

SAMIRA SILVA GOMES

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 19 E §§ DA LEI Nº 12.965/14
MEDIANTE AS PRÁTICAS DE CYBERBULLYING**

CARATINGA - MG

2018

SAMIRA SILVA GOMES

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 19 E §§ DA LEI Nº12.965/14
MEDIANTE AS PRÁTICAS DE CYBERBULLYING**

Monografia apresentada ao curso de Direito das
Faculdades Doctum de Caratinga, como requisito
parcial a obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Área de Concentração: Direito Constitucional e
Direito Civil.

Orientador: Professor Rodolfo Assis

CARATINGA - MG

2018

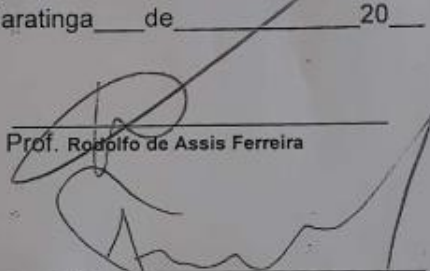
	FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA	FORMULÁRIO 9
	TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO	
TERMO DE APROVAÇÃO		

TERMO DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado A A
inconstitucionalidade do artigo 19 e §§ da lei nº12.965/14 mediante as práticas de Cyberbullying, elaborado
pelo aluno Samira Silva Gomes foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e
aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da
obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga de 20


Prof. Rodolfo de Assis Ferreira
Prof. Salatiel Ferreira Lucio
Prof. Kleider Robert Rocha Cruz

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	
 CAPÍTULO I – DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DOS DIREITOS DE PRIVACIDADE: UM DIÁLOGO SOBRE O CHOQUE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	
II.I Da liberdade expressão.....	
II.II Dos direitos de privacidade.....	
 CAPÍTULO II DO BULLYING AO CYBERBULLYING: UMA BREVE ANÁLISE CONCEITUAL.	
II.I Entre o bullying e o ciberbullying.....	
II.II Da proteção à criança e ao adolescente.....	
 CAPITULO III DA INCONSTITUCIONALIDADE	
III.I Da inconstitucionalidade material e formal.....	
III.II A inconstitucionalidade do art. 19 e §§ da lei 12.965/14.....	
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus por ter me guiado nos dias mais difíceis, me concedendo sabedoria para agir ante os desafios, até concluir mais esta caminhada em minha jornada.

Aos meus pais, meu irmão que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida.

AGRADECIMENTO

Em primeiro lugar, a Deus por ter me dado sabedoria para perseverar, força para suportar os desafios da vida acadêmica, e fé para nunca desistir.

A minha mãe, ao meu pai, ao meu irmão, que durante todo o caminho, me ajudaram nos momentos difíceis e felizes, colaborando para a minha evolução pessoal e profissional.

Ao meu orientador, pelo apoio, suporte, correções e incentivos, neste curto e corrido tempo disponível.

"Eu te conheço. Eu sei quando você se levanta e quando você se deita.

Eu conheço você no seu íntimo e eu te amo muito. Eu compreendo as suas alegrias, suas dores, falhas e frustrações, e ainda te amo e sempre vou te amar.

Estou sempre na sua frente, atrás, e também ao seu lado, guiando você cada dia.

Não há lugar onde você possa fugir ou se esconder. A noite e o dia são a mesma coisa pra mim. Eu formei você exatamente como eu queria quando você ainda estava no ventre de sua mãe. Você é maravilhosa e bela. Até quando há defeitos (aqueles obstáculos e erros que os outros tem feito na sua vida). Eu tenho um plano perfeito e belo e é para o seu bem. Até antes do seu corpo se formar, eu já havia planejado todos seus dias. Eu quero que você me conheça mais e mais. Deixe-me revelar a você os sintomas e as raízes das suas dores, problemas e frustrações. Assim você reconhecerá seus pecados e se arrependerá, então guiarei você para viver todas as bênçãos que eu mesmo planejei pra você – ou melhor, para nós." Salmos 139

RESUMO

Com o advento da globalização, uma das maiores inovações do mundo contemporâneo, é a internet, por meio dela a disseminação das informações e o contato entre as pessoas foi ampliado. A grande questão é, como garantir que todos possam ter acesso sem que em detrimento destes, outros tenham direitos como os de privacidade violados? Nessa perspectiva, insere-se a presente pesquisa, com intuito de verificar a constitucionalidade ou não do art. 19 e §§ da Lei nº 12.965/14, em relação as práticas de cyberbullying, tendo vista que o legislador se permeou pelo princípio da Liberdade de Expressão ao criar o dispositivo legal, todavia, ante aos inúmeros casos em litigância no judiciário demonstra-se, que é preciso um olhar mais amplo para o assunto em tela.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; Direitos de Privacidade; Cyberbullying.

INTRODUÇÃO

A presente monografia, sob o tema a inconstitucionalidade do artigo 19 e §§ do marco civil da internet mediante as práticas de cyberbullying, tem por objetivo verificar se o art. 19 da Lei nº 12.965/14, deixou de observar os direitos constitucionais relacionados a privacidade e a dignidade da pessoa humana.

E quais seriam os impactos jurídicos-sociais ante as decisões proferidas em consonância com aquele. Sendo assim levanta-se como problema, se é possível afirmar que o art.19 e §§ da Lei nº 12.965/14 não está em consonância com princípios constitucionais relacionados aos direitos de personalidade.

A esse respeito, tem-se como metodologia a utilização dos entendimentos de diversos doutrinadores, em artigos, estudos e debates disponibilizados em meios eletrônicos, além do entendimento jurisprudencial. Trata-se de pesquisa teórico-dogmática, com natureza transdisciplinar, considerando o uso de diversos ramos do Direito, com ênfase no Direito Civil e Direito Constitucional.

Como marco teórico da monografia em epígrafe, tem-se as ideias sustentadas por Weverton Gabriel Gomes Flumigan (2016), cuja a ideia central é de que o conteúdo disponibilizado no meio cibernético, é disseminado com velocidade extremamente rápida e a necessidade de judicializar acarretaria em mais dificuldades para identificar o agressor.

Desta forma, encontra-se substrato à confirmação da hipótese que, sim, o artigo 19º e §§ do Marco Civil da internet pode afrontar a dignidade humana. Pois, ao privilegiar um direito fundamental em detrimento de outro excessivamente, ademais tratando-se de crianças e adolescentes que gozam de especial proteção atribuída pelo art. 227 da Constituição Federal.

Nesta perspectiva, será dividido o trabalho em três capítulos para tentar explicar a aparente inconstitucionalidade do art. 19 e §§ da Lei nº 12.965/14.

O primeiro capítulo será dedicado a análise de do direito de liberdade de expressão e dos direitos de privacidade. O segundo capítulo está voltado para compreender o que se constitui o Cyberbullying e a proteção conferida a criança e ao adolescente pela Constituição Federal. E o terceiro capítulo, estará voltado para uma breve análise do que constitui a inconstitucionalidade formal e material, além de averiguar a possível inconstitucionalidade do art. 19 da Lei nº 12.965/14.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

No mundo contemporâneo é de notório conhecimento que as redes sociais se tornaram instrumento amplamente utilizado no cotidiano humano.

Todavia, na contramão desta perspectiva identifica-se algumas situações em que as redes sociais tornaram-se instrumento para agressão alheia, e com a facilidade de propagação dos conteúdos, que a internet proporciona, tornou-se amplamente necessário criar mecanismos para organizar e coibir tais comportamentos.

Nesta perspectiva, emerge ao ordenamento jurídico pátrio a Lei nº 12.965/14, que disciplina o uso da internet no Brasil. O Marco Civil da internet, que tem como essência principal, assegurar a liberdade de expressão de todos os usuários.

Entretanto, como já salientado, alguns indivíduos aproveitam-se da condição “*on line*”, para ofender cruelmente outras pessoas sem se preocuparem com os impactos de tal ação.

Neste contexto insere-se o artigo 19 da supracitada Lei, que dispõe:

Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário¹.

Nesse sentido, para analisar o dispositivo legal supracitado, será necessário perpassar por alguns questionamentos conceituais para poder compreender o universo ao qual estão inseridos os ilícitos relacionados ao mundo cibernético. Para tanto, iremos indagar os limites conceituais sobre, a liberdade de expressão, os direitos de privacidade e o cyberbullying.

Assim observa-se que o legislador manteve grande preocupação em assegurar a liberdade de expressão do usuário de conteúdos nas redes sociais,

¹ BRASIL. Lei nº 12965/2014. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/12965.htm>. Acessado em: 24 abr.2018.

contudo o presente trabalho volta-se para o questionamento acerca dos limites constitucionais de cada direito fundamental, e se neste arcabouço seria o supracitado dispositivo legal, inconstitucional, observando as regras de análise e julgamento de quando há choque entre direitos fundamentais.

Assim observa-se o que preleciona Fernanda Carolina Tôrres:

[...] na ordem jurídica contemporânea, a liberdade de expressão consiste, em sentido amplo, num conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação, que compreende: a liberdade de expressão em sentido estrito (ou seja, de manifestação do pensamento ou de opinião), a liberdade de criação e de imprensa, bem como o direito de informação. TORRES, 2013, p. 62.

Neste sentido salienta José Afonso da Silva:

Essa exteriorização do pensamento pode dar-se entre interlocutores presentes ou ausentes. No primeiro caso, pode verificar-se de pessoa a pessoa (em forma de diálogo, de conversação) ou de uma pessoa para outras (em forma de exposição, de conferência, palestras, discursos etc.), interferindo aqui com o direito de reunião e de associação [...]. No segundo caso, pode ocorrer entre pessoas determinadas, por meio de correspondência pessoal e particular sigilosa (carta, telegrama, telefone, ligados ao direito à privacidade, como foi visto), ou expressar-se para pessoas indeterminadas, sob a forma de livros, jornais, revistas e outros periódicos, televisão e rádio, que mereceram normas especiais na Constituição. SILVA, 2013, p. 246.

Se por um lado, observa-se a necessidade da garantia a liberdade de expressão, por outro entende-se também que os direitos, à privacidade devem também ser garantidos, e neste sentido, destaca-se o que assevera Kildare Gonçalves Carvalho:

[...] os direitos de ordem moral, tais como a honra, a privacidade, a intimidade e a imagem são direitos fundamentais que se inserem no contexto dos direitos de personalidade, entendida essa como o caráter que individualiza a pessoa e que a distingue das outras. Releva notar que os direitos de personalidade, como “o *minimum* necessário e imprescindível ao conteúdo da personalidade, sendo próprios da pessoa em si, como ente humano, existentes desde seu nascimento”, compreendem ainda o direito, ao nome, o direito à vida, o direito sobre o próprio corpo e o direito ao cadáver, em enumeração não exaustiva. CARVALHO, 2012, p. 663.

