo de comunicações.

Os Textos Constitucionais referidos – um ainda do século XVIII e um do final do século XX – não fazem frente às ameaças à privacidade enfrentadas na segunda década de um novo milênio. A proteção da intimidade, em um contexto em que as pessoas vivem, trabalham, consomem, se relacionam, se manifestam por uma rede mundial de computadores que registra cada ação e combina com as demais, demanda ações estatais e de entidades para além dos territórios estatais muito mais enfáticas do que as previstas nas Constituições ou desenvolvidas a partir delas. Trata-se de um novo tempo, que demanda um novo olhar sobre o direito à privacidade. Um olhar que reconheça as suas múltiplas funções e as ações estatais exigidas a partir de cada uma delas. É isso que se pretende demonstrar aqui.

## 2 O direito à privacidade sob a lente da teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais

Historicamente, entende-se que a definição moderna da privacidade surgiu em contexto recente nos Estados Unidos, ao final do século XIX, com a publicação do artigo *The Right to Privacy*, de autoria de Samuel Warren e Louis Brandeis. Nesse contexto, a privacidade é vista como o direito de ser deixado a sós (*the right to be let alone*), com vistas a evitar que o indivíduo tenha sua esfera pessoal violada por agentes externos, de tal modo que a proteção do direito ocorreria mediante a imposição de um dever geral de abstenção ao Estado e aos particulares.<sup>1</sup>

Apesar da grande contribuição de Warren e Brandeis para o desenvolvimento da doutrina da proteção da privacidade, trata-se de um conceito surgido em um período histórico específico, no qual a disseminação da imprensa escrita passou a gerar preocupações quanto a possíveis ingerências da mídia nascente sobre as vidas pessoais de figuras públicas, pertencentes a uma parcela tradicionalmente burguesa da população estadunidense, com elevada projeção social.<sup>2</sup> No entanto, o rápido desenvolvimento dos meios de comunicação em massa ao longo do século XX – em especial ao ganhar contornos exponenciais a partir da década de 1970 – fez com que a concepção oitocentista do *right to privacy* se tornasse insuficiente para tutelar os novos desafios proporcionados pelas novas tecnologias de informação para a proteção dos dados pessoais.

<sup>1</sup> GLANCY, Dorothy J. The Invention of the Right to Privacy. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 21, n. 1, p. 1-39, jan. 1979, p. 1.

<sup>2</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 33.

Conforme lição de Stefano Rodotà, enquanto a noção clássica de privacidade se apoiava na relação “pessoa-informação-sigilo”, o advento da sociedade de informação fez com que a relação mais relevante se tornasse “pessoa-informação-circulação-controle”.<sup>3</sup> Aponta o jurista italiano, pois, que a redefinição do conceito de privacidade faz com que ela, simultaneamente, se estabeleça como um direito fundamental, se especifique como um direito à autodeterminação informativa – o poder do sujeito de ter o controle sobre suas próprias informações – e se torne precondição da própria ideia de cidadania na era digital.

Destarte, verifica-se que o direito à privacidade possui um caráter complexo, cuja proteção contemporânea não consegue ser efetivada somente por um não fazer por parte do Estado e dos particulares. O reconhecimento de tal complexidade é imprescindível para a devida tutela do direito, pois ela apenas é possível com a proteção de todas as posições jurídicas pelas quais a privacidade se espraia. Contudo, antes de se adentrar na análise específica das diferentes dimensões que compõem o direito à privacidade, necessário compreender que esta pluralidade de dimensões é característica comum de todos os direitos fundamentais, em decorrência de sua multifuncionalidade.

Tradicionalmente, contudo, os direitos fundamentais não eram explorados conforme a sua multifuncionalidade, preferindo a doutrina constitucionalista separá-los em três gerações distintas, de maneira a facilitar uma análise histórica: a) a *primeira geração* abrange os direitos decorrentes do liberalismo iluminista a partir do século XVIII, ou seja, as liberdades individuais, que estabelecem ao Poder Público o dever de não interferir na esfera jurídica dos cidadãos; b) a *segunda geração*, referente aos direitos sociais surgidos com o Estado Social de Direito a partir do século XX, que obrigam o Estado a realizar ações positivas de intervenção (em prol, por exemplo, do direito à saúde, à assistência social, à educação, entre outros); e c) a *terceira geração*, relativa aos direitos de titularidade difusa e coletiva a partir do último quarto do século XX, que tutelam bens jurídicos indivisíveis, tais como a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e a conservação do patrimônio histórico e cultural. Apesar da qualidade didática desta classificação, ela acaba por ser reducionista e prejudicial à devida compreensão dos direitos fundamentais em toda sua complexidade, uma vez que induz à conclusão de que a tutela dos direitos de liberdade se limita à simples abstenção do ente estatal e que a titularidade transindividual é inerente apenas aos ditos direitos de terceira geração, quando na realidade *todos* os direitos fundamentais apresentam características de todas as três gerações.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 93.

<sup>4</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 621.

Ademais, o reducionismo das gerações de direitos também leva a uma “sobrevalorização da força jurídico-imperativa dos direitos integrantes da assim chamada ‘primeira geração’”,<sup>5</sup> pois apenas esses poderiam ser verdadeiramente considerados como direitos subjetivos. Ou seja, apenas os direitos de liberdade teriam aplicabilidade imediata, pois a sua efetivação poderia ser integralmente realizada mediante uma simples determinação judicial de não fazer ao ente público, sem necessitar de regulamentação infraconstitucional ou infralegal ou mesmo qualquer atuação positiva estatal. Por sua vez, os direitos sociais e os direitos de titularidade transindividuais careceriam de aplicabilidade imediata, pois a sua satisfação demandaria tanto regulamentação específica como disponibilidade orçamentária.<sup>6</sup>

Contudo, tal argumento não se sustenta, uma vez que a integral proteção do direito à privacidade – classicamente inserida dentro do rol de direitos de primeira geração, surgida num contexto liberal-burguês oitocentista – não pode se resumir à simples determinação de um dever negativo de abstenção, pois a concepção da privacidade como o direito de ser deixado a sós há muito se encontra superada. A profunda relação existente entre privacidade, proteção de dados e as novas tecnologias de informação<sup>7</sup> demonstram a imprescindibilidade da determinação conjunta de deveres negativos e de deveres de prestação. Isso não é uma peculiaridade do direito à privacidade, mas elemento característico de todos os direitos fundamentais. É preciso, portanto, observar aquilo que Robert Alexy denomina como direitos fundamentais “completos”, reconhecendo que um único direito fundamental abrange um feixe de posições jurídicas distintas, abarcando simultaneamente direitos de defesa e direitos a prestações, que vão desde prestações normativas até prestações no mundo fático.<sup>8</sup>

Assim, sustentar a multifuncionalidade dos direitos fundamentais significa reconhecer que esses direitos se revelam em diversas pretensões jurídicas jusfundamentais e, conseqüentemente, apresentam múltiplas funções. A doutrina varia em relação à definição e à quantidade específica das funções exercidas pelos direitos fundamentais,<sup>9</sup> de modo que, para os fins deste trabalho, adotar-se-á a

<sup>5</sup> HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404-436, set./dez. 2019. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.4013/rechtd.2019.113.08>. Acesso em: 20 set. 2020.

<sup>6</sup> HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos..., p. 409.

<sup>7</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira; WOLOSZYN, André Luis. A tutela jurídica da privacidade e do sigilo na era digital: doutrina, legislação e jurisprudência. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 3, p. 167-200, set./dez. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i3.51295.

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 433.

<sup>9</sup> Ingo Sarlet aponta, por exemplo, que Albert Bleckmann sustentou a multifuncionalidade dos direitos fundamentais em uma classificação que abrange doze diferentes funções. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 156.

classificação empregada por Daniel Wunder Hachem, que sustenta que as posições jurídicas jusfundamentais se revelam nas seguintes dimensões: a) de *defesa*, ou seja, impondo um dever de abstenção ao Poder Público; e b) de *prestação*, que determina uma atuação estatal positiva em prol do direito fundamental. Este dever de prestação ainda se subdivide em: i) *prestação fática* (ou *material*), por meio da qual a atuação estatal se dá no plano concreto, e ii) *prestação normativa*, mediante a criação de normas de *proteção* do bem jurídico para protegê-lo de investidas de outros particulares, bem como pela criação de estruturas de *organização e procedimentos* que auxiliem na promoção do direito fundamental.<sup>10</sup>

Nesse contexto, o direito fundamental em sentido amplo abrange um conjunto de pretensões jurídicas diversas, tanto de defesa como de prestações positivas, sendo que cada uma dessas posições jusfundamentais também pode ser isoladamente chamada de direito fundamental, em acepção estrita.<sup>11</sup> A pluralidade de posições jurídicas inerentes a cada direito fundamental *lato sensu* faz com que não seja possível afirmar se esse direito se trata de um direito subjetivo ou se a sua aplicabilidade é imediata, sendo necessário analisar de qual direito fundamental *stricto sensu* está se falando. Enquanto determinadas pretensões jusfundamentais podem ser postuladas individualmente em juízo, outras podem requerer a utilização de mecanismos de tutela coletiva;<sup>12</sup> enquanto certas posições possuem aplicabilidade imediata, outras requerem instrumentos infraconstitucionais para serem instituídas.

Para além disso, essa pluralidade de posições jurídicas faz com que os direitos fundamentais apresentem uma dupla dimensão: a) *subjetiva*, pois investe o titular do direito na prerrogativa de exigir sua proteção, bem como autoriza sua exigibilidade judicial na hipótese de descumprimento; e b) *objetiva*, na medida em que estabelece ao Estado deveres objetivos gerais de tutela desses direitos, independentes de prévia postulação judicial e voltados a favor de todos os cidadãos, por todo o ordenamento jurídico. Desta maneira, a eficácia dos direitos fundamentais não pode ser valorada exclusivamente a partir de uma perspectiva individualista, “mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar”.<sup>13</sup> Portanto, a tentativa de limitar os direitos fundamentais à noção de direitos subjetivos é uma visão reducionista fadada ao fracasso, que ignora que os direitos fundamentais

<sup>10</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 628.

<sup>11</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade..., p. 629.

<sup>12</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade..., p. 629.

<sup>13</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 145.

tratam de uma “categoria jurídica própria”<sup>14</sup> apta a agregar distintas dimensões de proteção, sem que haja contradição lógica entre elas.

Estabelecidas as bases teóricas que fundamentam a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, cabe analisar, agora, como o direito à privacidade se manifesta dentro de tal arquitetura e como a sua efetiva proteção requer que a tutela ocorra em todas as suas posições jusfundamentais – tanto na esfera de defesa como nas esferas prestacionais normativa e fática.

### 3 As legislações de proteção de dados enquanto prestação normativa estatal exigida pelo direito fundamental à privacidade

Dentro da teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, uma das pretensões que compõem o feixe de posições jurídicas jusfundamentais se refere à dimensão prestacional do Estado, ou seja, que demanda uma atuação estatal positiva em prol do bem jurídico. Como observado anteriormente, a dimensão prestacional comporta tanto deveres de prestação no mundo *fático* como em âmbito *normativo*, sendo que este ainda se subdivide nos direitos de *proteção* e de *organização e de procedimento*. Este item buscará, portanto, realizar uma análise da tutela do direito à privacidade a partir da dimensão da prestação normativa.

Afirmar que o Estado tem um dever de prestação normativa significa, nesse sentido, que cumpre ao Poder Público o papel de tutelar os direitos fundamentais mediante a criação de normas,<sup>15</sup> que podem ser voltadas especificamente à proteção do direito contra a interferência de particulares (função de proteção) ou para a “criação de órgãos, instituições e procedimentos que viabilizem de forma universalizada o desempenho das demais funções”<sup>16</sup> (função de organização e de procedimento).

No que tange ao direito à privacidade, a importância da dimensão de prestação normativa foi reconhecida em outros ordenamentos jurídicos logo na segunda metade do século XX, conforme a relação entre a privacidade e a proteção de dados pessoais começava a se aprofundar. Esse reconhecimento incorreu no surgimento das primeiras leis de proteção de dados pessoais, que eventualmente seriam conhecidas como a “primeira geração” de legislações, a qual inclui a lei do *Land* alemão de Hesse (1970), a lei de proteção de dados sueca (1973) e o *Privacy Act* estadunidense (1974), cujo enfoque era a regulamentação dos bancos de dados estatais. Nos anos seguintes, com a descentralização e a proliferação dos centros

<sup>14</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade ..., p. 632.

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. *Teoria...*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 202.

<sup>16</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade..., p. 628.

de processamento de dados, não tardou a chegada da segunda geração de leis, que teve como modelo a lei francesa de 1978, mas ainda baseada numa concepção da privacidade enquanto liberdade negativa.<sup>17</sup>

A evolução das tecnologias de informação no decorrer das décadas demonstrou a necessidade de evolução também dos dispositivos normativos sobre proteção de dados, de tal forma que Danilo Doneda aponta que atualmente é possível constatar, ainda, a existência de uma terceira e de uma quarta gerações legislativas,<sup>18</sup> tendo ambas reconhecido novas camadas de complexidade inerentes à proteção da privacidade, além de associá-la à ideia de autodeterminação informativa e reconhecer a posição de vulnerabilidade do usuário dentro da relação informacional.

Portanto, em comparação com outros países, que possuem dispositivos legais sobre a proteção de dados desde as décadas de 1970 e 1980, a discussão normativa brasileira acerca do tema ainda está em seus estágios iniciais, tendo em vista que a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) foi promulgada apenas em 2018, na esteira da consolidação do *General Data Protection Regulation* da União Europeia (GDPR) em 2016. Antes da nova lei, já havia disposições infraconstitucionais esparsas sobre a privacidade e a proteção de dados, contudo, elas eram insuficientes para regular o tratamento de dados e a privacidade sob um sistema uniformizado, pois se restringiam às hipóteses setoriais de aplicação de cada dispositivo.<sup>19</sup> Isso significa que o debate sobre a proteção de dados no Brasil ainda tem um longo caminho a percorrer, em especial ao se considerar o grau de insegurança jurídica que assolou a própria data de entrada em vigor da lei.<sup>20</sup> No final das contas, quem se beneficiou de tal insegurança jurídica foram os próprios agentes que vinham protelando a adoção de políticas de *compliance*, prejudicando aqueles que buscaram providenciar medidas de adequação à lei desde o início.

No entanto, as críticas às formas como os entes políticos vieram a obstaculizar a implementação da Lei Geral de Proteção de Dados não excluem a sua importância

<sup>17</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade...*, 2019, p. 177.

<sup>18</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade...*, p. 178-179.

<sup>19</sup> Exemplos de leis que tangenciam o tema incluem a Lei de Arquivos Públicos (Lei nº 8.159/1991), a Lei do Habeas Data (Lei nº 9.507/1997), o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002, a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), a Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011) e o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). Nesse sentido: OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizzi; LOPES, Isabela Maria Pereira. *Os princípios...*, p. 53-83.

<sup>20</sup> A redação original da Lei Geral de Proteção de Dados previa sua entrada em vigor no mês de janeiro de 2020, o que foi adiado para agosto de 2020 pela Lei nº 13.853/2019, decorrente da Medida Provisória nº 869/18. Em abril de 2020, por força da crise provocada pela pandemia do coronavírus (covid-19), foi editada a Medida Provisória nº 959/20, estendendo a *vacatio legis* até maio de 2021. A MP nº 959/20 veio a ser convertida na Lei nº 14.058/2020, porém o dispositivo relativo à entrada em vigor da LGPD (art. 4º) foi declarado prejudicado pelo Senado, de modo que a LGPD entrou em vigor na data de 18 de setembro de 2020. No entanto, os dispositivos relativos às sanções dos agentes de tratamento de dados (arts. 52 a 54) devem entrar em vigor somente em agosto de 2021, por força da Lei nº 14.010/2020, a qual também foi promulgada no contexto da pandemia.

para o ordenamento jurídico brasileiro, que há décadas necessitava de regulação específica sobre o tema, uma vez que é ela que tem o condão de cumprir a pretensão jusfundamental de uma prestação estatal normativa, tanto na dimensão do direito à proteção como na de organização e procedimento.

O texto legal explicitamente adota normas voltadas ao cumprimento da posição jurídica jusfundamental prestacional de *proteção* da privacidade e dos dados pessoais, destinadas a proteger o titular dos direitos contra intervenções de terceiros e de outros particulares. Isso ocorre na medida em que a Lei nº 13.709/2018 não estabelece apenas uma base principiológica e axiológica para a proteção de dados, como também institui deveres ao Estado e a entes privados, quando realizem operações de tratamento de dados pessoais em território brasileiro ou relativos a titulares localizados em território nacional.<sup>21</sup> Ainda, o descumprimento dos preceitos legais pode incorrer na aplicação de sanções administrativas aos agentes de tratamento, nos termos dos artigos 52 a 54, sem prejuízo da aplicação do instituto da responsabilidade civil quando constatado o dano em relação ao titular dos dados, conforme disposto pelos artigos 42 a 45.

Desta maneira, a proteção normativa do direito à privacidade e à proteção de dados não se limita à relação entre indivíduo e Estado, mas igualmente busca proteger as situações entre particulares, demarcando “as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia, bem como a exigibilidade e a realização dessa demarcação”.<sup>22</sup> Torna-se possível observar, nesse caso, a denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, o fato de que as normas de direitos fundamentais incidem sobre as relações privadas, mesmo quando *a priori* se trate de um direito dirigido de maneira imediata ao Estado.<sup>23</sup> Isso ocorre por força do efeito de irradiação dessas normas sobre todo o ordenamento jurídico,<sup>24</sup> uma vez que, como explorado pela teoria da multifuncionalidade, os direitos fundamentais se desdobram tanto em posições subjetivas que permitem a sua exigibilidade judicial como em valores objetivos de proteção que devem ser respeitados pelo ente estatal e por todos os cidadãos.

Para além do dever de proteção contra ingerências de terceiros, a dimensão da prestação normativa também impõe ao Estado o dever de estabelecer *organizações e procedimentos* voltados justamente a facilitar a concretização do direito fundamental.

<sup>21</sup> Art. 3º: “Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que: I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional; II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional”.

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. *Teoria...*, p. 451.

<sup>23</sup> HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais..., p. 419.

<sup>24</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos...*, p. 524-525.

É incumbência do Poder Público, portanto, fornecer as condições jurídicas e materiais necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais, a partir da formatação de “estruturas organizativas e mecanismos procedimentais que possibilitem o seu adequado exercício para todos os seus titulares, independentemente de provocação”.<sup>25</sup> A relação existente entre direitos fundamentais e o dever de organizações e procedimentos é mútua, uma vez que, ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais dependem da organização e do procedimento para que sejam devidamente exercidos, esses próprios mecanismos devem ser estabelecidos de acordo com as normas de direitos fundamentais, utilizando-as como parâmetro para a construção das estruturas organizacionais e como diretrizes para a aplicação das normas procedimentais.<sup>26</sup>

Danilo Doneda pontua que o instrumento mais adotado pelas legislações de proteção de dados, em relação às estruturas de organização e de procedimento, é a previsão normativa de uma autoridade administrativa independente (a *Data Protection Authority*, ou DPA), que atue em prol da proteção dos usuários, uma vez que a rápida evolução das tecnologias de informação – como a proliferação do *Big Data* e a sofisticação das técnicas de mineração de dados – dificulta a possibilidade de o cidadão, sozinho, conseguir acompanhar de forma eficaz como seus dados estão sendo coletados e tratados por pessoas jurídicas de direito público e de direito privado.<sup>27</sup>

Além disso, o estabelecimento de uma autoridade reguladora é apto a promover “a busca de eficiência, a redução de custos para o Estado, a estabilização dos mercados e a especialização dos órgãos decisoriais do Estado”,<sup>28</sup> bem como garante maior segurança jurídica e uniformidade na aplicação da legislação, eis que a centralização ao redor de uma autoridade “evita o risco da fragmentação da interpretação da lei entre tribunais e mesmo outros órgãos administrativos com competências eventualmente concorrentes”,<sup>29</sup> o que permite que a tutela da privacidade e da proteção de dados ocorra de maneira mais eficiente.

Na Lei Geral de Proteção de Dados, a preocupação com a previsão de uma autoridade administrativa específica levou à criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), prevista pelo artigo 55-A como órgão da Administração Pública federal integrante da Presidência da República, depois do veto da redação original, a qual inicialmente previa a Autoridade enquanto autarquia especial vinculada ao Ministério da Justiça. Enquanto manifestação da posição fundamental prestacional normativa de organização e procedimento, a ANPD se volta à

<sup>25</sup> HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais..., p. 420.

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia* 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 194.

<sup>27</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade...*, p. 308.

<sup>28</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade...*, p. 312.

<sup>29</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade...*, p. 315.

regulamentação específica de determinados dispositivos gerais estabelecidos pela Lei nº 13.709/2018 – tais como, por exemplo, os acordos contratuais para transferência internacional de dados pessoais e o dever dos agentes de tratamento de notificar eventuais vazamentos de dados.<sup>30</sup>

Cabe ainda à Autoridade a publicação de orientações técnicas para que os agentes públicos e privados se adéquem à LGPD, a fiscalização e a aplicação de sanções administrativas nas situações de descumprimento do texto legal, dentre outras atribuições.<sup>31</sup> Para tanto, torna-se imprescindível que a atuação da Autoridade se dê a partir de um diálogo constante com os setores sociais diretamente afetados, bem como que a composição do Conselho Diretor seja multidisciplinar,<sup>32</sup> ante a complexidade e a especificidade dos temas relacionados ao desenvolvimento tecnológico, cuja rápida mutação “exige tecnicidade, atualização constante, conhecimento de ponta e garantia de atuação independente”.<sup>33</sup>

Para que a implementação de uma autoridade reguladora efetivamente sirva ao fortalecimento e à consolidação de uma cultura de proteção da privacidade e dos dados pessoais, imperioso que ela seja dotada de independência e de autonomia funcional, financeira e administrativa, de modo a “isolar sua atuação da influência dos poderes estatais constituídos na administração pública direta”.<sup>34</sup> É apenas com a autonomia que é possível garantir que as atividades da autoridade sejam conduzidas em prol dos direitos fundamentais, impedindo que ela se sujeite a eventuais interferências políticas que venham a ser contrárias à fiscalização dos agentes de tratamento de dados. Considerando que há diversas situações concretas em que o Poder Público pode ter interesse em coletar os dados pessoais dos cidadãos como forma de tornar a atuação estatal mais eficiente, a ausência de um grau substantivo de independência pode levar o Estado a se aproveitar de sua influência sobre a autoridade reguladora “para beneficiar a implementação ou execução de serviços públicos e políticas públicas do Poder Executivo”<sup>35</sup> em detrimento da privacidade e da proteção de dados.

