DIÁLOGOS DA
PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DIGITAL

Transformações Jurídicas no Contexto da Inteligência Artificial

COORDENAÇÃO
Sérgio Branco
Chiara de Teffé

PUBLICAÇÃO
setembro/2024

ITS
UERJ UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
DIREITO UERJ
CEPED

DIÁLOGOS DA
PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DIGITAL

Transformações Jurídicas no Contexto da Inteligência Artificial

COORDENAÇÃO
Sérgio Branco
Chiara de Teffé

PUBLICAÇÃO
setembro/2024

ITS
UERJ UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
DIREITO UERJ
CEPED

COORDENAÇÃO:
Sérgio Branco e Chiara de Teffé

PROJETO GRÁFICO, CAPA E DIAGRAMAÇÃO:
Camila Mogyca e Mariana Bertoluci

PRODUÇÃO EDITORIAL:
Instituto de Tecnologia
e Sociedade - ITS

REVISÃO:
Chiara de Teffé e Mariana Bertoluci

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Transformações jurídicas no contexto da inteligência artificial [livro eletrônico] / coordenação Sérgio Branco, Chiara de Teffé. -- Rio de Janeiro : ITS - Instituto de Tecnologia e Sociedade, 2024.
-- (Diálogos da pós-graduação em direito digital)
PDF

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-85-5596-009-3

1. Direito 2. Direito digital 3. Inteligência artificial - Legislação 4. Tecnologia I. Branco, Sérgio. II. Teffé, Chiara de. III. Série.

24-222133 CDU-34:004

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito digital 34:004

Eliane de Freitas Leite - Bibliotecária - CRB 8/8415

COMO CITAR:
BRANCO, Sérgio; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de (Coords.). *Transformações jurídicas no contexto da inteligência artificial.* Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio, 2024. 350p.

INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE:
itsrio.org | @itsriodejaneiro | midias@itsrio.org

A obra Transformações jurídicas no contexto da inteligência artificial está protegida com a seguinte licença:

Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Sem Derivações 4.0 Internacional

Você tem o direito de:
Compartilhar — copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato.
O licenciante não pode revogar estes direitos desde que você respeite os termos da licença.

De acordo com os seguintes termos:
Atribuição — Você deve dar o crédito apropriado, prover um link para a licença e indicar se mudanças foram feitas. Você deve fazê-lo em qualquer circunstância razoável, mas de nenhuma maneira que sugira que o licenciante apoia você ou o seu uso.

Não Comercial — Você não pode usar o material para fins comerciais.

Sem Derivações — Se você remixar, transformar ou criar a partir do material, você não pode distribuir o material modificado.

Sem restrições adicionais — Você não pode aplicar termos jurídicos ou medidas de caráter tecnológico que restrinjam legalmente outros de fazerem algo que a licença permita.

https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.pt_BR

LISTA DE AUTORES

Ana Paula Varize Silveira

Ananda Brandão Silvestre de Araujo

André Luís de Freitas Romano

Antonio Vignoli Hoagland

Bruno Blum Fonseca

Carolina Schenkel de M. L. Neves

Carolina Soares Franco

Giovanna Tossini Marcheti

Kelly Cristina Monteiro Souza Oliveira

Luis Eduardo de Souza Leite Trancoso Daher

Marina Martins Mazin

Rafaela Ferreira e Silva Safini Gama

Renata Farias da Silva

Sarah Gomes Sakamoto

Thalita Almeida dos Reis

Thiago dos Santos Braz da Cruz

Vitoria de Assis Pacheco Morais

Weber Quirino de Andrade

APRESENTAÇÃO

Em um mundo onde a tecnologia avança em um ritmo vertiginoso, os direitos digitais emergem como um campo essencial de estudo e debate. É com grande entusiasmo que apresentamos o livro "Transformações Jurídicas no Contexto da Inteligência Artificial", obra essencial para todos aqueles que desejam compreender os complexos desafios e as oportunidades oferecidas pela era digital.

Dividido em quatro eixos meticulosamente elaborados pelos estudantes da pós-graduação em Direito Digital do ITS Rio em parceria com a UERJ, o livro proporciona uma análise abrangente e multifacetada das questões jurídicas contemporâneas que surgem com a digitalização e a inteligência artificial.

A primeira seção examina a proteção dos direitos da personalidade no ambiente digital, explorando temas como os desafios jurídicos apresentados pelas deepfakes de áudio, a interpretação do comportamento virtual como dado pessoal e a complexa questão da recriação digital de figuras públicas falecidas. Há, ainda, a discussão sobre a ressurreição digital de personalidades, como a Elis Regina, oferecendo uma perspectiva inovadora sobre o direito de imagem.

Na segunda parte, o foco se volta para a responsabilidade civil na internet. Questões críticas como a violência contra a mulher em ambientes virtuais e a responsabilidade dos provedores de aplicações de internet são discutidas com profundidade. Este segmento é vital para entender os mecanismos de proteção e responsabilização no mundo digital, especialmente em casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas e proteção de crianças e adolescentes.

A terceira seção mergulha na interseção entre inteligência artificial e a proteção de direitos. A obra analisa desde a proteção dos comandos de IA como propriedade intelectual até as complexas questões de discriminação algorítmica e transparência. Aqui, a obra se destaca ao propor uma governança ética e responsável para o uso da inteligência artificial no cenário global.

Finalmente, a quarta seção explora a inovação e a tecnologia, abordando desde a justiça de dados no sul global até os impactos da Diretiva (UE) 2022/2380 na inovação. Esta parte destaca as oportunidades e desafios que a tecnologia traz para o direito, incluindo os desafios da agenda ESG no contexto dos dados pessoais, uma análise detalhada dos contratos eletrônicos e o avanço dos *smart contracts*.

APRESENTAÇÃO

"Transformações Jurídicas no Contexto da Inteligência Artificial" é uma leitura indispensável para juristas, acadêmicos, profissionais de tecnologia e todos os interessados em entender as implicações jurídicas da revolução digital. Com contribuições de nossos brilhantes estudantes da pós-graduação em Direito Digital, esta obra apresenta relevantes propostas e questões a respeito da proteção de direitos digitais no presente cenário tecnológico.

O ITS Rio acredita na importância da difusão e do acesso ao conhecimento. Por essa razão, esta e as demais publicações da pós-graduação encontram-se disponíveis de forma gratuita, aberta e com a licença Creative Commons Attribution-Non-Commercial-NoDerivatives 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0).

Para os próximos anos, esperamos ampliar parcerias e desenvolver mais ações voltadas à educação digital que impactem positivamente a sociedade e promovam o acesso à cultura, inovação e informação.

Observamos que o conteúdo aqui exposto não reflete, necessariamente, a opinião institucional do ITS Rio, ou de seus membros, representando reflexão acadêmica de responsabilidade exclusiva de seu autor.

Agradecemos a todos que contribuíram e se interessaram por esse projeto. Convidamos você a conferir as demais publicações do ITS Rio.

Ficamos à disposição e sempre abertos ao diálogo.

Rio de Janeiro, 10 de junho de 2024.

OS COORDENADORES

OS COORDENADORES

Chiara de Teffé

Doutora e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), tendo sido aprovada com distinção, louvor e recomendação para publicação. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Atualmente, é coordenadora de pesquisa e publicações da pós-graduação em Direito Digital do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS Rio), em parceria com a UERJ, e professora de Direito Civil e Direito Digital na faculdade de Direito do IBMEC. Leciona em cursos específicos de pós-graduação e extensão do CEPED-UERJ, da PUC-Rio, da EMERJ e do ITS Rio. Membro da Comissão de Proteção de Dados e Privacidade da OAB/RJ. Membro da Comissão de Direito Civil do Conselho Seccional do Rio de Janeiro da OAB (2022/2024). Membro do Fórum Permanente de Liberdade de Expressão, Liberdades Fundamentais e Democracia da EMERJ. Membro do Fórum permanente de inovações tecnológicas no Direito da EMERJ. Foi professora substituta de Direito Civil na UFRJ. Associada ao Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC). Membro Titular do Conselho Municipal de Proteção de Dados Pessoais e Privacidade do Rio de Janeiro. Atua como advogada em áreas do Direito Civil e do Direito Digital e como consultora em proteção de dados pessoais. Autora do livro “Dados pessoais sensíveis: qualificação, tratamento e boas práticas”.

Sérgio Branco

Cofundador e diretor do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio). Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Pesquisador convidado do Centre de Recherche en Droit Publique da Universidade de Montreal. Visiting Research Fellow em Sciences Po entre 2023 e 2024. Especialista em propriedade intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Pós-graduado em cinema documentário pela FGV. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Sócio do escritório de advocacia Rennó Penteado Sampaio.

SUMÁRIO

EIXO I — Proteção dos direitos da personalidade na rede

13 Além do timbre: aspectos jurídicos na proteção da personalidade e do corpo eletrônico em face dos deepfakes de áudio
LUIS EDUARDO DE SOUZA LEITE TRANCOSO DAHER

31 O comportamento virtual como dado pessoal em sentido amplo: uma análise axiológica à luz do conceito de corpo eletrônico de Stefano Rodotà
RAFAELA FERREIRA E SILVA SAFINI GAMA

48 Interoperabilidade e Portabilidade de Dados nas Redes Sociais
MARINA MARTINS MAZIN

65 A tutela do direito de imagem póstumo no cinema: debates acerca da regulação quanto à recriação digital de pessoas falecidas mediante o uso da inteligência artificial no audiovisual
THIAGO DOS SANTOS BRAZ DA CRUZ

81 Ressurreição digital de Elis Regina: direito à imagem e uma proposta de ampliação dos legitimados
RENATA FARIAS DA SILVA

102 O atual panorama da regulamentação, tratamento e proteção de dados pessoais dos eleitores na justiça eleitoral
WEBER QUIRINO DE ANDRADE

SUMÁRIO

EIXO II — Responsabilidade civil na Internet

124 Violência contra a mulher em ambientes virtuais: uma análise acerca da divulgação não autorizada de imagens íntimas
THALITA ALMEIDA DOS REIS

141 Responsabilidade Civil dos Provedores de Aplicações de Internet e Vazamento de Conteúdo: Uma análise da aplicabilidade do REsp nº 1.930.256 a Plataformas como OnlyFans
CAROLINA SOARES FRANCO

157 Responsabilidade de provedores de aplicação de internet e a proteção da criança e do adolescente: debates e decisões judiciais em perspectiva
ANA PAULA VARIZE SILVEIRA

EIXO III — Inteligência artificial e proteção de direitos

185 Comandando a criatividade: a proteção como propriedade intelectual dos comandos do usuário (prompts) de Inteligência Artificial Generativa
BRUNO BLUM FONSECA

204 O uso de conteúdos fonográficos pelas aplicações de inteligência artificial
ANANDA BRANDÃO SILVESTRE DE ARAUJO

SUMÁRIO

222 Discriminação algorítmica: como a transparência pode nortear o uso da inteligência artificial em prol da proteção dos direitos fundamentai
KELLY CRISTINA MONTEIRO SOUZA OLIVEIRA

245 Inteligência artificial, criação de riscos e propostas de governança no cenário internacional
VITORIA DE ASSIS PACHECO MORAIS

EIXO IV
Inovação e Tecnologia

260 DPI, dados e agenda ESG: uma análise preliminar de oportunidades e desafios sob a perspectiva da justiça de dados no sul global
SARAH GOMES SAKAMOTO

282 O impacto da Diretiva (UE) 2022/2380 na inovação do mercado de dispositivos eletrônico
CAROLINA SCHENKEL DE M. L. NEVES

298 A paulatina superação de desvantagens e riscos inerentes aos smart contracts com o avanço tecnológico
ANTONIO VIGNOLI HOAGLAND

314 Marcas alheias em anúncios patrocinados na internet à luz do julgamento do REsp nº 1.937.989/SP
GIOVANNA TOSSINI MARCHETI

333 Uma análise jurídica dos contratos eletrônicos: globalização, legislação e as fronteiras do direito contratual na atualidade
ANDRÉ LUÍS DE FREITAS ROMANO

DIÁLOGOS DA
PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DIGITAL

EIXO I

Proteção dos direitos da personalidade na rede

AUTORES

Luis Eduardo de Souza Leite Trancoso Daher

Marina Martins Mazin

Rafaela Ferreira e Silva Safini Gama

Renata Farias da Silva

Thiago dos Santos Braz da Cruz

Weber Quirino de Andrade

DIÁLOGOS DA
PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DIGITAL

1

Além do timbre: aspectos jurídicos na proteção da personalidade e do corpo eletrônico em face dos deepfakes de áudio

LUIS EDUARDO DE SOUZA LEITE TRANCOSO DAHER

LUIS EDUARDO DE SOUZA LEITE TRANCOSO DAHER[1]

Sumário: Introdução. 1. Aspectos básicos sobre inteligência artificial e introdução às *deepfakes*. 1.1. *Deepfake* aplicado a vozes humanas. 2. A voz no contexto digital e seus reflexos jurídicos. 2.1. A proteção da voz digitalizada como direito da personalidade e componente do corpo eletrônico 2.2. Medidas de Salvaguarda da voz como parte integrante do Corpo Eletrônico. Considerações finais. Referências.

Introdução

Com o desenvolvimento das chamadas Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) o mundo sofreu diversos efeitos decorrentes da interação do humano com as inovações trazidas. Cada vez mais a sociedade experimenta transformações influenciadas pelas verdadeiras simbioses humano-tecnológicas, o que resulta em uma acentuada hibridização de diversos aspectos da vida. Essa permeação da tecnologia e dos dados nas mais variadas esferas da sociedade geram uma quebra de paradigma, de maneira que não mais se distingue entre digital e analógico, de modo que não há mais que se falar em fronteiras entre a realidade analógica e digital.

A voz, mesmo compreendida como uma manifestação singular e pessoal, não foi eximida dessa transformação. Hoje, esse componente da identidade humana é tão digitalizado e datificado quanto todos os aspectos da nossa vida, fazendo parte dessa transformação com repercussões particulares. A definição de corpo, portanto, se amplia, de modo a abranger não mais apenas o corpo físico, palpável e perceptível na realidade analógica, mas se alarga até abarcar aspectos intangíveis. Desta forma, o presente artigo presta-se a analisar a voz como componente do que Stefano Rodotà chamou de Corpo Eletrônico, e suas implicações frente aos novos usos proporcionados por técnicas do que convencionou-se chamar de *deepfake,* sobretudo tendo em vista a necessidade de lidar com a temática mesmo sem regulamentação específica.

É importante ressaltar que podem ser observados diversos efeitos decorrentes da popularização e do avanço das tecnologias de *deepfake*. De uma maneira geral, podemos verificar efeitos individuais, vinculados à pessoa humana e aqueles sociais, vinculados à uma coletividade e inerentes à interação social. Este artigo dará especial enfoque nos reflexos individuais, mais precisamente nos relacionados à personalidade e a tutela do corpo eletrônico, entretanto,

1. Pós-Graduando em Direito Digital - ITS/UERJ; Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF; Advogado em Privacidade e Proteção de Dados; Membro do Observatório da LGPD - Universidade de Brasília - UnB e Pesquisador no Grupo Lawgorithm.

sempre levando em consideração que estamos explorando apenas uma faceta deste fenômeno complexo, que possui implicações variadas.

Tendo isso em vista, no âmbito deste artigo, a voz será considerada como parte integrante do corpo eletrônico do indivíduo e será colocado em pauta como a sua utilização indevida pode trazer prejuízos à esfera privada dos indivíduos, afetando, consequentemente, o livre desenvolvimento de sua personalidade.

O método utilizado foi o hipotético-dedutivo e a hipótese testada é a de verificar, por meio de um estudo doutrinário e jurisprudencial se o direito possui os mecanismos para tutelar a personalidade e a privacidade embebidas da nova roupagem digital, mesmo sem regulamentação específica da matéria, tendo em vista a teoria do Corpo Eletrônico e a noção de proteção de dados pessoais.

1. Aspectos básicos sobre inteligência artificial e introdução aos *deepfakes*

Este trabalho se concentra na análise dos chamados *deepfakes*, com especial destaque aqueles aplicados à voz humana e tendo em vista repercussões vinculadas à personalidade. Nesta perspectiva, mostra-se relevante traçarmos breves considerações sobre o uso das Inteligências Artificiais (IA's), mais especificamente das Inteligências Artificiais Generativas (IAG's), categoria em que se enquadra a tecnologia *deepfake*.

Compreender os desenvolvimentos multidisciplinares da Inteligência Artificial requer uma análise da sua evolução ao longo do tempo. Em 1943, Warren McCulloch e Walter Pitts introduziram o conceito de redes neurais, estruturas que imitam o sistema nervoso humano, inaugurando assim um ponto crucial para o início da IA. Alan Turing, em 1950, contribuiu com o Teste de Turing, uma avaliação para determinar se uma máquina pode se passar por um humano em uma conversa escrita, um marco que foi posteriormente imortalizado no filme "O Jogo da Imitação".

A oficialização da Inteligência Artificial como campo de estudo acadêmico ocorreu em 1956, durante uma conferência em Dartmouth College, liderada por John McCarthy, consolidando uma área de pesquisa impulsionada, em grande parte, pelos eventos pós-Segunda Guerra Mundial, com figuras notáveis como Alan Turing, Ada Lovelace, Herbert Simon e o próprio John McCarthy desempenhando papéis fundamentais.

Um dos institutos mais importantes e presentes no campo da IA é o de Machine Learning ou aprendizado de máquina, em português, que basicamente se traduz em um algoritmo com capacidade para interpretar, criar padrões e melhorar com base nos dados que são fornecidos. Podemos chamar a evolução do *Machine Learning* de *Deep Learning* ou Aprendizado Profundo. Quando uma máquina tem a capacidade de se orientar sozinha por meio de estruturas multicamadas[2] sujeitas a aprendizagem, funcionando de maneira mais próxima ainda a um conjunto orgânico, ela recebe a alcunha de Deep Learning ou Máquina de aprendizado profundo.

Os *deepfakes* utilizam técnicas de aprendizado profundo, mais especificamente utilizam *Generative Adversarial Networks (GANs)*. As *GANs* consistem em um gerador, que cria dados falsos, e um discriminador, que avalia a autenticidade desses dados. De acordo com Mika Westerlund, a interação entre essas duas partes leva a um refinamento contínuo dos deepfakes, tornando-os cada vez mais convincentes:

> As *deepfakes* são o produto de redes adversárias generativas (*GANs*), ou seja, duas redes neurais artificiais trabalhando juntas para criar mídia de aparência real (*CNN03*). Essas duas redes, chamadas de "o gerador" e "o discriminador", são treinadas no mesmo conjunto de dados de imagens, vídeos ou sons (*GRD03)*. A primeira tenta criar novas amostras que sejam boas o suficiente para enganar a segunda rede, que trabalha para determinar se a nova mídia que ela vê é real (*FBR07*). Dessa forma, uma leva a outra a melhorar (*PCM05*). Um *GAN* pode examinar milhares de fotos de uma pessoa e produzir um novo retrato que se aproxima dessas fotos sem ser uma cópia exata de nenhuma delas (*GRD07*). Em um futuro próximo, os *GANs* serão treinados com menos informações e poderão trocar cabeças, corpos inteiros e vozes (*GRD08; USAT01*). Embora as falsificações profundas normalmente exijam um grande número de imagens para criar uma falsificação realista, os pesquisadores já desenvolveram uma técnica para gerar um vídeo falso alimentando-o com apenas uma foto, como uma selfie (*CBS03; CNET07*).[3]

Não obstante às aplicações inovadoras das *deepfakes* nas mais diversas áreas como entretenimento e efeitos visuais, essa tecnologia também têm le-

2. De acordo com Yann LeCun, Yoshua Bengio e Geoffrey Hinton, “A deep-learning architecture is a multilayer stack of simple modules, all (or most) of which are subject to learning, and many of which compute non-linear input–output mappings.” (LECUN, Yann; BENGIO, Yoshua; HINTON, Geoffrey. Deep learning. Nature, v. 521, n. 7553, p. 438, mai. 2015 disponível em: https://doi.org/10.1038/nature14539.)

3. WESTERLUND, Mika. The emergence of deepfake technology: a review. Technology Innovation Management Review, v. 9, n. 11, 2019. Disponível em: timreview.ca/article/1282 . Acesso em: 12 dez. 2023, p. 40-41. Tradução nossa.

vantado preocupações significativas tendo em vista o seu potencial para disseminação de desinformação e causar danos à reputação e honra das pessoas, afetando sua personalidade. As implicações das *deepfakes* são diversas, mas no teor deste artigo vamos considerar majoritariamente aquelas que resultam da manipulação de áudios, mais especificamente, áudios que reproduzam vozes humanas.

1.1 *Deepfake* aplicado a vozes humanas

Os *deepfakes* em geral estão intrinsecamente relacionados aos fenômenos da desinformação e *fake news* de modo que sua problemática não raro se concentra nos reflexos de sua difusão no Ciberespaço[4]. Boa parte dos debates neste campo foca em um desenvolvimento vinculado ao fenômeno desinformativo e suas consequências sociais. Em contraste, o presente artigo se concentrará mais profundamente nos reflexos causados por esse fenômeno na personalidade do indivíduo, tendo como ponto de partida a acepção particular.

Os *deepfakes* geralmente se utilizam de imagens, áudios e/ou vídeos. Aqueles relacionados aos vídeos costumam conter modificações que afetam tanto o comportamento do indivíduo a partir de sua imagem quanto a partir da sua voz e precisam modificar aspectos que tangem essas duas esferas, tendo que considerar ainda o movimento e a fluidez do vídeo, diferentemente dos que utilizam apenas o áudio ou a imagem. Temos que considerar que o *deepfake* quando restrito apenas ao áudio pode ser mais difícil de ser identificado, levando em consideração que não há, neste caso, imagens a serem analisadas.

Mesmo que os deepfakes em vídeos sejam mais comuns, nada impede que a manipulação seja realizada em arquivos de áudio, a técnica é abrangente e pode ser utilizada para diversos fins. De acordo com o destacado por Anderson Schreiber, Felipe Ribas e Rafael Mansur:

> *Deepfake*, em suma, é uma técnica de síntese de imagens ou sons por meio de IA. Seu emprego possibilita a substituição de uma pessoa por outra, a modificação do conteúdo da fala, entre inúmeras alternativas de edição. Embora usualmente associada à produção de vídeos, nada impede sua aplicação em arquivos de imagens ou áudios, apenas. Na prática, o termo é usado também para identificar o próprio vídeo, áudio ou imagem fruto da manipulação. [5]

4. LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2008. p. 17.

5. SCHREIBER, Anderson; RIBAS, Felipe; MANSUR, Rafael. *Deepfakes: regulação e responsabilidade civil*. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). *O direito civil na era da inteligência artificial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 611.

Comparativamente falando, é mais simples construir um *deepfake* competente que reproduza apenas uma das dimensões: imagem ou áudio. A dificuldade de identificação de manipulação torna os *deepfakes* de áudio uma ferramenta poderosa para ludibriar o receptor e o fato de haver menos elementos para que quem consome o conteúdo possa identificar a manipulação é uma porta aberta a indivíduos mal-intencionados.

Nesse sentido, é possível que os *deepfakes* de áudio, quando utilizados para propósitos escusos, gerem consequências deteriorantes para os diversos sujeitos participantes. Por exemplo, quando um *deepfake* de áudio é utilizado para aplicar golpes, participar de esquemas e estratagemas capciosos, há reflexos negativos tanto para o alvo do esquema, possivelmente de ordem patrimonial, quanto para aquele que teve sua voz reproduzida artificialmente, tendo em vista uma possível vinculação do seu nome a uma atividade delituosa, afetando diretamente sua honra e reputação, deturpando aspectos de sua própria personalidade.

Assim, faz-se relevante debatermos sobre as construções jurídicas que atualmente regulam o panorama dos *deepfakes* de voz no Brasil, levando em consideração a sua tutela jurídica e doutrinária, além de ser importante refletir sobre a necessidade de regulamentação específica da temática.

2. A voz no contexto digital e seus reflexos jurídicos

A voz tem sido objeto de estudo de muitas ciências, de modo que, isso também se aplica ao ramo do direito. Podemos verificar diversas implicações jurídicas da voz, nos mais variados campos, mas o recorte que este artigo trará será relacionado a voz como um direito inerente à personalidade, podendo ser ela vinculada ao direito de imagem ou não. Além disso, este trabalho se preocupou adicionalmente com os reflexos relacionados à privacidade e proteção de dados.

Com os desafios atuais projetados pelo desenvolvimento das tecnologias relacionadas às inteligências artificiais generativas, a tutela jurídica da voz ganha contornos ainda mais acentuados, de modo que é imprescindível debater a respeito de suas implicações na sociedade e na seara jurídica. Muito se fala da imagem, todavia, diversas vezes deixamos de lado a importância da voz como atributo inerente à personalidade e intrínseco à identidade do sujeito de direitos.

Na era da digitalização e da datificação[6] de todos os componentes da vida, os mais variados âmbitos e componentes estruturais da nossa existência e da realidade não mais se distinguem entre digital e analógico. Trata-se de uma verdadeira quebra de paradigma, de modo que não há mais que se falar em fronteiras entre a realidade analógica e digital. Luciano Floridi (2014, p.43) contribui para o entendimento desta nova realidade, para ele, o mundo digital--online está se derramando para o mundo analógico-offline e se fundindo com ele, no que ele chamou de vida ou experiência "OnLife". Complementando este entendimento, o filósofo da informação anuncia:

> Vimos que as Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) estão modificando tanto o nosso mundo quanto estão criando novas realidades, promovendo uma interpretação informacional de cada aspecto do nosso mundo e das nossas vidas nele. Com as interfaces tornando-se progressivamente menos visíveis, a fronteira entre aqui (analógico, baseado em carbono, offline) e lá (digital, baseado em silício, online) está se tornando rapidamente turva, embora isso beneficie tanto o lá quanto o cá.[7]

A voz, mesmo compreendida como uma manifestação singular e pessoal, não foi eximida dessa transformação. Hoje, esse componente da identidade humana é tão digitalizado e datificado quanto todos os aspectos da nossa vida, tornando-se uma presença inextricável na infosfera[8]. A definição de corpo, portanto, se amplia, de modo a abranger não mais apenas o corpo físico, palpável e perceptível na realidade analógica, mas se alarga até abarcar aspectos intangíveis.

À medida que a tecnologia avança, a manipulação da voz por meio de inteligências artificiais tem se tornado uma preocupação importante, de modo que o desenvolvimento de teorias jurídicas que possam tutelar possíveis violações e abusos causados por esses novos usos e seus reflexos é premente. Dentro desta ótica e a partir dos ensinamentos de Pietro Perlingieri "o direito

6. Aqui me refiro ao conceito de datificação trazido por Patrici Calvo. Nas palavras de Patrici, datificação é "a capacidade de monitorar e medir com precisão e em tempo real as preferências, opiniões e comportamentos dos consumidores e usuários do sistema, é a consequência mais visível de tendência atual para a digitalização dos processos de produção, saúde, paliativos, relacionais, decisórios e comunicativos envolvidos no correto desenvolvimento das diferentes esferas da atividade humana. Isto surge graças à convergência de três campos tecnológicos - Big Data, Inteligência Artificial e a Internet das Coisas". (CALVO, Patrici. Etificación, la Transformación Digital de lo Moral. *KRITERION*, Belo Horizonte, nº 144, Dez./2019, p. 674, 2018. Tradução nossa.)

7. FLORIDI, Luciano. *The Fourth Revolution: How the Infosfere is Reshaping the Human Reality*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, p.43.

8. De acordo com Luciano Floridi, o conceito de Infosfera: "é o ambiente informacional constituído por todos os processos, serviços e entidades informacionais, incluindo, portanto, agentes informacionais, bem como suas propriedades, interações e relações mútuas." FLORIDI, Luciano. I*nformation: a very short introduction*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p.13. Tradução nossa.

é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção”[9]. A tutela jurídica da voz atualmente precisa considerar uma quebra de fronteiras entre as realidades analógica e digital, levando em consideração seus desdobramentos em função da identidade pessoal e do corpo eletrônico.

2.1 A proteção da voz digitalizada como direito da personalidade e componente do corpo eletrônico

A publicação “Jurisprudência em Teses”, edição 138, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), firmou o entendimento de que “A voz humana encontra proteção nos direitos da personalidade, seja como direito autônomo ou como parte integrante do direito à imagem ou do direito à identidade pessoal”[10]. Desse modo, depreende-se duas correntes de pensamento no cenário jurídico-doutrinário brasileiro: (i) a voz como parte integrante ao direito à imagem e (ii) a voz como direito da personalidade autônomo.

Discutir a tutela jurídica da voz independe da sua caracterização como parte integrante da imagem ou como direito autônomo. Deixando de lado a tecnicidade, o mais importante nesta linha de pensamento é que a voz seja reconhecida como um direito da personalidade merecedor de tutela, fazendo parte da imagem ou não. Neste sentido é a interpretação do STJ no momento que emite a jurisprudência destacada acima.

Frente a indefinição quanto à caracterização e enquadramento técnico da voz no panorama brasileiro, este artigo propõe uma análise holística que parte da proposta teórica construída por Stefano Rodotà, intitulada de "Corpo Eletrônico"[11]. A teoria supracitada preconiza o reconhecimento e a proteção jurídica do conglomerado de informações pessoais presentes na esfera digital, as quais configuram um retrato autêntico da individualidade de cada sujeito.

A voz, quando inserida no contexto digital e quando alinhada à visão de Rodotà, é concebida como uma extensão do corpo físico, demandando, igualmente, a salvaguarda dos direitos fundamentais, a saber, dignidade humana, privacidade e proteção de dados, de maneira nenhuma podendo ser utilizada

9. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 1.

10. Firmou este entendimento por meio dos seguintes julgados: REsp 1630851/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 22/06/2017; REsp 794586/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 21/03/2012. (Vide Informativo de Jurisprudência N. 606). STJ. *Jurisprudência em Teses*. Edição n. 138. 2019. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/JuriTeses/issue/view/2039/showToc. Acesso em: 09 dez. de 2023.

11. Rodotà começou a desenvolver e apresentar sua teoria do corpo eletrônico em meados dos anos 1990 e continuou a explorá-la até seu falecimento, em 2017. Um de seus trabalhos mais conhecidos que aborda essa teoria é o livro *Tecnopolitica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, publicado em 1997.

para qualquer fim sem a devida autorização do titular de direitos. A referida teoria almeja mitigar a exploração, manipulação e falsificação de informações pessoais na ciberesfera, potenciais ameaças que poderiam comprometer a identidade e a privacidade dos indivíduos. Pelas palavras do próprio mestre:

O "corpo eletrônico", a totalidade das informações que constroem nossa identidade, é assim reunido ao corpo físico: a dignidade se torna o meio forte para reconstituir a integridade da pessoa (Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Art. (Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, art. 3), para evitar que a pessoa seja considerada como uma espécie de mina a céu aberto, onde qualquer pessoa pode acessar qualquer informação e, assim, construir perfis individuais, familiares, grupais, tornando a pessoa objeto de poderes externos, que podem falsificá-la, construí-la em formas consistentes com as necessidades de uma sociedade de vigilância, seleção social, cálculo econômico.[12]

A teoria de Stefano Rodotà é pautada, portanto, nos ideais de identidade e dignidade, de maneira que a proteção destes valores é meio precípuo para salvaguardar a integridade da pessoa. Utilizar indiscriminadamente a voz, submetê-la a um tratamento automatizado de dados por meio de inteligências artificiais baseadas em *deep learning* sem realizar uma avaliação dos impactos que este tratamento pode oferecer, além de não permitir que os titulares se oponham ou nem mesmo solicitar o consentimento para tal tratamento pode ser extremamente prejudicial à construção de uma identidade hibridizada entre mundo real e virtual. Tais práticas podem endossar os dizeres e preocupações de falsificação e construção de perfis por terceiros, conforme destacado anteriormente.

Nesta linha de pensamento, Rodotà discute a respeito do corpo eletrônico como parte da construção da nossa identidade, segundo ele:

> “De fato, ao abordar o tema da integridade, a Carta não o considera apenas do ponto de vista físico e psíquico, mas também atribui importância à dimensão do "corpo eletrônico". Embora seja certamente redutor e perigoso dizer que "nós somos nossos dados", também é verdade que nossa vida está se tornando uma troca contínua de informações, que vivemos em um fluxo ininterrupto de dados, de modo que a construção, a identidade e o reconhecimento da pessoa dependem de maneira cada vez mais inextricável da maneira como o conjunto de dados a seu respeito é considerado. Mas aqui não há abstração do real, atração na pura virtualidade. Na dinâmi-

12. RODOTÁ, Stefano. *Vivere la democrazia*. Edizione digitale: Gius. Laterza & Figli, 2018, p.45. Tradução nossa.

> ca das relações sociais, e também na autopercepção, a verdadeira realidade é aquela definida pelo conjunto de informações eletronicamente organizadas sobre nós. Esse é o corpo que nos coloca no mundo."[13]

Assim, partimos do pressuposto de que a voz digitalizada deve receber o mesmo tratamento jurídico da voz, tendo em vista que de maneira geral, virtualidade e realidade se imiscuem em um emaranhado de interações cada vez mais intricadas. A digitalização da voz incorpora elementos da identidade pessoal ao meio digital, em um contexto cada vez mais interconectado. Nesse cenário, torna-se imperativo estender a proteção legal para abranger as manifestações digitais ou digitalizadas da voz, de modo a dar a devida importância à integridade e autenticidade da identidade digital.

A equiparação jurídica entre voz convencional e digitalizada, pensando em uma corporalidade eletrônica, é essencial para assegurar a tutela de direitos da personalidade e a inviolabilidade da pessoa. Esta equivalência atua em defesa da esfera privada, tendo em vista que a tutela jurídica será demasiadamente prejudicada se for necessário aguardar a atualização do texto legal para exercer a efetiva proteção da esfera individual digitalizada. Em face dessa abordagem, proteger o corpo eletrônico e seus desdobramentos significa proteger a pessoa humana em sua realidade atual.

Neste sentido, proteger a voz como um direito inerente à personalidade significa dar a tutela devida a um componente de alta relevância à dignidade da pessoa humana, significa proteger valores que compõem a identidade pessoal, os meios mais íntimos de expressão, marcas singulares da individualidade de cada sujeito. Gustavo Tepedino direcionou que esta é a função principal dos direitos de personalidade, de acordo com seus ensinamentos "A rigor, a lógica fundante dos direitos da personalidade é a tutela da dignidade da pessoa humana"[14], já Pietro Perlingieri defendeu a noção de que a proteção dos direitos de personalidade deve ser integral tendo em vista que na sua concepção "Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas"[15].

13. RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 2021, p.289. Tradução nossa.

14. TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O código civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p.14.

15. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.156.

A discussão conceitual sobre se a voz deve ser considerada parte integrante da imagem perde significado quando focamos em uma perspectiva abrangente, de considerar a voz como um direito da personalidade independentemente de seu enquadramento e natureza jurídica específica. Considerá-la ainda parte integrante do Corpo Eletrônico amplia suas camadas de proteção e promove uma tutela pluridirecional, mais adequada aos desafios da atualidade. A proteção de dados pessoais deve ser considerada como elemento chave, que interconecta e facilita a salvaguarda de direitos que notadamente sofreram repercussões a partir de uma nova vertente digitalizada, os quais na maior parte das vezes o Direito não se encarregou e nem poderia fazê-lo de maneira tão célere.

Não podemos fechar os olhos para o fato de que a consideração do direito à proteção da voz como parte integrante do direito de imagem traria facilitações, como o enquadramento nos dispositivos legais pertinentes à imagem, como o art. 20 do Código Civil[16], que protege o titular da utilização da sua imagem sem autorização, mas quando consideramos a tutela abrangente direcionada ao dado pessoal e aos direitos de personalidade entendemos não ser necessário aguardar uma equiparação oficial.

2.2 Medidas de Salvaguarda da voz como parte integrante do Corpo Eletrônico

A partir do momento que consideramos o direito à proteção da voz como um direito personalíssimo, estendemos as garantias relacionadas aos direitos da personalidade a este instituto. Da mesma maneira, quando entendemos que esse direito, nas hipóteses em que se encontra imerso no ambiente digital, pode ser tutelado como parte integrante do Corpo Eletrônico, tornamos a proteção de dados atributo inextricável à esta relação. Neste sentido, a proteção de dados pessoais encontra-se com seu intuito original, é abstraída da lógica comercial a qual foi enredada e se presta fielmente a resguardar direitos inerentes à personalidade humana. Rodotà trouxe essa noção quando destacou que "O direito à Proteção de dados tem a ver com a proteção da personalidade, não da propriedade."[17]

Ao considerar a voz como parte integrante do corpo eletrônico, podemos, portanto, aplicar a lógica relacionada à proteção de dados pessoais na sua

16. Lei 10.406/02 – "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 indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais."

17. RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.19.

proteção. Renovamos assim o compromisso de proteger a pessoa humana em todas as suas dimensões. Sob essa ótica, Rodotà argumenta que:

A concepção do direito fundamental à proteção de dados é equiparada a uma promessa, baseada na figura histórica da Carta Magna de 1215, na qual o Rei, perante seus cavalheiros, introduziu o *habeas corpus* e jurou que nenhum deles seria aprisionado ou torturado ilegalmente. Desta forma, tal compromisso é percebido como passível de renovação, sendo imperativo transferi-lo do âmbito do corpo físico para o domínio do corpo eletrônico. Nesse contexto, a inviolabilidade da pessoa deve ser reconfigurada e fortalecida na esfera eletrônica, em conformidade com a nova compreensão atribuída ao corpo humano[18].

Ainda, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709/18 - LGPD) indica, em seu artigo 5, inciso I, que dado pessoal é toda informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável. A partir disso, depreende-se que a LGPD optou por adotar uma definição expansionista de dado pessoal[19], apresentando um conceito abrangente, sem rol exemplificativo ou taxativo, de modo que qualquer dado pode ser caracterizado como dado pessoal desde que seja possível identificar uma pessoa natural a partir dele.

Desta forma, o Brasil está imerso em um panorama mais protetivo, em que consideramos que a proteção de dados está relacionada com um "mosaico" de dados. Esta relação foi estabelecida pela teoria do mosaico, trazida pela primeira vez em 1984 pelo professor Fulgencio Madrid Conesa, que traduz a ideia de que mesmo que os dados isoladamente não sejam capazes de identificar uma pessoa diretamente, quando aplicados em conjunto, em uma forma de mosaico ou quebra cabeças, teriam essa capacidade de identificação.

Neste delinear infere-se que deveriam ser considerados como dados pessoais também aqueles dados referentes a pessoas identificáveis, indeterminadas, com um vínculo mediato, indireto, impreciso ou inexato, de forma a garantir um alargamento da qualificação do dado como pessoal. O contexto do fluxo ininterrupto de comunicação e circulação de dados proporcionado pela internet favorece a defesa desta teoria, visto que por vezes, uma informação é concebida como irrelevante ou inofensiva quando analisada isoladamente,

18. *Ibidem*, p.19.

19. Segundo Bruno Bioni, a corrente expansionista "aposta em uma lógica mais flexível, que desconsidera a associação exata entre uma informação e uma pessoa. Dado pessoal pode ser qualquer tipo de informação que permita a sua identificação, ainda que o vínculo entre o dado e um indivíduo não seja estabelecido de prontidão, mas de forma mediata ou indireta. Um dado para ser pessoal deve ser, portanto, a projeção de uma pessoa identificável". BIONI, Bruno. *Xeque-mate: O Tripé de Proteção de Dados Pessoais no Xadrez das Iniciativas Legislativas no Brasil*. São Paulo: GPOPAI, 2015, p.17.

mas que quando relacionada a outros dados pode nos levar a traçar perfis completos e elaborados de uma pessoa específica.

Partindo desse pressuposto, Conesa destaca:

> Há dados que são a priori irrelevantes do ponto de vista do direito à privacidade e que, no entanto, em conexão com outros, talvez também irrelevantes, podem servir para tornar a personalidade do cidadão totalmente transparente, como é o caso do pequenas pedras que formam os mosaicos, que em si não dizem nada, mas juntas podem formar conjuntos cheios de significados[20]

A voz, à medida que possa suficientemente distinguir alguém, seja por características específicas do timbre, seja por estar em um contexto em que outras informações cumuladas possibilitem a identificação, deve ser protegida também como um dado pessoal. Pode-se dizer que os dados de voz não são dados intrinsecamente necessários para qualquer tratamento que se revele indispensável de maneira que aparelha-los de uma camada maior de proteção não prejudicará qualquer interesse comercial, social, ou impedirá qualquer desenvolvimento tecnológico suficientemente relevante a ponto de enquadrá-los em qualquer outra base legal que não o consentimento. Os seus usos deletérios tem um potencial maior do que as possibilidades de utilização benéficas.

Por mais que este estudo tenha tratado o direito à proteção da voz como um direito de personalidade de maneira geral, sem necessariamente vinculá-lo como um componente da imagem atributo do indivíduo, quando falamos de medidas aptas a salvaguardar esse direito podemos recorrer aos entendimentos ligados à proteção da imagem da pessoa e da proteção de dados pessoais, tendo em vista sua aproximação e maior desenvolvimento da temática nos dois âmbitos. Neste sentido, convém debatermos sobre o tipo de consentimento que deve ser considerado válido para a utilização da voz, de acordo com o detalhamento de Chiara Spadaccini de Teffé para tratamentos relacionados à imagem:

> O consentimento deverá ser dado para um certo tratamento, para um determinado agente e sob determinadas condições. Em âmbito europeu, no Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, que versa sobre a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre cir-

20. CONESA, Fulgencio Madrid. *Derecho a la Intimidad, Informática y Estado de Derecho*. Universidad de Valencia, Valencia: 1984, p. 44-45, tradução nossa.

> culação desses dados, afirma-se que o consentimento do titular dos dados deverá ser dado mediante um ato positivo e claro que indique uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca de que o titular dos dados consente com o tratamento dos dados que lhe digam respeito, como uma declaração escrita, inclusive em formato eletrônico, ou uma declaração oral.[21]

Esse consentimento qualificado deve ser levado em consideração tendo em vista que no caso da utilização de *deepfakes* para manipulação da voz não há mera utilização dos dados de voz, mas sim tratamento automatizado de dados com finalidade de gerar novo produto, sendo, portanto, possível haver danos de ordem patrimonial e moral. Além disso, é importante garantir que os titulares possam exercer seus direitos, principalmente aqueles relacionados à remoção do consentimento, para garantir que ele seja livre e se mantenha livre ao longo do tempo.

Para garantir a proteção eficaz da voz como componente do corpo eletrônico a correta operacionalização do consentimento é definido como ponto central, entretanto, devemos considerar iniciativas de proteção multidisciplinares, como a implementação de mecanismos de denúncia e remoção rápida de *deepfakes* que utilizem a voz de uma pessoa sem o consentimento, o oferecimento de apoio psicológico, social e jurídico para aqueles que sofreram com os impactos da manipulação maliciosa de suas vozes por componentes de inteligência artificial, dentre outros pontos.

Além disso, cabe destacar que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) é responsável por elaborar normas e regulamentações específicas relacionadas à proteção de dados pessoais, o que deve incluir, para o futuro, diretrizes específicas para o tratamento de informações relacionadas à voz, além de fiscalizar o cumprimento da lei, fomentar a educação do público em geral a respeito do tema e aplicar sanções àqueles que porventura venham a violar qualquer disposição.

Desta forma, a proteção de dados está em linha com a proteção da personalidade e dos dados de voz, conforme debatido ao longo deste trabalho, e deve ser considerada componente essencial. Danilo Doneda explicita a necessária permeação da proteção de dados pessoais nos mais variados campos da sociedade:

21. TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. *RIL*, Brasília, a. 54, n. 213, jan./mar. 2017, p. 181.

> [...] a proteção da privacidade na sociedade da informação, a partir da proteção de dados pessoais, avança sobre terrenos outrora inoponíveis e nos induz a pensá-la como um elemento que, mais do que garantir o isolamento ou a tranquilidade, serve a proporcionar ao indivíduo os meios necessários à construção e consolidação de uma esfera privada própria, dentro de um paradigma de vida em relação e sob o signo da solidariedade – isto é, de forma que a tutela da privacidade cumpra um papel positivo para o potencial de comunicação e relacionamentos do indivíduo. Tal função interessa à personalidade como um todo e ganha importância ainda maior quando fatores como a vida em relação e as escolhas pessoais entram em jogo – como ocorre nas relações privadas, na utilização das novas tecnologias, no caso da política e, paradoxalmente, na própria vida pública[22].

Tendo em vista estas considerações, a voz aplicada às novas relações de interação no contexto digital atual merece tutela ampla e as medidas de proteção não podem se restringir à regulação futura, devemos considerar um panorama multidisciplinar, de maneira que interseccionando uma variedade de matérias teremos a capacidade de tutelar este valor tão importante.

Considerações finais

Os conceitos de corpo eletrônico, ciberespaço e infosfera, conforme destacados no texto, proporcionam uma perspectiva abrangente sobre a maneira que a tecnologia e os mais diversos aspectos da nossa personalidade estão intrinsecamente entrelaçados na vida atual. Assim, a extensão dos entendimentos sobre os direitos personalíssimos à esfera digital é urgente, tendo em vista a quebra do paradigma analógico-digital, de forma que informação, tecnologia e direitos de personalidade se tornam cada vez mais integrados às nossas experiências humanas digitais.

Tratar a voz como um direito da personalidade e garantir que a ela sejam aplicadas salvaguardas relacionadas à privacidade e proteção de dados pessoais são caminhos para salvaguardar este valor frente às inovações da tecnologia *deepfake.* Compreender que o Corpo Eletrônico prescinde da mesma necessidade de proteção que o corpo físico é um primeiro passo importante e a teoria de Rodotà se presta adequadamente a este fim. O direito se complementa e possui ferramentas como o consentimento qualificado para prevenir

22. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados*. 2. ed impressa. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 36.

lesões aos valores destacados, sendo de suma importância a sua capacidade de adaptação às novas variações dos institutos tutelados.

Cabe ainda ressaltar que os *deepfakes* de voz podem ser utilizados de diversas formas. No âmbito deste artigo trouxemos exemplos de utilizações maliciosas, mas há diversos casos da sua utilização em benefício da sociedade. Os *deepfakes* de voz podem auxiliar em áreas como a tecnologia assistiva para reconstrução ou criação de voz sintética para pessoas que sofrem com deficiências vocais, para a reconstrução da voz de entes queridos falecidos e até mesmo para a dublagem no contexto do entretenimento, de maneira a oferecer experiências mais imersivas e personalizadas para o público.

Para exemplificar, podemos verificar o comercial promovido pelo Mercado Livre[23], em que Arthur Antunes Coimbra, o Zico, ouviu a voz de seu pai, que nunca havia assistido a uma partida sua, clamar pelo seu gol de número 335 (trezentos e trinta e cinco) em pleno Maracanã (Estádio Jornalista Mário Filho). O comercial retrata a emoção do ex-jogador com a reconstrução artificial da voz de seu progenitor.

Dessa forma, as possibilidades são diversas e enquanto não regulamentado, o tratamento da voz por meio digital deve ser tomado, portanto, como medida excepcional e não difusa, além de ser necessário garantir por meios técnicos e jurídicos a efetividade da tutela, removendo conteúdos não autorizados e penalizando aqueles que realizarem o tratamento não autorizado, de maneira a promover métodos de salvaguarda abrangentes para sanar uma grande variedade de intercorrências vinculadas aos novos desafios propostos.

23. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=DQEIKfl7VhI. Acesso em: 10 jan. 2024.

Referências

BIONI, Bruno. *Xeque-mate*: O Tripé de Proteção de Dados Pessoais no Xadrez das Iniciativas Legislativas no Brasil. São Paulo: GPOPAI, 2015.

CALVO, Patrici. Etificación, la Transformación Digital de lo Moral. *Kriterion*, Belo Horizonte, n. 144, Dez./2019, p. 671-688, 2018.

CONESA, Fulgencio Madrid. Derecho a la Intimidad, Informática y Estado de Derecho. Universidad de Valencia, Valencia, 1984.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados*. 1. ed. em e-book baseada na 2. ed impressa. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

FLORIDI, Luciano. *Information: a very short introduction.* 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

FLORIDI, Luciano. The Fourth Revolution: How the Infosfere is Reshaping the Human Reality. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

LECUN, Yann; BENGIO, Yoshua; HINTON, Geoffrey. Deep learning. *Nature*, v. 521, n. 7553, p. 436-444, mai. 2015. Disponível em: https://doi.org/10.1038/nature14539 .

LÉVY, Pierre. Cibercultura. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional.* Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e diritti.* 2. ed. Bologna: Il Mulino, 2021.

RODOTÁ, Stefano. *Vivere la democrazia*. Edizione digitale [S.l.]: Gius. Laterza & Figli, 2018.

SCHREIBER, Anderson; RIBAS, Felipe; MANSUR, Rafael. Deepfakes: regulação e responsabilidade civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). *O direito civil na era da inteligência artificial.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

STJ - Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses*. Edição n. 138. 2019. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/JuriTeses/issue/view/2039/showToc . Acesso em: 09 dez. de 2023.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, v. 54, n. 213, p. 173-198, jan./ mar. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_ n213_p173. Acesso em: 17 dez. 2023.

TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O código civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

WESTERLUND, Mika. The emergence of deepfake technology: a review. *Technology Innovation Management Review*, v. 9, n. 11, nov. 2019. Disponível em: timreview.ca/article/1282 . Acesso em: 12 dez. 2023.

DIÁLOGOS DA
PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DIGITAL

2

O comportamento virtual como dado pessoal em sentido amplo: uma análise axiológica à luz do conceito de corpo eletrônico de Stefano Rodotà

RAFAELA FERREIRA E SILVA SAFINI GAMA

RAFAELA FERREIRA E SILVA SAFINI GAMA[1]

Sumário: Introdução. 1. A tutela jurídica anterior à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a classificação destes como um dos direitos da personalidade. 1.1. A conceituação de dado pessoal na legislação pátria. 2. O corpo eletrônico como externalização da personalidade à luz do conceito de Rodotà e o comportamento virtual como sua projeção. 3. A necessidade de se considerar o comportamento virtual do indivíduo como um dado pessoal em sentido amplo. Considerações finais. Referências.

Introdução

A noção de corpo eletrônico forjada por Stefano Rodotà aparece pela primeira vez em seu trabalho *Persona, libertá, tecnologia: Note per una discussione*, no ano de 2005[2]. Em apertada síntese, Rodotà considerava que o ser humano tinha uma dualidade corporal – seu corpo físico propriamente dito e seu corpo eletrônico, como uma projeção de sua personalidade e até mesmo verdadeiros avatares do mundo tecnológico, formados por conjuntos e combinações de informações[3].

Esse entendimento disruptivo e genial reverbera no mundo do Direito Digital até os dias de hoje, em que se tem a visão de Rodotà cada vez mais consolidada e, porque não dizer, materializada por meio de fenômenos como o multiverso, as redes sociais e outros conceitos. O ser humano, de fato, passou a ter uma presença virtual extracorpórea, além do âmbito orgânico e fisiológico.

Tal inferência lógica e causal a partir de previsões da própria Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira[4] (LGPD), portanto, tem o condão de comprovar a aplicabilidade fática do conceito de corpo eletrônico criado por Rodotà ao aspecto comportamental, isto é, considerando o comportamento virtual uma projeção de nossa personalidade – seja para escolhas musicais, seja para padrões de consumo, seja para preferências literárias – é parte integrante de

1. Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Especialista em Direito das Telecomunicações (Pós-Graduação Lato Sensu) pelo Centro Universitário da Cidade do Rio de Janeiro (UniverCidade). Pós-graduanda em Direito Digital (Pós-Graduação Lato Sensu) pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS-Rio), em parceria com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada e Consultora Jurídica.

2. RODOTÀ, Stefano. Persona, libertà, tecnologia. Note per una discussione. *Diritto & Questioni Pubbliche*, n. 5, 2005. Disponível em: http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2005_n5/mono_S_Rodota.pdf. Acesso em: 16 dez. 2023.

3. ROSENVALD, Nelson; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A despersonalização da personalidade: reflexões sobre corpo eletrônico e o artigo 17 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: COLOMBO, Cristiano; ENGELMANN, Wilson; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coord.). *Tutela jurídica do corpo eletrônico: novos desafios ao Direito Digital*.São Paulo: Editora Foco, 2022, p. 446.

4. BRASIL, Presidência da República. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República. "Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural." Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 16 dez. 2023.

nosso corpo eletrônico e, portanto, faz jus à mesma proteção legal conferida aos dados pessoais no sentido estrito (aqueles mencionados expressamente na legislação correspondente).

Já para Burrhus Skinner:

> O comportamento é uma matéria difícil, não porque seja inacessível, mas porque é extremamente complexo. Desde que é um processo, e não uma coisa, não pode ser facilmente imobilizado para observação. É mutável, fluido e evanescente, e, por esta razão, faz grandes exigências técnicas da engenhosidade e energia dos cientistas.[5]

Atualmente, o surgimento do chamado mapeamento algorítmico[6] fundado em mecanismos de previsão que criam e refinam constantemente uma teoria sobre quem somos e sobre o que faremos ou desejaremos, permitiu que, mesmo sendo algo fluido e mutável, o comportamento humano possa, de fato, ser reduzido a uma equação de dados, o que fornece ao detentor de tais dados uma grande fonte informacional.

Ainda na lição de Skinner[7], o comportamento de cada indivíduo é único, o que reforça a linha a ser explorada no presente artigo, no sentido de que o comportamento, ainda que virtual, reflete seu titular como pessoa identificada.

Na esteira desta mesma obra, o comportamento humano se perfaz em uma relação de causa e efeito (a que ele denomina de relação funcional). Descobrindo a "causa" que compõe essa equação funcional, Skinner atesta que há possibilidade de manipulação do comportamento humano[8].

Dito isso, nos parece razoável, em princípio, dizer que sendo o comportamento virtual um componente do nosso corpo eletrônico e, ainda, sendo ele passível de manipulação, merecia receber a tutela legal conferida aos dados pessoais. Trata-se da hipótese que pretendemos explorar e elucidar no presente artigo.

Feita esta introdução, passemos à construção do tema proposto, começando pelo estudo da proteção jurídica conferida aos dados pessoais antes da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e como tais dados se perfazem em desdobramentos dos direitos da personalidade.

5. SKINNER, Burrhus Frederic. *Ciência e comportamento humano*. Tradução de João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 16.

6. PARISER, Eli. *O filtro invisível*: o que a internet está escondendo de você. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p. 14.

7. SKINNER, Burrhus Frederic. Op. cit., p. 19.

8. SKINNER, Burrhus Frederic. Op. cit., p. 24.

Em seguida, passaremos a analisar o conceito de corpo eletrônico feito por Rodotà e as razões pelas quais o comportamento virtual merece proteção legal, culminando com a inserção desta categoria, ainda que mediante construção doutrinária e posterior confirmação, quem sabe, pela jurisprudência ou até mesmo por meio de alteração legislativa, no rol de características que perfazem o conceito de dados pessoais.

1. A tutela jurídica anterior à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a classificação destes como um dos direitos da personalidade

A necessidade de proteção legal aos dados pessoais não é recente no cenário jurídico brasileiro, e as questões de fundo a esta temática já eram discutidas e tratadas muito antes de tal conceituação aparecer formalmente em nosso arcabouço jurídico. Assuntos como direito do consumidor, direito à privacidade, à intimidade e outras questões relacionadas aos direitos e liberdades fundamentais já se encontravam entranhados de nuances relacionadas à proteção de dados pessoais, ainda que implicitamente, mesmo em um momento em que não se falava diretamente nisto.

Nesse sentido, a privacidade e a proteção de dados já encontravam certo amparo em sede constitucional, mais especificamente no artigo 5º, incisos X, XII e LXXII, como parte do rol de cláusulas insertas no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais[9]. Igualmente, o Código Civil de 2002 traz disposições acerca da proteção da vida privada e da prerrogativa jurisdicional em fazer cessar qualquer atentado à mesma[10], justamente no capítulo que trata dos direitos da personalidade, os quais exploraremos mais adiante.

A interseção entre privacidade e proteção de dados pessoais já foi tratada por Danilo Doneda:[11]

> Entre esses diversos institutos e matérias entre os quais, por muito tempo, a proteção de dados no Brasil foi associada, a mais rele-

9. "X - são invioláveis a **intimidade**, a **vida privada**, a honra e a **imagem das pessoas**, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...) XII - **é inviolável o sigilo** da correspondência e das comunicações telegráficas, **de dados** e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (...) LXXII - conceder-se-á "*habeas-data*": a) para assegurar o c**onhecimento de informações** relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou **bancos de dados** de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a **retificação de dados**, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;" (grifos nossos).

10. "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."

11. DONEDA, Danilo. *Panorama histórico da proteção de dados pessoais*: Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2ª edição, p. 10.

> vante é o direito à privacidade – como também pela forte ressonância entre os dois institutos. A bem da verdade, até hoje se observa, coloquialmente ou mesmo em literatura especializada, uma certa ambivalência na utilização dos conceitos de privacidade e proteção de dados.

Na esteira conceitual da privacidade e sua proteção, de acordo com Tércio Sampaio Ferraz Jr.[12], temos que:

> A privacidade, como direito, tem por conteúdo a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão. O objeto é o bem protegido, que pode ser uma res (uma coisa, não necessariamente física, no caso de direitos reais) ou um interesse (no caso dos direitos pessoais). No direito à privacidade, o objeto é, sinteticamente, a integridade moral do sujeito.

Neste aspecto, percebe-se que, naquele momento incipiente, ainda que de forma transversal, a proteção de dados pessoais, como consectário lógico da privacidade, já podia ser classificada como um desdobramento dos direitos da personalidade. Tal interpretação encontra respaldo, inclusive, no fato de que o rol contido no Código Civil não pode ser considerado exaustivo. De acordo com o Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil[13]:

> Os direitos da personalidade, **regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil,** são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação. (grifos nossos)[14]

Na esteira desse não exaurimento enumerativo de direitos, Bruno Bioni enfatiza, ainda, que os direitos da personalidade seriam dotados de elasticidade, ou seja, seriam flexíveis, notadamente em decorrência da imensa quantidade

12. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, [S. l.], v. 88, p. 439-459, 1993. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231. Acesso em: 19 dez. 2023.

13. Sobre a definição de Direitos da Personalidade, segundo Francisco Amaral: O direito de agir na defesa dos bens ou valores essenciais da personalidade, que compreendem, no seu aspecto físico, o direito à vida e ao próprio corpo; no seu aspecto intelectual, o direito à liberdade de pensamento, direito de autor e de inventor; e no seu aspecto moral, o direito à liberdade, à honra, ao recato ao segredo, à imagem, à identidade e, ainda, o direito de exigir de terceiros o respeito a esses direitos. [AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2017, p. 353.]

14. Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219. Acesso em: 19 dez. 2023.

de dados que hodiernamente são produzidos pelas pessoas. Prossegue Bioni: "Por meio dessa premissa, será possível identificar uma nova variante desta categoria jurídica para nela enquadrar a proteção de dados pessoais."[15] Citando Judith Martins-Costa, a obra de Bioni ainda menciona que a noção de direitos da personalidade é "inacabada" e pode ser "cultivada"[16].

Ora, se é inacabada, estamos diante, portanto, de um organismo vivo e moldável às circunstâncias sociais do próprio homem, assim como deve curvar-se à evolução tecnológica. Do contrário, caso fossem estanques, os direitos da personalidade acabariam por se tornar ultrapassados com o transcorrer do tempo, não mais atendendo a seus objetivos primários.

Como são direitos reconhecidos à pessoa humana e suas projeções na sociedade, são previstos no ordenamento jurídico justamente para a defesa dos valores inatos ao homem, e, no caso do Brasil, as hipóteses, como já vimos, encontram respaldo constitucional. Resta, por conseguinte, indubitável que, ainda que implicitamente, os dados pessoais já gozavam de caráter personalíssimo e, portanto, elemento afeto à pessoa humana e seus direitos; conclui-se que, de fato e de direito, a privacidade e, por consequência hermenêutica, a proteção de dados, remontam a esses direitos inerentes à salvaguarda da dignidade da pessoa humana e seu foro íntimo.

Ainda na esteira da qualificação do dado pessoal como direito da personalidade, em que pese a inexistência de designação específica, temos ainda o disposto na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), notadamente em seu artigo 20, caput, e § 1º[17], a respeito do direito do titular, quando diante de processo de decisão totalmente automatizado, ou seja, sem que haja qualquer intervenção humana, em solicitar a revisão dos dados, bem como obter explicações sobre os critérios usados para tal automatização[18]. O caput do artigo 20 ainda menciona "aspectos de sua personalidade", o que definitivamente

15. BIONI, Bruno. *Proteção de dados pessoais*: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Editora Forense, 3ª edição, 2021, p. 103.

16. "Por isso mesmo, a noção de direitos da personalidade é inacabada, transitiva – em uma palavra, é cultivável." In: COSTA, Judith Hofmeister Martins. *Pessoa, personalidade, dignidade*: ensaio de uma qualificação. 2003. Tese (Doutorado em Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 107: Disponível em: https://repositorio.usp.br/item/001372879. Acesso em: 19 dez. 2023.

17. "Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de **dados pessoais que afetem** seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os **aspectos da sua personalidade**. § 1º. O controlador deverá fornecer sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial." (grifos nossos).

18. "O caput do art. 20 sofreu alterações e foi estabelecida, ao final, a possibilidade de revisões sem a intervenção de pessoa natural no que se refere à dinâmica referente às decisões tomadas com base em tratamento automatizado e que conduzem à construção do perfil do titular de dados. Como sabido, o *profiling* tem lugar de destaque na Lei, haja vista que toma por base múltiplos dados pessoais, entre os quais os sensíveis. O caput do dispositivo refere-se expressamente à definição de perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito, prevendo-se, ainda, a menção genérica a aspectos de sua personalidade. Dos tratamentos automatizados, emergem decisões que potencialmente podem afetar os interesses do titular dos dados. Com relação a tais decisões, pois, poderá o titular solicitar revisões." (MALDONADO, Viviane Nóbrega et al; BLUM, Renato Opice. LGPD – *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 261.)

corrobora com o até agora defendido. Ora, caso não fosse um direito intrinsecamente pessoal, o legislador não teria conferido tal prerrogativa ao titular dos dados, ponto que reforça e sepulta dúvidas a respeito da classificação como um dos direitos da personalidade.

Diante do exposto, passemos ao tracejar legislativo responsável pelo momento em que os dados pessoais foram definitivamente incorporados, conceitualmente e formalmente, ao ordenamento jurídico pátrio – a promulgação da LGPD.

1.1 A conceituação de dado pessoal na legislação pátria

No início dos anos 2000, iniciou-se no Brasil um movimento espontâneo que procurava fomentar as discussões acerca da segurança na rede mundial de computadores. A preocupação, naquela época, era a escalada dos riscos referentes a ataques cibernéticos que vitimavam tanto usuários quanto empresas. O mundo se encontrava fervilhante em termos tecnológicos e informacionais. A extraterritorialidade dos efeitos das trocas de dados em esfera global, como parte do que se convencionou ser a "sociedade da informação"[19], começou a ser vista pelos pesquisadores e juristas brasileiros como uma ameaça concreta.

A discussão ganhou mais corpo a partir de 2005, notadamente com a realização do "I Seminário Internacional sobre Proteção de Dados Pessoais", promovido pelo Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, o qual contou com a participação de muitas autoridades e juristas, inclusive Stefano Rodotà, inspiração para o presente artigo.

As autoridades brasileiras, após discutirem o assunto também no âmbito do Mercosul, iniciaram os trabalhos para formatar o que seria o embrião da nossa Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, cujo texto-base foi divulgado pelo Ministério da Justiça em 30 de novembro de 2010.