Apresentados os parâmetros constitucionais correlacionados a questão em discussão, volta-se para uma breve apresentação do significado do termo “Cyberbullying”, o qual Clarice D’Urso diz que:

[...] o termo cyberbullying, compreende as agressões e humilhações por meios eletrônicos, seja por e-mail, por rede de relacionamentos ou por conversas instantâneas, anonimamente ou não. Em ambos os casos, há a depreciação, que acontece por longo período de tempo, a ponto de a vítima acreditar que o mundo também tem a mesma opinião que o agressor. [...] o cyberbullying surge como uma variante do tradicional bullying. O bullying, [...] é um tipo de violência que se caracteriza por ser intencional, continua e de caráter físico, verbal e/ou psicológico sobre um ou mais indivíduos. D’URSO, 2010, p. 3.

Nesse sentido, observa-se a grave ameaça aos direitos e garantias fundamentais, no tocante a aplicabilidade do art. 19 e §§ da Lei nº 12.965/14, tendo em vista que a morosidade na resolução de fatos envolvendo direito de imagem, honra e outros direitos de personalidade², podem causar impactos irreparáveis a condição humana.

E ainda vale salientar que os conteúdos das redes sociais que uma vez, disponibilizados no meio cibernético, mesmo que excluído da conta original, poderá continuar a perpetuar-se em outras contas.

Nesta perspectiva, mostra-se mais adequado decisão ulterior do Superior Tribunal de Justiça³, no que concerne a análise administrativa dos fatos, tendo em vista ser um caminho mais hábil para quem é alvo de tais agressões, e por via de

² O conceito de personalidade está umbilicalmente ligado ao de pessoa. Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Esta é, portanto, qualidade ou atributo do ser humano. Pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica. GONÇALVES. 2012, p. 70.

³ Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada[...].Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Voto da Ministra Nancy Andrighi no RE Nº 1.186.616 – MG.** p. 1 Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_1186616_MG_1327071596231.pdf?Signature=0Bj22lZK5aWn5Jdr9SwHYQsSQao%3D&Expires=1523379512&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XE_MZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=2afe146eeb590e4a95f544fdea546985>. Acessado em: 10 abr.2018.

consequência se o agente alvo das acusações entender que seu direito de liberdade de expressão fora cerceado terá plena oportunidade de buscar a reparação civil por estes.

Por fim, cumpre destacar que ao menor foi conferida especial proteção pelo artigo 227 da Constituição Federal, na medida em que diz:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão⁴.

Assim demonstra-se que é imperioso o esforço de todos para que sejam assegurados a criança e ao adolescente toda proteção a eles conferida pela Magna Carta.

⁴ BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 10 abr. 2018.

CAPÍTULO I - DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DOS DIREITOS DE PRIVACIDADE: UM DIÁLOGO SOBRE O CHOQUE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste capítulo procurar-se-á compreender os significados dos termos liberdade de expressão e os direitos de privacidade.

É necessário fazer estes questionamentos introdutórios sobre os direitos de liberdade de expressão tendo em vista que o foco central do presente trabalho acadêmico é conferir a constitucionalidade ou não do art. 19 e §§ da Lei nº 12965/2014. Tal Lei foi extremamente influenciada pelos direitos de liberdade de expressão, em detrimento dos direitos relacionados com a imagem e a honra, que ganham outro contorno ao serem observados pelo ângulo das vítimas de cyberbullying.

1.1 Da liberdade de expressão

Desde os primórdios, o homem busca compreender o verdadeiro sentido da palavra Liberdade, o que acabou por tornar-se uma constante discussão sobre quais as suas reais implicações na vida do homem médio na sociedade, nesse sentido destaca-se a linha defendida por José Afonso da Silva:

[...] O homem domina a necessidade na medida em que amplia seus conhecimentos sobre a natureza e suas leis objetivas. Então, não tem cabimento a discussão sobre a existência e não existência da liberdade humana com base no problema da necessidade, do determinismo ou da metafísica do livre arbítrio, porque o homem se liberta no correr da história pelo conhecimento e consequente domínio das leis da natureza, na medida em que, conhecendo as leis da necessidade, atua sobre a natureza real e social para transformá-la no interesse da expansão de sua personalidade. SILVA, 2005, p. 231.

Todavia, a grande parte dos estudiosos das leis, entenderam ao longo dos séculos, que não é viável abrir mão de averiguar mais profundamente o sentido constante na palavra liberdade, e qual a sua ligação com o desenvolvimento da sociedade, a esse respeito é propício o ponto de vista levantado por Montesquieu:

É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer; mas a liberdade política não consiste em se fazer o que quer. Em um Estado, isto é, numa sociedade onde existem leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer. MONTESQUIEU, 2000, p. 166.

Assim pode-se observar que a noção de liberdade está intrinsecamente ligada às formas de democracia, tendo em vista que como supracitado o pensamento de Montesquieu, a liberdade encontra amparo nas leis, que devem permear as relações sociais entre os homens. Nesse sentido ele acrescenta dizendo que:

Deve-se ter em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder. MONTESQUIEU, 2000, p. 166.

E ainda corrobora com este pensamento o que diz José Afonso da Silva:

[...] Por isso é que também se fala em liberdade de fazer, poder de fazer tudo o que se quer. Mas um tal poder [como observa R-M. Mossé Bastide] se não tiver freio, importará no esmagamento dos fracos pelos fortes e na ausência de toda a liberdade dos primeiros. É nesse sentido que se fala em liberdade no plural, liberdades públicas (sentido estrito) e liberdade políticas. SILVA, 2005, p. 232.

Para enfrentar tal discussão Norberto Bobbio aduz o que definiu Thomas Hobbes sobre o sentido de liberdade: “A liberdade é a ausência de todos os impedimentos à ação que não estejam contidos na natureza e na qualidade intrínseca do agente”. THOMAS HOBBS apud NORBERTO BOBBIO, 1997, p. 52.

Neste interim, observa-se que Bobbio define o sentido de Liberdade em duas esferas, a primeira seria a liberdade negativa e a segunda a liberdade positiva:

[...]liberdade negativa compreende tanto a ausência de impedimento, ou seja, a possibilidade de fazer, quanto a ausência de constrangimento, ou seja, a possibilidade de não fazer. [...]por liberdade positiva, entende-se na linguagem política a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer de outros. NORBERTO BOBBIO, 1997, p. 49;51.

Assim depende-se que o sentido de liberdade encontra-se inegavelmente ligado ao sentido de democracia e organização social, pois, para que o indivíduo na condição de cidadão possa coexistir livremente, precisa que a este seja assegurada todas as formas de liberdade sob a égide das leis democraticamente estabelecidas na ordem social, e a este respeito Montesquieu diz que:

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. MONTESQUIEU, 2000, p. 168.

Vencidas as questões conceituais sobre o significado geral de liberdade, passa-se a tentar compreender em que setores da vida do ser humano, a liberdade pode atuar e como e quando surgiu a concepção de que a liberdade é um direito indisponível da condição humana.

Para tanto destaque-se breves pontos históricos, que irão colaborar para compreender o contexto em surgiram os direitos de liberdade.

Com o advento das cruzadas e o constante contato com a sociedade oriental, a Europa passou por um longo período de revoluções que mudaram amplamente várias concepções de ordem econômica, social e política, dentre estas a percepção do homem como sujeito de direitos independente de sua condição socioeconômica.

A esse respeito Rafael Firmino diz que:

O desenvolvimento dos direitos da personalidade desde os primórdios se mostrou bastante conturbado, isto, principalmente, em meados dos séculos XVIII e XIX, devido às características das ditaduras totalitárias, do Estado Liberal e de uma certa dificuldade dos civilistas de compreender o instituto. FIRMINO, 2014, p.32.

Assim destaca-se que o processo revolucionário pós constituição da burguesia mercantil, e que culminou com o surgimento das primeiras formas de indústrias, e, por conseguinte da classe trabalhadora, fez com que uma série de posições adotadas até então pelos senhores da terra, e da nobreza real em relação a aqueles, passassem a ser questionadas e contrariadas pelos trabalhadores. Nesse sentido diz Felipe Ventin da Silva:

Entretanto, é com o advento do racionalismo do final da idade média, que a personalidade humana ganha relevo, sobretudo pelas ideias iluministas e liberais. Assim, tal como a liberdade de imprensa, os direitos de personalidade são classificados pela doutrina publicista como sendo direitos de 1ª geração ou direitos civis e políticos, positivados originariamente pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e Declaração de Direitos da Virgínia (1769)⁵.

Nesse sentido, as práticas adotadas pós revolução industrial e francesa, impulsionadas pelos pensamentos jus positivistas, aceleram o que hoje tem-se concepção de processo de formação dos direitos fundamentais de primeira geração, e em relação a estes Paulo Bonavides destaca que:

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal de pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789. BONAVIDES, 2004, p. 562.

E ainda acrescenta dizendo que:

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do ocidente. BONAVIDES, 2004, p. 563.

A partir deste momento histórico, a liberdade passou a ter uma conotação muito maior, tornando-se assim direito inseparável da condição humana e que todo e qualquer governo que outorgasse qualquer meio de impedimento ao exercício deste direito sem justa explicação, é considerado um governo tirano e não adequado ao sentido de democracia. Nesse sentido destaca-se o que diz José Afonso da Silva:

Muitas teorias definem a liberdade como resistência a opressão ou à coação da autoridade ou do poder. Trata-se de uma concepção de liberdade no sentido negativo, porque se opõe, nega, à autoridade. Outra

⁵SILVA, Felipe Ventin da. **Fundamentos dos direitos de personalidade e o papel da tutela inibitória na sua proteção**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8955>. Acesso em set 2018.

teoria, no entanto, procura dar-lhe sentido positivo: é livre quem participa da autoridade ou do poder. Ambas têm o defeito de definir a liberdade em função da autoridade. Liberdade opõe-se a autoritarismo, à deformação da autoridade, não, porém, à autoridade legítima. SILVA, 2005, p.114.