Contudo, ao se analisar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados da forma como foi instituída pela Lei nº 13.709/2018, percebe-se que não foi conferida a ela o grau de independência e de autonomia necessárias para a devida proteção

<sup>30</sup> GUTIERREZ, Andriei. Da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice (Coord.). *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 387-402.

<sup>31</sup> GUTIERREZ, Andriei. Da Autoridade Nacional..., p. 398.

<sup>32</sup> GUTIERREZ, Andriei. Da Autoridade Nacional..., p. 396.

<sup>33</sup> VASCONCELOS, Beto; PAULA, Felipe de. A autoridade ..., p. 717-739.

<sup>34</sup> DONEDA, Danilo. *Da privacidade...*, p. 314.

<sup>35</sup> GUTIERREZ, Andriei. Da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice. (Coord.). *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 399.

dos direitos fundamentais dos usuários que têm seus dados coletados, uma vez que ela foi criada enquanto órgão da administração direta integrante da Presidência da República, sendo que os membros do Conselho Diretor e do Conselho Nacional de Proteção dos Dados Pessoais e da Privacidade deverão ser nomeados por ato do Presidente da República.<sup>36</sup>

A redação original da Lei Geral de Proteção de Dados previa a Autoridade enquanto integrante da Administração Pública indireta, tratando-se de autarquia especial vinculada ao Ministério da Justiça, a qual foi vetada pelo então Presidente Michel Temer por inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa.<sup>37</sup> A ANPD veio a ser criada posteriormente por meio da Medida Provisória nº 869/2018, com a atual redação, convertida em lei pela Lei nº 13.853/2019. Como forma de dirimir o problema, inseriu-se também o artigo 55-B, que prevê “autonomia técnica e decisória à ANPD”, o qual, contudo, não é capaz de assegurar de maneira isolada o grau de independência necessário para uma atuação efetivamente voltada à proteção de dados e da privacidade, na medida em que “mero enunciado normativo de autonomia técnica não afasta as exigências fáticas que caracterizam uma entidade de fato autônoma”.<sup>38</sup>

Enquanto persistir a possibilidade de o Poder Público se utilizar de influência política sobre a Autoridade Nacional de Proteção de Dados para afrouxar seus deveres legais e reduzir seu grau de *accountability*, estabelecendo tratamentos distintos entre a coleta de dados realizada por pessoas jurídicas de direito público e a realizada pelas pessoas de direito privado,<sup>39</sup> a devida tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos necessariamente se encontrará em posição de vulnerabilidade.

#### 4 O direito à privacidade nas dimensões de prestação fática e de defesa

Retornando à teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, observou-se que a pretensão jusfundamental de prestação se trata de uma obrigação positiva imposta ao Estado, que pode se desdobrar tanto no dever de prestação

<sup>36</sup> Art. 55-D: O Conselho Diretor da ANPD será composto de 5 (cinco) diretores, incluído o Diretor-Presidente. §1º Os membros do Conselho Diretor da ANPD serão escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea ‘f’ do inciso III do art. 52 da Constituição Federal, e ocuparão cargo em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS, no mínimo, de nível 5.

Art. 58-A: O Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade será composto de 23 (vinte e três) representantes, titulares e suplentes, dos seguintes órgãos: (...)

§1º Os representantes serão designados por ato do Presidente da República, permitida a delegação.

<sup>37</sup> VASCONCELOS, Beto; PAULA, Felipe de. *A autoridade...*, p. 728.

<sup>38</sup> VASCONCELOS, Beto; PAULA, Felipe de. *A autoridade...*, p. 731.

<sup>39</sup> VASCONCELOS, Beto; PAULA, Felipe de. *A autoridade...*, p. 733.

normativa – que se subdivide nas esferas de proteção e de organização e de procedimento – como no dever de prestação fática, também conhecida como dever a prestação em sentido estrito (em oposição às prestações em sentido amplo, que são as prestações normativas).

Afirmar que o Poder Público tem o dever de realizar prestações fáticas significa que a ele incumbe o dever de garantir *materialmente* as condições necessárias para que o direito fundamental possa ser fruído por seus titulares, sendo que, a princípio, essas prestações também poderiam ser realizadas por particulares, caso o indivíduo “dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado”.<sup>40</sup> Além disso, a dupla dimensão relativa à estrutura dos direitos fundamentais – em suas perspectivas subjetiva e objetiva – faz com que o eventual descumprimento do dever *objetivo* por parte do Estado possibilite ao cidadão pleitear individualmente a tutela de seu direito, em sua posição *subjetiva*; afinal, “o titular do direito fundamental tem um direito a uma ação estatal, que é imprescindível para a proteção de sua esfera de liberdade constitucionalmente protegida”.<sup>41</sup>

Na medida em que tais prestações são concretas e voltadas à realidade fática, há uma pluralidade de instrumentos que podem ser utilizados para garanti-las, o que torna irrelevante a forma jurídica a ser adotada para a satisfação do direito (elemento este que é justamente o critério de distinção entre os direitos a ações positivas fáticas e as ações positivas normativas, conforme Robert Alexy<sup>42</sup>). Não havendo previsão legal expressa acerca de procedimentos e mecanismos específicos que devem ser utilizados pelo Estado, as diferentes maneiras como podem ser cumpridos os deveres de prestação material recaem dentro da esfera de discricionariedade da Administração Pública.<sup>43</sup> De tal maneira, seria impossível tentar estabelecer um rol exaustivo de prestações fáticas no âmbito da proteção do direito à privacidade e da proteção de dados, portanto, cabendo ao escopo deste artigo apenas citar alguns exemplos.

Na Lei Geral de Proteção de Dados, é possível verificar deveres gerais estabelecidos pelo legislador em relação aos controladores de dados, que podem se traduzir no âmbito das prestações fáticas. O artigo 18, por exemplo, elenca o direito dos titulares dos dados de obter dos agentes de tratamento uma variedade de práticas, como o acesso aos dados pessoais, a sua correção, anonimização,

<sup>40</sup> ALEXY, Robert. *Teoria...*, p. 499.

<sup>41</sup> ALEXY, Robert. *Teoria...*, p. 250.

<sup>42</sup> ALEXY, Robert. *Teoria...*, p. 202.

<sup>43</sup> Importante observar que a discricionariedade não se refere à proteção ou à ausência de proteção do direito fundamental, mas às maneiras concretas relacionadas a como ele será protegido. Não pode o ente estatal arguir a cláusula da reserva do possível, por exemplo, para se escusar de tutelar o direito fundamental, mas apenas em relação a como pode instituir diferentes políticas públicas voltadas à sua proteção. Nesse sentido: HACHEM, Daniel Wunder. *A dupla titularidade...*, p. 653.

bloqueio, eliminação, o fornecimento de informações e até mesmo a revogação do consentimento – o que impede a continuidade da coleta e do tratamento dos dados do usuário –, dentre outras medidas. Nas situações em que seja o Poder Público a realizar a coleta dos dados pessoais, atender aos pedidos dos usuários nos termos do artigo 18 se trata de uma prestação material, cujo eventual descumprimento pode levar à aplicação do instituto da responsabilidade civil, nos termos do artigo 42.<sup>44</sup>

Outrossim, todo o capítulo IV da legislação é destinado à regulação do tratamento de dados pessoais realizado pelas pessoas jurídicas de direito público, sem prejuízo da aplicação de outros textos legais que tratem de direitos dos cidadãos concernentes à relação informacional entre o indivíduo e o Estado, tais como a Lei de Acesso à Informação, a Lei do *Habeas Data* e o Marco Civil da Internet – leis que, por si só, também estabelecem deveres de prestação normativa e fática ao Poder Público. Da leitura da Lei Geral de Proteção de Dados extrai-se que diversos dispositivos efetivamente requerem a instalação da Autoridade Nacional para tornar factível a proteção material do direito à privacidade e dos dados pessoais, o que demonstra haver uma profunda interdependência entre as posições jusfundamentais de prestações normativas e fáticas para garantir a tutela dos direitos fundamentais em sua integridade. Isso porque não há como viabilizar a realização de prestações positivas fáticas sem que haja uma estrutura normativa organizacional e procedimental apta a sustentá-las, ao mesmo tempo em que não há sentido em estabelecer mecanismos de organização e de procedimento se estes não venham a ser utilizados como sustentáculos para a tutela do direito em plano material.

Tal interdependência<sup>45</sup> não se limita às categorias de prestação positiva estatais, mas abarca todo o feixe de pretensões jurídicas jusfundamentais que compõem o direito fundamental como um todo, desde os direitos a ações prestacionais normativas e fáticas até os direitos de defesa. Desta maneira, ao mesmo tempo em que há situações em que o Estado deve efetivar ações positivas em prol da concretização dos direitos fundamentais, há outras hipóteses em que a tutela se dá justamente a partir de sua abstenção, impondo-lhe o dever negativo de não interferir no âmbito de autonomia pessoal dos indivíduos. Aponta Ingo Sarlet que a existência de uma dimensão de defesa não significa a completa exclusão da atuação estatal de qualquer ingerência realizada sobre a esfera privada dos cidadãos, mas apenas a proibição de intromissões do Poder Público que estejam em desconformidade com a Constituição. O direito à ação negativa estatal implica,

<sup>44</sup> Art. 42: “O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo”.

<sup>45</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia...*, p. 203.

portanto, “a formalização e limitação de sua intervenção, no sentido de uma vinculação da ingerência por parte dos poderes públicos a determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental”.<sup>46</sup>

Em relação ao direito à privacidade, não há nenhuma novidade no reconhecimento de um dever de abstenção por parte do Estado e de outros particulares, pois esta é justamente a base sobre a qual o *right to privacy* clássico se estruturou. Ele é tradicionalmente inserido dentro do rol de direitos de liberdade típicos da primeira geração de direitos fundamentais, na medida em que o indivíduo tem a liberdade de ficar a sós quando bem entender, bem como a prerrogativa de não ser incomodado por terceiros e não ter revelados publicamente os elementos de sua vida privada que deseja manter em segredo. Veja-se, por exemplo, a concepção de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que definiu como conteúdo da privacidade a possibilidade de “constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, as situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão”.<sup>47</sup>

A visão tradicional do direito à privacidade como o *right to be let alone* foi superada historicamente ainda na segunda metade do século XX, com a sua crescente associação com as práticas de coleta de dados pessoais e as tecnologias informáticas. Contudo, o fato deste conceito não ser mais capaz de tutelar o direito à privacidade em sua integralidade não significa que ele deve ser completamente abandonado em prol de defendê-lo apenas em uma vertente que exige uma ação estatal positiva. Repete-se: reconhecer a multifuncionalidade do direito à privacidade implica reconhecer a multiplicidade de pretensões jurídicas que um direito fundamental completo abarca, é observar que a sua proteção efetiva requer tanto prestações positivas normativas e fáticas como a abstenção estatal, a depender da situação sendo analisada.

Imperioso reiterar que *todos* os direitos fundamentais apresentam uma “dupla dimensão negativa (defensiva) e positiva (prestacional)”,<sup>48</sup> pois o atual debate acerca da intrincada relação entre privacidade, proteção de dados, autodeterminação informativa e novas tecnologias de informação pode levar leitores mais desatentos a uma sobrevalorização da esfera prestacional em detrimento da dimensão de defesa, quando na realidade se trata de posições jurídicas que são distintas, mas nunca autoexcludentes, cujas diferenças se complementam para demonstrar a

<sup>46</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia...*, p. 168.

<sup>47</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1 jan. 1993. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>. Acesso em: 20 set. 2020.

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia ...*, p. 207.

complexidade estrutural dos direitos fundamentais, tornando-os uma categoria jurídica autônoma merecedora de um tratamento especial.<sup>49</sup>

Necessário reafirmar a existência de uma dimensão de defesa inerente ao direito à privacidade mesmo no contexto de proteção dos dados pessoais, pois os sucessivos casos de violação à privacidade de dados veiculados na mídia na última década demonstram que sequer a privacidade em seu sentido tradicional tem sido respeitada, com a ascensão da sociedade de vigilância. De fato, o desenvolvimento tecnológico recente promoveu a transição de um monitoramento panóptico – centralizado pelo Estado – para um modelo pós-panóptico que dissolveu a vigilância e espalhou-a para os entes privados,<sup>50</sup> mas esse movimento de descentralização não pode nos fazer ignorar que o Estado continua sendo um poderoso agente de tratamento de dados e, portanto, passível de promover diversas violações.

Casos como o da empresa de mineração de dados Cambridge Analytica<sup>51</sup> demonstram o protagonismo que as grandes empresas privadas assumiram na relação informacional, mas em nenhum momento afastam a responsabilidade do Poder Público de continuar respeitando a esfera de liberdade dos cidadãos ao coletar e processar dados em prol de maior eficiência na Administração Pública. A proliferação de escândalos envolvendo o setor privado não implica a diminuição da vigilância estatal, mas demonstra apenas a sofisticação dos aparatos com potencial de violação do direito à privacidade e da proteção de dados.

As denúncias de Edward Snowden quanto aos diversos programas de espionagem e de vigilância global coordenados pelo governo estadunidense em parceria com companhias de telecomunicação<sup>52</sup> demonstram que a extensão do poderio governamental sobre a sociedade da informação não pode ser ignorada, especialmente quando a vigilância é fundamentada no argumento de proteção da segurança pública. Não se pretende dizer que a segurança pública seja um valor inferior que a todo custo deve ser ignorado em prol da privacidade; pelo contrário, o próprio artigo 4º, III, da Lei Geral de Proteção de Dados aponta que a lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais realizado para fins de segurança pública,

<sup>49</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 624.

<sup>50</sup> Nesse sentido: BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância Líquida: diálogos com David Lyon*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

<sup>51</sup> ROSENBERG, Matthew; CONFESSORE, Nicholas; CADWALLADR, Carole. How Trump consultants exploited the Facebook data of millions. *The New York Times*, New York, 17 mar. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump-campaign.html>. Acesso em: 22 set. 2020.

<sup>52</sup> GREENWALD, Glenn; MACASKILL, Ewen; POITRAS, Laura. Edward Snowden: the whistleblower behind the NSA surveillance revelations. *The Guardian*, London, 11 jun. 2013. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/09/edward-snowden-nsa-whistleblower-surveillance>. Acesso em: 22 set. 2020.

defesa nacional e segurança do Estado. Contudo, esse dispositivo não pode ser aplicado de maneira indiscriminada com a finalidade de legitimar qualquer tratamento de dados realizado pelo ente público. Há de se reconhecer que tanto o direito à privacidade quanto a segurança pública têm caráter de normas-princípios passíveis de colisão que, portanto, devem ser adequadamente sopesados nos ditames do caso concreto e aplicados na maior medida possível, por se tratar de mandados de otimização.<sup>53</sup>

O discurso estatal de sobrevalorização da segurança pública em detrimento dos direitos fundamentais pode se tornar mais incisivo em momentos de crise.<sup>54</sup> Veja-se, por exemplo, que no mês de abril de 2020, em meio à crise de saúde pública promovida pelo coronavírus Sars-CoV-2, causador da pandemia de covid-19, foi editada a Medida Provisória nº 954/2020, que permitiu que empresas de telecomunicação compartilhassem dados pessoais de usuários para o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em favor da produção estatística relacionada ao controle da doença.

A eficácia do ato veio a ser suspensa por decisão liminar da Ministra Relatora Rosa Weber na ADI nº 6.387, uma vez que a medida provisória “não delimita o objeto da estatística a ser produzida, nem a finalidade específica, tampouco a amplitude”,<sup>55</sup> além de não esclarecer como os dados coletados serão efetivamente utilizados. Desta maneira, a problemática da MP nº 954/2020 não é o fato de o Poder Público eventualmente necessitar coletar dados pessoais de usuários de serviços de telefonia para viabilizar políticas públicas de contenção do vírus e o desestímulo de aglomerações, mas, sim, a ausência de transparência sobre como a coleta será efetivada e para quais finalidades, o que torna a previsão normativa carente de proporcionalidade e em desrespeito aos princípios norteadores da proteção de dados pessoais.

No contexto de uma sociedade de vigilância na qual a informação se transforma em insumo econômico tão importante quanto a força de trabalho e o capital,<sup>56</sup> as técnicas de monitoramento utilizadas pelo Poder Público e por entes privados não devem ser entendidas como fenômenos distintos, mas como duas faces da mesma moeda.<sup>57</sup> Nesse contexto, tentativas de estabelecer tratamentos distintos entre

<sup>53</sup> ALEXY, Robert. *Teoria...*, p. 94-95.

<sup>54</sup> Sobre o tema, ver: SALGADO, Eneida Desiree; VIANA, Ana Cristina Aguilar. *Vigilancia digital en tiempos de pandemia*. In: VILLACRESES VALLE, Jaime (Dir.). *Derecho Administrativo para las Emergencias*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020, p. 479-500.

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387/DF. Decisão monocrática. Relator: Min. Rosa Weber. J. 24.04.2020, DJe 28.04.2020.

<sup>56</sup> MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. Livro eletrônico, posição 1793.

<sup>57</sup> RICHARDS, Neil M. The Dangers of Surveillance. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 126, n. 7, p. 1934-1965, maio 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2239412>. Acesso em: 21 set. 2020.

eles, como se houvesse a possibilidade de afrouxar as amarras da proteção da privacidade e dos dados pessoais em favor do Estado e em prejuízo das empresas privadas, ou vice-versa, devem ser consideradas como inadmissíveis.<sup>58</sup>

Defender uma adequada tutela do direito à privacidade na economia movida a dados não significa defender o fim da coleta de dados pessoais, pois não há nenhum grau de factibilidade em defender uma medida como essa, além de ser um posicionamento que ignora todas as vantagens que as novas tecnologias de informação proporcionam à realidade contemporânea. Significa exigir maiores níveis de *accountability* dos agentes de tratamentos de dados,<sup>59</sup> sejam eles pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado; é possibilitar ao usuário ter o conhecimento real das diferentes maneiras como seus dados serão utilizados e para quais finalidades eles estão sendo coletados e, nas hipóteses em que a especificação prévia das finalidades seja dificultada pelo próprio arranjo técnico do sistema (tais como nos sistemas de *Big Data*), que seja fortalecido ao indivíduo o acesso à informação e, acima de tudo, a transparência por parte do controlador dos dados. É reconhecer que a fundamentalidade do direito à privacidade lhe proporciona uma estrutura complexa e multifacetada, que abarca uma pluralidade de pretensões jurídicas igualmente complexas e multifacetadas, desde direitos de defesa até direitos a ações estatais positivas normativas e fáticas.

## 5 Considerações finais

Relacionamentos, hábitos de consumo, decisões eleitorais, visões de mundo: as estruturas de pensamento estão sendo moldadas em uma arena muito diferente da praça pública. O melhor argumento – que mesmo antes não vencia por vezes – agora não tem nenhuma chance em face do microdirecionamento da informação a partir da reunião de milhares de informações pessoais combinadas na rede.

Os dados pessoais estão sendo comercializados, combinados, trabalhados, manipulados para conformar a estratégia de quem apresenta produtos, serviços, políticas ou opções eleitorais e para determinar as decisões de quem, ainda que não queira, deixa rastros ao acessar algum conteúdo enquanto seu relógio inteligente monitora seus batimentos cardíacos e sua respiração.

Não se pode negar a potencialidade positiva para a formulação adequada de políticas públicas do uso de um conjunto considerável de dados da população: saber quantas pessoas usam transporte coletivo e em que horários e como se desloca quem não o utiliza é importante para definir políticas de mobilidade urbana. A

<sup>58</sup> VASCONCELOS, Beto; PAULA, Felipe de. A autoridade..., p. 733.

<sup>59</sup> FRAZÃO, Ana. Fundamentos da..., p. 23-52.

questão está na transparência do uso dos dados e na proteção dos dados pessoais, principalmente os dados sensíveis, para a proteção do direito à privacidade.

A elaboração de um arcabouço normativo para impor um controle sobre o uso e sobre o tratamento dos dados, a exigência de um consentimento informado para a sua coleta e utilização e, ainda, a existência de um órgão responsável pela fiscalização do cumprimento das obrigações derivam da compreensão da multifuncionalidade do direito fundamental que não pode ficar à disposição do Estado e do Poder Público. A efetiva autonomia da autoridade de proteção de dados é demanda de um sistema em que a transparência e o controle também sobre o Poder Público estejam presentes.

Se não é possível escapar da vida em rede, da existência exposta – mais intensa em tempos de isolamento e trabalho remoto –, tampouco é possível nem desejável abrir mão de toda a privacidade em um panóptico às avessas, em que as próprias vigiadas alimentam os olhos das vigilantes sem que ao menos se deem conta da extensão de sua exposição.

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ÁVILA, Ana Paula Oliveira; WOLOSZYN, André Luis. A tutela jurídica da privacidade e do sigilo na era digital: doutrina, legislação e jurisprudência. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 4, n. 3. p. 167-200, jul./dez. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i3.51295.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vigilância líquida: diálogos com David Lyon*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 21 jul. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019*. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Brasília, DF, 9 jul. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm). Acesso em: 21 jul. 2020.
- BRASIL. *Medida Provisória nº 954, de 17 de abril de 2020*. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília, DF, 17 abr. 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm). Acesso em: 21 jul. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387/DF*. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Interessado: Presidente da República. Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 24 abr. 2020. Diário de Justiça Eletrônico, 28 abr. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2020.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 88, p. 439-459, jan. 1993. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>. Acesso em: 20 jul. 2020.

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais: noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPELINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 23-52.

GLANCY, Dorothy J. The Invention of the Right to Privacy. *Arizona Law Review*, Tucson, v. 21, n. 1, p. 1-39, jan. 1979. Disponível em: <https://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/317/>. Acesso em: 04 out. 2020.

GREENWALD, Glenn; MACASKILL, Ewen; POITRAS, Laura. Edward Snowden: the whistleblower behind the NSA surveillance revelations. *The Guardian*, London, 11 jun. 2013. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2013/jun/09/edward-snowden-nsa-whistleblower-surveillance>. Acesso em: 22 jul. 2020.