Após intensos debates entre diversos atores do governo, casas legislativas, sociedade civil e entidades diversas, finalmente, em 14 de agosto de 2018, foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD – Lei nº

19. A expressão "sociedade da informação" passou a ser utilizada, nos últimos anos, como substituto para o conceito complexo de "sociedade pós-industrial" e como forma de transmitir o conteúdo específico do "novo paradigma técnico-econômico". A realidade que os conceitos das ciências sociais procuram expressar refere-se às transformações técnicas, organizacionais e administrativas que têm como "fator-chave" não mais os insumos baratos de energia – como na sociedade industrial – mas os insumos baratos de informação propiciados pelos avanços tecnológicos na microeletrônica e telecomunicações. [WERTHEIN, Jorge. A Sociedade da Informação e Seus Desafios. *Revista* IBICT, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, mai.-ago. 2000. Disponível em: https://revista.ibict.br/ciinf/article/view/889/924. Acesso em: 19 dez. 2023, p. 71-72]

13.709/2018), originária do PLC nº 53/2018[20]. O prazo inicial para a adaptação às novas regras foi de dezoito meses, tanto para a iniciativa pública quanto para a privada. Entretanto, tal prazo precisou ser alterado por conta da pandemia do Covid-19, cujos inegáveis impactos foram sopesados para tanto[21].

Surge, então, a nossa LGPD, cujo intuito é o de proteger direitos fundamentais como a privacidade, a intimidade, a honra, o direito à imagem e à dignidade[22].

Logo em seu artigo 5º, I, a LGPD, ao definir dado pessoal, aduz que se trata de **informação** relacionada a **pessoa natural identificada** ou **identificável**.[23] Em termos de equivalência conceitual, versa o artigo 12, §2º[24] que também poderão ser considerados dados pessoais aqueles utilizados para **formação de perfil** comportamental de determinada pessoa, se identificada.

> Art. 12. Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando com esforços razoáveis, puder ser revertido. [...]
> §2º. Poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do **perfil comportamental** de determinada pessoa natural, se identificada. (grifos nossos)

Em seu artigo 17, a LGPD traz os direitos do titular dos dados pessoais, estipulando que toda pessoa natural tem assegurada a titularidade sobre os próprios, garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade[25].

20. Sobre o processo legislativo que culminou na LGPD, cumpre destacar que, tramitavam em conjunto com o PL nº 53/2018 os Projetos de Lei do Senado (PLS) nº 330/2013, PLS 131/2014 e PLS 181/2014. Ocorre que, conforme parecer proferido pelo Senador Eduardo Braga (Parecer nº 128, de 2018-PLEN/SF), houve rejeição dos PLS, tendo havido encerramento da discussão. Foi aprovada a redação final da matéria através do Parecer nº 129, de 2018-PLEN/SF, da CDIR e o PL n.º 53/2018 foi encaminhado para sanção. Conforme publicação no Diário do Senado Federal n° 104 de 2018, publicado em 11 de julho de 2018. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/21487?sequencia=55. Acesso em: 21 de maio de 2024.

21. O prazo foi alterado pela MP n.º 869/2018, que ampliou para mais 6 (seis) meses, totalizando 24 (vinte e quatro) meses. Porém, este segundo prazo acabou sendo novamente alterado pela Lei Federal n.º 14.058/2020 (e a anterior MP n.º 959/2020 que, por aquela, deixou de produzir efeitos), que convencionou que a LGPD passaria a vigorar a partir de setembro de 2020, com exceção à aplicação de sanções pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais, que passariam a ser permitidas a partir de 1º de agosto de 2021.

22. PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de Dados Pessoais*: comentários à Lei n. 13.709/2018. 4ª edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2018.

23. Percebam a sutileza das palavras utilizadas pelo legislador, com especial atenção para "informação" e "pessoa natural identificável". Ambos os termos serão fundamentais ao longo dos próximos capítulos, a fim de compreendermos a noção sobre a formação da personalidade algorítmica de uma pessoa natural.

24. Na lição de Rosenvald e Faleiros, na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, dispositivo bastante **tímido**, inserido em um dos parágrafos do artigo que cuida da anonimização de dados (artigo 12, § 2º), conceitua a referida prática (*profiling)*, indicando a incidência da norma. [Obra já citada, p. 466]

25. "Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei."

Como a tutela dos dados pessoais foi promovida a direito fundamental por meio da Emenda Constitucional nº 115/2022, não restam dúvidas a respeito da aplicabilidade dos princípios afetos a tal categoria (a de direito fundamental). Por meio da aludida Emenda à Constituição Federal de 1988, seu artigo 5º passou a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022)

Nesse diapasão, tendo sido conceituada, formalmente como um direito fundamental, passaremos a demonstrar a razão pela qual a proteção dos dados pessoais abarca inclusive o comportamento virtual do indivíduo, a partir da noção de identidade extracorpórea eletrônica e a possibilidade de atribuição de uma personalidade virtual às pessoas naturais em virtude de seu perfil comportamental no ambiente da internet.

2. O corpo eletrônico como externalização da personalidade à luz do conceito de Rodotà e o comportamento virtual como sua projeção

Ao longo do presente trabalho, já salientamos a genialidade e o caráter inovador da noção de corpo eletrônico formulada por Rodotà. Porém, há de se investigar em que medida ela se aplica à realidade dos dados pessoais no Brasil e, em específico, ao comportamento virtual dos titulares de tais dados.

Primeiramente, precisamos esmiuçar o conceito de corpo eletrônico para, então, dele extrair a aplicabilidade necessária à definição pátria.

> Nelle grandi banche dati delle società telefoniche, dei provider di Internet si trova un nostro doppio, una rappresentazione di noi desumibile dalle tracce che lasciamo tutte le volte che telefoniamo o mandiamo un messaggio di posta elettronica. Qui diventa straordinariamente visibile quel doppio corpo, fisico ed elettronico, che caratterizza ormai la persona immersa nel flusso della comunicazione elettronica.
> [...]
> Costruisce identità, addirittura un corpo inconoscibile e parziale,

> un corpo mobile, che può circolare autonomamente, indipendentemente dalle vicende del corpo fisico, un nuovo corpo che può essere comprato e venduto senza che scattino le reazioni e gli interdetti che ancora accompagnano (ma non dappertutto, e con prospettive che inquietano) la riduzione a merce del corpo fisico.
> Si produce anche una mutazione sociale, si modifica il rapporto tra i cittadini e lo Stato e la logica delle relazioni interpersonali. Si fa esplicito il mutamento antropologico, visibile nella stessa vita quotidiana delle persone, nelle modalità d'uso del corpo.[26]

O professor José Luiz de Moura Faleiros Júnior descreve que a formação de um corpo eletrônico como novo arquétipo da pessoa natural que não ostenta apenas a massa física, ou um *corpus*, mas também uma dimensão projetada, o que significa que, no atual estado da técnica, a integralidade da pessoa passa a ser composta por seu corpo físico e por seu corpo eletrônico (um conjunto de seus dados pessoais sistematizados)[27].

À exegese do artigo 17 da LGPD já anteriormente mencionado, quando o legislador enumera liberdade, intimidade e privacidade, considera-se presente uma tríade de direitos do mais alto gabarito. Aduzem-se tais direitos como os mais seminais em termos personalíssimos, podendo ser tidos como fundamentos da sua própria existência.

Nos ensinamentos de Faleiros Júnior e Rosenvald:

> A conjugação entre eles (liberdade, intimidade e privacidade) transcende a visão tradicional do direito à propriedade de dados, acenando explicitamente para a sua dimensão existencial e, implicitamente, para um direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais.[28]

A personalidade, como exteriorização do exercício dessas características que nos tornam seres únicos, deve ser compreendida, portanto, como um componente da nossa essência, algo que nos difere e nos individualiza, além de

26. "Nas grandes bases de dados das companhias telefônicas e dos fornecedores de Internet existe uma duplicata de nós, uma representação de nós que pode ser deduzida dos rastros que deixamos cada vez que ligamos ou enviamos um email. Aqui, aquele duplo corpo, físico e eletrônico, que agora caracteriza a pessoa imersa no fluxo da comunicação eletrônica, torna-se extraordinariamente visível. [...] Constrói identidades, mesmo um corpo incognoscível e parcial, um corpo móvel que pode circular autonomamente, independentemente dos acontecimentos do corpo físico, um novo corpo que pode ser comprado e vendido sem desencadear as reações e os interditos que ainda o acompanham (mas não em todos os lugares)., e com perspectivas perturbadoras) a redução do corpo físico a uma mercadoria. Produz-se também uma mutação social, modifica-se a relação entre os cidadãos e o Estado e a lógica das relações interpessoais. A mudança antropológica torna-se explícita, visível no cotidiano das pessoas, nas formas como utilizam o corpo." (Tradução livre) RODOTÀ, Stefano. Persona, libertà, tecnologia. Note per una discussione. *Diritto & Questioni Pubbliche*, n. 5, 2005. Disponível em: http://www.dirittoe-questionipubbliche.org/page/2005_n5/mono_S_Rodota.pdf. Acesso em: 16 dez. 2023.

27. ROSENVALD, Nelson; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Op. cit. p. 461.

28. Obra citada. p. 453.

nos tornar seres identificáveis entre tantos outros. Um perfil existencial que nos diferencia; perfil este que compreende um conjunto de características pessoais e comportamentais capaz de atribuir um corpo virtual a determinada pessoa natural.

A elaboração de um perfil humano no ambiente virtual depende de um complexo mapeamento das tendências e movimentos que aquele determinado indivíduo realiza na internet. Trata-se de um processo quase sempre automatizado e que envolve coleta de dados (fornecidos ou, como mostra o neologismo a partir do termo na língua inglesa, "imputados" pelo indivíduo), análise de dados, estabelecimento de um padrão entre tais dados e, por fim, a atribuição de um perfil ao indivíduo, notadamente pela combinação dos dados extraídos e a consequente possibilidade de deles se inferir um rol de características-padrão. Trata-se do mecanismo chamado *profiling*.[29] Segundo Rafael A. F. Zanatta[30]:

> No campo do direito, no entanto, há poucas definições precisas sobre perfilização. Uma exceção é o pioneiro artigo de Roger Clarke, publicado no *Journa l of Law and Information Science* em 1993[31], que definiu a perfilização como "uma técnica em que **um conjunto de características de uma determinada classe de pessoa é inferido a partir de experiências passadas e, em seguida, dados armazenados são pesquisados para indivíduos com um ajuste quase perfeito a esse conjunto de características.** (grifos nossos)

Ocorre que a LGPD não trouxe consigo um conceito formal para a perfilização e nem tampouco uma regra geral de proibição[32]. O que temos na legislação é, de acordo com Zanatta, uma inferência atribuída por meio da construção

29. Segundo Danilo Doneda, "o profiling consiste na elaboração de perfis de comportamento de uma pessoa (ou de um grupo de pessoas) a partir de suas informações pessoais, que podem ser disponibilizadas por ela mesma ou que são colhidas". DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

30. ZANATTA, Rafael A. F. *Perfilização, discriminação e direito*s: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. fev. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 19 dez. 2023.

31. CLARKE, Roger.Profiling: A Hidden Challenge to the Regulation of Data Surveillance.*Journal of Law, Information and Science*, 26, 4(2) 403, 1993. Disponível em: http://classic.austlii.edu.au/au/journals/JlLawInfoSci/1993/26.html. Acesso em: 19 dez. 2023.

32. No artigo 22 da General Data Protection Regulation (GDPR), vigente na União Europeia, encontra-se estabelecido o direito do titular dos dados de não se submeter à decisão exclusivamente automática, incluindo o *profiling*. UNIÃO EUROPEIA, Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho (General Data Protection Regulation). Disponível em: https://gdpr-info.eu/. Acesso em: 19 dez. 2023.

interpretativa entre alguns artigos[33]. Dito isto, a construção desta interpretação passa pela análise do conteúdo do artigo 12, §2º, já mencionado no capítulo anterior quando tratamos da conceituação e da equivalência entre dado pessoal objetivo e aquele fruto de processo de anonimização, notadamente quando tais dados são utilizados para a formação do **perfil comportamental**.

Ora, temos, portanto, a evidência de que o perfil virtual do indivíduo (seu *profile*), o qual é indissociável de seu comportamento *per se*, posto que sem comportamento não há que se falar em perfil, mas mero emaranhado de informações, é considerado um dado pessoal. Sendo, portanto, passível de tutela jurídica, conforme explicitaremos a seguir.

3. A necessidade de se considerar o comportamento virtual do indivíduo como um dado pessoal em sentido amplo

Em nossa LGPD, não há atribuição explícita acerca do comportamento virtual no rol de dados pessoais tutelados. Dessa forma, permitimo-nos introduzir no presente trabalho a nomenclatura "dado pessoal em sentido amplo", justamente porque é um conceito inferido por meio do exercício interpretativo ora demonstrado.

Uma indagação importante é se existe ou não a possibilidade de se atribuir identificação e individualização precisa a partir da formação de um perfil automatizado, até porque a legislação fala, objetivamente, em pessoa natural identificável. Entendemos que podemos identificar e individualizar uma pessoa natural por meio de seu comportamento virtual.

Um estudo feito em 2015 por um grupo de pesquisadores do Massachusetts Institute of Technology (MIT) demonstrou que são necessários apenas pequenos pedaços de informação para que se consiga "reidentificar" um consumidor (ou seja, fazer uma nova identificação após o evento originário que resultou na coleta dos dados primários) em até 90% das hipóteses. Em outras palavras, podemos dizer que, mesmo com mínimos dados informados pelo indivíduo, sua precisa e completa identificação é plenamente factível, quando utilizada uma programação que se preste a coletar e analisar os dados de forma eficiente. Vejamos:

33. "[...] a LGPD permite a inferência de um *certo conceito interpretativo* de perfilização enquanto processo automatizado de tratamento de dados que objetiva a análise e predição de comportamentos pessoais, profissionais, de consumo e de crédito." ZANATTA, Rafael A. F. *Perfilização, discriminação e direitos*: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. fev. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 19 dez. 2023.

> Large-scale data sets of **human behavior** have the potential to fundamentally transform the way we fight diseases, design cities, or perform research. Metadata, however, contain sensitive information. Understanding the privacy of these data sets is key to their broad use and, ultimately, their impact. **We study 3 months of credit card records for 1.1 million people and show that four spatio-temporal points are enough to uniquely reidentify 90% of individuals.** We show that knowing the price of a transaction increases the risk of reidentification by 22%, on average. Finally, we show that even data sets that provide coarse information at any or all of the dimensions provide little anonymity and that women are more reidentifiable than men in credit card metadata. (grifos nossos)[34]

Com efeito, a internet conferiu aos processos de construção identitária uma nova forma, "pois a rede possibilita a um maior número de pessoas a oportunidade de se relatar e garante maior liberdade de mostrar ou construir a própria identidade"[35].Dado que o *profiling* se perfaz na criação de um perfil digital do usuário, com dados que demonstram os desejos, preferências e hábitos, trata-se de um verdadeiro mapa comportamental, o que torna a prática extremamente valiosa, inclusive para fins comerciais e publicitários.[36]

Portanto, vemos que a visão de corpo eletrônico criada por Rodotà guardou certo viés profético, tendo em vista que antecipou, de maneira brilhante, uma realidade de nossos dias atuais. A projeção da personalidade no ambiente virtual é tão real quanto seus efeitos concretos na vida corpórea. Todas as ações e comportamentos do nosso corpo virtual possuem reflexo quase imediato em nosso corpo físico, orgânico. O indivíduo se projeta, identifica-se, expõe sua vida, realiza compras, mantém amizades, ouve suas músicas e assiste seus filmes favoritos – tudo isso no ambiente on-line.

Dessa forma, ainda que não haja previsão expressa na legislação, a qual, como já citado neste trabalho, em se tratando de tecnologia, sempre apre-

34. "Conjuntos de dados em grande escala sobre o comportamento humano têm o potencial de transformar fundamentalmente a forma como combatemos doenças, projetamos cidades ou realizamos pesquisas. Os metadados, entretanto, contêm informações confidenciais. Compreender a privacidade destes conjuntos de dados é fundamental para a sua ampla utilização e, em última análise, para o seu impacto. Estudamos 3 meses de registros de cartão de crédito de 1,1 milhão de pessoas e mostramos que quatro pontos espaço-temporais são suficientes para reidentificar de forma única 90% dos indivíduos. Mostramos que conhecer o preço de uma transação aumenta o risco de reidentificação em 22%, em média. Finalmente, mostramos que mesmo conjuntos de dados que fornecem informações grosseiras em qualquer uma ou em todas as dimensões proporcionam pouco anonimato e que as mulheres são mais reidentificáveis do que os homens nos metadados de cartões de crédito." [Tradução livre] MONTJOYE, Yves-Alexandre *et al. Unique in the shopping mall*: On the reidentifiability of credit card metadata. Science (New York). 347. 536-9. 10.1126/science.1256297. Publicado em 30 de janeiro de 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/271591449_Unique_in_the_shopping_mall_On_the_reidentifiability_of_credit_card_metadata. Acesso em: 19 dez. 2023.

35. BONNA, Alexandre Pereira. Perfilização, estigmatização e responsabilidade civil. In: COLOMBO, Cristiano; ENGELMAN, Wilson; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. *Tutela jurídica do corpo eletrônico:* novos desafios ao Direito Digital. São Paulo: Editora Foco, 2022, p. 507.

36. BONNA, Alexandre Pereira. Obra já citada. p. 511.

senta um certo “quê” de defasagem, é imperioso que, desde já, pelo menos a doutrina se debruce sobre a classificação do comportamento virtual como um dado pessoal em sentido amplo e construa as bases filosóficas para que este tema seja devidamente encampado à realidade jurídica nacional e merecedor, em um futuro breve, de inserção objetiva no rol dos dados pessoais passíveis de tutela específica.

Considerações finais

Conforme demonstramos ao longo deste trabalho, os dados pessoais em ambiente virtual assumiram crucial – e constitucional – importância na vida e no cotidiano dos indivíduos. Toda e qualquer informação que inserimos, voluntária ou involuntariamente, na internet, é utilizada para fins comerciais e econômicos, mesmo que grande parte das pessoas estejam alheias a tal fato. Ainda que não alimentemos cadastros e insiramos informações de forma consciente, a cada clique em nosso dispositivo móvel ou computador pessoal estamos sujeitos ao mapeamento, em tempo real, de tudo o que fazemos no ambiente virtual.

Nesse sentido, Rodotà já antecipava que o indivíduo se projetava de duas formas no mundo – organicamente, em seu corpo físico, e virtualmente, por meio de seu corpo eletrônico. Este, na visão de Rodotà, seria uma composição de dados informacionais e comportamentais capazes de externalizar a identidade de uma pessoa no ambiente on-line (ou então, como ele dizia naquela época, nas comunicações “telefônicas”).

Na realidade jurídica brasileira, a proteção dos dados pessoais já podia ser verificada mesmo antes da promulgação de instrumentos legais específicos e, igualmente, já podia ser considerada um dos direitos da personalidade. Porém, a preocupação com o assunto ganhou maior concretude no início da década de 2000, com o advento de uma série de discussões institucionais, parlamentares e até mesmo no âmbito do Mercosul, culminando com a publicação da nossa LGPD, em 2018. Em 2022, a proteção de dados pessoais ganhou status constitucional, revelando a seriedade que o assunto, ao qual um marco legal já tinha sido dedicado, merecia.

Tendo em vista a formalização de sua proteção como um direito fundamental, o dado pessoal, componente da personalidade humana, nem sempre vê suas múltiplas características inteiramente abarcadas pela legislação. O processo legislativo, nos casos em que estão envolvidas questões tecnológicas, pode vir a mostrar-se não tão célere quanto a evolução. Por isso, o meca-

nismo de *profiling*, a saber, o mapeamento do perfil virtual do indivíduo, não conta com o amparo legal necessário à sua tutela ampla e irrestrita, mas tão somente uma tímida menção no §2º do artigo 12 da LGPD, conforme já mencionado.

De forma análoga, o comportamento virtual não está presente na LGPD como uma das hipóteses de dados pessoais passíveis de proteção, seja de forma taxativa ou exemplificativa. Ora, restou evidente neste artigo que a formação do perfil virtual do indivíduo é praticamente feita a partir de seu comportamento virtual, pois este demonstra suas preferências, seus "cliques", seus hábitos de consumo, algo que define sua personalidade e seus anseios de foro íntimo.

Portanto, o comportamento virtual nada mais é do que um dado pessoal em sentido amplo, o qual, embora não seja palpável, perfaz-se em elemento fundamental à perfilização e, por conseguinte, da individualização e da identificação do indivíduo em seu corpo eletrônico.

Diante de todo o exposto, resta configurado o caráter personalíssimo e fundamental da tutela jurídica ao comportamento virtual como dado pessoal no sentido amplo, conceito este formado a partir da inferência interpretativa dos artigos 5º, I, 12, §2º e 17 da LGPD, além da construção doutrinária amparada, sobretudo, pela definição de corpo eletrônico de Stefano Rodotà.

Referências

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: Introdução. São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2017.

BIONI, Bruno. *Proteção de dados pessoais*: a função e os limites do consentimento. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

BONNA, Alexandre Pereira. Perfilização, estigmatização e responsabilidade civil. In: COLOMBO, Cristiano; ENGELMAN, Wilson; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coord). *Tutela jurídica do corpo eletrônico*: novos desafios ao Direito Digital. São Paulo: Editora Foco, 2022.

BRASIL, Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 dez. 2023.

BRASIL, Presidência da República. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 16 dez. 2023.

BRASIL, Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara n° 53, de 2018. Tramitação e lista de publicações oficiais.* Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133486. Acesso em: 21 de maio de 2024.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. *Pessoa, personalidade, dignidade*: ensaio de uma qualificação. 2003. 107 f. Tese (Doutorado em Livre Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. Disponível em: https://repositorio.usp.br/item/001372879. Acesso em: 19 dez. 2023.

CLARKE, Roger. Profiling: A Hidden Challenge to the Regulation of Data Surveillance. *Journal of Law, Information and Science*, 26, 4(2) 403, 1993. Disponível em: http://classic.austlii.edu.au/au/journals/JlLawInfoSci/1993/26.html. Acesso em: 19 dez. 2023

DONEDA, Danilo. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, [S. l.], v. 88. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231. Acesso em: 19 dez. 2023.

JORNADA DE DIREITO CIVIL. *IV Jornada de Direito Civil. Enunciado 274*. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219. Acesso em: 19 dez. 2023.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice *et al. LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

MONTJOYE, Yves-Alexandre *et al. Unique in the shopping mall*: On the reidentifiability of credit card metadata. Science (New York). 347. 536-9. 10.1126/science.1256297. Publicado em 30 de janeiro de 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/271591449_Unique_in_the_shopping_mall_On_the_reidentifiability_of_credit_card_metadata. Acesso em: 19 dez. 2023.

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

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de Dados Pessoais*: comentários à Lei n. 13.709/2018. 4ª edição revista e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva Jur, 2018.

RODOTÀ, Stefano. Persona, libertà, tecnologia. Note per una discussione. *Diritto & Questioni Pubbliche*, n. 5, 2005. Disponível em: http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2005_n5/mono_S_Rodota.pdf. Acesso em: 16 dez. 2023.

ROSENVALD, Nelson; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A despersonalização da personalidade: reflexões sobre corpo eletrônico e o artigo 17 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: COLOMBO, Cristiano; ENGELMANN, Wilson; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura (Coord.). *Tutela jurídica do corpo eletrônico: novos desafios ao Direito Digital*. São Paulo: Editora Foco, 2022.

SKINNER, Burrhus Frederic. *Ciência e comportamento humano*. Tradução de João Carlos Todorov e Rodolfo Azzi. 11ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

UNIÃO EUROPEIA, REGULAMENTO (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho (General Data Protection Regulation). Disponível em: https://gdpr-info.eu/. Acesso em: 19 dez. 2023.

WERTHEIN, Jorge. A Sociedade da Informação e Seus Desafios. Revista IBICT, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, mai./ago. 2000. Disponível em: https://revista.ibict.br/ciinf/article/view/889/924. Acesso em: 19 dez. 2023

ZANATTA, Rafael A. F. *Perfilização, discriminação e direitos*: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. fev. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 19 dez. 2023.

DIÁLOGOS DA
PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DIGITAL

3

Interoperabilidade e Portabilidade de Dados nas Redes Sociais

MARINA MARTINS MAZIN

MARINA MARTINS MAZIN[1]

Sumário:Introdução. 1. Contexto mercadológico das redes sociais. 2. Portabilidade de Dados e Interoperabilidade. 2.1. Portabilidade de dados: Vantagens, Riscos e Desafios. 2.2. Interoperabilidade: Vantagens, Riscos e Desafios. Considerações finais. Referências.

Introdução

Bilhões de usuários ao redor do mundo estão hoje conectados por meio das redes sociais[2], garantindo uma troca instantânea de conteúdo e acesso facilitado a uma enorme gama de produtos e serviços via uma única plataforma. O Brasil ocupa hoje a quinta posição entre os países com maior número de usuários de redes sociais no mundo: ao final de 2023, estimava-se mais de 170 milhões de usuários (correspondente a 84% de sua população total) com acesso diário às redes sociais[3].

Paradoxalmente, esse crescente volume de transações é viabilizado por um número cada vez menor de empresas de tecnologia, que detém uma quantidade massiva de dados de usuários.

Essa concentração do mercado de redes sociais inevitavelmente gera diversos impactos de ordem econômica, como o surgimento de práticas comerciais desleais e condutas anticoncorrenciais no setor, sendo um entrave para o surgimento de novos concorrentes e, consequentemente, para a inovação.

Nesse mercado, os usuários, após terem passados anos na construção de seu perfil em redes sociais, seja pelo conteúdo diretamente postado, seja por meio das interações com seus contatos, e até pela personalização que lhe é proposta em razão da massiva análise de seus dados pelos algoritmos das redes sociais, acabam sendo desencorajados de buscar um novo prestador de serviços, independentemente de quão mais vantajoso esse serviço pode ser, pelo simples fato de não quererem recomeçar a construção de um perfil a partir do zero. Essa situação representa o chamado “efeito de rede” gerado por esse mercado oligopolista.

1. Pós-Graduanda em Direito Digital pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS) e pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito e Inovação Técnica pela Université Panthéon-Sorbonne. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogada habilitada no Brasil e na França.

2. Segundo dados publicados pela Statista, estima-se hoje que 4.95 bilhões de usuários de redes sociais no mundo. Fonte: Statista. Disponível em: https://www.statista.com/statistics/617136/digital-population-worldwide/ . Acesso em: 13 jan. 2024.

3. O Brasil ocupa a quinta posição entre os países com maior número de usuários no mundo: ao final de 2023, estimava-se mais de 170 milhões de usuários de redes sociais (correspondente a 84% de sua população total) com acesso diário às redes sociais. Fonte: Statista. Disponível em: https://www.statista.com/topics/6949/social-media-usage-in-brazil/#topicOverview . Acesso em 13 jan. 2024.

A consequência do efeito de rede é o bloqueio de usuários com relação ao prestador que primeiro surgiu no mercado ou que adquiriu por algum motivo uma posição dominante em relação aos demais.

Como veremos adiante, tudo isso traz impactos diretos para o mercado das redes sociais, tais como uma possibilidade de redução de investimentos em inovação e surgimento de práticas anticoncorrenciais como abuso de posição dominante.

Diante desse cenário, pretende-se através do presente estudo analisar como a interoperabilidade e a portabilidade de dados podem se apresentar como medidas eficazes para garantir um mercado de redes sociais mais competitivo, gerando benefícios para os usuários – que terão a possibilidade da escolha do prestador – mais inovador e aberto para o surgimento de novos players, que hoje não são capazes de fazer frente aos operadores dominantes.

1. Contexto mercadológico das redes sociais

Considerando que o principal escopo de uma rede social é conectar usuários entre si, com criadores de conteúdo e com anunciantes, resta evidente que o valor de uma rede social será tão maior quanto o número de usuários ativos. No entanto, é preciso destacar que as redes sociais possuem um modelo de negócio próprio, onde o lucro não advém diretamente da utilização pelos usuários, posto que o serviço normalmente é oferecido de forma gratuita ou a baixíssimo custo, mas sim da exploração comercial dos dados que lhes são disponibilizados[4].

Há muito se sabe que o preço pelos serviços oferecidos pelas plataformas de redes sociais é pago por meio do fornecimento de informações privadas.[5] Entretanto, o que a grande maioria dos usuários desconhece é a dimensão e o volume dos dados coletados e inferidos a partir da análise de seus perfis, bem como o valor resultante dessa exploração. Como bem salienta Zuboff,[6] no capitalismo de vigilância, sob o subterfúgio de "personalização", todos os aspectos da experiência humana são utilizados como suprimentos de maté-

4. DONEDA, D. Reflexões sobre proteção de dados pessoais em redes sociais. Revista Internacional de Protección de Datos Personales. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. N. 1. Colômbia. 2012. p.7. Disponível em: https://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/10_Danilo-Doneda_FINAL.pdf.pdf . Acesso em: 16 jan. 2024.

5. Nesse sentido, Ilse Aigner, Ministra do consumo da República Federal da Alemanha, afirmou em 2010 que: "Todos que visitam um site de uma rede social devem ter consciência de que se trata de um modelo de negócio. O serviço não é gratuito. Nós, usuários, pagamos por este serviço com as nossas informações privadas" (tradução livre). The Independent. 15 de julho de 2010. Disponível em: https://www.independent.co.uk/news/media/german-minister-calls-for-internet-honour-code-2027047.html . Acesso em: 14 jan. 2024.

6. ZUBOFF, S. The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power. Ed. Profile Books. Kindle eBook. 2019.

ria-prima gratuita e traduzidos em dados comportamentais. Esses dados são então tratados por mecanismos de inteligência artificial e em seguida comercializados em "mercados de comportamentos futuros", gerando fortunas para as empresas que os detém. A corrida por esses lucros da vigilância, segundo a autora, reorientou a concorrência pelo mercado, que agora é determinada não mais pela qualidade do serviço prestado, mas pela confiabilidade das predições comportamentais[7].

Nessa lógica, quanto maior o número de usuários ativos em uma rede social, mais atrativa ela se torna para novos usuários (que buscam integrar uma rede robusta onde poderão se conectar com um maior número de pessoas), gerando cada vez mais dados a serem explorados pelas plataformas. Essa realidade resulta no fenômeno conhecido como "efeito de rede", em que os usuários buscam integrar redes sociais consolidadas, que já tenham um importante número de usuários com quem interagir. Assim, as vantagens obtidas pelo primeiro prestador de um determinado serviço o colocam rapidamente em uma posição dominante, dificilmente transponível por novos entrantes.

As grandes plataformas digitais, a fim de proteger a posição que ocupam, buscam acentuar esse efeito – ou, ao menos, não visam atenuá-lo. A consequência inevitável desse efeito é uma situação de bloqueio dos usuários (chamada de lock in), posto que, uma vez consolidado seus perfis, com a criação de conteúdos, conexões e histórico de atividades, dificilmente os usuários de uma rede terão interesse em migrar para outra rede social, onde seria necessário reconstruir um novo perfil a partir do zero[8]. O lock in, de certa forma, atinge também os anunciantes que precisam divulgar seus produtos naquela rede dominante, de acordo com os preços e condições por ela estipulados.

Como afirmado acima, o mercado das redes sociais é notoriamente marcado por uma forte concentração, não havendo concorrentes capazes de disputar a posição ocupada pelos 3 maiores players. O Facebook, por exemplo, é a rede social mais popular no mundo com cerca de 3 bilhões de usuários ativos.[9] Após a aquisição do Instagram e do WhatsApp pelo Facebook[10] (atual Meta), a

7. Ibidem.

8. DONEDA, D. op. cit. p.8.

9. Segundo dados publicados pela Statista. Disponível em: https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/ . Acesso em 22 maio 2024.

10. Essa transação deu origem a multas antitruste por parte das instituições da UE. Ver Affaire M.8228 — Facebook/WhatsApp (proc. artigo 14, parágrafo 1), 30 ago. 2017. Disponível em : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017M8228(03)&from=EN . Acesso em: 14 jan. 2024.

empresa passou a dominar amplamente o mercado de redes sociais[11]. Em segundo lugar entre as redes sociais mais acessadas, o Youtube, adquirido pela Google em 2006, conta com cerca de 2.5 bilhões de usuários em 2024[12]. Por fim, a plataforma chinesa de vídeos curtos TikTok se posiciona como uma das principais redes sociais entre o público mais jovem, contando hoje com mais de 1.58 bilhão de usuários mensais ativos[13].

Essa alta concentração do mercado além de dificultar a concorrência e diminuir as opções disponíveis aos consumidores, pode criar obstáculos à inovação ao concentrar ao capital humano, físico e econômico e empregá-lo na busca de lucros do capitalismo de vigilância[14].

Essa realidade gera diversos impactos econômicos para o mercado das redes sociais. Destacamos que, graças aos massivos investimentos em inteligência artificial visando aperfeiçoar cada vez mais os sistemas de predição comportamental das plataformas, a publicidade online se apresenta como principal eixo econômico desse mercado. A título ilustrativo, segundo balanço publicado referente ao terceiro trimestre de 2023, a receita obtida com a publicidade online no Facebook representa uma parcela superior a 97,5% de toda a receita da empresa[15].

O papel central dos dados para a economia de plataformas determina a prioridade de investimentos das empresas, que passa do setor de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) tradicional para uma orientação voltada para o desenvolvimento de novos modelos de predição comportamental.

A teoria proprietária trata a monetização dos dados pessoais como *commodification* dos dados pessoais. Segundo esse entendimento, os dados pessoais representariam não mais uma projeção da personalidade do indivíduo, mas uma "*commodity*", dotada de valor econômico e destinada a ser negocia-

11. No terceiro trimestre de 2023, os quatro principais produtos da Meta (Facebook, Facebook Messenger, WhatsApp e Instagram), contavam com cerca de 4 bilhões de usuários mensais além de liderar o ranking dos aplicativos móveis mais baixados no mundo, acumulando cerca de 6 bilhões de downloads apenas para o WhatsApp. Informação publicada pelo site Statista. Disponível em: https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/ . Acesso em: 22 maio 2024.

12. Segundo dados publicados pelo portal Statista. Disponível em: https://www.statista.com/topics/2019/youtube/#topicOverview . Acesso em: 22 maio 2024.

13. A título comparativo, a rede social X (antigo Twitter), em abril de 2024 contava com cerca de 611 milhões de usuários, segundo o portal Statista. Disponível em: https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by--number-of-users/ . Acesso em: 22 maio 2024.

14. DENART, L. et al. Étude sur l'interopérabilité impérative entre les plateformes de réseaux sociaux dans l'Union européenne. SciencesPo. 2023. 7 p. Disponível em https://www.sciencespo.fr/public/chaire-numerique/wp-content/uploads/2023/08/version-fr-Interoperability.pdf. Acesso em: 15 jan. 2024.

15. Conforme balanço do terceiro trimestre de 2023 divulgado pela Meta. Disponível em: https://investor.fb.com/investor--news/press-release-details/2023/Meta-Reports-Third-Quarter-2023-Results/default.aspx . Acesso em: 14 jan. 2024. No mesmo sentido, informações publicadas em 26 out. 2023 pela revista Reuteurs. Disponível em: https://www.reuters.com/technology/facebook-parent-meta-beats-revenue-estimates-lowers-2023-expenses-view-2023-10-25/ . Acesso em: 14 jan. 2024.

da no mercado digital[16]. Os usuários de redes sociais se limitam a atuar como fornecedores de matéria prima gratuita, sem qualquer ingerência sobre o valor e a utilização desses dados.

Com relação a essa comercialização dos dados, importante apresentar a distinção feita por Herscovici[17], que, em função dos tipos de informações tratadas, identifica dois tipos de mercado: primário e secundário. Enquanto o mercado primário representa uma relação direta com o consumidor final, que cria e disponibiliza nas plataformas de forma gratuita uma informação chamada de primeiro grau, tais como vídeos, fotos ou textos; o mercado secundário se caracteriza pela ausência de relação direta com o consumidor final / usuário – a partir da codificação das informações de primeiro grau são geradas informações de segundo grau, as quais, por sua vez, são dotadas de valor econômico. Segundo o autor,

> (...) enquanto as informações de primeiro grau são cedidas e disponibilizadas conscientemente na rede, pelo usuário, as informações de segundo grau não são disponibilizadas consciente nem voluntariamente pelos usuários na rede: à medida que, por exemplo, existem legislações relativas à proteção dos dados pessoais, e que as plataformas não respeitam essas legislações, essas informações são "roubadas", sem que os usuários o saibam.[18]

Paralelamente ao aspecto econômico, não se pode negligenciar os efeitos sociopolíticos desse mercado concentrado de redes sociais. Os atores dominantes desse mercado, pela posição privilegiada que gozam, impõem cláusulas abusivas aos seus usuários - por vezes até mesmo contrárias às legislações aplicáveis em matéria de proteção de dados pessoais[19] - que, em razão de sua posição de vulnerabilidade e da ausência de qualquer margem para negociação, devem aceitá-las integralmente. Nesse sentido, Zuboff[20] complementa que "os processos extrativos que tornam o big data possível normalmente ocorrem na ausência de diálogo ou de consentimento".

16. NEGRI, S. M. C. de A.; KORKMAZ, M. R. D. C. R.; FERNANDES, E. R.. Portabilidade e proteção de dados pessoais: tensões entre pessoa e mercado. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 10, n. 1, 2021. 22 p. Disponível em: http://civilistica.com/portabilidade-e-protecao-de-dados-pessoais/ . Acesso em: 15 jan. 2023.

17. HERSCOVICI. A. Big data, rastreabilidade e assimetrias de informação: opacidade, ingerência e democracia. Nova Economia. vol. 31, n. 3, 2021. 991 p. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/0103-6351/6075 . Acesso em: 15 jan. 2024.

18. Ibidem.

19. A esse respeito, a rede social Threads não foi autorizada a funcionar no mercado europeu em razão de uma possível desconformidade com a legislação europeia sobre proteção de dados pessoais – GDPR.

20. ZUBOFF, S. Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. In. BRUNO, F. et al. (org); Tradução: MOURÃO, H. C. et al. Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem. organização. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018. 34 p. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Bruno-Cardoso-17/publication/344333254_Apresentacao/links/5f691756299bf1b53ee97338/Apresentacao.pdf#page=142 . Acesso em: 16 jan. 2023.

Some-se a isso o fato de que essas empresas detêm atualmente grande parte dos principais elementos constitutivos da internet, a saber: o código, os dados e a infraestrutura[21], assemelhando-se assim a verdadeiras estruturas de governo privado, dotadas de uma poderosa capacidade de influenciar e manipular os comportamentos dos indivíduos.

Face ao exposto, conforme será demonstrado a seguir, parece-nos que impor uma obrigação de (ou garantir um direito à) interoperabilidade e portabilidade de dados no contexto das redes sociais é uma medida que poderia funcionar para salvaguardar os direitos dos usuários, minimizando os efeitos anticoncorrenciais que podem advir desse modelo econômico.

2. Portabilidade de Dados e Interoperabilidade

Ainda que distintas e possíveis de serem implementadas separadamente, interoperabilidade e portabilidade de dados estão estreitamente relacionadas. Essas medidas, já utilizadas amplamente em setores tradicionais como bancos, transportes e energia, apresentam-se como um aliado na promoção da concorrência nos mercados das plataformas digitais, incentivo à inovação e garantia de liberdade de escolha para o usuário, como veremos a seguir.

2.1 Portabilidade de Dados: Vantagens, Riscos e Desafios

Para fins do presente estudo, o termo portabilidade de dados pode ser entendido como a capacidade (ou, em alguns casos, o direito) de uma pessoa física ou jurídica de solicitar que um responsável de tratamento de dados lhe transmita, ou transmita a um terceiro específico, os dados pessoais que lhe concernem, em um formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática .[22]

Além do acesso aos dados, a portabilidade de dados, tal como prevista na Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 - Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), em seus artigos 11, 17, e 18, visa garantir também o direito de transmissão e utilização desses dados. Nesse sentido, Danilo Doneda afirma que a portabilidade de dados representa “a possibilidade de copiar e transferir os próprios dados pessoais inseridos em um determinado serviço (no nosso caso, em uma

22. OCDE; Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Mapping data portability initiatives, opportunities and challenges. OECD Digital Economy Papers. Dez. 2021. n. 321. 9 p. Disponível em: https://www.oecd.org/publications/mapping-data-portability-initiatives-opportunities-and-challenges-a6edfab2-en.htm . Acesso em: 14 jan. 2024.

rede social), de forma a permitir a sua re-utilização [sic] em outro serviço similar ou para outro uso possível[23]".

A rede social Facebook, por exemplo, permite que seus usuários solicitem uma cópia de seus dados através da opção "Baixar suas informações na Central de Contas". Porém, a utilidade dessa ferramenta é muito limitada, posto que não consegue ser transmitida e utilizada por um outro serviço. Sobre a diferença entre a portabilidade e o acesso aos dados, Viola e Heringer esclarecem que:

> (...) a portabilidade de dados pessoais não exclui, ao contrário, engloba o direito de acesso, mas com ele não se confunde, pois tem como principal finalidade a transmissão dos dados a um novo controlador, a pedido do titular, objetivando a reutilização desses dados para o mesmo ou para outro fim, porém com prestador de serviço (controlador) diverso. Por outro lado, não se pode confundir portabilidade com 'uso compartilhado de dados', que pode ocorrer mesmo sem o consentimento de seu titular, caso os controladores possuam uma base legal para tanto.[24]

Ainda, para serem eficazes, as medidas de portabilidade deverão, na maior parte dos casos, ser dinâmicas e ocorrer em prazos reduzidos[25].

Outro aspecto que merece ser esclarecido diz respeito à delimitação do alcance da portabilidade, para estabelecer se apenas os dados fornecidos pelo próprio titular são portáveis[26]. Considerando que a LGPD não impõe expressamente restrições ao exercício do direito de portabilidade, defende-se que esse direito deve ser exercido de modo amplo, abrangendo todos os dados pessoais

23. DONEDA, D. op. cit. p. 11.

24. VIOLA, M.; HERINGER, L. A Portabilidade na Lei Geral de Proteção de Dados. Instituto de Tecnologia e Sociedade: 2020. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2020/10/APortabilidade-na-LGPD.pdf . Acesso em: 16 jan. 2024.

25. De acordo com a OCDE, o "termo 'portabilidade de dados' abrange uma vasta gama de funcionalidades e iniciativas, que vão desde o download único de dados fornecidos não formatados, após um longo prazo, até o compartilhamento de um grande volume de dados em tempo real entre serviços digital por meio de uma API comum" (tradução livre). In. Portabilité des données, interopérabilité et concurrence des plateformes numériques Note de référence du Secrétariat. 2021. p.16 Disponível em: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2021)5/fr/pdf . Acesso em: 15 jan. 2024.

26. A respeito dos tipos de dados passíveis de serem portados sob a égide do RGPD, Jan Krämer, Pierre Senellart e Alexandre de Streel assim dispõem: "O escopo do direito de portabilidade está limitado a determinadas categorias de dados pessoais. O GDPR mencionou os dados fornecidos pelo titular dos dados. Nas suas Orientações interpretativas (guidelines), o EDPB (European Data Protection Board) menciona três categorias de dados: Os dados fornecidos ativa e conscientemente pelo titular dos dados, tais como nome, idade, endereço de correio eletrônico; Os dados observados fornecidos pelo titular dos dados em virtude da utilização do serviço ou do dispositivo, tais como histórico de pesquisa, dados de tráfego e localização, batimentos cardíacos monitorizados por um dispositivo vestível; e Os dados inferidos e dados derivados criados pelo controlador de dados com base nos dados fornecidos pelo titular dos dados, como o resultado de uma avaliação relativa à saúde de um usuário ou o perfil criado no contexto da gestão de riscos e regulamentos financeiros para atribuir uma pontuação de crédito. O EDPB observa que o direito de portabilidade deve ser interpretado de forma ampla e deve abranger as duas primeiras categorias, ou seja, os dados que foram ativamente fornecidos pelo titular dos dados, mas também os dados observados, e apenas a terceira categoria (os dados inferidos) não deve ser abordada. No entanto, resta saber se os juízes da UE seguirão uma interpretação tão ampla" (tradução livre). In: Making data Portability More Effective for The Digital Economy. 2020 p.19. Disponível em: cerre_making_data_portability_more_effective_for_the_digital_economy_june2020.pdf Acesso em 16 jan. 2024.

tratados. A leitura do caput do artigo 18 [27]sugere que a LGPD pretende assegurar ao titular o direito de exercer a portabilidade de seus dados de modo amplo, incluindo qualquer dado pessoal que tenha sido tratado, excluindo-se apenas dados que já tenham sido anonimizados, conforme expressamente previsto no art. 18[28], §7º , da LGPD – os quais perdem seu caráter de dado pessoal -e ressalvados os segredos comercial e industrial (LGPD, art. 18, V[29])[30]. Assim, entende-se que devem ser portáveis, tanto os dados fornecidos diretamente pelo titular, como também os dados observados a partir das atividades do utilizador, tais como, como cookies, histórico de navegação e de busca, dados de tráfego, geolocalização do usuário, número de cliques etc. Todavia, dados resultantes de uma análise comportamental realizada pelo controlador como parte de um tratamento de dados (por exemplo em casos de personalização, processos de recomendação, categorização ou perfilagem) são derivados ou inferidos dos dados originalmente fornecidos pelo titular, e não cobertos pelo direito de portabilidade.[31]

No âmbito da LGPD, outro aspecto importante a ser considerado diz respeito ao fato de a portabilidade poder envolver dados pessoais de terceiros. Essa situação demandaria uma análise específica de cada caso, para determinar, por exemplo, quem forneceu o dado, a quem esse dado foi associado pela plataforma, ou ainda se algum tratamento especial é necessário quando se tratar de um dado sensível[32].

Nos segmentos altamente consumidores de dados, como é o caso das redes sociais, as empresas se empenham para obter o máximo possível de tempo e atenção de seus usuários, a fim de coletar expressivas quantidades de dados. Essa coleta massiva de dados resulta em um "efeito de rede", em que, de um lado, os usuários se beneficiam, direta ou indiretamente, de uma melhoria na prestação dos serviços em razão do tratamento desses dados, seja por meio de acesso a mais conteúdos, mais usuários para interagir, ou até mesmo pelo aperfeiçoamento do algoritmo da rede, que permitirá acesso a serviços mais personalizados. Por outro lado, esses mesmos usuários se tornam reféns

27. LGPD, art. 18: "O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:(...)

28. LGPD, art. 18, § 7º: "A portabilidade dos dados pessoais a que se refere o inciso V do caput deste artigo não inclui dados que já tenham sido anonimizados pelo controlador".

29. LGPD, art. 18, V: "portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial".

30. VIOLA, M.; HERINGER, L. op. cit. p.5.

31. KRÄMER, J.; SENELLART, P.; DE STREEL, A. Making data Portability More Effective for The Digital Economy. 2020. p. 20. Disponível em: https://cerre.eu/publications/report-making-data-portability-more-effectivedigital-economy/. Acesso em: 15 jan. 2024.

32. NEGRI, S. M. C. de A.; KORKMAZ, M. R. D. C. R.; FERNANDES, E. R. Op. cit. p.32

do prestador inicial, posto que a mudança para uma outra rede social exigiria uma série de medidas como baixar a integralidade de suas fotos e conteúdo, estabelecer novas conexões, criar um novo perfil, entre outros. Todos esses empecilhos concorrem para impedir a entrada de novos players no mercado, além de vantagens significativas para o prestador inicial.

Diante dessa situação, a portabilidade de dados pode se apresentar como um mecanismo capaz de reduzir os custos[33] para a mudança de prestador, fomentar a concorrência e facilitar o surgimento de novos atores no mercado.

Todavia, em algumas situações, a portabilidade dos dados pode ter uma eficácia bastante limitada, como por exemplo, quando, em função do respeito à privacidade e à proteção dos dados pessoais, haja restrições sobre a extensão dos dados portáveis, ou ainda quando a posição dominante do operador da rede social decorre mais da qualidade de seus algoritmos do que da disponibilidade de dados. Nesse sentido, o estudo apresentado por Nicholas e Weinberg[34] a respeito dos dados disponibilizados para portabilidade pela plataforma Facebook demonstrou que essa medida isolada se mostra insuficiente para garantir o surgimento e coexistência de novos serviços. O resultado dessa pesquisa concluiu que "não é possível replicar o Facebook com os dados exportados do Facebook". Outro exemplo que corrobora esse poder limitado da portabilidade diz respeito ao lançamento da rede social Google+, em que, a autoridade britânica de Competitions and Markets entendeu que o acesso a uma grande quantidade de dados, como no caso do Google, não seria um fator determinante para se garantir uma entrada bem-sucedida no setor de mídias sociais[35].

Outro caso interessante de redução dos efeitos da portabilidade foi a análise pela Comissão Europeia, em 2014, no momento da fusão entre as empresas Facebook e WhatsApp, em que se verificou até que ponto os limites da portabilidade de dados poderiam representar uma barreira para a mudança de prestador pelos consumidores, e quais seriam as consequências para a concorrência. Segundo entendimento da Comissão, a portabilidade dos dados

33. Segundo, Denart, Fröhlich, Koch e Maggi, "no contexto das plataformas de rede social, os custos da mudança são bastante elevados, incluindo os custos financeiros (por ex. taxas de cancelamento), custos de tempo (busca de alternativas, mudança real e aprender como funciona uma nova plataforma) e os custos psicológico (por exemplo, apego emocional a uma plataforma) e criam uma situação em que os usuários provavelmente vão se manter na plataforma original". (tradução livre). DENART, L., et al. Op. cit. p.11. Disponível em: https://www.sciencespo.fr/public/chaire-numerique/wp-content/uploads/2023/08/version-fr-Interoperability.pdf . Acesso em: 15 jan. 2024.

34. NICHOLAS, G.; WEINBERG, M.. Data Portability and Platform Competition: Is User Data Exported From Facebook Actually Useful to Competitors?. NYU School of Law. 2019. p. 3. Disponível em: https://www.nyuengelberg.org/outputs/data-portability-and-platform-competition/ Acesso em: 15 jan. 2024.

35. Competition and Markets Authority do Reino Unido. Online platforms and digital advertising. 2020, p. 138. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf Acesso em: 15 jan. 2024.

teria pouco impacto para impedir essa troca, tendo em vista que a lista de contatos do WhatsApp pode ser portada para um aplicativo concorrente (desde que autorizada pelo usuário) e que o histórico de mensagens instantâneas trocadas via aplicativo permanece disponível no smartphone, a menos que seja intencionalmente deletado ou que o aplicativo seja desinstalado[36].

Uma outra circunstância que essa medida não resulta em impactos significativos são as situações em que uma plataforma digital dominante não tenha nenhum concorrente direto presente no mercado e nem mesmo haja um novo fornecedor almejando explorar aquele mercado – ainda que nesses casos, a portabilidade possa ser útil para promover a concorrência em mercados conexos ou complementares ao da plataforma dominante.[37]

A imposição da portabilidade de dados pode também não ser adequada sobre dados cuja obtenção exija investimentos importantes, visto que poderia desencorajar os investimentos nessa seara, afetando de forma negativa seu desenvolvimento. Nesses casos, para proteger a concorrência e, consequentemente, o consumidor, seria talvez necessário delimitar a extensão dos dados portáveis ou, ao menos, estabelecer uma compensação em condições FRAND (acrônimo, em inglês, para Fair, Reasonable and Non-Discriminatory)[38].

Apesar dessas limitações apresentadas, resta evidente o papel fundamental da portabilidade de dados como ferramenta para eliminar as barreiras para entrada de novos prestadores no mercado das redes sociais, decorrentes do efeito de rede, e fomentar a inovação.

2.2 Interoperabilidade: Vantagens, Riscos e Desafios

A interoperabilidade pode ser definida como uma característica que se refere à capacidade de diversos sistemas e organizações trabalharem em conjunto (interoperar) de modo a garantir que pessoas, organizações e sistemas computacionais interajam para trocar informações de maneira eficaz e eficien-

36. Decisão da Comissão Europeia de 03 out. 2014 declarando a concentração compatível com o mercado comum. (Case No COMP/M.7217 - FACEBOOK / WHATSAPP). Parágrafo 113.. In verbis: "In the present case, the Commission has not found any evidence suggesting that data portability issues would constitute a significant barrier to consumers' switching in the case of consumer communications apps. Indeed, communication via apps tends to consist to a significant extent of short, spontaneous chats, which do not necessarily carry long-term value for consumers. In any event, data portability is unlikely to prevent switching since the messaging history from a consumer communication app remains accessible on a user's smartphone even if the user starts using a different consumer communications app, as long as the user does not decide to delete such history or to uninstall the app. Finally, the contact list of a WhatsApp user can be ported: a competing app would have access to it, subject to a user's authorization". Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf . Acesso em: 15 jan. 2024.

37. OCDE. Portabilité des données, interopérabilité et concurrence des plateformes numériques. Note de référence du Secrétariat. 2022. p.55. Disponível em: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2021)5/fr/pdf Acesso em: 15 jan. 2024.

38. Ibidem. p. 51.

te[39]. Segundo Ian Brown, trata-se de um mecanismo técnico que permite que sistemas informáticos funcionem juntos – ainda que pertençam a empresas diferentes[40], sendo frequentemente apontado como uma ferramenta capaz de atenuar o poder das grandes plataformas, reduzindo a concentração de poder no setor, ao permitir que os usuários mantenham o efeito de rede em novos serviços. A título ilustrativo, podemos imaginar um caso de interoperabilidade de redes sociais onde usuários pudessem ler e interagir com as postagens publicadas na rede social X (antigo Twitter) diretamente a partir de sua conta em redes concorrentes, como o Threads ou o Mastodon, sem necessidade de uma conta na rede X.

Em função do nível de integração técnica, a interoperabilidade pode ser classificada como vertical ou horizontal[41]. A interoperabilidade vertical corresponde à capacidade de interconexão de produtos complementares, em que dados, conteúdos e recursos de outro fornecedor são incorporados a um serviço. Podemos citar como exemplo uma rede social que realize uma interoperabilidade vertical com uma plataforma de comércio eletrônico, permitindo aos usuários compartilhar as informações de suas compras com seus contatos, que poderão realizar a mesma transação. Já a interoperabilidade horizontal representa a capacidade de serviços digitais de se comunicar com serviços rivais, entre produtos concorrentes. A título ilustrativo, esse mecanismo poderia permitir o envio de mensagens via WhatsApp diretamente para usuários do Telegram ou Signal.

Ainda que os conceitos de interoperabilidade e portabilidade de dados não se confundam, essas ferramentas estão frequentemente interligadas. Assim, para se garantir uma portabilidade contínua de dados (em oposição a uma portabilidade estática) é necessário que haja uma interoperabilidade entre sistemas.

Como visto acima, o mercado das redes sociais é fortemente marcado pelo efeito de rede, esse círculo virtuoso em que o valor do produto aumenta direta e proporcionalmente ao número de usuários. Assim, um indivíduo que passou anos alimentando seu perfil em uma rede social, dificilmente se interessará por um serviço concorrente – ainda que mais vantajoso – se essa migração implica na perda das informações de seu perfil (incluindo conteúdos, interações,

39. Definição dada pelo Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos. Disponível em: https://www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/interoperabilidade Acesso em: 15 jan. 2024.

40. BROWN, I. The Technical Components of Interoperability as a Tool for Competition Regulation. Open Forum Academy. Nov. 2020. p.1. Disponível em: https://osf.io/6er3p . Acesso em: 15 jan. 2024.

41. RILEY, C. Unpacking interoperability in competition. Journal of Cyber Policy. vol. 5, n. 1. 2020. p. 95. Disponível em: https://doi.org/10.1080/23738871.2020.1740754. Acesso em 15 jan. 2024.

conexões e contatos). A ausência da interoperabilidade entre as redes sociais, além de uma barreira de entrada para o mercado, fortalece o efeito "lock in" dos usuários.

Sustenta-se que, se as redes sociais fossem interoperáveis, os efeitos de rede seriam benéficos não apenas para um prestador único, mas a todos os atores do mercado, incluindo pequenos concorrentes e principalmente os usuários, em razão da redução de custos de mudança de serviço e redução das barreiras de entrada para novos players.

A implementação da interoperabilidade pode ser feita por meio de uma Interface de Programação de Aplicações (do inglês, Application Programming Interface, API), que é um mecanismo técnico comum que permite a comunicação e interação entre plataformas por meio de uma série de padrões e protocolos[42]. Cada API deve definir a maneira como os componentes das plataformas vão se comunicar, quais dados serão compartilhados e sob qual formato. Como ferramenta para remediar problemas de concorrência no mercado de redes sociais, entendemos que a obrigação de interoperabilidade deve ser assimétrica, aplicando-se apenas às plataformas dominantes no mercado, as chamadas "gatekeepers"[43] pelo Digital Markets Act ("DMA[44]")[45] . Ressalte-se que eventual interoperabilidade simétrica, em que os novos entrantes também são obrigados a fornecer a API, tende a reforçar o poder de mercado dos operadores dominantes: os usuários poderiam permanecer nessas plataformas, com a possibilidade de usufruir dos benefícios oferecidos pelos novos prestadores[46].

A portabilidade via API, no entanto, gera questionamentos a respeito dos riscos ligados à proteção dos dados e ao respeito à privacidade. Se APIs abertas são fundamentais para quebrar essa dinâmica de mercado que favorece o surgimento de monopólios, são também mais vulneráveis a ciberataques. De fato, um grande número de acesso de terceiros a uma plataforma pode acarretar a corrupção desses dados pessoais bem como violações de segurança. Isso porque um pequeno prestador de serviços não tem os mesmos recursos

42. A Comissão Europeia, ao aprovar a fusão entre Google e Fitbit em 2020, exigiu um compromisso de interoperabilidade. Google teve que se comprometer a manter o acesso aos dados de saúde e condicionamento físico dos usuários por meio de aplicativos, sem cobrar por esse acesso e sujeito ao consentimento do usuário.
In: Mergers: Commission clears acquisition of Fitbit by Google, subject to conditions. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2484 . Acesso em: 16 jan. 2024.)

43. Em 06 de setembro de 2023, a Comissão Europeia designou 6 gatekeepers que deverão garantir a conformidade de seus serviços ao Digital Markets Act (DMA). São eles: Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta, Microsoft. In: Commission designates six gatekeepers under the Digital Markets Act. Disponível em: https://digital-markets-act.ec.europa.eu/commission-designates-six-gatekeepers-under-digital-markets-act-2023-09-06_en . Acesso em: 16 jan. 2024.

44. Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act).

45. As obrigações de interoperabilidade previstas no DMA, por ora, não se aplicam às redes sociais.

46. DENART, L. et al. Op. cit. p.13.

de segurança que dispõem as grandes plataformas digitais, sendo, portanto, mais vulneráveis. Justamente para garantir a segurança dos dados, a LGPD estabelece, em seu art. 40, que os padrões de interoperabilidade para fins de portabilidade deverão ser estabelecidos pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Outro problema que surge da utilização de APIs é que elas são serviços prestados de uma parte à outra, não tendo a parte que utiliza a API qualquer ingerência no desenvolvimento desta. Assim, pequenas mudanças na API pelo prestador dominante podem gerar obstáculos intransponíveis sobre o modelo econômico de empresas que dependem da referida API. Um exemplo dessa afirmação foi o encerramento das atividades do Tweetbot e Twitterrific após o bloqueio intencional por parte do Twitter dos acessos de terceiros à sua API, em uma clara ação de abuso de posição dominante. Na mesma linha, mudanças na API de postagens cruzadas do Facebook – a qual permitia que usuários postassem conteúdo em diferentes plataformas simultaneamente - sob a vaga justificativa de segurança e privacidade de dados, provocaram prejuízos para usuários, ao reduzir a capacidade de alcance de público na oferta de seus produtos.[47]

É preciso ter cautela pois, se a falta de interoperabilidade pode causar prejuízos para a concorrência e para os usuários que sofrem com o efeito lock in, a obrigatoriedade da interoperabilidade indistintamente a todos os operados também pode gerar impactos negativos para o mercado, como limitar o surgimento de novos prestadores e acentuar monopólios, posto que não será necessário deixar o prestador dominante para usufruir das novas ferramentas disponíveis no mercado.

Considerações Finais

Buscou-se analisar, neste trabalho, como a dinâmica das redes sociais contribui para um mercado altamente concentrado, com impactos negativos para usuários, empresas e para a sociedade como um todo.

Essa forte concentração resulta de características próprias do modo de funcionamento desse mercado, como os efeitos de rede, os custos elevados para troca de prestador e as fortes barreiras de entrada para novos prestadores (muito em razão do controle e acesso aos dados dos usuários). O resultado é uma limitação do poder de escolha dos usuários combinada com uma restrição à inovação.

47. Competition and Markets Authority do Reino Unido. Op. cit. pp 371 – 372.

Diante desse panorama, defendemos que a portabilidade de dados e a interoperabilidade, apesar dos limites de sua eficácia e dos riscos que podem gerar, em certas circunstâncias, são mecanismos que, implementados de forma adequada, podem trazer impactos positivos para toda a comunidade das redes sociais, compensando a concentração e garantindo uma repartição mais justa do mercado. Os usuários, por sua vez, poderão beneficiar de uma maior oferta de serviços e da possibilidade de escolha, em razão da redução dos custos de mudança.

Referências

BOURREAU, Marc; KRÄMER, Jan; BUITEN, Miriam. Interoperability in Digital Markets. Mar. 2022. Disponível em: https://cerre.eu/publications/interoperability-in-digital-markets/ Acesso em: 16 jan. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

BRASIL. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos. Governo Digital. Interoperabilidade. Disponível em: https://www.gov.br/governodigital/pt-br/governanca-de-dados/interoperabilidade . Acesso em: 16 jan. 2024.

BROWN, Ian. The technical components of interoperability as a tool for competition regulation. Set. 2020. Disponível em: https://doi.org/10.31219/osf.io/6er3p . Acesso em: 15 jan. 2024.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. Online platforms and digital advertising. Market study final report. Jul. 2020. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf . Acesso em: 16 jan. 2024.

COMISSÃO EUROPEIA. Case No. COMP/M.7217 – Facebook/ WhatsApp. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf . Acesso em: 16 jan. 2024.

DENART, Louis; FRÖHLICH, Noah; KOCH, Nicoletta; MAGGI, Giovanni. Étude sur l'interopérabilité impérative entre les plateformes de réseaux sociaux dans l'Union européenne. Sciences-Po. 2023. Disponível em: https://www.sciencespo.fr/public/chaire-numerique/wp-content/uploads/2023/08/version-fr-Interoperability.pdf. Acesso em: 15 jan. 2024.

DONEDA, Danilo. Reflexões sobre proteção de dados pessoais em redes sociais. Revista Internacional de Protección de Datos Personales. Colômbia, n. 1, p. 2-12, 2012. Disponível em: https://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/10_Danilo-Doneda_FINAL.pdf.pdf Acesso em: 15 jan. 2024.

FRAZÃO, Ana. Nova LGPD: ainda sobre o direito à portabilidade. Nov 2018. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-ainda-sobre-o-direito-a-portabilidade-14112018 Acesso em: 15 jan. 2024.

GRAEF, Inge; HUSOVEC, Martin; PURTOVA, Nadezhda. Data Portability and Data Control: Lessons for an Emerging Concept in EU Law. German Law Journal. vol. 19, n. 6, p. 1359-1398, 2018. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3071875 . Acesso em: 15 jan. 2024.

HERSCOVICI. Alain. Big data, rastreabilidade e assimetrias de informação: opacidade, ingerência e democracia. Nova Economia. vol. 31 n.3 p.981-1010. 2021. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/0103-6351/6075 . Acesso em: 15 jan. 2024.

KRÄMER, Jan; SENELLART, Pierre; DE STREEL, Alexandre. Making Data Portability More Effective for The Digital Economy. 2020. Disponível em: https://cerre.eu/publications/report-making-data-portability-more-effectivedigital-economy/. Acesso em: 15 jan. 2024.