Com o passar das décadas a ideia de liberdade foi adquirindo de acordo com os momentos históricos vividos novas formas e mentalidades, e assim como a sociedade sofreu um longo processo de mutação, o direito constitucional também acompanhou e adequou-se as necessidades de cada tempo.

A esse respeito Jonathan Woff diz que: “[...] o princípio da liberdade de Mill [...] anuncia que só se pode limitar justificadamente a liberdade de ação de uma pessoa se esta ameaçar prejudicar outrem”. WOFF, 2004, p.149.

Assim emerge no direito um movimento conhecido como neo-constitucionalismo, que visa garantir a aplicação e eficácia dos direitos e garantias fundamentais, a esse respeito Pedro Lenza diz que:

Avançando, por outro lado, modernamente, sobretudo em razão da evidenciação de novos direitos e das transformações do Estado (de autoritário/absolutista para liberal e de liberal para social, podendo-se, inclusive, falar em Estado pós-social de direito), cada vez mais se percebe uma forte influência do direito constitucional sobre o direito privado. LENZA, 2014, p.64.

Nesse sentido, o direito como um todo evoluiu para buscar meios mais ponderados de aplicabilidade, e o ordenamento jurídico brasileiro acompanhou esta nova premissa, e inaugurou com a Constituição Federal de 1988, uma nova ordem jurídica, que passou a pautar-se pela ponderação e equilíbrio na aplicação do direito. Assim destaca-se o que diz Pedro Lenza:

Sob essa perspectiva, especialmente diante do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil e princípio-matriz de todos os direitos fundamentais (art. 1.º, III, da CF/88), parece mais adequado, então, falar em um direito civil-constitucional, estudando o direito privado à luz das regras constitucionais e podendo, inclusive, em muitos casos, reconhecer a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. LENZA, 2014, p.64.

Assim o direito fundamental a liberdade, subdivide-se em diversos pontos para consagrar tudo que foi superado no decorrer dos séculos, mas encontra como filtro legal, os preceitos constitucionais que irradiam sob as relações privadas, nesse sentido Fernanda Carolina Tôres diz que a liberdade por ser concebida na:

[...] ordem jurídica contemporânea, a liberdade de expressão consiste, em sentido amplo, num conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação, que compreende: a liberdade de expressão em sentido estrito (ou seja, de manifestação do pensamento ou de opinião), a liberdade de criação e de imprensa, bem como o direito de informação. TÔRES, 2013, p. 62.

Assim observa-se que o direito à liberdade de expressão, deve ser mediante as mais diversas situações garantido a todos, contudo a palavra central para em caso de choque deste direito com os demais direitos fundamentais é cautela. E em função deste pensamento passa-se agora a uma breve análise dos institutos dos direitos de privacidade, honra e imagem.

1.2. Dos direitos de privacidade

Os direitos de privacidade surgem a partir do uso desregulado dos direitos fundamentais de primeira geração, dentre estes o da liberdade de expressão que em várias situações confronta com os direitos de privacidade. Assim Rafael de Deus Garcia diz que:

[...] pode-se reconhecer a noção de privacidade para os sujeitos modernos. Para tanto, foi necessário que o indivíduo pudesse conceber uma cisão entre o “eu” e o mundo. Ao mesmo tempo constata-se que existe, na origem, uma forte relação entre privacidade e propriedade. GARCIA, 2018, p. 5.

Após a consolidação dos direitos fundamentais de primeira dimensão, observou-se que houve um grande avanço sobre a propriedade privada e a vida individual de cada um, assim nesse cenário surgem várias discussões sobre quais seriam os limites do liberalismo defendido nas grandes revoluções, e sobre tal processo Rafael de Deus Garcia diz que:

Em síntese, a construção de um direito à privacidade e à intimidade corresponde à disponibilidade crescente de todos os bens e do próprio corpo na sociedade capitalista moderna. Corresponde, portanto, à consciência crescente, no plano jurídico e moral, de que novas formas de invasão se estabelecem sobre a possibilidade de estar e de ser no mundo. GARCIA, 2018, p. 6.

Dentro da perspectiva dos direitos de privacidade engloba-se os direitos referentes a imagem, a honra, a privacidade e até mesmo a propriedade, fato que se constitui como grande embate na doutrina devido à grande dificuldade para criar um significado próprio para a terminologia, a esse respeito Marcel Leonard diz que:

Assim como outras expressões que refletem conceitos jurídicos indeterminados, tais como liberdade e dignidade da pessoa humana, a palavra privacidade parece englobar tudo, mas aparenta ser nada em si mesma; seu conceito estaria recheado de “ambiguidades perniciosas”. LEONARDI, 2011, p.47.

E na tentativa exacerbada de criar um significa único entre a dicotomia privacidade versus intimidade muitas vezes limites inerentes as situações fáticas são desrespeitados e acabam por violar os direitos que inicialmente eram alvos da pesquisa doutrinária, nesse sentido, Isabel Christine De Gregori e Bruna Hundertmarch dizem que:

Como consequência disso, valores que são tutelados em determinada comunidade podem não ser os mesmos tutelados em outras sociedades. Toma-se como referência a cultura indígena, na qual a nudez faz parte dos costumes daquela aldeia e, em razão disso, não é vista com pudor, razão pela qual não causa constrangimentos aos demais integrantes da comunidade indígena. No entanto, ao analisarmos a nudez no atual cenário brasileiro, por exemplo, ela é causa de reações de choque que desencadeiam a censura e a reprovação da sociedade. GREGORI; HUNDERTMARCH, 2013, p.753.

Assim partindo deste pressuposto, observa-se que tal prática pode constituir-se como verdadeira obstrução a aplicação adequada dos direitos elencando no art. 5º, X da Constituição Federal de 1988, e artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002⁶,

⁶ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da

pois, é necessário observar o caso em tela, antes de enquadrá-lo em qualquer padrão.

Destaca-se que as violações aos direitos de privacidade ou intimidade, atacam a pessoa humana nos setores mais frágeis de sua vida, podendo acarretar danos irreparáveis, ao passo que para outras pessoas o mesmo fato pode não significar nada. No exterior também não é diferente vários pesquisadores tentam enquadrar um perfil para definir o que são os direitos de privacidade e qual a sua profundidade, nesse sentido, Isabel Christine De Gregori e Bruna Hundertmarch dizem que:

O mesmo ocorre na doutrina estrangeira, que se socorre de uma variedade de expressões para se referir à privacidade. Na Alemanha, tem-se die Privatsphäre, separando a autonomia individual e a vida social; na Espanha, prefere-se o termo Derecho a la intimidad; nos Estados Unidos, utiliza-se a expressão privacy; na França, fala-se em droit au secret de la vie privée e em protection de la vie privée; na Itália, refere-se ao diritto alla riservatezza e ao diritto alla segretezza e à privacy; em Portugal, diz reserva da intimidade da vida privada e privacidade. LEONARDI, 2011, p.46.

A doutrina brasileira tende a observar a teoria unitarista, em que privacidade e intimidade não necessitam de serem separados, a esse respeito Rafael de Deus Garcia diz que:

Parte da doutrina brasileira parece aproximar-se da tradição iniciada no direito estadunidense, não fazendo uma distinção entre privacidade e intimidade. Para esta corrente, quando essa distinção é feita, ela não se revela materialmente relevante, sendo apenas uma questão de aprofundamento material. GARCIA, 2018, p. 6.

Assim é propício destacar que o direito à privacidade emerge no ordenamento jurídico pátrio, principalmente impulsionado pela orientação da dignidade da pessoa humana, muito em função da concepção histórica que o Brasil vivia naquele

indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. BRASIL. **CÓDIGO CIVIL**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acessado em: 20 out. 2018.

momento, sob a égide de um regime militar que intervinha nas relações privadas e intimas, promovendo as mais variadas formas de violação, sobre estes fatos Rafael de Deus Garcia fala que:

É impossível negar o contexto político e social de democratização da constituinte, fortemente influenciada pelo rechaço às práticas autoritárias do regime militar. A ditadura no Brasil foi marcada por intensas violações ao direito à privacidade. Não havia controle dos agentes estatais sobre a possibilidade de invasão a domicílio, sobre grampeamento e sobre as mais diversas formas de investigação. GARCIA, 2018, p.11.

E ainda acrescenta que:

No entanto, o período militar não foi somente marcado por seu vigilantismo, mas também pela perseguição a seus opositores. Essa perseguição se dava em um nível mais profundo, no âmbito ideológico dos indivíduos. Parte do trabalho do regime militar era extirpar a ideologia “comunista” ou “subversiva”, e isso incluía não somente as intensas torturas com agentes opositores, mas censura, interrogatórios cruéis e controle de familiares e amigos dos perseguidos, envolvendo toda a esfera íntima das pessoas, chegando ao nível da própria memória. Mais do que violação à privacidade, havia intensas violações à intimidade dos indivíduos, nas suas formas de ser e de pensar o mundo. A respeito de como a ditadura influenciou na vida familiar no Brasil. GARCIA, 2018, p.11-12.

Tendo em vista que qualquer tipo de violação a imagem ou privacidade é disparadamente ato atentatório a dignidade da vítima, seja ele virtual ou físico, pois, expõe partes da vida do indivíduo, aos quais ele não deseja expor, Isabel Christine De Gregori e Bruna Hundertmarch dizem que:

[...] o direito à privacidade deve ser compreendido como um direito inerente a pessoa humana, o que faz com que determinados elementos pessoais não sejam tornados públicos a comunidades. Tal direito decorre do fato da própria existência do direito de personalidade, decorre da cultura do ser humano, pela qual determinadas informações de cunho pessoal não podem e nem devem ser tornadas públicas. GREGORI; HUNDERTMARCH, 2013, p.753.

Assim deve-se destacar que é preciso um olhar mais aprofundado, em relação aos conflitos de direitos como no caso da liberdade de expressão versus privacidade/intimidade, para que o cidadão tenha meios extrajudiciais para nos limites estabelecidos na Constituição Federal coibir qualquer ação que exceda a

linha tênue entre os direitos do agente e da vítima, nesse sentido é propício o que diz Marcel Leonardi:

A falta de clareza a respeito do que é privacidade cria complicações para definir políticas públicas e para resolver casos práticos, pois se torna muito complexo enunciar os danos ocorridos em uma situação fática, podendo dificultar ou mesmo inviabilizar sua tutela, principalmente diante da necessidade de seu sopesamento em face de interesses conflitantes, tais como a liberdade de manifestação de pensamento, a segurança pública e a eficiência de transações comerciais. A experiência de alguns países demonstra esse problema. LEONARDI, 2011, p.47.