GUTIERREZ, Andriei. Da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice. (Coord.). *LPGD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 387-402.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 618-688, jul./dez. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 11, n. 3, p. 404-436, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.4013/rechtd.2019.113.08>. Acesso em: 20 jul. 2020.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Bellizze; LOPES, Isabela Maria Pereira. Os princípios norteadores da proteção de dados pessoais no Brasil e sua otimização pela Lei 13.709/2018. In: TEPELINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 53-83.

RICHARDS, Neil M. The Dangers of Surveillance. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 126, n. 7, p. 1934-1965, maio 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2239412>. Acesso em: 21 jul. 2020.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSENBERG, Matthew; CONFESSORE, Nicholas; CADWALLADR, Carole. How Trump consultants exploited the Facebook data of millions. *The New York Times*, New York, 17 mar. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump-campaign.html>. Acesso em: 22 jul. 2020.

SALGADO, Eneida Desiree; VIANA, Ana Cristina Aguilar. Vigilancia digital en tiempos de pandemia. In: VILLACRESES VALLE, Jaime (Dir.). *Derecho Administrativo para las Emergencias*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020, p. 479-500.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VASCONCELOS, Beto; PAULA, Felipe de. A autoridade nacional de proteção de dados: origem, avanços e pontos críticos. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 717-739.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SALGADO, Eneida Desiree; SAITO, Vitoria Hiromi. Privacidade e proteção de dados: por uma compreensão ampla do direito fundamental em face da sua multifuncionalidade. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 117-137, set./dez. 2020.

---



# ***Crowdfunding* como alternativa financiera para combatir el cambio climático en la era de las nuevas tecnologías y el desarrollo sostenible**

*Crowdfunding as a financial alternative to combating climate change in the age of new communications technologies and sustainable development*

**William Iván Gallo Aponte\***

Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Bogotá D.C., Colombia)  
william.gallo@uexternado.edu.co  
<https://orcid.org/0000-0001-7157-6291>

**Recibido/Received:** 17.10.2020/ October 17<sup>th</sup>, 2020

**Aprovado/Approved:** 28.11.2020/ November 28<sup>th</sup>, 2020

---

**Resumen:** La irrupción del *crowdfunding* o financiamiento colectivo a través de plataformas digitales y la realidad del combate contra el cambio climático son dos hechos sociales que merecen atención por el Derecho. Con todo, ambos tienen dificultad en dialogar, pues por un lado existe una velocidad de la irrupción tecnológica, por otro, la convencionalidad y la tradición del Derecho, que deja al mismo

---

Como citar este artículo/How to cite this article: GALLO, William Iván. *Crowdfunding* como alternativa financiera para combatir el cambio climático en la era de las nuevas tecnologías y el desarrollo sostenible. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, año 1, n. 3, p. 139-167, set./dez. 2020. DOI: <https://doi.org/10.47975/IJDL/3gallo>.

\* Abogado por la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Bogotá D.C., Colombia). Becario de la Universidad Externado de Colombia y de la Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) vinculado al Ministerio de Educación de Brasil para cursar estudios de maestría en Derecho Económico y Desarrollo en la Pontificia Universidade Católica do Paraná. Investigador activo del Núcleo de Investigaciones en Políticas Públicas y Desarrollo Humano (NUPED) de la PUCPR, del grupo de investigación en Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia. Editor adjunto de la Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo con sede en Argentina. Vicepresidente de la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo – RIJDA con sede en México.

detrás del advenimiento de las innovaciones. Es por eso por lo que el presente artículo analiza la realidad del combate contra el cambio climático y la situación del *crowdfunding* como método para financiarlo. Así a través de una metodología descriptiva, deductiva, comparativa y expositiva de la normatividad, este trabajo observa como el *crowdfunding*, siguiendo un entendimiento que supera la concepción financiera y económica rentable, sino que toma en cuenta aspectos sociales, éticos, culturales y ambientales, contribuye a la garantía de los derechos sociales y al desarrollo sostenible.

**Palabras clave:** Cambio climático. Regulación. *Crowdfunding*. *Crowdfunding* para combatir el cambio climático. Sostenibilidad. Derechos sociales.

**Abstract:** Crowdfunding appearance and the reality of the climate change are two social facts that deserve attention by law. However, the both have difficulty to dialogue, because on the one hand there is the speed of technology breakthrough, on the other hand, the parallel with the conventional age and tradition of law, which leaves it a little behind the advent of innovations. This is the reason why this article analyzes the reality of the climate change and the situation of crowdfunding as funding method, using the role of law in this case, to reflect on the usefulness of this tool and the financing within combating climate change purposes. Thus, through a descriptive and expository methodology of normativity, a systematic and a comparative methodology of the potentiality of the tool, this paper studies, how the crowdfunding, following an understanding that goes beyond the profitable financial and economic conception, but takes into account social, ethical, cultural and environmental aspects, contributes to the guarantee social rights, and the sustainable development.

**Keywords:** Climate change. Regulation. Crowdfunding. Crowdfunding to combating climate change, Sustainability. Social rights.

**Sumario:** 1 Introducción – 2 Cambio climático: un análisis a partir de sus implicaciones socioeconómicas y en la actividad regulatoria – 3 El *crowdfunding* o financiamiento colectivo en la era de las nuevas tecnologías: de la multidisciplinariedad al derecho – 4 El *crowdfunding* para combatir el cambio climático: una herramienta orientada a la sostenibilidad – 5 Consideraciones finales – Referencias

## 1 Introducción

La intervención de la obra humana sobre los aspectos físicos del planeta toma como punto de referencia la práctica de la agricultura. Al reconocer las diferentes necesidades sobre las cuales se tolera esa intervención, con el advenimiento de la industrialización, la intervención de esa obra humana ha adquirido mayor fuerza y un alcance de preocupante nivel. Lo anterior se traduce, entre otros factores, en un aumento de las cantidades de dióxido de carbono sobre la atmósfera. El desarrollo de nuevos materiales como el concreto, el aluminio y el plástico, los constantes movimientos de tierra, piedras y sedimentos, la extracción de lo disponible e indisponible en materia de minerales existente en la tierra, el uso de pesticidas, así como la producción y pesca industrial de animales, son algunas de las causas que contribuyen a la contaminación del planeta y el calentamiento global.

Para ver las magnitudes del impacto, hace dos mil años, entre 200 y 300 millones de seres humanos vivían en la tierra. El primer billón se alcanzó hacia el año de 1800, el segundo billón a principios del siglo XX y los últimos mil millones se alcanzaron en tan solo los últimos doce años. En total, hay aproximadamente 7,6 mil millones de personas en el planeta. Una cantidad, unos efectos y una

velocidad que hacen que el cambio climático sea una coincidencia recurrente en los diferentes medios. Con estos datos generales, apoyados en evidencias físicas y científicas, los fotógrafos y cineastas Edward Burtynsk, Jennifer Baichwal y Nicholas de Pencier, retrataron la huella humana indeleble en la tierra a través del proyecto artístico *Anthropocene*, presentado durante el 2019 en la ciudad de Bolonia, Italia por la Fundación MAST.

Por otro lado, la irrupción de la tecnología en la sociedad marcó un paradigma en la forma de concebir los diversos fenómenos sociales. Entre ellos, la transformación de los diferentes escenarios políticos, las tendencias de consumo masivo, hasta la manera de identificar las actuales condiciones ambientales del espacio físico por la acción indiscriminada de los seres humanos. En virtud de esa transformación, el derecho se presenta como una necesidad, bajo su función primordial, esto es, el mantenimiento del orden de los fenómenos sociales, permitiendo a los individuos la libre configuración de su libertad. Sin embargo, teniendo un control sobre las situaciones donde se presenta un ejercicio arbitrario de la libertad, en perjuicio de los derechos sociales y la institucionalidad pactada en las disposiciones constitucionales y legales.

La sociedad disruptiva crece a un ritmo acelerado, responde de forma rápida a las ideas, al conocimiento y a la innovación, muchas veces, incorporando nuevas proposiciones para la solución de los problemas que se presentan en la sociedad. No en tanto, en muchos casos, el derecho no consigue responder a la velocidad de esta irrupción, ocasionando, de su parte, una respuesta muchas veces incompleta, incoherente o hasta omisiva. El *crowdfunding* representa tan solo una de esas manifestaciones en la sociedad disruptiva, su desarrollo acelerado, más allá de su origen o evolución en la contemporaneidad, es la muestra de que los instrumentos tecnológicos van evolucionando fuera de los linderos que presenta el derecho como herramienta de mantenimiento del orden social.

A través de una metodología deductiva, expositiva, descriptiva y comparativa, el presente trabajo pretende analizar la realidad y la prospectiva del financiamiento colectivo a través de una infraestructura digital o *crowdfunding*, como una herramienta orientada a brindar soluciones para los problemas ambientales, económicos, sociales y culturales, concretamente, el combate frente al cambio climático. Al reconocer que su realidad paradigmática no es una novedad en la mayoría de los casos, no en tanto, el derecho con sus límites e instrumentos, aún se presenta reacio, o quizá tardío frente reconocimiento total del *crowdfunding*, su uso y su impacto en la sociedad. Así pues, se parte del análisis sobre las implicaciones del cambio climático en los fenómenos socioeconómicos y en la actividad regulatoria del Estado. En segundo lugar, se desarrolla el concepto de *crowdfunding* o financiamiento colectivo en la era de las nuevas tecnologías. Y, previo a las consideraciones finales, se analiza

a través de ejemplos concretos, la aplicación del *crowdfunding* para combatir el cambio climático como una herramienta orientada al desarrollo sostenible.

## 2 Cambio climático: un análisis a partir de sus implicaciones socioeconómicas y en la actividad regulatoria

El cambio climático dejó de ser una preocupación futura, debido a la urgencia que llama a enfrentarlo. El apremio y el límite en el tiempo para brindar determinadas soluciones a esa problemática, entre otras, la reducción de los riesgos y de las vulnerabilidades, la mitigación de los impactos de las actividades humanas, la adaptación a las transformaciones futuras, así como la toma de conciencia de que tanto el planeta como los seres humanos están cambiando a un ritmo acelerado,<sup>1</sup> han puesto de presente la necesidad de analizar los cambios del planeta desde ópticas multidisciplinares. Definir cambio climático es una tarea que resulta insuficiente e incompleta en el tiempo, pues en últimas, plantea una política compleja, policéntrica y aparentemente intratable.<sup>2</sup> Las transformaciones que conlleva la problemática solo permiten ilustrar diferentes perspectivas sobre las cuales tendrá foco el presente trabajo y pretenden brindar una definición aproximada del cambio climático.

En primer lugar, la forma más común sobre la cual se trata el cambio climático es como un problema ambiental. Desde esta perspectiva, corresponde con el aumento en las emisiones netas de Gases Efecto Invernadero (GEI), implicando así, la necesidad de controlar los niveles de temperatura, persiguiendo esfuerzos para estabilizar las concentraciones de las emisiones de GEI derivadas de las actividades industriales,<sup>3</sup> la transformación de los niveles de precipitación, la alza en los niveles del mar y la reducción de la criósfera (CEPAL). No obstante, Bodansky, Brunnée & Rajamani dejan de presente que actualmente no se está cerca de lograr estas reducciones o alcanzar los límites propuestos. Por lo que la efectividad del régimen climático internacional dependerá de la medición en la magnitud de las reducciones de las emisiones globales logradas a través del tiempo, colocando al planeta en un rango de límite de temperatura entre los 2°C o 1, 5°C. No solo dependiendo de la reducción de estas emisiones, sino también, de la coercibilidad de los compromisos nacionales e internacionales y de la participación de diferentes actores sociales.

<sup>1</sup> BAPTISTE, B. Prefacio. En: NAIL, S. (Ed.) *Cambio climático*. Lecciones de y para ciudades de América Latina. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2016. p. 6.

<sup>2</sup> BODANSKY, D.; BRUNNÉE, J.; RAJAMANI, L. *International Climate Change Law*. New York: Oxford University Press. Disponible en: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=pdf> 2017. p. 2.

<sup>3</sup> En términos cuantitativos, de acuerdo con los datos de la referencia, corresponde con un valor que no supere las 450 partes de vapor o gas por cada millón de partes de aire contaminado (ppm).

En segundo lugar, analizando el cambio climático como un problema económico, su relevancia radica en que el objetivo de la política climática para combatir las adversidades derivadas del aumento en la temperatura del planeta consiste en alcanzar un resultado eficiente en términos de mayores beneficios netos, lo que implica una reducción en las emisiones, si y solo si, los beneficios de las nuevas reducciones superan los costos. En esa medida, cuando la adaptación sea más barata que la mitigación, deberá preferirse dicha política económica para frenar el cambio climático. No obstante, si bien existe un alto grado de dificultad en calcular los costos y los beneficios derivados de los mecanismos para frenar el cambio climático, una ponderación aproximada de los costos y beneficios puede determinar la base o el mecanismo para la toma de decisiones.<sup>4</sup>

En tercer lugar, desde la equidad y la justicia climática, el problema del cambio climático se analiza a partir de cuestiones de justicia distributiva y correctiva, implicando un análisis sobre la distribución equitativa de las cargas para mitigar y adaptarse a los nuevos retos que conlleva la problemática. En últimas, busca indagar sobre la responsabilidad ética, muchas veces histórica, de los daños causados por el cambio climático, haciendo una prospectiva sobre los deberes para las generaciones futuras basándose en las capacidades actuales, así como en un análisis sobre el principio de igualdad y la consideración de que las personas tienen igual derecho al espacio atmosférico.<sup>5</sup> En otras palabras, de acuerdo con los autores, lo que éticamente es viable para entender el cambio climático y adaptarse a sus transformaciones, es que los países desarrollados, los cuales representan la mayoría del CO<sup>2</sup> acumulado en las emisiones, asuman una responsabilidad histórica frente al cambio climático. No obstante, este ángulo es incompleto al dejarse de considerar que las emisiones totales de los países en desarrollo han superado las de los desarrollados, quedando entonces la deuda por parte de las naciones, además de sus compromisos vinculantes, en crear indicadores de cooperación conjunta para reducir las emisiones y gestionar una red de apoyo de transformación para los países no industrializados o en vía de desarrollo.

Con todo, sea desde una perspectiva ambiental, económica o ética y de justicia ambiental, el cambio climático, para efectos de este escrito, se puede entender como un problema multidisciplinar, con un origen científico ambiental, pero con consecuencias que van más allá de un análisis de costo-beneficio sobre las soluciones que mitigan o contrarrestan sus efectos, pues también debe tomar en consideración las inferencias que afectan directamente los derechos sociales y la garantía de los mismos para las generaciones futuras. Esto es, un análisis

<sup>4</sup> BODANSKY, D., BRUNNÉE, J., RAJAMANI, L. *International...*, p. 6-7.

<sup>5</sup> BODANSKY, D., BRUNNÉE, J., RAJAMANI, L. *International...*, p. 8-9.

económico, ético, social, cultural y ambiental del cambio climático, articulando la prevalencia del interés público, las garantías fundamentales sociales y el desarrollo sostenible. Sobre ese eje transcurrirán los siguientes apartes.<sup>6</sup>

Asimismo, es necesario considerar que a pesar de que el presente escrito está orientado a un análisis sobre las alternativas financieras para combatir el cambio climático, lo que implica directamente una referencia a la perspectiva económica, su abordaje supera la necesidad de financiar mecanismos para ponderar quién es más responsable en términos de costo-beneficio o quién puede crecer en mayor medida. Por el contrario, defiende una actividad de fomento, esto es, particulares colaboradores en la consecución del interés público,<sup>7</sup> que contribuyan a la reducción de las desigualdades y la garantía a un ambiente sano. De ahí, las implicaciones económicas aquí consideradas tendrán por objetivo y referencia los postulados constitucionales, la consagración de los derechos sociales y la garantía de un derecho para las generaciones futuras.

#### **a) Implicaciones económicas del cambio climático: una visión a partir de la garantía de los derechos sociales y de la sostenibilidad<sup>8</sup>**

El cambio climático, también, es una consecuencia de la amplia gama de producción y de procesos de consumo. De esa forma, considera la mayoría de los aspectos de la economía interna de los países, bien sea la energía, la agricultura, el transporte, la planificación urbana, etc.<sup>9</sup> Esos aspectos son a su vez instrumentos sobre los cuales se garantizan los derechos sociales y la sostenibilidad. Véase como, por ejemplo, considerarse la planificación dentro del proceso de urbanización es fundamental para la eficiencia del derecho al medio ambiente equilibrado, y al desarrollo sostenible. Como lo ilustra Young y Lustosa, la industrialización, gran logro del triunfo del capital, ha sido uno de los grandes protagonistas en la aceleración de la transformación de la temperatura del planeta. De igual modo, no resolvió los problemas de pobreza, desigualdad y degradación ambiental en los grandes

<sup>6</sup> Para efectos teóricos, el presente escrito toma como marco conceptual la teoría del Derecho Administrativo Social de Daniel Wunder Hachem. Así como la idea de sostenibilidad y derecho al futuro elaborada por Juarez Freitas. HACHEM, D. *A maximização...*, p. 340-499; HACHEM, D. *Tutela...*, FREITAS, J. *Sustentabilidade: Novo prisma hermenêutico. Novos Estudos Jurídicos*, v. 23, n. 3, p. 940-963.

<sup>7</sup> Para un mayor abordaje sobre la actividad administrativa de fomento, donde se conjuga la participación de los particulares para la consecución y la garantía del interés público, consultar la obra de la profesora Adriana Schier. Teoría ampliamente desarrollada en Brasil, pues corresponde con uno de los postulados de la Constitución Federal de 1988. Cf.: SCHIER, A. *Fomento: Administração Pública, Direitos Fundamentais e Desenvolvimento*. Curitiba: Íthala, 2019.

<sup>8</sup> Para efectos del presente escrito, los Derechos Sociales son auténticos derechos fundamentales, integralmente sometidos al régimen jurídico de estos, sean individuales y colectivos, sociales, de nacionalidad y políticos (HACHEM, D. *Tutela Administrativa...*, p. 80-86). Por su parte, la idea de sostenibilidad corresponde, en palabras de Juarez Freitas, con un principio fundamental, una directriz interpretativa vinculante del ordenamiento jurídico, que prescribe la promoción del bienestar en múltiples facetas, sea social, económica, ambiental, ética y jurídico política. FREITAS, J. *Sustentabilidade...*, p. 941.

<sup>9</sup> BODANSKY, D.; BRUNNÉE, J.; RAJAMANI, L. *International...*, p. 4.

espacios urbanos identificados como modernos. Es por eso como son notorias las consecuencias ambientales en las áreas metropolitanas, lo que conlleva a una pérdida en la calidad de vida urbana.<sup>10</sup>

De forma más concreta, de acuerdo con el Banco Mundial, las grandes ciudades suelen ser las primeras en identificar los impactos climáticos. Esos impactos pueden desencadenar graves consecuencias para la salud, la vida y la dignidad de los seres humanos, especialmente, en las poblaciones pobres urbanas, grupos vulnerables y residentes de asentamientos informales,<sup>11</sup> razón por la cual, el análisis de forma y método relacionado con el cambio climático en las ciudades debe responder también a la resiliencia, enfocándose en objetivos básicos de reducción de la pobreza y desarrollo sostenible.<sup>12</sup> Así, el aumento de la temperatura del planeta como consecuencia del incremento en las emisiones de GEI constituye también un problema social con implicaciones de diversas disciplinas que invitan a reflexionar sobre la forma a través de la cual se debe orientar y proponer mecanismos, en la mayoría de los casos de efecto coercitivo o vinculante, para adaptarse a las consecuencias del cambio climático y contrarrestar el aumento de actividades generadoras del aumento de la temperatura. Al ser también un problema social, toca también la esfera cultural.

De acuerdo con Robert Stavins, el cambio climático, incluso más allá que otros problemas ambientales, puede ser abordado con cierto éxito a partir de una sólida comprensión de sus dimensiones económicas. No obstante, el autor restringe la visión económica, al análisis de que las causas de la degradación ambiental producto del aumento de la temperatura del planeta, al menos en las economías de mercado, son fundamentalmente económicas. Del mismo modo, las emisiones excesivas de EGI representan una externalidad dentro de las fallas del mercado. A pesar de esto, los fundamentos sobre los cuales se analizan las implicaciones económicas del cambio climático no pueden restringirse únicamente a la relación costo-beneficio de las políticas climáticas.<sup>13</sup>

Por el contrario, el análisis sobre las implicaciones económicas del cambio climático es asimétrico. Mas allá de representar la mayor externalidad negativa

<sup>10</sup> YOUNG, C.; LUSTOSA, M. A questão ambiental no esquema centro-periferia. *Economía*, Niterói, v. 4, n. 2, p. 201-221, 2016. p. 219.

<sup>11</sup> BANCO MUNDIAL. *Guide to climate change adaptation in cities: executive summary...*, p. 3.

<sup>12</sup> La resiliencia, un concepto socio ecológico, entendida como la capacidad o habilidad para adaptarse a los cambios, la posibilidad de que cierto ecosistema se transforme de acuerdo con la necesidad social o ambiental sin necesidad de perder su esencia o identidad. Se diferencia de la sostenibilidad, en cuanto esta última parte de una premisa de deseabilidad futura y positiva mientras que la resiliencia es un atributo que no siempre implica algo deseado. ESCALERA, J., RUIZ, E. R. Resiliencia Socioecológica: aportaciones y retos desde la Antropología. *Revista de Antropología Social*, v. 1, n. 20, p. 109-135.