NICHOLAS, Gabriel; WEINBERG, Michael. Data Portability and Platform Competition: Is User Data Exported From Facebook Actually Useful to Competitors?. NYU School of Law. 2019. Disponível em: https://www.nyuengelberg.org/outputs/data-portability-and-platform-competition/ Acesso em: 15 jan. 2024.

OCDE; Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Données Massives : Adapter La Politique De La Concurrence À L'ère du Numérique. 29-30 Nov. 2016. Disponível em: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/fr/pdf Acesso em: 16 jan. 2024.

_____. Mapping data portability initiatives, opportunities and challenges. OECD Digital Economy Papers. Dez. 2021. N. 321. Disponível em: https://www.oecd.org/publications/mapping-data-portability-initiatives-opportunities-and-challenges-a6edfab2-en.htm . Acesso em: 14 jan. 2024.

PAUL, Katie; MALIK., Yuvraj. Facebook-parent Meta beats revenue estimates on digital ad strength. Reuters. 2023. Disponível em: https://www.reuters.com/technology/facebook-parent-meta-beats-revenue-estimates-lowers-2023-expenses-view-2023-10-25/. Acesso em: 13 jan. 2024.

RILEY, Chris. Unpacking interoperability in competition. Journal of Cyber Policy. vol. 5, n. 1, p.94-106. 2020. Disponível em: https://doi.org/10.1080/23738871.2020.1740754. Acesso em: 15 jan. 2024.

STATISTA. Most popular social networks worldwide as of April 2024, ranked by number of monthly active users. Disponível em: Biggest social media platforms 2024 | Statista . Acesso em: 26 maio 2024.

VIOLA, Mario; HERINGER, Leonardo. A Portabilidade na Lei Geral de Proteção de Dados. Instituto de Tecnologia e Sociedade: 2020. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2020/10/A-Portabilidade-na-LGPD.pdf . Acesso em: 16 jan. 2024.

ZUBOFF, Shoshana. Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. In: BRUNO, Fernanda; CARDOSO, Kanashiro; GUILHON, Marta; MELGAÇO, Luciana (Org.). Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 17-68. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Bruno-Cardoso-17/publication/344333254_Apresentacao/links/5f691756299bf1b53ee97338/Apresentacao.pdf#page=142 . Acesso em: 16 jan. 2023.

_____. Un capitalisme de surveillance. Le Monde Diplomatique. p.1, 10-11. 2019. Disponível em : https://www.monde-diplomatique.fr/2019/01/ZUBOFF/59443 . Acesso em: 15 jan. 2024.

DIÁLOGOS DA
PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DIGITAL

4

A tutela do direito de imagem póstumo no cinema: debates acerca da regulação quanto à recriação digital de pessoas falecidas mediante o uso da inteligência artificial no audiovisual

THIAGO DOS SANTOS BRAZ DA CRUZ

THIAGO DOS SANTOS BRAZ DA CRUZ[1]

Sumário: Introdução. 1. Da tecnologia como meio de recriação digital da imagem. 2. Dos casos concretos de pessoas falecidas recriadas digitalmente via IA. 3. Da tutela dos dados biométricos na recriação imagética *post mortem*. 4. Da previsão quanto à proteção do direito da personalidade de pessoa falecida no ordenamento jurídico brasileiro. 5. Do vácuo normativo quanto à tutela patrimonial do direito de imagem de pessoa falecida. 6. Dos direitos da personalidade e Direito digital na atualização do Código Civil. Considerações finais. Referências.

Introdução

O presente artigo tem como objetivo abordar o direito de imagem de pessoa natural mediante seu uso a partir da sua recriação por meio de inteligência artificial e as implicações da regulação de tal tecnologia e da sua utilização, levando-se em consideração os aspectos jurídicos e éticos, mais especificamente na realização de obras cinematográficas. Portanto, buscar-se-á refletir sobre até que ponto tal questão respeita os direitos da personalidade.

A importância do tema se dá devido ao aumento de controvérsias sobre o assunto e da crescente judicialização acerca do direito de imagem. Tal fato se deve ao avanço da inteligência artificial em vários campos da arte, tendo o ramo cinematográfico explorado cada vez mais tal recurso, gerando debates sobre o uso dessa tecnologia e a requisição do consentimento para sua aplicação.

Além do direito à imagem, o direito da personalidade nesse aspecto também abarca os dados, a tutela da identidade, a honra e a reputação. A imagem, conforme previsão na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – Lei nº 13.709/2018, é considerada dado pessoal. Entretanto, há de se considerar também o fato de essa legislação não trazer previsão expressa sobre pessoas falecidas e o uso da sua imagem contrário a ideais expressos por elas em vida, apesar da tutela do Código Civil, sobre a qual se debate se suas normas seriam cogentes ou poderiam ser afastadas pela vontade da parte interessada.

Ademais, há a questão sobre se a imagem considerada como dado pessoal, tal qual na recriação digital em que a reprodução visual do indivíduo falecido se utiliza de dados biométricos, por exemplo, implicaria a aplicação

1. Residente jurídico do Centro de Estudos da PGM Rio; Assessor editorial da EdUERJ; Advogado; Revisor. Pós-graduando lato sensu em Direito Digital (ITS Rio-UERJ), em Direito Municipal Contemporâneo (PGM Rio-UERJ) e em Direito Financeiro e Tributário (UERJ); Pós-graduado lato sensu em Administração Pública (CEPERJ); Graduado em Direito (UERJ) e Letras Português-Inglês (UERJ-FFP). Email: thiago_sbraz@hotmail.com

da LGPD, bem como se esta, sendo uma lei mais específica, prevaleceria sobre o Código Civil.

Serão estudados casos práticos como o do ator Paul Walker em *Velozes e Furiosos 7*, episódio pioneiro em que sua imagem foi recriada digitalmente após sua morte em um acidente de carro na mesma época em que o filme estava sendo gravado – sem relação entre esses dois fatos –, com o objetivo de assegurar a continuação da obra. Também serão abordados o da cantora Elis Regina, que teve sua imagem recriada em uma propaganda da Volkswagen e episódios relacionados à franquia *Star Wars*.

Os objetivos específicos do presente artigo são analisar o ordenamento jurídico pátrio sobre o viés da recriação de imagens por inteligência artificial de pessoas falecidas, debater sobre tal uso, bem como expor casos concretos e discutir sobre a tutela do uso sensível de dados na recriação de tais imagens.

1. Da tecnologia como meio de recriação digital da imagem

A mudança do paradigma tecnológico trouxe novos parâmetros para além da retratação estática de um ser humano, a partir do momento em que a reconstrução digital de imagens por meio das *deep fakes* – mediante o uso do sistema de inteligência artificial – viabiliza a criação de vídeos de indivíduos em cenas inéditas baseados em imagens e vídeos antigos armazenados em um banco de dados, por meio do uso da "técnica que opera a fusão de imagens em movimento, gerando um novo vídeo, cujo grau de fidedignidade é elevado a um patamar que somente com muita atenção se consegue notar se tratar de uma montagem"[2].

É inegável, portanto, que as várias técnicas de reconstrução digital geraram impactos de maneira deveras relevante para além do conceito de imagem, uma vez que possibilitou a inovação das maneiras de se causar danos à imagem de um indivíduo, fazendo com que o potencial lesivo atingisse patamares inimagináveis há até poucos anos.

Pode-se citar, por exemplo, o uso de *deep fakes* no processo eleitoral, tema abordado pelo Projeto de Lei nº 1.002/2023, o qual propõe alteração na Lei nº 9.504/1997 – que estabelece normas para as eleições – a fim de dispor sobre tal inovação tecnológica no processo eleitoral. Um caso recente foi a disputa

2. AFFONSO, Filipe José Medon. O direito à imagem na era das *deep fakes*. 09 abr. 2021. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 27, n. 01, 2021. Disponível em: https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/438. Acesso em: 16 jan. 2023.

eleitoral para a presidência da Argentina em 2023, na qual ambos os lados se utilizaram do recurso de inteligência artificial a fim de angariar vantagens sobre seu adversário[3].

2. Dos casos concretos de pessoas falecidas recriadas digitalmente via IA

Em julho de 2023, a Volkswagen lançou uma campanha publicitária comemorativa dos seus 70 anos no Brasil, a qual tinha como protagonista a cantora Elis Regina, falecida em 1982. Tal iniciativa provocou algumas críticas por se aproveitar da recriação digital da imagem e da voz da artista ao se utilizar da inteligência artificial como ferramenta para criação de *deep fake*.

Com o fim de verificar se tal ato teria violado preceitos éticos, foi instaurado um processo pelo CONAR, bem como para averiguar se a publicidade teria induzido a erro dos consumidores, uma vez que não informou que tal promoção utilizou-se de inteligência artificial. Apesar de a companhia assegurar que houve acordo com a família da cantora, inclusive com a participação de uma das filhas da artista, a também cantora Maria Rita, cabe o questionamento se a família de uma pessoa falecida é legitimada para autorizar a recriação de sua imagem e voz com objetivo comercial.

Um dos casos mais emblemáticos do cinema é o do filme *Rogue one: uma história Star Wars* (2016), em que se recriou digitalmente a imagem do ator Peter Cushing – intérprete do personagem Comandante Tarkin em outros filmes da saga –, falecido em 1994. Esse fato gerou vários debates sobre a necessidade de autorização dos herdeiros para tal, pois não se tratava da mera reprodução de imagens captadas no passado, mas sim da elaboração de novas imagens a partir de capturas pretéritas. No caso em questão, a Disney buscou a aprovação do legado do ator, pois uma lei californiana de 1985 prevê a necessária concordância dos familiares dos artistas até setenta anos após sua morte, tendo como objetivo principal a não violação do que foi construído em vida pelo indivíduo ao se utilizar da recriação digital da imagem.

Ainda se discutiu a recriação imagética de outra atriz da saga, Carrie Fisher, que interpretou a icônica princesa/senadora Leia em cinco filmes da série, vindo a falecer em 2017, antes do término das filmagens de mais um filme que também teve sua participação. Contudo, a Disney anunciou que não

3. DURÃES, Uesley. "Novo estágio das fake news": deepfake vira arma de campanha na Argentina. 18 nov. 2023. UOL. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2023/11/18/novo-estagio-das-fake-news-deepfake-vira-arma-de-campanha-na-argentina.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.

procederia dessa forma novamente, mesmo tendo usado a inteligência artificial para rejuvenescer a atriz no primeiro filme aqui citado[4].

Paul Walker, morto em um acidente de carro em 2013, durante as gravações do longa-metragem *Velozes e Furiosos 7* – contudo, não tendo a fatalidade ironicamente qualquer relação com a obra –, foi "ressuscitado" a partir da aplicação de uma mistura de inteligência artificial, computação gráfica e a participação de seu irmão para que a cena final do filme – em que seu personagem Brian O'Conner e Dominic Toretto tomam rumos diferentes, encerrando a parceria dos dois dentro da trama – fosse concluída.

O estúdio do diretor neozelandês Peter Jackson, também responsável pela adaptação dos livros *O Senhor dos Anéis* e *O Hobbit*, foi o responsável pela empreitada. Mike Chambers, presidente do conselho da Sociedade Americana de Efeitos Visuais, esclarece que o uso de dublês é o primeiro passo para filmar grande parte das cenas. Em seguida, coloca-se o rosto do ator em questão por cima do deles. Além disso, algumas técnicas de animação fazem com que os movimentos do rosto se encaixem nos movimentos do dublê para que se consiga um aspecto mais natural. O crítico de cinema Scott Foundas, da revista *Variety*, afirmou na época que, com a evolução crescente da tecnologia, em um futuro próximo será possível fazer filmes inteiros com atores que já faleceram, como Marilyn Monroe e Humphrey Bogart[5].

Antes dos casos anteriormente citados, em 1994, a tecnologia permitiu devolver à vida o ator Brandon Lee, filho do lendário Bruce Lee, morto em meio às filmagens do longa *O Corvo*. Tal fato também ocorreu em 2000 com o ator Oliver Reed em *Gladiador*. No entanto, nessas ocasiões a técnica ainda era um pouco rudimentar, ao contrário dos dias atuais em que, segundo especialistas, é quase impossível diferenciar as cenas "reais" das geradas com o auxílio de programas de computador[6].

Várias nações têm discutido tal assunto em meio ao surgimento de uma nova frente quanto às disposições testamentárias de pessoas em prol da preservação da própria imagem, voz ou nome. Um precursor quanto ao tema foi o ator Robin Williams, que transmitiu para a instituição de caridade Windfall

4. RODRIGUES, Marcelo. O legado de Leia: futuros *Star Wars* não terão versão "CG" de Carrie Fisher. 14 jan. 2017. Tecmundo. Disponível em: https://www.tecmundo.com.br/star-wars/113464-legado-leia-futuros-star-wars-nao-terao-versao-cg-carrie--fisher.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.

5. GONZÁLEZ, Jaime. Como o ator Paul Walker foi "ressuscitado" para "*Velozes e Furiosos 7*". 1º abr. 2015. BBC mundo. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/04/150401_paul_walker_ressucitado_velozes_furiosos_rb. Acesso em: 16 jan. 2023.

6. GONZÁLEZ, Jaime. Como o ator Paul Walker foi "ressuscitado" para "*Velozes e Furiosos 7*". 1º abr. 2015. BBC mundo. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/04/150401_paul_walker_ressucitado_velozes_furiosos_rb. Acesso em: 16 jan. 2023

Foundation todos os direitos sobre a exploração de seu nome, sua assinatura e sua imagem em vídeo ou fotografia, apesar de ter expressamente proibido tais usos em qualquer mídia produzida com viés comercial pelo prazo de vinte e cinco anos a partir de sua morte, ocorrida em 2014.

Outro exemplo interessante é o do ator Samuel L. Jackson, que revelou não aceitar contratos que estipulem a recriação de sua imagem por inteligência artificial, tendo tal preocupação há décadas[7].

> "As pessoas começaram a pensar nisso agora? Eu tenho feito essas perguntas há muito tempo. O primeiro diretor que pediu para me escanear foi George Lucas [em *Star Wars: A Ameaça Fantasma*], e eu fiquei desconfiado. George e eu somos amigos, então conversamos bastante sobre isso, e ele me explicou que era apenas uma questão prática: como ele tinha todas essas pessoas mais velhas no elenco, queria ter certeza de poder utilizar suas personagens nas sequências, mesmo se algo acontecesse com elas", comentou. Em sua experiência no MCU, continuou Jackson, cada mudança de visual de Nick Fury foi acompanhada de uma sessão de "escaneamento". "Quando fiz *Capitã Marvel*, e eles iam me rejuvenescer digitalmente, um alarme acendeu na minha cabeça: 'Eles podem fazer isso, usar o meu rosto, quando quiserem!'. Acho que pode ser algo preocupante, sim", contou.
> "No futuro, atores devem fazer o que eu sempre faço: quando leio um contrato e vejo as palavras 'podemos usar sua imagem em perpetuidade', ou 'em circunstâncias conhecidas ou ainda não conhecidas', risco elas do papel. Não assino. É o meu jeito de dizer que não aprovo isso", completou ele.

Apesar de estar se tornando uma prática cada vez mais comum, caso a pessoa falecida não tenha deixado nenhuma orientação escrita quanto ao uso de tais atributos, o ordenamento jurídico pátrio estabelece veementemente proteções quanto aos direitos da personalidade, tal qual pode se observar no artigo 1º, inciso III, e no artigo 5º, inciso X, ambos da Constituição Federal. Vale ressaltar que a tutela da autodeterminação individual foi reiterada pela Emenda Constitucional nº 115/2022, a qual incluiu "o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais" entre os direitos fundamentais.

7. COLETTI, Caio. Samuel L. Jackson não assina contratos que permitem recriação por IA. 22 jun. 2023. Omelete. Disponível em: https://www.omelete.com.br/filmes/samuel-l-jackson-contratos-inteligencia-artificial. Acesso em: 16 jan. 2023.

3. Da tutela dos dados biométricos na recriação imagética *post mortem*

Como cunhou Stefano Rodotà[8], o conceito de corpo eletrônico se caracteriza como o conjunto de dados e informações que compõem nossa identidade, remetendo à ideia do corpo físico espelhado no ambiente virtual, ou seja, no local que abriga as informações relativas aos indivíduos.

De acordo com Chiara de Teffé[9]:

> Entende-se que dados que não pareçam relevantes em determinado momento, ou que não façam referência a alguém diretamente, uma vez transferidos, cruzados e/ou organizados, podem resultar em dados bastante específicos sobre determinada pessoa, trazendo informações, inclusive, de caráter sensível sobre ela. A preocupação, além de envolver o dado em si, engloba também a finalidade do tratamento realizado e as possibilidades de processamentos posteriores.

Tal recriação se utilizaria de dados biométricos, uma vez que seu processamento se dá por meios técnicos específicos mediante identificação inequívoca bem como autenticação de uma pessoa singular. O inciso II do artigo 5º da LGPD traz em seu rol exemplificativo de dados sensíveis o dado biométrico relacionado a uma pessoa natural.

A doutrinadora[10] ressalta também que:

> A notoriedade e a personalidade pública da pessoa influenciam a forma como seus direitos personalíssimos serão tutelados. Entende-se que pessoas notórias, como artistas, atletas, modelos e políticos, teriam seu direito de imagem protegido em intensidade mais branda. As hipóteses de violação a esse direito em razão da utilização sem autorização de seu titular seriam, portanto, mais restritas.

Contudo, no debate aqui proposto, a questão envolve não a veiculação de uma imagem pré-existente, mas uma recriação da mesma em um novo contexto e sob parâmetros inéditos, o que torna a violação ao direito de imagem ain-

8. RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. São Paulo: Editora Renovar, 2008.

9. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Dados pessoais sensíveis: qualificação, tratamento e boas práticas. 1ª edição. Indaiatuba – SP: Foco, 2022ª, p. 11.

10. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Liberdade de expressão e direito à imagem: critérios para a ponderação. In: SCHREIBER, Anderson; MORAES, Bruno Terra de; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Direito e mídia: tecnologia e liberdade de expressão. 2ª edição. Indaiatuba – SP: Editora Foco, 2022b. p. 92. Disponível em: https://www.academia.edu/67291912/Liberdade_de_express%C3%A3o_e_direito_%C3%A0_imagem_crit%C3%A9rios_para_a_pondera%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 16 jan. 2023.

da mais complexa ao se discutir inclusive as hipóteses em que não haja necessariamente qualquer tipo de prejuízo à imagem pessoal, não se tratando, pois, da modalidade *in re ipsa*, uma vez que a princípio não há um critério objetivo a ser verificado para que se presuma um resultado decorrente de fato ilícito.

Além disso, uma vez feito tal uso, seria minimamente cabível a obrigatoriedade em se informar ao público em geral que tal divulgação se trata de uma recriação artificial, em coadunação com os princípios da transparência, da veracidade e do devido cuidado.

4. Da previsão quanto à proteção do direito da personalidade de pessoa falecida no ordenamento jurídico brasileiro

Conforme o parágrafo único do artigo 12 do Código Civil brasileiro, são legitimados para requerer a proteção do direito da personalidade de pessoa falecida frente à ameaça ou lesão, bem como reclamar perdas e danos, o cônjuge sobrevivente ou algum parente até o quarto grau, seja em linha reta ou colateral. Além disso, o artigo 18 do mesmo diploma legal impede que seja usado nome de terceiro em propaganda comercial caso não haja prévia autorização. Por sua vez, o artigo 20 estipula que:

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

Portanto, conforme exposto, os artigos 12, 18 e 20 do Código Civil parecem ser suficientes e atuais para regular o direito de uso de imagem de pessoa morta, sendo, a princípio, necessária a autorização para a exploração de tal imagem após o respectivo falecimento a ser concedida pelos legitimados em questão. Todavia, um questionamento que se faz rotineiro é se tal rol de indivíduos apenas teria legitimidade para proteger a exploração indevida da imagem, mas não a autorizar previamente o seu uso, bem como se são cabíveis as mesmas regras no que concerne às pessoas públicas e as que não o são.

Além disso, apesar de tanto o artigo 12 quanto o artigo 20 estabelecerem que tal proteção se estende para além da morte do seu titular, há um impasse

sobre os legitimados, pois o artigo 12 fala do cônjuge sobrevivente e parentes em linha reta ou colateral até o quarto grau, enquanto o artigo 20 trata do cônjuge, ascendentes ou descendentes, deixando de lado os colaterais. Logo, conforme defende Anderson Schreiber[11], seria interessante que o rol de legitimados aqui referidos fosse alterado:

> no mínimo, para deixar as portas abertas à iniciativa de outras pessoas que logrem demonstrar interesse legítimo em ver protegida, nas circunstâncias concretas, a personalidade do morto. O melhor amigo do falecido, o seu antigo pupilo, o seu fiel empregado de toda a vida são personagens que o Código Civil não deveria privar a priori da possibilidade de requerer a proteção da personalidade do morto. A atuação de entidades coletivas também não deveria ser descartada, já que o Direito brasileiro atribui legitimidade a associações ou entidades como o Ministério Público para a proteção de outros interesses que não encontram um titular específico (e.g., interesses difusos). Ao juiz seria sempre possível coibir eventuais abusos na análise do interesse legítimo que autorizaria a propositura de cada ação judicial em particular.

Devido ao crescimento exponencial das inovações tecnológicas, tal restrição tem grande potencial de fomentar uma efetividade ínfima quanto à proteção dos direitos da personalidade, pois há de se considerar que nem todas as pessoas deixam herdeiros ao falecerem e, por óbvio, sua voz e imagem não hão de se tornar de domínio público, devendo haver algum responsável por tal tutela.

Ademais, há de se destacar que os atributos da personalidade não constituem a herança do indivíduo morto e, portanto, requerem uma tutela que não deve se dar facultativamente, tal qual prevê o artigo 11 do Código Civil ao assegurar que tais características não podem ser transmitidas, podendo tal proteção se fazer necessária até mesmo contra atitudes desses legitimados.

Como bem aponta Filipe José Affonso Medon[12]:

> A proteção à imagem é autônoma e não se confunde com a honra, pois, enquanto o direito à honra "diz respeito à reputação da pessoa em seu meio social, o direito à imagem exprime o controle que

11. SCHREIBER, Anderson. Elis Regina e reconstrução digital póstuma. 09 ago. 2023. GEN Jurídico. Disponível em: https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/civil/elis-regina-e-reconstrucao-digital-postuma/. Acesso em: 16 jan. 2023.

12. AFFONSO, Filipe José Medon. O direito à imagem na era das *deep fakes*. 09 abr. 2021. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 27, n. 01, 2021. Disponível em: https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/438. Acesso em: 16 jan. 2023.

> cada pessoa humana detém sobre 'qualquer representação audiovisual ou tátil' da sua individualidade", dado que o "uso não consentido da representação externa da pessoa configura, por si só, violação ao direito de imagem, cuja autonomia vem reconhecida no art. 5º, inciso X, da Constituição da República". Assim, a proteção ao direito à imagem independe do caráter ofensivo da publicação, que pode até mesmo ser elogiosa.

Portanto, embora haja uma potencial intersecção entre esses dois direitos, os mesmos não se confundem, somente se conjugando em prol da proteção unitária da personalidade dos indivíduos.

Conforme entendimento da Autoridade Nacional de Proteção de Dados postulado em sua Nota Técnica nº 3/2023/CGF/ANPD a fim de responder uma consulta feita pela Polícia Rodoviária Federal, a LGPD não incide no que tange às pessoas falecidas. Portanto, não há previsão de proteção *post mortem* dos dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro pela LGPD, pois a ANPD entende que, uma vez que os direitos de personalidade podem ser utilizados como ferramentas de proteção dos interesses das pessoas falecidas, a proteção de dados pessoais não seria cabível no que concerne à defesa desses. Tal preceito não é uma unanimidade, dando margem a debates.

Vale a pena ressaltar que, conforme o inciso II do artigo 5º da LGPD, os dados biométricos vinculados a pessoa natural são considerados dados pessoais sensíveis. Para além disso, conforme preceituou Danilo Doneda[13], mesmo que um dado não seja considerado sensível, é inegavelmente possível o uso sensível de um dado pessoal.

Por fim, o Projeto de Lei nº 2.338/2023[14], o qual dispõe sobre o uso da inteligência artificial, tem sido assunto de inúmeros debates e controvérsias. Ele estabelece "normas gerais de caráter nacional para o desenvolvimento, implementação e uso responsável de sistemas de inteligência artificial (IA) no Brasil, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais e garantir a implementação de sistemas seguros e confiáveis, em benefício da pessoa humana, do regime democrático e do desenvolvimento científico e tecnológico".

No texto atual, mais precisamente no inciso VI do seu artigo 3º, dita que deverão ser respeitados os princípios da boa-fé, da transparência, da explicabilidade, da inteligibilidade e da auditabilidade. Todavia, o mesmo não aborda

13. DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

14. BRASIL. Projeto de Lei nº 2.338/2023, de 2023. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Brasília, DF, 2023. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233. Acesso em: 16 jan. 2023.

a tutela da proteção do direito de imagem no que tange ao uso da inteligência artificial.

5. Do vácuo normativo quanto à tutela patrimonial do direito de imagem de pessoa falecida

É fato que a doutrina brasileira não discutiu sobre a tese da temporalidade do viés patrimonial do direito de imagem de maneira satisfatória, devendo-se refletir sobre tal assunto que ainda padece de regulação normativa no ordenamento jurídico pátrio, hiato normativo esse que, por sua vez, gera insegurança jurídica, ao contrário do que acontece no Direito alemão, o qual estabelece o prazo de dez anos quanto à proteção patrimonial do direito à imagem após a morte do seu titular.

Apesar de o direito de imagem estar previsto no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal como direito da personalidade autônomo, não se afirmou que a faceta patrimonial de tal direito seria "transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar", cabendo, pois, sua eficácia *post mortem*. Todavia, há de se ressaltar que o direito de imagem não é ilimitado, devendo seu exercício se dar em equilíbrio com os demais direitos fundamentais, tais quais os direitos à liberdade de expressão, à cultura e à informação. Nesse escopo, o Conselho da Justiça Federal trouxe à baila o Enunciado nº 279, o qual postula que:

> A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

Entretanto, tal lacuna, no que tange à exploração da imagem de pessoa morta, em regra, esbarra no entendimento majoritário de que a utilização da imagem de pessoa morta deve se dar mediante prévia autorização dos respectivos herdeiros. No entanto, apesar de sua faceta extrapatrimonial, o direito de imagem tem também um viés econômico, podendo ocorrer seu licenciamento ou até ainda a cessão conforme preceitua o princípio da autonomia privada.

Pablo Gagliano e Rodrigo Moraes[15] defendem que:

> Enquanto não houver norma legal expressa, propõe-se, aqui, a aplicação analógica da lei de Direitos Autorais brasileira (Lei 9.610/1998), que prevê limite temporal para os direitos patrimoniais. Mas o ideal (e o esperado) é que haja normas específicas, regulamentando o uso da imagem *post mortem*, especialmente o prazo após o qual cairá em domínio público.

Por essa razão se propõe como ação resolutiva do referido impasse a limitação do direito da personalidade em questão, uma vez que não há de se considerar a desmedida irrestrição dos direitos como um todo. Além disso, Filipe José Medon Affonso propõe "a criação de alguns parâmetros iniciais para tentar equacionar esse dilema, a saber: (i) a previsão expressa em contrato em vida e autorização da família, (ii) a finalidade da recriação da imagem e (iii) a adequação da imagem criada *post mortem* à imagem-atributo construída em vida pela pessoa"[16].

6. Dos direitos da personalidade e Direito digital na atualização do Código Civil

Em 26 de fevereiro de 2024 a Comissão do Senado apresentou o "Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil", o qual se baseou em apontamentos de estudiosos e representantes dos setores da sociedade civil debatidos em reuniões dos juristas no Senado e nos Estados.

Dentre as principais modificações, constam propostas no que tange aos direitos da personalidade, incluindo condutas acerca de vontades a serem respeitadas *post mortem* e de interesses personalíssimos, como a imagem. A proposta de redação do novo art. 11, por exemplo, assegura que "os direitos da personalidade se prestam à **tutela da dignidade humana**, protegendo a personalidade individual de **forma ampla, em todas as suas dimensões** (...) inclusive em seus **aspectos decorrentes do desenvolvimento tecnológico**". Também prevê a aplicação da técnica da ponderação ao caso concreto a fim de dirimir

15. GAGLIANO, Pablo Stolze; MORAES, Rodrigo. Direito de imagem após a morte: o vácuo normativo e a sua perspectiva patrimonial. 04 jan. 2023. Migalhas. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/379478/direito-de-imagem-apos--a-morte. Acesso em: 16 jan. 2023.

16. AFFONSO, Filipe José Medon. O direito à imagem na era das *deep fakes*. 09 abr. 2021. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 27, n. 01, 2021. Disponível em: https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/438. Acesso em: 16 jan. 2023.

eventuais conflitos de interesses, bem como explicita o alcance de tal tutela às pessoas falecidas.

> Art. 17. Toda pessoa tem **direito ao reconhecimento e à preservação de sua identidade pessoal, composta pelo conjunto de atributos, características, comportamentos e escolhas que a distingam das demais.**
>
> § 1º Além do nome, **imagem, voz**, integridade psicofísica, compõem também a identidade pessoal os aspectos que envolvam orientação ou expressão de gênero, sexual, religiosa, cultural e outros aspectos que lhe sejam inerentes.
>
> **§ 2º É ilícito o uso, a apropriação ou a divulgação não autorizada dos elementos de identidade da pessoa, bem como das peculiaridades capazes de identificá-la, ainda que sem se referir a seu nome, imagem ou voz. (...)**
>
> 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 alguém, em ambiente físico ou virtual, poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber.** (grifo nosso)

A proposta de redação dos artigos 17 e 20 corrobora a defesa da identidade, inclusive da reprodução imagética e sonora de forma virtual, e condenam seu uso indevido quando não houver a adequada autorização para tal[17].

Além disso, foi criado o inovador livro de Direito Digital, contendo capítulos que abordam, por exemplo, "pessoa no ambiente digital", "situações jurídicas", "patrimônio digital", "herança digital" e "contratos digitais":

> No segundo capítulo, a lei aborda os diversos direitos das pessoas, tanto naturais quanto jurídicas, no ambiente digital, **realçando a proteção de dados, a garantia dos direitos de personalidade** e a liberdade de expressão. Este capítulo também trata da responsabilidade civil e dos critérios para aferir a licitude dos atos digitais. (...) O sétimo capítulo estipula **diretrizes para o desenvolvimento e implementação de sistemas de inteligência artificial,** enfatizando a não discriminação, **a transparência e a responsabilidade civil, as-**

17. SENADO FEDERAL. Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Brasília: Comissões do Senado Federal, 2024, p. 311. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2630. Acesso em: 29 mai. 2024.

> **sim como a definição de regramentos para a criação de imagem de pessoas vivas e falecidas por meio de IA.** (grifo nosso)[18]

Resta comprovado a preocupação legislativa quanto ao sustentável desenvolvimento de sistemas de inteligência artificial, o qual deve estar coadunado o máximo possível com os direitos fundamentais e de personalidade.

Considerações finais

Há de se estabelecer um limite quanto à exploração econômica dos direitos da personalidade da pessoa falecida, o qual deve se dar no próprio desenvolvimento concreto daquela, que por sua vez se caracterizaria pelo apanhado de escolhas da pessoa em vida no que tange à seara existencial, o que não se faz uma tarefa simples. Todavia, é primordial que haja um esforço interpretativo a fim de que os direitos da personalidade não sejam tratados como bens dos herdeiros.

A elaboração de normas jurídicas que disciplinem o uso da tecnologia, portanto, talvez não se façam tão urgente quanto o fortalecimento das ferramentas de proteção dos direitos da personalidade, a fim de que se amplie a legitimação para agir e se defina – mediante cada caso concreto – os parâmetros substanciais que tangenciam os novos contextos.

Outra grande prioridade é suprir o vácuo presente no ordenamento jurídico pátrio quanto ao uso de imagem de pessoa falecida, tendo como possível solução a normatização explícita do mesmo. Contudo, talvez tal impasse quanto a esse tipo de proteção patrimonial se resolva ao não se considerá-la eterna, estabelecendo-se um limite temporal que assegure o domínio público após o termo a se contar a partir da data do falecimento do titular originário da imagem.

Conclui-se, por ora e com as devidas ressalvas, que a solução mais efetiva seria que os artistas sujeitos a tal recriação digital estipulassem em contratos e testamentos vedações ao uso posterior de sua imagem com tal intuito, tal qual já vêm fazendo alguns atores.

18. SENADO FEDERAL. Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Brasília: Comissões do Senado Federal, 2024, p. 312 e 313. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2630. Acesso em: 29 mai. 2024.

Referências

AFFONSO, Filipe José Medon. O direito à imagem na era das *deep fakes*. 09 abr. 2021. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 27, n. 01, 2021. Disponível em: https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/438. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.002, de 2023. Altera a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, para dispor sobre a deep fake. Brasília, DF, 2023. Disponível em: https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2350539. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Projeto de Lei nº 2.338/2023, de 2023. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial.

Brasília, DF, 2023. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233. Acesso em: 16 jan. 2023.

COLETTI, Caio. Samuel L. Jackson não assina contratos que permitem recriação por IA. 22 jun. 2023. Omelete. Disponível em: https://www.omelete.com.br/filmes/samuel-l-jackson-contratos-inteligencia-artificial. Acesso em: 16 jan. 2023.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

DURÃES, Uesley. "Novo estágio das fake news": deepfake vira arma de campanha na Argentina. 18 nov. 2023. UOL. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2023/11/18/novo-estagio-das-fake-news-deepfake-vira-arma-de-campanha-na-argentina.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze; MORAES, Rodrigo. Direito de imagem após a morte: o vácuo normativo e a sua perspectiva patrimonial. 04 jan. 2023. Migalhas. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/379478/direito-de-imagem-apos-a-morte. Acesso em: 16 jan. 2023.

GONZÁLEZ, Jaime. Como o ator Paul Walker foi "ressuscitado" para "Velozes e Furiosos 7". 1º abr. 2015. BBC mundo. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/04/150401_paul_walker_ressucitado_velozes_furiosos_rb. Acesso em: 16 jan. 2023.

REDAÇÃO MIGALHAS. Comissão do Senado apresenta relatório final do novo Código Civil. 26 fev. 2024. Migalhas. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/402402/comissao-do-senado-apresenta-relatorio-final-do-novo-codigo-civil. Acesso em: 29 mai. 2024.

RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. São Paulo: Editora Renovar, 2008.

RODRIGUES, Marcelo. O legado de Leia: futuros *Star Wars* não terão versão "CG" de Carrie Fisher. 14 jan. 2017. Tecmundo. Disponível em: https://www.tecmundo.com.br/star-wars/113464-legado-leia-futuros-star-wars-nao-terao-versao-cg-carrie-fisher.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.

SCHREIBER, Anderson. Elis Regina e reconstrução digital póstuma. 09 ago. 2023. GEN Jurídico. Disponível em: https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/civil/elis-regina-e-reconstrucao-digital-postuma/. Acesso em: 16 jan. 2023.

SENADO FEDERAL. Relatório final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Brasília: Comissões do Senado Federal, 2024. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2630. Acesso em: 29 mai. 2024.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Dados pessoais sensíveis: qualificação, tratamento e boas práticas. 1ª edição. Indaiatuba – SP: Foco, 2022a.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Liberdade de expressão e direito à imagem: critérios para a ponderação. In: SCHREIBER, Anderson; MORAES, Bruno Terra de; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Direito e mídia: tecnologia e liberdade de expressão. 2ª edição. Indaiatuba – SP: Editora Foco, 2022b. p. 79-111. Disponível em: https://www.academia.edu/67291912/Liberdade_de_express%C3%A3o_e_direito_%C3%A0_imagem_crit%C3%A9rios_para_a_pondera%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 16 jan. 2023.

DIÁLOGOS DA
PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DIGITAL

5

Ressurreição digital de Elis Regina: direito à imagem e uma proposta de ampliação dos legitimados

RENATA FARIAS DA SILVA

RENATA FARIAS DA SILVA[1]

Sumário: Introdução. 1. Os direitos da personalidade no direito civil-constitucional. 2. Contornos do direito à imagem: definições de imagem-retrato e imagem-atributo. 3. Impactos da ressurreição digital no direito à imagem. 4. Reconstrução póstuma no Brasil: uma proposta de ampliação dos legitimados ao direito de imagem do morto. 5. Violação do direito à imagem na ressurreição digital de Elis Regina. Considerações finais. Referências.

Introdução

O avanço tecnológico suscitou novos contornos para o direito de imagem. Assim, não se fala apenas em uma tutela de imagens originais e reais, mas também daquelas manipuladas por inteligência artificial, conhecidas como deepfakes. Uma das questões controversas sobre essa tecnologia é a reconstrução digital *post mortem* em caso de ausência de consentimento, pois se indaga se restaria aos familiares proteger essa conjuntura de vulnerabilidade. Desse modo, essa problemática destaca a necessidade de uma análise cuidadosa na área jurídica brasileira para proteger os direitos da personalidade do falecido.

Os artigos 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do Código Civil de 2002 dispõem que os familiares são partes legítimas para proteger os direitos de personalidade do falecido. Todavia, de acordo com o artigo 11 do referido Código, os direitos da personalidade, em que se inclui o direito de imagem, são intransmissíveis, por serem intrínsecos à dignidade da pessoa humana. É preciso ponderar, então, esses conflitos de interesses e considerar que deixar a responsabilidade de tutelar a imagem do falecido apenas à família pode resultar em violações desses direitos.

Um caso emblemático sobre o tema foi a ressurreição póstuma de Elis Regina[2] em uma propaganda da Volkswagen divulgada em julho de 2023, autorizada por sua família. O vídeo publicitário gerou debates sobre uma possível violação do direito à imagem da cantora. Conforme relatório conjunto publicado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo com o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Trabalho em outubro de 2020, a referida

1. Advogada. Pós-Graduanda em Direito Digital pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS) em parceria com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduada pela UERJ.

2. Cantora brasileira notória que nasceu em Porto Alegre em 1945 e morreu em São Paulo em 1982. Ela se destacou em diversos gêneros musicais, como MPB e bossa nova. Um de seus principais trabalhos foi o disco "Tom & Elis", de 1974, que inclui a famosa canção "Águas de Março". (VERÍSSIMO, Adriana. Elis Regina. Portal Contemporâneo da América Latina e Caribe. [s.d.]. Disponível em: https://sites.usp.br/portalatinoamericano/espanol-elis-regina. Acesso em: 24 abr. 2024).

empresa teria cooperado ativamente no passado com a ditadura militar brasileira, que vigorou de 1964 a 1985[3]. Nesse período, ocorreram graves violações aos direitos humanos pelo Estado. Por outro lado, Elis Regina era opositora desse regime político e buscava a redemocratização do país[4].

Assim sendo, este artigo buscou, por meio de diversos estudos bibliográficos, não apenas na área jurídica, como doutrinas e julgados relevantes, mas também no campo da sociologia, antropologia e filosofia, analisar se houve violação do direito de imagem no caso da reconstrução digital de Elis Regina na campanha da Volkswagen.

O primeiro capítulo analisa a constitucionalização do Código Civil de 2002, no qual os valores existenciais se tornaram prevalentes sobre os patrimoniais. Além disso, explorou-se a necessidade de respeito aos direitos da personalidade, que concerne também à dignidade da pessoa humana.

O segundo capítulo é dedicado a uma das espécies do direito da personalidade, o direito à imagem, além de conceituar, conforme doutrina, seus desdobramentos em imagem-retrato e imagem-atributo.

O terceiro capítulo explora a nova problemática da violação da imagem como consequência do desenvolvimento tecnológico da reconstrução digital póstuma. Nessa perspectiva, analisou-se o caso de ausência do consentimento em vida do falecido, questionando se caberia à família autorizar a mencionada reconstrução, mesmo que esteja de encontro aos valores construídos pelo retratado.

O quarto capítulo examina os impactos da ressurreição digital no Brasil e propõe uma modificação dos artigos 12 e 20 do Código Civil para ampliar as partes legitimadas responsáveis pela tutela da imagem do falecido.

Por fim, o quinto capítulo aborda o caso de deepfake de Elis Regina na publicidade da Volkswagen em comemoração dos 70 anos da concessionária. O objetivo foi analisar se houve violação da imagem da cantora nesse caso, considerando que a empresa filial brasileira foi acusada de ter contribuído com o regime militar durante esse período, conforme relatório conjunto supramencionado[5].

3. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Direitos Humanos, Empresa e Justiça de Transição: o papel da Volkswagen do Brasil na repressão política durante a ditadura militar. Relatório conjunto com o Ministério Público do Trabalho e com o Ministério Público Federal. PR-SP-00104695/2020. São Paulo, out. 2020. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/documents/portlet_file_entry/20122/2679806.pdf/55488978-129e-6f5d-5abf-50e4fb8824f5. Acesso em: 06 abr. 2024.

4. ALMEIDA, Ivana Veloso de; SANTOS, Lorena Danielle. História e música: uma reflexão sobre Elis Regina como voz de resistência durante a ditadura civil-militar no Brasil. Revista Outras Fronteiras, Cuiabá, v. 9, n. 1, p. 68-85, jan./jul. 2021. Disponível em: https://periodicoscientificos.ufmt.br/outrasfronteiras/index.php/outrasfronteiras/article/view/437. Acesso em: 06 abr. 2024.

5.MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, op. cit.

1. Os direitos da personalidade no direito civil-constitucional

A dignidade humana é um valor fundamental para entender o imperativo categórico kantiano. Em seu livro "Metafísica dos Costumes", o filósofo alemão Immanuel Kant argumentou que os seres humanos não devem ser tratados como meios, mas como fins em si mesmos[6]. Compreende-se, então, que a pessoa não pode ser usada de forma instrumentalizada, como mero objeto; pois seria uma conduta violadora da dignidade, que é intrínseca ao ser humano. Com base nessas premissas, surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, cujo um dos princípios fundamentais a ser resguardado é a dignidade humana[7].

Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas (ONU) promulgou esse documento internacional para garantir a liberdade, justiça e paz globalmente, tendo em vista as brutalidades praticadas pelo nazismo na 2ª Guerra Mundial. Surge, dessa forma, a necessidade de trazer uma proteção robusta ao respeito de cada indivíduo, independentemente de sua origem, cor, classe social, em consonância com o artigo 1º da DUDH, a fim de resguardar a dignidade de todo o ser humano. Esse princípio, em razão da influência da mencionada Declaração, foi incorporado em diversas constituições para assegurar um Estado Democrático de Direito[8].

O Brasil foi um dos países a usar a DUDH como norte para promulgar a Constituição Federal brasileira de 1988, que assegura em seu artigo 1°, como fundamento do Estado democrático brasileiro, a dignidade da pessoa. Ademais, ela obteve um lugar de prevalência no ordenamento jurídico, no sentido de guiar os demais princípios e regras jurídicas[9].

Entende-se que, a partir dessas mudanças, houve uma releitura dos demais ramos do direito sob a égide da Constituição Federal de 1988, e, por conseguinte, dos valores humanos. Nessa perspectiva, o Código Civil de 1916, deveras patrimonialista, foi substituído pelo Código Civil de 2002, que adotou um caráter existencialista, ao incorporar os direitos da personalidade expressamente em seus dispositivos[10]. Destaque-se ainda que o referido Código pas-

6. KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes contendo a Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude. Trad. Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003. p. 306.

7. MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 82.

8. Ibid

9. Ibid., p. 83-84.

10. TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: Temas de Direito Civil. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 2.

sa a ser interpretado à luz da Constituição Federal de 1988 com o escopo de assegurar a dignidade humana, a solidariedade e a justiça[11].

Posto isso, o artigo 11 do Código Civil de 2002 dispõe que os direitos da personalidade são intransmissíveis e inalienáveis. A doutrina acrescenta ainda outras características inerentes a eles: extrapatrimoniais, absolutos, indisponíveis e imprescritíveis[12]. Conforme o enunciado 4 da I Jornada de Direito Civil do CJF, "O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral", como acontece na concessão do direito de uso da imagem em obras cinematográficas, desde que "não sejam permanentes nem gerais." Outrossim os direitos da personalidade podem ser estudados sob dois aspectos - objetivo e subjetivo - este diz respeito à aptidão para garantir direitos e contrair deveres, já aquele se trata de atributos e características intrínsecos ao indivíduo[13].

Vale consignar que o capítulo II do Código Civil dispõe expressamente sobre os seguintes direitos: o direito ao próprio corpo, o direito ao nome, o direito à honra, o direito à imagem e o direito à privacidade. Frise-se que se trata de um rol exemplificativo, portanto é possível contemplar a tutela de outros direitos atinentes ao caráter existencial de uma pessoa[14].

Em relação ao início da personalidade, o art. 2° do Código Civil declara que esta começa com o nascimento com vida. Entretanto, o dispositivo resguarda também os direitos do nascituro que, de acordo com a doutrina, refere-se ao ser concebido, mas ainda não nascido[15]. Verifica-se um direito potencial que será adquirido somente quando o indivíduo nascer. Desta forma, "sua duração é a da vida. Desde que vive e enquanto vive, o ser humano é dotado de personalidade[16]." Assim sendo, pressupõe que o direito da personalidade se encerra com a morte, que sucede com morte encefálica, e não apenas com o fim de batimentos cardíacos[17].

Diante do exposto, os direitos da personalidade ganham destaque no Código Civil Brasileiro de 2002, tendo em vista a constitucionalização do direito civil. Por conseguinte, a Constituição Federal brasileira de 1988 torna-se su-

11. Ibid., p. 22.

12. TEPEDINO, Gustavo. Heloisa Helena BARBOZA e Maria Celina BODIN DE MORAES. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 34.

13. SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 13.

14. Ibid., p.15.

15. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. 28ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 184-187.

16. Ibid., p. 183.

17. Ibid., p. 188-189.

prema, sendo fundamental que o Código Civil seja interpretado em conformidade com ela. A partir dessa mudança, o ordenamento jurídico civil passa a ter um caráter não patrimonial, e a dignidade humana orienta todas as relações, inclusive as patrimoniais.

2. Contornos do direito à imagem: definições de imagem-retrato e imagem-atributo

A protagonista de Clarice Lispector, em sua crônica "A Surpresa", ao mencionar sobre o ato de alguém se olhar no espelho e ver seu reflexo, diz que o corpo externo é um prolongamento do interno. Na sequência, ela afirma que "eu não me imaginei, eu existo[18]". Essa ideia se faz essencial para compreender os contornos do direito à imagem, o qual não diz respeito apenas às características físicas, mas também às qualidades e atributos que individualizam uma pessoa. Desta forma, o direito à imagem pode ser classificado, conforme a civilista Maria Helena Diniz, em imagem-retrato e imagem-atributo[19].

A imagem-retrato consiste na figura externa do retratado, em todo ou em parte, "desde que identificáveis, implicando o reconhecimento de seu titular, por meio de fotografia, escultura, desenho, pintura, interpretação dramática, cinematografia, televisão, sites etc., que requer autorização do retratado[20]", consoante o artigo 20 do Código Civil. Ressalta-se que tal autorização pode não ser necessária quando há conflitos com outros direitos, como o da liberdade de expressão. Contudo, neste caso, deve ser analisada cada situação em concreto para aferir qual princípio em conflito deve prevalecer.

Por sua vez, a imagem-atributo refere-se àquelas características que integram a personalidade de um indivíduo, tornando-os reconhecidos e individualizados na sociedade[21]. É comum que haja confusão entre o direito à imagem-atributo e à honra objetiva, no entanto, esta diz respeito à reputação de uma pessoa no meio social, já aquela, à índole, às condutas e ideais em que ela acredita. Desse modo, nem sempre a exposição da imagem, no que se refere à imagem-atributo, pode difundir uma ofensa ao retratado, mas pode ir de encontro ao que ele defende[22].

18. LISPECTOR, Clarice. Todas as crônicas. Prefácio de Marina Colasanti; organização de Pedro Karp Vasquez; pesquisa textual Larissa Vaz. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2018. p. 2.

19. DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil. 29ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 146.

20. Ibid

21. Ibid

22. TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. Revista de informação legislativa: RIL, v. 54, n. 213, p. 173-198, jan./mar. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p173. Acesso em: 13 dez. 2023. p. 4

Frise-se que o direito à imagem é um direito autônomo, esse entendimento já está pacificado na doutrina e em tribunais. Consoante o enunciado 587 da VII Jornada de Direito Civil, a violação do direito à imagem "restará configurado quando presente a utilização indevida desse bem jurídico, independentemente da concomitante lesão a outro direito da personalidade." Assim sendo, não é preciso a reprodução de qualidades negativas de uma imagem para haver um dano, basta apenas que o retratado se sinta lesado. Essa imprecisão ocorre por causa da própria formulação do artigo 20 do Código Civil, que torna o direito à imagem indissociável do direito à honra, resquícios ainda da influência patrimonialista.

Neste sentido, o Superior Tribunal Federal (STF) julgou procedente recurso extraordinário para reparar os danos decorrentes do uso não autorizado de imagem de uma atriz para fins publicitários. Apontou-se que não é preciso a ocorrência de uma ofensa, basta a mera ausência de consentimento, além disso independe se tal divulgação foi para fins comerciais. Segue o julgado:

> CONSTITUCIONAL. DANO MORAL: FOTOGRAFIA: PUBLICAÇÃO NÃO CONSENTIDA: INDENIZAÇÃO: CUMULAÇÃO COM O DANO MATERIAL: POSSIBILIDADE. Constituição Federal, art. 5º, X. I. Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X. II. - R.E. conhecido e provido[23].

No referido caso particular, prevaleceu o direito à imagem de uma pessoa famosa, mas tais peculiaridades devem ser analisadas de acordo com cada situação. Oportuno mencionar que uma pessoa notória na sociedade, em razão de sua fama, intelecto, é protegida também pelos direitos de imagem, tendo em vista que os direitos das personalidades são inerentes a todos os seres humanos. A regra é de que todas as pessoas são privadas, inclusive as celebridades, cujo direito de imagem também deve ser respeitado[24].

Em suma, a crônica mencionada de Clarice Lispector trata dos reflexos do corpo interno no externo. Essa ponte entre direito e literatura foi fundamental

23. STF. Recurso Extraordinário 215984/RJ. 2ª T. Relator: Ministro Carlos Velloso. Data de Julgamento: 04/06/2002 Data de Publicação: 28/06/2002, grifou-se.

24. SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 114.

para compreender os contornos do direito à imagem, que, de acordo com a doutrina, desdobra-se em imagem-retrato e imagem-atributo. Ademais, o direito à imagem é autônomo em relação à honra e enseja em violação mesmo que o uso da imagem do indivíduo seja retratado de forma elogiosa. Por fim, a imagem, sendo uma espécie dos direitos da personalidade, é inerente a todos, exigindo tutela robusta, inclusive para celebridades.

3. Impactos da ressurreição digital no direito à imagem

A tecnociência contemporânea almeja superar a mortalidade humana. Pesquisas na área de inteligência artificial à engenharia genética buscam sobrepujar a finitude da vida. Esses estudos revelam o desejo do ser humano de controlar a vida e transcender as limitações biológicas para obter a imortalidade[25].

Não obstante, essa aspiração não é recente, desde os primórdios da humanidade, o indivíduo, ciente de sua mortalidade, busca entender o mistério do que ocorre após a morte. Os estudos sobre a dualidade vida e morte são aplicados a diversas áreas do conhecimento. No direito buscou-se o controle da vida após a morte por meio de testamentos, por outro lado na literatura e filosofia, a criação de obras clássicas para se perpetuar no tempo[26].

Nessa perspectiva, Milan Kundera, escritor tcheco, em seu livro “A Imortalidade”, abordou o desejo humano de permanecer na memória por meio de obras artísticas. Ele analisa a ideia de que a busca por se destacar e realizar conquistas notáveis é motivada pelo anseio de importância. Isso permite que as lembranças perdurem mesmo após a morte, tanto para aqueles que o conheceram ou não. Há, desse modo, um anseio de “ultrapassar a si mesma e ultrapassar o momento infeliz que atravessa, fazer ‘alguma coisa’ para ficar na memória dos que a conheceram[27].”

Destaca-se que o surgimento de câmeras fotográficas permitiu, de forma mais vívida, o não esquecimento de um momento constrangedor. Esse registro fotográfico prolonga o episódio no tempo e amplia o acesso de pessoas àquela cena risível, incluindo até aquelas que não a presenciaram diretamente[28].

25. SIBILIA, Paula. O Homem Pós-Orgânico: corpo, subjetividade e tecnologias digitais. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. p. 50.

26. SEDLMAIR, Maria Alicia. Who Owns Your Face after You Die? Computer Generated Images in Audiovisual Media and Their Possible Impact on Publicity and Privacy Rights under Californian Law. Computer Generated Images in Audiovisual Media and Their Possible Impact on Publicity and Privacy Rights under Californian Law. 16 set. 2020. MIPLC Master Thesis Series (2019/20). p. 3-4.

27. KUNDERA, Milan. A Imortalidade. Trad. Teresa Bulhões Carvalho da Fonseca, Anna Lucia Moojen de Andrade. 1.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 193.

28. Ibid., p. 63

Na era pós-moderna, como uma alternativa à memória humana, que pode ser falha, percebe-se na inteligência artificial um meio mais seguro para se reter informações sobre feitos humanos, tornando-os inesquecíveis. Essa memória artificial possibilitou não apenas que figuras célebres se eternizassem nas lembranças da coletividade, mas também qualquer indivíduo e por qualquer atividade[29]. Dessa forma, ao ceder a responsabilidade da imortalidade para uma inteligência artificial, há que se pensar na ideia da "própria imortalidade como uma realidade virtual.[30]"

Percebe-se que a tecnologia provocou novas formas de se violar o direito à imagem. À vista disso, a possibilidade de superar limites biológicos por meio da inteligência artificial, permitiu a criação virtualizada da pessoa falecida com técnica de reconstrução digital póstuma. Esta trata-se de "um banco de imagens da pessoa para, a partir de recursos gráficos, recriar uma nova imagem"[31]. Esse método se vale do deepfake, palavra em inglês que combina "deep learning" (aprendizado profundo) e "fake" (falso)[32].

O aprendizado profundo é um processo em que uma máquina identifica padrões e gera um conteúdo inédito. Todavia, deepfake não se trata apenas de juntar dois vídeos por meio de software de edição, mas de alimentar informações em um dispositivo eletrônico para que ele aprenda ao longo do tempo e crie um material novo, conferindo outros significados daqueles originais. Para fazer um deepfake, é preciso processar separadamente imagens de baixa qualidade dos rostos de duas pessoas. A partir disso, a máquina cria um modelo 3D delas e mapeia características faciais que se assemelham, gerando uma nova imagem. Ocorre que quanto mais tempo de aprendizado o aparelho tem, mais inteligente ela se torna, produzindo imagens falsas incapazes de serem reconhecidas como tais por um ser humano[33].

Entende-se que a reconstrução digital pós-morte, por meio de inteligência artificial, pode ocorrer por motivos nostálgicos para lidar com o luto da pessoa falecida, mas também financeiros, sem excluir ainda aqueles que podem utilizá-la para causar danos à imagem do retratado[34]. No que concerne ao direito

29. BAUMAN, Zygmunt. O Mal-Estar da Pós-Modernidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 198-202.

30. Ibid., p. 203.

31. MEDON, Felipe. O direito à imagem na era das deepfakes. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 27, p. 251-277, jan.-mar. 2021. ISSN 2594-4932. p. 267.

32. WAGNER, Travis Le; BLEWER, Ashley. "The word real is no longer real": Deepfakes, gender, and the challenges of AI-altered video. Open Information Science, v. 3, 32–46, 2019. p. 36.

33. Ibid., p. 36-37.

34. SCHREIBER, Anderson. Elis Regina e reconstrução digital póstuma. Gen Jurídico. 9 ago. 2023. Disponível em: https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/civil/elis-regina-e-reconstrucao-digital-postuma/. Acesso em: 15 set. 2023.

à imagem, a problemática dessa técnica surge da ausência de consentimento, ou seja, quando o falecido nada versou sobre o uso de sua imagem pós-morte.

Vale frisar que a reconstrução digital cria imagens inéditas a partir de imagens antigas, que foram de fato captadas e autorizadas. Isso provoca uma suscetibilidade maior de violação da imagem-atributo, ou seja, àqueles atributos essenciais de uma pessoa que a individualiza na coletividade. Portanto, poderia ocorrer a anulação de sua autodeterminação, a qual "se identifica com o projeto de vida realizado ou buscado pela pessoa[35]."

Outrossim, pode abrir margem para que herdeiros tomem decisões pelo retratado, em caso de ausência de autorização expressa quando em vida. Trata-se assim de uma solução simplificada, que pode ir de encontro à integridade do falecido. De acordo com o jurista italiano Stefano Rodotà, a integridade diz respeito à complexidade e individualidade de uma pessoa, que não deve ser reduzida a interesses externos, incluindo de juristas[36]. Ademais, ele propôs a construção de um contexto que permita não apenas o reconhecimento do indivíduo, mas também a efetivação de seus direitos fundamentais, sem se valer de poder. Nesse sentido, na "impossibilidade de obter qualquer consentimento ou reconstrução biográfica, a pessoa deve ser respeitada em sua integridade. Torna-se um objeto, não de poder, mas de solidariedade que deve estar sempre ao seu lado durante todo o percurso da sua vida[37]."

Diante do exposto, é evidente que os avanços tecnológicos trouxeram impactos para o direito à imagem com a ressurreição digital, que se trata de uma técnica de reconstruir imagens novas a partir daquelas originais e reais. As razões para sua criação podem ser afetivas, como forma de manter a pessoa falecida próxima, e até mesmo econômicas. Em resumo, um desejo maior do ser humano se revela com essa técnica: o de alcançar a imortalidade. O conflito surge quando o que é retratado não foi consentido pela pessoa falecida e, ainda mais, quando vai de encontro à sua imagem-atributo. Nesse caso, haveria uma violação dos direitos da personalidade, essenciais ao ser humano.

35. No original: "La autodeterminación se identifica así con el proyecto de vida realizado o buscado por la persona." (RODOTÁ, Stefano. El derecho a tener derechos. Trad. José Manuel Revuelta. Madrid: Editorial Trotta, 2014. p. 250).

36. RODOTÁ, Stefano. El derecho a tener derechos. Trad. José Manuel Revuelta. Madrid: Editorial Trotta, 2014. p. 283.

37. No original: "Frente a la imposibilidad de obtener algún consentimiento o una reconstrucción biográfica, la persona debe ser respetada en su integridad. Se convierte en objeto, no de poder, sino de la solidaridad que siempre debe ir a su lado durante el transcurso de su vida. (Ibid., p 258).

4. Reconstrução digital póstuma no Brasil: uma proposta de ampliação dos legitimados ao direito de imagem do morto.

Os direitos da personalidade são intransmissíveis, conforme o artigo 11 do Código Civil de 2002, trata-se de um direito exclusivo do titular. Todavia, os artigos 12 e 20 nos parágrafos únicos do referido Código traz uma ideia errônea ao tratar das partes legítimas em caso de falecidos para a proteção desses direitos, pois se subentende que eles seriam transferidos aos herdeiros, como ocorre no direito sucessório[38]. Na verdade, segundo Adriano de Cupis, o que se pretende é a criação de um novo direito, em que os parentes possam resguardar seus sentimentos de estima por aquele que já faleceu[39].

O artigo 12, parágrafo único, do Código Civil dispõe que as partes legítimas para cessar lesão ao direito da personalidade do morto são "o cônjuge sobrevivente, qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau".

Por outro lado, no artigo 20, parágrafo único do Código Civil, o qual versa especificamente sobre a tutela do direito à imagem em caso de violação, menciona que, em se tratando do morto, os legitimados serão "o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes", excluindo-se os parentes colaterais.

Em 2023 a Comissão de Juristas, presidida pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça Luis Felipe Salomão, propôs revisão e atualização do Código Civil. Nessas mudanças, incluiu-se, no relatório final, a criação do "Livro VI, Do Direito Civil Digital", no qual inclui o Capítulo VII para tratar da Inteligência Artificial. Todavia, observa-se que não foram implementadas mudanças siginificativas a respeito da ampliação do rol de legitimados para a tutela de imagem do falecido a partir dessa tecnologia.

Em um dos artigos desse capítulo, dispõe-se a respeito da criação de imagem do falecido por meio de inteligência artificial, mas no inciso I desse diz que é necessário autorização prévia e expressa do retratado ou de seus herdeiros legais ou de seus representantes. Ademais, no inciso II, versa que essa criação, no entanto, não poderá ir de encontro aos valores construídos em vida. No entanto, sucede que não se estabeleceu como será feito esse controle, caso os herdeiros ou representantes concordem em veicular imagens do falecido nessas hipóteses violativas de direito à imagem[40].

38. SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 24.

39. CUPIS, Adriano de. Os Direitos da Personalidade. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008. p. 154.

40. BRASIL. Senado Federal. Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal, n° 11/2023. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/68cc5c01-1f3e-491a-836a-7f376cfb95da. Acesso em: 15 maio 2024.

Dessa forma, tais questões se tornam ainda mais complexas quando o falecido se quedou silente sobre o uso de sua imagem em reconstrução digital *post mortem*. Neste caso, os legitimados para futura autorização restariam aos herdeiros. A problemática surge quando os familiares permitem a divulgação da imagem do morto, seja real ou por meio de inteligência artificial, que conflitam com a imagem-atributo do retratado, ou seja, os valores construídos por ele em vida. Poderá, desse modo, haver uma decisão abusiva e a não observância do real desejo da pessoa se viva estivesse. É preciso então que se pense em novos caminhos para uma proteção mais sólida dos direitos da personalidade nesses contextos disruptivos.

No que concerne à imagem, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu que não pode ocorrer circulação dela quando se viola a imagem-atributo de uma pessoa. A lide versava sobre o uso indevido de imagem em publicidade, em que além da ausência do consentimento do retratado, desconsiderou-se seus valores construídos na sociedade. Isso porque sua imagem foi utilizada em campanha publicitária de carro, quando o apelante defendia em suas redes sociais o uso de bicicleta como meio de transporte sustentável.

> INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS Utilização indevida da imagem do autor em rede social, em propaganda de automóvel Comprovação Preliminar de cerceamento de defesa afastada-Violação ao direito de imagem caracterizado Hipótese em que a publicação extrapolou o limite do razoável, causando danos de ordem moral ao autor, conhecido nas redes sociais por estimular o uso de meios de transporte sustentáveis-Necessidade de equilíbrio entre o direito de expressão com a garantia de inviolabilidade do direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem Indenização majorada Verba honorária mantida- Recurso da ré desprovido- Recurso do autor parcialmente provido[41].

O uso inadequado da imagem, sobretudo quando realizado por meio de vídeos, pode provocar danos mais consideráveis à pessoa retratada. Consoante destacado por Adriano de Cupis, a representação de gestos e voz possibilita criar uma ilusão de realidade e proximidade com o representado. Além disso, essas reproduções reforçam a intensidade desses impactos, tendo em vista que são capazes de gerar memórias mais duradouras no espectador[42]. Nesse viés, a reconstrução digital por meio de vídeos, ao violar a identidade do indi-

41. TJSP. Apelação Cível 0008132-86.2013.8.26.0003. Relator Moreira Viegas; Órgão Julgador: 5a Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 12/08/2008; Data de Publicação: 18/08/2008, grifou-se.

42. CUPIS, Adriano de. op. cit. p., 144.

víduo, tem potencial para ensejar danos irreversíveis, o que fomenta questões éticas e jurídicas a serem analisadas.

O consentimento do próprio indivíduo deve ser sempre o principal norte, a fim de que suas características identitárias e seus atos produzidos em vida sejam refletidos da forma como quer ser visto na sociedade. Não é possível pensar apenas em um eu individual, mas coletivo. As pessoas recebem influência umas das outras, e a partir dessas interações, constrói sua personalidade. Portanto, o indivíduo se reconhece a partir de um outro, cujo olhar se faz importante para reconhecer sua própria identidade[43].