Apesar de o indivíduo ser um agente social que vive na coletividade, é importante que a este seja garantido o direito de manter aquilo que este elege como de caráter pessoal, seja protegido do avanço ilegal tanto por parte do Estado quanto dos demais indivíduos, nesse sentido Alessandro Hirata diz que:

Desse modo, pode-se observar que o direito à intimidade se apresenta como uma forma de impedir que o avanço tecnológico, juntamente com o já conhecido crescimento populacional, com uma consequente ocupação territorial, possa violar o direito de cada um de estar consigo próprio sem interferência alheia. HIRATA, 2014, p.22.

Deste modo, identifica-se o quão importante faz-se a criação de mecanismo para garantir a aplicação dos direitos de privacidade, tanto nas relações entre indivíduo e Estado, quanto na vida privada.

E com o advento da internet ficou ainda mais necessário manter o mínimo possível de privacidade, em relação principalmente aos dados que são disponibilizados nas redes sociais.

CAPÍTULO 2 DO BULLYING AO CYBERBULLYING: UMA BREVE ANÁLISE CONCEITUAL.

Neste capítulo iremos analisar brevemente os conceitos de bullying, cyberbullying, capacidade postulatória e o dever previsto na Constituição Federal de 1988, de cuidar da criança e do adolescente, Estado, família e sociedade.

Faz-se necessário abordar os conceitos supracitados, pois ao observar o choque de interesses quando ocorre casos de cyberbullying envolvendo crianças e adolescentes.

2.1 Entre o bullying e o cyberbullying

As relações entre pessoas de diferentes origens, talvez seja o maior desafio a ser enfrentado pela sociedade civil na contemporaneidade, pois, em tempos de extremismos a cada dia cresce mais no interior da sociedade a noção de que é legal menosprezar outra pessoa em função de sua orientação sexual, porte físico ou até mesmo condição financeira.

E com o avanço dos programas de tecnologia da informação e o acelerado processo de disseminação de dados, tais fatos tem ganhado cada dia mais proporção, pois a radicalização de padrões sociais acaba por influenciar na formação de comportamentos anti-coletivos, em que deixam evidente que a sociedade caminha para o caos.

Neste contexto de uso exacerbado da liberdade de expressão, algumas pessoas extrapolam os limites do bom senso, e partem para a agressão psicológica a quem julgam não se adequar aos padrões sociais estabelecidos.

Assim surge o que modernamente conhecemos como bullying, sobre este ponto Clarice D'Urso diz que:

A palavra bullying é originária da língua inglesa e utilizada para descrever atos de violência física, moral, sexual, verbal, psicológica e virtual, internacionais e repetidas, praticados por um ou mais indivíduos, com o objetivo de difamar, intimidar, agredir ou amedrontar alguém rotulado como excluído por determinado grupo social. D'URSO, 2010, p.3.

Ainda sobre o significado termo bullying Alexandre Saldanha diz que:

[...] é uma espécie de conduta opressiva, intencional e violenta, onde um indivíduo é assediado por outro ou por um grupo de pessoas que buscam, através de atitudes e palavras, ferir a auto-estima e a imagem da vítima, pelo simples motivo do mesmo ter opinião própria, só que diferente da maioria, e geralmente, não apresentam justificativa. SALDANHA, 2014, p.22.

O bullying vai além das provocações no âmbito da imagem, ele pode configurar-se também por ataques físicos e que visam menosprezar a vítima no ambiente social ao qual, agressor e vítima estão inseridos. E sobre isso Alexandre Viniicius Malmann Medeiros, observa que:

O bullying físico/direto é visível a outros estudantes e apresenta comportamentos de natureza física, como bater, empurrar, forçar com o corpo, chutar, tomar e danificar pertences, beliscar, dar tapas na nuca. Portanto, o bullying direto se configura como as práticas que envolvem a imposição de sofrimento físico, submissão pela força e, em alguns casos, a humilhação pública do alvo. MEDEIROS, 2012, p. 25.

Apesar de ser um fato extremamente complicado para analisar, processar e combater, tendo em vista as circunstâncias as quais geralmente envolvem menores em ambos os lados, o primeiro passo para o combate a prática do bullying foi dado, com a criação da Lei 13.185/15, que tem como foco coibir as práticas de bullying no Brasil, sobre isso Wévertton Gabriel Gomes Flumignan diz que:

O bullying, prática comum que afeta a vida de muitas pessoas deixando sequelas físicas e psicológicas nas vítimas, vem atingindo outro patamar, posto que muitas vezes alia-se à internet e a sua capacidade difusora. O legislador, percebendo que esta prática tem se tornado cada vez mais comum legislou sobre o assunto, promulgando a lei n. 13.185/15 que instituiu o “Programa de Combate à Intimidação Sistemática”. FLUMIGNAN, 2016,p. 84.

Assim, como outras práticas sociais, o bullying também acompanhou a evolução das tecnologias e deixou de ser um fato localizado, normalmente no ambiente escolar e migrou para o mundo cibernético, que com a velocidade

constante da evolução das redes sociais, passou a ser um ambiente confortável para os agressores.

Pode-se dizer que o cyberbullying é uma versão atualizada do bullying, pois, o objetivo do agressor é o mesmo, mas agora este utiliza como ferramenta para as agressões o meio cibernético, para promover danos irreparáveis às vítimas. E sobre o ciberespaço, Clarice D'Urso diz que:

Atualmente verifica-se já hoje em dia uma elevada frequência de situações de intimidação, insinuações e insultos praticados por crianças e jovens entre si através de mensagens eletrônicas, da mesma forma que é comum a divulgação no Youtube de pequenos vídeos de situações de aulas e de outras situações da vida na escola, tornando-se alguns deles, objeto de reparo e de divulgação nos meios de comunicação social. Estamos, assim, diante de uma nova espécie de *bullying*, o *cyberbullying*, que vem amplificar, incomensuravelmente, os riscos na vida das crianças e dos jovens. D'URSO, 2010, p. 4.

Alexandre Vinicius Malmann Medeiros diz que:

A todo instante há novas conexões acontecendo entre os indivíduos, novas informações são transmitidas na rede, tornando os indivíduos, simultaneamente, receptores e emissores, consumidores e produtores de informações. É preciso que as ideias sejam vistas como importante e isso só ocorre quando as pessoas pensam em conjunto. Para que isso ocorra é necessária a produção do capital técnico, cultural e social – a produção do capital técnico gera a possibilidade para a disseminação do capital social que irá criar o capital intelectual, que passam a ser de domínio público. MEDEIROS, 2012, p.89.

Assim, os fatos que antes ficavam restritos ao ambiente escolar passaram a serem disseminados com muita facilidade nas redes sociais, e que com o alcance que esta detém, os efeitos colaterais podem ser ainda mais complexos para a vítima.

Neste ponto, cruza-se com o objeto de questionamento do presente trabalho, como assegurar a liberdade de expressão, das crianças e adolescentes, sem que, contudo, estas esvaziem os direitos de proteção à imagem, a honra e a intimidade de outras crianças e adolescentes aos quais são alvos das práticas de cyberbullying?

Ainda sobre esta perspectiva aduz-se necessário ressaltar o que diz Wévertton Gabriel Gomes Flumignan:

Evidentemente, o indivíduo que pratica o cyberbullying deve indenizar quem sofrer eventuais danos decorrentes dessa atitude, uma vez que há os pilares básicos para se imputar a responsabilização civil nestes casos: o dano, a conduta e o nexo de causalidade. Ocorre que nem sempre a sua identificação é possível, vez que os agressores se utilizam, na maioria das vezes, de perfis falsos (fakes) para praticarem o ilícito. FLUMIGNAN, 2016, p.85.

É importante salientar que no campo dos ilícitos civis, aqueles que não detêm a capacidade de postulação absoluta são representados pelos responsáveis legais, conforme o disposto no art. 227 da Constituição Federal de 1988. Assim passa-se a fazer uma breve análise do dever de cuidado, tanto do Estado, quanto da família e sociedade para com crianças e adolescentes.

2.2 Da proteção da criança e do adolescente

A criança e o adolescente no Brasil, gozam de proteção especial em relação aos demais, tendo em vista que Constituição Federal elegeu esse grupo como prioritário. Os constituintes originários, ao verificar a situação de vulnerabilidade destes, julgaram que a proteção precisava ser feita de forma ampla, com participação do Estado e da sociedade.

No século passado as crianças ocupavam lugar irrisório na escala de preocupação dos legisladores a época, suas necessidades básicas eram ignoradas pela família, estado e sociedade, e isso era agravado ainda mais em relação as crianças e adolescentes que eram fruto de relacionamentos extraconjugais. Nesse sentido Moacyr Pereira Mendes diz que:

No passado, o que hoje se denomina poder familiar, era chamado de pátrio poder, o qual foi instituído em Roma, época em que, a *patria potestas* visava tão-somente ao exclusivo interesse do chefe da família. Desta forma, nos tempos remotos, os poderes que se enfaixavam na autoridade do pai, tanto os de ordem pessoal como os de ordem patrimonial, se caracterizavam pela sua larga extensão. MENDES, 2006, p.12.

E ainda acrescenta destacando que:

[...] no âmbito pessoal, dispunha o pai, originalmente, do enérgico *jus vitae et necis*, que compreendia o direito de expor o filho ou mata-lo, o de transferi-lo a outrem *in causa mancipi* e o de entrega-lo como indenização *noxae deditio*. No terreno patrimonial, o filho, como o escravo, nada possuía de próprio, pois tudo quanto adquiria, pertencia ao pai, princípio que só não era verdadeiro em relação às dividas, as quais, acaso existentes, eram de responsabilidade exclusiva dos filhos. MENDES, 2006, p.12.

Além disso, era muito comum casas especializadas para receberem crianças de mães solteiras, e em muitos casos eram abandonadas pelas famílias por vergonha. A esse respeito Geovani de Paula diz que: “A ideologia cristã se fazia presente na época, havendo uma preocupação de amparar a criança órfã, a qual era recolhida em instituições da Igreja Católica, que contava com subsídios do governo”. PAULA, 2012, p.20.