<sup>13</sup> STAVINS, R. Economic Analysis of Global climate change policy: A primer. *Climate change: science, strategies, and solutions. KSG Working Paper* (003). Boston: John F. Kennedy School of Government, Harvard University. 2000. p. 3-5.

posible, expresa e intensifica las consecuencias y presiones sociales, ambientales y culturales del moderno estilo de desarrollo sostenible. De esa forma, considerando un desarrollo basado en una mayor igualdad y cohesión social, “sería menos vulnerable a las condiciones climáticas y de otro tipo, y estaría en mejores de condiciones de cumplir las metas de mitigación”.<sup>14</sup>

Enlistar determinadas implicaciones económicas del calentamiento global resultaría un trabajo que se escapa del objetivo del presente trabajo. Sin embargo, se ejemplificará algunas de las más relevantes en atención a la garantía de los derechos sociales y la sostenibilidad. Un ejemplo propuesto por Daniel Bodansky, es el que se refiere con la ola de calor que golpeó Europa hacia el año 2003, y cómo la misma fue responsable no solo de decenas de miles de muertes de enfermedades cardiovasculares y respiratorias, sino también, provocó intensas tormentas, así como un aumento notable en la sequía que derivó en un problema de escasez de agua potable. Implicaciones que notoriamente comportan un componente económico, pero también social, pues permite alertar sobre una política alimentaria de carácter urgente que reduzca efectos inmediatos y se prepare no solo para contrarrestar sino para asumir los efectos futuros.<sup>15</sup>

Por otro lado, Bodansky expone como el calentamiento global ha sido causado también por la creciente deforestación<sup>16</sup> en determinadas áreas verdes alrededor del mundo,<sup>17</sup> eso ha generado perjuicios dentro de las comunidades forestales, por ejemplo, la viabilidad de utilizar el maíz para producir etanol implicaría elevar el precio de los productos agrícolas, afectando directamente el presupuesto de los consumidores. Asimismo, resalta que, la inversión en nuevas y costosas tecnologías para hacer más eficiente la tierra afectada por la deforestación, conllevan a desviar los recursos, socavar la capacidad financiera del país y afectar directamente el desarrollo económico y social del mismo.<sup>18</sup> De acuerdo con los anteriores ejemplos,

<sup>14</sup> COMISIÓN Económica para América Latina y el Caribe CEPAL. 2015. *La economía del cambio climático en América Latina y el Caribe*. Paradojas y desafíos del desarrollo sostenible. Santiago de Chile, Naciones Unidas. p. 9.

<sup>15</sup> BODANSKY, D. Introduction: climate change and human rights: unpacking the issues. *Georgia journal of International and comparative law*. n. 338. p. 511-524. Georgia: UGA Legal Studies Research Paper. 2010. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1581555>. p. 518.

<sup>16</sup> BODANSKY, D. Introduction..., p. 522.

<sup>17</sup> Desde una aproximación jurídica, la deforestación se define como un daño que “corresponde con la lesión o afectación a los bosques naturales a través de su conversión para usos distintos, generando múltiples perjuicios ecológicos, económicos, sociales y culturales, propagando su impacto negativo en la garantía efectiva del derecho al medio ambiente sano y al desarrollo sostenible”. GALLO, W. Responsabilidad..., p. 384.

<sup>18</sup> Para un ejemplo más concreto sobre las implicaciones del cambio climático en las tierras agrícolas, Oliver Deschenes y Michael Greenstone analizan a partir de un estudio de campo y recolección de información, el impacto económico de la problemática en las zonas rurales productivas norteamericanas, argumentando que es un asunto robusto y amplio. Su análisis técnico- científico arroja que, por ejemplo, para el caso de algunas regiones como California, la pérdida en ganancias sobre los productos de la tierra es mayor que en otros Estados, lo que no implica que haya un avance en la situación sobre estos últimos. DESCHENES, O.; GREENSTONE, M. *The Economic Impacts of Climate Change: Evidence from Agricultural Profits and*

es notorio que el intento por analizar las implicaciones del cambio climático no puede sujetarse a una sola percepción, sea ambiental, económica o social. Por el contrario, deben identificarse los efectos inmediatos dentro de la concepción de bienestar y sostenibilidad, lo que a su vez atañe a la garantía efectiva de los derechos sociales.

Un ejemplo más próximo lo ilustra Lozano Picón al analizar los escenarios de los futuros climas publicados en la Segunda Comunicación Nacional de Cambio Climático del 2010. Teniendo en cuenta el incremento promedio de la temperatura que se ha presentado en el país desde 1971 (0,13°C/década) así como las reducciones de la precipitación total anual, los valores, proyecciones y escenarios del cambio se concentran particularmente “en las regiones y los barrios donde se asientan las comunidades más pobres y vulnerables debido a que cuentan con menos recursos sociales, tecnológicos y financieros para reducir su vulnerabilidad mediante nuevas prácticas de desarrollo sostenible”.<sup>19</sup>

Con todo, las implicaciones económicas derivadas del incremento promedio de la temperatura que afecta directa o indirectamente el ecosistema físico del planeta traen consecuencias que atañen determinadas vulnerabilidades, principalmente sociales. De ahí, analizar el cambio climático a partir de sus causas científicas, mismo comportamentales, resulta insuficiente. Su estudio debe atender también a una posibilidad de garantía y cooperación para asegurar los derechos sociales y los derechos futuros de las generaciones.

Ese estudio debe considerar la promoción del desarrollo sostenible en su dimensión ambiental, ética, social, económica y jurídico política. Asimismo, debe leerse a partir de políticas regulatorias para combatir el cambio climático bajo una percepción de fomento que involucre a todos para la consecución del interés público. Dentro de este, la garantía de los derechos sociales, así como la garantía a un medio ambiente sano, lo que también implica, la promoción de acciones universalizadas, planeadas y orientadas a analizar las consecuencias y los sujetos más vulnerables de la transformación del planeta, con vistas a la reducción de las desigualdades.<sup>20</sup> Viendo lo anterior, resulta interesante analizar las implicaciones del cambio climático en la regulación, de manera concreta, identificar de qué manera ha sido efectiva la política normativa ambiental para frenar el cambio climático y

Random Fluctuations in Weather. *Massachusetts Institute of Technology Department of Economics Working Paper Series*. Cambridge: MIT, 2006. p. 15-19.

<sup>19</sup> LOZANO, R. El clima: vulnerabilidad..., p. 30-33.

<sup>20</sup> HACHEM, D. A maximização..., p. 4. En un sentido más concreto sobre la reducción de las desigualdades y su relación con las nuevas tecnologías, objeto de este escrito, véase: SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Administração Pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 97-116, maio/ago. 2020.

que tipo de instrumentos podrían viabilizar un mayor desempeño al el momento de que el operador jurídico tome decisiones.

### **b) Consideraciones sobre la regulación del cambio climático en Colombia**

El cambio climático como un problema de interés y atención por parte de la comunidad internacional surgió por primera vez a mediados de la década de los años ochenta del siglo XX. A partir de ese momento, se han desarrollado diferentes acuerdos entre los países para llegar a un conceso sobre los recortes a las emisiones de los GEI.<sup>21</sup> Cabe resaltar que estos intentos, que tienen génesis en acuerdos internacionales que han influenciado en parte o de forma integral las regulaciones internas de cada uno de los países.

En 1992, por ejemplo, los Estados adoptaron la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático reconociendo las alteraciones del clima en el planeta y sus efectos adversos como una preocupación común para toda la humanidad. En esta convención, se definió el cambio climático como una atribución directa o indirecta del actuar de los seres humanos que altera la composición de la atmósfera terrestre y genera efectos en los ecosistemas naturales, así como en los sistemas socioeconómicos. De igual forma, consagra a través de un principio para las partes signatarias de la convención, la necesidad de proteger el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras. Asimismo, el deber general de tomar la iniciativa en lo que respecta a combatir el cambio climático y sus efectos adversos.

Dentro de los protocolos de la Convención Marco, el de Kyoto de 1997, creó las directrices para minimizar el impacto de los problemas ambientales causados por los modelos de desarrollo y de consumo industrial. Bajo el principio de una “responsabilidad común pero diferenciada” se motivaba a los gobiernos a establecer leyes y políticas para cumplir sus compromisos, a las empresas a considerar en sus inversiones un componente ambiental, asimismo, a propiciar un mercado de carbono. Si bien constituyó un instrumento que aproximó los acuerdos internacionales a la ejecución de mecanismos internos, la ratificación del protocolo no logró alcanzar las mayorías propuestas para que entrara en vigor, lo que demuestra su poca efectividad.

En sentido similar, Rodríguez analiza, que tal como sucedió con el Protocolo de Kyoto, en la Conferencia de Copenhague sobre el cambio climático del 2009 para adaptar un nuevo instrumento normativo, el fracaso consistió en un elemento esencial,<sup>22</sup> este es, alcanzar un acuerdo y un consenso de gran nivel político para reducir las emisiones globales de los EGI en un 50% antes del 2050 buscando no

<sup>21</sup> BODANSKY, D. Introduction..., p. 512.

<sup>22</sup> RODRÍGUEZ, M. El clima: vulnerabilidad, adaptación y retos según la Comunicación Nacional de Cambio Climático. En: AMAYA, O.; GARCÍA, M. P. (Comp.). *Derecho y cambio climático*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. p. 191-228, 2010. p. 201.

superar los 2°C que corresponden con la línea base del periodo preindustrial. La determinación ambigua sobre el “largo plazo” al que debían estar sometidas las partes, marcó lo que sería un esfuerzo sin un camino cierto y efectivo.<sup>23</sup>

Siguiendo a Amaya Navas, en Colombia se han acogido las directrices y recomendaciones internacionales relacionadas con el cambio climático.<sup>24</sup> De manera particular, se han desarrollado avances a través de acciones como la publicación de dos documentos producto de la Convención en 2001 y 2010, los lineamientos de la Política de Cambio Climático en 2002, buscando identificar estrategias para consolidar el rol del país frente a las amenazas del cambio climático. Dentro de los propósitos de estos instrumentos se encuentran, mejorar la capacidad de adaptación a los impactos negativos del aumento en la temperatura del planeta, promover la investigación y promover el sistema de información, acrecentar la divulgación y la concientización pública, así como promover mecanismos financieros para el desarrollo de las estrategias y las líneas de acción de la política.

Entre otras cosas, la convención marco fue aprobada y ratificada integralmente a través de la Ley 164 de 1994. En ella se consagra una serie de compromisos para las partes, atendiendo a sus responsabilidades comunes, a las prioridades nacionales y regionales para alcanzar el desarrollo. Ejemplo de esos compromisos son, elaborar inventarios nacionales de las emisiones antropógenas por las fuentes y absorción de todos los GEI, formular y aplicar programas nacionales con medidas orientadas a mitigar el cambio climático, promover y apoyar la aplicación y la difusión, de transferencia, tecnologías y prácticas preventivas. La mayoría de ellas, bajo la iniciativa de la potestad pública y con un contenido genérico.

Se destaca también, la creación de Oficinas Especializadas para atender la problemática, la conformación de un Grupo de Mitigación – MAVDT en el año 2005, un documento de política pública del Consejo Nacional de Política Económica y Social – Conpes 3242 de 2003, orientado a proponer una Estrategia *Institucional para la Venta de Servicios Ambientales de Mitigación del Cambio Climático*, la inclusión de algunos lineamientos de cambio climático en los Planes Nacionales de Desarrollo, etc.<sup>25</sup> De acuerdo con información del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, se ha consolidado una Política Nacional de Cambio Climático que contribuye a avanzar hacia el desarrollo, la resiliencia frente al clima y la disminución en las emisiones de GEI. Dentro de ese propósito, mediante el Decreto 298 de 2016, se ha establecido la organización y el funcionamiento del Sistema Nacional de Cambio

<sup>23</sup> Vale la pena resaltar también la Conferencia de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible de 1992, que de manera general reafirma la Declaración derivada de la Conferencia de Estocolmo y procura, entre otras cosas, por alcanzar acuerdos internacionales que propicien un adecuado desarrollo e integridad del sistema ambiental y los intereses de todos los seres humanos.

<sup>24</sup> AMAYA, O. Hacia una lectura jurídica del cambio climático. En: AMAYA, O.; GARCÍA, M. P. (Comp.). *Derecho y cambio climático*. p. 333-386. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 373.

<sup>25</sup> AMAYA, O. Hacia una lectura..., p. 374; Decreto 298, 2016.

Climático – SICLIMA, con el propósito de que entidades públicas, privadas, con o sin ánimo de lucro, normas, proceso, recursos e información contribuyan a la mitigación de gases efecto invernadero y la adaptación del cambio climático en el país.

Desde una óptica económica, que considere la garantía de los derechos sociales y la sostenibilidad en sus múltiples aristas, el sistema tiene dentro de sus finalidades, la articulación de planes y estrategias de cambio climático con el desarrollo económico, social y ambiental, teniendo en cuenta prioridades para lograr el crecimiento económico, la sostenibilidad de los recursos naturales y la erradicación de la pobreza, elementos que identifican la idea de cambio climático defendida en el presente escrito. Del mismo modo, entre otras cosas, destaca el fomento de la participación ciudadana para hacer frente a los fenómenos del cambio climático. A pesar de que el mencionado Decreto determina que las comisiones intersectoriales<sup>26</sup> son las encargadas de articular los recursos en los presupuestos destinados a la implementación de la política, tales recursos son parte fundamental de las entidades públicas (art. 2). Además, no hay una certeza normativa en cuanto a la forma de recaudo o fuentes a través de las cuales se organiza la implementación de la Política. Lo que advierte que los recursos serían únicamente los destinados por el presupuesto público.<sup>27</sup>

Recientemente, se expidió la Ley 1931 del 2018, por la cual se establecen directrices para la gestión del cambio climático. De acuerdo con los principios que orientan su implementación y reglamentación, el de costo-beneficio y costo-efectividad, encaminados a priorizar la implementación de opciones de adaptación al cambio climático para traer no solo un mayor beneficio en términos de costo invertido, sino mayor beneficio social, económico y ambiental, en términos de reducción de toneladas de GEI. Vale la pena resaltar también el principio de subsidiariedad, mediante el cual, la Nación y los departamentos son los encargados, de acuerdo con su capacidad institucional, técnica y financiera, de ejercer eficiente y eficazmente las competencias y responsabilidades derivadas de la gestión del cambio climático. A pesar de esos buenos propósitos, la exclusión de ciertos sectores como los particulares en la gestión del cambio climático, podría cerrar una brecha frente a una posibilidad que permita el cumplimiento efectivo de la política, asunto sobre el que se volverá más adelante.

<sup>26</sup> De acuerdo con el art. 5 del Decreto 298 de 2016, las Comisiones Intersectoriales del Cambio Climático – CICC, son órganos de coordinación y orientación de la implementación de la Política Nacional de Cambio Climático.

<sup>27</sup> En la continua promoción de mecanismos jurídicos normativos para frenar el cambio climático, vale la pena resaltar el Decreto 926 de 2017 que establece el mecanismo de no causación del impuesto nacional al carbono creado por el art. 221 de la Ley 1819 de 2016 (Reforma Tributaria Estructural) como una respuesta a la necesidad del país de contar con instrumentos económicos para incentivar el cumplimiento de las metas de mitigación de los GEI en el territorio nacional.

En el título III y IV de la citada ley, se consagran los instrumentos para la gestión del cambio climático. En el título IV se enlistan algunos instrumentos económicos y financieros para la gestión del cambio climático. Dentro de ellos, la definición de cupos transables de emisión de GEI, el establecimiento de un programa nacional de cupos transables de emisión de GEI (art. 30), la regulación de la medición de emisiones, reducciones y remociones (art. 31), la destinación de recursos productos de la subasta de los cupos transables (art. 33), entre otros incentivos que podrá establecer el Gobierno Nacional, dirigidos a personas naturales o jurídicas, públicas, privadas o mixtas, que realicen acciones concretas de adaptación y mitigación al cambio climático (art. 34).<sup>28</sup>

Con todo, es notorio que la mayoría de las contribuciones y mecanismos para la financiación del cambio climático están orientados a la baja en las emisiones del GEI.<sup>29</sup> No obstante, la externalidad negativa que presenta el cambio climático para el mercado también es una circunstancia que apremia las condiciones sociales de las poblaciones más vulnerables, así como la garantía de los derechos sociales de los ciudadanos y la garantía de la sostenibilidad en todas sus variables. Por tal razón, la idea de la contribución y de los mecanismos para enfrentar el cambio climático, requiere una transformación profunda para la transición y consolidación del desarrollo sostenible, que involucre no solo las instituciones públicas, idea que caracteriza la normativa colombiana, sino que en la amplitud que permite la norma, desarrolle una regulación de mecanismos concretos que contribuyan a satisfacer todas estas necesidades que son causa y consecuencia del cambio climático. De esta forma, el financiamiento colectivo a través de plataformas digitales o de *crowdfunding* podría ser una opción, entre muchas otras.<sup>30</sup>

### 3 El *crowdfunding* o financiamiento colectivo en la era de las nuevas tecnologías: De la multidisciplinariedad al derecho

#### a) *Crowdfunding*: definición, características, modalidades y utilidades

Dentro de la necesidad de obtener ideas, *feedbacks* o retroalimentaciones y soluciones para el desarrollo de las actividades empresariales, surgió el *crowdsourcing*

<sup>28</sup> De acuerdo con la citada ley (art. 39), el Cupo Transable de Emisión de GEI corresponde con un "derecho negociable que autoriza a su titular para emitir una tonelada de CO<sub>2</sub> u otro Gas de Efecto Invernadero (GEI) por una cantidad equivalente a una tonelada de CO<sub>2</sub>" (...) "Se redime cuando se utiliza para respaldar la emisión de una tonelada de CO<sub>2</sub> o su equivalente".

<sup>29</sup> GUZMAN, L. Financiamiento del cambio climático. En GARCÍA, M. P.; AMAYA, O. *Retos y compromisos jurídicos frente al cambio climático*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia. 2017. p. 523.

<sup>30</sup> Para un análisis general sobre la regulación de las nuevas tecnologías véase: MARRARA, Thiago; GASIOLA, Gustavo Gil. Regulação de novas tecnologias e novas tecnologias na regulação. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 117-144, maio/ago. 2020.

como un género amplio. De conformidad con esa amplitud, el *crowdfunding* representó una especie para fortalecer la idea de la colaboración. No obstante, el *crowdfunding* o financiamiento colectivo surgió con el objetivo de recolectar dinero, producto de los aportes, donaciones, acciones, prestamos de grandes audiencias, llamadas *crowd*, sean personas públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales, etc., para inversiones en diferentes proyectos, económicos, sociales o culturales mediante el uso de plataformas digitales.<sup>31</sup> La multiplicidad de las disciplinas que son objeto de *crowdfunding* también son fundamentales en la construcción de su definición y de su origen. Por ejemplo, desde el periodismo, el *crowdfunding* se percibió como una herramienta y una transformación en la forma de hacer negocios. Se la atribuye a Jeff Howe la creación del término general *crowdsourcing*, como un acto de empresa o institución que antes fue realizada por empleados y tercerizada por una red de personas que generalmente son seleccionadas a través de una llamada o una convocatoria abierta.<sup>32</sup>

De acuerdo con Schwiembacher y Larralde unos de los primeros teóricos del *crowdfunding*, las bases de esta herramienta fueron establecidas por el *crowdsourcing* en el desarrollo de la web 2.0 o también llamada web social.<sup>33</sup> Una web donde la libertad de participación es equivalente a un ambiente abierto, de fácil acceso, cuyo uso aumenta la participación con la mixtura de la colaboración y las diferentes fuentes de los inversionistas. Siguiendo a Bradford, dentro de los ejemplos más representativos de este fenómeno se encuentra Wikipédia, tal vez, el más importante ejemplo de *crowdsourcing*.<sup>34</sup> Así también, Linux y otras compañías de software como IBM. Dentro de la industria de los medios audiovisuales, eBay se presenta como una plataforma basada en las contribuciones colectivas de un gran número de personas. Todas ellas con unas características comunes, entre otras, la reducción de los costos de transacción de las acciones grupales, la apertura de la economía a nuevos proyectos y la simplicidad de los requisitos de organización en la acción económica en favor de los inversionistas y de ciertos proyectos sociales.

En la actualidad el *crowdfunding* es objeto de diferentes entendimientos, generales, arbitrarios o limitados. De forma general, se puede definir como una convocatoria a través de la web para la provisión de recursos financieros sean en forma de una donación, a cambio de una modalidad de retribución y/o Derecho de voto, con la finalidad de apoyar diferentes iniciativas con fines específicos. Aunque

<sup>31</sup> BELLEFLAMME, P. *et al.* Crowdfunding: Tapping the Right Crowd. *Journal of Business Venturing*, v. 25, n.5, p. 585-609, 2014. doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1836873> p. 585-609.

<sup>32</sup> FELETI, G.; CORRÉA, E. O crowdfunding..., p. 109-126.

<sup>33</sup> SCHWIENBACHER, A.; LARRALDE, B. Crowdfunding of Small Entrepreneurial Ventures. En: CUMMING, D. (Ed.) *Handbook of entrepreneurial finance* (p. 3-19). Oxford: Oxford Handbooks 2010. p. 3-19.

<sup>34</sup> BRADFORD, C. S. Crowdfunding and the Federal Securities Laws. *Columbia Business Law Review*, n. 1, p. 27-29, 2012. p. 27-29.

la definición general tenga una idea simple y comprensible del *crowdfunding*, su entendimiento va más allá de la simplicidad y de los límites, por cuanto puede abarcar usos actuales y futuros, desde préstamos entre particulares a través de plataformas web (*peer-to-peer lending*) hasta campañas de captación de recursos lideradas por fans de grupos de la industria del espectáculo.<sup>35</sup> Con todo, hay cierta unanimidad en la doctrina económica sobre el tema de atender a una definición general del *crowdfunding*, incluyendo cualquier proyecto presente o futuro de financiamiento colectivo digital. Eso es, una herramienta orientada a conseguir que un gran grupo de personas financie un proyecto a través de un sitio web o cualquier otra herramienta on-line para solicitar, captar o conseguir fondos encaminados a desarrollar proyectos indeterminados durante un periodo de tiempo fijo.<sup>36</sup>

El *crowdfunding* se presenta de varias formas o tipologías. Dentro de ellas, el modelo de los sitios web de donación (*donation-based crowdfunding*), los sitios de préstamo entre particulares (*peer-to-peer lending*), sean los que ofrecen intereses o los que no, los sitios web de compra anticipada o de recompensas (*pre-purchase or reward*) y los sitios web para la adquisición o venta de acciones (*equity crowdfunding*). En los primeros, los sitios web de donación (*donation based crowdfunding*), los inversionistas no reciben nada en contraprestación por sus contribuciones. No obstante, aunque el motivo del contribuyente o inversionista es la caridad, el motivo del destinatario de la donación no requiere tener ese fundamento. En ese tipo de *crowdfunding* el altruísmo es importante. Su uso envuelve principalmente proyectos con fines sociales o culturales.<sup>37</sup>

Los sitios web de compra anticipada o de recompensas (*pre-purchase or reward*) corresponden con el segundo tipo de *crowdfunding*. En ellos se ofrece alguna contraprestación o retribución al inversionista, sea un producto o un servicio que el emprendedor sobre el cual se invierte, quien usualmente desarrolla un producto o presta un servicio. Siguiendo a Bradford, dentro de los sitios web más conocidos están *Kickstarter* y *IndieGoGo*.<sup>38</sup> En esos sitios web se encuentran proyectos para invertir desde iniciativas ambientales hasta sociales, como las LGBTQIA+. Las recompensas o contraprestaciones son innumerables, ellas van a depender del tipo de proyecto, de la cantidad de la inversión y el tiempo estipulado.