Nesse sentido, ainda, segundo o filósofo Michael Foucault, não devemos pensar na vida como "um espaço neutro e branco; não se vive, não se morre, não se ama no retângulo de uma folha de papel. Vive-se, morre-se, ama-se em um espaço quadriculado, recortado, matizado, com zonas claras e sombras, diferentes[44]." Por conseguinte, é preciso se situar em um lugar de alteridade em que haja respeito às diferenças.

Assim, para se pensar em uma maior tutela do direito da personalidade do morto, Anderson Schreiber sugere uma ampliação do rol de legitimados dos artigos 12 e 20 do Código Civil de 2002. Trata-se de uma ideia pragmática e eficaz, sem haver necessidade de se criar uma lei específica para reger o uso de inteligência artificial, que ainda se encontra em constantes mudanças, em curto espaço de tempo. Dessa maneira, amigos, um empregado de confiança, além de associações e entidades coletivas deveriam ser contempladas nos referidos artigos, como medidas assecuratórias do respeito à imagem do morto.[45]

Diante do exposto, a inteligência artificial trouxe significativas transformações para o direito à imagem. A reconstrução digital *post mortem* surge como uma dessas mudanças impactantes. Se antes desses avanços tecnológicos, já se suscitavam controvérsias acerca dos artigos 12 e 20 do Código Civil, agora os debates se tornam ainda mais intensos quanto aos legitimados responsáveis por tutelar os direitos da personalidade do falecido. Vale mencionar que, embora o anteprojeto de Lei criado em 2023 para atualizar e revisar o Código Civil tenha elaborado propostas significativas para regular o ambiente digital, não ocorreu uma alteração profunda na tutela de imagem

43. LACAN, Jacques. O Seminário: os escritos técnicos de Freud, 1953-1954. Texto estabelecido por Jacques-Alain Miller; versão brasileira de Betty Milan. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1979. Livro 1. p. 172-173.

44. FOUCAULT, Michel. O corpo utópico, as heterotopias. Posfácio de Daniel Defert. São Paulo: Edições n-1, 2013. p. 19.

45. SCHREIBER, Anderson. Elis Regina e reconstrução digital póstuma. Gen Jurídico. 9 ago. 2023. Disponível: https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/civil/elis-regina-e-reconstrucao-digital-postuma/. Acesso em: 15 set. 2023..

a partir de inteligência artificial do falecido, tendo em vista a não ampliação de legitimados ativos. Dessa forma, é necessário a revisão do artigo que trata sobre imagem criada por meio inteligência artificial do referido anteprojeto de Lei para se estender o rol das partes interessadas.

5. Violação do direito à imagem na ressurreição digital de Elis Regina

A canção "Como Nossos Pais", de Belchior, tornou-se muito conhecida na voz da cantora Elis Regina, que morreu em janeiro de 1982. A artista, entretanto, ressurgiu na campanha publicitária da Volkswagen para comemorar os 70 anos da empresa. Para isso, utilizou-se da técnica de deepfake a fim de ressuscitar a imagem da artista em vídeo. Para uma maior vivacidade e contraste da dualidade passado e presente, Elis Regina aparece dirigindo uma Kombi ao lado de sua filha Maria Rita, que, no momento atual da propaganda, conduz um veículo contemporâneo[46].

O referido episódio gerou debates no âmbito dos direitos da personalidade e do consumidor, tendo o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar) instaurado processo para avaliar a conformidade ética da publicidade com uso da inteligência artificial. Enquanto alguns indivíduos entenderam a iniciativa como uma homenagem digna, outros discordaram, em razão da acusação em face da Volkswagen, que teria colaborado com a ditadura militar na época, ao passo que a cantora era uma opositora ao regime[47].

Vale destacar que, nesse contexto, foi firmado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre órgãos do Ministério Público e a Volkswagen em 2020. Este acordo tinha por escopo reparar os danos causados à democracia e aos direitos humanos[48].

Além da discussão sobre a violação da imagem-retrato de Elis Regina ao ser representada com técnicas de deepfake, também se debateu quanto à sua imagem-atributo. Isso porque a imagem da famosa foi divulgada na publicidade de uma empresa que, segundo o relatório conjunto divulgado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo com o Ministério Público Federal

46. Elis Regina e Maria Rita cantam 'juntas' em comercial que usa IA e deep fake. Exame. 4 jul. 2023. Disponível em: https://exame.com/inteligencia-artificial/elis-regina-e-maria-rita-cantam-juntas-em-comercial-que-usa-ia-e-deep-fake/. Acesso em: 26 nov. 2023.

47. SCHREIBER, Anderson. Elis Regina e reconstrução digital póstuma. Gen Jurídico. 9 ago. 2023. Disponível em: https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/civil/elis-regina-e-reconstrucao-digital-postuma/. Acesso em: 15 set. 2023.

48. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, op. cit. p. 4-5.

e o Ministério Público do Trabalho em outubro de 2020, teria apoiado consistentemente à ditadura militar brasileira, que vigorou de 1964 a 1985. Nessa época, ocorreram graves violações aos direitos humanos, como torturas, desaparecimentos de pessoas, prisões ilegais[49].

Conforme ainda o mencionado relatório, a Volkswagen teria colaborado com a ditadura de forma ativa ao delatar seus funcionário ao Estado. Isso ocorreu ao realizar prisões ilegais, limitar o direito de greve e elaborar de lista de pessoas indesejadas para impedir a contratação de ex-funcionários que estivessem envolvidos em pedidos trabalhistas ou políticos[50].

A Volkswagen, que chegou ao Brasil em 1955, tornou-se uma das maiores companhias no país em 1964. De acordo com o relatório do professor Christopher Kopper, o presidente da filial no Brasil, Friedrich Schultz-Wenk, que ocupou o cargo de 1954 a 1969, teria feito parte do partido nazista. Outrossim, teria se naturalizado brasileiro e defendido práticas colonialistas. Em uma correspondência enviada ao amigo Nordhoff, teria demonstrado uma opinião negativa em relação à organização dos brasileiros, bem como elogiado o regime ditatorial no Brasil[51].

Por outro lado, Elis Regina resistia às opressões durante a ditadura militar por meio de sua arte. Nesse sentido, a canção de Belchior exibida na publicidade da empresa faz uma crítica ácida aos conflitos de gerações que se intensificaram com a repressão da ditadura militar. Além disso, ela se tornou bastante popular na voz de Elis Regina, que era opositora ao regime militar e teria sido vigiada por órgãos de censura do governo durante sua carreira. Desta forma, em razão de toda injustiça, a cantora se tornou ainda mais engajada na luta contra a ditadura, a partir da metade da década de 1970[52].

Elis Regina nasceu em 17 de março de 1945 no Rio Grande do Sul[53]. Conhecida como uma das artistas consagradas no gênero MPB, fez bastante sucesso na década de 1960 até o início de 1980. Além de ter se tornado conhecida

49. Ibid. p. 60

50. Ibid. p. 58-59.

51. KOOPER, Christopher. A VW do Brasil durante a Ditadura Militar Brasileira 1964-1985. Uma abordagem histórica. Universidade de Bielefeld. Faculdade de História, Filosofia e Teologia. Bielefeld, 30 de outubro de 2017. p. 13. O relatório foi apresentado pela Volkswagen nos autos do Inquérito Civil nº 1.34.001.006706/2015-26, juntado às fls. 630 (mídia digital). Disponível em: https://mpsp.mp.br/documents/portlet_file_entry/20122/2666876.pdf/a70b73f5-bf23-afe5-3477-8ee34a388020. Acesso em 06. abr. 2024.

52. LUNARDI, Rafaela. Elis Regina: entre o canto e a política na década de 1970. ArtCultura, Uberlândia, v. 16, n. 29, p. 187-202, jul-dez 2014. Disponível em: https://seer.ufu.br/index.php/artcultura/article/view/34266. Acesso em: 25 nov. 2023. p.189.

53. SILVA, Edgar. Há 35 anos, Brasil perdia a cantora Elis Regina. Folha de S.Paulo, 19 jan. 2017. Disponível em: https://acervofolha.blogfolha.uol.com.br/2017/01/19/ha-35-anos-brasil-perdia-a-cantora-elis-regina/?loggedpaywall. Acesso em: 26 nov. 2023.

como opositora ao governo ditatorial à época[54]. Assim, surge o conflito entre a imagem-atributo da cantora ao ser ressuscitada na campanha publicitária da Volkswagen por inteligência artificial.

Indaga-se, caso ainda estivesse viva, se ela teria aceitado ter sua imagem vinculada à empresa que outrora foi acusada de apoiar regime ditatorial. É importante verificar, na hipótese, o possível real desejo da artista, e não apenas condicionar a autorização de imagens aos filhos, já que de acordo com a concessionária tudo foi feito com o aceite da família.

Para evitar controvérsias póstumas sobre o uso de imagem, pessoas públicas têm dispostos em testamento acerca do assunto. Esse paradigma de incluir disposições testamentárias para regular a própria imagem demonstra uma preocupação jurídica preventiva, tendo em vista avanços tecnológicos que permitem manipulações de imagem, como deepfake. Esses fatos fizeram surgir preocupações diante da ausência de lei para lidar com o assunto.

Desta forma, em razão ainda das inconsistências do uso da inteligência artificial, mais importante do que se criar uma lei para regular o tema, é expandir o rol de legitimados nos artigos 20 e 12 do Código Civil. Deve-se pensar em contemplar não apenas familiares do retratado para proteger sua imagem, mas também aqueles que tiveram vínculos afetivos com ele[55]. Essa medida visa proteger a identidade póstuma diante dos desafios da reconstrução digital.

Em que pese o suprareferido anteprojeto de Lei criado em 2023, e que tramita no Senado, com o propósito de revisar e atualizar o Código Civil, não houve mudanças quanto à ampliação das partes interessadas no direito à imagem. É certo que o relatório final trouxe alterações imprescindíveis e significativas para o ambiente digital, mas ainda há lacunas. O novo capítulo VII sobre inteligência artificial, em um dos seus artigos, mantém apenas o próprio retratado ou familiares para tutela de imagem criada com essa tecnologia. Vale mencionar que esse entendimento permaneceu nos artigos já existentes acerca dos legitimados no capítulo dos direitos da personalidade[56].

Dessa forma, é necessário que o Senado altere os artigo mencionados no relatório final a fim de considerar outras partes interessadas, além de parentes, como amigos, Organizações não Governamentais (ONGs), Ministério Pú-

54. LUNARDI, op. cit., p. 188.

55. SCHREIBER, Anderson. Elis Regina e reconstrução digital póstuma. Gen Jurídico. 9 ago. 2023. Disponível em: https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/civil/elis-regina-e-reconstrucao-digital-postuma/. Acesso em: 15 set. 2023.

56. Ibid

blico, para uma tutela robusta de imagem do falecido, principalmente daquelas geradas por essa tecnologia.

Considerações finais

O presente trabalho teve por objetivo estudar o direito de imagem no caso da reconstrução digital de Elis Regina na campanha publicitária da Volkswagen. Importante destacar que sendo o direito de imagem uma das espécies do direito da personalidade, ele é intransmissível e essencial a todo ser humano. Dessa forma, não há que se falar em transmissão de direito à imagem aos herdeiros como ocorre no direito sucessório.

Ademais, os avanços tecnológicos trouxeram novos limites para o direito à imagem. No entanto, o Código Civil brasileiro de 2002 se demonstra insuficiente quanto aos conflitos entre a intransmissibilidade dos direitos da personalidade e a autorização dada a partes legítimas em caso de falecido, em que pese o rompimento de valores patrimoniais para adotar aqueles existenciais.

Nessa perspectiva, entende-se que os direitos de imagem da cantora Elis Regina, ao ser ressuscitada por técnicas de deepfake, no vídeo da Volkswagen, não foram respeitados, apesar da autorização da família, consoante o artigo 12 e 20 nos parágrafos únicos Código Civil. Isso porque tais artigos vão de encontro ao artigo 11 do mesmo Código, que diz respeito sobre a intransmissibilidade de direitos da personalidade. Outrossim, os valores da empresa no passado teria estado em desacordo com a identidade criada em vida de Elis Regina, já que aquela teria colaborado com a ditadura, enquanto a artista era contra.

Embora o anteprojeto de Lei de 2023, que já tramita no Senado, tenha criado mudanças necessárias para o Código Civil, principalmente relacionadas à inteligência artificial, não houve uma modificação no rol de legitimados acerca do direito de imagem do falecido. De acordo com o relatório final, passa-se a tratar sobre esse tema em dois capítulos distintos, um no dos direitos da personalidade e outro no de inteligência artificial. Porém, em nenhum desses houve uma extensão do rol de legitimados para contemplar outras partes interessadas, além do próprio retratado ou parentes.

Em vez de se pensar em criar uma lei para regular o uso de inteligência artificial na reconstrução digital, até porque ela ainda se mostra em constantes transformações, pode-se aperfeiçoar os artigos no Código Civil já existentes para adequá-los às transformações da sociedade. Isso é possível por meio de uma ampliação das partes legítimas dos artigos 12 e 20 nos parágrafos únicos

do Código Civil para proteger o direito de imagem do falecido.

Tendo em vista o relatório final mencionado em trâmite que revisa e atualiza o Código Civil, é possível considerar, antes de sua aprovação, a alteração dos artigos concernentes às partes interessadas na proteção do direito à imagem. Isso porque eles não trouxeram transformações nesse tema para também incluir outros legitimados, como um amigo íntimo.

Portanto, é necessário ser apresentado uma proposta disruptiva a fim de não apenas contemplar familiares, mas aqueles com quem o retratado teve um contato afetivo, bem como Ministério Público e ONGs. Dessa forma, haverá uma observância existencial da tutela dos direitos da personalidade, bem como do princípio de solidariedade social.

Referências

ALMEIDA, Ivana Veloso de; SANTOS, Lorena Danielle. História e música: uma reflexão sobre Elis Regina como voz de resistência durante a ditadura civil-militar no Brasil. Revista Outras Fronteiras, Cuiabá, v. 9, n. 1, p. 68-85, jan./jul. 2021. Disponível em: https://periodicoscientificos.ufmt.br/outrasfronteiras/index.php/outrasfronteiras/article/view/437. Acesso em: 06 abr. 2024.

BAUMAN, Zygmunt. O Mal-Estar da Pós-Modernidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BRASIL. Enunciado n. 4 da I Jornada de Direito Civil. Conselho Federal de Justiça. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/650. Acesso em: 20 nov. 2023.

_____. Enunciado n. 587 da VII Jornada de Direito Civil. Conselho Federal de Justiça. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/841. Acesso em: 20 nov. 2023.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, 11 jan. 2002.

_____. Senado Federal. Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal, n° 11/2023. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/68cc5c01-1f3e-491a-836a-7f376cfb95da. Acesso em: 15 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 215984/RJ. 2ª T. Relator: Ministro Carlos Velloso. Data de Julgamento: 04/06/2002 Data de Publicação: 28/06/2002. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14747971. Acesso em: 16 dez. 2023.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 0008132-86.2013.8.26.0003. Relator Moreira Viegas; Órgão Julgador: 5a Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 12/08/2008. Data de Publicação: 18/08/2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/co/concessionaria-indenizar-ciclista-15.pdf. Acesso em: 26 nov. 2023.

CUPIS, Adriano de. Os Direitos da Personalidade. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil. 29ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 129-160.

ELIS Regina e Maria Rita cantam 'juntas' em comercial que usa IA e deep fake. Exame. 4 jul. 2023. Disponível em: https://exame.com/inteligencia-artificial/elis-regina-e-maria-rita-cantam-juntas-em-comercial-que-usa-ia-e-deep-fake/. Acesso em: 26 nov. 2023.

FOUCAULT, Michel. O corpo utópico, as heterotopias. Posfácio de Daniel Defert. São Paulo: Edições n-1, 2013.

KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes contendo a Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude. Trad. Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003.

KOOPER, Christopher. A VW do Brasil durante a Ditadura Militar Brasileira 1964-1985. Uma abordagem histórica. Universidade de Bielefeld. Faculdade de História, Filosofia e Teologia. Bielefeld, 30 de outubro de 2017. p. 13. O relatório foi apresentado pela Volkswagen nos autos do Inquérito Civil nº 1.34.001.006706/2015-26, juntado às fls. 630 (mídia digital). Disponível em: https://mpsp.mp.br/documents/portlet_file_entry/20122/2666876.pdf/a70b73f5-bf23-afe5-3477-8ee34a388020. Acesso em 06. abr. 2024.

KUNDERA, Milan. A Imortalidade. Trad. Teresa Bulhões Carvalho da Fonseca, Anna Lucia Moojen de Andrade. 1ªed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

LACAN, Jacques. O Seminário: os escritos técnicos de Freud, 1953-1954. Texto estabelecido por Jacques-Alain Miller; versão brasileira de Betty Milan. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1979. Livro 1. p. 168-188.

LISPECTOR, Clarice. Todas as crônicas. Prefácio de Marina Colasanti; organização de Pedro Karp Vasquez; pesquisa textual Larissa Vaz. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2018.

LUNARDI, Rafaela. Elis Regina: entre o canto e a política na década de 1970. ArtCultura, Uberlândia, v. 16, n. 29, p. 187-202, jul-dez 2014. Disponível em: https://seer.ufu.br/index.php/artcultura/article/view/34266. Acesso em: 25 nov. 2023.

MEDON, Felipe. O direito à imagem na era das deepfakes. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 27, p. 251-277, jan.-mar. 2021. ISSN 2594-4932. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/438. Acesso em: 20 nov. 2023.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Direitos Humanos, Empresa e Justiça de Transição: o papel da Volkswagen do Brasil na repressão política durante a ditadura militar. Relatório conjunto com o Ministério Público do Trabalho e com o Ministério Público Federal. PR-SP-00104695/2020. São Paulo, out. 2020. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/documents/portlet_file_entry/20122/2679806.pdf/55488978-129e-6f5d-5abf-50e4fb8

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. 28ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 181-191.

RODOTÁ, Stefano. El derecho a tener derechos. Trad. José Manuel Revuelta. Madrid: Editorial Trotta, 2014. p. 215-286.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Elis Regina e reconstrução digital póstuma. Gen Jurídico. 9 ago. 2023. Disponível em: https://blog.grupogen.com.br/juridico/. Acesso em: 15 set. 2023.

SEDLMAIR, Maria Alicia. Who Owns Your Face after You Die? Computer Generated Images in Audiovisual Media and Their Possible Impact on Publicity and Privacy Rights under Californian Law. Computer Generated Images in Audiovisual Media and Their Possible Impact on Publicity and Privacy Rights under Californian Law. 16 set. 2020. MIPLC Master Thesis Series (2019/20). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3904021. Acesso em: 25 nov. 2023.

SIBILIA, Paula. O Homem Pós-Orgânico: corpo, subjetividade e tecnologias digitais. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. p. 41-62.

SILVA, Edgar. Há 35 anos, Brasil perdia a cantora Elis Regina. Folha de S.Paulo, [s.l.], 19 jan. 2017. Disponível em: https://acervofolha.blogfolha.uol.com.br/2017/01/19/ha-35-anos-brasil-perdia-a-cantora-elis-regina/?loggedpaywall. Acesso em: 26 nov. 2023.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. Revista de informação legislativa: RIL, v. 54, n. 213, p. 173-198, jan./mar. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p173. Acesso em: 13 dez. 2023.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. 2ª ed. revista e atualizada. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.29-65.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: Temas de Direito Civil. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 2-22.

VERÍSSIMO, Adriana. Elis Regina. Portal Contemporâneo da América Latina e Caribe. [s.d.]. Disponível em: https://sites.usp.br/portalatinoamericano/espanol-elis-regina. Acesso em: 24 abr. 2024

WAGNER, Travis Le; BLEWER, Ashley. “The word real is no longer real”: Deepfakes, gender, and the challenges of AI-altered video. Open Information Science, v. 3, 32–46, 2019. Disponível em: https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/opis-2019-0003/html. Acesso em: 10 dez. 2023. o exercício pleno da função social pela empresa pública.

DIÁLOGOS DA
PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DIGITAL

6

O atual panorama da regulamentação, tratamento e proteção de dados pessoais dos eleitores na justiça eleitoral

WEBER QUIRINO DE ANDRADE

WEBER QUIRINO DE ANDRADE [1]

Sumário: Introdução. 1. Compatibilização entre o dever de transparência, o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais. 2. Fundamentos para a publicação dos contratos administrativos e documentos referentes às licitações realizadas pelas estatais. 3. Requisitos para que o tratamento de dados pessoais seja legítimo, conforme as disposições da LGPD. 4. Análise de decisões e guias orientativos sobre o tema. 5. Adequação à LGPD dos contratos administrativos publicados na internet pelas estatais. Considerações finais. Referências.

Introdução

A Justiça Eleitoral como guardiã do processo democrático de alternância pacífica do poder adaptou-se e continua se adaptando de modo contínuo à promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a fim de manter-se como órgão jurisdicional com a precípua vocação de manutenção da paz social e em atenção ao novo marco regulatório do tratamento de dados pessoais no Brasil.

A promulgação desse diploma legal implicou em mudanças na forma como a justiça coleta, trata e armazena os dados da quase totalidade da população brasileira, que é chamada de forma obrigatória ao exercício do direito ao voto e tem seus dados colhidos por esse órgão de poder, durante o processo de alistamento eleitoral.

As implicações da LGPD, embora publicada em 2018 e com efeitos posteriores, ainda se fazem sentir na justiça das eleições e, como será tratado neste trabalho, resta saber se a já consagrada expertise da Justiça Eleitoral, na proteção da lisura da soberania da vontade popular, encontrou eco na proteção dos direitos fundamentais de liberdade, privacidade e no livre desenvolvimento da personalidade humana – objetivos da nova lei.

Para isso, serão analisadas nesta pesquisa as normas que envolvem a coleta e o tratamento de dados pessoais dos eleitores e eleitoras desde o Código Eleitoral, até a promulgação da LGPD e seus impactos nas normas do poder judiciário eleitoral.

1. O papel da justiça eleitoral

1. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT. Especialista em Direito Civil, Difusos e Coletivos pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de MT - FESMP/MT. Analista Judiciário no Tribunal Regional Eleitoral de Mato Grosso - TRE-MT.

O Código Eleitoral[2] e, posteriormente, a Constituição Federal de 1988[3] consagraram à Justiça Eleitoral a responsabilidade de "resguardar a democracia e o Estado Democrático, nos moldes do disposto no art. 1º e incisos da Constituição Federal, efetivando, praticamente, a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político como princípios fundamentais trilhados pelo legislador-constituinte"[4].

Para boa parte da doutrina, o próprio conceito de cidadania é conferido pelo poder judiciário eleitoral, quando a brasileira ou o brasileiro nato ou naturalizado realiza o seu alistamento eleitoral e torna-se apto ao exercício dos direitos de votar e ser votado[5].

Existem, ainda, autores para quem o exercício da cidadania se qualifica em fases e à medida que a pessoa atinge certa idade e fica apto a concorrer a determinados cargos que exigem idade mínima[6], como presidente da república – cargo para o qual se exige 35 (trinta e cinco) anos completos.

Somente a partir desse momento é que o cidadão ou cidadã podem participar da escolha daqueles que, em seu nome de forma direta ou indireta, exercerão o poder e tomarão as decisões mais importantes na vida da coletividade, consagrando o direito de participar da política – que, na boa lição de José Jairo Gomes, significa:

> A política relaciona-se a tudo o que diz respeito à vida coletiva, sendo indissociável da vida humana, da cultura, da moral e da religião. Em geral, é compreendida como as relações da sociedade civil, do Estado, que provêm um quadro no qual as pessoas podem produzir e consumir, associar-se e interagir umas com as outras, cultuar ou não Deus e se expressar artisticamente. Trata-se, por outro lado, de esfera de poder, constituída socialmente, na qual se agregam múltiplos e, por vezes, contraditórios interesses[7].

Para a realização deste papel de fundamental importância na vida em sociedade é que foi dispensado ao poder judiciário eleitoral a função de regis-

2. BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 jul. 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm. Acesso em: 17 jan. 2024.

3. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 17 jan. 2024.

4. RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 117.

5. Nesse sentido, GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 6. "Chama-se cidadão a pessoa detentora de direitos políticos, podendo, pois, participar do processo governamental, elegendo ou sendo eleito para cargos públicos. Como ensina Silva (2006, p.347), a cidadania é um 'atributo jurídico-político que o nacional obtém desde o momento em que se torna eleitor'."

6. Nesse sentido RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

7. (GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 2 – itálico no original)

trar, para além do registro civil, as pessoas aptas ao exercício da "soberania popular pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos[8]" , desde que cumpridas determinadas formalidades – como será visto a seguir.

2. O alistamento eleitoral

O alistamento eleitoral é o momento no qual toda pessoa brasileira nata ou naturalizada comparece perante um cartório da justiça eleitoral, se qualifica e se inscreve como eleitor ou eleitora naquela circunscrição, onde mantém o seu domicílio eleitoral [9]–o qual nem sempre é o mesmo de seu domicílio civil.

A bem da verdade, a justiça eleitoral tem admitido um conceito mais elástico na consideração do local onde se fixa o cidadão com o fim de exercer ali a sua influência política e pode concorrer a cargos eletivos:

> Tem sido admitido como domicílio eleitoral qualquer lugar em que o cidadão possua vínculo específico, o qual poderá ser familiar, econômico, social ou político. Nesse diapasão, considera-se domicílio eleitoral o lugar em que o eleitor mantiver vínculo: (a) familiar, e. g., aquele em que é domiciliado se parente (TSE – AAg. nº 7.788/MG – DJ 15-10-2004, p. 94); (b) econômico/patrimonial (TSE – Respe nº13.459/SE – DJ – 12-11-1993, p. 24103), como o em que seja "proprietário rural"(TSE – Respe nº 21.826/SE – Dj 1-10-2004, p. 150); (c) afetivo, social ou comunitário (TSE – AgR-Ai nº 7286/PB – Dje, t. 50, 14-03-2013; TRE-MG – Ac. nº 1.240/2004 e Ac. nº 1.396/2004 – RDJ 14:148-155); (d) o lugar em que o candidato, nas eleições imediatamente anteriores, obteve a maior parte da votação[10]

No mesmo sentido também dispõe a Resolução do TSE que trata do assunto:

> Art. 23. Para fins de fixação do domicílio eleitoral no alistamento e na transferência, deverá ser comprovada a existência de vínculo residencial, afetivo, familiar, profissional, comunitário ou de outra

8. Artigo 14, caput. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 jan. 2024.

9. O conceito de domicílio eleitoral está contido no artigo 23, da Resolução TSE 23.659/2021: Art. 23. Para fins de fixação do domicílio eleitoral no alistamento e na transferência, deverá ser comprovada a existência de vínculo residencial, afetivo, familiar, profissional, comunitário ou de outra natureza que justifique a escolha do município.

10. TRE – Respe nº 16.397/AL – DJ 9-3-2001, p. 203) (GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 159 – itálico no original)

natureza que justifique a escolha do município[11].

Embora pacífica essa posição elastecida do conceito de domicílio eleitoral ela não está imune a críticas, especialmente pelo fato de poder permitir alterações do cadastro eleitoral em período muito próximo das eleições e nem sempre no melhor interesse da população, a quem se apresenta mais uma opção de candidato ou candidata que conhece a sua realidade local. Nesse sentido:

> Trata-se, porém, de um dos mais infelizes dogmas do direito eleitoral, pois não encontra amparo na legislação, enseja a prática de fraudes nas transferências de inscrições eleitorais e enfraquece a legitimidade do processo eleitoral. (...) Além de problemas relacionados ao transporte de eleitores (Lei nº 6.097/74), com as constantes viagens às vésperas do pleito, existem notícias de transferência propositalmente patrocinada por políticos e seus correligionários, às vezes mediante a utilização de documentos falsos para o fim de comprovar endereços inexistentes, o que seria atenuado, em certa medida, com a adoção do conceito mais restrito de domicílio eleitoral. (...) enseja a situações indesejáveis como a do 'Prefeito itinerante'(cf. nota 4 dos comentários ao art. 14 da CF) ou da 'família itinerante'(cf. nota 29 dos comentários ao art. 14 da CF)[12]

Na primeira fase do alistamento, tratada como qualificação, a pessoa deve apresentar os documentos e dados que comprovem sua identidade e seu vínculo com o local onde está se alistando na forma de um requerimento à justiça eleitoral.

A qualificação "é o ato pelo qual o indivíduo fornece informações concernentes à sua pessoa, como nome, sexo, filiação, data de nascimento e endereço.[13]". É nessa primeira fase do alistamento eleitoral que a justiça especializada recebe os primeiros dados de identificação do ser humano que ali comparece, a fim de caracterizá-lo de forma única.

É importante anotar que o Código Eleitoral, na redação do ano de 1965, em seu artigo 44 cita a necessidade de apresentar três retratos e um dos documentos listados, que não poderiam deixar de ser apresentados sem justificativa, durante o alistamento eleitoral:

11. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.659, de 26 de outubro de 2021. DJe-TSE, nº 204, de 5.11.2021, republicado no DJe-TSE nº 228 de 10.12.2021. Disponível em: https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2021/resolucao-no-23-659-de-26-de-outubro-de-2021. Acesso em: 17 jan. 2024.

12. MEDEIROS, Marcilio Nunes. Legislação eleitoral comentada e anotada. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 490 e 491

13. GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 159.

> Art. 44. O requerimento, acompanhado de 3 (três) retratos, será instruído com um dos seguintes documentos, que não poderão ser supridos mediante justificação:
> I - carteira de identidade expedida pelo órgão competente do Distrito Federal ou dos Estados;
> II - certificado de quitação do serviço militar;
> III - certidão de idade extraída do Registro Civil;
> IV - instrumento público do qual se infira, por direito ter o requerente idade superior a dezoito anos e do qual conste, também, os demais elementos necessários à sua qualificação;
> V - documento do qual se infira a nacionalidade brasileira, originária ou adquirida, do requerente.

Observa-se aí, desde logo, a preocupação do legislador em estabelecer a correta identificação do eleitor, de modo a evitar fraudes e adulterações, como a duplicidade de inscrições ou a votação fraudulenta, realizada por outra pessoa que não aquela inscrita no cadastro eleitoral; situações que podem contaminar todo o pleito eleitoral e, a depender do número votos fraudados, inviabilizar toda uma eleição[14].

Ultrapassada essa primeira fase de qualificação, o requerimento de alistamento eleitoral (RAE) é submetido à autoridade judicial que o apreciará em até 48 (quarenta e oito) horas[15] e, uma vez deferido, o eleitor ou eleitora obtém a sua inscrição eleitoral, seu título, no prazo de cinco dias[16] e passa a integrar o cadastro eleitoral[17].

3. O cadastro nacional de eleitores

O cadastro eleitoral é o conjunto de dados dos cidadãos e cidadãs registrados perante a justiça eleitoral, contendo também as informações que indicam a sua regularidade para o exercício dos direitos políticos, com os dados da sua zona eleitoral no município, seu local de votação e a seção eleitoral dentro deste local, as mudanças (transferências) do seu título eleitoral, seu comparecimento às urnas, justificativas eleitorais, trabalho como mesário, en-

14. Essa é a dicção do artigo art. 224, do Código Eleitoral: Se a nulidade atingir a mais de metade dos votos do país nas eleições presidenciais, do Estado nas eleições federais e estaduais ou do município nas eleições municipais, julgar-se-ão prejudicadas as demais votações e o Tribunal marcará dia para nova eleição dentro do prazo de 20 (vinte) a 40 (quarenta) dias.

15. Artigo 45, § 1º, do Código Eleitoral.

16. Idem, § 4º.

17. Atualmente o procedimento é praticamente instantâneo, saindo o eleitor no mesmo momento do alistamento com o seu título eleitoral, graças às facilidades do processamento eletrônico de dados no alistamento eleitoral, consagrado a partir da Lei nº 7.444, de 20 de dezembro de 1985, que permitiu a verificação durante o próprio alistamento da existência de inconsistências e erros que impeçam a inscrição eleitoral.

tre outros dados.

3.1 O cadastramento eletrônico de dados

O cadastro eleitoral como existe atualmente nasceu a partir da Lei nº 7.444, de 20 de dezembro de 1985[18], que implantou o processamento eletrônico de dados no alistamento eleitoral e determinou a revisão eleitoral em toda a base nacional de eleitores; permitiu, ainda, o acesso a informação de eleitores constantes em cadastros de qualquer natureza de outros órgãos federais, estaduais e municipais[19].

Nascia naquele momento um grande banco de dados de pessoas organizado e mantido pelo Tribunal Superior Eleitoral, com o auxílio dos Tribunais Regionais Eleitorais, de milhões de brasileiros e brasileiras, que passava a ser gerenciado eletronicamente com o auxílio de computadores[20].

É curioso notar que com essa revisão para a informatização dos dados eleitorais da população brasileira, o cadastro eleitoral continha cerca de 70 (setenta) milhões de brasileiros e brasileiras[21] à época – 1985 – e os dados divulgados após o fechamento do cadastro eleitoral para as Eleições Municipais de 2024 informam que essa base de dados é para as Eleições 2024 de 158.188.950 (cento e cinquenta e oito milhões cento e oitenta e oito mil novecentos e cinquenta milhões) de pessoas[22], com mais de 80% (oitenta por cento)[23] com a biometria coletada - o que demonstra a necessidade de um alto investimento em gestão e segurança da informação tecnológica.

Alguns anos depois foi sancionada a Lei nº 6.996, de 7 de junho de 1982[24], que tratou da utilização do processamento eletrônico de dados nos serviços eleitorais, viabilizando o manejo dos dados dos milhões de pessoas – já autorizada sua implantação pela legislação anterior – e dos cálculos e fórmulas utilizando-se da computação.

18. BRASIL. Lei nº 7.444, de 20 de dezembro de 1985. Dispõe sobre a implantação do processamento eletrônico de dados no alistamento eleitoral e a revisão do eleitorado e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 dez. 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7444.htm . Acesso em: 17 jan. 2024.

19. Idem, artigo 4º.

20. É o que consta do artigo 9º, inciso I, da referida lei "Art. 9º O Tribunal Superior Eleitoral baixará as instruções necessárias à execução desta Lei, especialmente, para definir: I - a administração e a utilização dos cadastros eleitorais em computador, exclusivamente, pela Justiça Eleitoral;".

21. SOUZA, Bruno Cesar Andrade de. Dados pessoais: LGPD e as eleições. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022. p. 173.

22. Dados disponíveis em: https://sig.tse.jus.br/ords/dwapr/r/seai/sig-eleitor-eleitorado-mensal/home?session=6088498207658 . Acesso em: 12 mai.. 2024.

23. Conforme notícia disponível em https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Maio/justica-eleitoral-fez-mais-de--6-milhoes-de-alistamentos-no-periodo-de-abertura-do-cadastro. Acesso em: 21 mai. 2024

24. BRASIL. Lei nº 6.996, de 7 de junho de 1982. Dispõe sobre a utilização de processamento eletrônico de dados nos serviços eleitorais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 8 jun. 1982. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l6996.htm. Acesso em: 17 jan. 2024.

4. O tratamento dos dados dos eleitores pela justiça eleitoral

A justiça eleitoral como gestora do sufrágio universal em que escolhidos os detentores temporários do poder, na democracia, nasceu vocacionada a ser a guardiã não somente da regularidade da vontade popular, exercida de forma livre, soberana e democrática, mas, também e por arrastamento, das informações que vão permitir a identificação da forma mais precisa possível de cada pessoa, cada eleitor e cada eleitora.

Desse modo, como visto anteriormente, é durante a qualificação e na inscrição eleitoral que as pessoas se identificam, fazendo um registro que vai lhes conferir o exercício da cidadania, fato que será sempre protegido pela justiça especializada, especialmente nos processos de revisão eleitoral[25], onde os dados são conferidos para identificar fraudes, e nos batimentos eleitorais, que é atividade de checagem e cruzamento de dados realizados pelos tribunais eleitorais, para identificar erros e duplicidades.

Realiza, assim, a justiça eleitoral o tratamento rotineiro dos dados dos eleitores e eleitoras brasileiras, uma vez que é a responsável pela manutenção da higidez e de atualizar as informações que lhe são depositadas, por força legal e constitucional, dada a obrigatoriedade – na maioria dos casos – do alistamento e do voto[26].

Mas surge importante indagação quanto à quais dados fica ela obrigada a gerir – observado tão somente o prisma da identificação da pessoa para o exercício da cidadania, conforme se abordará.

4.1 A controvérsia sobre a forma de identificação do eleitor e os dados atualmente coletados

O Código Eleitoral prevê para o alistamento a apresentação de um documento de identificação e três retratos[27], que devem acompanhar o pedido de alistamento eleitoral, bem como um formulário específico com assinatura e data; esses documentos devem ser atestados pelo servidor que faz aquele atendimento.

25. A revisão eleitoral ocorre quando há notícia, fundamentada, de fraude no cadastro eleitoral – conforme artigo 71, § 4º, do Código Eleitoral.

26. Segundo o artigo 14, § 1º da Constituição Federal: "§ 1º O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos." BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm .Acesso em: 17 jan. 2024 .

27. Artigo 45, do Código Eleitoral.

Atualmente o procedimento está disciplinado no artigo 41 da Resolução TSE nº 23.659, de 26 de outubro de 2021[28], que disciplina o Requerimento de Alistamento Eleitoral (RAE), que padronizou em todo o país os pedidos de alistamento inicial.

Diante da necessidade de se garantir mais segurança e efetividade ao processo de votação, especialmente a partir do ano 2000 com o início da utilização da urna eletrônica, passou o TSE a utilizar em 2007, em programa experimental, os dados biométricos e de fotografia para a identificação eleitoral[29].

Apesar de tal avanço, que passou a permitir mais segurança na identificação do eleitor no dia da votação, o congresso nacional aprovou a Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009[30], que, entre outras alterações, passou a exigir concomitantemente a apresentação do título eleitoral e de documento oficial com foto no dia do pleito.

Em boa hora a legislação foi impugnada por partido político, que alegou desproporcionalidade da medida, que acabava por dificultar o exercício do direito ao voto, via a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.467, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), tendo sido deferida medida cautelar suspendendo a necessidade de apresentação de dois documentos – título e documento com foto:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. ART. 91-A, CAPUT, DA LEI 9.504, DE 30.9.1997, INSERIDO PELA LEI 12.034, DE 29.9.2009. ART. 47, § 1º, DA RESOLUÇÃO 23.218, DE 2.3.2010, DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. OBRIGATORIEDADE DA EXIBIÇÃO CONCOMITANTE, NO MOMENTO DA VOTAÇÃO, DO TÍTULO ELEITORAL E DE DOCUMENTO OFICIAL DE IDENTIFICAÇÃO COM FOTOGRAFIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DO LIVRE EXERCÍCIO DA SOBERANIA E AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DA EFICIÊNCIA. NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DAS NORMAS IMPUGNADAS. PERIGO NA DEMORA CONSUBSTANCIADO NA IMINÊNCIA DAS ELEIÇÕES GERAIS MARCADAS PARA

28. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.659, de 26 de outubro de 2021. DJe-TSE, nº 204, de 5.11.2021, republicado no DJe-TSE nº 228 de 10.12.2021. Disponível em: https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2021/resolucao-no-23-659-de-26-de-outubro-de-2021. Acesso em: 17 jan. 2024.

29. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.688, de 13 de dezembro de 2007. DJ-Diário da Justiça, nº 25, de 7.02.2008, p. 20-21. Disponível em: https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2007/resolucao-no-22-688-de-13-de-dezembro-de-2007 . Acesso em: 17 jan. 2024.

30. BRASIL. Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009. Altera as Leis n.º 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 30 set. 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm . Acesso em: 17 jan. 2024.

> O DIA 3 DE OUTUBRO DE 2010. 1. A proximidade das eleições gerais de 3 de outubro de 2010 e a invulgar importância do tema enfrentado na presente ação direta, relativo ao livre exercício da cidadania pela expressão do voto, autorizam o procedimento de urgência previsto no art. 10, § 3º, da Lei 9.868/99, a fim de que o Tribunal possa se manifestar antes de eventual perecimento de direito. 2. A segurança do procedimento de identificação dos eleitores brasileiros no ato de votação ainda apresenta deficiências que não foram definitivamente solucionadas. A postergação do implemento de projetos como a unificação das identidades civil e eleitoral num só documento propiciou, até os dias atuais, a ocorrência de inúmeras fraudes ligadas ao exercício do voto. 3. A apresentação do atual título de eleitor, por si só, já não oferece qualquer garantia de lisura nesse momento crucial de revelação da vontade do eleitorado. Por outro lado, as experiências das últimas eleições realizadas no Brasil demonstraram uma maior confiabilidade na identificação aferida com base em documentos oficiais de identidade dotados de fotografia, a saber: as carteiras de identidade, de trabalho e de motorista, o certificado de reservista e o passaporte. 4. A norma contestada, surgida com a edição da Lei 12.034/2009, teve o propósito de alcançar maior segurança no processo de reconhecimento dos eleitores. Por isso, estabeleceu, já para as eleições gerais de 2010, a obrigatoriedade da apresentação, no momento da votação, de documento oficial de identificação com foto. 5. Reconhecimento, em exame prefacial, de plausibilidade jurídica da alegação de ofensa ao princípio constitucional da razoabilidade na interpretação dos dispositivos impugnados que impeça de votar o eleitor que, embora apto a prestar identificação mediante a apresentação de documento oficial com fotografia, não esteja portando seu título eleitoral. 6. Medida cautelar deferida para dar às normas ora impugnadas interpretação conforme à Constituição Federal, no sentido de que apenas a ausência de documento oficial de identidade com fotografia impede o exercício do direito de voto[31].

No mérito, a ação foi julgada procedente e ressaltado o entendimento da suficiência do documento oficial com foto para a identificação do eleitor, bem como reconheceu a Suprema Corte esvaziado o objeto da ação pelo advento, bem-sucedido, da biometria[32].

Isso demonstra a confiança nos procedimentos da justiça eleitoral, que

31. ADI 4467 MC, Relator(a): ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 30-09-2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-104 DIVULG 31-05-2011 PUBLIC 01-06-2011 RTJ VOL-00221-01 PP-00356. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2980042 . Acesso em: 17 jan. 2024)

32. O Inteiro teor do julgamento de mérito está disponível em : https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=-TP&docID=754239614. Acesso em 17 jan. 2024.

investiu cada vez mais na segurança e confiabilidade no cadastro dos dados do eleitorado e, fazendo uso do seu poder regulamentar, prevê, para além dos dados biométricos, atualmente a coleta e o tratamento das seguintes informações dos eleitores por ocasião do requerimento de alistamento eleitoral:

> Art. 42 (...) I - nome civil; II - nome social, para uso exclusivo por pessoa transgênera que não fez retificação do registro civil; III - gênero, com as opções "masculino" e "feminino"; IV - identidade de gênero, com as opções mínimas "cisgênero", "transgênero" e "prefere não informar"; V - raça, em correspondência ao quesito cor ou raça utilizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); VI - possibilidade de identificação da pessoa como "indígena" e "quilombola ou integrante de comunidade remanescente", bem como de indicação da etnia ou comunidade quilombola a que pertence e, ainda, a língua que pratica, de forma exclusiva ou concomitante com o português; VII - filiação, contendo quatro campos para identificação de genitores, sendo dois identificados como "mãe" e dois como "pai", de modo a que possam ser incluídas pessoas do mesmo gênero e acolhida a realidade das famílias mono ou pluriparentais; VIII - data de nascimento, com possibilidade de indicação, pela pessoa requerente, de que possui ou não irmã gêmea ou irmão gêmeo; IX - possibilidade de identificar, com o detalhamento adequado, tratar-se de pessoa com deficiência ou outra condição que, por dificultar ou impedir o exercício do voto, deva ser considerada nas políticas de governança eleitoral para promover a ampliação do exercício da cidadania; X - domicílio eleitoral, para identificação de município ou do Distrito Federal como localidade onde a pessoa, comprovado um dos vínculos a que se refere o art. 23 desta Resolução, exercerá o direito ao voto; XI - endereço de residência ou de contato, que não necessariamente corresponderá ao do domicílio eleitoral, podendo o preenchimento do campo ser dispensado em caso de informação de tratar-se de pessoa em situação de rua ou sem moradia fixa; XII - Grau de instrução, que deve permitir identificar pessoa analfabeta, para a qual são facultativos o alistamento eleitoral e o voto; XIII - Documento de identificação e número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF); XIV - Nacionalidade; XV - Naturalidade; XVI - Estado Civil; XVII - Ocupação; XVIII - Telefone; XIX - E-mail; e XX - Zona Eleitoral, local de votação e seção eleitoral[33].

As informações acima dão conta da gestão de dados pessoais sensíveis

33. Artigo 42, da Resolução TSE nº 23.659/2021. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.659, de 26 de outubro de 2021. DJe-TSE, nº 204, de 5.11.2021, republicado no DJe-TSE nº 228 de 10.12.2021. Disponível em: https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2021/resolucao-no-23-659-de-26-de-outubro-de-2021. Acesso em: 17 jan. 2024.)

pelo sistema da justiça eleitoral, uma vez que muitos dos dados assim se classificam de acordo com o artigo 5º, inciso II da LGPD, reclamando especial sistema de proteção e tratamento.

Isso ocorre uma vez que essa miríade de dados sensíveis coletados pode ocasionar danos de difícil reparação, caso não seja bem disciplinado o seu tratamento e proteção, pois, como adverte doutrina especializada sobre o tema, a partir deles:

> "(...) é possível realizar perfilizações (profiling), marketing personalizado, interferências discriminatórias em face de determinados grupos e análises preditivas de comportamentos (...) Entende-se que a criação de perfis pode perpetuar estereótipos e ampliar a segregação social. Ela também pode prender uma pessoa em uma categoria e restringi-la às preferências sugeridas, o que prejudicaria sua liberdade de escolher (...)"[34]

Embora não se esteja discutindo a proteção contra as perfilizações com base nos dados coletados pela Justiça Eleitoral, essa é uma preocupação que deve em breve ser levada em consideração, dada a possibilidade de compartilhamento desses dados para tratamento com outros órgãos e entidades e possíveis vazamentos.

5. Aplicação da lei geral de proteção de dados no âmbito eleitoral

A justiça da cidadania apesar de nunca descuidar do bom gerenciamento dos dados do cadastro eleitoral, viu-se impulsionada a adequar a sua legislação ao advento da Lei nº 13.709/2018 (LGPD), com a incorporação ao ordenamento pátrio de medidas e salvaguardas antes apenas conhecida em legislação europeia[35].

Para tanto, disciplinou o TSE a Política Geral de Privacidade e Proteção de Dados Pessoais no âmbito da Justiça Eleitoral, através da Resolução TSE nº 23.650, de 9 de setembro de 2021, que regulamentou a aplicação da LGPD pela justiça eleitoral.

É importante ressaltar que a atual Resolução 23.659/2021 que tratou do

34. TEFFÉ, Chiara Spadacini de. Dados pessoais sensíveis: qualificação, tratamento e boas práticas. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022. p. 13)

35. Cite-se, especialmente, a inspiração e proteções do Regulamento da União Europeia (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho (General Data Protection Regulation). Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679 . Acesso em: 12 dez 2023.

cadastro eleitoral foi publicada após a regulamentação da LGPD, pela Resolução 23.650/2021[36], de modo a se coadunar com as disposições daquela e da nova legislação de proteção de dados.

Entre os principais avanços e medidas contidas política de proteção e privacidade do TSE - aí consideradas as Resoluções 23.659 (cadastro eleitoral) e 23.656 (acesso aos dados pessoais em sistemas informatizadas da Justiça Eleitoral) - destacam-se: 1) o dever de boa-fé no tratamento dos dados pessoais dos eleitores; 2) a conciliação dos princípios da publicidade e da eficiência com a proteção da intimidade e da vida privada da pessoa; 3) diretrizes que garantam a segurança da informação no tratamento de dados; 4) dever de registro do tratamento dos dados pessoais pela justiça eleitoral, com informação ao titular quando solicitado; 5) limitação ao tratamento dos dados sem o consentimento do titular apenas nas hipóteses e atendidas as finalidades legais e; 6) relatório de impacto à proteção de dados pessoais, com a revisão bianual ou sempre que houve alteração relevante no tratamento dos dados pessoas, com possibilidade de riscos.

De igual sorte, a Resolução 23.659 do TSE revogou as disposições anteriores e imprimiu nova disciplina à gestão do cadastro eleitoral também recebeu influência da LGPD, tendo contido significativos avanços, em especial: 1) expansão e especialização dos serviços eleitorais para alcançar grupos socialmente vulneráveis e minorias; 2) restrição da utilização apenas pela justiça eleitoral dos dados do cadastro eleitoral; 3) vedação à divulgação de dados pessoais sensíveis – como o nome civil das pessoas transgénero – no cadastro eleitoral, e; 4) a disposição sobre o tratamento dos dados enviados por meio eletrônico (p. ex. WhatsApp) à justiça eleitoral, regulamentando o seu descarte após 90 (noventa) dias – salvo necessidade de outras providências.

6. As providências da justiça eleitoral para a salvaguarda dos dados.

Além da produção normativa e revisão de seus procedimentos no tocante à gestão dos dados dos eleitores, buscou também a justiça da democracia atuar em conjunto com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), e em razão da sua posição de controladora dos dados, para estabelecer balizas e princípios que informassem a todos os atores do processo eleitoral das no-

36. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.650, de 9 de setembro de 2021. DJE-TSE, nº 170, de 15.09.2021, p. 137-154. Disponível em: https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2021/resolucao-no-23-650-de-9-de-setembro-de-2021. Acesso em: 17 jan. 2024.

vas medidas para a proteção de dados pessoais.

Nesse sentido, foi firmado o Acordo de Cooperação Técnica nº 4/2021[37], entre a ANPD e o TSE, para a aplicação da LGPD no contexto eleitoral[38], onde se destaca um plano de trabalho com ações visando a capacitação dos agentes de tratamento da justiça eleitoral, bem como prestar esclarecimentos aos partidos e seus filiados, sobre as boas práticas de tratamento de dados pessoais.

Cita-se, como um dos produtos do acordo de cooperação, a elaboração de guia orientativo da aplicação da LGPD no contexto eleitoral, com orientações claras e estruturadas aos agentes de tratamento e, especialmente, orientações aos partidos políticos no tratamento dos dados dos seus filiados.

A esse respeito – tratamento dos dados pessoais dos integrantes de partidos políticos – apesar de não ser o mote do presente trabalho, é importante ressaltar que a justiça eleitoral mantinha jurisprudência bastante restritiva e anterior a própria LGPD, permitindo o compartilhamento apenas a autoridades, mesmo em se tratando de acesso aos dados de seus filiados e filiadas, como ressalta a doutrina:

> Extrai-se daí a razão pela qual somente ditas autoridades transpassam o sigilo das informações do cadastro, cujo acesso, pelos mesmos motivos, já foi negado, pela Corte Superior Eleitoral, a: (a) autoridade estrangeira (Pet nº 121.959); (b) defensores públicos da União, a quem se reconheceu, porém, a faculdade de pedir informações aos juízes eleitorais (PA nº 168.116); (c) partido político, mesmo com relação a eleitores de seus próprios quadros (PA nº 20.177); e (d) Tribunal de Contas da União (Pet nº 2.805)[39].

Essa negativa, no entanto, foi esvaziada pela previsão incluída pelo legislador no artigo 19, §s 3º e 4º, da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995[40], que permite amplo acesso aos dados eleitorais de seus filiados e filiadas, incluindo-se o dever de fornecimento desses dados pela justiça eleitoral – o que conta com críticas da doutrina, pela vulneração que pode provocar:

37. Inteiro teor disponível em: https://www.tse.jus.br/++theme++justica_eleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/arquivos/acordo-de-cooperacao-tecnica-tse-anpd-lgpd-em-23-11-2021/@@download/file/TSE-acordo-cooperacao-tecnica-anpd-lgpd.pdf. Acesso em 17 jan. 2024.

38. O guia está disponível em: https://www.tse.jus.br/++theme++justica_eleitoral/pdfjs/web/viewer.html?file=https://www.tse.jus.br/institucional/catalogo-de-publicacoes/arquivos/guia-orientativo-aplicacao-da-lgpd/@@download/file/guia-orientativo-aplicacao-da-lgpd.pdf. Acesso em 17 jan. 2024.

39. ALVIM, Frederico Franco. Manual de direito eleitoral. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 179

40. BRASIL. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 20 set. 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096compilado.htm . Acesso em: 17 jan. 2024.

> Percebe-se que o legislador não foi muito feliz ao criar essas regras visto que, enquanto no § 3º faz referência apenas aos órgãos nacionais, quando detalha quais dados devem ser repassados aos partidos, amplia o escopo para os diretórios estaduais. Além disso, ao colocar no fim do § 4º a expressão "entre outras", traz incertezas quanto a quais outros dados pessoais os partidos teriam direito a ter acesso a seus filiados[41].

Como resposta a essa possível mitigação da proteção dos dados, a resolução que trata da filiação partidária vetou expressamente o fornecimento de dados biométrico aos partidos políticos:

> Art. 28-A. Será disponibilizado exclusivamente aos presidentes dos órgãos partidários nacionais e estaduais/regionais, conforme sua circunscrição eleitoral, o acesso a todas as informações biográficas de seus filiados constantes do cadastro eleitoral, incluídas as relacionadas a seu nome completo, gênero, número do título de eleitor e de inscrição no Cadastro de Pessoa Física, endereço e telefones, observada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais , sendo vedada a disponibilização de dados biométricos de eleitor (Lei nº 9.096/1995, art. 19, §§ 3º e 4º[42]).

Além disso, implementou a justiça cidadã outras garantias para a proteção dos dados pessoais que ela gerencia, como a possibilidade de requisitar informações sobre o tratamento de dados às pessoas físicas ou jurídicas com quem mantenha contrato, convênios ou instrumentos congêneres e estabeleceu, para essas, uma série de deveres adicionais:

> I - firmar contrato ou termo de compromisso com cláusulas específicas sobre proteção de dados pessoais requeridas pela Justiça Eleitoral;
> II - apresentar evidências e garantias suficientes de que aplica adequado conjunto de medidas técnicas e administrativas de segurança para a proteção dos dados pessoais, segundo a legislação, normas regulamentares da Justiça Eleitoral, padrões técnicos definidos pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e instrumentos contratuais;
> III - manter os registros de tratamento de dados pessoais que reali-

41. SOUZA, Bruno Cesar Andrade de. Dados pessoais: LGPD e as eleições. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022. p. 79

42. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.596, de 20 de agosto de 2019. Dispõe sobre a filiação partidária, institui o Sistema de Filiação Partidária (FILIA), disciplina o encaminhamento de dados pelos partidos políticos à Justiça Eleitoral e dá outras providências. DJe-TSE, nº 166, de 28.08.20198. Disponível em: https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-596-de-20-de-agosto-de-2019. Acesso em: 17 jan. 2024.)

> zar, com condições de rastreabilidade e de fornecimento de prova eletrônica;
> IV - seguir as diretrizes e instruções transmitidas pela Justiça Eleitoral;
> V - facultar acesso a dados pessoais somente para o pessoal autorizado, naquilo que for estritamente necessário, e que tenha assumido compromisso formal de preservar a confidencialidade e segurança de tais dados, devendo tal compromisso estar disponível em caráter permanente para exibição à Justiça Eleitoral, mediante solicitação;
> VI - permitir a realização de auditorias, incluindo inspeções da Justiça Eleitoral ou de auditor independente por ela autorizado, e disponibilizar toda a informação necessária para demonstrar o cumprimento das obrigações estabelecidas;
> VII - auxiliar, em toda providência que estiver ao seu alcance, no atendimento pela Justiça Eleitoral de obrigações perante titulares de dados pessoais, autoridades competentes ou quaisquer outros legítimos interessados;
> VIII - comunicar formal e imediatamente à Justiça Eleitoral a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar comprometimento ou dano potencial ou efetivo a titular de dados pessoais, evitando atrasos por conta de verificações ou inspeções; e
> IX - descartar de forma irrecuperável, ou devolver para a Justiça Eleitoral, todos os dados pessoais e as cópias existentes, após a satisfação da finalidade respectiva ou o encerramento do tratamento por decurso de prazo ou por extinção de vínculo legal ou contratual[43].

Outra medida normatizada pelo poder eleitoral para o tratamento dos dados pessoais é a criação de política da segurança da informação, com o princípio de garantir a "disponibilidade, integridade, confidencialidade, autenticidade, irretratabilidade e auditabilidade das informações produzidas, recebidas, armazenadas, tratadas ou transmitidas pelos órgãos da Justiça Eleitoral", que foi ao encontro das medidas implementadas pela política geral de privacidade e proteção de dados pessoais no âmbito da Justiça Eleitoral[44], que estabeleceu, ainda, como requisitos de segurança:

> Art. 15. O tratamento de dados pessoais deverá observar as normas expressas na Política de Segurança da Informação (PSI) da

43. Artigo 8º, § único, da Resolução TSE nº 23.650/2021. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.650, de 9 de setembro de 2021. DJE-TSE, nº 170, de 15.09.2021, p. 137-154. Disponível em: https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2021/resolucao-no-23-650-de-9-de-setembro-de-2021. Acesso em: 17 jan. 2024

44. Artigo 3º. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.644, de 1º de julho de 2021. DJe-TSE, nº 129, de 08.07.2021. Disponível em: https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-596-de-20-de-agosto-de-2019. Acesso em: 17 jan. 2024.

> Justiça Eleitoral e, ainda, os seguintes cuidados:
> I - cada ativo de informação que envolva o tratamento de dados pessoais deverá ter tal característica destacada na ferramenta de inventário em que estiver arrolado, devendo constar, ainda, no relatório de impacto à proteção de dados pessoais;
> II - o tratamento de informações produzidas ou custodiadas pela Justiça Eleitoral que envolvam dados pessoais deverá ser objeto de registro (art. 37 da LGPD);
> III - a necessidade de manutenção da guarda dos dados pessoais deverá estar fundamentada na tabela de temporalidade de cada Tribunal; e IV - diante de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante a titular de dados pessoais, o controlador deverá comunicar, em prazo de até 72 (setenta e duas) horas úteis, à ANPD e ao titular, nos termos do art. 48, § 1º, da LGPD.
> § 1º O relatório de impacto a que se refere o inciso I do caput deverá observar as exigências contidas no art. 38, § único, da LGPD e ainda:
> I - obedecer ao padrão mínimo estabelecido pelo Comitê Gestor de Proteção de Dados Pessoais do TSE (Resolução CNJ nº 363/2021) , que será aprovado pela Direção-Geral do TSE e comunicado aos TREs, observadas recomendações que advenham das autoridades competentes;
> II - sofrer revisão bianual ou sempre que houver alteração relevante no tratamento de dados pessoais que possa gerar riscos às liberdades civis e aos direitos das pessoas que tenham dados tratados por quaisquer instâncias da Justiça Eleitoral; e
> III - ser consolidado pelo Tribunal competente e encaminhado ao CGPD do TSE para compilação e posterior envio à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). [45]

Por fim, na esteira das adaptações reclamadas pela LGPD o Tribunal Superior Eleitoral alterou a forma de consulta à relação de filiados a partido político [46]e o histórico de filiação, isto é, quando uma pessoa esteve filiada a determinado partido político.

Antes da modificação, qualquer pessoa com acesso à internet poderia facilmente obter a lista e histórico de filiação, acessando o site da Certidão de Filiação Partidária — Tribunal Superior Eleitoral[47] e pesquisando o nome de uma pessoa ou obtendo lista de filiados por partido, Estado ou município.

45. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.650, de 9 de setembro de 2021. DJE-TSE, nº 170, de 15.09.2021, p. 137-154. Disponível em: https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2021/resolucao-no-23-650-de-9-de-setembro--de-2021. Acesso em: 17 jan. 2024.)

46. Notícia disponível em https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2021/Agosto/tse-limita-divulgacao-de-dados-sobre-filiados-politicos-em-atendimento-a-lgpd. Acesso em: 21 mai. 2024

47. Disponível em: https://www.tse.jus.br/partidos/filiacao-partidaria/relacao-de-filiados. Acesso 21 mai. 2024.

Importante ressaltar que tal restrição se deu após solicitações ao TSE em razão da efetiva ocorrência de danos aos eleitores:

> Para Simone Trento, ouvidora e juíza auxiliar da Presidência do TSE, essa foi uma necessidade percebida pela Ouvidoria. "Muitas pessoas nos reportavam que haviam perdido oportunidades de emprego por serem filiadas a um partido político. E isso é algo que não tem respaldo no nosso Direito. A pessoa é livre para se filiar a um partido político e não sofrer consequências negativas", diz. "Então, reconhecemos que isso faz parte do rol de direitos fundamentais das pessoas e, portanto, agora não é mais possível o acesso público à relação de filiados", conclui[48].

Da mesma forma, foram retirados os dados brutos com a relação nominal de todos os filiados que antes estavam disponíveis no endereço https://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/repositorio-de-dados-eleitorais-1, constando apenas a possibilidade de acesso ao perfil do eleitorado.

Vê-se, então, que a justiça eleitoral adotou um padrão de boas práticas que envolvem a proteção de dados pessoais sensíveis, incorporando padrão mais elevado de proteção e segurança das informações[49], como recomendado pela doutrina mais abalizada:

> Além de se preocupar com o cumprimento integral das normas relativas à proteção de dados, na forma do Art. 50 da LGPD, os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais. Tais regras deverão, inclusive, ser publicadas e atualizadas periodicamente[50].

É certo que outras medidas devem surgir, especialmente, do avanço da concepção sobre a proteção de dados pessoais, notadamente os dados sensíveis, como os dados biométricos obtidos durante o cadastro eleitoral, e que

48. Idem

49. Cf. TEFFÉ, Chiara Spadacini de. Dados pessoais sensíveis: qualificação, tratamento e boas práticas. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022. p ,205.

50. Idem. p. 206 e 207

merecem atenção especial pelos impactos que podem causar na vida das pessoas se mal utilizados.

Considerações finais

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) inaugurou perspectivas nova na proteção de dados no Brasil, modificando – como visto neste trabalho – as relações e responsabilidades para o tratamento das informações de todo o povo brasileiro pelo poder público, exigindo não apenas um dever de informação e *accountability*, mas também que a justiça eleitoral, revisse sua legislação de modo a ser mais transparente, inclusiva e segura.

Embora as alterações aqui analisadas nos normativos da justiça especializada demonstrem estar ela se preparando para a melhor gestão e tratamento dos dados das eleitoras e eleitores brasileiros, é preciso verificar na prática a concretude de tais medidas e dos processos programáticos iniciados com as normas de regência.

Para tanto, espera-se e, pretende-se estudar em trabalho futuro, que as normas e obrigações alcancem também as relações dos partidos políticos para com os seus membros, regulando especialmente as condutas durante o processo eleitoral, onde se materializam as maiores possibilidades de vulnerar os direitos da personalidade e da autodeterminação informativa, pelo possível mau uso dos dados pessoais sensíveis, com danos exponencialmente agravados pela celeridade dos meios digitais e internet.

Referências

ALVIM, Frederico Franco. Manual de direito eleitoral. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MEDEIROS, Marcilio Nunes. Legislação eleitoral comentada e anotada. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2021.

RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

SOUZA, Bruno Cesar Andrade de. Dados pessoais: LGPD e as eleições. 1 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

TEFFÉ, Chiara Spadacini de. Dados pessoais sensíveis: qualificação, tratamento e boas práticas. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 17 jan. 2024.

BRASIL. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 16 jul. 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm . Acesso em: 17 jan. 2024.

BRASIL. Lei nº 6.996, de 7 de junho de 1982. Dispõe sobre a utilização de processamento eletrônico de dados nos serviços eleitorais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 8 jun. 1982. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l6996.htm . Acesso em: 17 jan. 2024.

BRASIL. Lei nº 7.444, de 20 de dezembro de 1985. Dispõe sobre a implantação do processamento eletrônico de dados no alistamento eleitoral e a revisão do eleitorado e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 dez. 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7444.htm . Acesso em: 17 jan. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 20 set. 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9096compilado.htm . Acesso em: 17 jan. 2024.