Além do mais o controle de natalidade não era nem de longe uma preocupação tanto da sociedade, quanto do Estado, pois as crianças eram inseridas no mercado de trabalho o mais rápido possível e ocupavam papel importante na renda familiar, nesse sentido diz Geovani de Paula:

As famílias dispõem da mão de obra infanto-juvenil como importante complemento para a composição da renda familiar, expondo os olhos ao trabalho precoce. A indústria se beneficiava, na medida em que essa mão de obra requeria baixa remuneração, dispensava exigências quanto à jornada de trabalho (não havia controle sobre o trabalho infanto-juvenil) e, por se tratar de mão de obra de fácil manipulação, isto é, mais dócil às tarefas impostas. PAULA, 2012, p.22.

Após a Segunda Grande Guerra, o mundo voltou-se para uma perspectiva orientada para a preservação dos direitos e garantias fundamentais de todo e qualquer ser humano, e a partir deste ponto os direitos inerentes as crianças e adolescentes, começaram a ser constituídos. Nessa esteira salienta Paulo Bonavides:

A história dos direitos humanos – direitos fundamentais de três gerações sucessivas e cumulativas, a saber, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos – é a história da mesma liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a

concretizar valores cuja identidade jaz primeiro na sociedade e não nas esferas do poder estatal. BONAVIDES, 2004, p.574.

Neste contexto surge um órgão internacional que tem como premissa essencial garantir que os direitos fundamentais sejam assegurados ao homem, a Organização das Nações Unidas, e sobre esta Flávia Piovisan diz que:

A criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a adoção da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, a adoção de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos. VER LOUIS HENKIN apud PIOVISAN, 2013, p. 196.

A missão da ONU para assegurar a aplicação dos direitos consolidados na Declaração Universal dos Direitos Humanos é salutar, tendo em vista a grande resistência na sua aplicação, assim Bonavides ainda diz que:

Os direitos humanos, tomados pelas bases de sua existencialidade primária, são assim os aferidores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que eles padeçam lesão, a Sociedade se acha enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder em toda sociedade democraticamente organizada. BONAVIDES, 2004, p.575

Destaca-se neste sentido o que diz Angélica Barroso Bastos:

Entretanto, a Carta da ONU não contém, clara e detalhadamente, um conceito de liberdades fundamentais e de direitos humanos. Com este fim, foi promulgada em 10 de dezembro de 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, marco internacional de extrema importância para todos os povos, visto que representou uma significativa expressão do novo paradigma dos direitos humanos, consolidando uma ética universal. BASTOS, 2012, p. 35.

Todavia, observou-se que até mesmo a Declaração Universal dos Direitos Humanos não era suficiente para atender as peculiaridades dos direitos e garantias inerentes a criança e ao adolescente, e por isso foi necessário editar uma carta que cuidasse especificamente destes. Assim pertinente o que diz Flávia Piovisan:

A Convenção acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade. Os direitos previstos na Convenção incluem: o direito à vida e à proteção contra a pena capital; o direito a ter uma nacionalidade; a proteção ante a separação dos pais; o direito de deixar qualquer país e de entrar em seu próprio país; o direito de entrar e sair de qualquer Estado-parte para fins de reunificação familiar; a proteção para não ser levada ilicitamente ao exterior; a proteção de seus interesses no caso de adoção; a liberdade de pensamento, consciência e religião; o direito ao acesso a serviços de saúde, devendo o Estado reduzir a mortalidade infantil e abolir práticas tradicionais prejudiciais à saúde; o direito a um nível adequado de vida e segurança social; o direito à educação, devendo os Estados oferecer educação primária compulsória e gratuita; a proteção contra a exploração econômica, com a fixação de idade mínima para admissão em emprego; a proteção contra o envolvimento na produção, tráfico e uso de drogas e substâncias psicotrópicas; a proteção contra a exploração e o abuso sexual. PIOVISAN, 2013, p. 276-277.

No Brasil, o marco central desta mudança de paradigmas é a Constituição Federal de 1988, que de forma explícita assegurou a tutela constitucional para que crianças e adolescentes recebam as condições necessárias para sobreviver. Sobre isso Geovani de Paula diz que:

É interessante notar que a recente história das políticas de atenção à população infanto-juvenil destaca-se pelas significativas alterações quanto às práticas pedagógicas e produção simbólica, preconizando direitos e proteção integral, assegurando-lhes, assim, o pleno desenvolvimento. [...]Essas percepções são conquistas do movimento social de defesa dos direitos da criança e do adolescente, que ganhou força no cenário nacional nos anos oitenta, acumulando ganhos, dentre os quais se destacam a inclusão da condição da criança como “prioridade absoluta”, na Constituição Federal de 1988, regulamentada posteriormente, por meio da Lei Federal 8069/90 - o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). PAULA, 2012, p.18.

Assim fica evidente que os direitos e garantias inerentes a crianças e ao adolescente constituem-se ferramenta eficaz para proteger estes das circunstâncias em que ao longo da história enfrentaram. Contudo, ressalta-se a importância da modernização do direito, tendo em vista a constante mudança de paradigmas sociais, e como o direito é uma ciência oriunda das relações sociais, deve na medida possível atender aos novos anseios do meio ao qual está vinculado.

Nesta perspectiva destaca-se o novo cenário social, ao qual muitas crianças e adolescentes são abandonadas a própria sorte no ambiente familiar, em meio a um

emaranhado de aparelhos eletrônicos, sem o devido acompanhamento pelos responsáveis, o que acaba facilitar o surgimento de circunstâncias propícias para os crimes cibernéticos. Nesse sentido, Fernanda da Silva Lima e Josiane Rose Petry Veronese dizem que:

Compreender o Direito da Criança e do Adolescente enquanto ramo jurídico autônomo significa reconhecê-lo como um subsistema jurídico dotado de regras, princípios e valores próprios. O Direito da Criança e do Adolescente ao conceder ao universo infanto-adolescente a titularidade de direitos fundamentais. LIMA; VERONESE, 2012, p.53.

Nesta perspectiva merece especial análise, o fato de a partir da Constituição Federal de 1988, a criança e o adolescente, gozarem de um lugar especial, em função de sua vulnerabilidade em relação aos adultos, vez que como se viu, ao longo da história da humanidade estes foram ignorados, nesse aspecto Fernanda da Silva Lima e Josiane Rose Petry Veronese dizem que:

A doutrina jurídico-protetiva para a infância e adolescência tem na sua base de estruturação duas premissas específicas: 1) o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos; 2) a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Esse novo modelo de proteção jurídica precede da adequação do campo de incidência das normas ao caso concreto para que se alcance fundamentalmente uma completa satisfação jurídica. Essas duas premissas são norteadoras da nova prática político-social que deve ser implementada a essa parcela da população. LIMA; VERONESE, 2012, p.54.

Nesse sentido, cabe destacar o que observa Moacyr Pereira Mendes:

Psíquica e mentalmente os menores, tanto crianças como adolescentes, necessitam da participação dos pais, da comunidade, da sociedade e do próprio poder público, para que possam formar seu caráter, o que se dá através do convívio familiar harmonioso, dos estudos adequados, das relações com a comunidade de forma salutar, com a participação efetiva do poder público no auxílio das obrigações decorrentes do poder familiar, fornecendo escolas, saúde, segurança, esportes, lazer, e etc. MENDES, 2006, p.26.

Ainda nesta perspectiva destaca-se o que diz Daniele Ditzel Mattioli e Rita de Cássia da Silva Oliveira:

O rol de direitos previstos pela Convenção é bastante amplo, alcançando a infância em todas as esferas. Enumeramos aqui alguns deles: o direito à vida; direito a ter um nome e uma nacionalidade; à liberdade de expressão, pensamento, consciência e crença; proteção contra exploração e abuso sexual; acesso a serviços de saúde e previdência social; direito à educação; direito ao descanso e ao lazer. MATTIOLI; OLIVEIRA, 2013, p.18.

Ocorre que o constituinte de modo impar percebeu que era preciso ir além de reconhecer a vulnerabilidade da criança e do adolescente, era preciso legitimar na Constituição Federal, os direitos a estes direcionados, e sobre isso Moacyr Pereira Mendes diz que:

Desta forma, buscou a Constituição uma maior abrangência, visando a proteção do menor em diversos setores, face seu estado peculiar de desenvolvimento, como, por exemplo, na aprendizagem, trabalho e profissionalização, consubstanciadas no artigo 7º, XXXIII, combinado com o art.227, § 3º, incisos I, II e III; capacidade eleitoral ativa, pelo que dispõe o artigo 14, §1º, II, “C”; assistência social, seguridade e educação, com base nos artigos 195, 203, 204, 208, I, IV, e art. 7º XXV; programação de rádio e televisão, com arrimo no artigo 220, § 3º, I e II; proteção como múnus público em consonância com o artigo 227, caput; como dever do Estado, frente ao artigo 227, §1º, I e II, prerrogativas democráticas processuais, conforme artigo 227, IV e V; incentivo à guarda, com base no artigo 227, VI; prevenção contra entorpecentes artigo 227, VIII; defesa contra abuso, artigo 227, § 4º; estímulo à adoção artigo 227, § 5º; e conquista maior, que se faz equânime às pessoas de todas as idades: isonomia filial, artigo 227, §6º. MENDES, 2006, p.26-27.

Em função da orientação estabelecida na constituição Federal, emerge no ordenamento jurídico pátrio, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que foi criado para normatizar os direitos assegurados na Lei Maior, e que de forma expressa diz a absoluta prioridade dos menores no que concerne direitos e garantias fundamentais:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude⁷.

⁷ BRASIL, **ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acessado em: 29 out. 2018.

Todavia na atualidade, pais ou responsáveis legais, acabam por ignorar o contato pessoal com os filhos, em nome de conseguir um lugar ao sol, para manter a sobrevivência destes e daqueles, e acabam por permitir que seus filhos, vivam sem que forneçam a devida orientação que em função da pouca maturidade, que estes necessitam, assim é importante o que destacam, Fernanda da Silva Lima e Josiane Rose Petry Veronese:

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em consonância com tal doutrina, tem por fundamento o seguinte tripé: liberdade, respeito, dignidade. Não se pode mais tratar a infância e a juventude com descaso; não se pode mais coisificá-las como meros objetos passíveis de tutela normativa; não se pode mais diferenciar a quem se deve proteger. Todas as crianças e adolescentes, indistintamente, estão na condição de sujeitos de direitos e são merecedores de uma proteção especial aos seus direitos, sem negligência, crueldade, opressão, discriminação e sem desrespeito. LIMA; VERONESE, 2012, p.148.