En los sitios web de préstamo entre particulares (*peer-to-peer lending*) los contribuyentes o inversionistas proporcionan fondos temporales esperando un

<sup>35</sup> Ethan Mollick, en referencia dada, defiende la idea de que el crowdfunding es un concepto ilusorio. Por consiguiente, es mejor proponer su definición de la forma más concreta o restricta posible. Para el autor, el crowdfunding se refiere a esfuerzos de individuos y grupos empresariales, culturales, sociales y con fines lucrativos – para financiar sus emprendimientos recurriendo a emprendimientos relativamente pequeños sin intermediarios, solo a través del internet. MOLLICK, E. R. *The Dynamics...*, p. 1-16.

<sup>36</sup> GIUDICI, G. *et al.* *Crowdfunding:...*, p. 1-13; KUPPUSWAMY, V. BAYUS, B.L. *Crowdfunding...*, p. 1-41.

<sup>37</sup> BRADFORD, C. S. *Crowdfunding...*, p. 15; MATA, J. *Las campañas...*, p. 40.

<sup>38</sup> BRADFORD, C. S. *Crowdfunding...*, p. 16.

reembolso, algunos de ellos ofrecen intereses sobre la cantidad prestada, otros no. En los primeros, estos son, los que ofrecen intereses, son denominados de microcrédito, pero no todos los préstamos son para fines comerciales, ocasionalmente puede ser para necesidades personales. Ya en los segundos, se encuentra, por ejemplo, el sitio web Kiva, que es una organización americana de carácter internacional, sin fines lucrativos, cuya misión es la expansión y el acceso financiero para ayudar diferentes comunidades. De acuerdo con su sitio web, a través de Kiva se ayudan a los alumnos con necesidades y marginalizados, a conseguir medios para acudir a escuelas profesionales hasta universidades, por dar un ejemplo. La última de las formas de tipología o formas es el *crowdfunding* de acciones o *equity crowdfunding*, el cual corresponde con una modalidad a través de la cual quien hace la inversión recibe una participación en el capital de la empresa benefactora.<sup>39</sup> Esa participación corresponde con una parte de los lucros o ganancias de los negocios que están ayudando a financiar transformando la idea del mercado público de capitales y substituyéndose a las bolsas de valores por las plataformas digitales.

La utilidad del *crowdfunding* viene en transformación, no solo proyectándose para el financiamiento de proyectos sociales por medio de alguno de sus tipos o formas, de un gran grupo de personas a través de plataformas digitales, sino también hasta convertirse en un método disruptivo de financiamiento como mecanismo transformador de la concepción del tradicional crédito bancario.<sup>40</sup> Su transformación equivale a la reunión de factores económicos, sociales, ambientales, culturales y tecnológicos, los cuales se reflejan en las transformaciones de las economías modernas para intentar responder a los retos y al financiamiento de los diferentes mercados o coyunturas. La participación de los promotores de los proyectos, sean personas físicas o jurídicas, el uso de la plataforma de *crowdfunding* y los inversionistas, usuarios interesados en aportar ideas, así como los gestores de las plataformas, generan dos tipos de relaciones entre los participantes.

La primera, una relación gestor-promotor-inversionista, en la mayoría de las situaciones, vinculadas mediante contrato de asociación o acuerdo de membresía (*membership agreement*). La segunda, una relación entre usuarios, inversionistas y los beneficiarios. En ese contexto, son protagonistas los contratos de donación, de préstamo, de compra y venta con pago anticipado y de participación societaria, aunque la concepción actual de estos contratos está al alcance de un click por el escenario digital donde evolucionan.<sup>41</sup> De ese modo, el *crowdfunding* se presenta

<sup>39</sup> BRADFORD, C. S. *Crowdfunding...*, p. 20-24; MATA, J. *Las campañas...*, p. 41.

<sup>40</sup> Todavía más interesante, el *crowdfunding*, principalmente en los Estados Unidos, es usado por personas entre 18 y 29 años, la llamada generación de los millennials, lo que impone una herramienta de amplio uso en la contemporaneidad. Para el particular véase GARCÍA-TERUEL, R. M. *A legal...*, p. 281-294.

<sup>41</sup> Para el caso de los contratos de asociación o acuerdos de membresía, la prestación de estos servicios puede ser gratis o con una retribución patrimonial, en este último, sea mediante una cuota fija o un

como un fenómeno socioeconómico donde el Derecho tiende a intervenir. Parte de esa intervención indirecta, la mayoría de las veces se presenta con la regulación. De ahí, se hace necesario analizar la regulación del *crowdfunding* en Colombia, sus retos y algunas perspectivas desde la experiencia comparada, lo que constituye solo una mención a título de ejemplo, sin que el presente trabajo constituya una investigación de derecho comparado en estricto sentido.

## **b) La regulación del *crowdfunding* en Colombia y algunas experiencias internacionales**

La regulación del *crowdfunding* como figura autónoma en Colombia es reciente data. No obstante, el tratamiento normativo de la actividad de financiación colaborativa ha tenido una regulación anterior. Desde el 2010, se expidió el Decreto Único 2555, en cuyo libro 41, reglamentó la actividad de financiación colaborativa. De acuerdo con la definición propuesta, no hay restricción alguna sobre el beneficiario de las inversiones. Asimismo, no opta por ningún proyecto de inversión al referirse al financiamiento colectivo. No obstante, fue explícito al indicar que no reglamentará el financiamiento colaborativo producto de las donaciones.

Posteriormente, el Decreto sufrió modificaciones por el Decreto 1357 de 2018, la regulación actual y específica del *crowdfunding*. De acuerdo con el mencionado Decreto, la figura corresponde con un potencial para la profundización financiera, pues permite la simplificación de los actores específicos que interactúan dentro mercado. Siguiendo su contenido y atendiendo a lo previsto en la Ley 964 de 2005, el *crowdfunding* corresponde con una de las demás actividades previstas en la ley, que constituye manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público a través de valores (art. 3).

Dicha actividad, siguiendo los aspectos generales del Decreto 1357 (art. 2.41.1.1.1), corresponde con la desarrollada por las entidades autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, a partir de una infraestructura electrónica, bien sean interfaces, plataformas, páginas de internet u otro medio de comunicación electrónica, a través de la cual se colocan en contacto un número plural de aportantes o inversionistas con receptores o beneficiarios que solicitan financiación en nombre propio para destinarlo a un proyecto productivo de inversión.

Con relación al “proyecto productivo de inversión”, el mencionado Decreto lo entiende como aquel desarrollado por personas jurídicas con el fin de obtener una rentabilidad económica a partir de actividades empresariales, agropecuarias,

---

porcentaje sobre las transacciones hechas en la plataforma. El gestor tiene el control del acceso, la prestación de los servicios adicionales, la supervisión, en resumen, se convierte en un intermediario electrónico orientado a la confianza y a la seguridad. Cf.: BALLELL, T. R. de las H. El *crowdfunding*: una forma de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos. *Revista Pensar en Derecho*, Buenos Aires, v. 3, n. 1, p. 113, 2013.

de servicios, comerciales o industriales. Esa limitación en la definición resulta ser infortunada, por cuanto su redacción está basada en una óptica estrictamente financiera y económica que impide considerar como proyecto productivo, un servicio o una acción que no tenga rentabilidad económica, sino que simplemente se refiera a una actividad y/o servicio de índole social o voluntaria.

Si bien el propósito regulatorio era dar un cuerpo normativo a la nueva forma de realizar las actividades del mercado de valores a través de una infraestructura electrónica (art. 3 de la ley), entre ellas, la emisión y la oferta de valores, la intermediación, la administración de fondos, calificación de riesgos, suministros y demás actividades. La falta de consideración de un abanico de posibilidades de proyectos ambientales, sociales y culturales que no tengan exclusivamente una rentabilidad económica y puedan ser objeto de financiación mediante *crowdfunding*, genera incertidumbre jurídica en lo que tiene que ver con su aplicación y desarrollo.

A su vez, el Decreto (art. 2.41.1.1.2) distingue taxativamente las modalidades de financiación colectiva, entre ellas, a través de valores representativos de deuda o de capital social. De ahí, se hace necesario distinguir que una cosa es la actividad de *crowdfunding* a través de determinada infraestructura electrónica y otra diferente, corresponde con el servicio o bien objeto de la actividad. Sobre este último, atendiendo al tenor literal de la norma, en Colombia no es posible el financiamiento colectivo, bien sea a través de donación o recepción, de cualquier producto o servicio que no sea entendido como valor (art. 2, Ley 964, 2005).<sup>42</sup> De ahí, la naturaleza jurídica del objeto de *crowdfunding*, salvo la negociación a través de acción cambiaria de regreso son títulos valores (parágrafo, art. 2, Ley 964, 2005).

Por otro lado, el Decreto actual en materia de *crowdfunding* en Colombia, limita la competencia de la financiación colaborativa a las sociedades anónimas de objeto exclusivo que tengan como propósito poner en contacto a un número plural de aportantes con receptores que solicitan financiación en nombre propio para destinarlo a un proyecto productivo, esas sociedades son denominadas de financiación colaborativa (art. 2.41.1.1.3). Atendiendo a los postulados normativos, esta especie de intermediarios del mercado de valores actuarían bajo una modalidad de corretaje, pues las sociedades anónimas con objeto exclusivo son comerciantes profesionales, no hay duda de que perseguirán una comisión por poner en contacto aportantes y receptores, dejando todo su esfuerzo para concretar la oferta y la demanda del acto.

<sup>42</sup> De acuerdo con la ley, será valor todo derecho de naturaleza negociable que haga parte de una emisión, cuando tenga por objeto o efecto la captación masiva proveniente del público. Entre ellos, los bonos, las acciones, los papeles comerciales, los certificados de depósito de mercancías, cualquier título o derecho resultante de un proceso de titularización, cualquier título representativo de capital de riesgo, aceptaciones bancarias, cédulas hipotecarias, cualquier título de deuda pública, etc.

De acuerdo con el art. 1340 del Código de Comercio, a través del cual se define el corredor, permite inferir que esta persona jurídica (sociedad anónima), al tener objeto exclusivo, tiene conocimiento del mercado, funge como agente intermediario, y no está vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación. No obstante, al parecer de una visión social del acto jurídico que envuelve la actividad del *crowdfunding*, la limitación o interpretación como una simple intermediación financiera, dejaría de lado la idea de que el *crowdfunding* tenga por fin y objetivo actividades de carácter exclusivo social, ambiental o cultural. La legislación colombiana debe valorar a la hora de regular las nuevas figuras tecnológicas las causas sobre las cuales pueden ser útiles, esto es, no única y exclusivamente económicas y financieras. Desde la experiencia internacional, México representa el primer país latinoamericano en reglamentar el *crowdfunding* mediante ley en el año 2018. Una ley generosa en la definición de la herramienta por cuanto permite cualquier inversión en cualquier tipo de actividad, a través de aplicaciones informáticas, páginas web, y/o medios de comunicación digital. No en tanto, limita su ejecución al *crowdfunding* de acciones y de préstamos entre particulares.

En los Estados Unidos, la *Jumpstart Our Business Startups Act* (JOBS Act) corresponde con el marco regulatorio del *crowdfunding*. De acuerdo con su contenido, la JOBS Act limita el monto de la inversión, ordena la publicidad de la información de las ofertas de las potenciales beneficiarias, los registros propios de los inversionistas y beneficiarios y las medidas para la reducción en el fraude de las operaciones. A pesar de este importante intento legislativo, la regulación todavía es insuficiente y no es equiparable al avance y desarrollo de la herramienta en este país. Aunque la reglamentación del *crowdfunding* en los Estados Unidos tenga cierta especificidad por la experiencia de la evolución de la herramienta en ese país. Se resalta que su normatividad está orientada a la potencialidad del financiamiento colectivo como medio para aumentar el capital de las empresas, como un interés casi que inexistente en un uso destinado para proyectos sociales, que involucran directa o indirectamente la actuación del Estado y el desarrollo de su presupuesto a través de fondos, activos, patrocinios, etc.<sup>43</sup>

Por su parte, en Brasil, la regulación del *crowdfunding* también es de reciente data. En julio de 2017, la denominada *Comissão de Valores Mobiliários (CVM)* expidió la Instrucción 588. Mediante ese instrumento jurídico se dispone sobre la oferta pública de distribución de valores mobiliarios de emisión de sociedades empresariales a través de plataformas electrónicas de inversión participativa. De acuerdo con el contenido de la Instrucción, en Brasil, el *crowdfunding* de inversión

<sup>43</sup> LUKK, M.; SCHNEIDERHAN, E.; SOARES, J. Worthy?..., p. 404-424.

se define como la captación de recursos por medio de oferta pública, de distribución de valores mobiliarios sin necesidad de registro, realizada por sociedades empresariales de pequeño porte, considerados emisores, exclusivamente por medio de plataforma electrónica, donde sus destinatarios corresponden con una pluralidad de inversionistas siguiendo unos límites. La regulación del *crowdfunding* por parte de la CVM en Brasil tiene ventajas y desventajas. Ventajas, porque trae cierta seguridad jurídica en los procesos de financiamiento colectivo a través del uso de la internet. Desventajas, porque restringe el uso y desarrollo del *crowdfunding* de acuerdo con su funcionalidad actual. Es decir, prevalece el apoyo a la inversión colectiva de las recompensas, más allá de la oportunidad de las donaciones y de las inversiones por la adquisición de acciones, hasta por la compra anticipada. De ese modo, se evidencia que el *crowdfunding* es un tema de relevancia dentro de la agencia regulatoria en materia de servicios tecnológicos financieros, todavía en los Estados Unidos, donde su uso ya es común hace unas décadas. Más allá de eso, la multiplicidad de usos y proyectos con los cuales toma objetivo la herramienta del *crowdfunding*, en parte, hace más difícil su atención por el operador jurídico. No obstante, el análisis de casos concretos puede contribuir en la singularidad de su función con el objetivo de transformar la herramienta en favor del desarrollo sostenible.

#### 4 El *crowdfunding* para combatir el cambio climático: una herramienta orientada a la sostenibilidad

La idea del *crowdfunding* como una herramienta de financiamiento colectivo y colaborativo para combatir el cambio climático obedece no solo a las altas cifras que implica dicha problemática para el planeta, sino también la urgencia que requiere enfrentarla. De acuerdo con el Banco Mundial, se estima que las necesidades de los países en desarrollo para la mitigación y adaptación del aumento en la temperatura del planeta serán de 275 mil millones de dólares por año. Si bien los países industrializados tienen mayores economías y capacidad tecnológica, se cuestiona su alcance al nivel de la cooperación para apoyar a los países en desarrollo a contrarrestar las adversidades que implica el cambio climático.<sup>44</sup> Por el contrario, la financiación colectiva para enfrentar el cambio climático y sus consecuencias ambientales, sociales y culturales, requiere de mecanismos de cooperación para abordar las demandas de la mitigación, sino que permita superar los fondos disponibles que darán una salvaguarda a las generaciones futuras. Por más ideal que resulte asegurar las contingencias que se derivan del cambio climático en

<sup>44</sup> BODANSKY, D., BRUNNÉE, J., RAJAMANI, L. International..., p. 9.

un futuro, los esfuerzos no serán en vano. Por el contrario, procurar una equidad intergeneracional a través de los Estados y la mayor parte de los sectores de la sociedad civil, empresarios, ciudadanos, etc., supera la idea de quien tiene la carga de soportar las generaciones futuras y más bien, se enfrenta a un escenario de prevención y planeación que resulta más adecuado. El entendimiento del cambio climático por parte de las naciones juega un papel fundamental para alcanzar ese propósito colaborativo. Los países desarrollados, particularmente los Estados Unidos, analizan el cambio climático a partir de la rentabilidad, una idea centrada en el comercio de emisiones, su reducción, su mejor postor, lo que costo-beneficio sea más beneficioso para ellos.

Por su parte, otros países desarrollados, o inclusive el desarrollo, analizan el cambio climático como un patrón de amplias desigualdades, injusticias económicas, así como sobre la óptica de la continuación sobre el nuevo orden económico internacional después de la colonización.<sup>45</sup> En últimas, la visión corresponde con un análisis más adecuado para el entendimiento del cambio climático, la cooperación y una financiación que debe ir más allá de buscar un rédito financiero por la actividad ejercida en la infraestructura electrónica. Su objetivo debe estar orientado a la consideración de esta emergencia. El cambio climático es también una causa económica, ambiental, social y cultural. De ahí, el *crowdfunding* puede contribuir, por lo menos, a generar una idea de transformación y adaptación frente a los retos y paradigmas que supone la transformación de la temperatura del planeta.

Los proyectos diseñados para combatir el cambio climático a través de *crowdfunding* son de diversa índole. Por ejemplo, el uso de la energía renovable ha demostrado un instrumento para ayudar a mitigar los efectos adversos del cambio climático y la contaminación ambiental. No obstante, debido a los altos costos iniciales, así como al riesgo de comercializar las iniciativas de energía renovable en términos tecnológicos, se ha presentado una barrera que ha impedido asegurar este tipo de proyectos.<sup>46</sup>

De acuerdo con lo anterior, han sido varias las iniciativas a través de *crowdfunding* para conseguir incorporar mecanismos de energía renovable. Entre ellos se destaca, el *crowdfunding* de préstamo entre particulares *Pay-As-You-Go solar Energy* en Tanzania, el *A flame Called Hope* en Nepal, basado en la donación. El primero, *Pay-As-You-Go solar Energy*, correspondió con una iniciativa a través de una plataforma *crowdfunding* con 91 inversionistas y alrededor de 15,000 USD en préstamo, con el objetivo de permitir la producción y venta de 1000 sistemas solares domésticos para pequeñas empresas y sus familias en Mwanza, Tanzania. Dicha

<sup>45</sup> BODANSKY, D.; BRUNNÉE, J.; RAJAMANI, L. *International...*, p. 5.

<sup>46</sup> LAM, P.; LAW, A. *Crowdfunding...*, p. 11.

iniciativa, de acuerdo con Lam & Law, más allá de la consideración financiera que era relevante, permitía a los pequeños puestos o propietarios de tiendas que no podrían pagar conexión a la red eléctrica, contar con tecnología fotovoltaica limpia y de acceso asequible. Los inversionistas recibieron un rédito a una tasa menor por un tiempo determinado. Pero a su vez, además de contribuir mediante una energía limpia a prevenir de alguna forma el cambio climático, ayudaba a suplir la necesidad de más de 4000 personas en dicha región.<sup>47</sup>

La segunda, *A flame Called Hope* liderada por la ONG WWF Nepal, consistía en el recaudo mediante donaciones USD 100.000 para proporcionar acceso a limpieza y energía alternativa de biogás para más de 150 hogares en una aldea de Nepal, donde la deforestación del territorio ha empeorado y obstaculizado el acceso a algunas materias básicas de la comunidad como el agua y el combustible. A través de la transformación de desechos animales y humanos, transformados en un combustible menos contaminante, se ahorró aproximadamente cuatro toneladas en las emisiones nocivas para el medio ambiente. En este proyecto, la venta de créditos de carbono tenía una causa concreta antes de ser lanzado, la mejora en las condiciones de acceso a determinadas materias de una población y su consecuente progreso en el bienestar social.

Este último, así como otros proyectos basados en la donación, no regulados en Colombia, es adecuado no solo para proyectos de innovación ecológica y energía renovable y sostenible.<sup>48</sup> Sino que permiten generar en pequeñas zonas apartadas y marginadas un progreso en cuanto a su bienestar social y de ahí la generación de mecanismos o instrumentos que diseñan ideas orientadas a la garantía de sus derechos, de la vida, de la salud. En sus propias palabras, el *crowdfunding* parece ser un concepto que va más allá de recaudar fondos, como una actividad financiera en sentido estricto, representa una forma de desarrollar actividades para el bien de la sociedad. Otro ejemplo corresponde con la plataforma española GoFundMe, a través de la cual se permite gestionar de manera gratuita campañas para el combatir cambio climático. Una de ellas es “Plántate contra el cambio climático”, que busca hacer realidad un ambicioso proyecto de reforestación a través de donaciones individuales que permitirían a replantación de árboles en un equivalente a ocho hectáreas de terreno. Lo interesante de la iniciativa es recaudar dinero de cualquier tipo de persona, sin importar su naturaleza, para contrarrestar los impactos que sufrieron las Canarias durante un devastador incendio que arrasó 9.224 hectáreas, de las cuales, el 84% eran espacios protegidos (GoFundMe).

<sup>47</sup> LAM, P.; LAW, A. Crowdfunding..., p. 15.

<sup>48</sup> LAM, P.; LAW, A. Crowdfunding..., p. 18.

El Observatorio Blockchain publicó un informe sobre Blockchain para el Cambio Climático, destacando más de 200 compañías que en el mundo desarrollan proyectos para combatir sus efectos. Destaca en su informe, el *Distributed Ledger Technology for Climate Action Assesment*, de la red global de innovación contra el cambio climático Climate-KIC, diferentes plataformas que utilizan tecnología Blockchain mediante *crowdfunding* para facilitar un intercambio de energía renovable entre personas, sin necesidad de la participación de intermediarios en el proceso.

Tal es el caso de *Pylon Network*, que corresponde con una plataforma inteligente de energía P2P de código abierto, diseñada como una herramienta de cooperación para los diferentes actores del sector energético (consumidores, beneficiarios y productores) que tienen interés en la transición energética. En este caso, lo interesante es el objeto sobre el cual se centra el *crowdfunding*, orientado a combatir el cambio climático a través de la optimización de sistemas energéticos.

Ahora bien, supóngase el caso de que el proyecto a financiar con dinero o capital humano no es un proyecto productivo de inversión, como determina la normatividad colombiana, por el contrario, consiste en la proyección y ejecución de un proyecto artístico y/o cultural. Como lo es la campaña para el desarrollo del documental *The age of Stupid* o La era de la estupidez. En este proyecto se utilizó un modelo híbrido de inversión-donación-préstamo para recaudar £730.000, con el objetivo de crear conciencia política social sobre los nefastos efectos del cambio climático (CMF).