BRASIL. Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009. Altera as Leis n.º 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 30 set. 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm . Acesso em: 17 jan. 2024.

TSE. Brasil tem mais de 156 milhões de eleitoras e eleitores aptos a votar em 2022. Site do Tribunal Superior Eleitoral, Brasília-DF, 15 de julho de 2023. Disponível em: https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Julho/brasil-tem-mais-de-156-milhoes-de-eleitoras-e-eleitores-aptos-a-votar-em-2022-601043 . Acesso em: 17 jan. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.688, de 13 de dezembro de 2007. DJ-Diário da Justiça, nº 25, de 7.02.2008, p. 20-21. Disponível em: https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2007/resolucao-no-22-688-de-13-de-dezembro-de-2007 . Acesso em: 17 jan. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.644, de 1º de julho de 2021. DJe-TSE, nº 129, de 08.07.2021. Disponível em: https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-596-de-20-de-agosto-de-2019 . Acesso em: 17 jan. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.650, de 9 de setembro de 2021. DJE-TSE, nº 170, de 15.09.2021, p. 137-154. Disponível em: https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2021/resolucao-no-23-650-de-9-de-setembro-de-2021 . Acesso em: 17 jan. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23.659, de 26 de outubro de 2021. DJe-TSE, nº 204, de 5.11.2021, republicado no DJe-TSE nº 228 de 10.12.2021. Disponível em: https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2021/resolucao-no-23-659-de-26-de-outubro-de-2021 . Acesso em: 17 jan. 2024.

DIÁLOGOS DA
PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DIGITAL

EIXO II

Responsabilidade civil na Internet

AUTORES

Ana Paula Varize Silveira

Carolina Soares Franco

Thalita Almeida dos Reis

DIÁLOGOS DA
PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DIGITAL

7

Violência contra a mulher em ambientes virtuais: uma análise acerca da divulgação não autorizada de imagens íntimas

THALITA ALMEIDA DOS REIS

Sumário: Introdução. 1. Direito à imagem na internet: a importância do consentimento. 2. Violência contra a mulher no contexto digital. 3. Previsões no ordenamento jurídico brasileiro quanto à responsabilidade por divulgação não autorizada de imagens íntimas. Considerações finais. Referências.

Introdução

É inegável que o avanço tecnológico acarretou uma significativa alteração na forma como as pessoas se comunicam e se relacionam. As ferramentas atuais permitem que os indivíduos captem e divulguem, em tempo real, imagens das mais diversas situações, o que inclui, em muitos casos, registros de terceiros. Esse contexto de intenso registro de tudo e todos pode gerar diversas situações conflituosas, uma vez que o uso legal de imagem de terceiros geralmente se baseia no consentimento do titular.

Dentre os conflitos que se verifica ao analisar o novo contexto tecnológico, chama a atenção os crescentes casos de violência contra a mulher no contexto digital. Muitas vezes movidos pela falsa percepção de anonimato e impunidade, o ambiente virtual tem sido utilizado para perpetuar violências. Importante salientar que a violência no âmbito virtual pode ocorrer das mais variadas formas, afetando o pleno exercício dos direitos fundamentais por essas mulheres.

Dessa forma, é imperioso que se reflita, no campo jurídico, a melhor forma de coibir a prática de violência contra mulheres no contexto digital e garantir o pleno exercício dos direitos da personalidade dessas mulheres. Portanto, o presente artigo pretende analisar, dentro do âmbito da violência de gênero, a hipótese de divulgação não autorizada de imagens íntimas na internet como violação ao direito de imagem e os instrumentos jurídicos previstos no ordenamento brasileiro para prevenção e reparação em tais situações.

1. Direito à imagem na internet: a importância do consentimento

Doutrinariamente, a abrangência do direito à imagem foi ganhando novos contornos ao longo do tempo, sobretudo em razão dos avanços tecnológicos

1. Advogada atuante na área de contencioso cível. Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Pós-graduanda em Direito Digital pelo Instituto Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS-Rio) em parceria com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

vivenciados na contemporaneidade[2]. Com o avanço dos processos fotográficos e da disseminação das redes sociais, a proteção da imagem se torna cada vez mais difícil e complexa na medida em que os processos tecnológicos permitem a manipulação e divulgação de imagens de forma cada vez aprimorada.

Inicialmente, há de se destacar que o direito à imagem pode ser entendido como "a faculdade de usar a própria imagem, dispor dela e reproduzi-la, podendo haver caráter comercial ou não na utilização"[3], sendo, portanto, um dos direitos da personalidade do indivíduo, posto que reflete a expressão de sua existência[4].

O movimento tecnológico fez com que houvesse uma ampliação dos bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico no que tange ao direito à imagem, na medida em que, conforme esclarece Maria Celina Bodin de Moraes, além da chamada imagem-retrato, isto é, os aspectos visuais que remetem à fisionomia do sujeito, passou-se também a proteger a imagem-atributo, que pode ser entendida como o conjunto de características decorrentes do comportamento do indivíduo no meio social que o identificam perante a sociedade,[5] portanto, são as características que, incorporadas à personalidade, tornam o indivíduo reconhecido no meio em que frequenta[6].

Nesse sentido, conforme Chiara de Teffé, a imagem se traduziria na exteriorização da personalidade humana, estando relacionada a três conceitos: individualidade, integridade psicofísica e reconhecimento[7].

No âmbito da expansão da proteção ao direito à imagem, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 possui relevante destaque ao positivar expressamente o direito à imagem dentre os direitos e garantias fundamentais, prevendo, inclusive, a possibilidade de indenização por danos à imagem-retrato, conforme artigo 5º, inciso X[8]. Outrossim, a Carta Cidadã também

2. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Direito à imagem na Internet: estudo sobre o tratamento do Marco Civil da Internet para casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 15, p. 96, 2018.

3. TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 213, jan./ mar. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p173.pdf. Acesso em: 10 jan. 2024. p.175.

4. *Ibid.*

5. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. Na medida da pessoa humana: Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/288490662_Ampliando_os_direitos_da_personalidade. Acesso em: 09 jan. 2024.

6. TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 213, jan./ mar. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p173.pdf. Acesso em: 10 jan. 2024. p. 176.

7. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Direito à imagem na Internet: estudo sobre o tratamento do Marco Civil da Internet para casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 15, 2018. p.100.

8. CRFB/88: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;"

protege a imagem-atributo como aspecto social que possui[9], consoante artigo 5º, inciso V[10].

Insta esclarecer que há críticas no sentido de que a imagem-atributo se confundiria com a própria noção de honra objetiva. No entanto, tais conceitos não se confundem ao passo que a violação à imagem-atributo nem sempre terá conteúdo negativo, sendo possível, portanto, que uma violação à imagem--atributo não atinja a honra objetiva[11], uma vez que essa é entendida como a reputação do sujeito. Logo, tais noções não se confundem, na verdade, se somam como forma de proteção da personalidade[12].

No âmbito da positivação infraconstitucional, o Código Civil de 2002 no capítulo dos direitos da personalidade inclui também o direito à imagem e, especificamente em seu artigo 20[13], veda a divulgação indevida da imagem de uma pessoa quando não autorizada, se lhe atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, bem como se se destinar a fins comerciais.

Com relação ao referido artigo ainda é importante destacar que doutrinariamente se discute a interpretação que lhe deve ser dada para que esteja em consonância com a Constituição Federal, uma vez que uma interpretação literal pode levar ao entendimento de que a proibição do uso da imagem de um indivíduo estaria restrita a hipóteses em que concomitantemente fosse lesionada a honra, a boa fama ou a respeitabilidade do indivíduo, com exceção do caso para uso comercial, restringindo, assim, a efetiva proteção à imagem humana[14].

Quanto ao tema, Maria Celina Bodin de Moraes elucida:

> Mais consentâneo com o espírito do art. 20 parece ser a interpretação de que a liberdade de expressão deve ser exercida responsa-

9. TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 213, jan./ mar. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p173.pdf. Acesso em: 10 jan. 2024. p. 176.

10. CRFB/88: "Art. 5º (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;"

11. TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 213, jan./ mar. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p173.pdf. Acesso em: 10 jan. 2024. p. 176.

12. MEDON, Filipe. O direito à imagem na era das deepfakes. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 27, jan./mar. 2021. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/438/447. Acesso em 10 jan. 2024. p. 260.

13. CC/02: "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 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."

14. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Direito à imagem na Internet: estudo sobre o tratamento do Marco Civil da Internet para casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 15, p. 100-101, 2018.

> velmente, para não ultrapassar os limites claros da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas.[15]

Chiara de Teffé, por sua vez, defende que a utilização não autorizada da imagem deve ser proibida como regra, sendo excetuada apenas nos casos em que as peculiaridades legitimarem seu uso legítimo, observando-se os parâmetros definidos pela doutrina e pela jurisprudência[16], sob pena de se gerar danos ao titular. Destaca-se:

> Na doutrina contemporânea, é possível encontrar diversos parâmetros para se analisar se no caso concreto houve uma utilização indevida e/ou abusiva de determinada imagem capaz de gerar danos a seu titular, bem como para orientar o intérprete nas hipóteses de colisão entre o direito à imagem e o direito à liberdade de expressão. Em síntese, recomenda-se que o intérprete verifique: (i) a veracidade do fato exposto; (ii) a forma e a linguagem com que o fato foi noticiado; (iii) se houve justo motivo para exposição da imagem. (iv) se a exposição foi proposital à expectativa de privacidade do retratado, ou seja, se a exposição se deu de acordo com o grau de consciência do retratado em relação à possibilidade de captação de sua imagem no contexto em que foi extraída; (v) se o local onde ocorreu o fato era público; (vi) se a pessoa retratada era notória ou pública; (vii) se havia interesse público na divulgação da informação; (viii) o grau de preservação do contexto originário do qual a imagem foi colhida; (ix) o grau de identificação do retratado na imagem ou no material escrito; (x) se houve intenção de ofender ou abuso do direito de informar; e (xi) as características da utilização da imagem, se comercial, jornalística ou biográfica.[17]

O grande desafio atualmente decorre do fato de que a internet fomentou a participação das pessoas na elaboração dos conteúdos divulgados e estimulou o compartilhamento das mais diversas informações[18], sejam elas de importante interesse público ou de trivialidades cotidianas, que, em questões de segundos, podem "viralizar" nas redes sociais, tornando-se mundialmente conhecidas, razão pela qual a discussão sobre a tutela do direito à imagem na

15. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. Na medida da pessoa humana: Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/288490662_Ampliando_os_direitos_da_personalidade. Acesso em: 09 jan. 2024.

16. TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, v. 54, n. 213, jan./ mar. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p173.pdf. Acesso em: 10 jan. 2024. p. 177.

17. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Direito à imagem na Internet: estudo sobre o tratamento do Marco Civil da Internet para casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 15, p. 102-103, 2018.

18. TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 213, jan./ mar. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p173.pdf. Acesso em: 10 jan. 2024. p. 178-179.

atualidade necessariamente perpassa pela análise do consentimento do titular, ante ao potencial lesivo que a divulgação de uma imagem não autorizada pode ter[19].

Voltando à análise do artigo 20 do Código Civil de 2002, importante destacar que ele traz, logo em seu início, a noção de autorização[20] para exposição e utilização da imagem de um indivíduo. Doutrinariamente entende-se que a mencionada norma, em razão de sua própria razão de ser, protege o direito à imagem desde a sua captação, ou seja, antes mesmo de que haja a divulgação desta[21].

Considerando que o consentimento é a exteriorização da vontade humana, pela qual o indivíduo exerce o seu direito de escolher se quer ou não que sua imagem seja captada e divulgada, é necessário que esse consentimento seja válido.

Conforme esclarece Chiara de Teffé, para que o consentimento seja válido, ele precisa ser expresso de "forma livre, informada, específica e, preferencialmente, antes da utilização do bem por terceiro"[22], de forma que a análise do consentimento deve seguir, em regra, uma interpretação restritiva, visto que se trata de "um instrumento de manifestação individual no campo dos direitos da personalidade"[23]. Quando se fala em autorização para uso de uma imagem de determinada pessoa, é importante considerar, portanto, a quem, em que contexto, para quais fins e com quais limites foi dado esse consentimento, tendo em vista que a alteração desses aspectos pode acarretar uso indevido da imagem e acarretar o dever de reparação por eventuais danos.

Não obstante, sabe-se que nem sempre será possível a prévia autorização do titular, razão pela qual, em tais casos, caberá ao intérprete ponderar os interesses em conflito na situação concreta, uma vez que a divulgação de uma imagem com conteúdo sensível do titular pode causar severos danos[24].

Portanto, considerando que o consentimento está intrinsecamente ligado à liberdade de escolha do indivíduo, é importante que se evite o uso do consen-

19. MEDON, Filipe. O direito à imagem na era das deepfakes. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 27, jan./mar. 2021. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/438/447. Acesso em: 10 jan. 2024. p. 256.

20. Ibid. p. 254.

21. Ibid. p. 255.

22. TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 213, jan./ mar. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p173.pdf. Acesso em: 10 jan. 2024. p. 180.

23. Ibid.

24. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Direito à imagem na Internet: estudo sobre o tratamento do Marco Civil da Internet para casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 15, p. 104, 2018.

timento tácito e busque-se um consentimento expresso, livre e informado do titular, tendo em vista o efeito propulsor da internet e o potencial lesivo de sua divulgação[25].

2. Violência contra a mulher no contexto digital

Em meados de 2023 foi amplamente noticiado que a polícia civil havia aberto um inquérito para investigar alunos de um renomado colégio do Rio de Janeiro por supostamente terem usado inteligência artificial para fazer montagens com imagens de meninas, algumas delas colegas de escola dos investigados, removendo por meio da tecnologia as roupas das fotos, aparentando que eram as próprias meninas nuas, e divulgado as imagens em grupos de aplicativos de mensagens[26].

A partir do que fora noticiado, a situação vivenciada pelas alunas se trata de um caso de *deepfake.* Os *deepfakes* são elaborados por meio de etapas de algoritmos de inteligência artificial capazes de criar imagens falsas, porém extremamente convincentes[27]. Estima-se que aproximadamente 96% dos *deepfakes* referem-se a conteúdos pornográficos não consensuais[28].

Atualmente, há diversos aplicativos disponíveis em diversas plataformas que utilizam a tecnologia e permitem realizar troca de faces, sincronização de movimentos labiais, mudanças de voz e reprodução de expressões[29]. Importa esclarecer que há tecnologias de checagem de imagem e voz que permitem identificar a veracidade de um vídeo ou de uma imagem[30].

Em que pese diversos leitores tenham ficado estarrecidos com a notícia, sobretudo por se tratar de meninas menores de idade, o uso da inteligência artificial para simular fotos de mulheres nuas tem se revelado cada vez mais

25. MEDON, Filipe. O direito à imagem na era das deepfakes. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 27, jan./mar. 2021. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/438/447. Acesso em: 10 jan. 2024. p. 256.

26. NASCIMENTO, Rafael; CORREIA, Ben-hur. Alunos de colégio na Barra são suspeitos de usar inteligência artificial para fazer montagens de colegas nuas e compartilhar. g1 Rio. 01 nov. 2023. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2023/11/01/alunos-de-colegio-na-barra-sao-suspeitos-de-usar-inteligencia-artificial-para-fazer-montagens-de-colegas-nuas-e-compartilhar.ghtml. Acesso em: 12 jan.2024.

27. SOARES, Mariana Falcão; TEIXEIRA DE ARAÚJO, Denise Maria; SOUSA SANTOS, Thamilles. Os impactos dos deepfakes sobre a perspectiva do marco civil da internet. Caderno de Graduação - Ciências Humanas e Sociais - UNIT - ALAGOAS, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 22, 2021. Disponível em: https://periodicos.set.edu.br/fitshumanas/article/view/9120. Acesso em: 12 jan. 2024.

28. RIGOTTI, Carlotta; MCGLYNN, Clare. Towards an EU criminal law on violence against women: The ambitions and limitations of the Commission's proposal to criminalise image-based sexual abuse. New Journal of European Criminal Law, 13(4). p. 457. 2022. Disponível em: https://journals.sagepub.com/doi/epub/10.1177/20322844221140713. Acesso em: 30 maio 2024.

29. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Exposição não consentida de imagens íntimas: como o Direito pode proteger as mulheres? In: Nelson Rosenvald; Rafael Dresch; Tula Wesendonck (Org.). Responsabilidade civil: novos riscos. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 91-113, p.10.

30. Ibid. p. 11.

corriqueiro. Diversas atrizes já denunciaram que foram vítimas de situações similares, como Isis Valverde, Gal Gadot, Taylor Swift, Emma Watson e Scarlett Johansson[31].

O uso de deepfakes, todavia, não é a única forma pela qual meninas e mulheres têm sido vítimas de violência no âmbito digital. No relatório sobre violências contra a mulher na internet, realizado em contribuição conjunta do Brasil para a relatora especial da Organização das Nações Unidas (ONU), apontou-se que existem diversos métodos utilizados para propagar a violência de gênero no contexto digital, tais como censura, ofensas, discurso de ódio, ameaça de violência física, interações não solicitadas e/ou obsessivas (stalking), exposição de dados pessoais, exposição da intimidade, extorsão, roubo de identidade, invasão a sistemas de segurança, ataque coordenado e utilização não consentida de fotos[32], a qual é o foco deste trabalho.

Convém destacar que a violência de gênero no âmbito digital não é um fenômeno novo. Desde que a internet existe, sobretudo como espaço on-line acessado por diversos usuários, há registros de violência digital, sendo que um dos primeiros relatos trata-se do estupro de um personagem do jogo LambdaMOO no início dos anos 90[33].

No entanto, pesquisas mostram um aumento na quantidade de registros de casos de violência. Inclusive, a ONU declarou no relatório elaborado em 2021 que a violência contra mulheres e meninas seria uma "pandemia invisível", constatando que após a pandemia de COVID-19 houve significativo acréscimo nos índices de violências domésticas e violências praticadas no ambiente digital[34].

Pesquisa encomendada pelo Instituto Avon à Decode, realizada entre julho de 2020 e fevereiro de 2022, identificou mais de 152 mil relatos de violência contra meninas e mulheres entre janeiro de 2019 a março de 2020, sendo que, durante a pandemia, constatou-se que o assédio nas interações virtuais foi indicado como a principal violência sofrida por mulheres (38%) e, a segunda

31. HUPSEL FILHO, Valmar. Casos de falso nudes expõem lado sombrio da inteligência artificial. Veja Abril, 03 nov. 2023. Disponível em: https://veja.abril.com.br/brasil/casos-de-falsos-nudes-expoem-lado-sombrio-da-inteligencia-artificial. Acesso em 12 jan. 2024.

32. CODING RIGHTS; INTERNETLAB. Violências contra mulher na internet: diagnóstico, soluções e desafios. Contribuição conjunta do Brasil para a relatora especial da ONU sobre violência contra a mulher. São Paulo, 2017. p. 18-23.

33. JURASZ, Olga; BARKER, Kim. Sexual Violence in the Digital Age: A Criminal Law Conundrum? German Law Journal 22. p. 787. 2021. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/F71476828D5BCA3D8316BA3F0B7CF30B/S2071832221000390a.pdf/sexual-violence-in-the-digital-age-a-criminal-law-conundrum.pdf Acesso em: 30 maio 2024.

34. UN Women. Measuring the Shadow Pandemic: Violence against Women during COVID-19'. 2021. Disponível em: https://data.unwomen.org/sites/default/files/documents/Publications/Measuring-shadow-pandemic.pdf. Acesso em: 30 maio 2024.

maior ocorrência identificada foi o vazamento de imagens íntimas (24%), sendo que foi mapeado que 14% das meninas e mulheres vítimas de situações de vazamento apresentaram pensamentos suicidas decorrentes da violência[35].

Tais dados apontam a urgência do debate sobre o tema e o enfrentamento do desafio de se reconhecer os diversos tipos de ações de violência no ambiente digital baseada no gênero, tendo em vista a tendência de banalização dessas situações sob a crença de que não haveria reflexos fora do ambiente digital, bem como a propensão de se culpabilizar a vítima[36].

Nesse aspecto, importante salientar que diversos estudos apontam que a violência contra a mulher no ambiente virtual afeta tanto suas relações profissionais quanto educacionais e sociais, causando sofrimento emocional e psicológico a essas mulheres que, em muitos casos, desenvolvem depressão, medo e ansiedade[37], causando uma ruptura social em que as vítimas se sentem constantemente sofrendo o abuso[38]Um dos grandes desafios do combate à violência praticada no ambiente digital é a cultura de impunidade e da comum culpabilização da mulher, o que leva muitas mulheres a não denunciarem os casos de violência, por entenderem ser inútil[39].

Além disso, é importante considerar a relação entre as várias formas de abuso, até mesmo porque, a maior parte das vítimas relatam terem sofrido mais de uma forma de violência sexual com o uso de sua imagem[40].

Esse aspecto, inclusive, é de extrema importância quando se fala em mecanismos jurídicos para coibir as práticas de violência de gênero no âmbito digital. Nos últimos anos, diversos países editaram normas para coibir a prática conhecida como pornografia de vingança, no entanto, não se considerou que essa conduta é apenas uma das diversas formas de abuso que envolvem a criação e/ou distribuição de imagens íntimas sem o consentimento da mulher,

35. INSTITUTO AVON. Além do cyberbullying: a violência real do mundo virtual. Disponível em: https://institutoavon.org.br/pesquisa/. Acesso em 13 jan. 2024.

36. CODING RIGHTS; INTERNETLAB. Violências contra mulher na internet: diagnóstico, soluções e desafios. Contribuição conjunta do Brasil para a relatora especial da ONU sobre violência contra a mulher. São Paulo, 2017. p. 15.

37. ASSOCIATION FOR PROGRESSIVE COMMUNICATIONS (APC). End violence: Women's rights and safety online From impunity to justice: Domestic legal remedies for cases of technology-related violence against women. Disponível em: https://www.genderit.org/sites/default/files/flow_domestic_legal_remedies_0.pdf. Acesso em: 13 jan. 2024. p. 13.

38. RIGOTTI, Carlotta; MCGLYNN, Clare. Towards an EU criminal law on violence against women: The ambitions and limitations of the Commission's proposal to criminalise image-based sexual abuse. New Journal of European Criminal Law, 13(4). p. 459. 2022. Disponível em: https://journals.sagepub.com/doi/epub/10.1177/20322844221140713. Acesso em: 30 maio 2024.

39. ASSOCIATION FOR PROGRESSIVE COMMUNICATIONS (APC). End violence: Women's rights and safety online From impunity to justice: Domestic legal remedies for cases of technology-related violence against women. Disponível em: https://www.genderit.org/sites/default/files/flow_domestic_legal_remedies_0.pdf. Acesso em: 13 jan. 2024. p. 14. I

40. RIGOTTI, Carlotta; MCGLYNN, Clare. Towards an EU criminal law on violence against women: The ambitions and limitations of the Commission's proposal to criminalise image-based sexual abuse. New Journal of European Criminal Law, 13(4). p. 458. 2022. Disponível em: https://journals.sagepub.com/doi/epub/10.1177/20322844221140713. Acesso em: 30 maio 2024.

fazendo com que a legislação tenha se tornado insuficiente para abarcar as demais formas de violência[41].

Portanto, é imprescindível que se discuta no âmbito do Direito mecanismos efetivos para prevenção e punição dos casos de violência de gênero no contexto digital que fujam da lógica da impunidade e da culpabilização da vítima e protejam as mulheres da revitimização nos processos de apuração dos casos de violência em razão do gênero.

3. Previsões no ordenamento jurídico brasileiro quanto à responsabilidade por divulgação não autorizada de imagens íntimas

É imperioso ressaltar, desde já, que o combate à violência contra mulheres é um compromisso assumido pelo Brasil no âmbito internacional, sendo certo que o Brasil internalizou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará).

No âmbito do Direito Penal, desde 2018, o registro não autorizado com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso é tipificado como crime, conforme artigo 216-B do Código Penal, incluído pela Lei n.º 13.772/18[42]. Destaca-se que o referido artigo prevê que se enquadra nesse crime produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual, ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes, sendo a pena para quem incorrer nessa conduta de seis meses a um ano e multa. O parágrafo único desse artigo, prevê, que também incorre nessa mesma pena quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o objetivo de incluir uma pessoa em cena de nudez, ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo. Verifica-se, assim, que o parágrafo único do artigo 216-B abarca os casos de *deepfake,* conforme conceituado no item anterior.

Essa mesma lei também alterou a redação do artigo 7º, inciso II, da Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/2006) para reconhecer que a violação da intimi-

41. MCGLYNN, Clare; RACKLEY, Erika; & HOUGHTON, Ruth. Beyond 'Revenge Porn': The Continuum of Image-Based Sexual Abuse. Feminist Legal Studies 25, p.26. 2017. Disponível em: https://link.springer.com/article/10.1007/s10691-017-9343-2. Acesso em: 30 maio 2024.

42. CP/40: "Art. 216-B. Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.
Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo."

dade da mulher configura violência doméstica e familiar[43]. Cumpre esclarecer que para aplicação da Lei Maria da Penha é necessário que a violência contra a mulher se dê em razão do gênero e no âmbito doméstico e familiar. Nos termos da lei[44], configura violência doméstica e familiar apenas os crimes cometidos no espaço de convívio permanente de pessoas (unidade doméstica), com ou sem vínculo familiar, bem como os cometidos no âmbito da família, isto é, a comunidade de indivíduos que são ou se consideram aparentados, seja por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa e os cometidos em relações íntimas de afeto, nas quais o agressor conviva ou tenha convivido com a vítima, não sendo necessária a coabitação para configuração da violência doméstica.

Rememora-se que a Lei Maria da Penha foi idealizada com o objetivo de criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, em atendimento aos compromissos firmados em razão da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher[45].

Portanto, nota-se que, a depender de quem seja o agressor e o contexto da agressão no caso concreto, é possível a aplicação da Lei Maria da Penha também aos casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas na internet, podendo, em tese, serem também aplicadas as medidas protetivas de urgência previstas no artigo 22 dessa mesma lei, como, por exemplo, a determinação de afastamento do lar, proibição de aproximação ou contato com a vítima e seus familiares ou outras medidas que o juiz entenda como necessárias.

Por outro lado, no âmbito cível, é possível buscar a reparação pelos danos morais causados em razão da violência sofrida, com fundamento nos artigos

43. Lei nº 11.340/2006: "Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
(...) II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;"

44. Lei nº 11.340/2006: "Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.
Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual."

45. Lei nº 11.340/2006: "Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar."

186, 187 e 927 do Código Civil[46], bem como requerer a exclusão do conteúdo, pedido este que poderá ser realizado em face de quem publicou ou do provedor de aplicações de internet responsável[47].

Nesse aspecto, é importante pontuar que o Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/14) prevê, em seu artigo 19[48], a regra geral para responsabilidade civil do provedor de aplicações pela internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Segundo o referido artigo, o provedor de aplicações de internet apenas responderá civilmente se não cumprir uma ordem judicial específica que determine a remoção do conteúdo danoso e desde que o cumprimento da decisão esteja no âmbito e nos limites técnicos do serviço prestado[49].

Da análise do referido artigo, verifica-se que não cabe aos provedores decidirem previamente se um conteúdo deve ou não ser exibido, tendo em vista que delegar a eles tamanho poder poderia prejudicar a diversidade de informações[50], até mesmo porque não é atividade intrínseca das redes sociais a fiscalização prévia dos conteúdos postados pelos usuários na plataforma[51].

No entanto, a lei previu um regime diferenciado para os casos de divulgação não autorizada de material com cenas de nudez ou de atos sexuais de

46. CC/02: "Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."
"Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."
"Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

47. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Exposição não consentida de imagens íntimas: como o Direito pode proteger as mulheres? In: Nelson Rosenvald; Rafael Dresch; Tula Wesendonck (Org.). *Responsabilidade civil: novos riscos.* Indaiatuba: Foco, 2019, p. 91-113. p.12.

48. Lei nº 12.965/14 "Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.
§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.
§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.
§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.
§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação."

49. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso. Responsabilidade civil de provedores na rede: análise da aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça. *Revista IBERC,* Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01-28, nov.-fev./2019. p 09.

50. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Exposição não consentida de imagens íntimas: como o Direito pode proteger as mulheres? In: Nelson Rosenvald; Rafael Dresch; Tula Wesendonck (Org.). *Responsabilidade civil: novos riscos.* Indaiatuba: Foco, 2019, p. 91-113. p.18.

51. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso. Responsabilidade civil de provedores na rede: análise da aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01-28, nov.-fev./2019. p 12.

caráter privado, conforme se extrai do artigo 21[52]. Em tais hipóteses, a lei prevê que o provedor de aplicações de internet responde quando não promover a indisponibilização do conteúdo após o recebimento de notificação extrajudicial pelo participante ou seu representante legal, desde que a retirada do conteúdo esteja no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço. Portanto, nota-se que, nesses casos, não se faz necessário uma ordem judicial para que o provedor tenha o dever de retirar o conteúdo, bastando a notificação extrajudicial, sendo certo que esta notificação deve conter elementos que permitam identificar o material violador, de preferência, indicando a URL específica da localização do conteúdo[53], nos termos do parágrafo único do mencionado artigo. O objetivo do legislador, portanto, foi garantir maior celeridade à remoção dos conteúdos que expõe a intimidade, em razão da própria lesividade que a conduta pode gerar.

Ressalta-se que, em que pese a lei fale que o provedor será responsabilizado subsidiariamente, parte da doutrina entende que, na verdade, trata-se de uma atecnia legislativa, pois, na verdade, a responsabilidade, nesse caso, seria própria e direta, decorrente da própria conduta do provedor que, ao tomar conhecimento do fato, não age para tornar indisponível o conteúdo, não sendo necessário, por exemplo, que a vítima obrigatoriamente proponha ação em relação ao terceiro[54].

No que tange à aplicação da norma, é imprescindível destacar que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, para a aplicação do artigo 21 do Marco Civil da Internet, é necessário que se demonstre (i) o caráter não consensual da imagem íntima; (ii) a natureza privada das cenas de nudez ou dos atos sexuais disseminados; e (iii) a violação da intimidade. Em razão desses requisitos, a Corte tem entendido que a divulgação de forma "pirata" de fotografias sensuais de modelo produzidas para fins comerciais não estaria protegida pelo artigo 21, em razão do próprio fim a que se destinam as

52. Lei nº 12.965/14 : "Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.
Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido."

53. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso. Responsabilidade civil de provedores na rede: análise da aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01-28, nov.-fev./2019. p 22-25.

54. SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014).* São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 277-305.

imagens, o que implicaria a ausência de natureza privada ao conteúdo[55], sob o questionável entendimento de que a lesão, nesse caso, seria primordialmente patrimonial, sendo a ofensa à intimidade, apenas indiretamente verificada no caso[56]. É relevante frisar que tal posicionamento pode ser objeto de críticas, pois, conforme aludido no primeiro item desse artigo, o consentimento para divulgação de uma imagem é dado considerando o contexto específico e sua interpretação deve ser restritiva.

Ainda na linha da responsabilidade dos provedores de aplicações de internet por atos próprios, cabe salientar que já há na jurisprudência casos reconhecendo a responsabilidade do provedor pelos danos morais causados nas hipóteses de invasão de conta por hackers que promovem a divulgação não autorizada de fotos íntimas do titular da conta.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento do recurso de apelação n.º 50021472220188210001 condenou a empresa YAHOO DO BRASIL INTERNET LTDA a indenizar uma usuária que teve seu endereço de e-mail invadido por hackers e teve fotos íntimas suas enviadas por e-mail para todos os seus contatos. No julgado, a Décima Câmara Cível entendeu que a hipótese se enquadrava como caso de responsabilidade por ato próprio, uma vez que os provedores possuem o dever de adotarem os mecanismos de cautela adequados para verificação do usuário e senha, a fim de evitar o acesso por terceiros, sendo a responsabilidade nesse caso objetiva que derivaria do próprio risco do empreendimento[57].

Frisa-se, mais uma vez, que a responsabilidade do provedor não afasta a responsabilidade de quem inseriu o conteúdo na plataforma, de modo que, em tese, é possível que se requeira indenização em face de cada um dos agentes por atos diversos, no último caso pela inserção e, no primeiro, pela inércia após ser devidamente notificado[58].

No entanto, levantamentos apontam a existência de mais demandas cíveis movidas em face do provedor de aplicação, do que ações movidas em face do próprio agressor – tanto no âmbito cível quanto penal -, o que parece indicar

55. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1840848 SP 2019/0292472-3.* Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1489240971. Acesso em: 13 jan. 2024.

56. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt nos EDcl no AREsp: 2049359 SP 2022/0002806-6*, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1922823161. Acesso em: 13 jan. 2024

57. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível 50021472220188210001.* Relator: Túlio de Oliveira Martins. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/1283448616/inteiro-teor-1283448626. Acesso em: 13 jan. 2024.

58. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso. Responsabilidade civil de provedores na rede*:* análise da aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça. *Revista IBERC,* Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01-28, nov.-fev./2019. p 17.

que o principal interesse das vítimas é a rápida interrupção da disseminação do conteúdo e sua respectiva exclusão do que a própria responsabilização do agressor[59]. Não se pode esquecer, também, que muitas mulheres são vítimas de revitimização quando decidem denunciar o agressor, tendo a sua versão ou sua conduta questionadas pelos atores do sistema de Justiça.

O grande questionamento acerca dessa questão é como fazer para que o conteúdo lesivo não seja reinserido, uma vez que o usuário pode ter o arquivo salvo em seu dispositivo à sua disposição para disponibilizar novamente a qualquer momento. Considerando que existe muito pouco o que pode ser feito pelos provedores de aplicação de internet, uma vez que não cabe a eles realizar a prévia análise do conteúdo postado pelos usuários, é imprescindível que se debata a conscientização das pessoas para não divulgação e compartilhamento de conteúdo íntimo de terceiros, bem como cobrar das plataformas que apliquem as sanções previstas em suas políticas de uso aos usuários que as infringir[60].

Excepcionalmente também é possível que se requeira a desindexação de conteúdos íntimos pelos provedores de busca, como meio de proteger a integridade psicofísica da mulher, o que deve ser avaliado no caso concreto pelo Poder Judiciário[61].

Portanto, verifica-se que tanto na esfera cível quanto na esfera penal há instrumentos jurídicos que permitem a responsabilização pela divulgação não consentida de imagem íntima. No entanto, considerando que a violência contra a mulher tem raízes em desigualdades estruturais e sistêmicas de gênero[62], para que se discuta a efetividade dos instrumentos jurídicos de coibição dessas violências e proteção dessas mulheres, é necessário que se analise o ordenamento jurídico sob a ótica do constitucionalismo feminista, de forma que as garantias e direitos fundamentais sejam vistas pela perspectiva de gênero[63].

É inócuo falar sobre os aspectos legais se desconsiderarmos a violência

59. VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. *O corpo é o código*: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil. InternetLab: São Paulo, 2016. Disponível em: https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2016/07/OCorpoOCodigo.pdf. Acesso em: 13 jan. 2024. p. 39.

60. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Exposição não consentida de imagens íntimas: como o Direito pode proteger as mulheres? In: Nelson Rosenvald; Rafael Dresch; Tula Wesendonck (Org.). *Responsabilidade civil: novos riscos.* Indaiatuba: Foco, 2019, p. 91-113. p.23.

61. *Ibid*. p. 23-27.

62. ASSOCIATION FOR PROGRESSIVE COMMUNICATIONS (APC). *End violence: Women's rights and safety online From impunity to justice*: Domestic legal remedies for cases of technology-related violence against women. Disponível em: https://www.genderit.org/sites/default/files/flow_domestic_legal_remedies_0.pdf. Acesso em: 13 jan. 2024. p. 13.

63. CAMBI, Eduardo; NOSAKI, Letícia de Andrade Porto; FACHIN, Melina Girardi. Tutela judicial das vulnerabilidades femininas: o papel do Poder Judiciário brasileiro na efetivação do constitucionalismo feminista. *Revista CNJ*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 57–72, 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/453. Acesso em: 17 jan. 2024. p. 60.

estrutural e institucionalizada a que se submete as mulheres. Por consequência, para melhor proteger os direitos das mulheres, é imprescindível que os instrumentos normativos acima apontados, sejam analisados pelo magistrado, no caso concreto, sob a perspectiva de gênero, como verdadeiros instrumentos de proteção às mulheres, conforme inclusive recomenda o Conselho Nacional de Justiça (Recomendação CNJ n.º 128/2022 - Protocolo de Julgamento na Perspectiva de Gênero)[64].

Considerações finais

Conforme visto ao longo do presente artigo, existem instrumentos legais para responsabilizar os indivíduos que divulgam imagens íntimas sem o consentimento do titular, bem como para responsabilizar o provedor de aplicações de internet, caso ele permaneça inerte e não promova a exclusão do conteúdo após devidamente notificado. Não obstante, quando se reflete sobre mecanismos eficazes para garantir a proteção da mulher, a mera previsão legal não se mostra suficiente, pois o acesso ao Judiciário, para fazer cumprir essas leis, apresenta outros entraves às mulheres.

Além disso, em que pese não se ignore a importância de previsões legais de cunho punitivo e reparador como forma de diminuir os casos de violência contra mulher, é necessário que se analise a presente questão também pela ótica da prevenção. Por essa lente, os instrumentos normativos não se mostram suficientes. Consoante abordado ao longo do presente artigo, não é razoável, e sequer viável, que se atribua aos provedores de aplicações de internet o dever de análise prévia do conteúdo postado, sob pena, inclusive, de limitar o acesso à informação e tal análise funcionar como verdadeira censura.

Sendo a violência contra a mulher um problema estrutural, para que se pense em mecanismos capazes de proteger as mulheres no âmbito digital, é necessário que se garanta uma maior participação e escuta das mulheres no processo de formulação das leis e no momento de sua aplicação, bem como no processo de criação das políticas de uso das plataformas, para que se pense em mecanismos que facilitem a denúncia dos conteúdos violadores. O diálogo, portanto, precisa envolver o setor ativista, a comunidade considerada na sua totalidade, os provedores e os atores do sistema de Justiça.

64. *Ibid.*

Referências

ASSOCIATION FOR PROGRESSIVE COMMUNICATIONS (APC). *End violence: Women's rights and safety online From impunity to justice*: Domestic legal remedies for cases of technology-related violence against women. Disponível em: https://www.genderit.org/sites/default/files/flow_domestic_legal_remedies_0.pdf. Acesso em 13 jan. 2024.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. *Na medida da pessoa humana*: Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/288490662_Ampliando_os_direitos_da_personalidade. Acesso em: 09 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt nos EDcl no AREsp: 2049359 SP 2022/0002806-6*, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1922823161. Acesso em: 13 jan. 2024

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1840848 SP 2019/0292472-3.* Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1489240971. Acesso em: 13 jan. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível 50021472220188210001.* Relator: Túlio de Oliveira Martins. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/1283448616/inteiro-teor-1283448626. Acesso em: 13 jan. 2024.

CAMBI, Eduardo; NOSAKI, Letícia de Andrade Porto; FACHIN, Melina Girardi. Tutela judicial das vulnerabilidades femininas: o papel do Poder Judiciário brasileiro na efetivação do constitucionalismo feminista. *Revista CNJ*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 57–72, 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/453. Acesso em: 17 jan. 2024.

CODING RIGHTS; INTERNETLAB. *Violências contra mulher na internet*: diagnóstico, soluções e desafios. Contribuição conjunta do Brasil para a relatora especial da ONU sobre violência contra a mulher. São Paulo, 2017.

HUPSEL FILHO, Valmar. *Casos de falso nudes expõem lado sombrio da inteligência artificial.* Veja Abril, 03 nov. 2023. Disponível em: https://veja.abril.com.br/brasil/casos-de-falsos-nudes-expo-em-lado-sombrio-da-inteligencia-artificial. Acesso em: 12 jan. 2024.

INSTITUTO AVON. *Além do cyberbullying*: a violência real do mundo virtual. Disponível em: https://institutoavon.org.br/pesquisa/. Acesso em: 13 jan. 2024.

JURASZ, Olga; BARKER, Kim. Sexual Violence in the Digital Age: A Criminal Law Conundrum? *German Law Journal* 22, p.784–799. 2021. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/F71476828D5BCA3D8316BA3F0B7CF30B/S2071832221000390a.pdf/sexual-violence-in-the-digital-age-a-criminal-law-conundrum.pdf. Acesso em: 30 maio 2024.

MCGLYNN, Clare; RACKLEY, Erika; & HOUGHTON, Ruth. Beyond 'Revenge Porn': The Continuum of Image-Based Sexual Abuse. *Feminist Legal Studies* 25, p. 25–46. 2017. Disponível em: https://link.springer.com/article/10.1007/s10691-017-9343-2. Acesso em: 30 maio 2024.

DIÁLOGOS DA
PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DIGITAL

8

Responsabilidade Civil dos Provedores de Aplicações de Internet e Vazamento de Conteúdo: Uma análise da aplicabilidade do REsp nº 1.930.256 a Plataformas como OnlyFans

CAROLINA SOARES FRANCO

CAROLINA SOARES FRANCO[1]

Sumário: Introdução. 1. Responsabilidade civil dos provedores de aplicações de Internet a partir do Marco Civil da Internet. 2. Decisão do STJ no REsp nº 1.930.256. 3. Aplicabilidade do Entendimento do STJ no REsp nº 1.930.256 à divulgação de conteúdo obtido no OnlyFans. Considerações finais. Referências.

Introdução

A partir dos avanços tecnológicos, da popularização de Tecnologias da Informação e Comunicação – especialmente da Internet – e da consolidação de uma "cultura de fomento à exibição de si próprio"[2], uma série de desafios foram introduzidos para a proteção dos direitos fundamentais. Dentre eles, destaca-se o tema da responsabilidade civil dos provedores de aplicações de Internet, sobretudo diante da necessidade de ponderação entre a proteção dos direitos personalíssimos – como a privacidade e a intimidade – e da preservação da liberdade de expressão dos usuários.

Os provedores de aplicações de internet são aqueles responsáveis por oferecer serviços de armazenamento de dados para acesso por terceiros[3], fornecendo aos usuários funções diversas, como correio eletrônico, conteúdo e hospedagem, mas não o acesso à Internet em si[4]. Este artigo se propõe a analisar a responsabilidade desses provedores à luz do Marco Civil da Internet, levando em consideração o objetivo da norma de proteger princípios como a liberdade de expressão, a privacidade e a neutralidade da rede[5].

Nesse sentido, referido diploma legal foi concebido com a finalidade de criar um ambiente online aberto e democrático, privilegiando a liberdade de expressão, mas buscando equilíbrio com os demais valores constitucionais[6]. Sob tal viés, o artigo 19 estabelece que provedores de aplicações só podem ser responsabilizados civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado

1. Advogada da área de Propriedade Intelectual e Tecnologia. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo e pós-graduanda em Direito Digital pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade em parceria com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro,

2. LONGHI, João Victor Rozatti. Responsabilidade civil e redes sociais: retirada de conteúdo, perfis falsos, discurso de ódio e fake News. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 1.

3. LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviço de Internet. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 27.

4. JUNIOR, Irineu Francisco Barreto; LEITE, Beatriz Salles Ferreira. Responsabilidade civil dos provedores de aplicações por ato de terceiro na lei 12.965/14 (marco civil da internet). Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 115, pp. 391-438, jul./dez. 2017, p. 395.

5. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso. Responsabilidade civil de provedores na rede: análise da aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça. Revista IBERC, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01-28, nov.-fev./2019. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/6>. Acesso em 06 jan. 2024.

6. TEFFÉ; SOUZA; op. cit., pág. 7.

por terceiros se não cumprirem uma ordem judicial específica para remover a publicação inadequada, observadas as exceções descritas em seu § 2º e no artigo 21 do mesmo diploma legal[7].

O artigo 21 se volta especificamente para os casos de divulgação não autorizada de imagens, vídeos ou outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, os quais devem ser removidos pelos provedores após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço[8].

Este artigo aborda, especificamente, a análise de decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial (REsp) nº 1.930.256, em que se discutiu a aplicabilidade do artigo 21 do Marco Civil da Internet a casos de divulgação não autorizada de fotografias de nudez produzidas comercialmente. A conclusão de referido julgado se dá no mesmo sentido das decisões dos Recursos Especiais nº 2.025.712/SP, nº 1.840.848/SP e nº 1.848.036/SP, em que também houve o entendimento de que a destinação comercial de fotografias íntimas retiraria destas a proteção conferida pelo artigo 21 do Marco Civil da Internet.

Assim, a análise buscará explorar uma possível extensão do julgado de referência (REsp nº 1.930.256) para os casos de divulgação não autorizada de imagens obtidas no OnlyFans, plataforma que permite o compartilhamento de material exclusivo a partir de assinaturas pagas aos perfis dos usuários, tendo se tornado popular por permitir, dessa forma, a monetização de conteúdo adulto.

A escolha por analisar referida aplicação se motiva pela relevância do uso do OnlyFans nacional e internacionalmente, com números que atingiram cerca de 150 milhões de usuários e mais de 5 milhões de criadores de conteúdo em 2023[9]. Aponta-se que o isolamento causado pela pandemia da COVID-19 influenciou o crescimento exponencial de sua popularidade, passando-se de 7,5 milhões de usuários, no começo do ano de 2020, para 130 milhões, em agosto de 2021[10].

Por fim, este artigo também levará em consideração conteúdos doutriná-

7. BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet).

8. Ibid.

9. CNN. *O que é OnlyFans, plataforma de conteúdo utilizada por Key Alves, Anitta e mais*. CNN Brasil, 20 de jan. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/entretenimento/o-que-e-onlyfans-plataforma-de-conteudo-utilizada-por-key-alves-anitta-e-mais/>. Acesso em 13 de jan. 2024.

10. FRAGEL, Henry. *Negócio de família: Onlyfans, trabalho sexual e pornificação do cotidiano*. Rio de Janeiro: Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação 45º Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – UFPB – 5 a 9/9/2022, pág. 1.

rios sobre os direitos da personalidade e a responsabilidade civil, a partir de autores como Anderson Schreiber, Carlos Affonso Souza e Chiara Spadaccini de Teffé, bem como a própria legislação brasileira aplicável sobre o tema.

A presente análise, assim, visa auxiliar no entendimento sobre a responsabilidade dos provedores de aplicações de Internet, especialmente quando se trata de equilibrar a proteção dos direitos personalíssimos com a promoção de um ambiente online inovador e livre, em uma das inúmeras relações peculiares que foram inauguradas e possibilitadas a partir da Internet: as redes sociais utilizadas para pornografia produzida pelo próprio usuário[11].

1. Responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet a partir do Marco Civil da Internet

As disposições do ordenamento jurídico sobre a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de Internet visam proporcionar não apenas a busca pela adequada reparação de danos das vítimas, mas também a proteção à liberdade de expressão e a vedação à censura[12].

Neste sentido, o Marco Civil da Internet foi elaborado com o objetivo de possibilitar que o ambiente online fosse democrático e acessível, conferindo posição privilegiada à reserva da liberdade de expressão, a qual apenas pode ser mitigada quando entra em conflito com outros valores e princípios constitucionalmente estabelecidos[13].

Sob referidas premissas, o artigo 19 do Marco Civil da Internet define que, em havendo danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, o provedor de aplicações apenas pode ser civilmente responsabilizado se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para tornar o conteúdo indisponível, dentro dos limites técnicos do seu serviço e do prazo assinalado, ressalvadas as disposições legais em contrário[14].

Neste caso, em regra, cabe ao Poder Judiciário ponderar eventuais excessos no exercício da liberdade de expressão na rede, devendo reprimir eventuais danos ou ameaças de lesão a direitos e garantir a reparação das vítimas a depender de cada caso concreto[15].

11. HUNT, Sophie. *The Craft Club: Surveillance and Risk Within the OnlyFans Community. Critical Reflections: A Student Journal on Contemporary Sociological Issues*, [s. l.], [s. n.], 2022. Disponível em: <https://ojs.leedsbeckett.ac.uk/index.php/SOC/article/view/4620>. Acesso em 10 de jan. 2024.

12. BRASIL, 2018, op. cit.

13. TEFFÉ; SOUZA; op. cit., pág. 4.

14. BRASIL, 2018, op. cit.

15. TEFFÉ; SOUZA; op. cit., pág. 6.

Chiara Spadaccini de Teffé e Carlos Affonso Souza entendem que referido dispositivo leva a um certo equilíbrio no regime de responsabilidade por conteúdo de terceiro na Internet, ampliando a confiança dos usuários no uso das aplicações online e mitigando o risco de práticas de controle e censura[16] – seja através da filtragem dos conteúdos pelos provedores, seja mediante a suspensão e remoção de publicações potencialmente controversas ou polêmicas. Além disso, destaca-se que a insegurança quanto à responsabilidade do provedor poderia embarreirar inovações de caráter tecnológico, científico ou cultural, bem como aumentar os custos de gestão das empresas diante do monitoramento[17].

Diante de tal texto legal, o Superior Tribunal de Justiça tem adotado entendimento pacífico quanto à natureza subjetiva da responsabilidade civil do provedor de aplicações de Internet, consolidando que, em regra, referida responsabilização apenas existirá à medida em que houver o descumprimento da ordem judicial que determine a remoção de conteúdo infrator[18].

Na mesma linha argumentativa, ainda, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido pela inexistência de um dever de monitoramento prévio dos conteúdos pelos provedores de aplicações de Internet, cabendo aos usuários o papel de notificar sobre eventuais publicações que possam violar direitos de terceiros[19]. Desse modo, fica reforçada a necessidade de existência de notificação para que haja o dever e a responsabilidade do provedor de remover o conteúdo infrator.

Como exceções à regra do artigo 19, seu § 2º ressalva as infrações a direitos de autor e a direitos conexos a estes, as quais ficariam sujeitas a previsão legal específica.

Paralelamente, o artigo 21 do mesmo diploma legal confere responsabilidade solidária ao provedor de aplicações da Internet que deixa de promover adequadamente a indisponibilização de conteúdo contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, quando divulgado sem autorização. Trata-se, esta, de hipótese comumente intitulada de pornografia de vingança (ou revenge porn, em inglês), na qual há o intuito de constranger a vítima diante de grupos conhecidos e/ou indeterminados de pessoas[20].

16. Ibid., pág. 7.

17. Ibid., pág. 12.

18. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.930.256. Relatora Ministra Nancy Andrighi, relator para acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 17/12/2021.

19. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.402.112. Relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 19/6/2018, DJe de 26/6/2018.

20. TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. *Pornografia de Vingança: como se proteger?* Disponível em: <https://feed.itsrio.org/pornografia-de-vingan%C3%A7a-como-se-proteger-eb16307b426>, 2017. Acesso em: 10 jan. 2024.

No entanto, referido dispositivo não se aplica apenas aos casos em que há pretensão de vingança, já que o legislador não prevê de forma expressa qual seria a motivação do sujeito para a divulgação do conteúdo. Por essa razão, há autores que defendem o uso do termo "pornografia não consensual" para se referir à hipótese legal em análise[21], não induzindo se haveria ou não um propósito vingativo no momento do compartilhamento indevido. Trata-se, esta, de termologia reconhecida e utilizada pela Ministra Nancy Andrighi no voto do REsp nº 1.930.256, que será analisado adiante neste estudo, junto às considerações sobre a não restrição do artigo 21 às hipóteses apenas de pornografia de vingança.

Neste sentido, para os casos de divulgação não consensual de conteúdo de nudez ou de atos sexuais, a necessidade de maior agilidade por parte do provedor seria justificável pela extrema rapidez da difusão de conteúdos na Internet, o que poderia causar riscos de violações profundas a direitos personalíssimos das vítimas que tiveram suas imagens ilegalmente expostas[22].

2. Decisão do STJ no REsp nº 1.930.256

Diante do tema da responsabilidade civil dos provedores de aplicação de Internet, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, no REsp nº 1.930.256, por maioria de votos, que o teor do artigo 21 do Marco Civil da Internet seria inaplicável a caso de divulgação de fotografias de nudez produzidas comercialmente, sem o consentimento da modelo retratada[23].

O litígio tratava de fotografias produzidas com o consentimento da vítima e distribuídas em revista voltada para o público masculino, com acesso restrito a maiores de idade, através de pagamento do valor de compra de R$ 167,00 (cento e sessenta e sete reais), e que foram divulgadas sem autorização em blog hospedado pelo Google[24].

O julgamento foi de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a qual decidiu pela aplicabilidade do artigo 21 do Marco Civil da Internet ao caso relatado. Como fundamentação, a Ministra destacou que o artigo em questão não se restringe apenas aos casos de pornografia de vingança, já que o dispositivo

21. Ibid.

22. LONGHI, op. cit., p. 89.

23. BRASIL, 2021, op. cit.

24. "(...) a recorrente oferece serviço de hospedagem de blogs. Os blogs – contração da expressão inglesa weblog que, numa tradução literal, significa diário da rede (mundial de computadores) – consistem em páginas na internet cuja estrutura possibilita sua rápida e constante atualização mediante acréscimo dos denominados posts (comentários, artigos), que em geral têm como foco a temática que dá origem ao próprio blog" (Ibid.).

legal não considera a motivação do violador para a divulgação não autorizada – referindo-se, na realidade, a hipóteses de "pornografia não consensual" em geral.

Além disso, foi destacada a importância de analisar a expectativa de privacidade da pessoa retratada em cada caso, especialmente quanto à consciência e anuência sobre a extensão na qual o conteúdo íntimo será divulgado. Neste sentido, nas palavras da relatora, "Especialmente para fins de aplicação do art. 21 do MCI, se a pessoa exposta consentiu com a realização da fotografia ou vídeo, é imprescindível perquirir acerca do propósito do consentimento"[25].

Diante disso, como a vítima teria autorizado a divulgação de imagens de nudez somente na revista em questão, mediante as condições de acesso reconhecidas e mencionadas acima, não se poderia aplicar interpretação extensiva de anuência quanto à divulgação irrestrita e gratuita em ambiente online, especialmente a partir de seu maior potencial de alcance. Ainda, entendeu-se que o fato de não ter havido autorização específica para tal divulgação já seria suficiente para configurar a hipótese de "pornografia não consentida", que levaria, portanto, à necessidade de aplicação do artigo 21 ao caso prático.

Enquanto o Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas acompanhou o voto da relatora, os Ministros Paulo de Tarso Sanseverino e Moura Ribeiro votaram com o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, que apresentou voto de divergência.

Em resumo, o Ministro Marco Aurélio Bellizze entendeu que o artigo 21 do Marco Civil da Internet não seria aplicável ao caso, porque, em sua redação, obrigaria a existência de caráter privado do conteúdo divulgado – o qual deveria ser produzido, no entendimento do Ministro, "de modo absolutamente reservado, íntimo e privativo". Neste sentido, apenas este caráter estritamente privado e limitado levaria à exposição lesiva que justificaria a agilidade necessária para a exclusão do conteúdo pelo provedor de aplicações.

Além disso, houve o entendimento de que, como o pedido exordial da parte recorrida voltava-se especialmente ao ressarcimento pelos prejuízos decorrentes da divulgação das imagens online, de forma gratuita, o direito exercido no processo não se voltaria primordialmente à proteção de direitos personalíssimos da vítima, mas sim ao aspecto econômico do uso não autorizado de suas imagens.

Sob tais perspectivas, ainda, o Ministro concluiu que as imagens de nudez, quando produzidas para fins comerciais, não ostentariam a natureza privada

25. Ibid.

exigida pelo artigo 21 do Marco Civil da Internet. Neste sentido, houve o entendimento de que a intimidade seria mitigada nas hipóteses em que a pessoa, de forma livre e visando lucro, produz e cede imagens de nudez, casos estes em que não haveria no conteúdo em questão o caráter reservado e particular que seria exigido pelo dispositivo legal em análise.

No voto-vista, assim, o Ministro reiterou o argumento de que a fundamentação da petição inicial do processo se voltara para a indenização pelos danos materiais experimentados a partir da divulgação gratuita do conteúdo, não tratando, portanto, da proteção da intimidade e da privacidade da vítima do caso. Houve, também, a conclusão de que o fato de as fotos de nudez terem sido produzidas especificamente para exploração econômica, mesmo que voltada para um grupo específico, desconfiguraria o caráter privado do conteúdo.

Por fim, o voto-vista do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino seguiu o entendimento do voto divergente inaugurado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, consignando que o caso em análise não se enquadraria na hipótese descrita no artigo 21 do Marco Civil da Internet.

Para tal Ministro, como o referido artigo excetuaria a regra de responsabilidade descrita no artigo 19 da mesma lei, a sua aplicação deveria se dar de forma restritiva, sobretudo para não desvirtuar a proteção conferida às vítimas de vazamento de conteúdo íntimo privado.

Sendo assim, segundo seu entendimento, o artigo 21 apenas seria aplicável às hipóteses que cumprissem as seguintes condições: “i) o caráter não consensual da imagem íntima; ii) a natureza privada das cenas de nudez ou dos atos sexuais disseminados; iii) a violação à intimidade”.

Uma vez que o caso em análise não teria cumprido tais requisitos, portanto, a resolução seguiria tão somente a regra geral disposta no artigo 19 do Marco Civil da Internet, devendo-se aguardar determinação judicial para que houvesse a obrigação de remoção do conteúdo pelo provedor de aplicações de Internet.

Desse modo, por maioria de votos, a Terceira Turma deu provimento ao recurso especial em questão e concluiu pela não aplicabilidade do artigo 21 do Marco Civil da Internet ao caso analisado.

3. Análise da possível aplicação do entendimento do STJ no REsp nº 1.930.256 à divulgação de conteúdo obtido no OnlyFans

O OnlyFans é uma plataforma que permite aos criadores de conteúdo compartilharem conteúdo em foto e em vídeo, mediante assinaturas pagas[26]. Suas políticas não proíbem a divulgação de conteúdo adulto, de nudez e atos sexuais, motivo que possibilitou que o aplicativo em questão se popularizasse por referido tipo de conteúdo[27].

Sob o prisma da decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicabilidade, ou não, do artigo 21 do Marco Civil da Internet aos casos de divulgação não autorizada de conteúdo de nudez ou de atos sexuais, produzido inicialmente com intuito comercial, cabe analisar se os mesmos argumentos vencedores, descritos no acórdão do REsp nº 1.930.256, são aplicáveis ao caso de compartilhamento não autorizado de conteúdo adulto obtido no OnlyFans.

De início, observa-se que, em seus termos de uso[28], o OnlyFans não proíbe ou limita a possibilidade de os criadores de conteúdo utilizarem a plataforma de maneira anônima para os demais usuários – o que pode ocorrer, por exemplo, através do uso de pseudônimos, de ângulos de câmera e de disfarces que tornem a pessoa dificilmente reconhecível a partir do conteúdo publicado. Há, inclusive, cláusula de isenção de responsabilidade da plataforma caso indivíduos reconheçam o criador de conteúdo, o que reforça a opção recorrente dos usuários de divulgar imagens e vídeos de forma anônima ou disfarçada.

Sendo assim, referido aplicativo permite que os usuários optem por produzir conteúdo pornográfico monetizado, com finalidades comerciais, e ainda assim mantenham relativa discrição quanto às suas verdadeiras identidades.

No entanto, o anonimato pode não ser absoluto – por exemplo, na hipótese de uma pessoa publicar fotografias e vídeos de conteúdo adulto escondendo seu rosto, mas permitindo a identificação de tatuagens e marcas corporais que poderiam torná-la identificável para um grupo restrito de pessoas conhecidas. Com isso, o consentimento quanto à publicação pode existir apenas de forma restrita à plataforma, não se aplicando à disponibilização para o público em geral, sem a limitação de pagamento e de acesso proporcionada pelo OnlyFans.

26. ONLYFANS. *Terms of Service*. Disponível em: <https://onlyfans.com/terms>. Acesso em 14 de jan. 2024.
27. CNN, op. cit.
28. ONLYFANS, op. cit.

Neste caso, para fins de interpretação analógica diante da decisão do Superior Tribunal de Justiça analisada anteriormente, de forma harmônica com os dispositivos atualmente vigentes do Marco Civil da Internet, há de se investigar se as publicações do OnlyFans têm ou não caráter privado.

Isso porque, nos termos discutidos nos votos do REsp nº 1.930.256, o artigo 21 do Marco Civil da Internet prevê expressamente a necessidade de caráter privado ao conteúdo, conforme se reproduz literalmente a seguir:

> Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo[29].

Caso se considere, de forma alinhada ao entendimento do Ministro Marco Aurélio Bellizze, que os conteúdos de caráter privado são apenas aqueles produzidos e compartilhados de forma absolutamente reservada, íntima e privativa, o fato de os perfis do OnlyFans serem acessíveis a qualquer usuário cadastrado que realize o pagamento da taxa correspondente desconfiguraria a definição de privacidade necessária para a aplicação do artigo 21.

Por outro lado, deve-se levar em consideração que os indivíduos podem optar por divulgar imagens íntimas para uma coletividade de pessoas, mesmo que indeterminada, e ainda assim considerar que o conteúdo compartilhado e a divulgação em si são informações de sua esfera privada.

A título de exemplo, novamente, uma pessoa poderia divulgar conteúdos de nudez no OnlyFans, sem expor seu rosto e seu nome, e não desejar ser identificada por pessoas externas à plataforma quanto ao material em questão e, especialmente, por colegas de trabalho ou familiares. Nesse caso, a divulgação das imagens de maneira irrestrita, em site gratuito, poderia representar uma violação a seu direito de escolher o contexto em que sua intimidade seria mitigada, bem como quanto ao risco de recebimento do conteúdo por terceiros os quais a pessoa não pretendia alcançar.

29. BRASIL, 2018, op. cit.

Em que pese os termos de uso do OnlyFans destacarem que o conteúdo divulgado não é confidencial, é expresso que o acesso poderá ocorrer apenas pelos usuários que se cadastrarem e realizarem o pagamento correspondente a cada perfil. Além disso, os mesmos termos proíbem o uso da plataforma para finalidades que não sejam de uso pessoal, sendo vedado o compartilhamento do conteúdo dos usuários com terceiros[30].

Sendo assim, a pessoa que aceita divulgar fotos íntimas dentro da aplicação do OnlyFans pode ter o intuito de que referido conteúdo fique restrito àquele canal de comunicação e aos usuários nele inscritos, sendo tal vontade razoável a partir das finalidades propostas pela plataforma e de seus termos de uso.

Quanto ao tema, deve-se considerar que o consenso é contextual[31], de modo que o fato de a pessoa estar de acordo com a divulgação de dados pessoais em uma plataforma não pode ser interpretada, de forma extensiva, como liberalidade para fazê-lo por outros meios, para outras finalidades e a destinatários indeterminados. Neste sentido, Teffé destaca que "O consentimento para questões existenciais tem finalidade específica e se encontra diretamente ligado aos vínculos e relacionamentos estabelecidos"[32], não podendo ser, portanto, interpretado de maneira isolada em relação às circunstâncias iniciais que o justificaram.

Além disso, cabe analisar o conceito da privacidade a ser buscada a cada caso a partir do disposto no artigo 21. De acordo com Anderson Schreiber, a privacidade pode ser definida como "o direito ao controle da coleta e da utilização dos próprios dados pessoais"[33]. Desse modo, o ordenamento jurídico vigente determina que referida acepção seja interpretada de forma mais ampla, incluindo não apenas a vedação à intromissão alheia na esfera íntima dos indivíduos, mas também os deveres positivos de necessidade de autorização para uso de dados pessoais, bem como de possibilidade de correção e remoção destes[34].

Como o legislador não definiu de forma expressa o que configuraria o caráter privado do conteúdo necessário para a aplicação do artigo 21, é necessário

30. "Do not use OnlyFans except for your own personal use and do not sell, rent, transfer, or share your account or any Content obtained from your use of OnlyFans to or with anyone else" (ONLYFANS, op. cit.).