Assim o direito passou a criar mecanismos legais que evidenciem esta nova perspectiva, quanto a proteção aos direitos e garantias fundamentais daqueles, e além disso, em caso de omissão pelos responsáveis na educação de crianças e adolescentes estes serão responsabilizados pelos danos causados a outrem. Nesse sentido Lélío Braga Calhau diz que em relação aos danos causados pela prática do bullying:

Em todos esses casos, seja *in vigilando* ou *in elegendo*, a culpa não interessa a não ser para efeito de ação regressiva, [...] no caso do pais, não há direito de regresso contra os filhos. [...] ou seja, no caso dos pais, não poderão alegar que os filhos praticavam bullying, gerando dano, contra terceiros e nada sabiam, pois, há o dever de supervisionar os filhos. Os pais devem orientar os filhos para que não sejam vítimas e, também, para que não se tornem agressores. CALHAU, 2018, p. 102.

Desta forma, observa-se que a proteção também é feita por meio da educação cívica, já que a criança e o adolescente devem estar cientes de todos os seus direitos quanto cidadão, mas também devem saber reconhecer todos os seus deveres, que em primeiro plano deve estar o respeito ao espaço alheio.

CAPITULO 3. DA INCONSTITUCIONALIDADE

Este capítulo dedica-se a uma breve análise dos institutos que envolvem o processo de verificação da constitucionalidade das leis, e se o artigo 19 e §§ da Lei nº 12.965/14, está em consonância com todas as primícias destacadas no presente trabalho.

3.1 Da inconstitucionalidade material e formal

A Constituição Federal foi escrita de forma extensa e interligando os pontos nela constantes, de tal modo que cada capítulo constitui fator importante para assegurar o descrito nos demais.

E em relação aos direitos e garantias fundamentais, ela de forma abrangente cuidou de direcionar especial atenção para o processo de verificação se os demais atos normativos que forma o ordenamento jurídico brasileiro, estão em consonância com os preceitos estabelecidos na Constituição de 1988. Nesse sentido, salutar o que diz Paulo Bonavides:

Toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição, e ambas – a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da Constituição – a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania, consubstanciando uma ideologia, sem a qual doutrinas, em seu sentido político, jurídico e social mais profundo, ficariam de todo ininteligíveis. De tal concepção brota a contextura teórica que faz a legitimidade da Constituição e dos direitos fundamentais, traduzida numa tábua de valores, os valores da ordem democrática do Estado de Direito onde jaz a eficácia das regras constitucionais e repousa a estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, regido por uma teoria material da Constituição. BONAVIDES, 2004, p. 581.

Esse processo de verificação é chamado de controle de constitucionalidade, pois, ao analisar-se as leis, decretos, resoluções e demais fontes do direito, a preocupação central é identificar se tais dispositivos não contrariam a essência da Lei Maior. A esse respeito Gilmar Mendes diz que:

Destarte, os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade não traduzem, tão somente, a ideia de conformidade ou inconformidade com a Constituição. Assim, tomando de empréstimo a expressão de Bittar, dir-se-á que constitucional será o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente competente e sob a forma que a Constituição prescreve para a sua perfeita integração; inconstitucional será o ato que incorrer em sanção — de nulidade ou de anulabilidade — por desconformidade com o ordenamento constitucional. MENDES apud BRITAR, 2012, p. 1424.

Nesse sentido, ela que ocupa o topo hierárquico do ordenamento jurídico, devem os demais atos normativos obedecerem a devida pertinência temática e procedimental delimitados na Constituição Federal. Nesse sentido, aduz-se o que salienta Gilmar Mendes, “Têm-se, assim, a um só tempo, rigidez e flexibilidade. E, segundo Hesse, o ponto decisivo situa-se, precisamente, na polaridade desses elementos”. MENDES, 2012, p. 1420.

A esse respeito é pertinente destacar o que diz André Gustavo C. de Andrade:

Em outras palavras, ante uma lei acoimada de inconstitucional, três possibilidades, de ordinário, se abririam para o julgador: I) o reconhecimento da compatibilidade da lei com a Constituição; II) o reconhecimento da incompatibilidade entre o texto legal e a Constituição, quando, então, deixaria de ser aplicado (no controle difuso) ou seria declarado inconstitucional aquele dispositivo infraconstitucional (no controle concentrado); III) o reconhecimento de que, dentre as diversas interpretações razoáveis do texto legal, uma delas é considerada compatível com a Constituição, quando, então, com base no princípio da interpretação conforme a constituição, seria preservado o dispositivo, com o emprego da interpretação legítima (em sede de controle concentrado, com o eventual afastamento expresso das interpretações reputadas inconstitucionais). ANDRADE, 2008, p. 12.

Ainda sobre esta perspectiva salienta Gilmar Mendes:

Não existe, pois, uma pretensão de completude (Anspruch der Luckenlosigkeit) do sistema constitucional. E é, exatamente, essa característica que empresta à Constituição a flexibilidade necessária (Beweglichkeit) ao contínuo desenvolvimento e permite que o seu conteúdo

subsista aberto dentro do tempo (in die Zeithinein offen). MENDES, 2012, p. 1420.

O controle de constitucionalidade pode ser feito em dois momentos distintos, o primeiro quando o ato normativo está sendo produzido, ainda na Casa legislativa, por meio das comissões, o que seria o controle prévio, e no segundo momento por meio de ações judiciais, que pode se dar pelo controle difuso ou concentrado. Sobre o controle de constitucionalidade preventivo Luís Roberto Barroso diz que:

Controle prévio ou preventivo é aquele que se realiza anteriormente à conversão de um projeto de lei em lei e visa a impedir que um ato inconstitucional entre em vigor. O órgão de controle, nesse caso, não declara a nulidade da medida, mas propõe a eliminação de eventuais inconstitucionalidades. BARROSO, 2012, p. 40.

E completa dizendo sobre o controle posterior:

Controle repressivo, sucessivo ou a posteriori é aquele realizado quando a lei já está em vigor, e destina-se a paralisar-lhe a eficácia. No direito brasileiro, como regra, esse controle é desempenhado pelo Poder Judiciário, por todos os seus órgãos, através de procedimentos variados [...]. Há alguns mecanismos de atuação repressiva pelo Legislativo (como a possibilidade de sustar atos normativos exorbitantes editados pelo Executivo) e pelo Executivo (como a recusa direta em inconstitucional). Em qualquer caso, havendo controvérsia acerca da interpretação de uma norma constitucional, a última palavra é do Judiciário. BARROSO, 2012, p. 40.

O controle difuso é feito em paralelo as demandas principais, ou seja, o foco central da ação não é questionar a constitucionalidade em si da norma, mas em decorrência de um pedido diverso é preciso afastar a aplicabilidade do dispositivo, para que se alcance o fim pretendido. Essa modalidade de controle pode ser em qualquer grau de jurisdição.

Em contrapartida, o controle concentrado é restrito ao Supremo Tribunal Federal em relação a Constituição Federal, conforme dispõe o artigo, 102, I, a e art. 102, § 1º ambos da Constituição Federal. E aos Tribunais Estaduais as demandas que contrariam os preceitos estabelecidos nas constituições estaduais, conforme o art. 125, §2º da Constituição Federal. Sobre o controle concentrado João Marcelo Rego Magalhães diz que:

[...] a Constituição de 1988 prestigiou consideravelmente o controle abstrato com a ampliação do número de legitimados para ingressar com a Adin. A atual Carta Maior trouxe ainda para compor o elenco do controle concentrado a figura da inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), inegavelmente inspirada no Direito português, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, inicialmente prevista no art. 102, parágrafo único, atualmente § 1º por força da Emenda Constitucional 3/93, que trouxe também para compor o elenco da nossa fiscalização concentrada da constitucionalidade a Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. MAGALHÃES, 2007, p. 81.

Assim cabe salientar que as formas supramencionadas, apenas fazem sentido de existir, se a Constituição Federal não for observada sob o aspecto material e/ou formal. Sobre esta perspectiva é salutar o que diz Luís Roberto Barroso:

A Constituição disciplina o modo de produção das leis e demais espécies normativas primárias, definindo competências e procedimentos a serem observados em sua criação. De parte isso, em sua dimensão substantiva, determina condutas a serem seguidas, enuncia valores a serem preservados e fins a serem buscados. Ocorrerá inconstitucionalidade formal quando um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico. A inconstitucionalidade será material quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra ou um princípio. BARROSO, 2012, p.30-31.

Do ponto de vista material, a inconstitucionalidade se dá em função do conteúdo do ato normativo ser oposto os preceitos estabelecidos na Constituição, ou seja, o conteúdo do ato normativo é contrário aos direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal, por exemplo, uma lei é de algum modo é contrária ao direito de Liberdade de Expressão, assegurado no art. 5º, IX, da Constituição Federal.

Assim, observadas as peculiaridades do caso em tela, deverá ser utilizado o procedimento adequado para sanar a inconstitucionalidade do ato normativo, seja por meio do controle prévio ou repressivo, se no ultimo também deverá adequar-se aos legitimados para processar e julgar a demanda, seja por meio do controle difuso ou concentrado.

Por outro lado, existem os vícios formais, estes estão relacionados ao processo de criação dos atos normativos e a quem é legitimado para propor tal demanda.

3.2 A inconstitucionalidade do art. 19 e §§ da lei 12.965/14

Conforme anteriormente debatido, o tema em tela envolve vários aspectos, qual seja, o metodológico, ideológico e socioeconômico. Todavia ao deparar-se com tal indagação é preciso avaliar as diversas possibilidades e cenários presentes em relação ao ato normativo para ponderar sobre sua provável inconstitucionalidade, sobre isso André Gustavo C. de Andrade diz que:

Não se deve, porém, excluir a importância da pesquisa histórica, para o processo de interpretação de um texto legal. O exame das diversas etapas que levaram à produção de uma norma jurídica revela-se, muitas vezes, exercício valioso para a tarefa hermenêutica. Podem auxiliar na interpretação de um texto legal a análise das justificações do projeto encaminhado ao Poder Legislativo, a pesquisa sobre o trâmite seguido pelo referido projeto, a leitura das emendas acolhidas e das rejeitadas, assim como das anotações dos debates legislativos, das exposições de motivos e de outros documentos. ANDRADE, 2008, p. 12.