Dentro de las plataformas que ofrece la infraestructura tecnológica para combatir el cambio climático a través de *crowdfunding*, se encuentra, entre otras, *Ecoindus Green Crowdgunding* (ecoindus), que corresponde con una iniciativa de financiación colectiva de proyectos verdes relacionados con la ecoindustria y la lucha contra el cambio climático. Cabe resaltar que en la plataforma se reúnen hasta colectivos sociales, comunidades locales y mecenas ambientales para promover proyectos de desarrollo sostenible, tales como, voluntariados, campañas de concientización, etc. Dentro de ese catálogo, “La TEUA terra crowdfunding” promueve el cuidado, el respeto y la mejoría del medio ambiente. Corresponde con una iniciativa que más allá de captar masivamente dinero para un proyecto en específico, pretende sensibilizar a los ciudadanos sobre las acciones diarias que tienen repercusión en la modificación del clima del planeta. El proyecto se sustenta de donaciones y recompensas dependiendo del proyecto concreto a desarrollar (lateuattera).

En Colombia, con todo, las limitaciones y los vacíos que presenta la regulación del *crowdfunding*, la Superintendencia Financiera dio vía libre a la primera plataforma de financiamiento colaborativo, denominada a2censo, administrada por la Bolsa de Valores de Colombia (Resolución No. 1377 de 2019). De acuerdo con los datos de la página web, a2censo corresponde únicamente con una plataforma de *crowdfunding* de inversión que busca crear una fuente alternativa de financiación para las pymes

(pequeñas y medianas empresas). En últimas, una herramienta creada con un objetivo financiero exclusivo orientado hacia el emprendedurismo sin otro tipo de iniciativas. Por otro lado, en contraste con la regulación colombiana y parte de la extranjera, así como en un análisis sobre la efectividad del *crowdfunding* y la sostenibilidad, Jacob Hörisch (2015, p. 636), a partir de ciertos hallazgos, asegura que los proyectos sin fines de lucro, esto es, la mayoría con objetivo de donación, tienden a ser los más exitosos en la financiación para combatir problemas ambientales.

En ese contexto, resalta que no solo es necesario el tiempo y los indicadores de éxito en términos de rentabilidad de los proyectos para proponer una iniciativa de *crowdfunding* frente a problemas ambientales. Asimismo, debe considerarse una cuestión y un compromiso político: que estén encaminados a aumentar la conciencia general sobre los impactos de la mano del hombre sobre el planeta, que motive a los futuros inversionistas a emplear toda su disposición para apoyar el *crowdfunding*. Con todo, las iniciativas para combatir el cambio climático a través del *crowdfunding* son un importante aporte en materia de inversión económica, social y cultural para mitigar o prevenir los riesgos que implica la problemática. No obstante, pese a que las iniciativas se están hasta ahora desarrollando, se espera que las regulaciones acompañen estos procesos. La realidad no muestra ese propósito. Por el contrario, la regulación del *crowdfunding* está matizada por una directriz económica focalizada en la generación de inversión y rendimientos más allá de convertirse en un instrumento tecnológico que contribuya al bienestar social, la sostenibilidad y la garantía de los derechos sociales. Esto último puede fortalecerse, diseñando mecanismos que promuevan la captación de recursos monetarios y humanos para robustecer de la gestión en la investigación, así como de la transferencia del conocimiento sobre el cambio climático, su mitigación, adaptación, diseño e implementación de proyectos concretos. Acciones menores que en una suma continua generarían un impacto importante.

## 5 Consideraciones finales

El reconocimiento del derecho a gozar de un ambiente sano como un derecho social es correlativo con el deber del Estado por proteger la diversidad e integridad del ambiente, la conservación de las áreas de especial importancia ecológica y la garantía de la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. En ese contexto, el cambio climático, bien sea como una externalidad negativa o simplemente como una problemática de escala mayor que afecta a todo el planeta requiere la atención no solo del Estado en cuanto a la reglamentación y administración de todos los recursos disponibles para la creación de estrategias para frenar las contingencias, sino de todos los actores de la sociedad: ciudadanos, empresas,

entidades, etc. Pues su entendimiento supera una esfera estrictamente ambiental y científica, abarcando una social, económica, ética y cultural.

Por otro lado, el advenimiento y la irrupción tecnológica han transformado la capacidad del derecho a un letargo que requiere superar y adaptarlo a los nuevos paradigmas que se presentan en la sociedad. Las instituciones clásicas jurídicas deben repensarse en el sentido de dar vía libre a la rapidez con la que se transportan los datos, la información y las nuevas ideas, siempre con una vista panorámica sobre los sectores en los cuales puede tener impacto o contribución. En ese paradigma el *crowdfunding* adquiere relevancia, por tanto, su regulación no puede ser vista desde un solo foco, el económico, requiere también una perspectiva ambiental, social, económica y cultural. Su implementación y regulación debe atender a unas consideraciones no taxativas compatibles con su actualidad social y con la regulación del cambio climático. La primera consideración, consiste en entender que el Derecho no puede limitar el flujo de las ideas y las herramientas tecnológicas siempre y cuando ellas no sean contrarias a los derechos fundamentales o a la institucionalidad prevista en la Constitución y en la ley. Por el contrario, la oposición del libre ejercicio de esas ideas resulta incompatible frente a una sociedad disruptiva. Su ejercicio debe ser armonioso, concurrente y coherente.

La segunda, la regulación del *crowdfunding* no puede tener por objetivo y exclusividad el desarrollo económico y el crecimiento presupuestal de las pymes. Por el contrario, debe orientarse también a la consideración de su utilidad social y a su potencialidad como una herramienta que contribuya al suministro de fondos pecuniarios y humanos para el financiamiento y desarrollo de proyectos y derechos sociales, fundamentales, económicos, ambientales y culturales. Dentro de esa consideración es necesario resaltar que, los proyectos financiados por *crowdfunding* son concretos o generales. No obstante, se prefiere la concreción de los proyectos para tener un mayor control de su gestión y cumplimiento de la finalidad propuesta, pues en caso de ser generales, la regulación y su ejecución deben garantizar la distribución equitativa de los recursos. Asimismo, el desarrollo adecuado del *crowdfunding* en la ejecución de los proyectos no debe ser arbitrario. Es importante el cumplimiento de los plazos propuestos en el inicio de cualquier proyecto, más aún, si se trata de proyectos ambientales encaminados a enfrentar el cambio climático.

La tercera, atendiendo a la fuerza normativa y a la seguridad jurídica de las posibles situaciones que son objeto de este tipo de financiación, es necesario que la regulación del *crowdfunding* tenga una concepción más abierta frente a la restricción eminentemente financiera y de rendimientos que se tiene hoy. Por tal razón, como se ha intentado presentar a lo largo del presente escrito, la regulación del *crowdfunding*, principalmente en Colombia, debe también atender las donaciones

o la opción de la compra anticipada. Pues sobre estos últimos se ha ido avanzando a grandes pasos. En cuarto y último lugar, la regulación del *crowdfunding*, más aún cuando tiene por objeto el desarrollo de campañas para enfrentar el cambio climático, debería considerar el tipo de incentivos que se otorguen a los particulares, sean ciudadanos o empresas, para que en su interacción a través de la actividad de fomento en la consecución del interés público tengan una motivación más allá de invertir.

## Referencias

- AMAYA, O. Hacia una lectura jurídica del cambio climático. En: AMAYA, O.; GARCÍA, M.P. (Comp.). *Derecho y cambio climático*. p. 333-386. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2010.
- BALLELL, T. R de las H. El crowdfunding: una forma de financiación colectiva, colaborativa y participativa de proyectos. *Revista Pensar en Derecho*, Buenos Aires, v. 3, n. 1, 2013. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-3.php>.
- BANCO MUNDIAL. *Guide to climate change adaptation in cities: executive summary* (Spanish). Washington D.C. The World Bank. Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/329541468337834225/Guia-para-la-adaptacion-al-cambio-climatico-en-ciudades-resumen-ejecutivo>. 2011.
- BAPTISTE, B. Prefacio. En: NAIL, S. (Ed.) *Cambio climático*. Lecciones de y para ciudades de América Latina. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2016.
- BELLEFLAMME, P. et al. Crowdfunding: Tapping the Right Crowd. *Journal of Business Venturing*, v. 25, n.5, p. 585-609, 2014. doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1836873>.
- BODANSKY, D. Introduction: climate change and human rights: unpacking the issues. *Georgia journal of International and comparative law*, n. 338. p. 511-524. Georgia: UGA Legal Studies Research Paper. 2010. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1581555>.
- BODANSKY, D.; BRUNNÉE, J.; RAJAMANI, L. *International Climate Change Law*. New York: Oxford University Press. Disponible en: <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=pdf> 2017.
- BRADFORD, C. S. Crowdfunding and the Federal Securities Laws. *Columbia Business Law Review*, n. 1, p. 27-29, 2012. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1916184](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1916184).
- COMISIÓN Económica para América Latina y el Caribe CEPAL. 2015. *La economía del cambio climático en América Latina y el Caribe. Paradojas y desafíos del desarrollo sostenible*. Santiago de Chile, Naciones Unidas. Disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37310/4/S1420656\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37310/4/S1420656_es.pdf).
- COMISSÃO de Valores Mobiliários do Brasil (CVM). (13 de julio de 2017). Dispõe sobre a oferta pública de distribuição de valores mobiliários de emissão de sociedades empresárias de pequeno porte realizada com dispensa de registro por meio de plataforma eletrônica de investimento participativo (...). [Instrução nº 588].
- CONGRESO de la República de Colombia (27 de octubre de 1994). Por medio de la cual se aprueba la “Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”. [Ley 164] DO: 41575. Disponible en: [http://www.ideam.gov.co/documents/24024/26915/C\\_Users\\_JGomez\\_Documents\\_LEY+164+DE+1994.pdf/85833e1c-6ceb-4554-bce5-21e43329019](http://www.ideam.gov.co/documents/24024/26915/C_Users_JGomez_Documents_LEY+164+DE+1994.pdf/85833e1c-6ceb-4554-bce5-21e43329019).
- CONGRESO de la República de Colombia (8 de julio de 2005). Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional

para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones. [Ley 964]. DO: 45.963.

CONGRESO de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos (Ley del 9 de marzo de 2018). Ley para regular las instituciones de tecnología financiera. Disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LRITF\\_090318.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LRITF_090318.pdf).

CONGRESS of the United States of América (5 de abril de 2012). Jumpstart Our Business Startups Act. Washington. Disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/BILLS-112hr3606enr/pdf/BILLS-112hr3606enr.pdf>.

DESCHENES, O; GREENSTONE, M. The Economic Impacts of Climate Change: Evidence from Agricultural Profits and Random Fluctuations in Weather. *Massachusetts Institute of Technology Department of Economics Working Paper Series*. Cambridge: MIT, 2006. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=564722>.

ESCALERA, J.; RUIZ, E. R Resiliencia Socioecológica: aportaciones y retos desde la Antropología. *Revista de Antropología Social*, v. 1, n. 20, p. 109-135. doi: [https://doi.org/10.5209/rev\\_RASO.2011.v20.362642011](https://doi.org/10.5209/rev_RASO.2011.v20.362642011).

FELETI, G.; CORRÊA, E. O *crowdfunding* no Brasil: configuração de um canal midiático ou uma simples modalidade econômica. En: MOREIRA, S. (Org.). *Indústrias da Comunicação no Brasil: dinâmicas da academia e do mercado*. p.109-126. v. 1. Rio de Janeiro: UERJ/INTERCOM, 2015.

FREITAS, J. Sustentabilidade: Novo prisma hermenêutico. *Novos Estudos jurídicos*, v. 23, n. 3, p. 940-963. doi: <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v23n3.p940-963>. Disponible en: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13749> 2018.

GALLO, W. Responsabilidad civil y del estado por deforestación: un análisis causal a partir de la actividad minera. En: GARCÍA, M. P. (Ed.). *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente Tomo XVIII*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2018.

GARCÍA-TERUEL, R. M. A legal approach to real estate crowdfunding platforms. *Computer Law & Security Review*, v. 5, n. 3, p. 281-294, 2014. doi: <http://dx.doi.org/10.1016/j.clsr.2019.02.003>. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364918303704>.

GIUDICI, G. *et al.* Crowdfunding: The New Frontier for Financing Entrepreneurship? *SSRN Electronic Journal*. Oct. 2012. p. 1-13. doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2157429>.

GUZMAN, L. Financiamiento del cambio climático. En: GARCÍA, M. P.; AMAYA, O. *Retos y compromisos jurídicos frente al cambio climático*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 497-537.

HACHEM, D. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, ano 13 v, 13, p. 340-499, jan./jun. 2013.

HACHEM, D. *Tutela Administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária* (tesis doctoral). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

HORISCH, J. Crowdfunding for environmental ventures: an empirical analysis of the influence of environmental orientation on the success of crowdfunding initiatives. *Journal of cleaner production*, v. 107, p. 636-645, 2015. doi: <https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2015.05.046>.

KUPPUSWAMY, V.; BAYUS, B. L. Crowdfunding Creative Ideas: The Dynamics of Project Backers in Kickstarter. En: CUMMING, D.; HORNUF, L. (Ed.). *The Economics of Crowdfunding: Startups, Portals and Investor Behavior*. p. 1-41, [S.l.]: Forthcoming Issues, 2017.

LAM, P.; LAW, A. Crowdfunding for renewable and sustainable energy projects: An exploratory case study approach. *Reviewable and Sustainable Energy Reviews*. n. 60, jul. 2016, p. 11-20. doi: <https://doi.org/10.1016/j.rser.2016.01.046>.

LOZANO, R. El clima: vulnerabilidad, adaptación y retos según la Comunicación Nacional de Cambio Climático. En: AMAYA, O.; GARCÍA, M. P. (Comp.). *Derecho y cambio climático*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 15-43.

LUKK, M.; SCHNEIDERHAN, E.; SOARES, J. Worthy? Crowdfunding the Canadian Health Care and Education Sectors. *Canadian Review of Sociology/revue Canadienne de Sociologie*, v. 3, n. 55, p. 404-424, 2018. doi. <http://dx.doi.org/10.1111/cars.12210>. Disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/cars.12210>.

MARRARA, Thiago; GASIOLA, Gustavo Gil. Regulação de novas tecnologias e novas tecnologias na regulação. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 117-144, maio/ago. 2020.

MATA, J. *Las campañas de crowdfunding*: su eficacia en proyectos lucrativos y causas sociales (tesis de doctorado). Universitat Ramon Llull, Barcelona, 2014. p. 40-41. Disponible en: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/279390.pdf>.

MOLLICK, E. R. The Dynamics of Crowdfunding: an exploratory study. *Journal of Business Venturing*, n. 1, p. 1-16. 2014. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2088298](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2088298).

ONU. Organización de las Naciones Unidas. *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático*. 1992. Disponible en: <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>.

PRESIDENCIA de la República de Colombia (15 de julio de 2010). Recoge y reexpide las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores. [Decreto 2555]. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/10083580>.

PRESIDENCIA de la República de Colombia (24 de febrero de 2016). Por el cual se establece la organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Cambio Climático y se dictan otras disposiciones. [Decreto 298]. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=68173>.

PRESIDENCIA de la República de Colombia (31 de julio de 2018). Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con la actividad de financiación colaborativa. Decreto 1357. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=87770>.

RODRÍGUEZ, M. El clima: vulnerabilidad, adaptación y retos según la Comunicación Nacional de Cambio Climático. En: AMAYA, O.; GARCÍA, M. P. (Comp.). *Derecho y cambio climático*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 191-228.

SCHIER, A. *Fomento*: Administração Pública, Direitos Fundamentais e Desenvolvimento. Curitiba: Íthala, 2019.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Administração Pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 97-116, maio/ago. 2020.

SCHWIENBACHER, A.; LARRALDE, B. Crowdfunding of Small Entrepreneurial Ventures. En: CUMMING, D. (Ed.) *Handbook of entrepreneurial finance* (p. 3-19). Oxford: Oxford Handbooks 2010. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1699183](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1699183).

STAVINS, R. Economic Analysis of Global climate change policy: A primer. *Climate change: science, strategies, and solutions*. KSG Working Paper (003). Boston: John F Kennedy School of Government, Harvard University. 2000. doi. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.240389>. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=240389>.

SUPERINTENDENCIA Financiera de Colombia. Mediante la cual se aprueba el Reglamento de Funcionamiento de la Plataforma de Financiación Colaborativa – acenso [Resolución 1377 de 2019].

YOUNG, C.; LUSTOSA, M. A questão ambiental no esquema centro-periferia. *Economía*, Niterói, v. 4, n. 2, p. 201-221, 2016. Disponible en: [http://www.anpec.org.br/revista/vol4/v4n2p201\\_221.pdf](http://www.anpec.org.br/revista/vol4/v4n2p201_221.pdf).

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GALLO APONTE, William Iván. *Crowdfunding* como alternativa financiera para combatir el cambio climático en la era de las nuevas tecnologías y el desarrollo sostenible. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 139-167, set./dez. 2020.

---



# Diretrizes para Autores

## 1. Submissão de artigos

As propostas de artigos para publicação na *International Journal of Digital Law* deverão ser enviadas através do sistema eletrônico de submissões (gratuitamente), por meio de cadastro no Sistema Eletrônico e acesso mediante login e senha a ser realizado no [site](#). Não serão aceitas propostas enviadas por e-mail. A revista reserva-se o direito de aceitar ou rejeitar qualquer original recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, inclusive por inadequação da temática do artigo ao perfil editorial da revista, como também o direito de propor eventuais alterações.

## 2. Qualificação dos autores

Ao menos um dos autores do artigo deverá possuir o título de Doutor (Dr.), Doctor of Juridical Science (J.S.D. ou S.J.D), Doctor juris (Dr. iur. ou Dr. jur.), Doctor of Philosophy (Ph.D.) ou Legum Doctor (LL.D.). A exigência poderá ser relativizada, nunca extrapolando o percentual de 30% por edição, em casos excepcionais de: (i) artigos de autores afiliados a instituições estrangeiras; (ii) artigos escritos em inglês.

## 3. Ineditismo e exclusividade

Os textos para publicação na *International Journal of Digital Law* deverão ser inéditos e para publicação exclusiva, salvo no caso de artigos em língua estrangeira que tenham sido publicados fora do país. Uma vez publicados nesta revista, também poderão sê-lo em livros e coletâneas, desde que citada a publicação original. Roga-se aos autores o compromisso de não publicação em outras revistas e periódicos, bem como de que as propostas de artigo não se encontrem postulados de forma simultânea em outras revistas ou órgãos editoriais.

## 4. Idiomas

Podem ser submetidos artigos redigidos em Português, Espanhol ou Inglês.

## 5. Cadastro dos metadados no sistema eletrônico de submissões

**5.1.** No momento da submissão do artigo no sistema eletrônico, os campos dos metadados deverão ser preenchidos obrigatoriamente de acordo com estas diretrizes, sob pena de rejeição liminar da submissão.

### 5.2. Autores

**5.2.1. Nome/Nome do Meio/Sobrenome:** indicação do nome completo do(s) autor(es) apenas com as iniciais de cada nome em caixa alta. Em caso de artigos em coautoria, os nomes de todos os coautores devem ser inseridos no sistema na ordem que deverá constar no momento da publicação.

**5.2.2. E-mail:** indicação do e-mail do(s) autor(es) para contato, que será obrigatoriamente divulgado na versão publicada do artigo;

**5.2.3. ORCID iD:** indicação do número de identificação ORCID (para maiores informações [clique aqui](#)). O identificador ORCID pode ser obtido no [registro ORCID](#). Você deve aceitar os padrões para apresentação de iD ORCID e incluir a URL completa; por exemplo: <https://orcid.org/0000-0003-1781-1726>.

**5.2.4. URL:** link para o currículo completo do autor. No caso de autores brasileiros, deve ser indicado o link para o Currículo Lattes.

**5.2.5. Instituição/Afiliação:** indicação da sua principal afiliação institucional ou das duas principais, caso o vínculo com ambas possua a mesma importância (instituição à qual encontra-se vinculado como docente ou discente, ou, caso não seja docente ou discente, a instituição onde foi obtido o seu maior título acadêmico, como doutorado, mestrado, especialização etc.). O nome da instituição deverá constar por extenso e na língua original da instituição (ou em inglês quando a escrita não for latina), seguida da indicação do país de origem da instituição entre parênteses. Caso o autor seja docente e esteja cursando mestrado ou doutorado em outra instituição, a afiliação principal será a da instituição na qual o autor figura como mestrando ou doutorando.

**5.2.6. País:** indicação do país da principal afiliação institucional do autor.

**5.2.7. Resumo da biografia:** indicação do mini currículo, iniciando com a indicação da instituição onde figura como docente, seguida de cidade, sigla do Estado e país entre parênteses, indicação das titulações acadêmicas (começando pela mais elevada), outros vínculos com associações científicas, profissão etc.

### **5.3. Título e Resumo:**

**5.3.1. Título:** título no idioma do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula.

**5.3.2. Resumo:** resumo no idioma do artigo, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras.

### **5.4. Indexação**

**5.4.1. Palavras-chave:** indicação de 5 palavras-chave no idioma do artigo (em letras minúsculas e separadas por ponto vírgula).

**5.4.2. Idioma:** indicar a sigla correspondente ao idioma do artigo (Português=pt; English=en; Español=es).

**5.5. Contribuidores e Agências de fomento:** os artigos resultantes de projetos de pesquisa financiados deverão indicar neste campo a fonte de financiamento.

**5.6. Referências:** inserir a lista completa de referências citadas no artigo, dando um espaço entre cada uma delas.

## **6. Apresentação do texto e elementos pré-textuais**

**6.1.** Recomenda-se que o trabalho tenha entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 – 21 cm x 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas.

**6.2.** As margens utilizadas deverão ser: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm.

**6.3.** No corpo do texto deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5 cm e espaçamento de 0 pt (pontos) antes e depois dos parágrafos.

**6.4.** Nas notas de rodapé deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas.

**6.5.** No desenvolvimento do texto, os parágrafos deverão conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda. Títulos e subtítulos deverão estar alinhados à margem esquerda, sem recuo.