31. TEFFÉ, 2017, op. cit.

32. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. *Exposição não consentida de imagens íntimas: como o Direito pode proteger as mulheres?* In: Nelson Rosenvald; Rafael Dresch; Tula Wesendonck (Org.). Responsabilidade civil: novos riscos. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 5. Disponível em: <https://www.academia.edu/106675677/EXPOSI%C3%87%C3%83O_N%C3%83O_CONSENTIDA_DE_IMAGENS_%C3%8DNTIMAS_COMO_O_DIREITO_PODE_PROTEGER_AS_MULHERES>. Acesso em 15 jan. 2024.

33. SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. São Paulo: Atlas, 2013, p.137.

34. Ibid., p. 139.

interpretá-lo de maneira harmônica com todo o ordenamento jurídico, levando-se em consideração a função social aplicável à norma jurídica em questão.

Isso porque, em uma lógica civil-constitucional, as disposições legais devem ser interpretadas de forma integrada, se submetendo a uma lógica hierárquica que se sujeite à Constituição Federal[35]. Nesse sentido, o artigo 5º do texto constitucional brasileiro traz a proteção aos dados pessoais, a intimidade e a vida privada como direitos fundamentais e invioláveis[36], os quais devem ser protegidos de forma extensiva e privilegiada diante da hierarquia do ordenamento.

No caso, o que se discute é o regime de responsabilidade aplicável ao provedor de aplicações de Internet, o qual, conforme já elucidado, se vincula à proteção da liberdade de expressão no ambiente digital. Ainda assim, os diferentes direitos fundamentais precisam ser ponderados e, enquanto o direito de liberdade de expressão pode ser exercido na hipótese de a publicação ter sido excluída injustamente, mediante questionamento posterior por parte do usuário, os danos advindos da exposição ilegal de fotos de nudez ou de cenas íntimas podem causar danos profundos e de consequências intensas à vida da vítima[37].

Neste sentido, ainda, os critérios de exclusividade e de seleção de destinatários determinados não constam de forma expressa nas disposições existentes sobre a privacidade, não aparentando ser, portanto, condições necessárias para a configuração de um conteúdo de caráter privado para a aplicação do Marco Civil da Internet.

Assim, diante dos dados pessoais constantes em publicações de nudez ou de atos sexuais do OnlyFans – que podem ser, inclusive, de natureza sensível, ao se referirem à vida sexual da pessoa ou a demais atributos elencados no inciso II do artigo 5º da Lei Geral de Proteção de Dados[38] –, dos quais o titular não pretende conferir amplo acesso e divulgação a terceiros, e inserindo-se o conteúdo na esfera íntima e privada do indivíduo, então não se poderia chegar à mesma conclusão impressa nos votos vencedores do REsp nº 1.930.256.

Do mesmo modo, em relação ao "caráter não consensual da imagem ínti-

35. PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 316.

36. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

37. ROCHA, Renata de Lima Machado; PEDRINHA, Roberta Duboc; OLIVEIRA, Maria Helena Barros de. *O tratamento da pornografia de vingança pelo ordenamento jurídico brasileiro*. Saúde debate, Rio de Janeiro, v. 43, p. 178-189, 2019. Link: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042019000800178&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 jan. 2024.

38. BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República.

ma" disposto pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino como condição para aplicação do artigo 21, destaca-se que o fato de as imagens terem sido produzidas de forma consensual ou não são irrelevantes a partir da redação de referido dispositivo[39], já que não há previsão para tanto no texto legal e que, por exemplo, mesmo os casos de vazamento indevido de fotos íntimas trocadas por ex-namorados poderiam ter o consentimento inicial no momento de produção das imagens.

Assim, o consenso quanto à divulgação de imagens para um público maior e irrestrito, em outras aplicações da Internet que não o OnlyFans, conforme já explanado anteriormente, precisa ser contextualizado e interpretado de maneira restritiva, especialmente por atingir aspectos íntimos e privados das pessoas retratadas.

Dessa forma, é possível concluir que eventuais casos de vazamento de imagens publicadas no OnlyFans não necessariamente se sujeitarão aos termos da decisão do STJ no REsp nº 1.930.256, mesmo sendo referido conteúdo inicialmente divulgado de maneira comercial e acessível ao público em geral, mediante cadastro e pagamento na plataforma. A princípio, portanto, caberia aos provedores de aplicação de Internet agirem de forma diligente para a remoção de conteúdo de nudez e de atos sexuais, a partir da notificação dos usuários, mesmo nos casos em que as imagens tenham sido originalmente produzidas com finalidade comercial, em aplicações online de conteúdo adulto. Isso, especialmente a fim de evitar a morosidade e a ampliação do ônus da vítima em buscar uma determinação judicial para conseguir a remoção do conteúdo[40], o que deve ser priorizado diante do alto risco de danos a seus direitos personalíssimos.

Considerações finais

A partir da análise do Marco Civil da Internet e do acórdão do REsp nº 1.930.256, o tema da responsabilidade civil dos provedores de aplicações de Internet evidencia a tenuidade do equilíbrio existente, no ambiente digital, entre a proteção da liberdade de expressão e a prevenção de danos causados por violação a direitos personalíssimos.

A decisão supracitada, ao analisar a aplicação prática do artigo 21 do Marco Civil da Internet, elucida interpretações relevantes sobre a natureza priva-

39. TEFFÉ, 2017, op. cit.
40. LONGHI, op. cit., pág. 81.

da do conteúdo que envolve nudez ou atos sexuais, bem como quanto ao consentimento necessário para a sua divulgação.

Contudo, ao se estender a análise para o OnlyFans, que permite a divulgação de conteúdo adulto mediante assinaturas pagas, outras circunstâncias específicas precisam ser consideradas. A questão da discrição e do relativo anonimato nas publicações, que são permitidos pelos termos de uso da plataforma, destacam a importância de se considerar o contexto em que o consentimento para a divulgação dos conteúdos ocorre, ao mesmo tempo que evidencia a complexidade na análise do caráter privado exigido de tais imagens a partir do texto legal.

Em uma análise integrativa e funcional, assim, diante da rapidez da disseminação de conteúdos na Internet, especialmente quando se trata de material de nudez e de atos sexuais, a garantia e o incentivo para o desenvolvimento de mecanismos eficientes para a remoção dos conteúdos devem prevalecer e ser incentivados, visando-se mitigar os danos profundos que podem ser experimentados pelas vítimas e ampliar a preservação dos direitos fundamentais no ambiente digital.

Referências

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 13 jan. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 13 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.402.112. Relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 19/6/2018, DJe de 26/6/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.930.256. Relatora Ministra Nancy Andrighi, relator para acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 17/12/2021.

CNN. *O que é OnlyFans, plataforma de conteúdo utilizada por Key Alves, Anitta e mais*. CNN Brasil, 20 de jan. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/entretenimento/o-que-e-onlyfans-plataforma--de-conteudo-utilizada-por-key-alves-anitta-e-mais/>. Acesso em 13 jan. 2024.

FRAGEL, Henry. *Negócio de família: Onlyfans, trabalho sexual e pornificação do cotidiano*. Rio de Janeiro: Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação 45º Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – UFPB – 5 a 9/9/2022.

JUNIOR, Irineu Francisco Barreto; LEITE, Beatriz Salles Ferreira. Responsabilidade civil dos provedores de aplicações por ato de terceiro na lei 12.965/14 (marco civil da internet). *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 115, pp. 391-438, jul./dez. 2017.

LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviço de Internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

LONGHI, João Victor Rozatti. *Responsabilidade civil e redes sociais: retirada de conteúdo, perfis falsos, discurso de ódio e fake News*. Indaiatuba: Foco, 2020.

ONLYFANS. *Terms of Service*. Disponível em: <https://onlyfans.com/terms>. Acesso em 14 jan. 2024.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. *Pornografia de Vingança: como se proteger?* Disponível em: <https://feed.itsrio.org/pornografia-de-vingan%C3%A7a-como-se-proteger-eb16307b426>, 2017. Acesso em: 10 jan. 2024.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Exposição não consentida de imagens íntimas: como o Direito pode proteger as mulheres? In: Nelson Rosenvald; Rafael Dresch; Tula Wesendonck (Org.). Responsabilidade civil: novos riscos. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 91-113. Disponível em: <https://www.academia.edu/106675677/EXPOSI%C3%87%C3%83O_N%C3%83O_CONSENTIDA_DE_IMAGENS_%C3%8DNTIMAS_COMO_O_DIREITO_PODE_PROTEGER_AS_MULHERES>. Acesso em 15 jan. 2024.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. *Questões acerca do sistema de responsabilidade civil do Marco Civil da Internet: Análise do artigo 19.* Migalhas. Março de 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/383291/o-sistema-de-responsabilidade-civil-do-marco-civil--da-internet>. Acesso em 10 jan. 2024.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso. Responsabilidade civil de provedores na rede: análise da aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01-28, nov.-fev./2019. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/6>. Acesso em 06 jan. 2024.

DIÁLOGOS DA
PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DIGITAL

9

Responsabilidade de provedores de aplicação de internet e a proteção da criança e do adolescente: debates e decisões judiciais em perspectiva

ANA PAULA VARIZE SILVEIRA

Sumário: Introdução. 1. Metodologia. 2. Base teórica. 2.1. Artigo 19 do Marco Civil da Internet: conceitos relevantes. 2.2. Art. 19: responsabilidade civil de provedores de aplicações de internet por conteúdo de terceiro. 2.2.1. Eixo 1: constitucionalidade do art. 19. 2.2.2. Eixo 2: inconstitucionalidade do art. 19. 2.3. A proteção de crianças e adolescentes na Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. Recurso Especial 1.783.269. 4. Discussão: decisões de tribunais de justiça brasileiros. 4.1. Responsabilização de provedores. 4.2. Provedores não responsabilizados. 4.3. Para além do resultado. Considerações finais. Referências.

Introdução

Ataque a escolas, desinformação e cyberbullying. Esses são alguns temas contemporâneos e que têm pautado novas discussões sobre a responsabilidade civil de provedores de aplicação de internet por conteúdos gerados por seus usuários. Trazem de volta para a mesa a discussão sobre o regime de responsabilização estabelecido no art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet ou MCI). Atualmente, o tema está no radar dos três poderes do Estado brasileiro.

Para citar alguns exemplos em cada esfera, no Executivo, o Ministério da Justiça e da Segurança Pública emitiu a Portaria n. 351 em abril de 2023, buscando "a prevenção à disseminação de conteúdos flagrantemente ilícitos, prejudiciais ou danosos por plataformas de redes sociais, e dá outras providências"[2]. A iniciativa foi motivada pela circulação de conteúdos ilegais, nocivos e danosos em redes sociais que incentivam de forma geral ataques a ambiente escolar[3].

No Legislativo, de acordo com relatório produzido Instituto de Pesquisa em Direito e Tecnologia do Recife (IP.Rec), pelo menos 127 projetos de lei buscam alterar o texto do MCI referenciando-o diretamente[4].

Outro exemplo no Legislativo é a reforma da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil). A Comissão de Juristas instituída pelo Ato do presidente do Senado Fe-

1. Graduada pela Faculdade de Direito da USP. Especializada em Direito Digital pela FGV/SP. Pós-graduanda no curso de Direito Digital no ITS Rio (Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro) em parceria com o CEPED/UERJ. Advogada atuante nas áreas de publicidade e entretenimento.

2. BRASIL. *Portaria do Ministro n. 351/2023.* Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública. 12/04/2023. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/categorias-de-publicacoes/portarias/portaria-do-ministro_plataformas.pdf/view. Acesso em: 6 de dez. de 2023.

3. *Ibidem.*

4. INSTITUTO DE PESQUISA EM DIREITO E TECNOLOGIA DO RECIFE. *Análise dos projetos de lei da câmara dos deputados que incidem sobre o Marco Civil da Internet.* 2024. 45p. Disponível em: https://ip.rec.br/wp-content/uploads/2024/04/Analise-do-Projetos-de-Lei-da-Camara-dos-Deputados-que-incidem-sobre-o-Marco-Civil-da-Internet-1.pdf. Acesso em: 11 de maio de 2024.

deral n. 11/2023, propôs no Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil a revogação do art. 19 do Marco Civil da Internet, através da proposição de inserção do seguinte dispositivo no novo código:

> As plataformas digitais podem ser responsabilizadas administrativa e civilmente: I - pela reparação dos danos causados por conteúdos gerados por terceiros cuja distribuição tenha sido realizada por meio de publicidade da plataforma; II - por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros, quando houver descumprimento sistemático dos deveres e das obrigações previstas neste Código, aplicando-se o sistema de responsabilidade civil nele previsto[5].

No Judiciário, podemos citar alguns movimentos. O Supremo Tribunal Federal (STF) discutirá a constitucionalidade do art. 19 do MCI no tema 987, de repercussão geral, e que tem o Recurso Extraordinário n. 1.037.396 como caso paradigmático[6].

Outro aceno foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial n. 1.783.269 (REsp n. 1.783.269), que deu origem ao informativo de jurisprudência[7] n. 723 do STJ, segundo o qual ''Responde civilmente por danos morais o provedor de aplicação de internet que, após formalmente comunicado de publicação ofensiva a imagem de menor, se omite na sua exclusão, independentemente de ordem judicial"[8].

Considerando o momento atual de debate sobre a constitucionalidade do art. 19 do MCI, estudar decisões judiciais pode ser útil para as discussões teóricas sobre o tema e para traçar um panorama sobre a sua aplicação prática[9]. Ainda, há um movimento de se considerar a relevância da jurisprudência inclusive como fonte eventual de direito, especialmente após o art. 927 do Código

5. BRASIL. Relatório final dos trabalhos da comissão de juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Brasília, DF: Senado Federal. 2024. p. 246. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2630. Acesso em 4 de Maio de 2024.

6. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 987: Discussão sobre a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014.* Relator(a): MIN. DIAS TOFFOLI. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5160549&numeroProcesso=1037396&classeProcesso=RE&numeroTema=987. Acesso em 6 de dez. de 2023.

7. "O Informativo de Jurisprudência divulga, periodicamente, teses firmadas pelo STJ que são selecionadas pela novidade no âmbito do Tribunal e pela repercussão no meio jurídico". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de Jurisprudência n. 723.* Disponível em: https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/. Acesso em: 14 de jan. de 2024.

8. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de Jurisprudência n. 723.* ref. REsp 1.783.269-MG, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em: 14 de dez. de /2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/. Acesso em: 14 de jan. de 2024.

9. QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina. *Metodologia da Pesquisa em Direito:* Técnicas e Abordagens para Elaboração de Monografias, Dissertações e Teses. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. v. 1. p. 118.

de Processo Civil[10]. Nesse cenário, expande-se a utilidade deste tipo de pesquisa[11].

Assim, este trabalho pretende analisar decisões judiciais envolvendo a discussão de responsabilização de provedores, considerando o recorte específico da violação a direitos de crianças e adolescentes (conforme definidos pelo ECA), excluída a hipótese do art. 21 do MCI. As perguntas que buscaremos responder são: a primeira e segunda instância do Judiciário brasileiro entendem que provedores de aplicação são responsáveis pela violação de direitos de crianças e adolescentes, promovida por seus usuários? Se sim, é possível identificar algum padrão decisório ao longo do tempo? E como os direitos de crianças e adolescentes são relacionados à aplicação do art. 19 do MCI? Aprofundaremos a metodologia utilizada a seguir.

1. Metodologia

Este artigo foi desenvolvido com base na metodologia de análise de conteúdo, conforme proposta por Roque de Moraes, considerando a abordagem dedutiva verificatória[12]. Assim, primeiro, serão apresentados conceitos-base para compreensão do art. 19 do MCI e, após, a literatura relevante sobre este dispositivo e a responsabilidade civil de provedores de aplicação[13], considerando dois eixos.

Em um deles, os autores que se posicionam favoráveis à constitucionalidade do art. 19, bem como os fundamentos de cada autor para este posicionamento. Nele, encontram-se Carlos Affonso Souza, Chiara de Teffé, Beatriz Laus Marinho, Priscila Silva Laterça, João Archegas e Ronaldo Lemos. No segundo, os que entendem o art. 19 como inconstitucional e os seus respectivos fundamentos. Aqui, estão Anderson Schreiber e João Quinelato, que serão

10. "De um ponto de vista exclusivamente jurídico, evidente que os autos processuais são uma fonte mais do que adequada, recomendada propriamente, para descrever e analisar a aplicação dos comandos normativos e atuação das sanções que os acompanham e caracterizam. No plano da eficácia, qualquer norma jurídica, desde que direta ou indiretamente judicializada, pode, em princípio, ser analisada através de processos judiciais. Mas só recentemente o uso desta fonte ganhou espaço e um certo protagonismo para a pesquisa jurídica. A tendência observada no direito brasileiro de valorização da jurisprudência, inclusive como fonte eventual de direito, ampliou consideravelmente o campo para a pesquisa jurídica baseada em análise de processos judiciais, sobretudo das peças das partes, votos e acórdãos dos tribunais." ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. Pesquisas em Processos Judiciais. *In:* MACHADO, Maíra Rocha; REED, Rede de Pesquisa Empírica em Direito. (Org.). *Pesquisar Empiricamente o Direito.* 1. ed. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 282.

11. *Ibidem*.

12. MORAES, Roque. Análise de conteúdo. *Revista Educação*, Porto Alegre, 1999. v. 22, n. 37, p. 7-32. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4125089/mod_resource/content/1/Roque-Moraes_Analise%20de%20conteudo-1999.pdf. Acesso em: 26 de dez. de 2023.

13. A pesquisa da literatura foi feita em bancos de dados como Capes, Scielo, Civilistica, Revista IBDCivil, Instituto de Tecnologia e Sociedade, BDTD, Google Scholar, e Academia.Edu, com palavras-chave relacionadas a "responsabilidade civil de provedores" e "Marco Civil da Internet". Também foram considerados autores frequentemente presentes nas referências dos textos obtidos. A busca se restringiu a análises focadas na realidade brasileira, tendo em vista o escopo de incidência do MCI#. O marco temporal considerado foi de 2014 (ano em que o MCI entrou em vigor) até a data de elaboração do artigo.

apresentados de forma consolidada.

Em seguida, será apresentada seção em que, considerando o recorte do estudo, serão trazidos o panorama legal da proteção a crianças e adolescentes no Brasil, o caso do REsp 1.783.269 e o que diz a literatura sobre a decisão.

Após este posicionamento teórico, a fase de análise de julgados será executada. Em relação à busca de julgados[14] que compõem a amostra a ser analisada a seguir, para restringir o objeto da análise, selecionamos como objeto da pesquisa apenas os tribunais de justiça brasileiros[15] [16] [17].

A amostra resultante é composta por 14 processos e será analisada através dos seguintes indicadores: ano da decisão, direito material violado (e.g. uso desautorizado de imagem), se houve ou não responsabilidade de provedores e qual a base legal para a referida decisão. A partir do levantamento destas informações, a discussão deste trabalho será desenvolvida, em que serão trazidos aspectos das decisões que se destacam, considerando a literatura previamente analisada.

2. Base teórica

2.1 Artigo 19 do Marco Civil da Internet: conceitos relevantes

O art. 19 do MCI estabelece regime de responsabilidade civil subjetiva ao provedor de aplicações de internet, caso descumpra ordem judicial de remoção

14. O uso do Jusbrasil, em detrimento de bancos de dados oficiais dos tribunais se deu pela praticidade da busca, por instituições renomadas terem parceria com a plataforma para desenvolvimento de pesquisas acadêmicas utilizando-a e por já haver publicação validando o uso da ferramenta para fins pedagógicos de aprendizagem. Redação Conjur. Fórum Jurídico de Lisboa. *IDP, FGV e* Jusbrasil firmam acordo para aprimorar pesquisa jurídica. *Consultor Jurídico*: 30 de jun. de 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jun-30/idp-fgv-jusbrasil-firmam-acordo-aprimorar-pesquisa-juridica/. Acesso em: 14 de jan. de 2024. e BRITO, Karina Grüber Ribeiro, et. al. A utilização do Jusbrasil como ferramenta pedagógica para promoção da atualização jurisprudencial dos profissionais do Direito. *Revista Tecnologias na Educação*, Ano 10, Número/vol.27, novembro/2018. Disponível em: Art14.Vol27-Ed.TemáticaIX-Nov-2018 (tecedu.pro.br). Acesso em: 14 de jan. de 2024.

15. No Jusbrasil, foram inseridas na busca da aba "Jurisprudência", com o recorte temporal de 23/06/2014 a 5/12/2023: "Art. 19 Marco Civil da Internet Remoção Conteúdo Criança Responsabilização Provedor" (73 resultados). Para complementação dos resultados: "responsabilidade marco civil da internet criança" (486 resultados). Os resultados foram filtrados pela autora do artigo, a partir da leitura de suas ementas e, quando não podiam ser imediatamente descartadas, realizou-se uma leitura transversal da decisão, buscando expressões frequentemente presentes nas decisões consideradas válidas para composição da amostra ("estatuto", "representante", "criança", "menor"). Desconsiderados casos relacionados à indexação de conteúdo e temas irrelevantes para o objetivo da pesquisa.

16. A única decisão relevante para este trabalho foi o Recurso Especial já mencionado. A pesquisa utilizou o banco de dados do STJ, considerando as palavras-chave e operadores booleanos: "responsabilidade e provedor ou plataforma e conteúdo e terceiro e criança ou menor ou infantil) e (inter-14 mesmo 012965 mesmo (art adj "00019")).ref".

17. Buscou-se as palavras-chave e operadores booleanos no banco de jurisprudência do STF: "responsabilidade e provedor ou plataforma e conteúdo e terceiro e criança ou menor ou infantil", primeiramente. Como não foram identificados resultados, buscou-se, então, "responsabilidade e provedor ou plataforma e marco civil da internet", também sem resultados relevantes para este trabalho.

de conteúdo dentro do prazo estabelecido na decisão[18]. Teffé, Souza e Nunes definem como provedores de aplicação "aqueles que promovem funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet"[19], nos quais podem ser entendidos incluídos os provedores de conteúdo, como é o caso de redes sociais[20].

À regra do art. 19, cabem duas exceções: (i) violações de direitos autorais e conexos, que dependem de previsão legal específica (art. 19, § 2º)[21]; e (ii) divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado (art. 21).

Compreendidos os principais conceitos e a estrutura do art. 19 do MCI, vamos às análises críticas deste dispositivo.

2.2 Art. 19: responsabilidade civil de provedores de aplicações de internet por conteúdo de terceiro

2.2.1 Eixo 1: constitucionalidade do art. 19 do MCI

Os principais argumentos favoráveis ao sistema de responsabilidade civil previsto no art. 19 são: a preservação da **liberdade de expressão**; os riscos relacionados à **subjetividade** dos provedores de aplicação de internet para remover conteúdos de suas plataformas; e o obstáculo que um sistema de notificação extrajudicial e derrubada subsequente representaria para a **inovação.**

a. liberdade de expressão

A proteção da liberdade de expressão é uma finalidade bastante evidente no artigo 19. O próprio texto do artigo começa afirmando seu objetivo de garantir a liberdade de expressão e prevenir a censura.

De acordo com Teffé, resta comprovado que a liberdade de expressão é pré-requisito para que a personalidade humana seja adequadamente desen-

18. SOUZA, Carlos Affonso; LATERÇA, Priscilla Silva. A Responsabilidade Civil dos Provedores de Aplicações Antes e Depois do Marco Civil da Internet: Um Conto de Dois Processos. In: BRITTO, Carlos. Supremo 4.0: Constituição e Tecnologia em Pauta. Capítulo 8. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2022. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/supremo-40-constituicao-e-tecnologia-em-pauta/1540353310. Acesso em: 25 de jul. de 2023.

19. TEFFÉ, Chiara Spadaccini; SOUZA, Carlos Affonso; NUNES, Beatriz Laus Marinho. Responsabilidade Civil de Provedores. *In*: SOUZA, Carlos Affonso; SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos da (Org.); BOTTINO, C. (Org.). *Marco Civil da Internet:* Jurisprudência Comentada. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1. p. 96

20. *Ibidem*.

21. CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Marco Civil da Internet e direito autoral: responsabilidade civil dos provedores de conteúdo. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. (Org.). *Direito & Internet III:* Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). 1.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 321-339. *apud* TEFFÉ, Chiara Spadaccini; SOUZA, Carlos Affonso; NUNES, Beatriz Laus Marinho. Responsabilidade Civil de Provedores. *ob. cit.,* p. 136.

volvida e protegida. O legislador não parece ter privilegiado de forma arbitrária a liberdade de expressão em detrimento de outros direitos fundamentais, mas sim conduzido a interpretação e aplicação deste dispositivo para o sistema que melhor garantiria a proteção da dignidade humana[22].

Teffé e Souza ponderam, complementarmente, que tal escolha do legislador não coloca a liberdade de expressão como um direito absoluto[23]. Quando em conflito com outros direitos fundamentais, este direito deve ser ponderado. Os autores reforçam que a presença da liberdade de expressão como princípio norteador do MCI não implica na ausência de responsabilidade de usuários, provedores de aplicação e fornecedores de conteúdo em seguir a Constituição de 1988 (CR/88), bem como em promover a qualidade das informações que circulam na rede[24].

Teffé também pontua que a responsabilidade subjetiva fomentaria práticas de monitoramento privado e controle prévio e poderia resultar em limitação do direito de liberdade de expressão[25].

Sem prejuízo destes pontos, Teffé e Souza reconhecem que os espaços online têm se tornado mais complexos. As interações neles ocorridas vem repercutindo nas esferas social e política e, portanto, para os autores é necessário revisitar o MCI[26]. A interpretação desta norma deve dialogar com temais mais atuais, como "moderação de conteúdo, normas internacionais de direitos humanos e de governança da rede e com a Lei Geral de Proteção de Dados"[27]. Ainda, os autores defendem que pautas como transparência, prestação de contas, proteções de liberdades de comunicação, inovação e livre iniciativa

22. TEFFÉ, Chiara Spadaccini. A responsabilidade civil do provedor de aplicações de internet pelos danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros de acordo com o Marco Civil da Internet. *Revista Fórum de Direito Civil - RFDC*, 2015. v. 4, p. 86.

23. SOUZA, Carlos Affonso. As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no Marco Civil da Internet. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Direito & Internet III* – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. pp. 377-408. *apud* TEFFÉ, Chiara Spadaccini; SOUZA, C. A. P. Responsabilidade civil de provedores na rede: análise da aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça. *Revista IBERC*, 2018. v. 1, p. 11.

24. TEFFÉ, Chiara Spadaccini; SOUZA, Carlos Affonso. *Responsabilidade civil de provedores na rede: análise da aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça. ob. cit.* p. 5.

25. TEFFÉ, Chiara Spadaccini. A responsabilidade civil do provedor de aplicações de internet pelos danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros de acordo com o Marco Civil da Internet. *Revista Fórum de Direito Civil - RFDC*, 2015. v. 4, p. 89.

26. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso. Moderação de Conteúdo e Responsabilidade Civil em plataformas digitais: um olhar sobre as experiências brasileira, estadunidense e europeia. *In*: Joyceane Bezerra de Menezes, Fernanda Nunes Barbosa. (Org.). *A prioridade da pessoa humana no Direito Civil-Constitucional*: estudos em homenagem a Maria Celina Bodin de Moraes. 1ed.: Foco, 2024, p. 28.

27. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso. Moderação de Conteúdo e Responsabilidade Civil em plataformas digitais: um olhar sobre as experiências brasileira, estadunidense e europeia. *In*: Joyceane Bezerra de Menezes, Fernanda Nunes Barbosa. (Org.). *A prioridade da pessoa humana no Direito Civil-Constitucional:* estudos em homenagem a Maria Celina Bodin de Moraes. 1ed.: Foco, 2024, p. 36.

sejam trazidos para junto desta revisão do MCI[28].

Contudo, para os autores, deixar esta responsabilidade exclusivamente para os provedores de aplicação possui riscos.

b. subjetividade

De acordo com Teffé, Souza e Nunes, se provedores tivessem a obrigação legal de retirar um conteúdo com a simples notificação, haveria uma grande subjetividade nas decisões[29].

Teffé e Souza reconhecem que a prática de moderação de conteúdo (desde que bem estruturada) tem importância considerável no combate à disseminação de discursos de ódio, de extremismo e de violência[30].

Contudo, aumentar a responsabilidade de provedores de aplicação de internet nesse sentido poderia levar a um cenário de censura relevante, onde os provedores de aplicação seriam incentivados a remover conteúdos de seus usuários, mesmo que lícitos em alguns casos, diante do risco de responsabilização, o que afetaria a liberdade e diversidade de expressão nestes espaços[31].

Apesar de o MCI não impedir a remoção de conteúdos pelos provedores de aplicação e de esta prerrogativa ser uma opção interessante para determinados casos (por exemplo, para interrupção da veiculação de desinformação) os autores defendem que se evite um abuso[32]. Ainda, acrescentam:

> A consideração sobre quais conteúdos ultrapassam ou não os limites da liberdade de expressão deve ser um **processo, predominantemente, público e com discussões multissetoriais**, e não um processo exclusivamente privado, conduzido por departamentos de plataformas digitais (grifos nossos)[33].

Diante deste cenário, consideram importante que o Estado, junto com instituições públicas democráticas e entidades independentes, estabeleça as

28. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso. Moderação de Conteúdo e Responsabilidade Civil em plataformas digitais: um olhar sobre as experiências brasileira, estadunidense e europeia. *In:* Joyceane Bezerra de Menezes, Fernanda Nunes Barbosa. (Org.). *A prioridade da pessoa humana no Direito Civil-Constitucional:* estudos em homenagem a Maria Celina Bodin de Moraes. 1ed.: Foco, 2024, p. 36.

29. TEFFÉ, Chiara Spadaccini; SOUZA, Carlos Affonso; NUNES, Beatriz Laus Marinho. Responsabilidade Civil de Provedores. *Ob. cit.*, p. 110. e SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet:* construção e aplicação. 1. ed. Juiz de Fora: Editar, 2016, p. 84.

30. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso. Moderação de Conteúdo e Responsabilidade Civil em plataformas digitais: um olhar sobre as experiências brasileira, estadunidense e europeia. *Ob. cit*, p. 36.

31. *Ibidem.*

32. *Ibidem.*

33. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso. Moderação de Conteúdo e Responsabilidade Civil em plataformas digitais: um olhar sobre as experiências brasileira, estadunidense e europeia. *Ob. cit*, p. 37.

premissas a partir das quais os provedores de aplicação de internet devem realizar esta atividade[34].

Souza e Laterça pontuam que não há como desconsiderar potenciais aproveitamentos mal-intencionados de eventual responsabilidade. Como exemplo, citam que políticos, autoridades e figuras de instituições públicas, poderiam argumentar pela retirada de conteúdos supostamente ofensivos, mas que na realidade representam informações de relevância pública; sua retirada poderia fomentar um ambiente antidemocrático[35].

Outras consequências negativas também são mencionadas pelos autores. Por exemplo, a infração do princípio de inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, CR/88)[36] e, com isso, seriam abalados o contraditório e a ampla defesa das partes[37].

Nesse sentido, Lemos e Souza indicam o risco de redução da quantidade de casos levados ao judiciário, caso houvesse a obrigação de retirada do conteúdo imediatamente após o envio da notificação da suposta vítima ao provedor. A consequência possível, para os autores, seria deixar a definição de limites importantes para o uso e expressão através de novas tecnologias a entes privados. Isto nos leva ao terceiro e último ponto desta seção: o impacto à inovação.

c. prejuízo à inovação

Lemos e Archegas argumentam que a declaração de inconstitucionalidade do art. 19 violaria o art. 170 da CR/88, prejudicando a livre iniciativa. Modelos de negócio seriam inviabilizados, principalmente os pequenos que se encontram fora do circuito das bigtechs, que não possuem recursos o suficiente para se adequarem a um novo regime de responsabilidade, que traria custos proibitivos[38].

34. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso. Moderação de Conteúdo e Responsabilidade Civil em plataformas digitais: um olhar sobre as experiências brasileira, estadunidense e europeia. *In:* Joyceane Bezerra de Menezes, Fernanda Nunes Barbosa. (Org.). *A prioridade da pessoa humana no Direito Civil-Constitucional:* estudos em homenagem a Maria Celina Bodin de Moraes. 1ed.: Foco, 2024, p. 43.

35. *Ibidem.*

36. LEMOS, Ronaldo; ARCHEGAS, João Victor. A constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet. *In*: Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto. (Org.). *Supremo 4.0:* Constituição e tecnologia em pauta. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, v. , p. 109. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/supremo-40-constituicao-e-tecnologia-em-pauta/1540353310. Acesso em: 24 de jul. de 2023.

37. TEFFÉ, Chiara Spadaccini; SOUZA, Carlos Affonso. *Responsabilidade civil de provedores na rede:* análise da aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça. *Ob. cit*, p. 12.

38. LEMOS, Ronaldo; ARCHEGAS, João Victor. A constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet. *In*: Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto. (Org.). *Supremo 4.0:* Constituição e tecnologia em pauta. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, v. , p. 109. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/supremo-40-constituicao-e-tecnologia-em-pauta/1540353310. Acesso em: 24 de jul. de 2023.

Teffé e Souza vão no mesmo sentido[39]. Entendem que um sistema que promovesse a responsabilidade de provedores impediria com que negócios em potencial fossem levados adiante, em razão do risco e imprevisibilidade[40] de responsabilização[41].

Esta é a visão geral dos argumentos favoráveis ao art. 19 do MCI. Vale ressalvar que, apesar de estar presente neste grupo, Teffé traz um questionamento que representa uma ponderação em sua posição. A autora entende que a internet pode viabilizar uma série de danos à personalidade humana, motivo pelo qual questiona se não seria o caso de o art. 19 estabelecer um rol maior de exceções, além das já previstas no parágrafo segundo do art. 19, bem como no art. 21 do MCI[42], visão corroborada também por Souza[43]. Fechada esta seção, vamos, então, aos argumentos contrários ao art. 19.

2.2.2 Eixo 2: inconstitucionalidade do art. 19

Para Schreiber, o art. 19 estabelece uma defesa robusta para as empresas que operam em plataformas de redes sociais, ao mesmo tempo em que diminui o nível de amparo que anteriormente era estabelecido pela jurisprudência brasileira para os usuários da internet[44]. Além disso, o autor também considera o dispositivo inconstitucional, com base em argumentos que serão desenvolvidos a seguir[45].

A imposição de qualquer restrição à proteção de direitos fundamentais pelo legislador infraconstitucional não pode ser aceita[46]. Para o autor, a necessidade de a vítima ajuizar a ação judicial para obtenção de reparação por um dano representa um ônus e não uma simples proteção que visa resguardar

39. TEFFÉ, Chiara Spadaccini; SOUZA, Carlos Affonso. *Responsabilidade civil de provedores na rede:* análise da aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça. *Ob. cit*, p. 12.

40. TEFFÉ, Chiara Spadaccini. A responsabilidade civil do provedor de aplicações de internet pelos danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros de acordo com o Marco Civil da Internet. *Revista Fórum de Direito Civil - RFDC*, 2015. v. 4, p. 89.

41. TEFFÉ, C. A. S.; SOUZA, C. A. P. Responsabilidade civil de provedores na rede: análise da aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça. *Revista IBERC*, 2018. v. 1, p. 7.

42. TEFFÉ, Chiara Spadaccini. A responsabilidade civil do provedor de aplicações de internet pelos danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros de acordo com o Marco Civil da Internet. *Revista Fórum de Direito Civil - RFDC*, 2015. v. 4, p. 94.

43. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso. Moderação de Conteúdo e Responsabilidade Civil em plataformas digitais: um olhar sobre as experiências brasileira, estadunidense e europeia. *In*: Joyceane Bezerra de Menezes, Fernanda Nunes Barbosa. (Org.). *A prioridade da pessoa humana no Direito Civil-Constitucional:* estudos em homenagem a Maria Celina Bodin de Moraes. 1ed.: Foco, 2024, p. 42.

44. SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A responsabilidade civil por danos derivados do conteúdo gerado por terceiro. *In*: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira. *Direito e Internet III:* Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014, Tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 12.

45. SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A responsabilidade civil por danos derivados do conteúdo gerado por terceiro. *Ob. cit.*, p. 15.

46. SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A responsabilidade civil por danos derivados do conteúdo gerado por terceiro. *Ob. cit.*, p. 16.

direitos da plataforma de rede social[47]. A garantia de se poder acessar Poder Judiciário não deve ser lida como um dever; contudo, através do art. 19, adquire esta denotação e passa a ser um dever da vítima[48].

Quinelato, por sua vez, critica o art. 19 do Marco Civil da Internet, apontando quatro equívocos de sua concepção, incluindo a priorização da liberdade de expressão, a exigência de ordem judicial para remoção de conteúdos ofensivos e a discricionariedade técnica concedida aos provedores. Além disso, destaca que o dispositivo promove violações aos princípios constitucionais de reparação integral, dignidade da pessoa humana e livre acesso à justiça. Essa crítica se baseia nos argumentos de Schreiber sobre a primazia do direito patrimonial em detrimento dos direitos humanos[49]. A seguir, apresentamos o resumo dos argumentos apresentados por estes autores:

privilégio da liberdade de expressão: este direito fundamental acaba prevalecendo em relação a outros direitos também previstos no art. 5º, como a dignidade da pessoa humana[50]. Quinelato pondera que doutrina e jurisprudência (do STF, inclusive) entendem que não há uma hierarquia entre princípios. Assim, ao privilegiar a liberdade de expressão, o MCI estaria deixando de lado outros direitos fundamentais[51].

privilégio de direitos autorais patrimoniais sobre a dignidade humana: a regra geral do regime proposto pelo art. 19 do MCI tem como uma das suas exceções direitos de autor patrimoniais. Uma vez violados, aplica-se o regime de responsabilidade civil geral. Logo, o dever de retirada vem com a notificação extrajudicial. Quinelato, baseando-se na crítica de Schreiber, assinala que o MCI promove uma inversão axiológica neste sentido. Na realidade, direitos da personalidade deveriam apresentar prioridade em detrimento dos direitos de autor patrimoniais, tendo em vista sua proteção prevista no art. 1º, inciso III da CR/88[52].

47. "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito." BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Artigo 5º, Inciso XXXV. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 jan. 2024.

48. SCHREIBER, Anderson. *Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A responsabilidade civil por danos derivados do conteúdo gerado por terceiro. Ob. cit.*, pp. 16 e 17.

49. QUEIROZ, João Quinelato. *A responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros: análise na perspectiva civil-constitucional.* 2018. 121 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 48.

50. QUEIROZ, João Quinelato. *A responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. ob. cit*. pp. 48 a 50.

51. QUEIROZ, João Quinelato. *A responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. ob. cit*., p. 49.

52. BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana.* Uma leitura civil constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 182 *apud* QUEIROZ, João Quinelato. *A responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros: análise na perspectiva civil-constitucional.* 2018. 121 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 68.

necessidade de ordem judicial: o problema aqui está na ineficiência dos tribunais brasileiros. De acordo com Quinelato, existe uma disparidade evidente entre a rapidez com que informações caluniosas circulam na internet e a habitual lentidão das demandas judiciais. Mesmo com a opção de ajuizar tais demandas em juizados especiais cíveis, conforme previsto no § 3º do art. 19 do MCI, esse descompasso ainda persiste e está longe de ser resolvido por essa alternativa processual.

No mais, além da questão tempo, a necessidade de ordem judicial vem atrelada a outras dificuldades, de acordo com o autor. Trata-se de uma opção que deixa de abranger indivíduos que não têm meios para obter assistência jurídica[53]. Enquanto se aguarda uma decisão judicial, é possível que o objeto da ação perca seu objeto (evitar a disseminação de um conteúdo).

identificação clara e específica: o parágrafo primeiro do art. 19 estabelece a necessidade de identificação clara e específica, uma exigência reforçada pela jurisprudência, incluindo a obrigação de indicação específica da URL, o que torna mais complexa a análise rápida das solicitações. Porém, quando se trata de direitos da personalidade, é possível que o conteúdo ofensivo se espalhe por vários locais dentro da plataforma do provedor. Exigir todos os links afasta a vítima da possibilidade de acessar o mecanismo que permitiria interromper a situação que a está prejudicando[54].

o limite das capacidades técnicas do provedor: a lei delimita a responsabilidade ao estipular que os provedores têm obrigação somente até o limite de suas capacidades técnicas. Para Quinelato, essa provisão faria sentido se existisse uma real comprovação de dificuldades técnicas para a remoção dos conteúdos, evitando assim ordens judiciais impraticáveis. No entanto, isso não é o que se observa diante dos avanços tecnológicos atuais.

O autor pontua que isso representa mais uma vez uma concessão significativa de discricionariedade aos provedores de aplicação. Isto vai de encontro à busca por fomentar com que as ferramentas sejam eficazes para prevenir e compensar os danos causados pelas circulações de conteúdos ofensivos na internet[55].

sem incentivo a um dever de diligência pelas plataformas: o art. 19 e sua

53. QUEIROZ, João Quinelato. *A responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros: análise na perspectiva civil-constitucional.* 2018. 121 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 54.

54. QUEIROZ, João Quinelato. *A responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. ob. cit.*, pp. 61-62.

55. QUEIROZ, João Quinelato. *A responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. ob. cit.*, pp. 59-60.

responsabilidade subjetiva não encorajam o provedor a cumprir um dever de diligência, como estabelecido pelo art. 942 do Código Civil até a implantação do MCI, junto com a jurisprudência predominante do STJ naquela época. Esse novo sistema, portanto, poderia facilitar a ocorrência de atos ilícitos.

Compreendidas as críticas sobre a constitucionalidade do art. 19, vamos, então, entrar especificamente no tema da proteção à criança e ao adolescente.

2.3. A proteção de crianças e adolescentes na Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente

Considera-se criança a pessoa de doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e menos de dezoito anos de idade (art. 2º, ECA). Crianças e adolescentes têm proteção expressa na Constituição, que estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227).

Este dispositivo é reiterado através do ECA. Por exemplo, o art. 3º, em resumo, prevê que crianças e adolescentes também são sujeitos de direitos fundamentais previstos na Constituição, sendo-lhes assegurado desenvolvimento digno. Os arts. 4º, 18 e 70, por sua vez, reforçam que o compromisso de proteção à criança e ao adolescente é de todos. O art. 4º cita nominalmente: família, comunidade, sociedade em geral e do poder público.

Também no ECA, o art. 71 prevê que a criança e o adolescente têm direito à informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Por fim, a Convenção sobre os Direitos das Crianças da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 99.710 de 21/1990, introduziu em nosso ordenamento a doutrina da proteção integral. Essa abordagem implica que os direitos de todas as crianças e adolescentes apresentam características específicas devido à sua condição singular como indivíduos em desenvolvimento[56].

56. PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da Criança e do Adolescente. Uma proposta interdisciplinar. São Paulo: Renovar, 1996. p. 25. *apud* PEREIRA, F. Q.; LARA, M. A. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação por conteúdo envolvendo crianças e adolescentes: análise do REsp. n. 1.783.269/MG. *Civilistica.com*, v. 11, n. 3, 26 dez. 2022. p. 7.

Diante disso, é pertinente compreender como as normas de proteção à criança e ao adolescente se relacionam com o regime de responsabilidade previsto no art. 19 do MCI. Isto foi discutido no REsp 1.783.269, que abordaremos a seguir.

3. Recurso Especial 1.783.269

Em setembro de 2014, uma foto contendo a imagem de [G.D.] e de [G.O.D], menor, foi publicada em rede social, com a seguinte legenda: "Atenção comunicado urgente cuidado com esse homem ele é pedófilo estuprou a própria sobrinha se alguém o ver denuncie ele é perigoso seu nome é [G.D.] não deixe seus filhos perto dele"[57]. Após identificação do autor da publicação, [G.D.] denunciou o conteúdo à plataforma. Em resposta, o provedor informou que a publicação não violava suas políticas. Assim, [G.D.] ajuizou ação pedindo a remoção do conteúdo e indenização por danos morais.

Condenada em primeira e segunda instâncias ao pagamento de indenização de R$ 60.000,00 (a serem divididos igualmente entre [G.D.] e [G.O.D]) por não ter removido o conteúdo e colocado os autores em situação vexatória, a plataforma apresentou recurso, julgado pela Quarta Turma do STJ em dezembro de 2021[58]. Argumentou pela inexistência de ato ilícito na não retirada de conteúdo ofensivo a menor de idade diante de uma notificação extrajudicial do representante do ofendido, fundada no art. 19 do MCI[59]. Portanto, não haveria o ilícito alegado com base no art. 14, parágrafo primeiro, do CDC e nos arts. 186 e 927 do Código Civil[60].

A decisão foi fundamentada nos arts. 17[61] e 18[62] do ECA, no art. 227 da Constituição[63] e nos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança[64]. A partir deles, o Ministro Antonio Carlos Ferreira, relator do caso, entendeu que:

> (...) há uma imposição legal, com eficácia *erga omnes*, determinando não apenas que se respeite a integridade física, psíquica e mo-

57. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Julgamento do Recurso Especial 1.783.269/MG. *Diário de Justiça Eletrônico*, 18 de fev. de 2022. p. 6.

58. *Ibidem*, p. 2.

59. *Ibidem*, p. 16.

60. *Ibidem*, p. 4.

61. *Ibidem*, p. 10.

62. *Ibidem*, p. 11.

63. *Ibidem*.

64. *Ibidem*, pp. 12 e 13.

> ral da criança e do adolescente, mas prevendo uma obrigação de agir, direcionada a todos da sociedade (...) na medida do razoável e do possível[65].

Vale também dizer que, no caso em específico, foi considerado que o provedor teria meios de tomar providências para minimizar os efeitos o ato danoso praticado pelo usuário e, portanto, tais providências seriam consideradas um dever[66].

Diante disso, entendeu-se que o ECA é uma norma especial, devendo prevalecer à regra geral do MCI[67]. Seria insuficiente aplicar de forma isolada o art. 19 do MCI. Interpretado em conjunto com o art. 5º, X, da Constituição, este dispositivo não impede que o provedor seja responsabilizado[68].

No mais, o ministro Raul Araújo, acompanhado pela ministra Maria Isabel Gallotti, entende que o art. 19 do MCI deve ser aplicado como regra e pontua que haverá casos em que o conteúdo terá utilidade pública. Assim, será possível que a corte chegue a um entendimento diferente em casos semelhantes que venham a ser julgados no futuro[69]. Gallotti acrescenta que a decisão da corte não deve ser interpretada como o entendimento do STJ pela inconstitucionalidade do art. 19 do MCI e que a interpretação da decisão deverá ser aplicada mediante a análise do caso concreto. No caso julgado, haveria a configuração de situação muito grave, uma vez que a imagem retratava o menor em situação constrangedora[70].

Esta decisão tem recebido reações positivas na literatura. Pedra e Flod, por exemplo, entendem que a decisão foi correta: "ao garantir o dever de proteção da dignidade dos menores de idade, o Marco Civil da Internet não deve ser utilizado com razão suficiente para afastar a responsabilidade do provedor (...)"[71].

Pereira e Lara, por sua vez, entendem que se deve conferir tratamento diferenciado para os casos que envolvam desrespeito a direitos de crianças e adolescentes. Como regra, deve-se aplicar o art. 19; contudo, quando houver

65. *Ibidem*, p. 11.

66. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Julgamento do Recurso Especial 1.783.269/MG. *Diário de Justiça Eletrônico*, 18 de fev. de 2022. p. 1.

67. *Ibidem*, p. 12.

68. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Julgamento do Recurso Especial 1.783.269/MG. *Diário de Justiça Eletrônico*, 18 de fev. de 2022. p. 12.

69. *Ibidem*, p. 20.

70. *Ibidem*, p. 17.

71. PEDRA, Adriano Sant'ana; FIOD, Miguel Dunshee de Abranches. Violência digital e o dever fundamental de proteção de crianças e adolescentes: o julgamento do Recurso Especial no 1.783.269/MG no Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Direito Civil* – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 32, n. 1, p. 165.

violação de direitos de crianças e adolescentes, o endereçamento pode ser diferente e deve levar em conta, com prioridade, o princípio do melhor interesse dos menores, para que sejam protegidos de forma integral[72].

Tendo em vista o entendimento do STJ e da doutrina sobre o tema, passamos à análise focada em instâncias inferiores, checando como essa discussão tem sido desenvolvida nestas esferas.

4. Discussão: decisões de tribunais de justiça brasileiros

Os 14 processos e suas respectivas decisões serão apresentadas a seguir, organizadas de acordo com seu resultado. Em alguns casos, o provedor é responsabilizado pelo conteúdo de usuário que violou direitos dos menores (4 casos). Em outros casos, optou-se pela aplicação literal do art. 19 (5 casos). Os demais não são enquadráveis nestas duas categorias e, portanto, serão apresentados em uma terceira seção.

4.1. Responsabilização de provedores

No primeiro grupo, 3 das 4 decisões tratam de fatos que envolvem o uso de imagem, mesmo objeto da discussão do Recurso Especial 1.783.269. Em 1 das decisões, em sede de Apelação Cível 00015901620208173250, a responsabilização do provedor se deu em razão de dois motivos. Primeiro, porque os menores foram expostos a situação vexatória em razão de fotos e ofensas publicadas em perfil falso para atacar sua genitora – destaque-se que, neste caso, o constrangimento foi suficiente para a responsabilização, não tendo sido necessário o uso da imagem em si:

> É fato que em relação a autora houve a exposição a sua imagem com a devida lesão a direitos personalíssimos e, em relação aos seus filhos, embora não tenha havido exposição de imagens fotográficas dos mesmos, houve exposição a uma situação vexatória[73]. (grifos nossos)

O segundo motivo, foi a ausência de identificação da autoria do perfil falso: “não havendo identificação da origem daquele que, efetivamente, criou o perfil falso não há como eximir empresa ré da responsabilidade direta pelos

72. PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação por conteúdo envolvendo crianças e adolescentes: análise do REsp. n. 1.783.269/MG. *Civilistica.com.* Rio de Janeiro, a. 11, n. 3, 2022. p. 9. Disponível em: http://civilistica.com/a-responsabilidade-civil-dos-provedores/. Acesso em: 6 de jan. de 2024.

73. BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Acórdão: 00015901620208173250. Relator: Demócrito Ramos Reinaldo Filho, Data de Julgamento: 22 de jun. de 2022.

danos”[74]. Neste caso, é possível interpretar da decisão a preocupação com a reparação efetiva do dano, já que o autor do conteúdo não pôde ser identificado e o ordenamento estabelece que a proteção do menor é um dever de todos.

No mais, vale destacar que a sentença n. 0135075-45.2015.8.13.0261[75] (mantida em segundo grau) [76], apesar de ter responsabilizado o provedor, não é fundamentada por normas de proteção à criança. O entendimento do magistrado foi no sentido de que: “Enquanto provedor de conteúdo, (...) é responsável, de forma solidária, pela manutenção de perfil falso contra terceiro, após denúncia” [77]. Apesar de o provedor ter apresentado defesa com base no art. 19 do MCI e de a violação ter ocorrido em outubro de 2015, o magistrado não chegou a fundamentar de forma direta o motivo de o dispositivo não ser aplicável.

Mais recentemente, em 2022, foram identificados os julgamentos de dois casos envolvendo o uso desautorizado de imagem de menor. Em ambos os casos, o provedor foi responsabilizado por conteúdo de usuário contendo a imagem de menor de idade, com base no REsp 1.783.269. Contudo, trazem fundamentações complementares diferentes. Na Apelação 1001717-31.2022.8.26.0011[78], foram utilizados os arts. 4º e 5º do ECA e, na Apelação 5002991-85.2021.8.21.3001[79], foi aplicado o art. 21 do MCI ao caso, de forma análoga.

4.2. Provedores não responsabilizados

Já no grupo em que os provedores não foram responsabilizados pela violação de direito do menor por conteúdo de usuário, foi possível identificar casos que poderiam ser juridicamente entendidos como mais graves do que os do primeiro grupo e, ainda assim, a decisão foi no sentido da não responsabilização.

Um primeiro exemplo é discutido na Apelação 0156761-61.2017.8.19.0001. Neste caso, foram utilizadas sem autorização fotos de adolescente de 15 anos, bem como diversos conteúdos ofensivos foram direcionados a ele, numa lógi-

74. *Ibidem.*

75. BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo: 0135075-45.2015.8.13.0261. Relator: Rafael Guimarães Carneiro, Data de Julgamento: 03 de fev. de 2017.

76. BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão: 0135075-45.2015.8.13.0261. Comarca de Formiga. Relator: Desembargador Alberto Diniz Junior, Data de Julgamento: 31 de jan. de 2018.

77. BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo: 0135075-45.2015.8.13.0261. Relator: Rafael Guimarães Carneiro, Data de Julgamento: 03 de fev. de 2017.

78. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão: 10017173120228260011. Relator: Christiano Jorge, Data de Julgamento: 18 de out. de 2022.

79. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Acórdão: 50029918520218213001. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Data de Julgamento: 27 de out. de 2022.

ca de *cyberbullying*, o que incluiu ameaças de morte ao menor.

A sentença em primeiro grau responsabilizou o provedor, condenando-o ao pagamento de indenização ao menor, bem como à publicação da sentença na plataforma do provedor de aplicação para "ressaltar o tema da proteção a crianças e adolescentes"[80]. Contudo, a decisão foi reformada para apenas ratificar o pedido de antecipação de tutela para retirada dos conteúdos ofensivos da plataforma. De resto, os demais pedidos foram considerados improcedentes e, o provedor de aplicação, considerado não responsável pelos conteúdos de seus usuários, em razão da aplicação literal do art. 19 do MCI. A decisão afirma ainda que a "invocação da tutela jurisdicional deve, assim, ser dirigida contra aquele ou aqueles que praticaram crimes contra a honra, ameaças etc., ou, de qualquer outra forma, ultrapassaram os limites da legalidade"[81].

Vale notar que a decisão não faz qualquer menção a dispositivos legais ou princípios de proteção à criança e ao adolescente, ainda que proferida em 29/03/2023, posteriormente ao REsp 1.783.269 e o informativo 723 (respectivamente, de 21/12/2021 e 7/02/2022)[82].

No mais, chama a atenção o fato de as providências para interrupção da prática de *cyberbullying* contra o menor terem iniciado em 2017, quando a mãe do menor procurou a Delegacia da Criança e do Adolescente e ano em que o processo foi ajuizado. Mais uma vez, observa-se que o acórdão é de 29/03/2023. Entre o início da ação e sua última decisão, foram pelo menos 6 anos para, ao final, ter-se como resultado a ausência de reparação ao ofendido e a indicação de que o pedido de responsabilização deve ser direcionado aos autores do conteúdo violador. Neste caso, o percurso seria novamente iniciado, levando possivelmente anos para a definição de eventual reparação.

A Apelação 0016539-72.2017.8.16.0083, por sua vez, discute caso de duas crianças abordadas por policiais:

> o vídeo publicado demonstra os Requerentes, G. que na época estava com 11 (onze) e G. com 09 (nove) anos, sendo abordados por Policiais Militares, por supostamente terem passado "trote" telefônico de um orelhão público à polícia, sendo a diligência filmada

80. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação: 01567616120178190001 202200152881. Relator: Desembargador(a) MARCOS ANDRE CHUT. Data de Julgamento: 29 de mar. de 2023.

81. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação: 01567616120178190001 202200152881. Relator: Desembargador(a) MARCOS ANDRE CHUT. Data de Julgamento: 29 de mar. de 2023.

82. Esta observação não pretende fazer uma crítica técnica à decisão pela divergência, tendo em vista que o REsp 1.783.269 não consiste em recurso repetitivo (conforme definido pelo art. 1.039 da Lei n. 13.105/2015, CPC). Contudo, o CPC estabelece que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926), criando-se uma expectativa razoável de que decisões que contrariem o estabelecido no REsp 1.783.269 ao menos dialoguem com este precedente em sua fundamentação.

> pelos próprios servidores públicos que utilizaram um aparelho celular. (...) no vídeo os infantes sofrem grande abalo emocional ao ser lhes dado voz de prisão pelos policiais militares, em contexto de zombaria pelos policiais. (...) o vídeo fora publicado na internet, meio ao Youtube[83]. (grifos nossos)

A decisão em primeiro grau determinou que as plataformas requeridas na ação retirassem de forma definitiva o vídeo das URLs apresentadas pelos autores da ação. Contudo, tendo em vista que o conteúdo teve repercussão nacional e que os requerentes não foram capazes de identificar de forma exaustiva as URLs em que o vídeo se encontrava, apresentou-se apelação para questionamento da sentença.

Em resumo, o pedido dos autores pontuava que o vídeo em questão causava aos menores grande constrangimento e contrariavam as normas de proteção à criança. Assim, requereu-se sua retirada e a condenação das plataformas ao pagamento de danos morais. O pedido foi indeferido pelo magistrado, tendo em vista a especificidade do art. 19 do MCI, bem como jurisprudência do STJ sobre o tema: "Conforme já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, é imprescindível o fornecimento de localizador URL para a possibilidade de remoção de conteúdo, sendo caráter obrigatório para tal obrigação"[84].

Verifica-se aqui a crítica de Quinelato em relação à obrigação de identificação clara e específica do conteúdo e como, na prática, isto de fato pode afastar a vítima da possibilidade de acessar o mecanismo que permitiria interromper a situação que a está prejudicando.

Por fim, nos demais três casos, não houve responsabilização do provedor. Contudo, os processos traziam como parte o autor do conteúdo infrator veiculado na plataforma[85].

4.3. Para além do resultado

Alguns casos resultam na não responsabilização dos provedores, mas analisando o conteúdo das decisões com mais profundidade, foi possível identificar posicionamentos relevantes dos magistrados.

83. BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Processo: 0016539-72.2017.8.16.0083. Relator: Juiz Jefferson Alberto Johnsson. Data de Julgamento: 16 de jul. de 2019.

84. BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Processo: 0016539-72.2017.8.16.0083. Relator: Juiz Jefferson Alberto Johnsson. Data de Julgamento: 16 de jul. de 2019.

85. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo: 0175530-49.2019.8.19.0001. Relator: Des(a). MARIA HELENA PINTO MACHADO, Data de Julgamento: 07 de dez. de 2021.; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo: 5005664-06.2016.8.21.0001. Relatora: Eliziana da Silveira Perez, Data de Julgamento: 27 de maio de 2021.; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo: 1004538-91.2019.8.26.0082. Juíza: HELOISA HELENA FRANCHI NOGUEIRA LUCAS. Data de Julgamento: 30 de set. de 2022.

A Apelação n. 0209254-15.2017.8.19.0001 traz novamente o uso da imagem de menor em abordagem policial vexatória e, como resultado, a ausência de responsabilização do provedor de aplicação. Contudo, a decisão nos leva a entender que, caso houvesse prova da notificação extrajudicial para retirada, a decisão seria diferente, responsabilizando o provedor: a "responsabilidade subjetiva e solidária do provedor de aplicações configura-se quando, apesar de devidamente comunicado sobre o ilícito, não atua de forma ágil e diligente para providenciar a exclusão do material contestado ou não adota as providências tecnicamente possíveis (...)[86].

Em contrapartida, no Cumprimento de Sentença n. 0837578-71.2017.8.20.5001, o provedor de aplicação não foi responsabilizado por conteúdo vexatório, sob o argumento da aplicação literal do art. 19 do MCI, ressaltando a relatora, inclusive, que a notificação extrajudicial para retirada do conteúdo seria irrelevante para a responsabilização do provedor[87].

No sentido contrário, na Apelação n. 0026313-29.2019.8.19.0001, também se discute o uso de "imagens que expõem adolescentes apreendidos pela prática de ato infracional em página da rede social"[88]. Neste caso, o provedor de aplicação também não foi responsabilizado por conteúdo de usuário. Contudo, o magistrado cita o REsp 1.783.269, posicionando-se favorável à responsabilidade estabelecida na referida decisão, mas ressalta que a ausência de responsabilização se deu por não haver provas de que o provedor tenha sido **notificado extrajudicialmente** para retirada do conteúdo.

Assim, temos posicionamentos divergentes do judiciário quanto a uma mesma questão – nos três casos acima, a relevância da notificação extrajudicial como termo inicial da responsabilidade do provedor. Isto acaba trazendo insegurança jurídica àqueles que pretendem buscar reparação a danos que tenham eventualmente sofrido. Para além de anos de espera, não se sabe qual será o resultado.

Na Apelação n. 1008331-69.2022.8.26.0361, o provedor também não é responsabilizado. Neste caso, a ação resultou em reparação do dano, apesar disto, porque a autora da ofensa também constava como parte do processo e foi condenada ao pagamento de indenização à ofendida. Contudo, apesar de

86. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo: 0209254-15.2017.8.19.0001. Relator: Des(a). JOÃO BATISTA DAMASCENO. Data de Julgamento: 15 de set. de 2021.

87. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Cumprimento de Sentença: 0837578-71.2017.8.20.5001. Relatora: Juíza Thereza Cristina Costa Rocha Gomes. Data de Julgamento: 17 de jan. de 2020.

88. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação: 00263132920198190001 202200180657. Relator: Des(a). MÔNICA DE FARIA SARDAS. Data de Julgamento: 13 de abr. de 2023.

reconhecer pela aplicação do art. 19 do MCI, o magistrado faz **críticas ao regime estabelecido no dispositivo**:

> (...) as exigências para responsabilização dos provedores pela Lei 12.965/14 divergem do restante do ordenamento. Ao tornar insuficiente a mera comunicação com o provedor, a tutela dos direitos personalíssimos torna-se desnecessariamente lenta e custosa. No cenário virtual, a cada segundo o potencial de divulgação do conteúdo é exponencialmente ampliado. Assim, ainda que ajam com negligência ou má-fé, os provedores isentam-se de qualquer responsabilidade caso a parte lesada não apresente ordem judicial. E ainda que apresente, não respondem pelos danos gerados pelo custo marginal desta operação. Na prática, o artigo 19, **ao mesmo tempo que vai no sentido contrário da celeridade processual, propicia a potencialidade do dano sofrido ou potencial**. Malgrado as ponderações feitas, fato é que a função do intérprete é fazer valer a letra da lei[89](grifos nossos).

Por fim, a última decisão mapeada traz novamente um caso de violência policial, mas desta vez envolvendo tortura física de um menor:

> (...) **imagens e sons** de adolescente envolvido em ato infracional, o qual **sofre tortura** (...) **seu rosto aparece em destaque**, em **postagem visualizada mais de dez mil veze**s através dos serviços mantidos pela representada[90]. (grifos nossos)

Chama a atenção neste caso a divergência entre as decisões proferidas em primeira e segunda instâncias. Inicialmente fora determinado o fornecimento de dados de usuários supostamente autores da publicação, incluindo coordenadas geográficas das dez últimas localizações registradas, a remoção dos conteúdos identificados por URL no processo e a realização de o monitoramento dos seus servidores para que os conteúdos violadores não fossem novamente veiculados.

Contudo, em segunda instância, a decisão foi reformada. Determinou que o provedor removesse novas postagens do vídeo em questão, desde que previamente notificado e houvesse identificação clara do conteúdo a ser removido, refletindo o art. 19 do MCI[91].

89. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão: 10083316920228260361. Relator: Wilson Lisboa Ribeiro. Data de Julgamento: 03 de jul. de 2023.

90. BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. Agravo de Instrumento: 8032257-92.2021.8.05.0000. Relatora: Sílvia Carneiro Santos Zarif. Primeira Câmara Cível. Data de Julgamento: 22 de fev. de 2022.

91. *Ibidem.*

Considerações finais

A discussão sobre qual é o melhor regime de responsabilização de provedores é bastante complexa. Olhando para os dois eixos apresentados neste artigo, é possível identificar em ambos os lados argumentos razoáveis e amparados por dispositivos constitucionais. Portanto, vale buscarmos respostas na análise de como a aplicação deste artigo ocorre na prática e quais são as consequências para a vítima das publicações, uma vez aplicado o dispositivo.