Assim observa-se que para inferir que o art. 19 e §§ da Lei 12.965/14 é inconstitucional, foi necessário perpassar por todo o contexto sociocultural ao qual emerge no cenário brasileiro a supracitada lei e a Constituição Federal da República. Nesta perspectiva destaca-se o que diz André Gustavo C. de Andrade diz que:

Perquirir a vontade do legislador é, a um só tempo, no mais das vezes, tarefa impossível e inútil. Impossível porque a lei é confluência de muitas e variadas vontades. As motivações e compreensões dos diversos autores da lei podem ser diversificadas. Mesmo em se tratando de ato normativo emanado formalmente de uma só pessoa – como é o caso da medida provisória, prevista no art. 62 da Constituição Federal –, não é possível deixar de reconhecer a influência da motivação de terceiros que informalmente colaboram na elaboração do texto. Inútil, por outro lado, é a investigação de uma tal vontade, porque, ainda que pudesse ser captável, estaria eternamente cristalizada no momento histórico em que se manifestara. Mas a interpretação da norma jurídica evolui junto com os acontecimentos. As mudanças sociais e jurídicas têm influência determinante na exegese da lei, de modo que é até comum que ela venha a ser aplicada a situações para as quais não fora concebida imaginada. ANDRADE, 2008, p. 10.

Se por um lado, conforme delimitado no capítulo primeiro deste texto, foi necessária a construção a longo prazo da consciência nacional sobre a importância da preservação do instituto da liberdade de expressão para o Estado Democrático de Direito. Contudo também foi delineado que com o passar do tempo e em função do uso exacerbado do respectivo instituto, foi necessário criar outro instituto para conter o avanço daquele sobre a privacidade alheia.

Os direitos de privacidade, foram ao amadurecer da Constituição Federal ganhando forma e aplicabilidade no contexto social no Brasil, passou a ter status tão importante, quanto os direitos relacionados a Liberdade de expressão. A esse respeito é conveniente o que diz Marcel Leonardi:

Não há, portanto, uma fórmula pronta capaz de determinar, *prima facie*, o peso que deve ser atribuído à privacidade. Em outras palavras, a privacidade não tem um valor uniforme em todos os contextos, sendo impossível escapar da necessidade da análise das circunstâncias do caso concreto, para que se possa aplicar a chamada lei do sopesamento: “quanto

maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”. [...]. Ainda que os benefícios decorrentes da privacidade sejam frequentemente pessoais, emocionais, intangíveis e de difícil mensuração, isto não significa que não seja possível sopesá-los diante de outros interesses concorrentes, igualmente relevantes. A ausência de um sistema infalível de identificação, avaliação e comparação de interesses conflitantes não impede que sejam tomadas decisões a respeito de qual deles deve prevalecer, desde que sejam compreendidos quais são os principais elementos de valoração de cada um. LEONARDI, 2011, p. 113.

Chegou-se ao entendimento que não há que se falar em direito absoluto e eterno, e que é razoável afastar um direito em detrimento de outro, levando-se em conta a razoabilidade das circunstâncias e o bem-estar da pessoa envolvida no fato em questionamento.

E nesse sentido, confere-se tal atenção ao objeto da presente pesquisa, tendo em vista que na contemporaneidade é presença irrefutável os meios cibernéticos na vida de grande parte da população nacional, contudo o supracitado dispositivo legal acaba por privilegiar um grupo de pessoas em detrimento de outras, o que demonstra-se ser altamente perigoso.

Ao afirmar, que é necessária uma decisão judicial, para que o provedor de conteúdo seja obrigado a retirar as informações questionadas pela vítima, o marco civil da internet não observa ao princípio constitucional em relação à criança e ao adolescente da proteção absoluta, em função de sua vulnerabilidade em detrimento dos adultos.

Conforme destacado anteriormente, a internet é um local em que as pessoas detém fácil acesso para divulgar informações pessoais ou de terceiros, sem que haja nenhum processo de regulação ou controle de dados, até mesmo porque este possível controle configuraria cerceamento do direito de livre manifestação.

Todavia torna-se também um lugar em que diversas informações podem ser disponibilizadas de forma incoerente e que em alguns casos tornam-se ofensivos a dignidade do alvo das publicações, fato que se agrava ainda mais se levarmos em

consideração a grande capacidade de disseminação e perpetuação das informações no mundo cibernético, e a esse respeito Marcel Leonardi diz que:

A despeito de todo o discurso revolucionário sobre a Rede, o que torna a Internet realmente diferente é a permanência das informações, o acesso irrestrito a elas e a ausência de um único ponto de controle. Qualquer informação, independentemente de sua origem ou de seu formato original, pode ser disponibilizada de modo permanente, possibilitando acesso assíncrono e duplicação infinita, sem necessidade de autorização prévia para qualquer desses atos. A World Wide Web agregou a isso a oportunidade de descobrir conteúdos desconhecidos e, com o advento dos mecanismos de busca, a possibilidade de efetuar pesquisas dirigidas a esses conteúdos desconhecidos. LEONARDI, 2011, p. 337.

Aliado a essa situação acrescenta-se os danos à saúde do ofendido que podem alcançar níveis não imagináveis, tendo em vista que no cyberbullying as proporções de alcance dos dados são incalculáveis, nesse sentido, Lélío Braga Calhau acrescenta que:

Ao contrário do bullying, em que se exige a repetição das agressões, Luciene Tognetta e outros doutrinadores defendem que basta uma postagem para estar configurado o cyberbullying, pelo fato de as postagens na internet se multiplicarem rapidamente, podendo facilmente se tornar virais e atingir milhões de pessoas. [...]. No cyberbullying, a chama que faz o agressor continuar é a popularidade que a postagem pode alcançar na internet e a capacidade enorme disso ferir as vítimas. CALHAU, 2018, p. 113.

Ainda sobre esta perspectiva salutar o que dizem Luciene Regina Paulino Tognetta e Thais Cristina Leite Bozza:

Bullying e cyberbullying concordam em uma característica que é a violência intencional contra outro. De forma repetida, no caso do primeiro, ou sem a necessidade da repetição, vistas as potencialidades da Internet em que, uma vez postado um comentário em redes sociais, o mundo saberá. Meninos e meninas de idades semelhantes em ambos os casos intimidam,

humilham, ofendem, ameaçam e desrespeitam seus pares. TOGNETTA; BOZZA, 2012, p. 163.

Sendo assim, volta-se para analisar os aspectos destacados acima sob a perspectiva do princípio constitucional da proteção integral da criança e do adolescente, vez que se salienta a importância de o texto das leis estarem em consonância com os princípios enraizados pela Constituição Federal, neste interim destaca-se o que diz Wévertton Gabriel Gomes Flumignan,

Por óbvio, a análise do cyberbullying deve também atentar ao Marco Civil da Internet (lei n. 12.965/14), que buscou regular o uso da internet no Brasil. A presente legislação estabeleceu princípios, direitos e deveres para a rede no Brasil articulando, de certa forma, com os princípios democráticos do país. FLUMIGNAN, 2016, p. 83.

O Marco Civil da internet ao voltar-se totalmente a proteção do direito de liberdade de expressão, deixou de contemplar o caso em tela alvo de questionamento do presente trabalho vez que, como já previamente delineado a criança e o adolescente não encontram condições necessárias para buscar na via judicial a devida proteção contra ato praticado por outra criança ou adolescente.

E na maior parte dos casos também não deterá meios adequados para promover sua defesa o agressor, e em quanto os tramites legais continuam estagnados por questões procedimentais, as informações também continuam a se perpetuar pelo mundo cibernético. Nesse sentido imperioso o que diz Marcel Leonardi:

[...] a obtenção de tutela específica, destinada a impedir a continuidade da veiculação de informações ilícitas (ou o acesso a elas) por meio da Internet, é tarefa extremamente complexa. Dependendo do caso concreto, é necessário envolver uma pluralidade de intermediários e utilizar conjuntamente diversos mecanismos tecnológicos que, apesar de úteis, são imperfeitos e limitados. LEONARDI, 2011, p. 337.

Assim ressalta-se que ao regular o uso da internet a Lei 12.965/14 atendeu em parte o que define os preceitos constitucionais, porque evidentemente não se deve ignorar a liberdade de expressão, que é fruto de um longo processo de recuperação do Estado Democrático de Direito, contudo também é preciso assegurar a criança e ao adolescente a devida proteção que lhes foi atribuída pela Constituição Federal de 1988.

Assim como solução mais adequada ao caso em tela apresenta-se a declaração de parcial inconstitucionalidade sem redução de texto do art. 19 e §§ da Lei 12.965/14 em relação à criança e ao adolescente, pois assim seriam respeitados ambos os princípios constitucionais, o da liberdade de expressão e do outro lado a proteção especial conferida a criança e ao adolescente, com evidência nos direitos relacionados a sua privacidade.

Conforme se observa em situações problemáticas que envolvem choque iminente de princípios constitucionais como este, a cautela ao analisar e julgar tais dispositivos legais, é o mais sensato a se fazer, como brevemente salientado, a nova concepção de direito constitucional impulsiona tal paradigma e faz-se eficaz, a total declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal implicaria em grave afronta a princípio do Estado Democrático de Direito, pois cercearia o direito de liberdade de expressão de uma grande coletividade.

Assim observa-se o que diz Lenio Luiz Streck:

De pronto, torna-se importante referir que os institutos (mecanismos) da interpretação conforme e da nulidade (inconstitucionalidade) parcial sem redução de texto se enquadram na contemporânea concepção de justiça constitucional entendida sob a ótica do Estado Democrático de Direito, onde a função do Poder Judiciário perpassa, de longe, a concepção de “legislador negativo” própria do Judiciário do Estado Liberal Absenteísta. Vale sempre lembrar que, no paradigma liberal-individualista, trabalha-se ainda com a concepção de que o direito é ordenador, o que, à evidência, caminha na direção oposta de um direito promovedor-transformador do Estado Social e Democrático de Direito. Dito de outro modo, se no Estado Democrático de Direito o direito assume uma função transformadora, torna-se evidente que a concretização das promessas da modernidade constantes em uma Constituição Compromissária e Dirigente demanda uma nova postura do Poder Judiciário (e em especial da Justiça Constitucional). STRECK, 2014, p. 744.