**6.6.** A estruturação deverá observar a exposta neste item 6.6.

**6.6.1.** Título no idioma do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula e em itálico, centralizado.

**6.6.2.** Nos casos de necessidade de indicar informações a respeito do artigo (financiamento por agências de fomento, agradecimentos, tradutores do texto etc.), deverá ser inserida uma nota de rodapé com um asterisco (e não com número) situada à direita do título no idioma do artigo.

**6.6.3.** Título em inglês, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula, em itálico e em itálico, centralizado. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo título em português.

**6.6.4.** O artigo não deve incluir os nomes do(s) autor(es). As informações, para fins de publicação, serão retiradas dos metadados inseridos pelo(s) autor(es) no sistema eletrônico da revista no momento da submissão.

**6.6.5.** Resumo no idioma do artigo (fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras), antecedido da palavra “Resumo” escrita no idioma do artigo.

**6.6.6.** Indicação de 6 palavras-chave no idioma do artigo (em letras minúsculas e separadas por ponto vírgula), antecidas da expressão “Palavras-chave” redigida no idioma do artigo.

**6.6.7.** Resumo em inglês (Fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras), antecedido da palavra “Abstract”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo resumo em português.

**6.6.8.** Indicação de seis palavras chave em inglês (em letras minúsculas e separadas por ponto vírgula), antecidas da expressão “Keywords”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelas palavras-chave em português.

**6.6.9.** Sumário com a identificação dos títulos das seções e das subseções, com numeração progressiva, separados por ponto vírgula, sequencialmente e em parágrafo único.

**6.6.10.** Desenvolvimento do trabalho científico: a numeração progressiva, em números arábicos, deve ser utilizada para evidenciar a sistematização do conteúdo do trabalho.

**6.6.11.** Lista das referências bibliográficas efetivamente utilizadas no artigo, ao final do trabalho, separadas por um espaço simples, alinhadas à margem esquerda (sem recuo).

**6.6.12.** Aplicam-se, para os demais aspectos de formatação, as normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 10520:2002 e 14724:2011).

**6.6.13.** No caso de artigos com 4 ou mais autores, é necessário incluir de uma nota de rodapé indicando qual foi a contribuição de cada um.

**6.7.** Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico, ficando vedada a utilização de negrito, sublinhado ou caixa alta para fins de dar destaque ao texto.

**6.8.** Figuras e tabelas devem estar inseridas no texto, e não no final do documento na forma de anexos.

## **7. Metodologia científica**

**7.1.** As referências dos livros, capítulos de obras coletivas, artigos, teses, dissertações e monografias de conclusão de curso de autores citados ou utilizados como base

para a redação do texto devem constar em nota de rodapé, com todas as informações do texto, em observância às normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 6023:2018), e, especialmente, com a indicação da página da qual se tirou a informação apresentada no texto logo após a referência.

**7.1.1.** O destaque dado ao título dos livros (ou revistas) citados deverá constar em itálico, ficando vedada a utilização de negrito.

**7.1.2.** Os artigos redigidos com citação no formato AUTOR-DATA não serão aceitos para publicação, somente o sistema de chamadas numérico exposto nas notas de rodapé.

**7.1.3.** As referências deverão constar da seguinte forma:

**7.1.3.1. Livros:**

SOBRENOME, Nome. *Título da obra em itálico*: subtítulo sem itálico. número da edição. Cidade: Editora, ano.

Exemplo:

KEEN, Andrew. *Vertigem digital*: por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando. Trad. Alexandre Martins, Rio de Janeiro: Zahar, 2012. 254p.

**7.1.3.2. Capítulos de livros coletivos:**

SOBRENOME, Nome. Título do capítulo sem itálico. In: SOBRENOME DO 1º ORGANIZADOR, Nome do organizador; SOBRENOME DO 2º ORGANIZADOR, Nome do 2º organizador e assim sucessivamente, separados por ponto vírgula (Org. ou Coord.). *Título da obra ou coletânea em itálico*: subtítulo sem itálico. número da edição. Cidade: Editora, ano. página inicial-página final [antecedidas de “p.”].

Exemplo:

DOTTA, Alexandre Godoy. Derechos de la Población LGBT+ en Brasil: Vulnerabilidad Social entre Avances y Retrocesos. In: BRAVO, Álvaro Sánches; CASIMIRO, Ligia Melo de; GABARDO, Emerson. (Org.). *Estado Social Y Derechos Fundamentales en Tiempos de Retroceso*. Sevilha: Ponto Rojo, 2019. p. 203-228.

**7.1.3.3. Artigos em revistas:**

SOBRENOME, Nome. Título do artigo sem itálico. *Título da Revista em itálico*, cidade, volume, número, página inicial-página final [antecedidas de “p.”], meses da publicação [abreviados com as três primeiras letras do mês seguidas de ponto e separados por barra]. ano.

Exemplo:

GABARDO, Emerson; SAIKALI, Lucas Bossoni. A prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário em razão de atos de improbidade administrativa. *Revista Jurídica – Unicuritiba*, Curitiba, v. 1, p. 514-543, 2018.

**7.1.3.4. Teses de Titularidade, Livre-Docência, Doutorado, Dissertações de Mestrado, Monografias de Conclusão de Curso de Graduação e Pós-Graduação:**

SOBRENOME, Nome. *Título do trabalho em itálico*: subtítulo sem itálico. Cidade, ano. número de folhas seguido de “f”. Modalidade do trabalho (Grau obtido com a defesa) – Órgão perante o qual o trabalho foi defendido, Nome da instituição.

Exemplo:

SANTOS, Fábio de Sousa. *Análise Comparada da Competição na Contratação Pública Brasileira e Estadunidense*. Curitiba, 2018. 134f. Dissertação (Mestrado em Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: 2018.

**7.1.3.5 DOI – Digital object identifier:** Caso o documento consultado na pesquisa tenha o número de DOI recomenda-se a inclusão, de modo complementar, do número após o término de cada referência.

Exemplo:

DOTTA, Alexandre Godoy. Public policies for the assessment of quality of the Brazilian higher education system. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, p. 53-69, 2016. DOI. [10.5380/rinc.v3i3.49033](https://doi.org/10.5380/rinc.v3i3.49033).

**7.1.3.6. Documentos em meio eletrônico:** Documentos extraídos do meio eletrônico deverão apresentar após o término de cada referência o local da rede onde foi encontrado e apresentado da seguinte maneira.

Exemplo:

IJDL. International Journal of Digital Law. *Regras para a submissão de artigos*. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/about/submissions>. Acesso em: 12 fev. 2020.

**7.1.4.** Os elementos das referências devem observar o seguinte padrão:

**7.1.4.1. Autor:** SOBRENOME em maiúsculas, vírgula, Nome com as iniciais em maiúsculas, seguido de ponto final.

**7.1.4.2. Edição:** deve ser incluída a informação somente a partir da segunda edição, sem ordinal, seguido de ponto e “ed.”. Exemplo: 2. ed.

**7.1.4.3. Ano:** grafado com algarismos arábicos, sem ponto no milhar, antecedido de vírgula e seguido de ponto.

**7.1.5.** Nos casos em que for absolutamente impossível obter alguma das informações acima, a ausência deverá ser suprida da seguinte forma:

**7.1.5.1.** Ausência de cidade: substituir por [S.l.].

**7.1.5.2.** Ausência de editora: substituir por [s.n.].

**7.1.5.3.** Ausência de ano: indicar entre colchetes o ano aproximado, seguido de ponto de interrogação. Exemplo: [1998?].

**7.2.** As citações (palavras, expressões, períodos) deverão ser cuidadosamente conferidas aos textos originais.

**7.2.1.** Citações diretas devem seguir o seguinte padrão de registro: transcrição com até quatro linhas devem constar do corpo do texto, com letra e espaçamento normais, e estar entre aspas.

**7.2.2.** Recomenda-se fortemente que citações textuais longas (mais de quatro linhas) não sejam utilizadas. Entretanto, se imprescindíveis, deverão constituir um parágrafo independente, com recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda (alinhamento justificado), utilizando-se espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10. Neste caso, aspas não devem ser utilizadas.

**7.2.3.** Fica vedado o uso do op. cit., loc. cit., ibidem e idem nas notas bibliográficas, que deverão ser substituídas pela referência completa, por extenso.

**7.2.4.** Para menção de autores no corpo do texto, fica vedada sua utilização em caixa alta (ex.: para Nome SOBRENOME...). Nestes casos todas as menções devem ser feitas apenas com a primeira letra maiúscula (ex.: para Nome Sobrenome...).

## 8. Redação

**8.1.** Os textos devem ser revisados, além de terem sua linguagem adequada a uma publicação editorial científica.

**8.2.** No caso de artigos redigidos na língua portuguesa, a escrita deve obedecer às regras ortográficas em vigor desde a promulgação do ACORDO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA, a partir de 1º de janeiro de 2009.

**8.3.** As citações de textos anteriores ao ACORDO devem respeitar a ortografia original.

## **9. Artigos resultantes de pesquisas financiadas**

Os artigos resultantes de projetos de pesquisa financiados deverão indicar em nota de rodapé, situada ao final do título do artigo no idioma do texto, a informação relativa ao financiamento da pesquisa.

## **10. Declaração de direitos autorais**

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

**10.1.** Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outra remuneração pela publicação dos trabalhos.

**10.2.** Autores mantêm os direitos autorais e concedem à *IJD* o direito de primeira publicação, com o trabalho simultaneamente licenciado sob a [Licença Creative Commons Attribution](#) que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e publicação inicial nesta revista. Ainda, em virtude de aparecerem nesta revista de acesso público, os artigos são de uso gratuito, com atribuições próprias, com aplicações educacionais e não comerciais.

**10.3.** Autores têm permissão e são estimulados a publicar e distribuir seu trabalho online (ex.: em repositórios institucionais ou na sua página pessoal) a qualquer ponto antes ou durante o processo editorial, já que isso pode gerar alterações produtivas, bem como aumentar o impacto e a citação do trabalho publicado (ver [O Efeito do Acesso Livre](#)).

## **11. Responsabilidade dos autores**

**11.1.** Autores são responsáveis pelo conteúdo publicado, comprometendo-se, assim, a participar ativamente da discussão dos resultados de sua pesquisa científica, bem como do processo de revisão e aprovação da versão final do trabalho.

**11.2.** Autores são responsáveis pela condução, resultados e validade de toda investigação científica.

**11.3.** Autores devem noticiar a revista sobre qualquer conflito de interesse.

**11.4.** As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

**11.5.** Ao submeter o artigo, o autor atesta que todas as afirmações contidas no manuscrito são verdadeiras ou baseadas em pesquisa com razoável exatidão.

## **12. Conflito de interesses**

A confiabilidade pública no processo de revisão por pares e a credibilidade de artigos publicados dependem em parte de como os conflitos de interesses são administrados durante a redação, revisão por pares e tomada de decisões pelos editores.

**12.1.** É obrigatório que o autor do manuscrito declare a existência ou não de conflitos de interesse. Mesmo julgando não haver conflitos de interesse, o autor deve declarar essa informação no ato de submissão do artigo, marcando esse campo específico.

**12.2.** Conflitos de interesses podem surgir quando autores, pareceristas ou editores possuem interesses que, aparentes ou não, podem influenciar a elaboração ou avalia-

ção de manuscritos. O conflito de interesses pode ser de natureza pessoal, comercial, política, acadêmica ou financeira.

**12.3.** Quando os autores submetem um manuscrito, eles são responsáveis por reconhecer e revelar conflitos financeiros ou de outra natureza que possam ter influenciado seu trabalho.

**12.4.** Os autores devem reconhecer no manuscrito todo o apoio financeiro para o trabalho e outras conexões financeiras ou pessoais com relação à pesquisa. As contribuições de pessoas que são mencionadas nos agradecimentos por sua assistência na pesquisa devem ser descritas, e seu consentimento para publicação deve ser documentado.

**12.5.** Manuscritos não serão rejeitados simplesmente por haver um conflito de interesses, mas deverá ser feita uma declaração de que há ou não conflito de interesses.

**12.6.** Os pareceristas devem, igualmente, revelar aos editores quaisquer conflitos de interesse que poderiam influir em suas opiniões sobre o manuscrito, e devem declarar-se não qualificados para revisar originais específicos se acreditarem que esse procedimento é apropriado. Assim como no caso dos autores, se houver silêncio por parte dos pareceristas sobre conflitos potenciais, isso significará que os conflitos não existem.

**12.7.** No caso da identificação de conflito de interesse da parte dos pareceristas, o Conselho Editorial encaminhará o manuscrito a outro parecerista *ad hoc*.

**12.8.** Se os autores não tiverem certeza do que pode constituir um potencial conflito de interesses, devem contatar o Coordenador Editorial da Revista.

**12.9.** Para os casos em que editores ou algum outro membro publiquem com frequência na Revista, não serão atribuídos tratamentos especiais ou diferenciados. Todos os artigos submetidos serão avaliados através do procedimento *double blind peer review*.

### **13. Outras informações**

**13.1.** Os trabalhos serão selecionados pelo Coordenador Editorial e pelo Conselho Editorial da Revista, que entrarão em contato com os respectivos autores para confirmar o recebimento dos textos, e em seguida os remeterão para análise de dois pareceristas do Conselho de Pareceristas.

**13.2.** Os originais recebidos e não publicados não serão devolvidos.

**13.3.** Asseguram-se aos autores o direito de recurso das decisões editoriais.

**13.3.1.** Serão concedidos 5 (cinco) dias, contados da data da decisão final do Conselho Editorial.

**13.3.2.** O arrazoado escrito deverá ser enviado para o e-mail: journal@nuped.com.br.

**13.3.3.** O recurso será analisado pelo Conselho Editorial no prazo de 30 (trinta) dias.

### **CONDIÇÕES PARA SUBMISSÕES**

Como parte do processo de submissão, os autores são obrigados a verificar a conformidade da submissão em relação a todos os itens listados a seguir. As submissões que não estiverem de acordo com as normas serão devolvidas aos autores.

1. A contribuição é original e inédita (salvo em caso de artigos em língua estrangeira publicados no exterior), e não está sendo avaliada para publicação por outra revista; caso contrário, deve-se justificar em “Comentários ao editor”.
2. O arquivo da submissão está em formato Microsoft Word.
3. URLs para as referências foram informadas quando possível.

4. O texto possui entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 – 21 cm x 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas; as margens utilizadas são: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm; no corpo do texto utilizou-se Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos; nas notas de rodapé utilizou-se Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas; no desenvolvimento do texto, os parágrafos contêm recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda; títulos e subtítulos estão alinhados à margem esquerda, sem recuo; as figuras e tabelas estão inseridas no texto, não no final do documento na forma de anexos.
5. O texto segue os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em [Diretrizes para Autores](#), na [página para submissão](#).
6. Em caso de submissão a uma seção com avaliação pelos pares (ex.: artigos), as instruções disponíveis em [Assegurando a avaliação pelos pares cega](#) foram seguidas.
7. O autor declara que, com exceção das citações diretas e indiretas claramente indicadas e referenciadas, este artigo é de sua autoria e, portanto, não contém plágio. Declara, ainda, que está ciente das implicações legais que a utilização de material de terceiros acarreta.
8. O autor declara que participou suficientemente do trabalho para tornar pública sua responsabilidade pelo conteúdo e que todas as afirmações contidas no manuscrito são verdadeiras ou baseadas em pesquisa com razoável exatidão.
9. O autor concorda com a política de responsabilidade estabelecida no item 10. Responsabilidade dos autores das [Diretrizes para Autores](#).

## POLÍTICA DE PRIVACIDADE

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

Este periódico tem um compromisso com a ética e a qualidade das publicações, seguindo padrões internacionais de publicação científica. Defendemos um comportamento ético de todas as partes envolvidas na publicação em nosso periódico: autores, editor, pareceristas, Equipe Editorial e a Editora. Não aceitamos plágio ou qualquer outro comportamento antiético. Para isso, são seguidas as diretrizes do [2nd World Conference on Research Integrity](#), Singapore, July 22-24, 2010.

## Deveres do Editor

- **Decisão de publicação:** o editor é responsável por decidir quais artigos submetidos à revista devem ser publicados. O editor é guiado pelas políticas decididas pelo Conselho Editorial. Essas políticas devem obedecer às exigências legais em vigor sobre difamação, violação de direitos autorais e plágio. Para tomada de decisões o editor pode consultar o Conselho Editorial e os pareceristas.
- **Transparência e respeito:** o editor deve avaliar os manuscritos submetidos sem levar em conta a raça, sexo, a orientação sexual, a crença religiosa, a origem étnica, a nacionalidade ou a filosofia política dos autores.

- **Confidencialidade:** o editor e demais membros da equipe editorial não devem divulgar qualquer informação sobre um manuscrito submetido, a não ser aos pareceristas e os conselheiros editoriais.
- **Divulgação e conflitos de interesse:** O editor não deve utilizar materiais inéditos divulgados em um manuscrito submetido em pesquisas próprias sem o consentimento expresso e por escrito do autor. O editor deve recusar avaliar os manuscritos em que tenha conflitos de interesse por questões competitivas, colaborativas ou outros relacionamentos ou ligações com qualquer um dos autores, empresas ou (possivelmente) instituições ligadas aos manuscritos.
- **Envolvimento e cooperação em investigações:** o editor deve tomar medidas necessárias cabíveis quando foram apresentadas reclamações éticas a respeito de um manuscrito submetido ou artigo publicado.

#### Deveres dos Pareceristas

- **Contribuição para as decisões editoriais:** a revisão dos pareceristas auxilia o editor na tomada de decisões editoriais e por meio das comunicações com o autor também pode auxiliar o mesmo na melhora do artigo.
- **Pontualidade:** qualquer avaliador de artigo que não se sinta qualificado para analisar o artigo ou sabe que a sua imediata leitura será impossível deve notificar imediatamente o editor.
- **Confidencialidade:** os trabalhos recebidos para análise devem ser tratados como documentos confidenciais. Eles não devem ser mostrados ou discutidos com os outros.
- **Padrões de objetividade:** os pareceres devem ser conduzidos de forma objetiva. Os pareceristas devem expressar seus pontos de vista de maneira clara e apoiados em argumentos.
- **Sobre as fontes:** os pareceristas devem identificar trabalhos publicados relevantes que não foram citados pelos autores. O parecerista deve chamar a atenção do editor sobre qualquer semelhança substancial ou sobreposição entre o manuscrito em questão e qualquer outro *artigo* publicado de que tenha conhecimento pessoal.
- **Divulgação e conflito de interesses:** informações privilegiadas ou ideias obtidas pelo parecerista por meio da leitura dos manuscritos devem ser mantidas em sigilo e não devem utilizadas para proveito pessoal. O parecerista não deve avaliar manuscritos em que tenha conflitos de interesse por questões competitivas, colaborativas ou outros relacionamentos ou ligações com qualquer um dos autores, empresas ou instituições ligadas aos manuscritos.

#### Deveres dos Autores

- **Normas gerais:** os autores de trabalhos que se referem a pesquisas originais devem apresentar um relato preciso do trabalho realizado, bem como uma discussão objetiva sobre o seu significado. Dados complementares devem ser representados com precisão no artigo. O documento deve conter detalhes suficientes e referências que permitam que outros possam replicar o trabalho. Declarações fraudulentas ou intencionalmente imprecisas constituem um comportamento antiético e são inaceitáveis.

- **Originalidade e plágio:** os autores devem garantir que as obras são inteiramente originais e se eles utilizam o trabalho e/ou textos dos outros que isso seja devidamente citado. Plágio em todas as suas formas constitui um comportamento editorial antiético e é inaceitável.
- **Publicação múltipla ou redundante:** um autor não deve publicar manuscritos que descrevam essencialmente a mesma pesquisa em mais de um periódico. Publicar o mesmo artigo em mais de um periódico sem informar os editores e obter seu consentimento constitui um comportamento editorial antiético e é inaceitável.
- **Sobre as fontes:** o trabalho de outros autores deve sempre ser reconhecido. Os autores devem citar as publicações que foram importantes na determinação da natureza do trabalho relatado. As informações obtidas em particular, como em uma conversa, correspondência, ou discussão com terceiros, não devem ser utilizadas ou relatadas sem a permissão explícita por escrito da fonte. As informações obtidas por meio de serviços confidenciais, tais como arbitragem manuscritos ou pedidos de bolsas, não devem ser utilizadas sem a permissão explícita por escrito do autor do trabalho envolvido nestes serviços.
- **Autoria:** a autoria do trabalho deve ser restrita àqueles que fizeram uma contribuição significativa para a concepção, projeto, execução ou interpretação do estudo relatado. Todos aqueles que fizeram contribuições significativas devem ser listados como coautores. Pessoas que participaram em certos aspectos do projeto de pesquisa devem ser listadas como colaboradores. O autor principal deve garantir que todos os coautores apropriados estejam incluídos no artigo. O autor principal também deve certificar-se que todos os coautores viram e aprovaram a versão final do manuscrito e que concordaram com sua submissão para publicação.
- **Divulgação e conflitos de interesses:** todos os autores devem divulgar no manuscrito qualquer conflito financeiro ou de outra natureza que possa influenciar os resultados ou a interpretação de seu manuscrito. Todas as fontes de apoio financeiro para o projeto devem ser divulgadas.
- **Erros fundamentais em trabalhos publicados:** quando um autor descobre um erro significativo ou imprecisão em seu trabalho publicado é obrigação do autor informar imediatamente o editor da revista ou a Editoria de Periódicos e cooperar com o editor para corrigir o artigo.

### Deveres da Editora

Estamos empenhados em garantir que publicidade, reimpressão ou qualquer outra fonte de receita comercial não tenha qualquer impacto ou influência sobre as decisões editoriais.

Nossos artigos são avaliados por pares para garantir a qualidade da publicação científica. Este periódico utiliza o CrossCheck (software antiplágio da CrossRef).

\* Esta declaração se baseia nas recomendações da Elsevier e no *Best Practice Guidelines for Journal Editors* do Committee on *Publication Ethics* – COPE.

# Author Guidelines

## 1. Article Submission

Article propositions for publishing on the International Journal of Digital Law must be sent through the electronic submission system (free of cost) and access through login and password. Propositions sent by e-mail will not be accepted. The Journal has the right to accept or reject any originals received, according to its Editorial Board's recommendations, including the inadequacy of the article's theme to the journal's editorial profile, as well as the right to propose modifications.