Após analisadas as decisões, observou-se ausência de uniformidade entre elas, sem ser possível traçar uma evolução lógica ao longo do tempo. Há decisões apresentando entendimento para os dois lados. Algumas, entendem que provedores de aplicação são responsáveis pela violação de direitos de crianças e adolescentes, promovida por seus usuários. Outras, entendem que não ou sequer discutem a tutela destes direitos. Para ilustrar, nos casos envolvendo abordagem policial vexatória, cada caso trouxe um resultado específico, diferentes entre si[92].

Este cenário acaba por gerar insegurança jurídica e imprevisibilidade à tutela de direitos dos menores. Não há um caminho claro que, uma vez seguido, garanta ao menor a tutela de seus direitos.

Analisando-as da perspectiva da proteção da criança e do adolescente, é possível afirmar que a aplicação do art. 19 do MCI pode gerar, ao menos em alguma medida, a ausência de reparação de danos ou uma reparação ineficiente. Pelas decisões, é possível verificar a configuração das críticas de Schreiber e Quinelato. Por exemplo, a identificação clara e específica e o limite das capacidades técnicas do provedor representaram no caso concreto obstáculos à reparação efetiva do dano. Isto fica evidente quando a conclusão do processo é no sentido de que outros vídeos identificados serão excluídos, mas outros que não tenham sido identificados continuarão circulando, reverberando os danos, e serão removidos somente se e quando identificados[93].

Estes resultados apenas reforçam a relevância de se estudar com profundidade, considerando segmentos e vulnerabilidades específicas, o sistema de responsabilidade civil de provedores estabelecido no art. 19 do MCI.

Como Chiara de Teffé já ponderava em 2015[94], confirmando seu posicionamento junto a Souza anos depois, em 2024, talvez o rol de exceções à regra

92. A exemplo das contradições identificadas e explicadas no item 4.3, em relação aos processos 0209254-15.2017.8.19.0001, 0026313-29.2019.8.19.0001 e 8032257-92.2021.8.05.0000.

93. A exemplo do processo 8032257-92.2021.8.05.0000.

94. TEFFÉ, Chiara Spadaccini. A responsabilidade civil do provedor de aplicações de internet pelos danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros de acordo com o Marco Civil da Internet. *Revista Fórum de Direito Civil - RFDC*, 2015. v. 4, p. 94.

do art. 19 possa ser repensado, considerando outras situações de vulnerabilidade que a prática e a observação da aplicação deste regime vêm mostrando. O desafio não é fácil, cabendo o aprofundamento contínuo de estudos que olhem para a incidência deste regime em recortes específicos.

Referências

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. Pesquisas em Processos Judiciais. *In:* MACHADO, Maíra Rocha; REED, Rede de Pesquisa Empírica em Direito. (Org.). *Pesquisar Empiricamente o Direito.* 1. ed. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 274-319.

BODIN DE MORAES, M. C. *Danos à pessoa humana.* Uma leitura civil constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Artigo 5º, Inciso XXXV. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 jan. 2024.

BRASIL. *Portaria do Ministro n. 351/2023.* Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública. 12 de abr. de 2023. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/categorias-de-publicacoes/portarias/portaria-do-ministro_plataformas.pdf/view. Acesso em: 6 de dez. de 2023.

BRASIL. Relatório final dos trabalhos da comissão de juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Brasília, DF: Senado Federal. 2024. p. 246. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2630. Acesso em 4 de Maio de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo de Jurisprudência n. 723.* ref. REsp 1.783.269-MG, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em: 14 de dez. de /2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/. Acesso em: 14 de jan. de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Julgamento do Recurso Especial 1.783.269/MG. *Diário de Justiça Eletrônico*, 18 de fev. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 987: Discussão sobre a constitucionalidade do art. 19* da Lei n. 12.965/2014. Relator(a): MIN. DIAS TOFFOLI. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5160549&numeroProcesso=1037396&classeProcesso=RE&numeroTema=987. Acesso em: 6 de dez. de 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. Agravo de Instrumento: 8032257-92.2021.8.05.0000. Relatora: Silvia Carneiro Santos Zarif. Primeira Câmara Cível. Data de Julgamento: 22 de fev. de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo: 0135075-45.2015.8.13.0261. Relator: Rafael Guimarães Carneiro. Data de Julgamento: 03 de fev. de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Acórdão: 0135075-45.2015.8.13.0261. Comarca de Formiga. Relator: Desembargador Alberto Diniz Junior. Data de Julgamento: 31 de jan. de 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Processo: 0016539-72.2017.8.16.0083. Relator: Juiz Jefferson Alberto Johnsson. Data de Julgamento: 16 de jul. de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Acórdão: 00015901620208173250. Relator: Demócrito Ramos Reinaldo Filho. Data de Julgamento: 22 de jun. de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação: 00263132920198190001 202200180657. Relator: Desembargador(a) MÔNICA DE FARIA SARDAS. Data de Julgamento: 13 de abr. de 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo: 01567616120178190001 202200152881. Relator: Desembargador(a) MARCOS ANDRÉ CHUT. Data de Julgamento: 29 de mar. de 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo: 0209254-15.2017.8.19.0001. Relator: Des(a). JOÃO BATISTA DAMASCENO. Data de Julgamento: 15 de set. de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo: 0175530-49.2019.8.19.0001. Relator: Des(a). MARIA HELENA PINTO MACHADO. Data de Julgamento: 07 de dez. de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão: 50029918520218213001. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Data de Julgamento: 27 de out. de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Cumprimento de Sentença: 0837578-71.2017.8.20.5001. Relatora: Juíza Thereza Cristina Costa Rocha Gomes. Data de Julgamento: 17 de jan. de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo: 5005664-06.2016.8.21.0001. Relatora: Eliziana da Silveira Perez. Data de Julgamento: 27 de maio de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão: 10083316920228260361. Relator: Wilson Lisboa Ribeiro. Data de Julgamento: 03 de jul. de 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão: 10017173120228260011. Relator: Christiano Jorge. Data de Julgamento: 18 de out. de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo: 1004538-91.2019.8.26.0082. Juíza: HELOISA HELENA FRANCHI NOGUEIRA LUCAS. Data de Julgamento: 30 de set. de 2022.

BRITO, Karina Grüber Ribeiro, et. al. A utilização do Jusbrasil como ferramenta pedagógica para promoção da atualização jurisprudencial dos profissionais do Direito. *Revista Tecnologias na Educação,* Ano 10, Número/vol.27, novembro/2018. Disponível em: Art14.Vol27-Ed.TemáticaIX-Nov-2018 (tecedu.pro.br). Acesso em: 14 de jan. de 2024.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Marco Civil da Internet e direito autoral: responsabilidade civil dos provedores de conteúdo. *In*: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. (Org.). *Direito & Internet III*: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). 1.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 321-339.

INSTITUTO DE PESQUISA EM DIREITO E TECNOLOGIA DO RECIFE. *Análise dos projetos de lei da câmara dos deputados que incidem sobre o Marco Civil da Internet.* 2024. 45p. Disponível em: https://ip.rec.br/wp-content/uploads/2024/04/Analise-do-Projetos-de-Lei-da-Camara-dos-Deputados-que-incidem-sobre-o-Marco-Civil-da-Internet-1.pdf. Acesso em: 11 de maio de 2024.

LEMOS, Ronaldo; ARCHEGAS, João Victor. A constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet. In: Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto. (Org.). *Supremo 4.0:* Constituição e tecnologia em pauta. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, v. , p. 109. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/supremo-40-constituicao-e-tecnologia-em-pauta/1540353310. Acesso em: 24 de jul. de 2023.

MORAES, Roque. Análise de conteúdo. *Revista Educação,* Porto Alegre, 1999. v. 22, n. 37, p. 7-32. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4125089/mod_resource/content/1/Roque-Moraes_Analise%20de%20conteudo-1999.pdf. Acesso em 26 de dez. de 2023.

PEDRA, Adriano Sant'ana; FIOD, Miguel Dunshee de Abranches. Violência digital e o dever fundamental de proteção de crianças e adolescentes: o julgamento do Recurso Especial no 1.783.269/MG no Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Direito Civil* – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 32, n. 1, p. 151-167.

PEREIRA, Fabio Queiroz; LARA, Mariana Alves. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação por conteúdo envolvendo crianças e adolescentes: análise do REsp. n. 1.783.269/MG. *Civilistica.com.* Rio de Janeiro, a. 11, n. 3, 2022. p. 9. Disponível em: http://civilistica.com/a-responsabilidade-civil-dos-provedores/. Acesso em: 6 de jan. de 2024.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina. *Metodologia da Pesquisa em Direito:* Técnicas e Abordagens para Elaboração de Monografias, Dissertações e Teses. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. v. 1. 592p.

QUEIROZ, João Quinelato. *A responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros: análise na perspectiva civil-constitucional.* 2018. 121 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

REDAÇÃO CONJUR. Fórum Jurídico de Lisboa. IDP, FGV e Jusbrasil firmam acordo para aprimorar pesquisa jurídica. Consultor Jurídico. 30/06/2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jun-30/idp-fgv-jusbrasil-firmam-acordo-aprimorar-pesquisa-juridica/. Acesso em: 14 jan. 2024.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: Avanço ou Retrocesso? A responsabilidade civil por danos derivados do conteúdo gerado por terceiro. *In*: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira. *Direito e Internet III:* Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014, Tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SOUZA, Carlos Affonso. *A*s cinco faces da proteção à liberdade de expressão no Marco Civil da Internet. *In*: DE LUCCA, N.; SIMÃO FILHO, A.; LIMA, C. R. P. (Org.). *Direito & Internet* III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 377-408.

SOUZA, Carlos Affonso; TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Responsabilidade dos provedores por conteúdos de terceiros na internet. *Consultor Jurídico*, 23 de jan. de 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-jan-23/responsabilidade-provedor-conteudo-terceiro-internet Acesso em: 9 de jul. de 2023.

SOUZA, Carlos Affonso; LATERÇA, Priscilla Silva. A Responsabilidade Civil dos Provedores de Aplicações Antes e Depois do Marco Civil da Internet: Um Conto de Dois Processos. In: BRITTO, Carlos. Supremo 4.0: Constituição e Tecnologia em Pauta. Capítulo 8. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2022. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/supremo-40-constituicao-e-tecnologia-em-pauta/1540353310. Acesso em: 25 de jul. de 2023.

SOUZA, C. A. P.; LEMOS, R. *Marco Civil da Internet:* construção e aplicação. 1. ed. Juiz de Fora: Editar, 2016. 158p.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini; SOUZA, Carlos Affonso; NUNES, Beatriz Laus Marinho. Responsabilidade Civil de Provedores. In: SOUZA, Carlos Affonso; SILVA JUNIOR, Ronaldo Lemos da (Org.); BOTTINO, C. (Org.). *Marco Civil da Internet:* Jurisprudência Comentada. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1. p. 95-164.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini; SOUZA, C. A. P. Responsabilidade civil de provedores na rede: análise da aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça. *Revista IBERC,* 2018. v. 1, p. 1-28.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso. Moderação de Conteúdo e Responsabilidade Civil em plataformas digitais: um olhar sobre as experiências brasileira, estadunidense e europeia. *In*: Joyceane Bezerra de Menezes, Fernanda Nunes Barbosa. (Org.). *A prioridade da pessoa humana no Direito Civil-Constitucional:* estudos em homenagem a Maria Celina Bodin de Moraes. 1. ed.: Foco, 2024, p. 25-49.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini. A responsabilidade civil do provedor de aplicações de internet pelos danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros de acordo com o Marco Civil da Internet. *Revista Fórum de Direito Civil - RFDC*, 2015. v. 4, p. 81-106.

DIÁLOGOS DA
PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DIGITAL

EIXO III

Inteligência artificial e proteção de direitos

AUTORES

Ananda Brandão Silvestre de Araujo

Bruno Blum Fonseca

Kelly Cristina Monteiro Souza Oliveira

Vitoria de Assis Pacheco Morais

DIÁLOGOS DA
PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DIGITAL

10

Comandando a criatividade: a proteção como propriedade intelectual dos comandos do usuário (prompts) de Inteligência Artificial Generativa

BRUNO BLUM FONSECA

BRUNO BLUM FONSECA[1]

Sumário: Introdução. 1. Definição e importância do prompt no contexto da IA Generativa. 2. Regime de proteção intelectual aplicável ao prompt. 3. Critérios e limites para a proteção ao prompt. 4. Proteção autoral das criações geradas com base em um prompt original. Considerações finais. Referências.

Introdução

Em 2023, ocorreu uma explosão de novos modelos e plataformas de Inteligência Artificial (IA) capazes de gerar textos, imagens, vídeos, áudios e códigos a partir de comandos em linguagem natural escritos pelo usuário. Entre as principais plataformas, destacam-se o ChatGPT e o Dall-E da OpenAI, bem como o Stable Diffusion e o Midjourney. Essas ferramentas ficaram conhecidas como *Generative Artificial Intelligence* ou "Inteligência Artificial Generativa" (IAGen). Por sua vez, os comandos escritos pelo usuário ficaram conhecidos como *prompts*.

A IAGen foi adotada pelo público com uma velocidade sem precedentes, angariando centenas de milhões de usuários em poucos meses. Trata-se de uma tecnologia capaz de criar praticamente qualquer conteúdo solicitado pelo usuário através dos *prompts*, e por isso logo impactou várias indústrias, como a arte visual, escrita de roteiros e desenvolvimento de software. Nesse cenário, os *prompts* possuem grande relevância, uma vez que quanto melhor elaborado for um *prompt*, maior será a chance de o usuário obter o resultado desejado.

Para obter melhores resultados da IAGen, surgiu o *prompt engineering* ou "engenharia de prompt", uma nova área de estudo focada em estruturar os *prompts* de forma a otimizar sua interpretação pela IAGen. Atualmente, existem profissionais especializados nesse tema e surgiram sites e plataformas especializadas em ajudar na criação de *prompts* mais eficientes, inclusive por meio da comercialização de modelos de *prompts*.

Diante da crescente relevância dos *prompts* em diversos setores que cada vez mais adotam a IAGen em seus processos, é importante analisar a natureza jurídica dessa criação (ou seja, do *prompt* em si e não, neste momento, do

1. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Pós-graduando em Direito Digital pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro em parceria com o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio. Instrutor na Opice Blum Academy. Possui certificado EXIN Privacy and Data Protection Essentials based on LGPD. Membro da equipe da Universidade de São Paulo na 4ª Edição da Helsinki Information Moot Court Competition, na qual a equipe conquistou o prêmio de melhor memorial escrito e o segundo lugar geral. Advogado atuante na área de Direito Digital e Propriedade Intelectual, com foco em consultivo de tecnologia, mídia e entretenimento, apoiando empresas brasileiras e estrangeiras na implementação de novas tecnologias e modelos de negócio digital.

conteúdo gerado) em face da disciplina nacional da propriedade intelectual. Com isso, será possível compreender se os *prompts* recebem, de acordo com a legislação atual, algum tipo de proteção como propriedade intelectual, de forma a incidir sobre eles os direitos morais ou de exclusividade pertinentes. Caso haja proteção, é também importante compreender quando essa proteção incidirá e quais são seus limites, a fim de determinar até que ponto os *prompts* estão disponíveis para apropriação.

Além disso, embora não seja o foco do presente estudo analisar a possibilidade de apropriação dos conteúdos gerados pela IAGen, é relevante avaliar, mesmo que brevemente, se o reconhecimento da autoria do criador do *prompt* poderá também levar ao reconhecimento de direitos sobre os conteúdos gerados pela IAGen com base nesse mesmo *prompt*.

Assim, este artigo analisará a legislação e a bibliografia pertinentes com o objetivo de compreender se, e como, os *prompts* podem receber proteção como propriedade intelectual no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, primeiro será estudada a definição e a importância do *prompt* no contexto da IAGen. Em seguida, será analisado o regime de proteção intelectual aplicável ao *prompt*, para então verificar os critérios e limites aplicáveis à proteção conferida ao *prompt*. Por fim, será introduzida a discussão sobre a possibilidade de proteção das criações da IAGen geradas com base em um *prompt* protegido.

Será adotada a revisão bibliográfica e o método dedutivo de argumentação como metodologia. Pretende-se, ao final, compreender se, quando e como os *prompts* podem ser protegidos como propriedade intelectual, de forma a esclarecer e tornar mais segura a sua situação jurídica diante do cenário de sua crescente importância econômica e social.

1. Definição e importância do *prompt* no contexto da IA Generativa

A expressão "inteligência artificial" (IA) é utilizada para se referir a várias tecnologias computacionais capazes de desempenhar um comportamento semelhante ao humano. Em outras palavras, são tecnologias que permitem ao computador realizar ações que normalmente requerem algum tipo de inteligência quando feitas por humanos.[2] Os modelos de IA capazes de gerar con-

2. COPELAND, Jack. *What is Artificial Intelligence?* Mai. 2000. Disponível em: https://www.alanturing.net/turing_archive/pages/Reference%20Articles/What%20is%20AI.html. Acesso em: 15 jan. 2024.

teúdo em resposta a comandos do usuário são conhecidos como modelos de IA Generativa (IAGen).[3] Esses modelos aprendem os padrões e a estrutura dos dados de treinamento para gerar novos dados com características similares, de acordo com os comandos do usuário.[4]

A recente popularidade da IAGen se deve ao avanço em técnicas como a do *large language model* (LLM)[5], que permitiu à máquina uma compreensão sem precedentes da linguagem humana e de como usá-la para gerar conteúdo com base em previsões estatísticas[6], e a do *transformer*[7], uma arquitetura de aprendizado profundo que permitiu à máquina "memorizar" ainda mais informações e trabalhar com todas elas ao mesmo tempo. Isso possibilitou que os novos modelos de IAGen compreendessem, com precisão nunca antes vista, os comandos do usuário e trabalhassem eficientemente a partir desses comandos. Assim, as instruções inseridas pelo usuário conseguem orientar o comportamento da IAGen durante o processo de geração de um novo conteúdo. Essas instruções são chamadas de *prompts*.[8]

A definição de *prompt* no contexto da IAGen[9] não difere muito do conceito de "comando" em computação. Comando é qualquer "instrução dada pelo usuário para executar uma função, que pode ser efetivada tanto através do teclado quanto de algum dispositivo de entrada, como o mouse"[10]. A inovação do *prompt* de IAGen está na possibilidade do usuário expressar os comandos para a máquina em linguagem natural, ou seja, em linguagem humana, enquanto os comandos computacionais tradicionalmente sempre foram expressos por meio de linguagem de código ou por interações com a interface gráfica.

Portanto, o *prompt* assume uma posição que o diferencia de outros tipos de comandos do contexto computacional. Isso ocorre porque o usuário tem uma liberdade praticamente ilimitada para se expressar, em contraste com a

3. Cf. ZIRPOLI, Christopher T. Generative Artificial Intelligence and Copyright Law. *CRS Legal Sidebar*, v. 4, 11 maio de 2023. Disponível em: https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10922. Acesso em: 15 jan. 2024.

4. Para mais informações sobre modelos de IAGen, acesse: https://openai.com/research/generative-models.

5. Para saber mais sobre LLMs, acesse: https://openai.com/research/better-language-models.

6. "A language model is a statistical model employed to predict a sequence of words, referred to as tokens, which arise from a large vocabulary set V. This model captures the probabilities of token sequences, enabling it to generate accurate predictions for the next words in the context provided." YAO, Hongwei; LOU, Jian; REN, Kui; QIN, Zhan. *PromptCARE: Prompt Copyright Protection by Watermark Injection and Verification*. 5 aug. 2023. Disponível em: https://arxiv.org/abs/2308.02816, p. 2.

7. Para saber mais sobre *transformer*, acesse: https://blogs.nvidia.com/blog/what-is-a-transformer-model/.

8. YAO, Hongwei; LOU, Jian; REN, Kui; QIN, Zhan, *op. cit.*, p. 3.

9. Originalmente, um *prompt*, no contexto computacional, significava uma solicitação de entrada/*input* de um usuário. Contudo, recentemente parece ter acontecido uma troca no significado, uma vez que a própria entrada do usuário (*input*), e não a sua solicitação, passou a ser chamada de *prompt* no contexto da IAGen.

10. PEREIRA DOS SANTOS, Manoel Joaquim. *A proteção autoral de programas de computador*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 31.

expressão geralmente limitada ou vinculada[11] dos comandos tradicionais em código.

Os *prompts* desempenham um papel fundamental na *performance* dos modelos de IAGen. Tem sido demonstrado que a eficácia desses modelos é influenciada não apenas pelos algoritmos e pelos dados de treinamento, mas também pela qualidade dos *prompts* recebidos.[12] *Prompts* bem desenvolvidos podem evocar respostas significativas e informativas, enquanto *prompts* mal escritos ou muito simples podem levar a resultados irrelevantes ou sem sentido.[13]

Portanto, a técnica de escrita do *prompt* é relevante e desempenha um papel crucial na extração do potencial máximo de cada modelo de IAGen.[14] No entanto, não é suficiente apenas escrever o *prompt* com cuidado e clareza. É necessário ter conhecimento técnico sobre o funcionamento dos diferentes modelos de IAGen, para evocar a melhor resposta possível. Com isso, pessoas capazes de criar *prompts* de qualidade ganham importância econômica e estratégica nos negócios.

Além da visão econômica, o domínio da técnica do *prompt* tende a se tornar relevante no campo da expressão artística. Artistas habilidosos na escrita de *prompts* conseguirão extrair melhores resultados da IAGen e poderão expressar sua arte com maior precisão.

Neste contexto, surgiu o conceito de "engenharia de *prompt*". Esse processo consiste em projetar, elaborar e refinar os *inputs* de acordo com o contexto, com o objetivo de otimizar a resposta e torná-la mais específica ou precisa.[15] A engenharia de *prompt* é fundamental para facilitar a comunicação entre humanos e IAGens, por meio da criação de *prompts* que levam em consideração as sutilezas da linguagem e as particularidades de cada modelo. Essa interação cuidadosa, estruturada e personalizada possibilita a geração de conteúdo autêntico.[16]

11. Isto é, a expressão depende de configurações previamente estabelecidas pelos programadores, limitando a liberdade do usuário de expressar comandos não antecipados pelos desenvolvedores.

12. BOZKURT, Aras; SHARMA, Ramesh C. *Generative AI and Prompt Engineering: The Art of Whispering to Let the Genie Out of the Algorithmic World*. Asian Journal of Distance Education, v. 18, n. 2, 2023. p. 2.

13. *Ibidem*, p. 2.

14. YAO, Hongwei; LOU, Jian; REN, Kui; QIN, Zhan, *op. cit.*, p. 1.

15. BOZKURT, Aras; SHARMA, Ramesh C, *op. cit.*, pp. 2 e 3.

16. *Ibidem*, p. 4.

A busca dos usuários por *prompts* de qualidade resultou no surgimento de sites e fóruns com dicas[17] e modelos[18] para elaboração de *prompts*, além de sites dedicados à comercialização[19] de *prompts*. Além disso, as empresas começaram a contratar profissionais especializados na criação de *prompts*.[20]

Com o crescente destaque da qualidade dos *prompts* para negócios e artistas no contexto da IAGen, surgem preocupações sobre a possibilidade de protegê-los como propriedade intelectual, a fim de combater sua exploração não autorizada. A importância econômica e criativa dos *prompts* no cenário atual da IAGen é inegável, tornando-se necessária uma análise da sua posição no campo da propriedade intelectual. Isso proporcionará ao incipiente mercado de *prompts* uma maior segurança jurídica na proteção de seus ativos.

2. Regime de proteção intelectual aplicável ao *prompt*

A propriedade intelectual é o ramo do Direito voltado para promover "destruições criativas"[21] em diversos setores relevantes para o avanço da civilização, como estética, tecnologia, ciência e programas de computador. Por ser um instituto jurídico que serve a um propósito, que é incentivar contribuições criativas, disso resulta a necessidade de haver uma criação que faça uma contribuição mínima a um determinado setor[22], justificando assim a concessão de um direito monopolístico ao criador em relação ao restante da sociedade.[23] Logo, para pensar na posição do *prompt* no contexto da propriedade intelectual, é necessário primeiro analisar a natureza da contribuição feita pelo *prompt* e depois verificar se há uma contribuição merecedora de incentivo do Estado.

17. O site Prompt Engineering Guide oferece diversas dicas e técnicas visando diferentes aplicações possíveis e modelos a serem utilizados. Ver: https://www.promptingguide.ai/.

18. O site PomptHero possui comunidade para compartilhamento de modelos de *prompts* com foco na geração de imagens. Ver: https://prompthero.com/chatgpt-prompts.

19. O site PromptBase hospeda marketplace para venda de *prompt*s para diversos modelos de IA e funcionalidades diferentes. Ver: https://promptbase.com/marketplace.

20. Ver: https://oglobo.globo.com/patrocinado/dino/noticia/2023/05/cresce-procura-por-engenheiros-de-prompt-ia-em--empresas.ghtml. Acesso em: 24 dez. 2023.

21. "Processo de mutação industrial – se é que podemos usar esse termo biológico – que revoluciona incessantemente a estrutura econômica a partir de dentro, destruindo incessantemente o antigo e criando elementos novos. Este processo de destruição criadora é básico para se entender o capitalismo." SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, p. 106, 1961.

22. "A causa (Fase 2) que erige uma criação a obter uma tutela de exclusividade tem a ver (a) com sua função ou finalidade e, dentro dela, com (b) seu contributo mínimo (extensão qualitativa da criação)." BARBOSA, Pedro Marcos N. A vedação da sobreposição de direitos da propriedade intelectual na ordenação brasileira. *Revista da ABPI*, nº 162, p. 63-71, set./out. 2019. p. 66.

23. "Como se percebe, toda a questão pressupõe que a proteção exclusiva (a patente, a marca, o direito autoral etc.) seja devida ao criador como uma retribuição por um benefício causado à sociedade." BARBOSA, Denis Borges. In: BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Rodrigo; RAMOS, Carolina Tinoco. *O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. VI.

O *prompt* é um comando direcionado a uma IAGen, que responderá ao *prompt* gerando conteúdo. Esses comandos podem ser expressos em texto, geralmente em linguagem natural, ou por meio de outras mídias, como imagens, sons e vídeos. Por exemplo, o usuário pode enviar uma imagem e, em seguida, apresentar comandos para fazer modificações nessa mesma imagem. Portanto, o usuário da IAGen tem ampla liberdade para escolher como se expressar, podendo até combinar diferentes mídias.

Como as possibilidades de interação com a IAGen são quase ilimitadas, não é possível definir uma única finalidade para o *prompt*. No entanto, é evidente que o *prompt* serve principalmente para comandar a IAGen na direção de um resultado específico. Logo, a função do *prompt* é fundamentalmente utilitária, ou seja, voltada para obter uma utilidade técnica.

Por outro lado, o *prompt* pode amiúde mostrar uma faceta estética, devido à ampla liberdade de formas de expressão que podem ser escolhidas. Embora a expressão estética não seja o foco ao escrever um *prompt*, é possível que ele seja dotado de uma forma de expressão esteticamente relevante, como ao inserir um texto autoral no *prompt* ou alimentar a IAGen com uma fotografia, entre outras possibilidades. Além disso, pode existir mais de uma maneira de expressar uma mesma função, de modo que a forma de expressão adotada será relevante para diferenciar os *prompts*. Portanto, o *prompt* exerce uma função utilitária, mas está inserido em uma "zona gris"[24] que permite, por vezes, observar uma função expressiva ou até estética.

Como a forma de expressão do *prompt* está mais ligada à função técnica que se quer obter, e menos a um sentimento estético[25], conclui-se que os *prompts*, em geral, não devem receber proteção pelo direito autoral das criações estéticas, conforme a Lei nº 9.610/98. Com efeito, o caráter predominantemente utilitário dos *prompts*, acompanhado de uma forma expressiva textual ou simbólica, leva à sua associação com o conceito de programa de computador, protegido nos termos da Lei nº 9.609/98.[26]

Em termos gerais, "programa de computador" é o "conjunto de instruções

24. BARBOSA, Pedro Marcos N. A. A vedação da sobreposição de direitos da propriedade intelectual na ordenação brasileira., *op. cit.*, p. 67.

25. "No que pese o direito de autor, cabe dizer que ele está para o sentimento estético assim como o peixe está para a água. Onde não há satisfação do sentimento estético não há a categoria da criação intelectual protegida pelo direito de autor." GRAU-KUNTZ, Karin. Domínio público e Direito de Autor: do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora. *Revista Eletrônica do IBPI*, n. 6, 2012. p. 34.

26. "O programa é ao mesmo tempo "mecânico" ou "funcional" e "simbólico" ou "textual". (...) O aspecto "mecânico" ou "funcional" se traduz no fato de ser ele utilizado para manipular um equipamento de computação e servir essencialmente para a execução de determinadas tarefas. O aspecto "simbólico" ou "textual" resulta do fato de que a linguagem usada para operar a máquina é a "representação ou símbolo dos elementos mecânicos" que são empregados no computador. Portanto, o programa tem ao mesmo tempo um aspecto utilitário e um elemento expressivo." PEREIRA DOS SANTOS, Manoel Joaquim, *op. cit.*, p. 159.

destinadas à realização de uma tarefa pelo computador"[27]. De acordo com a Lei nº 9.609/98:

> Art. 1º Programa de computador é a **expressão de um conjunto organizado de instruções** em **linguagem natural** ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em **máquinas automáticas de tratamento da informação**, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, **para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados**. (g. n.)

Diante da generalidade do conceito legal de programa de computador, pode-se considerar o *prompt* como um programa de computador. O *prompt* consiste em um conjunto de certo modo organizado de instruções em linguagem natural, orientadas para fazer uma "máquina automática de tratamento de informação" (ou seja, a IAGen) funcionar de maneira específica e para fins determinados. Assim como os programadores, os criadores de *prompts* o escrevem com o objetivo de definir o comportamento desejado da IAGen ou para gerar uma resposta específica.

Além disso, assim como o código-fonte, o *prompt* também é uma abstração da linguagem da máquina (o código-objeto, composto por "zeros e uns") que executa as funções. Da mesma forma que é consenso que um "programa em código fonte constitui obra literária na acepção geral adotada pelo Direito de Autor"[28], o mesmo pode ser dito do *prompt*.

Uma importante diferença entre o código-fonte e o *prompt* está na presença de uma sintaxe especial e de uma terminologia simbólica complexa no código-fonte, que depende das regras de cada linguagem de programação. Por outro lado, o *prompt* pode ser expresso em linguagem natural, sem a necessidade de aplicar regras de sintaxe rígidas. Em outras palavras, o código-fonte apresenta o que se convencionou chamar de "expressão vinculada"[29], afastando-o das obras literárias de expressão livre. Já o *prompt* possui uma expressão muito mais livre que o código-fonte, o que o coloca em um ponto intermediário entre a obra estética, livre, e a obra utilitária, de expressão vinculada. No

27. *Ibidem*, p. 28.

28. PEREIRA DOS SANTOS, Manoel Joaquim, *op. cit.*, p. 11.

29. "No que se refere às formas de expressão, Ascensão (2006, p.8), observando a distância existente entre a forma literária observada nos programas de computador protegidos pelo direito autoral e aquela verificada nos romances, estabelece uma distinção entre obras de expressão livre e expressão vinculada. Enquanto as primeiras seriam obras dotadas de um maior grau de liberdade no que concerne ao seu conteúdo criativo, tendo como limitação apenas o alcance da criatividade de seu autor, a expressão vinculada, relacionada aos programas de computador, não possui o mesmo grau de liberdade, uma vez que, se não atendida uma determinada estrutura em sua programação, o código-fonte não terá o efeito prático esperado." *Ibidem*, p. 128.

entanto, devido à sua finalidade preponderantemente prática, o *prompt* está mais próximo de ser uma obra utilitária.

Essa finalidade utilitária do *prompt* não pode ser um obstáculo para o reconhecimento de proteção autoral[30], pois pode ser considerado uma forma de expressão próxima ou até mesmo equiparada ao software. É importante destacar que, atualmente, o Direito de Autor protege todas as obras intelectuais de caráter criativo, independentemente de sua finalidade.[31]

Além disso, não há contradição entre o caráter essencialmente utilitário do *prompt* e o seu componente expressivo. Essa dicotomia já é amplamente reconhecida e resolvida pela disciplina de proteção ao programa de computador. Se por um lado há a finalidade de transmitir comandos e obter resultados da máquina (elemento funcional), existe um meio através do qual esses comandos são expressos para atingir essa finalidade (elemento expressivo). É justamente sobre o elemento expressivo, e não o elemento funcional, que recai a proteção autoral conferida aos programas de computador[32], e o mesmo deve valer para os *prompts*.

Embora o verdadeiro valor dos *prompts* (e dos programas de computador) esteja na funcionalidade obtida[33], o Direito de Autor não tutela esse elemento funcional. O que se tutela, então, é a atividade criativa que expressou, estruturou, organizou ou sistematizou os comandos que resultam na solução técnica obtida.[34]

Portanto, os *prompts* podem ser protegidos pela disciplina da Lei nº 9.609/98. Para isso, o responsável pela criação precisa ter total liberdade para escolher uma forma de expressão específica entre as alternativas disponíveis, além de cumprir outros requisitos legais aplicáveis.[35] Assim, é necessário es-

30. "Em princípio, essa finalidade utilitária do programa de computador não deveria interferir no reconhecimento da proteção autoral, por ser um princípio básico o de que as obras intelectuais são protegidas independentemente de sua destinação." *Ibidem*, p. 12.

31. *Ibidem*, p. 168.

32. "O que se protege não é a ideia em si, mas a expressão da ideia em um programa de computador (...)." WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual do software e revolução da tecnologia da informação*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 144.

33. "Uma das maiores dificuldades na definição do objeto da proteção autoral de programas de computador sempre foi a de estabelecer uma clara distinção entre a funcionalidade e a forma expressiva, já que o Direito de Autor tutela esta última apenas, e a funcionalidade representa o valor intrínseco mais importante desta criação." PEREIRA DOS SANTOS, Manoel Joaquim, *op. cit.*, p. 13.

34. Considerando a proteção conferida às bases de dados e às compilações, pode-se concluir que a ordenação ou organização de comandos dentro de um *prompt*, se dotado de forma criativa mínima, pode gozar de proteção autoral na forma do Art. 7º, XIII, da Lei nº 9.610/98.

35. "Denis Borges Barbosa segue a mesma linha argumentativa ao afirmar que "é autor essencialmente quem tem poder decisório sobre a expressão". O autor utiliza essa linha argumentativa para fundamentar a questão da autoria de programas de computador. [...] Comenta Barbosa: "assim, pode-se entender que é o autor aquele que exerce a liberdade de escolha entre alternativas de expressão. O exercício dessa liberdade não só configura a criação, mas indica seu originador"." WACHOWICZ, Marcos; GONÇALVES, Lukas Ruthes. *Inteligência artificial e criatividade: novos conceitos na propriedade intelectual*. Curitiba: Gedai, 2019. p. 80 e 81.

tudar de forma mais precisa os critérios para determinar quando um *prompt* será protegido e quais serão os limites dessa proteção.

3. Critérios e limites para a proteção ao *prompt*

Identificada a possibilidade de proteger a forma expressiva do *prompt*, surge a questão sobre em quais situações os *prompts* merecerão ou não essa proteção. Isso ocorre porque muitas vezes são apresentados aos sistemas de IAGen *prompts* muito simples, que descrevem literalmente o que se espera receber do sistema, sem nenhum cuidado especial com a forma de expressão adotada. Comumente são inseridos *prompts* como "escreva uma receita de bolo de cenoura", "gere uma imagem da Avenida Paulista no estilo de Anita Malfatti" ou "gere uma música no ritmo do Blues". Esses *prompts* merecem proteção autoral?

Nas últimas décadas, especialmente com a massificação dos mercados criativos, houve um certo afrouxamento dos critérios do Direito de Autor, a fim de conferir pelo menos algum grau de proteção para criações que apresentam uma baixa contribuição autoral. Com isso, teoricamente, uma simples frase pode receber proteção, "desde que seja realmente imbuída de originalidade"[36]. O mesmo se aplica a *prompts* simples, sendo que o grau de originalidade presente nesta pequena contribuição será o ponto crucial para atrair ou não a proteção.

Com efeito, "quanto menor for a contribuição autoral, reciprocamente o ordenamento jurídico responderá pela fragilidade da tutela contra terceiros"[37]. Em outras palavras, quanto menor for a originalidade da forma expressiva de um *prompt*, menor será a proteção. Logo, deve ocorrer uma contribuição autoral mínima para que nasça a tutela autoral, enquanto criações abaixo desse mínimo ficam de fora do campo de proteção.

Embora o Direito de Autor tenha relativizado certas balizas para abraçar obras puramente utilitárias, como o programa de computador, ainda é plenamente aplicável a essas obras o conceito de que todas as criações devem, no caso concreto, satisfazer o requisito da originalidade[38], inclusive os *prompts*. A dificuldade está justamente em determinar, em cada caso, a quantidade de originalidade presente e se essa quantidade atinge o mínimo de contribuição

36. BARBOSA, Pedro Marcos N. Originalidade em crise. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 15, p. 33-48, jan./mar. 2018. p. 38.

37. *Ibidem*, p. 43.

38. PEREIRA DOS SANTOS, Manoel Joaquim, *op. cit.*, p. 15.

necessário, uma vez que a lei atual não oferece diretrizes claras nesse sentido. Com isso, frequentemente depende-se de critérios de valoração subjetivos[39], o que impede a sua plena identificação e aplicação homogênea.

Independentemente dessas dificuldades, é pacífico que criações sem contribuições expressivas mínimas do autor não recebem proteção autoral. Isso também se aplica aos *prompts* muito simples, com formas de expressão banais e diretamente ligadas à ideia ou função desejada. Tais *prompts* não apresentam a originalidade mínima necessária, uma vez que a forma de expressão é tão simples que há uma "fusão"[40] entre a expressão e a ideia-função[41]. Como ideias e funcionalidades não são passíveis de proteção pelo Direito de Autor, pode-se concluir que expressões intrinsecamente ligadas a ideias ou funcionalidades não são protegidas, pois isso desvirtuaria o sistema, conferindo proteção não à criação em si, mas ao seu conceito.[42]

Por outro lado, *prompts* mais robustos ou um conjunto mais complexo de *prompts* (como na interação com um *chat*) tendem a receber pelo menos algum grau de proteção autoral. Nesses casos, a forma de expressão é mais complexa, pois busca-se um resultado mais elaborado. Assim, os elementos expressivos presentes têm mais chance de apresentar o mínimo de originalidade necessário. Nessas situações, existem mais possibilidades para fazer escolhas expressivas relevantes, com o objetivo de alcançar o resultado desejado. Fazer escolhas independentes entre diversas possibilidades é um sinal importante de originalidade.

Nesse sentido, é emblemático o caso da artista Kristina Kashtanova e sua criação intitulada "Zarya of the Dawn", elaborada através da plataforma Midjourney. Segundo ela, houve um processo criativo e interativo no qual ela apresentou centenas de *prompts* à ferramenta, calibrando gradualmente até chegar ao resultado desejado. A partir de um primeiro *prompt* simples, ela ana-

39. "A averiguação da contribuição reflexivo-transformadora – a qual, no sistema de direito de autor, justifica a garantia de uma exclusividade de controle de acesso à obra intelectual – terá sempre e inevitavelmente traços de valorações subjetivas. Ademais, pensar sobre criações intelectuais originais implica necessariamente caminhar pela trilha do subjetivismo." GRAU-KUNTZ, Karin, *op. cit.*, p. 46.

40. "[...] quando a expressão coincide com o conceito subjacente, a idéia se "funde" ("merge") com a expressão e esta não é protegida porque do contrário estar-se-ia reconhecendo um monopólio sobre a idéia." PEREIRA DOS SANTOS, Manoel Joaquim, *op. cit.*, p. 321.

41. "Em matéria de programa de computador, o termo ideia vem associado basicamente à funcionalidade, aos métodos de operação e às soluções técnicas que são implementados." *Ibidem*, p. 167.

42. "Como um corolário desse princípio, desenvolveu-se também o conceito de que, quando há limitação na forma de expressão de uma ideia, a expressão também não é protegida, pois a exclusividade quanto a uma forma expressiva impediria que outro exprimisse a mesma ideia. Trata-se do princípio da identidade ideia-expressão, bastante aplicado pela jurisprudência norte-americana." PEREIRA DOS SANTOS, Manoel Joaquim, *op. cit.*, p. 166.

lisava os resultados e escrevia o próximo *prompt*, levando em consideração as alterações desejadas para expressar o que queria.[43]

Embora cada *prompt* isolado possa eventualmente ser considerado simples demais e não passível de proteção autoral, tem-se que o conjunto relativamente estruturado de comandos elaborado pela artista pode ser protegido devido à criatividade presente no projeto como um todo e nas diversas escolhas (até estéticas) feitas. No campo da programação, por exemplo, a doutrina entende que o "núcleo criativo" da atividade de programação não está na elaboração do código em si, "mas sim no projeto ou análise orgânica, com o estabelecimento da estrutura ou organização da sequência de instruções"[44].

O mesmo raciocínio deve valer para os *prompts*. Se for analisada cada linha de comando isoladamente, é provável que não se encontre uma contribuição expressiva capaz de proteção, pois um único comando isolado tende a ser muito simples e/ou próximo da funcionalidade esperada. No entanto, ao ampliar a perspectiva e observar o conjunto completo de comandos, com sua própria estrutura e organização, será possível identificar as escolhas feitas pelo usuário. Essas escolhas expressivas atraem a proteção autoral.

Mesmo assim, é importante reforçar que a proteção nunca incide sobre a própria funcionalidade ou ideia, mas apenas sobre a forma de expressão. Portanto, *prompts* com predominância de conteúdo funcional, mesmo que complexos, dificilmente receberão algum direito de exclusivo[45]. Da mesma forma, a existência de dois ou mais *prompts* que resultem na mesma funcionalidade ou em respostas similares não necessariamente significa a presença de contrafação. Isso ocorre porque, vale ressaltar, a proteção autoral não é aplicada à funcionalidade, de tal modo que um novo *prompt* pode buscar atingir a mesma funcionalidade do *prompt* anterior sem violar seus direitos, desde que seja dotado de uma forma de expressão original.[46]

Outro limite relevante da proteção aos *prompts* pode decorrer da presença de "fórmulas de sucesso"[47] que não podem receber proteção, pois isso limitaria injustamente as possibilidades de expressão do restante do público.

43. UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. Resposta ao pedido de registro feito por Kristina Kashtanova para registro da criação "Zarya of the Dawn" (Registration # VAu001480196). Washington DC, EUA, 21 de fevereiro de 2023. Disponível em: https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf.

44. PEREIRA DOS SANTOS, Manoel Joaquim, *op. cit.*, p. 148.

45. "(...) quanto maior for o conteúdo funcional presente na obra, mais difícil será reconhecer-lhe um direito exclusivo." PEREIRA DOS SANTOS, Manoel Joaquim, *op. cit.*, p. 160.

46. "Na verdade, dizer que a funcionalidade não é protegida significa dizer que qualquer pessoa pode desenvolver um programa independente para produzir uma funcionalidade idêntica ou similar à de um programa preexistente. Em outras palavras, um programa funcionalmente equivalente, em princípio, não constitui contrafação do primeiro." *Ibidem*, p. 185.

47. BARBOSA, Pedro Marcos. Originalidade em crise, *op. cit.*, p. 42.

Fala-se, aqui, de comandos que são a única forma ou a forma mais eficiente de implementar uma determinada função na IAGen, ou de comandos que já se tornaram padrão.[48] Restringir o uso desse tipo de comando oneraria desproporcionalmente a sociedade, uma vez que o público seria privado de uma maneira essencial ou altamente eficiente de alcançar uma função. Com isso, a "forma óbvia ou padrão de se implementar uma funcionalidade cai em domínio público e não é mais suscetível de apropriação exclusiva"[49].

Além disso, ao enquadrar o *prompt* no regime jurídico da Lei nº 9.609/98, afasta-se a aplicação dos direitos morais de autor, exceto pelo direito de paternidade e o direito de se opor a alterações não autorizadas, conforme estabelecido no Art. 2º, § 1º da lei. Também se aplicam ao *prompt* as demais disposições da referida lei, como o limite de proteção de cinquenta anos e, subsidiariamente, as disposições da Lei nº 9.610/98.

Existem também outras possibilidades para proteger aspectos juridicamente relevantes dos *prompts* e do seu mercado, como a concorrência desleal e o enriquecimento sem causa, ou mesmo a proteção por outros institutos da propriedade intelectual, como patentes que possam envolver alguma etapa relacionada aos *prompts*.

Conclui-se, portanto, que existem diretrizes extraídas do Direito de Autor, especialmente dos programas de computador, capazes de definir, mesmo que com certo grau de subjetividade, quando e até que ponto os *prompts* podem receber proteção autoral pela sua forma de expressão. Em resumo, deve haver uma contribuição mínima do autor do *prompt*, caracterizada pela presença de originalidade na forma de expressão ou na estrutura dos *prompts*.

4. Proteção autoral das criações geradas com base em um *prompt* original

Diante da possibilidade de apropriação através do Direito de Autor dos *prompts* elaborados no contexto da IAGen, surge a questão sobre se um *prompt* original, protegido individualmente, pode influenciar na apropriação das criações geradas com base nesse *prompt*. Por não ser o foco do presente artigo, este tópico se limitará a apresentar a discussão e expor possíveis caminhos para pesquisas futuras.

48. Por exemplo, já se tornou padrão e boa prática comandar a IAGen a "respirar fundo" ou "pensar passo a passo" como forma de obter respostas mais precisas.

49. Essa conclusão decorre da *merger doctrine* e outras doutrinas americanas que afastam proteção quando há uma fusão entre a forma e a funcionalidade, ou também quando determinada forma é a melhor e a mais eficiente para a implementação de uma função, reconhecendo justamente a importância da eficiência para a atividade de programação. Cf. PEREIRA DOS SANTOS, Manoel Joaquim, *op. cit.*, p. 328.

O amplo uso da IAGen levanta a questão sobre quem, se alguém, será titular do conteúdo gerado. Neste cenário, o usuário, o programador da IA e o programa em si desempenham papéis importantes na criação.[50] O ponto central aqui é o grau de envolvimento humano na criação, uma vez que é necessário ter um humano responsável pela criação para que esta seja considerada uma obra intelectual protegida.[51]

Diante disso, alguns estudiosos defendem que as criações feitas pela IAGen são análogas às criações feitas por humanos com o suporte de outras ferramentas, como no caso da fotografia. Para eles, ainda que minimamente, há uma intervenção humana significativa que torna possível a criação. Assim, a IAGen seria apenas mais uma ferramenta disponível para realizar criações autorais.[52]

Por outro lado, há estudiosos que contestam essa analogia, alegando que os usuários não possuem controle criativo suficiente. Para eles, há grau significativo de imprevisibilidade no funcionamento da IAGen, de forma que o usuário não consegue prever nem controlar os resultados. Em contrapartida, os defensores da IAGen como ferramenta destacam que a lei não exige um controle tão preciso da criação, observando que certos tipos de fotografias e artes visuais incorporam algum grau de casualidade.[53]

No caso da IAGen, o "fator de interferência humana"[54], particularmente do usuário, materializa-se no *prompt* ou conjunto de *prompts* inserido no programa.

Considerando o critério da originalidade exposto no terceiro tópico, que leva em conta a complexidade do *prompt* e as escolhas feitas pelo criador, pode-se utilizar esses critérios para mensurar o nível de intervenção humana no resultado da IAGen. Isso ocorre porque, quanto mais original for o *prompt*, de acordo com os critérios apresentados, argumenta-se que maior foi a contri-

50. "The widespread use of generative AI programs raises the question of who, if anyone, may hold the copyright to content created using these programs, given that the AI's user, the AI's programmer, and the AI program itself all play a role in the creation of these works". ZIRPOLI, Christopher T, *op. cit*.

51. Art. 11. da Lei nº 9.610/98: "Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica".

52. "Para tanto seria necessário analisar os diferentes níveis de autonomia do sistema, interferência humana e previsibilidade do resultado final, este último abordado por Ascensão (1997, p. 663): Se o resultado final é previsível e quem opera o computador se dirige à caracterização de uma determinada ideia criadora — o vínculo de autoria individual não é posto em causa. O computador funciona então como um instrumento, tal como o pincel nas mãos do pintor. Terá quando muito uma função acessória na criação: complementará uma ideia-base, mas é ancilar dessa ideia. O resultado não deixa de ser previsto e intencionalmente prosseguido pelo operador. Este e só este é o autor, e as regras normais da autoria não são afetadas." SCHIRRU, Luca. Direito autoral e inteligência artificial: autoria e titularidade nos produtos da IA. Rio de Janeiro, 2020. 351 f. Tese (Doutorado em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) - Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro. p. 34.

53. ZIRPOLI, Christopher T, *op. cit.*, e SCHIRRU, Luca, *op. cit.*, p. 34.

54. "Com isso, o fator de interferência humana, diretamente conectado ao nível de autonomia do sistema - porque o define em seu aspecto geral -, representa um elemento determinante na previsibilidade do resultado final e pode influenciar na apropriação daquele produto sob o direito autoral (...)"." SCHIRRU, Luca, *op. cit.*, p. 251.

buição do seu autor para o resultado gerado, o que favorece o reconhecimento da autoria ao criador do *prompt*. Nesse cenário, a IAGen exerce um papel mais próximo ao de uma ferramenta de criação.[55]

Nesse sentido, já existem diretivas nos EUA indicando que o *Copyright Office* tende a não reconhecer o requisito de autoria humana quando uma IAGen opera em resposta a "simples comandos de texto"[56]. Esse posicionamento sugere que a complexidade do *prompt* pode ser um fator determinante para verificar a autoria da obra gerada.

Assim, uma possível abordagem para separar o que será protegido ou não se apresenta: *prompts* complexos e originais tendem a levar à autoria, por parte do criador do *prompt*, da obra gerada. Por outro lado, *prompts* simples, que correspondem diretamente à ideia-função desejada pelo usuário, não geram autoria, nem do *prompt*, nem da obra gerada, devido às escolhas imprevisíveis feitas pela própria IAGen.

Tal proposta não é isenta de questionamentos teóricos e práticos que devem ser enfrentados em pesquisas futuras. Entre os problemas teóricos, destaca-se a alta imprevisibilidade dos modelos de IAGen[57], de modo que o uso de *prompts* complexos e originais não necessariamente significa que o usuário teve um controle significativo do resultado a ponto de poder ser considerado seu autor. Assim, ainda poderá ser necessário verificar como o *prompt* de fato influenciou a criação, separando aquilo que é atribuível ao autor do *prompt* daquilo que decorre da imprevisibilidade do funcionamento da IAGen, o que não é uma tarefa fácil.[58]

Entre as dificuldades práticas, destaca-se a necessidade de rastrear e documentar a contribuição humana nas obras geradas por IA, a fim de verificar posteriormente se essa contribuição foi suficiente para merecer proteção. Os

55. "Toda a doutrina analisada parece ser pacífica ao afirmar que, quando a inteligência artificial é usada como uma ferramenta, sendo possível identificar a orientação, escolha e/ou seleção feitas pelo humano que a utiliza, não há nenhuma novidade para o regime jusautoral clássico. Repete-se apenas a mesma dúvida das câmeras digitais automáticas contemporâneas, no qual a contribuição humana é mínima (por vezes resumindo-se a apertar um botão) (...)" LANA, Pedro de Perdigão. *Inteligência artificial e autoria: questões de direito de autor e domínio público*. Curitiba: IODA, 2021. p. 142.

56. ZIRPOLI, Christopher T, *op. cit*.

57. "Isso se deve a maneira como aplicações modernas de Inteligência Artificial operam. Dada a presença de algoritmos de machine e deep learning, os quais podem analisar e processar os dados de input repetidas vezes antes de dar um resultado definitivo, essas aplicações, pelo próprio modo como foram programadas, irão produzir resultados inesperados." WACHOWICZ, Marcos; GONÇALVES, Lukas Ruthes, *op. cit.*, p. 71.

58. "Where the computer program is a tool employed by the user to produce a work, the user is the creator; there is a high level of creativity input on his part. Likewise, programmers will be authors where the final product results from their intellectual endeavors (...). But this is no different than assessing the degree of originality for purposes of protection of a fully human-produced work – if there is enough of a human input in creating an original work, then copyright protection will be available at least for the human-created part of the work (even though, admittedly, there may be cases where human and machine contributions are not easy to separate or evaluate)." RAMALHO, Ana. Will robots rule the (artistic) world? A proposed model for the legal status of creations by artificial intelligence systems. Forthcoming in the Journal of Internet Law, jul. 2017. p. 13.

usuários podem simplesmente omitir ou mentir sobre o uso de IAGen ou sobre a complexidade dos *prompts* usados para gerar a criação, recebendo autoria indevidamente. Isso leva à necessidade de soluções técnicas extrajurídicas.

Apesar das dificuldades teóricas e práticas a serem consideradas em maior profundidade, os *prompts* originais, que podem ser protegidos pelo Direito de Autor, quando inseridos em um sistema de IAGen, parecem, pelo menos, poder servir como indício da presença de uma contribuição humana significativa. Isso pode conferir autoria da criação da IAGen ao autor do *prompt*, pelo menos nas partes em que for possível identificar essa contribuição.

Considerações finais

Os *prompts* de Inteligência Artificial Generativa (IAGen) são um aspecto relevante de um movimento tecnológico que tem revolucionado a forma como os humanos interagem com máquinas. Através desses *prompts*, a criatividade humana pode comandar a criatividade da máquina de maneiras antes inimagináveis. Diante disso, é fundamental compreender como os *prompts* e as criações da IAGen se encaixam (ou não) no regime da propriedade intelectual.

Os *prompts* têm uma finalidade essencialmente utilitária, pois servem para comandar a resposta da IAGen. A partir disso, foi demonstrada a sua associação com a categoria dos programas de computador, permitindo assim a proteção autoral dos elementos expressivos presentes nesses comandos, na forma da Lei nº 9.609/98.

Nesse contexto, foi possível identificar diversos critérios e limites para a proteção dos prompts, com o objetivo de conferir maior objetividade ao determinar, no caso concreto, se será atribuída a tutela autoral e em que medida essa tutela será aplicável. Entre os critérios, destaca-se a necessidade de uma contribuição mínima do autor do prompt, caracterizada por escolhas criativas e uma maior complexidade na forma expressiva e na estruturação dos comandos.

Assim, é possível distinguir *prompts* mais simples e literais daqueles mais complexos e originais. *Prompts* simples, que correspondem diretamente à ideia-função procurada, geralmente não serão passíveis de proteção autoral. Por outro lado, *prompts* complexos e dotados de originalidade podem ser reconhecidos como criações autorais e receber proteção.

A proteção autoral eventual de um *prompt* não implica automaticamente na proteção das obras geradas com base neles. Trata-se de questão complexa que requer estudos mais aprofundados. No entanto, como a autoria das cria-

ções da IAGen depende, segundo especialistas, do grau de intervenção humana presente, tem-se que a autoria atribuída aos autores de *prompts* originais pode ser um indício para o reconhecimento da autoria da obra gerada com base nesses comandos, pelo menos nas partes em que a contribuição humana puder ser identificada.

Este artigo teve como objetivo propor um enquadramento jurídico para a proteção intelectual dos *prompts* e levantar possibilidades para o debate sobre a proteção das criações da IAGen. É essencial que o estudo dessas questões prossiga para garantir uma proteção adequada a essas novas formas de criação, promovendo a inovação de maneira justa e equilibrada.

Referências

BARBOSA, Denis Borges. In: BARBOSA, Denis Borges; SOUTO MAIOR, Rodrigo; RAMOS, Carolina Tinoco. *O Contributo Mínimo na Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. VI.

BARBOSA, Pedro Marcos N. A vedação da sobreposição de direitos da propriedade intelectual na ordenação brasileira. *Revista da ABPI*, nº 162, p. 63-71, set./out. 2019.

BARBOSA, Pedro Marcos N. Originalidade em crise. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 15, p. 33-48, jan./mar. 2018.

BOZKURT, Aras; SHARMA, Ramesh C. Generative AI and Prompt Engineering: The Art of Whispering to Let the Genie Out of the Algorithmic World. *Asian Journal of Distance Education*, v. 18, n. 2, 2023.

BRASIL. *Lei Federal nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm. Acesso em: 15 jan. 2024.

BRASIL. *Lei Federal nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 15 jan. 2024.

COPELAND, Jack. *What is Artificial Intelligence?* Mai. 2000. Disponível em: https://www.alanturing.net/turing_archive/pages/Reference%20Articles/What%20is%20AI.html. Acesso em: 15 jan. 2024.

GRAU-KUNTZ, Karin. Domínio público e Direito de Autor: do requisito da originalidade como contribuição reflexivo-transformadora. *Revista Eletrônica do IBPI*, n. 6, 2012.

LANA, Pedro de Perdigão. *Inteligência artificial e autoria: questões de direito de autor e domínio público*. Curitiba: IODA, 2021.

PEREIRA DOS SANTOS, Manoel Joaquim. *A proteção autoral de programas de computador*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

RAMALHO, Ana. Will robots rule the (artistic) world? A proposed model for the legal status of creations by artificial intelligence systems. *Forthcoming in the Journal of Internet Law*, jul. 2017.

SCHIRRU, Luca. *Direito autoral e inteligência artificial: autoria e titularidade nos produtos da IA*. Rio de Janeiro, 2020. 351 f. Tese (Doutorado em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) - Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, p. 106, 1961.

UNITED STATES COPYRIGHT OFFICE. *Resposta ao pedido de registro feito por Kristina Kashtanova para registro da criação "Zarya of the Dawn" (Registration # VAu001480196)*. Washington DC, EUA, 21 de fevereiro de 2023. Disponível em: https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf. Acesso em: 15 jan. 2024.

WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual do software e revolução da tecnologia da informação*. Curitiba: Juruá, 2007.

WACHOWICZ, Marcos; GONÇALVES, Lukas Ruthes. *Inteligência artificial e criatividade: novos conceitos na propriedade intelectual*. Curitiba: Gedai, 2019.

YAO, Hongwei; LOU, Jian; REN, Kui; QIN, Zhan. *PromptCARE: Prompt Copyright Protection by Watermark Injection and Verification*. 5 aug. 2023. Disponível em: https://arxiv.org/abs/2308.02816. Acesso em: 15 jan. 2024.

ZIRPOLI, Christopher T. Generative Artificial Intelligence and Copyright Law. *CRS Legal Sidebar*, v. 4, 11 maio de 2023. Disponível em: https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10922. Acesso em: 15 jan. 2024.

DIÁLOGOS DA
PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DIGITAL

11

O uso de conteúdos fonográficos pelas aplicações de inteligência artificial

ANANDA BRANDÃO SILVESTRE DE ARAUJO

ANANDA BRANDÃO SILVESTRE DE ARAUJO[1]

Sumário: Introdução. 1. O objeto de proteção do direito autoral no mercado fonográfico. 2. Inteligência artificial: conceito, classificações e as aplicações de inteligência artificial generativa; 3. O uso de obras e fonogramas pelas inteligências artificiais. Considerações finais. Referências.

Introdução

A exploração de conteúdos musicais na internet há muito é motivo de discussão e preocupação dentro do mercado fonográfico.

Desde o fenômeno da pirataria, que ameaçou ruir definitivamente o mercado musical, os titulares de direito acompanham atentamente a exploração de suas obras, fonogramas e videofonogramas na internet, principalmente em se tratando de novas tecnologias.

Superada a questão da exploração ilegal de conteúdos por sites e aplicativos piratas, bem como o surgimento, legalização e consolidação das plataformas de streaming como principal fonte de consumo e receita dentro da indústria musical[2], o mercado hoje se debruça sobre o surgimento das aplicações de inteligência artificial e seus impactos.

A disponibilização das aplicações de inteligência artificial generativa ao público em geral causou verdadeira comoção ao permitir ao usuário comum, não só a automação de determinadas funções, como também a verdadeira criação de novas obras, a partir de mero comando ("*prompt*") do usuário.

Por esta razão, o mercado fonográfico hoje volta seu foco para a utilização de seus conteúdos - reconhecidamente protegidos por direito autoral – de forma não autorizada no treinamento de tais IAs, além da exploração direta de seus conteúdos através da geração de obras derivadas, sem as licenças, remunerações e créditos cabíveis.

Dessa forma, o presente trabalho visa analisar o uso e possível exploração da música por parte das aplicações de inteligência artificial, sob a perspectiva do direito autoral, ressaltando não só a proteção atual, como pesquisando as defesas de ambos interessados e como eventual regulação está sendo proposta no atual cenário.

1. Advogada na área de direitos autorais e contratos, com foco no mercado fonográfico e de entretenimento. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), pós-graduada em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), pós-graduanda em Direito Digital pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS-Rio) em parceria com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e o Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED).

2. IFPI - International Federation of the Phonographic Industry. Engaging with Music 2023. Inglaterra, 2023, p.06. Disponível em: https://worldmusicviews.com/wp-content/uploads/2023/12/IFPI-Engaging-With-Music-2023_full-report.pdf. Acesso em: 20 dez. 2023.

1. O objeto de proteção do direito autoral no mercado fonográfico.

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual[3] aponta como objeto do direito autoral toda a produção literária, científica e artística, independentemente do modo ou forma de expressão, desde que original.

A Lei 9.610/98 – Lei de Direitos Autorais – por sua vez, entende que o objeto do direito autoral são as "criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro", elencando, exemplificativamente, em seu Art.7º, inciso V, a proteção às composições musicais, tendo ou não letra.

O presente trabalho se deterá a análise da proteção dos conteúdos protegidos pelo direito autoral explorados pelo mercado fonográfico, ou seja, as obras musicais e as fixações destas em fonogramas[4], em meios digitais, mais especificamente através das aplicações de inteligência artificial. Cumpre destacar, portanto, que aqui se trata não só do direito do autor, como também os que lhe são conexos.

O direito de autor, em sentido estrito, consiste na "atribuição de direitos relativos a obras literárias e artísticas" aos respectivos autores, sendo o direito originário destes às suas composições musicais. Já os direitos conexos são "os direitos de artistas, intérpretes e músicos executantes, dos produtores de fonogramas e das entidades de radiodifusão" sobre a fixação dos sons de uma execução ou interpretação musical contendo determinada composição musical, ou seja, é o direito dos terceiros responsáveis pela disseminação das obras dos autores sobre os fonogramas[5].

O direito autoral regula o direito subjetivo dos titulares originários sobre suas obras musicais e fonogramas, garantindo ao autor/intérprete direitos morais e patrimoniais[6] sobre suas criações, assegurando o seu reconhecimento como criador da obra resultante de sua atividade intelectual, o direito de exploração econômica sobre aquela, entre outros [7].

3. OMPI - Organização Mundial de Propriedade Intelectual. WIPO Intellectual Property Handbook. Suíça, 2004. Disponível em: https://tind.wipo.int/record/28661?ln=en. Acesso em: 20 dez. 2023.

4. "Fonograma: toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual". BRASIL. Lei 9610/98. Lei de Direitos Autorais de 1998. Brasília, DF: Presidência da República [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 20 dez. 2023.

5. GUEIROS JUNIOR, Nehemias. O direito autoral no show business: tudo o que você precisa saber, Volume I/ A música. Rio de Janeiro: Gryphus, 1999.p.46

6. Presentes no Capítulo II da Lei. 9610/98. BRASIL. Lei 9610/98. Lei de Direitos Autorais de 1998. Brasília, DF: Presidência da República [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 20 dez. 2023.

7. OLIVEIRA, Camila Bandeira da Silva. Da violação do direito autoral em obras musicais na internet. Monografia – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.p.21.

A respeito dos direitos morais, a LDA, é assertiva:

> Art. 24. São direitos morais do autor:
> I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;
> *II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;*
> III - o de conservar a obra inédita;
> IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;
> V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;
> VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;
> VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado (grifo nosso).

Os titulares originários de tais direitos intrínsecos à obra são os autores, compositores e artistas, pessoas físicas[8], não sendo possível a total dissociação entre titular originário e obra dos seus direitos morais.