Não admitir a função essencial que cumpre a interpretação dos Tribunais em situações como a aqui questionada, seria imprudente levando-se em consideração que é preciso se respeitar o momento histórico ao qual a norma foi elaborada, mas, contudo, também se deve observar as peculiaridades de cada caso, assim observa-se o que diz Lenio Luiz Streck:

Não há dúvida, assim, que os citados institutos representam importantes mecanismos “corretivos” da atividade legislativa (seja do próprio Poder Legislativo, da atividade normativa proveniente do Poder Executivo, bem como dos atos normativos oriundos dos tribunais da República). Isso porque, além de a atividade interpretativa representar, sempre, um processo de atribuição de sentido (interpretar é, sempre, aplicar), há que se considerar que é impensável que um Tribunal, em sede de justiça constitucional, considere-se desligado da ordem política que o envolve, o que implica mecanismos adaptativos/corretivos a serem aplicados nos textos legais contrastados com a Constituição. Isso parece evidente. STRECK, 2014, p. 745.

Assim a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto do art. 19 e §§ da Lei 12.965/14, adequa-se a demanda em questão, porque consolidada é a noção de que foi direcionada especial proteção à criança e ao adolescente frente a sua vulnerabilidade em relação ao adulto capaz.

Deste modo, entende-se ponderado o que dizem Soraya Gasparetto Lunardi e Dimitri Dimoulis:

Dessa maneira, o Tribunal preserva o dispositivo e especifica as interpretações condizentes com o conteúdo normativo da Constituição: não declara a inconstitucionalidade, desde que a norma que constitui objeto do controle seja interpretada conforme a Constituição. LUNARDI; DIMOULIS, 2014, p.405.

Quanto aos efeitos de tal decisão diz o art. 28 da Lei 9.868/99:

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, **têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.** (grifo nosso)⁸.

Assim salienta-se que mesmo o texto não sofra modificações, o novo entendimento deverá ser aplicado para os casos que envolvam crianças e adolescentes. Na mesma medida que continuará com o mesmo sentido para os demais usuários da internet.

⁸ BRASIL, **Lei 9.868/99**. Planalto. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9868-10-novembro-1999-369587-normaatualizada-pl.html>>. Acessado em: 14 nov. 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao propor-se a presente pesquisa deparou-se com a seguinte indagação, seria o artigo 19 e §§ da Lei 12.965/14 inconstitucional? Para responder a respectiva pergunta procuramos aprofundar inicialmente em pontos considerados essenciais para compreender a complexidade envolvendo o caso em tela.

A princípio perpassou-se pelos conceitos e discussões doutrinárias a respeito dos direitos de liberdade de expressão *versus* privacidade, intimidade e honra, logo após nos dedicamos a compreender o que significa os termos bullying e cyberbullying, além de adentrar nos aspectos que envolvem a proteção especialmente dedicada pela Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente a criança e ao adolescente.

Por fim, realizou-se uma breve abordagem sobre as formas previstas pela Constituição Federal para que as leis sejam analisadas de acordo com os seus preceitos. E a possível inconstitucionalidade do art. 19 §§ da Lei 12. 965/14.

Após a referida pesquisa é importante dizer, que os direitos abordados apesar de serem intrinsecamente ligados a condição humana, não são absolutos e mais ainda que, é preciso cautela ao analisar as lides que chegam ao Poder Judiciário para que seja em determinadas circunstâncias afastada a aplicação de normas cujo o raio de aplicabilidade pode ser considerado contrário a Constituição Federal.

A princípio parece estranho a forte defesa que é feita por alguns juristas ao Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14), tendo em vista a que a discussão gira muito em torno da honra, da imagem e até mesmo da privacidade de vítimas, que em diversas situações têm esses direitos tolhidos, em função da garantia da manutenção da liberdade de expressão dos agressores.

Todavia como destacado anteriormente o que diz André Gustavo C. de Andrade, não dá para recriar o ambiente em que as leis são escritas, mas

compreender o contexto histórico ao qual elas ganharam existência, ANDRADE, 2008, p. 10. E nesse caso, o Marco Civil da Internet, é resultado de um longo processo de amadurecimento do recém recuperado direito de liberdade de expressão, recuperado pós processo de reabertura político-social do Brasil no final da década de 1980.

Contudo, do outro lado, perquire-se todo o dano causado as vítimas do cyberbullying, que no meio cibernético é de fácil divulgação e disseminação, e em grande parcela dos casos envolvem crianças e adolescentes, inclusive em ambos os lados.

Assim após a realização da referida revisão bibliográfica, entende-se que o meio a ser utilizado para garantir a proteção absoluta prevista na Constituição Federal a criança e ao adolescente, deve o artigo 19 e §§ da Lei 12.965/14, ser considerado inconstitucional parcialmente sem redução de texto em relação as crianças e adolescentes vítimas de cyberbullying.

Pois, em função da vulnerabilidade da criança e do adolescente, para acionar o Poder Judiciário. E tendo em vista, que em muitos casos, a vítima mantém absoluto sigilo sobre os fatos ocorridos, por medo ou até mesmo vergonha, a exigência de uma decisão judicial previa, ampliaria o tempo para a disseminação dos conteúdos envolvendo este grupo, e além de multiplicar os impactos na vida social e pessoal destes, menosprezando os direitos assegurados pela Constituição Federal de proteção e prioridade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, André Gustavo C. de. **Dimensões da interpretação conforme a constituição.** 2008. Portal TJRJ. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=d4d29181-ba2a-42f1-83da-fd93a5b86397&groupId=10136>. Acessado em: 06 nov. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Angélica Barroso. **Direitos humanos das crianças e dos adolescentes: As contribuições do Estatuto da Criança e do Adolescente para a efetivação dos Direitos Humanos infanto-juvenis.** 2012. 147f. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS8XSR3V/disserta_ao_ang_lica_bastos.pdf?sequence=1>. Acessado em: 12 nov. 2018.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acessado em: 29 out. 2018.

BRASIL. **Código Civil.** Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acessado em: 20 out. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal 1988.** Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 10 abr. 2018.

BRASIL, **Lei 9.868/99.** Planalto. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9868-10-novembro-1999-369587-normaatualizada-pl.html>>. Acessado em: 14 nov. 2018.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Voto do Ministro Luis Felipe Salomão no Recurso Especial 1.306.157 – SP**. p. 7 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/google-responsavel-videos-difamatorios.pdf>>. Acessado em: 10 abr. 2018.

CALHAU, Lélío Braga. **Bullying o que você precisa saber**. 4ª ed. Belo Horizonte: Rodapé, 2018.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da constituição; direito constitucional positivo**. 18ª ed. Belo Horizonte: DelRey, 2012.

D'URSO, Clarice. **Cyberbullying: Um desafio para o direito**. 2010. Disponível em: <<file:///C:/Users/User/Downloads/ARTIGO%20-%20CYBERBULLYING.pdf>>. Acessado em: 11 mar. 2018.

FIRMINO, Rafael Soares. **Situações subjetivas existenciais do nascituro**. 2014. 112 f. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/29206/29206.PDF>>. Acessado em: 01 out. 2018.

FLUMIGNAN, Wévertton Gabriel Gomes. **O cyberbullying e o papel dos provedores de internet**. In: XXV CONGRESSO DO CONPEDI, 2016, Curitiba. DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS I. p. 81-99. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/9550a5xr/tykYz0uacZjc6AkP.pdf>>. Acessado em: 18 mar 2018.

GARCIA, Rafael de Deus. **Os Direitos à privacidade e à intimidade: origem, distinção e dimensões**. In: Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, V. 34º, nº1, pág. 1-26, jan/jun, 2018. Pouso Alegre. Disponível em: <<https://www.fdsm.edu.br/adm/artigos/dc5f41da29c40f898a9846be9ee5a41b.pdf>>. Acessado em: 30 set. 2018.

GONÇALVES, José Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1: Parte geral. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GREGORI, Isabel Christine De.; HUNDERTMARCH, Bruna. **A fragilidade da proteção do direito à privacidade perante as facilidades da internet**. In: Anais do 2º Congresso internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. Disponível em:

HIRATA, Alessandro. **O Facebook e o direito à privacidade**. In: Revista de Informação Legislativa, Ano 51 Número 201 jan./mar. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p17.pdf>. Acessado em: 02 out. 2018.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. Vol. V. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99635/VD-Direito-da-Crianca-18-09-2012.pdf?sequence=1>>. Acessado em: 24 out. 2018.

LUNARDI, Soraya Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. **Interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Problemas da aplicação judicial do direito constitucional**. In: R. bras. Est. const. – RBEC | Belo Horizonte, ano 8, n. 29, p. 403-425, maio/ago. 2014. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/124630>>. Acessado em: 12 nov. 2018.

MEDEIROS, Alexandre Vinicius Malmann. **O fenômeno bullying: (in) definições do termo e suas possibilidades**. 2012. 112f. Dissertação de Mestrado em Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Ciências Sociais. Disponível em: <https://possociologia.cienciassociais.ufg.br/up/109/o/2012_Alexandre_MALMANN_-_Disserta%C3%A7%C3%A3o_FINALIZADA.pdf>. Acessado em: 08 out. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Moacyr Pereira. **A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente frente a Lei 8.069/90**. 2006. 182f. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009234.pdf>>. Acessado em: 24 out. 2018.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. 2ª ed, 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PAULA, Giovani de. **Direitos da criança e do adolescente: prevenção da violência e da exclusão social**. 3ª ed. Palhoça: UnisulVirtual, 2012.

PIOVISAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SALDANHA, Alexandre. **O Bullying e o Direito**. Corujito. 2014. Disponível em: <http://www.coaliza.org.br/wp-content/uploads/2014/05/BULLYING-EDIRIETO_LIVRO-COMPLETO.pdf>. Acessado em: 08 out. 2018.

SILVA, Felipe Ventin da. **Fundamentos dos direitos de personalidade e o papel da tutela inibitória na sua proteção**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8955>. Acesso em set 2018.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014.

TOGNETTA, Luciene Regina Paulino; BOZZA, Thais Cristina Leite. **Cyberbullying: um estudo sobre a incidência do desrespeito no ciberespaço e suas relações com as representações que adolescentes tem de si.** In: Nuances: estudos sobre Educação. Ano XVIII, v. 23, n. 24, p. 162-178, set./dez. 2012. Disponível em: <<http://revista.fct.unesp.br/index.php/Nuances/article/view/1896/1777>>. Acessado em: 14 nov. 2018.

TÔRRES, Fernanda Carolina. **O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão.** In: Revista de Informação Legislativa, Ano 50, Número 200, out./dez. 2013. P. 61-80. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf>. Acessado em: 24 abr. 2018.

WOLFF, Jonathan. **Introdução a filosofia política.** Trad. Maria de Fátima ST. Aubyn. Lisboa: Gradiva, 2004.