## 2. Author Qualification

At least one of the authors must own either a PhD degree or a Doctor of Juridical Science (J.S.D. or S.J.D), Doctor juris (Dr. iur. or Dr. jur.), Doctor of Philosophy (Ph.D.) ou Legum Doctor (LL.D.) degree. This requirement can be relativized, never exceeding 30% of the articles per edition, in exceptional cases of: (i) authors affiliated to foreign institutions; (ii) articles written in English.

## 3. Originality and exclusivity

Articles for publication in the International Journal of Digital Law must be original and exclusive, except in case of articles written in a foreign language and published outside Brazil. After the publication of the article in this journal, it can also be published in books and compilations, as long as the original publication is mentioned. We ask the authors to commit to not publish the article in other journals or reviews, as well as not to submit it to other journals at the same time.

## 4. Languages

Articles can be submitted in English, Portuguese, and Spanish.

## 5. Registration of the metadata in the electronic submission system

**5.1.** At the time of submission of the article to the electronic system, the metadata fields must be filled in according to these guidelines, under penalty of preliminary rejection of the submission.

### 5.2. Authors

**5.2.1.** *First name/Middle name/Last name:* indication of the full name of the author(s) with only the initials of each name in capital letter. In case of articles in co-authorship, the names of all coauthors must be inserted in the system in the order that should appear at the time of publication.

**5.2.2.** *E-mail:* indication of the e-mail address of the author(s) for contact, which will mandatorily appear in the published version of the article.

**5.2.3.** *ORCID iD:* indication of the number of the author's ORCID identifier (for further information [click here](#)). The ORCID identifier can be obtained in [ORCID register](#). Authors must have to accept the patterns for presentation of ORCID iD and include the full URL (e.g.: <https://orcid.org/0000-0003-1781-1726>).

**5.2.4.** *URL:* link to the author's full curriculum. In the case of Brazilian authors, the link to the Lattes Curriculum should be indicated.

**5.2.5. Affiliation:** indication of the author's main institutional affiliation (or two main affiliations if both of the links with them have the same importance). The main institution is where the author is professor or student, or, in case of not being professor or student anymore, the institution where the authors obtained their major academic title (PhD, J.S.D., LL.M, B.A., etc.). The institution's name must be written in full (not abbreviated) and in the original language of the institution (or in English for non-Latin languages), followed by an indication of the country of origin of the institution between parentheses. If the author is a professor and also a PhD, J.S.D or LL.M candidate in another institution, the main affiliation will be the institution where the author is candidate.

**5.2.6. Country:** indication of the country of the author's main institutional affiliation.

**5.2.7. Bio Statement:** indication of the author's abbreviated CV, with the information organized in the following sequence: first, the indication of the institution to which the author is affiliated as a professor; second, between parentheses, the city, state/province (if applicable) and country of the institution; third, indication of academic titles (starting with the highest); fourth, other bonds with scientific associations; fifth, profession; etc.

### **5.3. Title and Abstract:**

**5.3.1. Title:** title in the language of the article, with only the first letter of the sentence in capital letter.

**5.3.2. Abstract:** abstract in the language of the article, without paragraph or citations and references, with up to 200 words.

### **5.4. Indexing:**

**5.4.1. Keywords:** indication of 5 keywords in the language of the article (in lower case and separated by semicolons).

**5.4.2. Language:** indicate the acronym corresponding to the language of the article (Português=pt; English=en; Español=es).

**5.5. Supporting Agencies:** articles resulting from funded research projects should indicate in this field the source of funding.

**5.6. References:** insert the complete list of references cited in the article, with a space of one line between them.

## **6. Text Presentation and pre-textual elements**

**6.1.** The article must have between 15 and 30 pages (size A4 – 21 cm × 29,7 cm), including introduction, development and conclusion (not necessarily with these titles) and a bibliographic reference list. The maximum number of pages can be relativized in exceptional cases, decided by the Editorial team.

**6.2.** Edges (margins) must be: top and left with 3 cm, bottom and right with 2 cm.

**6.3.** The text must use Font Times New Roman, size 12, line spacing 1.5, and spacing 0 pt before and after paragraphs.

**6.4.** References must use Font Times New Roman, size 10, simple space between lines.

**6.5.** In the development of the text, the paragraphs must contain decrease of 1.5 cm from the left margin. Titles and subtitles must be aligned with the left margin without decrease.

**6.6.** The structure should observe the following order:

- 6.6.1.** Title in the article's language, in bold, centralized, with the first letter of the sentence in capital letter.
- 6.6.2.** In case of indicating information related to the article (financing from sponsoring agencies, acknowledgments, translators, etc.), it is necessary to insert a footnote with an asterisk (not number) on the right side of the title in the article's language.
- 6.6.3.** Title in English, with only the first letter in capital letter, in bold and in italic, centralized. In the case of articles written in English, this element must be substituted by the title in Portuguese.
- 6.6.4.** The article must not include the names of the author(s). The information for publication purposes will be taken from the metadata entered by the author(s) in the journal's electronic system at the time of submission.
- 6.6.5.** Abstract in the article's language (font Times New Roman, 12, simples lines, without paragraph or quotations and references, until 200 words), preceded by the word "Abstract" written in the article's language.
- 6.6.6.** Indication of five keywords in the article's language (in lower case and separated by semicolon), preceded by the expression "Keywords" written in the article's language.
- 6.6.7.** Abstract in English (font Times New Roman, 12, simples lines, without paragraph or quotations and references, up to 200 words), preceded by the word "Abstract". In case of articles written in English, this element must be replaced by the abstract ("*resumo*") in Portuguese.
- 6.6.8.** Indication of five keywords in English (in lower case and separated by semicolon), preceded by the expression "Keywords". In case of articles written in English, this element must be replaced by keywords ("*palavras-chave*") in Portuguese.
- 6.6.9.** Table of contents, indicating the titles of the sections and subsections, with progressive numbering in Arabic numbers.
- 6.6.10.** Development of the scientific article: progressive numbering, in Arabic numbers, must be used to make clear the content's systematization.
- 6.6.11.** Bibliographic references list must bring only sources that were really used, located in the end of the article, separated by a simple space, lined to the left margin (no indent).
- 6.6.12.** For other aspects, apply Brazilian technical norms (ABNT NBR 10520:2002 e 14724:2011).
- 6.6.13.** In the case of articles with 4 or more authors, it is necessary to include a footnote indicating the contribution of each one to the article.
- 6.7.** Highlights must be made only in italics, meaning that bold, underlined or caps lock, cannot be used to highlight.
- 6.8.** Images and boards must be inserted in the text, not in the end in form of attachments.

## **7. Scientific Methodology**

**7.1.** The references of books, chapters in collective books, articles, theses, dissertations/essays, monographs of quoted authors used as base to write the text must be mentioned as a reference on the footnotes, with all the information about the text, according to the Brazilian technical norms (ABNT NBR 6023:2018 – summarized in the item 7.1.3 below), and especially, indicating the page of which the information written on the text was taken, right after the reference.

**7.1.1.** Book's title (or journal's title) must be highlighted in italics (bold shall not be used for that purpose).

**7.1.2.** Articles written in the format AUTHOR-YEAR will not be accepted for publishing.

**7.1.3.** References shall appear as follows:

**7.1.3.1. Books:**

LAST NAME, Name Middle Name. *Title of the book in italics*: subtitle not in italics. Number of the edition. City: Publisher, Year.

Example:

KEEN, Andrew. *Vertigem digital*: por que as redes sociais estão nos dividindo, diminuindo e desorientando. Trad. Alexandre Martins, Rio de Janeiro: Zahar, 2012. 254p.

**7.1.3.2. Chapter in a collective book:**

LAST NAME, Name Middle Name. Title of the Chapter not in bold. In: ORGANIZER'S LAST NAME, Name Middle Name; 2<sup>ND</sup> ORGANIZER'S LAST NAME, Name Middle Name, and so on, separated by semicolon (Org. or Coord.). *Title of the book in italics*: subtitle not in Italics. Number of the edition. City: Publisher, Year. first page-last page [preceded by "p."].

Example:

DOTTA, Alexandre Godoy. Derechos de la Población LGBT+ en Brasil: Vulnerabilidad Social entre Avances y Retrocesos. In: BRAVO, Álvaro Sánchez; CASIMIRO, Ligia Melo de; GABARDO, Emerson. (Org.). *Estado Social Y Derechos Fundamentales en Tiempos de Retroceso*. Sevilha: Ponto Rojo, 2019. p. 203-228.

**7.1.3.3. Articles in journals:**

LAST NAME, Name Middle Name. Title of the article not in bold. *Title of the journal in italics*, city, volume, number, first page-last page [preceded by "p."], months of publishing [abbreviated with the first three letters of the month followed by dot and separated by a slash]. Year.

Example:

GABARDO, Emerson; SAIKALI, Lucas Bossoni. A prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário em razão de atos de improbidade administrativa. *Revista Jurídica – Unicuritiba*, Curitiba, v. 1, p. 514-543, 2018.

**7.1.3.4. Theses of Full Professor contests, Doctoral theses, Master's dissertations/ essays, Undergraduate and Graduate courses monographs:**

LAST NAME, Name Middle Name. *Title in italics*: subtitle. City, year. number of pages followed by "f". Kind of the work (Degree obtained with the defense) – Department or Sector, Name of the institution.

Example:

SANTOS, Fábio de Sousa. *Análise Comparada da Competição na Contratação Pública Brasileira e Estadunidense*. Curitiba, 2018. 134f. Dissertação (Mestrado em Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: 2018.

**7.1.3.5 DOI – Digital object identifier:** If the document consulted in the research has the DOI number, it is recommended to include, in a complementary way, the number after the end of each reference. Example:

DOTTA, Alexandre Godoy. Public policies for the assessment of quality of the Brazilian higher education system. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, p. 53-69, 2016. DOI. [10.5380/rinc.v3i3.49033](https://doi.org/10.5380/rinc.v3i3.49033).

**7.1.3.6. Documents in electronic media:** Documents extracted from electronic media must present after the end of each reference the location of the network where it was found and presented as follows. Example:

DIJDL. International Journal of Digital Law. *Regras para a submissão de artigos*. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/about/submissions>. Acesso em: 12 fev. 2020.

**7.1.4.** The elements of references must observe the following model:

**7.1.4.1. Author:** LAST NAME in capital letters, comma, Name with the initials in capital letters, Middle Name with the initials in capital letters, followed by a dot.

**7.1.4.2. Edition:** the information must only be included after the second edition of the book, without ordinal, followed by a dot and “ed.”. Example: 2. ed.

**7.1.4.3. Year:** it must be written with Arabic numerals, without dot in thousand, preceded by comma, and followed by a dot. Example: 1997.

**7.1.5.** In case of being impossible to find one of those elements, the absence must be resolved in the following manner:

**7.1.5.1.** Absence of city: replace for [S.I.].

**7.1.5.2.** Absence of publisher: replace for [s.n.].

**7.1.5.3.** Absence of year: the approximated year must be indicated between brackets, followed by a question mark. Example: [1998?].

**7.2.** The quotations (words, expressions, sentences) must be carefully reviewed by the authors and/or translators.

**7.2.1.** The direct quotations must follow this pattern: transcription until four lines should fit in the text body, with normal letter, normal spacing and quotation marks.

**7.2.2.** It is strongly recommended that long textual quotations (more than four lines) are not used. However, if indispensable, they shall constitute an independent paragraph, with 1,5 cm of decrease related to the left margin (justified alignment), with simple lines and font 10. In that situation, quotation marks must not be used.

**7.2.3.** It is forbidden the use of “op. cit.”, “loc. cit.”, “ibidem” and “idem” in the footnotes. The references in footnote must be complete and written out.

**7.2.4.** For the mention of authors in the text body, it is forbidden the use of capital letters (e.g. for Name LAST NAME...). In this case all mentions shall be written only with the first letter in capital letter (ex.: for Name Last Name...).

## 8. Composition

**8.1.** Apart from having an adequate scientific language for an editorial publication, the text must be reviewed.

**8.2.** In the case of articles written in Portuguese, the writing must obey the new orthographic rules in force since the promulgation of the Portuguese Language Orthographic Agreement, from January 1<sup>st</sup>, 2009.

**8.3.** Citations of texts that precede the Agreement must respect the original spelling.

## 9. Articles resulted from funded researches

Articles resulted from funded research projects shall indicate in a footnote, located at the end of the article title in the original language, the information related to the research financing.

## 10. Copyright statement

Authors who publish in this Journal have to agree to the following terms:

**10.1.** No copyright or any other remuneration for the publication of papers will be due.

**10.2.** Authors retain copyright and grant the International Journal of Digital Law the right of first publication with the article simultaneously licensed under the [Creative Commons Attribution License](#), which allows sharing the work with recognition of its initial publication in this Journal. Moreover, because of their appearance in this open access Journal, articles are free to use, with proper attribution, in educational and non-commercial applications.

**10.3.** Authors are allowed and encouraged to post their work online (e.g. in institutional repositories or on their personal webpage) at any point before or during the submission process, as it can lead to productive exchanges, as well as increase the impact and citation of published work (see [The Effect of Open Access](#)).

## 11. Authors responsibilities

**11.1.** Authors are responsible for the published content, committing therefore to participate actively in the discussion of the results of their scientific research, as well as the review process and approval of the final version of the work.

**11.2.** Authors are responsible for the conducting all the scientific research, as well as its results and validity.

**11.3.** Authors should report the Journal about any conflict of interest.

**11.4.** Authors are fully and exclusively responsible for the opinions expressed in their articles.

**11.5.** When submitting the articles, authors recognize that all statements contained in the manuscript are true or based on research with reasonable accuracy.

## 12. Conflict of interest

The public confidence in the double-blind peer review process and the credibility of published articles depend in part on how conflicts of interest are managed during manuscript writing, peer review and decision making by the editors.

**12.1.** It is mandatory that the author of the manuscript declares the existence or not of conflicts of interest. Even thinking that there are no conflicts of interest, the author must declare this information in the article submission act, marking that field.

**12.2.** Conflicts of interest may appear when authors, reviewers or editors have interests that, apparently or not, may influence the development or evaluation of manuscripts.

**12.3.** When authors submit a manuscript, they are responsible for recognizing and revealing financial or other nature conflicts that may have influenced their work.

**12.4.** Authors must recognize all the financial support for the work and other financial or personal connections related to the research. The contributions of people who are mentioned in the acknowledgments for their assistance in the research must be described, and its consent to publication should be documented.

**12.5.** Manuscripts will not be simply dismissed because of a conflict of interest. A statement that there is or not a conflict of interest must be made.

**12.6.** The ad hoc reviewers must also reveal to editors any conflicts of interest that could influence their opinions about the manuscript and must declare themselves unqualified to review specific documents if they believe that this procedure is appropriate.

In the case of the authors, if there is silence from the peer reviewers about potential conflicts, it will mean that conflicts do not exist.

**12.7.** If a conflict of interest on the part of the peer reviewers is identified, the Editorial Board will send the manuscript to another ad hoc reviewer.

**12.8.** If the authors are not sure about what might constitute a potential conflict of interest, they should contact the Journal's Editor-in-Chief.

**12.9.** In cases in which members of the Editorial Team or some other member publish frequently in the Journal, it will not be given any special or different treatment. All submitted papers will be evaluated by double blind peer review procedure.

### **13. Other information**

**13.1.** The articles will be selected by the Editor-in-Chief and the Editorial Board of the Journal, which will contact the respective authors to confirm the text reception, and then forward them to the two ad hoc reviewers' analysis.

**13.2.** The received and not published originals will not be given back.

**13.3.** Authors have the right to appeal of the editorial decisions.

**13.3.1.** They will be granted five (5) days from the date of the final decision of the Editorial Board to appeal.

**13.3.2.** The written appeal must be sent to the e-mail: <journal@nuped.com.br>.

**13.3.3.** The appeal will be examined by the Editorial Board within thirty (30) days

### **CONDITIONS FOR SUBMISSIONS**

As part of the submission process, authors are required to check off their submission's compliance with all the following items, and submissions may be returned to authors that do not adhere to these guidelines.

1. The contribution is original and unpublished (except in the case of articles in a foreign language published abroad) and it is not being evaluated for publication by another Journal; otherwise, it must be justified in "Comments to the Editor."
2. The submission file is in Microsoft Word, OpenOffice or RTF.
3. URLs for the references have been informed when possible.
4. The text has between 15 and 30 pages (A4 size – 21 cm by 29.7 cm), including the introduction, development, conclusion (not necessarily with these titles) and a list of references; margins used are: left and top of 3 cm and right and bottom of 2 cm; the text is written in Times New Roman format, size 12, line spacing 1.5, and spacing 0 pt. before and after paragraphs; in the footnotes it was used Times New Roman, size 10, 1 pt. spacing; in the text development, paragraphs have an indent of 1.5 cm from the left margin; headings and subheadings are aligned on the left margin; figures and tables are inserted in the text, not in the end of the document as attachments.
5. The text respects the stylistic and bibliographic requirements outlined in the [Author Guidelines](#), on the page About.
6. In case of submission to a section with peer review (e.g.: articles), the instructions available in [Ensuring blind evaluation by peer reviewers](#) have been followed.
7. The author states that, except for the direct and indirect quotations clearly indicated and referenced, the article is of his/her authorship and therefore does not contain plagiarism. And states that he/she is aware of the legal implications of the use of other authors material.

8. The author states that participated in the work enough to make public their responsibility for the content and that all statements contained in the manuscript are true or based on research with reasonable accuracy.
9. The author agrees with the liability policy defined in item 10. Authors responsibilities of the [Author Guidelines](#).

### PRIVACY STATEMENT

This journal is committed to ethics and quality in publication, following international patterns of scientific publication. We support standards of expected ethical behavior for all parties involved in publishing in our journal: the author, the journal editor, the peer reviewer and the publisher. We do not accept plagiarism or other unethical behavior. Thus, it follows the guidelines of the [2nd World Conference on Research Integrity](#), Singapore, July 22-24, 2010.

### Duties of Editors

- **Publication decision:** The journal's editor is responsible for deciding which of the articles submitted to the journal should be published. The editor is guided by the policies of the journal's editorial board and constrained by such legal requirements as shall then be in force regarding libel, copyright infringement and plagiarism. The editor may consult with editorial board or reviewers in decision making.
- **Fair play:** The editor should evaluate manuscripts for their intellectual content without regard to race, gender, sexual orientation, religious belief, ethnic origin, citizenship, or political philosophy of the authors.
- **Confidentiality:** The editor and any editorial staff must not disclose any information about a submitted manuscript to anyone other than the corresponding author, reviewers, potential reviewers, other editorial advisers, and the publisher, as appropriate.
- **Disclosure and Conflicts of interest:** The editor must not use unpublished information in his/her own research without the express written consent of the author. The editor should recuse him/herself from considering manuscripts in which he/she has conflicts of interest resulting from competitive, collaborative, or other relationships or connections with any of the authors, companies, or (possibly) institutions connected to the papers.
- **Involvement and cooperation in investigations:** The editor should take reasonable responsive measures when ethical complaints have been presented concerning a submitted manuscript or published paper.

### Duties of Reviewers

- **Contribution to Editorial Decision:** Peer review assists the editor in making editorial decisions and through the editorial communications with the author may also assist the author in improving the paper.
- **Promptness:** Any selected referee who feels unqualified to review the research reported in a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process.
- **Confidentiality:** Any manuscripts received for review must be treated as confidential documents. They must not be shown to or discussed with others.

- **Standards of Objectivity:** Reviews should be conducted objectively and referees should express their views clearly with supporting arguments.
- **Acknowledgement of Source:** Peer reviewers should identify relevant published work that has not been cited by the authors. The peer reviewer should also call to the editor's attention any substantial similarity or overlap between the manuscript under consideration and any other published paper of which they have personal knowledge.
- **Disclosure and Conflicts of Interest:** Privileged information or ideas obtained through peer review must be kept confidential and not used for personal advantage. Reviewers should not consider manuscripts in which they have conflicts of interest resulting from competitive, collaborative, or other relationships or connections with any of the authors, companies, or institutions connected to the papers.

### Duties of Authors

- **Reporting standards:** Authors of reports of original research should present an accurate account of the work performed as well as an objective discussion of its significance. Underlying data should be represented accurately in the paper. A paper should contain sufficient detail and references to permit others to replicate the work. Fraudulent or knowingly inaccurate statements constitute unethical behavior and are unacceptable.
- **Originality and Plagiarism:** The authors should ensure that they have written entirely original works, and if the authors have used the work and/or words of others that this has been appropriately cited or quoted. Plagiarism in all its forms constitutes unethical publishing behavior and is unacceptable.
- **Multiple or Redundant Publication:** An author should not in general publish manuscripts describing essentially the same research in more than one journal or primary publication. To publish the same article in different journals without informing the editors and having their agreement constitute unethical publishing behavior and is unacceptable.
- **Acknowledgement of Sources:** Proper acknowledgment of the work of others must always be given. Authors should cite publications that have been influential in determining the nature of the reported work. Information obtained privately, as in conversation, correspondence, or discussion with third parties, must not be used or reported without explicit, written permission from the source. Information obtained in the course of confidential services, such as refereeing manuscripts or grant applications, must not be used without the explicit written permission of the author of the work involved in these services.
- **Authorship of the Paper:** Authorship should be limited to those who have made a significant contribution to the conception, design, execution, or interpretation of the reported study. All those who have made significant contributions should be listed as co-authors. Where there are others who have participated in certain substantive aspects of the research project, they should be acknowledged or listed as contributors. The corresponding author should ensure that all appropriate co-authors and no inappropriate co-authors are included on the paper, and that all co-authors have seen and approved the final version of the paper and have agreed to its submission for publication.

- **Disclosure and Conflicts of Interest:** All authors should disclose in their manuscript any financial or other substantive conflict of interest that might be construed to influence the results or interpretation of their manuscript. All sources of financial support for the project should be disclosed.
- **Fundamental errors in published works:** When an author discovers a significant error or inaccuracy in his/her own published work, it is the author's obligation to promptly notify the journal editor or publisher and cooperate with the editor to retract or correct the paper.

#### **Duties of the Publisher**

We are committed to ensuring that advertising, reprint or other commercial revenue has no impact or influence on editorial decisions.

Our articles are peer reviewed to ensure the quality of scientific publishing and we are also users of CrossCheck (CrossRef's plagiarism software).

\* This statement is based on Elsevier recommendations and COPE's Best Practice Guidelines for Journal Editors.