A legislação admite, contudo, que por convenção expressa e formal, os direitos patrimoniais sejam transferidos a outrem, como por exemplo, na hipótese de transferência de titularidade sobre obra ou fonograma a editoras ou gravadoras, permanecendo o direito moral do autor intransferível, no entanto[9].

Em tais hipóteses, haverá a cessão ou licença de direitos para que terceiros – aqui admitidas tanto pessoas físicas ou jurídicas – explorem a obra/fonograma diretamente, se tornando titulares não originários dos direitos patrimoniais, mantendo, em todos os casos, o titular originário seus créditos e demais direitos morais.

O uso e exploração de tais conteúdos por terceiros estranhos a tal cessão/licença é admitido, porém, tão somente em três hipóteses: mediante a autorização prévia e expressa dos titulares dos direitos patrimoniais; nas hipóteses de limitação aos direitos autorais presentes nos artigos 46 a 48 da LDA; e, ainda, mediante a interpretação constitucional da LDA, que pode limitar o di-

8. COSTA NETTO, José Carlos. Direito autoral no Brasil. 2ª ed. São Paulo: FTD, 2008, p.93.

9. GUEIROS JUNIOR, Nehemias. O direito autoral no show business: tudo o que você precisa saber, Volume I/ A música. Rio de Janeiro: Gryphus, 1999, p.49.

reito do autor em prol de outro direito fundamental que se entenda prioritário no caso concreto[10].

Nesse mesmo sentido, Ogawa destaca que a proteção sobre obras e fonogramas, no Brasil e no mundo, não é absoluta e sofre limitações, "uma vez que a atribuição de Direitos Autorais causa restrições a direitos fundamentais de diversos núcleos de interesse" havendo a "necessidade de composição entre o interesse privado do autor e o interesse público da coletividade em conhecer as obras intelectuais"[11].

Não se tratando de nenhuma das referidas hipóteses, o uso/exploração dos conteúdos por terceiros estaria vedado e qualquer utilização configuraria infração de direito autoral.

2. Inteligência artificial: conceito, classificações e as aplicações de inteligência artificial generativa

Diante da falta de consenso doutrinário sobre a definição de inteligência artificial, o presente artigo se deterá às definições estabelecidas pela União Européia e Organização Mundial de Propriedade Intelectual de modo a tornar objetiva a discussão a respeito das inteligências artificiais e as aplicações/sistemas que dela se utilizam[12].

De acordo com a OMPI:

> Não há uma definição universal de inteligência artificial. A IA é geralmente considerada uma disciplina da ciência da computação que visa desenvolver máquinas e sistemas que possam realizar tarefas que são vistas como exigindo inteligência humana. O machine learning e o deep learning são dois subconjuntos da IA. Nos últimos anos, com o desenvolvimento de novas técnicas e hardware de redes neurais, a IA é geralmente percebida como sinônimo de "aprendizagem supervisionada profunda de máquinas[13].

10. MAGRANI, Eduardo J. Guedes. Exceções e limitações no direito autoral brasileiro: críticas à restritividade da lei brasileira, historicidade e possíveis soluções. Revista da EMARF, Rio de Janeiro, v. 30, n.1, p.1-422, maio./out.2019, p.42. Disponível em: http://eduardomagrani.com/wp-content/uploads/2019/05/ARTIGO-EXCECOES-E-LIMITACOES-2019.1.pdf. Acesso em: 20 dez. 2023.

11. OGAWA, Mariana Ueda. Da temporalidade dos direitos patrimoniais do autor. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p.67. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041013.pdf. Acesso em: 20 dez. 2023.

12. LANA, Pedro de Perdigão. A autoria de obras autonomamente geradas por inteligência artificial e o domínio público. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020, p.107. Disponível em: https://onda.org.br/resources/2020_Pedro%20PERDIG%C3%83O_Mest.pdf . Acesso em: 20 dez. 2023.

13. OMPI - Organização Mundial de Propriedade Intelectual. What is Artificial Intelligence. Suíça, 2022. Disponível em:https://www.wipo.int/about-ip/en/frontier_technologies/ai_and_ip.html. Acesso em: 20 dez. 2023.

A União Européia, através do Grupo Independente de Peritos de Alto Nível sobre Inteligência Artificial, por sua vez, define:

> Os sistemas de inteligência artificial (IA) são sistemas de software (e eventualmente também de hardware) concebidos por seres humanos, que, tendo recebido um objetivo complexo, atuam na dimensão física ou digital percepcionando o seu ambiente mediante a aquisição de dados, interpretando os dados estruturados ou não estruturados recolhidos, raciocinando sobre o conhecimento ou processando as informações resultantes desses dados e decidindo as melhores ações a adotar para atingir o objetivo estabelecido. Os sistemas de IA podem utilizar regras simbólicas ou aprender um modelo numérico, bem como adaptar o seu comportamento mediante uma análise do modo como o ambiente foi afetado pelas suas ações anteriores. Enquanto disciplina científica, a IA inclui diversas abordagens e técnicas, tais como a aprendizagem automática (de que a aprendizagem profunda e a aprendizagem por reforço são exemplos específicos), o raciocínio automático (que inclui o planeamento, a programação, a representação do conhecimento e o raciocínio, a pesquisa e a otimização) e a robótica (que inclui o controle, a percepção, os sensores e atuadores, bem como a integração de todas as outras técnicas em sistemas ciberfísicos)[14].

Lana[15] ao analisar as técnicas de inteligência artificial, extrai do relatório da OMPI de 2019, as seguintes definições:

> Aprendizado de máquina (*machine learning*): um processo de IA que utiliza algoritmos e modelos estatísticos para permitir que os computadores tomem decisões sem ter que programá-lo explicitamente para realizar a tarefa. Os algoritmos de aprendizado de máquina constroem um modelo sobre amostras de dados usados como dados de treinamento para identificar e extrair padrões dos dados e, portanto, adquirir seu próprio conhecimento
> Aprendizado profundo (*deep learning*): uma abordagem de aprendizagem de máquina que tenta entender o mundo em termos de uma hierarquia de conceitos. A maioria dos modelos de aprendizagem profunda é implementada aumentando o número de camadas em uma rede neural.
> Aprendizado supervisionado (*supervised learning*): a forma mais

14. GPAN IA, 2019, p.47 apud LANA, 2020, p.109. LANA, Pedro de Perdigão. A autoria de obras autonomamente geradas por inteligência artificial e o domínio público. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020. Disponível em: https://onda.org.br/resources/2020_Pedro%20PERDIG%C3%83O_Mest.pdf . Acesso em: 20 dez. 2023.

15. OMPI, 2019 apud LANA, Pedro de Perdigão. A autoria de obras autonomamente geradas por inteligência artificial e o domínio público. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020, p.108-109. Disponível em: https://onda.org.br/resources/2020_Pedro%20PERDIG%C3%83O_Mest.pdf . Acesso em: 20 dez. 2023.

amplamente adotada de aprendizagem de máquinas. Na aprendizagem supervisionada, o agrupamento esperado das informações em determinadas categorias (saída) é fornecido ao computador através de exemplos de dados (entrada) que foram categorizados manualmente corretamente e formam o conjunto de dados de treinamento. Com base nestes exemplos de entrada-saída, o sistema de IA pode categorizar dados novos e não vistos nas categorias pré-definidas.

Aprendizado não supervisionado (*unsupervised learning*): um tipo de algoritmo de aprendizagem de máquina que encontra e analisa padrões ocultos ou pontos comuns em dados que não foram rotulados ou classificados. Ao contrário da aprendizagem supervisionada, o sistema não foi fornecido com um conjunto predefinido de aulas, mas sim identifica padrões e cria etiquetas/grupos nos quais classifica os dados.

Rede neural (*neural network*): um processo de aprendizagem inspirado nas estruturas neurais do cérebro. A rede é uma estrutura conectada de muitas funções (neurônios) que trabalham em conjunto para processar múltiplas entradas de dados. A rede é geralmente organizada em camadas sucessivas de funções, cada camada usando a saída da anterior como entrada.[16].

Relevantes, ainda, são as classificações das inteligências artificiais segundo seu grau de sofisticação, IAs Fortes e Fracas; e seu escopo, IAs Restritas (*Narrow AIs*) e Genéricas (*General AIs*).

Em relação à sofisticação, as IAs fortes seriam capazes de desenvolver efetiva consciência e mente de uma pessoa natural, ou seja, haveria a "asserção de que as máquinas que o fazem estão realmente pensando (em vez de simularem o pensamento)"; enquanto as IAs fracas apenas simulariam, de maneira muito próxima à realidade, a capacidade mental de um ser humano, havendo "a asserção de que as máquinas possam agir de maneira inteligente (ou, quem sabe, agir como se fossem inteligentes)"[17].

No que tange o escopo, as IAs Restritas seriam as tecnologias que envolvem a execução de uma tarefa determinada usualmente realizada por um ser humano, ao passo que a IA Genérica "compreenderia um nível de desenvolvimento informático que permitisse que o mesmo executasse toda e qualquer

16. Ibidem, p.108-109.

17. RUSSEL E NORVIG, 2013, p.889 apud LANA, Pedro de Perdigão. A autoria de obras autonomamente geradas por inteligência artificial e o domínio público. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020, p.111. Disponível em: https://onda.org.br/resources/2020_Pedro%20PERDIG%C3%83O_Mest.pdf . Acesso em: 20 dez. 2023.

tarefa intelectual”[18].

As variadas técnicas de inteligência artificial podem ser combinadas e organizadas em formato de sistemas, programas e aplicações que gerem novos conteúdos, sendo relevantes ao presente trabalho as aplicações que envolvem a utilização das técnicas acima definidas, cuja sofisticação seja fraca, ou seja, haja apenas como uma simulação de uma pessoa natural, e tenha tanto escopo genérico, como restrito, desde que as restritas “estejam bem avançadas e tendo como atividade especializadas a produção de obras passíveis de proteção pelos direitos de autor”[19].

A respeito das inteligências artificiais generativas, a Unesco traz como definição:

> A Inteligência Artificial Generativa (GenAI) é uma tecnologia de Inteligência Artificial (IA) que gera automaticamente conteúdo em resposta a comandos escritos em linguagem natural em interfaces de conversação. Em vez de simplesmente organizar páginas da web existentes, ao se basear em conteúdo já existente, a GenAI realmente *produz novo conteúdo*. Esse conteúdo pode aparecer em formatos que compreendem todas as representações simbólicas do pensamento humano: textos escritos em linguagem natural, imagens (incluindo fotográficas e pinturas digitais), *vídeos, música* e código de software. *A GenAI é treinada usando dados coletados de páginas da web, conversas em redes sociais e outras mídias online.* Ela gera seu conteúdo analisando estatisticamente as distribuições de palavras, pixels ou outros elementos nos dados que foram incorporados, identificando e repetindo padrões comuns (por exemplo) quais palavras geralmente seguem quais outras palavras)[20]. (tradução nossa).

3. O uso de obras e fonogramas pelas inteligências artificiais

O uso de conteúdos fonográficos pelas aplicações de inteligência arti-

18. SCHIRRU, Luca. Direito Autoral e Inteligência Artificial: autoria e titularidade nos produtos de IA. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020, p.187. Disponível em: https://onda.org.br/resources/2020_Luca%20SCHIRRU_Dout.pdf . Acesso em: 20 dez. 2023.

19. LANA, Pedro de Perdigão. A autoria de obras autonomamente geradas por inteligência artificial e o domínio público. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020, p.111. Disponível em: https://onda.org.br/resources/2020_Pedro%20PERDIG%C3%83O_Mest.pdf . Acesso em: 20 dez. 2023.

20. UNESCO – United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. Guidance for generative AI in education and research. França, 2023, p.11. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/in/documentViewer.xhtml?v=2.1.196&id=p::usmarcdef_0000386693&file=/in/rest/annotationSVC/DownloadWatermarkedAttachment/attach_import_d4cbd94b-e-183-448f-90a9-ea9bb3b74db2%3F_%3D386693eng.pdf&locale=en&multi=true&ark=/ark:/48223/pf0000386693/PDF/386693eng.pdf#1243_23_Guidance%20on%20Generation%20AI.indd%3A.141705%3A1366 . Acesso em: 22 dez. 2023.

ficial é diverso, passando desde a utilização de obras e fonogramas para o treinamento das IAs, viabilizando a criação de novos conteúdos baseados nos estilos de composição e interpretação de determinado autor ou artista, como nos casos das músicas que simulavam obras e vozes de artistas como Drake e Eminem[21]; até a incorporação de obras/músicas incidentais e *samples* em novas criações, o que configuraria verdadeira obra derivada[22].

A tensão a respeito do uso de obras e fonogramas pelas aplicações de IA se dá não só pela ausência de autorização e remuneração dos titulares para a utilização de conteúdos protegidos por direito autoral no treinamento e na geração de conteúdo por tais aplicações, o que configuraria violação de natureza patrimonial, como também pela ausência dos respectivos créditos – violação de direito moral.

De um lado, os titulares de obras e fonogramas entendem haver verdadeira infração de direito autoral, enquanto do outro, os desenvolvedores das IAs alegam que a exploração de conteúdo deva ser enquadrada no instituto norte-americano do *fair use,* não sendo necessária autorização e, consequentemente, devida qualquer remuneração.

De fato, a proteção sobre obras e fonogramas, no Brasil e no mundo, não é absoluta e sofre limitações, estando presente entre elas, o instituto do *fair use,* que Magrani explica:

> O conceito de fair use [...], permite o uso limitado de material protegido por direitos autorais sem que seja necessária prévia autorização dos titulares dos direitos autorais, desde que o uso seja considerado justo. Para tanto, quatro fatores são levados em consideração:
> - O propósito e a natureza do uso;
> - A natureza da obra utilizada;
> - A quantidade e qualidade da porção utilizada em comparação com o todo da obra;
> - As consequências do uso no mercado e seu impacto no valor da obra original.
> [...]
> Vale mencionar que a figura do fair use não esgota a matéria dos limites aos direitos do autor no direito norte-americano, sendo um teste aplicável, mormente, a situações lacunosas em que não se

21. NICOLAU, Anna. Entenda como a inteligência artificial impacta a indústria musical e os direitos autorais. Folha de S. Paulo, São Paulo, 14 mai. 2023. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2023/05/entenda-como-a-inteligencia-artificial-impacta-a-industria-musical-e-os-direitos-autorais.shtml. Acesso em: 20 dez. 2023.

22. "g) derivada - a que, constituindo criação intelectual nova, resulta da transformação de obra originária;". BRASIL. Lei 9610/98. Lei de Direitos Autorais de 1998. Brasília, DF: Presidência da República [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 20 dez. 2023.

> têm normas específicas, constituindo na verdade uma cláusula geral a ser interpretada pelos tribunais complementada por especificações positivas, constantes das seções 108 e seguintes do título 17 do US Code e por diplomas como o Digital Millennium Copyright Act de 1998 e demais diretrizes (guidelines).[23]

O Brasil, no entanto, não recepciona o *fair use* e teria suas limitações ao direito do autor restritas aos casos previstos na LDA, ou seja, "caso a conduta do agente não se coadune com as permissões expressamente previstas em lei, o uso da obra não será admitido"[24].

Neste ponto, nos deparamos com duas interpretações. A primeira leva em consideração apenas o que Ascensão[25] chama de limites intrínsecos, ou seja, não estando o uso pelas aplicações de inteligência artificial contemplado no rol de limitações da LDA, seria possível entender que, no Brasil, haverá sim infração de direito autoral, caso as aplicações de inteligência artificial não solicitem as licenças cabíveis aos autores, intérpretes e demais titulares de direito pelo uso de suas obras e fonogramas.

Por outro lado, considerando também os limites extrínsecos[26], haveria a interpretação da LDA à luz da Constituição Federal de 1988 que levaria a uma possível ponderação judicial entre os direitos dos autores e eventuais direitos fundamentais dos titulares de aplicações de IA e da coletividade – como liberdade de expressão, informação, acesso ao ensino e à cultura, por exemplo sendo capaz de apurar ou não eventual violação de direito autoral em âmbito nacional.

Se filiando à corrente dos limites intrínsecos e extrínsecos, e estabelecendo a interpretação jurisprudencial vigente no Brasil, o STJ, através do R.Esp 964.404, é categórico ao considerar "as limitações da Lei 9.610/98 meramente exemplificativas"[27]. A decisão é clara ao estabelecer que "os direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade direta e imediata (art 5º, §1º, CF) vinculando o Poder Público como um todo – Executivo, Legislativo e Judiciário"

23. MAGRANI, Eduardo J. Guedes. Exceções e limitações no direito autoral brasileiro: críticas à restritividade da lei brasileira, historicidade e possíveis soluções. Revista da EMARF, Rio de Janeiro, v. 30, n.1, p.1-422, maio./out.2019, p.167. Disponível em: http://eduardomagrani.com/wp-content/uploads/2019/05/ARTIGO-EXCECOES-E-LIMITACOES-2019.1.pdf. Acesso em: 20 dez. 2023.

24. *Ibidem*. p.170.

25. ASCENSÃO, José Oliveira. As "exceções e limites" ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital. In: Fórum Nacional de Direito Autoral – Ministério da Cultura, Seminário Internacional sobre Direito Autoral, Fortaleza, nov.2008, p.3. Disponível em: http://thacker.diraol.eng.br/mirrors/www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/02/texto_mesa11_ascensao.pdf . Acesso em: 20 dez.2023.

26. Ibidem, p.4.

27. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 964.404/ES. Mitra Arquidiocesana de Vitória. Escritório Central de Arrecadação e Distribuição ECAD. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 16 dez. 2010. Brasília, 23 mai. 2011. Disponível em:_https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/866321547/inteiro-teor-866321549. Acesso em: 22 fev. 2024.

uma vez que tais direitos não se encontrariam 'na esfera de disponibilidade dos poderes públicos', estando estes, ao revés, 'na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais'"[28].

O STJ, através do referido Recurso Especial, salienta, contudo, que a ponderação de direitos não poderá ser arbitrária, obedecendo aos rígidos critérios aduzidos da Convenção de Berna e o Acordo OMC/TRIPs[29], dos quais o Brasil é signatário – na chamada "regra dos três passos"[30].

Segundo a regra dos três passos:

> a reprodução não autorizada de obras de terceiros é admitida nas seguintes hipóteses: '(a) em certos casos especiais; (b) que não conflitem com a exploração comercial normal da obra; (c) não prejudiquem injustificadamente os legítimos interesses do autor[31].

Ainda longe de pacificação, em outubro de 2023, o tema teve sua judicialização iniciada em relação à música nos Estados Unidos, através da ação da Universal Music Publishing Group contra a Antrophic[32] em que a primeira alega a "violação sistemática e generalizada de suas letras de música protegidas por direitos autorais" onde "no processo de construção e operacionalização de modelos de inteligência artificial, a Anthropic copia e dissemina ilegalmente vasta quantidade de obras protegidas por direitos autorais, incluindo as letras de diversas composições musicais de propriedade ou controle das editoras"[33] (tradução nossa).

O caso, que servirá como precedente para as demais decisões a partir daqui, não teve finalização até a conclusão do presente artigo, estando pendente até abril de 2024, o pedido liminar por parte da Universal para a Anthropic: "(1) abster-se de reproduzir as obras para treinar futuros modelos de IA e (2)

28. SARLET, 2006, p.383 apud Ibidem.

29. "Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interest of the right holder.". WTO – World Trade Organization. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights as Amended by the 2005 Protocol Amending the TRIPS Agreement. Suíça, 2005. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/trips_e.htm#art1. Acesso em: 22 fev. 2024.

30. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 964.404/ES. Mitra Arquidiocesana de Vitória. Escritório Central de Arrecadação e Distribuição ECAD. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 16 de dez. de 2010. Brasília, 23 mai. 2011. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/866321547/inteiro-teor-866321549. Acesso em: 22 fev. 2024.

31. BASSO, 2007 apud Ibidem.

32. ESTADOS UNIDOS. United States District Court, Middle District of Tennessee, Nashville Division. Case nº3:23-cv-01092. Concord Music Group, INC. Anthropic PBC. Nashville, TN, 18 out. 2023. Disponível em: https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.tnmd.96652/gov.uscourts.tnmd.96652.1.0.pdf. Acesso em: 25 abr. 2024.

33. STANSSEN, Murray. Did Anthropic just reveal how it will try to beat Universal's landmark music copyright lawsuit?. Music Business Worldwide, Estados Unidos, 06 nov. 2023. Disponível em: https://www.musicbusinessworldwide.com/did-anthropic-just-reveal-how-it-will-try-to-beat-universals-landmark-music-copyright-lawsuit/. Acesso em: 20 dez. 2023.

implemente nos seus atuais modelos de IA salvaguardas que consistentemente impeçam a produção de saídas que reproduzam, distribuam ou exibam as obras"[34] (tradução nossa); além do pedido de improcedência feito pela Anthropic[35].

Caso negado o pedido de improcedência, presume-se que o posicionamento da Anthropic deva seguir a linha de sua resposta ao questionamento do United States Copyright Office, ou seja, que o treinamento de IAs seria *fair use,* não sendo necessária licença específica, alegando, ainda, que o usuário seria o responsável por infrações diretas, uma vez que "se envolve na conduta relevante para gerar a saída, e portanto, geralmente será o ator relevante para fins de avaliação"[36](tradução nossa).

Na contramão do atual posicionamento de boa parte das aplicações de IA e inspirada pela solução das plataformas de streaming, plataformas como a Raive buscam desenvolver "o primeiro modelo de base multimídia de IA generativa com atribuição de propriedade intelectual e royalties de IA incorporados"[37]. De acordo com o cofundador da plataforma, Pablo Ducru, ao contrário das demais aplicações de IA, eles buscam junto aos titulares licenças gratuitas para o treinamento da IA e onerosas quando o *prompt* gerar conteúdo que incorpore obra de terceiros[38].

Independente das iniciativas dos desenvolvedores para mitigar eventuais consequências legais do uso não autorizado de conteúdos pelas plataformas, a necessidade de regulação das IAs é premente em todo o mundo. A constante insegurança jurídica que a falta de legislação regulatória gera é de interesse não só particular, mas também público, sendo cada vez mais urgente.

Nesse sentido, a União Européia foi a primeira a aprovar a regulação do uso de inteligências artificiais em seu território. O chamado *AI Act*, proposto em abril de 2023, foi aprovado em março de 2024, e prevê entre outros pontos que "IAs generativas, como ChatGPT, terão que cumprir requisitos de transparência: [...] 2. Projetar o modelo para evitar a geração de conteúdo ilegal; 3.

34. ESTADOS UNIDOS. United States District Court, Middle District of Tennessee, Nashville Division. Case nº3:23-cv-01092. Concord Music Group, INC. Anthropic PBC. Nashville, TN, 16 nov. 2023. Disponível em: https://www.musicbusinessworldwide.com/files/2023/11/41-Memorandum-in-Support-of-Preliminary-Injunction-1.pdf. Acesso em: 25 abr. 2024.

35. ESTADOS UNIDOS. United States District Court, Middle District of Tennessee, Nashville Division. Case nº3:23-cv-01092. Concord Music Group, INC. Anthropic PBC. Nashville, TN, 17 abr. 2024. Disponível em:https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-tnmd-3_23-cv-01092/pdf/USCOURTS-tnmd-3_23-cv-01092-0.pdf. Acesso em: 25 abr. 2024.

36. STANSSEN, Murray. Did Anthropic just reveal how it will try to beat Universal's landmark music copyright lawsuit?. Music Business Worldwide, Estados Unidos, 06 nov. 2023. Disponível em: https://www.musicbusinessworldwide.com/did-anthropic-just-reveal-how-it-will-try-to-beat-universals-landmark-music-copyright-lawsuit/. Acesso em: 20 dez. 2023.

37. RAIVE. Disponível em: https://raive.com/. Acesso em: 21 dez. 2023.

38. Informação obtida no evento Varanda ITS#134, através do painel apresentado por Sérgio Branco e Pablo Ducru, cofundador da Raive, promovida pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade, no dia 28 de novembro de 2023. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=IUn-2KhqFHw. Acesso em:25 abr. 2024.

Publicar resumos dos dados protegidos por direitos autorais usados no treinamento". Suas previsões entrarão em vigor gradualmente, devendo estar integralmente implementadas até o fim de 2030[39]. [40].

No Brasil, alguns projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional chamam a atenção ao tratar especificamente sobre direito autoral e inteligência artificial.

O PL 2.338/23, em tramitação no Senado Federal, se propõe a ser o marco regulatório da inteligência artificial no Brasil, mas já recebe duras críticas por possível violação a Convenção de Berna, a qual o Brasil é signatário[41], por estabelecer que:

> Art. 42. Não constitui ofensa a direitos autorais a utilização automatizada de obras, como extração, reprodução, armazenamento e transformação, em processos de mineração de dados e textos em sistemas de inteligência artificial, nas atividades feitas por organizações e instituições de pesquisa, de jornalismo e por museus, arquivos e bibliotecas, desde que:
> I – não tenha como objetivo a simples reprodução, exibição ou disseminação da obra original em si;
> II – o uso ocorra na medida necessária para o objetivo a ser alcançado; III – não prejudique de forma injustificada os interesses econômicos dos titulares; e
> IV – não concorra com a exploração normal das obras.
> § 1º Eventuais reproduções de obras para a atividade de mineração de dados serão mantidas em estritas condições de segurança, e apenas pelo tempo necessário para a realização da atividade ou para a finalidade específica de verificação dos resultados da pesquisa científica.
> § 2º Aplica-se o disposto no caput à atividade de mineração de dados e textos para outras atividades analíticas em sistemas de inteligência artificial, cumpridas as condições dos incisos do caput e do § 1º, desde que as SF/23833.90768-16 Página 27 de 33 Avulso do PL 2338/2023 atividades não comuniquem a obra ao público e

39. IAPP - International Association of Privacy Professionals. EU AI Act: Next Steps for Implementation. Estados Unidos, 2024. Disponível em: https://iapp.org/media/pdf/resource_center/eu_ai_act_timeline.pdf. Acesso em: 25 abr. 2024.

40. EUROPEAN PARLIAMENT. EU IA Act: first regulation on artificial intelligence. França, 2023. Disponível em:https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence. Acesso em: 21 Dez. 2023.

41. "A carta assinada pelas principais entidades do livro (SNEL, CBL, IPA, ABDR e Abrelivros) [...] explica que a regra dos três passos da Convenção de Berna estabelece que exceções à proteção do direito de reprodução, um direito exclusivo que requer autorização para qualquer utilização, apenas são possíveis mediante três requisitos, que devem ser verificados sucessivamente e passo a passo: (1) que as exceções se apliquem apenas em certos casos especiais, (2) que não afetem a exploração normal da obra, e (3) que não cause um prejuízo injustificado aos interesses legítimos dos titulares de direitos. Segundo o documento, o Art. 42 fere os três passos." SABOTA, GUILHERME. Projeto que regulamenta inteligência artificial no Brasil tem brecha sobre direitos autorais, aponta ABDR. Publish News, Rio de Janeiro, 2023. Disponível em: https://www.publishnews.com.br/materias/2023/09/06/projeto-que-regulamenta-inteligencia-artificial-no-brasil-tem-brecha-sobre-direitos-autorais-aponta-abdr . Acesso em 22 Dez. 2023.

> que o acesso às obras tenha se dado de forma legítima.
> § 3º A atividade de mineração de textos e dados que envolva dados pessoais estará sujeita às disposições da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais).[42]

Já o PL 1.473/23, apresentado em março de 2023, tramita na Câmara dos Deputados, e "torna obrigatória a disponibilização, por partes das empresas que operam sistemas de inteligência artificial, de ferramentas que garantam aos autores de conteúdo na internet a possibilidade de restringir o uso de seus materiais pelos algoritmos de inteligência artificial, com o objetivo de preservar os direitos autorais"[43].

De agosto de 2023, o PL 4.025/23 propõe a alteração do Código Civil e da LDA, "dispondo sobre a utilização de imagem de pessoa, viva ou falecida, e dos direitos autorais, decorrentes da utilização de inteligência artificial", nele é previsto a necessidade de autorização prévia do conteúdo para treinamento, o pagamento de royalties e a confirmação de que obras geradas por IAs não geram direito autoral[44].

Ao que tudo indica, será necessária mais discussão para que as propostas sejam coesas e não corram o risco de ferir acordos internacionais e interesses de ambas as partes, mas apenas o amadurecimento da discussão, além do aprofundamento do uso técnico dos conteúdos pelas IAs poderão levar a uma legislação regulatória segura para todos.

Considerações finais

Em meio às transformações do mercado fonográfico impulsionada pelas novas tecnologias, a ascensão das aplicações de inteligência artificial generativa trouxe consigo uma nova onda de desafios e dilemas para a indústria musical e os detentores de direitos autorais. A narrativa antes concentrada na luta contra pirataria e na adaptação às plataformas de streaming, agora se volta para a utilização não autorizada de obras musicais e fonogramas no treinamento dessas IAs e na geração de novos conteúdos.

O embate entre os titulares de direitos autorais e desenvolvedores de inteligência artificial evidencia a lacuna regulatória que permeia questões fun-

42. BRASIL. Projeto de Lei 2.338/23. Brasília, DF: Senado Federal, [2023]. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233. Acesso em: 25 abr. 2024.

43. BRASIL. Projeto de Lei 1.473/23. Brasília, DF: Câmara Legislativa, [2023]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2353916 Acesso em: 25 abr. 2024.

44. BRASIL. Projeto de Lei 4025/23. Brasília, DF: Câmara Legislativa, [2023]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2380982 .Acesso em: 25 abr. 2024.

damentais, desde a transparência no uso de obras protegidas por direitos autorais até a definição de limites éticos e legais para o desenvolvimento dessas tecnologias. A ausência de uma regulamentação clara deixa espaço para interpretações divergentes sobre a legalidade do treinamento de IAs com obras protegidas e a geração de novas criações.

O Brasil, ao contrário dos Estados Unidos, não adota o conceito de *fair use*, o que impacta a análise jurídica em relação à utilização de obras protegidas por IAs. A complexidade de tais questões é ainda mais agravada pelo desafio de equilibrar direitos morais e patrimoniais de autores e intérpretes com outros direitos fundamentais.

No cenário internacional, a União Europeia emerge como pioneira na regulamentação específica para o uso de IA, refletindo a necessidade global de estabelecer diretrizes claras. O *AI Act* aprovadopela UE delineia requisitos de transparência para as IAs generativas, abordando a prevenção da geração de conteúdo ilegal e a divulgação de resumos de dados protegidos por direitos autorais.

O Brasil, por sua vez, inicia as discussões de sua legislação regulatória, mas ao que parece ainda sem coesão entre as propostas que seguem desencontradas umas das outras e sob risco de violação de acordos internacionais a que o país é signatário.

Diante desse contexto, a conclusão inevitável é que a interseção entre direito autoral e inteligência artificial demanda uma abordagem jurídica e regulatória urgente. À medida que a indústria musical continua a enfrentar as implicações dessa revolução tecnológica, a busca por soluções equitativas e sustentáveis torna-se crucial para garantir a proteção dos direitos dos criadores, a inovação responsável e o acesso à cultura para todos.

O desfecho dessas questões não apenas moldará o futuro do mercado fonográfico, mas também estabelecerá precedentes importantes para a interação entre direitos autorais e as tecnologias emergentes.

Resta saber se com a própria percepção dos usuários sendo a da necessidade de autorização para o uso e reprodução por IA[45], bem como da necessidade de crédito[46], vencerão os interesses dos desenvolvedores de aplicação de IA ou os titulares de direito autoral.

45. "76% think that an artist's music or vocals should not be used or ingested by AI without permission". IFPI - International Federation of the Phonographic Industry. Engaging with Music 2023, p.6. Inglaterra, 2023. Disponível em: https://worldmusicviews.com/wp-content/uploads/2023/12/IFPI-Engaging-With-Music-2023_full-report.pdf. Acesso em: 20 dez. 2023.

46. "73% agree that an AI system should clearly list any music that it has ingested or used for training". IFPI - International Federation of the Phonographic Industry. Engaging with Music 2023, p.6. Inglaterra, 2023. Disponível em: https://worldmusicviews.com/wp-content/uploads/2023/12/IFPI-Engaging-With-Music-2023_full-report.pdf. Acesso em: 20 dez. 2023.

Referências

ASCENSÃO, José Oliveira. As “exceções e limites” ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital. In: Fórum Nacional de Direito Autoral – Ministério da Cultura, Seminário Internacional sobre Direito Autoral, Fortaleza, nov. 2008. Disponível em: http://thacker.diraol.eng.br/mirrors/www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/02/texto_mesa11_ascensao.pdf . Acesso em: 20 dez.2023.

BRASIL. Lei 9610/98. Lei de Direitos Autorais de 1998. Brasília, DF: Presidência da República [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 20 dez. 2023.

BRASIL. Projeto de Lei 1.473/23. Brasília, DF: Câmara Legislativa, [2023]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2353916 Acesso em: 25 abr. 2024.

BRASIL. Projeto de Lei 2.338/23. Brasília, DF: Senado Federal, [2023]. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233. Acesso em: 25 abr. 2024.

BRASIL. Projeto de Lei 4025/23. Brasília, DF: Câmara Legislativa, [2023]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2380982 . Acesso em: 25 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 964.404/ES. Mitra Arquidiocesana de Vitória. Escritório Central de Arrecadação e Distribuição ECAD. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 16 de dez. de 2010. Brasília, 23 mai. 2011. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/866321547/inteiro-teor-866321549. Acesso em: 22 fev. 2024.

COSTA NETTO, José Carlos. Direito autoral no Brasil. 2ª ed. São Paulo: FTD, 2008.

ESTADOS UNIDOS. United States District Court, Middle District of Tennessee, Nashville Division. Case nº3:23-cv-01092. Concord Music Group, INC. Anthropic PBC. Nashville, TN, 18 out. 2023. Disponível em: https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.tnmd.96652/gov.uscourts.tnmd.96652.1.0.pdf. Acesso em: 25 abr. 2024

ESTADOS UNIDOS. United States District Court, Middle District of Tennessee, Nashville Division. Case nº3:23-cv-01092. Concord Music Group, INC. Anthropic PBC. Nashville, TN, 16 nov. 2023. Disponível em: https://www.musicbusinessworldwide.com/files/2023/11/41-Memorandum-in-Support-of-Preliminary-Injunction-1.pdf. Acesso em: 25 abr. 2024.

ESTADOS UNIDOS. United States District Court, Middle District of Tennessee, Nashville Division. Case nº3:23-cv-01092. Concord Music Group, INC. Anthropic PBC. Nashville, TN, 17 abr. 2024. Disponível em:https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCOURTS-tnmd-3_23-cv-01092/pdf/USCOURTS-tnmd-3_23-cv-01092-0.pdf. Acesso em: 25 abr. 2024.

EUROPEAN PARLIAMENT. EU IA Act: first regulation on artificial intelligence. França, 2023. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence. Acesso em: 21 Dez. 2023.

GUEIROS JUNIOR, Nehemias. O direito autoral no show business: tudo o que você precisa saber, Volume I/ A música. Rio de Janeiro: Gryphus, 1999.

IAPP - International Association of Privacy Professionals. EU AI Act: Next Steps for Implementation. Estados Unidos, 2024. Disponível em: https://iapp.org/media/pdf/resource_center/eu_ai_act_timeline.pdf. Acesso em: 25 abr. 2024.

IFPI - International Federation of the Phonographic Industry. Engaging with Music 2023. Inglaterra, 2023. Disponível em: https://worldmusicviews.com/wp-content/uploads/2023/12/IFPI-Engaging-With-Music-2023_full-report.pdf. Acesso em: 20 dez. 2023.

IFPI - International Federation of the Phonographic Industry. Global Music Report. Inglaterra, 2023. Disponível em: https://globalmusicreport.ifpi.org/. Acesso em: 20 dez. 2023.

LANA, Pedro de Perdigão. A autoria de obras autonomamente geradas por inteligência artificial e o domínio público. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020. Disponível em: https://onda.org.br/resources/2020_Pedro%20PERDIG%C3%83O_Mest.pdf . Acesso em: 20 dez. 2023.

MAGRANI, Eduardo J. Guedes. Exceções e limitações no direito autoral brasileiro: críticas à restritividade da lei brasileira, historicidade e possíveis soluções. Revista da EMARF, Rio de Janeiro, v. 30, n.1, p.1-422, maio./out.2019. Disponível em: http://eduardomagrani.com/wp-content/uploads/2019/05/ARTIGO-EXCECOES-E-LIMITACOES-2019.1.pdf. Acesso em: 20 dez. 2023.

NICOLAU, Anna. Entenda como a inteligência artificial impacta a indústria musical e os direitos autorais. Folha de S. Paulo, São Paulo, 14 mai. 2023. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2023/05/entenda-como-a-inteligencia-artificial-impacta-a-industria-musical-e-os-direitos-autorais.shtml. Acesso em: 20 dez. 2023.

OGAWA, Mariana Ueda. Da temporalidade dos direitos patrimoniais do autor. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041013.pdf. Acesso em: 20 dez. 2023.

OLIVEIRA, Camila Bandeira da Silva. Da violação do direito autoral em obras musicais na internet. 2009. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

OMPI - Organização Mundial de Propriedade Intelectual. What is Artificial Intelligence. Suíça, 2022. Disponível em https://www.wipo.int/about-ip/en/frontier_technologies/ai_and_ip.html. Acesso em: 20 dez. 2023.

OMPI - Organização Mundial de Propriedade Intelectual. WIPO Intelectual Property Handbook. Suíça, 2004.Disponível em: https://tind.wipo.int/record/28661?ln=en. Acesso em: 20 dez. 2023.

RAIVE. Disponível em: https://raive.com/. Acesso em: 21 dez. 2023.

SABOTA, GUILHERME. Projeto que regulamenta inteligência artificial no Brasil tem brecha sobre direitos autorais, aponta ABDR. Publish News, Rio de Janeiro, 2023. Disponível em: https://www.publishnews.com.br/materias/2023/09/06/projeto-que-regulamenta-inteligencia-artificial-no-brasil-tem-brecha-sobre-direitos-autorais-aponta-abdr . Acesso em: 22 Dez. 2023.

SCHIRRU, Luca. Direito Autoral e Inteligência Artificial: autoria e titularidade nos produtos de IA. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

Disponível em: https://onda.org.br/resources/2020_Luca%20SCHIRRU_Dout.pdf . Acesso em: 20 dez. 2023.

STANSSEN, Murray. Did Anthropic just reveal how it will try to beat Universal's landmark music copyright lawsuit?, Music Business Worldwide, Estados Unidos, 06 nov. 2023, Disponível em: https://www.musicbusinessworldwide.com/did-anthropic-just-reveal-how-it-will-try-to-beat-universals-landmark-music-copyright-lawsuit/. Acesso em: 20 dez. 2023.

UNESCO – United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. Guidance for generative AI in education and research. França, 2023. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/in/documentViewer.xhtml?v=2.1.196&id=p::usmarcdef_0000386693&file=/in/rest/annotationSVC/DownloadWatermarkedAttachment/attach_import_d4cbd94b-e183-448f-90a9-ea9bb3b74db2%3F_%3D386693eng.pdf&locale=en&multi=true&ark=/ark:/48223/pf0000386693/PDF/386693eng.pdf#1243_23_Guidance%20on%20Generation%20AI.indd%3A.141705%3A1366 . Acesso em: 22 dez. 2023.

WTO – World Trade Organization. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights as Amended by the 2005 Protocol Amending the TRIPS Agreement. Suíça, 2005. Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/trips_e.htm#art1. Acesso em: 22 fev. 2024.

DIÁLOGOS DA
PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DIGITAL

12

Discriminação algorítmica: como a transparência pode nortear o uso da inteligência artificial em prol da proteção dos direitos fundamentais

KELLY CRISTINA MONTEIRO SOUZA OLIVEIRA

KELLY CRISTINA MONTEIRO SOUZA OLIVEIRA[1]

Sumário: Introdução. 1. Inteligência artificial e algoritmos. 2. Discriminação algorítmica. 2.1. A busca pelo equilíbrio na proteção dos direitos humanos frente ao enviesamento algorítmico. 2.2. O princípio da transparência no meio digital como critério balizador no uso de tais sistemas 3. O papel da LGPD na proteção dos direitos face às condutas algorítmicas de segregação. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

Com o avanço desenfreado da tecnologia, aliado à rápida evolução da inteligência artificial, foi possível visualizar profundas mudanças na sociedade. A proliferação de sistemas inteligentes, advindos das novas tecnologias digitais, inevitavelmente fez surgir essa inter-relação da nossa vida privada com a inteligência artificial, afetando sobremaneira o nosso modo de vida.

Os incrementos tecnológicos que se apresentam diuturnamente à sociedade contemporânea marcam a nova realidade social e econômica, trazendo significativos avanços ao indivíduo tanto no desenvolvimento de negócios, nas novas formas de comunicação e interação, na informatização dos processos produtivos e de serviços como também nas relações de trabalho. Propiciando assim, a transição para a chamada Quarta Revolução Industrial, a qual se caracteriza por essa avalanche de produtos digitais, dentre os quais podemos destacar, só a título de exemplificação, o uso de *Big Data*, *machine learning,* Inteligência Artificial.

Os impactos trazidos por essa ferramenta (IA) são, de fato, significativos.

Num mundo cada vez mais digitalizado, os algoritmos passaram a ficar cada vez mais onipresentes tanto na esfera individual quanto na esfera pública, mapeando e coletando uma infinidade de dados pessoais, quase sempre alimentados por informações trazidas pelos próprios usuários.

Se é certo que o uso dos algoritmos facilitou a vida cotidiana em todos os sentidos, trazendo significativos benefícios, por outro lado, não há como deixar de apontar alguns malefícios, justamente por serem criação humana.

As informações que abastecem esses algoritmos e que são por este captadas diariamente nas redes possibilitam que a navegação em *sites* de busca sejam aprimoradas e otimizadas a ponto de influenciar comportamentos, ma-

1. Advogada trabalhista, pós graduada em Direito e Processo do Trabalho pela UCAM; pós graduanda em Direito Digital pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade em parceria com a UERJ e pós graduanda em Economia e Trabalho pela Escola Dieese de Ciências do Trabalho (DIEESE).

nipular emoções, prever reações, além de induzir decisões.

Nessa seara, os direitos da personalidade têm sido diretamente impactados por essas interações entre os seres humanos e os sistemas de IA. Se mostra um grande desafio equilibrar a proteção dos direitos fundamentais, em especial, os direitos da personalidade, frente à revolução digital trazida por essas inovações tecnológicas.

O uso contínuo e progressivo das aplicações de IA orienta as decisões que são tomadas, quase sempre reforçando vieses de discriminação e marginalização na maioria das vezes, o que culmina em mais desigualdades.

Com isso, a manipulação que claramente se observa desses algoritmos pode levar a condutas segregacionais e até mesmo antijurídicas, até porque o tratamento e armazenamento dos dados não se dão do mesmo modo para todos, e na maioria das vezes a maneira como os usuários são influenciados é indiscutivelmente modulada por estes sistemas. O critério de neutralidade algorítmica de fato existe? Ou só se presta como uma tábula de salvaguarda aos desenvolvedores de sistemas para o enfrentamento de situações de desigualdade que eventualmente se apresentem?

Este artigo abordará, inicialmente, a temática das inovações tecnológicas sob o viés da inteligência artificial e dos algoritmos, o equilíbrio que se busca na estreita relação entre os direitos fundamentais e os algoritmos e a necessidade de o princípio da transparência algorítmica nortear o uso de tais sistemas.

Nesse contexto, advém o questionamento de proteger os direitos fundamentais frente à discriminação algorítmica, que é produzida através da manipulação do próprio sistema. O arcabouço legal de que atualmente dispomos, em especial, a LGPD, de fato protege os direitos da personalidade contra práticas discriminatórias oriundas do funcionamento algorítmico?

Além disso, é preciso buscar um caminho de sintonia para a coexistência harmoniosa entre a inteligência artificial e os direitos humanos nos meios digitais. É saber até que ponto o uso indiscriminado destes algoritmos potencializam a violação de direitos humanos, para que se implemente meios de protegê-los, seja através do aperfeiçoamento das normas, seja através de uma interpretação sistemática para que o espaço virtual se torne um ambiente mais seguro.

Assim se faz necessário sofisticar esse debate acerca da possibilidade de aprimorar o arcabouço teórico-legal de modo a salvaguardar e respaldar futuras decisões, e assim assegurar o respeito aos direitos fundamentais frente a

esse cenário de inovações tecnológicas em constante evolução.

O cerne da pesquisa se finca em trazer à lume a transparência das informações quanto à criação desses sistemas, de modo a possibilitar a responsabilização por eventuais violações de direitos fundamentais oriundas de manipulações algorítmicas.

A compreensão dos desafios que aqui se mostram exige que a utilização de tais sistemas se dê da forma mais transparente possível, proibindo qualquer espécie de discriminação por programas digitais orientados por manipulação algorítmica. E assim proporcionar uma maior interação entre a tecnologia e os direitos humanos de modo que aquela atue como um verdadeiro aliado na proteção destes.

1. Inteligência Artificial e algoritmos

A inteligência artificial hoje é parte integrante da nossa rotina. Com o avanço desmedido da tecnologia, novas ferramentas de IA surgem a cada dia e cada vez mais fazem parte da vida das pessoas. Mais da metade da população mundial está conectada à *internet* e essa proliferação de interações na rede é captada por essas novas tecnologias, incorporando ao nosso cotidiano essa avalanche de aplicativos inteligentes, que por sua vez são alimentados pelos dados que os indivíduos produzem acerca de suas preferências, comportamentos, emoções e até mesmo ideologias.

Como o próprio nome sugere e também levando-se em conta o campo onde esta ferramenta mais avançou, podemos definir que se trata de um ramo da área da Ciência da Computação cujo interesse é fazer com que os computadores simulem a inteligência humana, ou seja, a ciência busca o desenvolvimento da capacidade de algoritmos e modelos computacionais para que pensem ou se comportem de forma inteligente, fornecendo todos os fundamentos teóricos e práticos para tanto.

É um conceito bastante amplo, porém, ainda não há um consenso acadêmico do que seja a IA. No estudo conduzido por Jaime Simão Sichman, "trata-se certamente de um ramo da ciência/engenharia da computação, e portanto visa desenvolver sistemas computacionais que solucionam problemas".[2]

Justamente por se tratar de um tópico bastante amplo, a IA também se relaciona com outros campos de estudo como Psicologia; Ciência da computa-

2. SICHMAN, Jaime Simão. Inteligência Artificial e sociedade: avanços e riscos. Estudos Avançados, São Paulo, Brasil, v. 35, n. 101, p. 37–50, 2021.

ção; Matemática e Estatística; Aprendizagem de Máquina (*machine learning)*; Ciência cognitiva; Filosofia da mente; linguística computacional, Biologia, entre outras áreas científicas, demonstrando assim a sua multidisciplinaridade.

Conforme preleciona Tarcízio Silva, a lógica algorítmica é obtida através da inteligência artificial e para entendê-la, tratou de diferenciar o conceito de inteligência artificial sob dois aspectos, a saber:

> Na era computacional digital, em sistemas de *big data*, a lógica algorítmica foi expandida a partir da adoção frequente de inteligência artificial (IA) *estreita,* presente nos sistemas informacionais do cotidiano. É importante fazer essa distinção entre o que se chama de 'inteligência artificial geral' e o que se chama de 'inteligência artificial estreita".
> Em linhas gerais, a busca pela inteligência artificial *geral*, significa tentar emular capacidades da mente humana nas diversas esferas da experiência, produzir comportamento autônomo, independente e proativo e aprender sobre esse comportamento de forma criativa. (...)
> Aqui vamos focar na inteligência artificial estreita e suas aplicações. Trata-se daquelas utilizadas em sistemas automatizados que resolvem tarefas mais "simples" em domínios específicos, como reconhecimento de padrões em dados ou processamento de linguagem natural. Na atualidade, grandes conglomerados de tecnologia, como o chamado Gafam (sigla para Google, Amazon, Facebook, Apple, e Microsoft) e outras empresas de porte similar, dominam a oferta de recursos de inteligência artificial em escala por meio da computação em nuvem, além de investir em *startups* e desenvolver e moldar padrões dos campos de implementação.
> Nessa direção, a pervasividade dos recursos de inteligência artificial estreita nos ambientes *on-line*, como buscadores de informação na *web,* plataformas de mídias sociais e assistentes automatizados pessoais, virou a chave na consciência pública sobre a questão. Literalmente, interagimos com centenas de sistemas algorítmicos por meio de aplicativos em *smartphones*.[3]

A inteligência artificial, por sua vez, funciona a partir dos algoritmos, sistemas de dados que são programados para a realização de uma tarefa a partir de uma base de dados disponível.

Danilo Doneda preleciona que Algoritmos são basicamente um conjunto de instruções para realizar uma tarefa, produzindo um resultado a partir de algum ponto de partida. Atualmente os algoritmos embarcados em sistemas e

3. SILVA, Tarcízio. Racismo algorítmico: inteligência artificial e discriminação nas redes digitais, 2022.

dispositivos eletrônicos são incumbidos cada vez mais de decisões, avaliações e análises que têm impactos concretos em nossa vida.

Ainda de acordo com o mencionado autor:

> A vocação que os algoritmos têm de penetrar em diversos âmbitos do nosso cotidiano já é vista como um fato da vida. Eles realizam tarefas que dificilmente pensaríamos que poderiam ser cumpridas sem que houvesse um ser humano diante delas. Quanto mais aumentam a sofisticação e a utilidade dos algoritmos, mais eles se mostram 'autônomos', chegando a dar a impressão de que existe uma 'máquina pensante' por detrás de alguns de seus raciocínios misteriosos, uma imagem que remonta aos primórdios da informática. De fato, o termo 'algoritmo' costuma ser usado ou mencionado como sinônimo de computador, máquina, código, *software* e por aí vai.[4]

Assim, sem grande rigor, podemos entender os algoritmos como sendo um conjunto de regras ou diretrizes perfeitamente sistematizadas para se chegar a um objetivo claramente definido.

Tais sistemas, por sua vez, se alimentam dos dados que são produzidos no mundo virtual, cujo tratamento e processamento vão auxiliar para que estes dados se transformem em informações economicamente úteis.

Porém, o crescente volume de dados e o número cada vez maior de processos automatizados já permitem aos algoritmos que decodifiquem informações dos usuários, busquem padrões, prevejam comportamentos futuros, influenciem comportamentos humanos e ainda consigam manipular emoções.

Ocorre que, por mais valiosos que sejam os seus resultados, facilitando absurdamente a realização de tarefas complexas que transcendem a atividade humana, por outro lado, os algoritmos estão sendo progressivamente empoderados a ponto de, a depender da sua complexidade, "aprenderem" a buscar padrões específicos, vasculhar dados, descartar o que não for relevante, otimizar a navegação em sites de buscas, de forma a selecionar os conteúdos a serem mostrados, a quem, como e quando, inclusive prever comportamentos póstumos.

Assim, com o uso massivo da tecnologia, fica claro que os algoritmos adquirem a surpreendente capacidade de tomada de decisões no lugar do indivíduo, suprimindo-lhe a vontade e a livre escolha, próprios da ação humana.

4. ALMEIDA, Virgílio A. F.; DONEDA, Danilo. O que é a governança de algoritmos? Revista PoliTICS, n. 24, out. 2016. Disponível em: https://politics.org.br/edicoes/o-que-%C3%A9-governan%C3%A7a-de-algoritmos

Há que se chamar a atenção ao fato de que nem sempre aquele que programa o algoritmo esteja necessariamente balizado por um critério de neutralidade.

2. Discriminação algorítmica

Ultrapassada a temática da Inteligência Artificial e do algoritmo quanto aos seus conceitos (sem esgotá-los, por certo), se torna crucial trazer à tona o cenário pungente e disseminador de desigualdades, bem como os efeitos nocivos do uso da IA que podem replicar a ausência de inclusão e condutas segregacionais. É preciso ter em mente que os caminhos trilhados pelos algoritmos, quando programados sem qualquer tipo de moderação, muitas vezes fazem com que se comportem como verdadeiros reprodutores de discriminação, alimentados justamente pela base de dados que fomenta a *machine learning*. E isso fundamenta o que chamamos de discriminação algorítmica.

Consoante lição de Tarcízio Silva, "Por serem manifestação inequívoca do racismo, xingamentos e ofensas verbais são também o tipo mais estudado pelo campo dos estudos de internet, mas não devem ser vistos como a única pauta de combate antirracista, sob o risco de nos cegarmos para o racismo estrutural".

Prossegue o mencionado autor em seu aprofundado estudo ao dispor que:

> Muitos defenderam que o 'ciberespaço' ou ambientes 'virtuais' e digitais derrubariam variáveis vistas como apenas identitárias, tais como raça, gênero, classe ou nacionalidade. Isso se deu sobretudo quando: a) os ambientes digitais eram ainda informacionalmente escassos, como poucas modalidades de comunicação, focando sobretudo em textualidade; b) pesquisadores advindos de populações minorizadas nos países de diáspora africana ainda eram poucos ignorados; c) a pretensão de neutralidade das plataformas e mídias, advindas de um tecnoliberalismo em consolidação, já se fazia vigente[5].

Ora, não é de hoje que vemos a replicação e perpetuação de condutas e comportamentos explícitos (e também velados) de racismo no ambiente virtual, cuja manifestação há muito se revela em nossa sociedade.

Se tínhamos a ingênua visão de que com o avanço da tecnologia, tais condutas nos meios digitais seriam ao menos erradicadas, provou-se justamente o contrário.

5. SILVA, Tarcízio. Racismo algorítmico: inteligência artificial e discriminação nas redes digitais, 2022.

Ainda nesta linha de raciocínio, Tarcízio Silva assim pontua:

> Se há décadas as manifestações coordenadas ou espontâneas de racismo explícito na internet são uma constante e permanecem se intensificando de forma virulenta, nos últimos anos a abundância de sistemas algorítmicos que reproduzem e normalizam as agressões apresentam uma nova faceta pervasiva da ordenação de dados e representações racializadas *online*[6].

Importante trazer o conceito do vocábulo discriminação. Ele advém do verbo discriminar, termo este que significa o ato de diferenciar, distinguir, segregar, cuja conduta pode ter uma conotação negativa. "A discriminação é uma preocupação social grave que se manifesta através do tratamento diferenciado a indivíduos com base em características como raça, gênero, orientação sexual, religião, nacionalidade, idade, status social ou deficiência. Quando motivada pelo preconceito, a discriminação resulta em exclusão, piadas ofensivas, estereótipos e até mesmo violência, perpetuando um ciclo pernicioso de desigualdade na sociedade."

Seguindo então essa linha de raciocínio, a "discriminação algorítmica pode ser compreendida como a situação na qual o ato ou o conjunto de atos de algorítmicos perpetram atitudes discriminatórias na internet em relação a determinados seres humanos (geralmente grupos vulneráveis como mulheres, população negra, população LGBTQIA+ etc.)"[7] .

Conforme descrito anteriormente, os algoritmos formam basicamente um conjunto de comandos ou instruções perfeitamente sistematizados e alimentados por dados, para a realização de uma tarefa pré determinada e se chegar a um determinado resultado.

Dito isto, é intuitivo supor que estes sistemas são criados e desenvolvidos pelos programadores e também profissionais de outras áreas correlatas capazes de construir tais modelos. E como tal, não estão livres de possíveis interferências destes agentes, já que por trás do desenvolvimento dessas tecnologias digitais pairam diversos interesses de determinados segmentos empresariais.

Se o algoritmo incorpora os dados e as informações que o alimentam, ele irá trabalhar com aquilo que lhe for apresentado. Ainda que em sistemas mais

6. Ibidem

7. HEEMANN, Thimothie Aragon. Discriminação algorítmica (racismo digital) e inteligência artificial. [S. l.], 2022. Instagram: @thim.3108. Disponível em: https://www.instagram.com/p/CZSdYD1vUYm/?utm_medium=share_sheet.

modernos, podemos nos deparar com algoritmos que podem ser desenvolvidos para criar outros algoritmos, a regra é que o seu modelo inicial tenha sido alimentado pela base de dados de quem o desenvolveu.

O problema surge justamente quando práticas tendenciosas são incorporadas no momento de construção e desenvolvimento desses algoritmos, fazendo com que sejam disseminadas práticas, comportamentos e opiniões discriminatórias dentro do ambiente virtual. E assim, essa parcialidade presente nos algoritmos pode vir a direcionar a tomada de decisões sob determinados vieses, fazendo com que práticas segregativas sejam replicadas, ignorando a diversidade e ampliando as discriminações tanto dentro quanto fora do ambiente virtual. Criando assim, um ciclo vicioso que por sua vez os alimenta.

Este fenômeno, cunhado sob o termo enviesamento algorítmico, ”é uma forma de discriminação intrínseca ao comportamento humano e surge como um efeito colateral do funcionamento algorítmico, ou seja, um subproduto das escolhas conscientes e inconscientes feitas pelos criadores”.[8]

À vista disto, o conceito dado por Tarcízio Silva pode dar um panorama do que vem a ser a discriminação algorítmica:

> Algoritmos medeiam quais sujeitos são ou não inclusos, como são ordenados, suas hierarquias de valor ante os objetos e o capital e também situações em que vidas são consideradas descartáveis.
> Uma vez que vivemos em um mundo moldado pela supremacia branca, que nos últimos séculos vem se transformando em projetos de poder e violência, a partir do colonialismo material, político e científico, é preciso entender então o papel da algoritmização das relações raciais e de poder.
> Portanto, aqui definimos racismo algorítmico como o modo pelo qual a disposição de tecnologias e imaginários sociotécnicos em um mundo moldado pela supremacia branca realiza a ordenação algorítmica racializada de classificação social, recursos e violência em detrimento de grupos minorizados. Tal ordenação pode ser vista como uma camada adicional do racismo estrutural, que, além do mais, molda o futuro e os horizontes de relações de poder, adicionando mais opacidade sobre a exploração e a opressão global que já ocorriam desde o projeto colonial do século XVI.[9] .

8. BAER, Tobias. Understand, Manage, and Prevent Algorithmic Bias: A Guide for Business Users and Data Scientists. New York: Apress, 2019.

9. SILVA, Tarcízio. Racismo algorítmico: inteligência artificial e discriminação nas redes digitais, 2022.

A cientista de dados Cathy O'Neil, ao estudar o fenômeno, salienta que:

> As tecnologias de comunicação e informação (TICs) encontram-se altamente integradas aos processos econômicos, políticos e sociais em todo o planeta. Modelos matemáticos hoje micro-gerenciam a economia global, definem preços de commodities e valores de ativos financeiros, apontam estratégias de e-commerce e regulam sistemas de crédito, tornando esses processos mais eficientes e lucrativos. Em contraponto, a capacidade de programas de análise de big data de utilizar algoritmos para categorizar indivíduos pode alienar grupos inteiros do acesso a direitos e oportunidades.[10]

E prossegue no estudo ao pontuar que:

> O processo se retroalimenta, criando prisões matemáticas que impedem o acesso desses indivíduos a serviços, cargos e oportunidades. Afeta majoritariamente cidadãos pobres e de classe média, gerando assim uma sociedade menos democrática. Os sistemas são racionais, porém incapazes de realizar problematizações críticas urgentemente necessárias que, para a autora, somente seres humanos podem fazer. [11]

Diante do que aqui foi trazido, não se pode relativizar o fato de que a concepção dos algoritmos pelos desenvolvedores de programas perpassa inicialmente por sua visão de mundo, além da maneira como ela é posta diante de determinadas questões. O viés que determinado algoritmo replica pode dizer muito sobre o ambiente que o envolve e quem o desenvolve.

Portanto, muito longe de serem vistos como neutros, os algoritmos, ao revés, são instruídos para antever comportamentos, manipular preferências e emoções, pesquisar e categorizar indivíduos e lugares, guiar decisões, moldando-as através de sua perspectiva, o que pode impactar profundamente os direitos do indivíduo. Daí a importância de se adotar, como prática corporativa, a realização contínua de um exercício de vigilância justamente para erradicação dessas condutas.

2.1 A busca pelo equilíbrio na proteção dos direitos humanos frente ao enviesamento algorítmico

10. O'NEIL, Cathy. Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy. New York: Crown, 2016.

11. O'NEIL, Cathy. Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy. New York: Crown, 2016.

A rapidez com que vem evoluindo a inteligência artificial impressiona. As inovações tecnológicas que surgem no mercado atingem nosso cotidiano de tal forma que é quase como se fossem parte integrante das nossas vidas.

Ora, se então já existe essa intersecção entre o meio virtual e o meio físico, como numa espécie de simbiose, é natural surgir uma inquietação: se esse ramo da ciência se dedica ao desenvolvimento de sistemas inteligentes, capazes de executar tarefas até então próprias do ser humano, tais como reconhecer padrões, determinar preferências pessoais, tomar decisões, prever e direcionar comportamentos, como não supor que não seriam tendenciosos?

Nesse contexto, os riscos e desafios que são impostos aos direitos humanos nos tempos atuais merecem especial atenção, principalmente diante de sistemas cada vez mais desenvolvidos para os mais variados modelos de negócios, novas formas de comunicação e processos produtivos.

É indiscutível o fato de que esses avanços tecnológicos trazem benefícios, todavia, problemas podem surgir no momento em que possíveis ameaças violem direitos fundamentais do indivíduo, ínsitos à sua personalidade.

Os algoritmos, através de sua base de dados frequentemente alimentada pelos seus desenvolvedores, podem adotar comportamentos claramente discriminatórios, segregando determinados grupos e assim, comprometer seriamente o exercício de direitos.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes ao discorrer sobre dignidade humana, a considera como "o direito fundamental de todos os direitos fundamentais", e nessa linha de raciocínio, discorre que, "Note-se que tanto a Lei Fundamental quanto a Constituição brasileira de 1988 especificam a dignidade humana como fundamento máximo de seus Estados Constitucionais já no primeiro artigo. Esse fato indica o simbolismo que envolve o tema.

E prossegue no assunto ao dispor que, "Peter Häberle entende que mencionar a dignidade humana no preâmbulo ou no início da Constituição concede singular significado a esse princípio. E complementa: 'uma Constituição que, de início, menciona a dignidade humana como um dos seus princípios supremos, deve-se preocupar com essa dignidade, seja como um objetivo pedagógico – desde as escolas até regulamentação de atividade de radiodifusão – ainda que o objetivo pedagógico não esteja explicitamente mencionado no texto constitucional. A Constituição assume esse compromisso a si própria ao prever textualmente a dignidade humana'. Nesse sentido, ressalta a importância da socialização cultural, para ele indispensável, que deve começar na família e deve incluir 'metas educacionais para inculcar a dignidade humana,

tolerância, respeito às minorias e respeito mútuo pela igualdade dos direitos fundamentais, já comum em estados alemães'.

A Organização das Nações Unidas (ONU) define os direitos humanos como "garantias jurídicas universais que protegem indivíduos e grupos contra ações ou omissões dos governos que atentem contra a dignidade humana".

Partindo-se da premissa da centralidade da pessoa humana, o professor Joaquín Herrera Flores assim os conceitua:

> A partir de nossa perspectiva os direitos humanos devem ser considerados como a colocação em prática de disposições críticas em relação ao conjunto de posições desiguais que as pessoas e grupos ocupam tanto em nível local quanto em nível global. Para tanto, ou, em outros termos, para que os direitos humanos não sejam utilizados para eternizar as desigualdades e os obstáculos que o modo de relações sociais baseado na acumulação de capital impõe, é preciso pôr em prática um conjunto de estratégias antagonistas que nos sirva de guia ou metodologia de uma ação emancipadora. Essas estratégias – entendidas como mapas para pensar, decidir e atuar em situações de tensão entre as posições e as disposições que compõem a estrutura ou ordem social hegemônicas – não surgem de algum tipo de direito natural ou de algum céu estrelado onde brilhe, a distância, uma concepção absoluta de justiça. Os direitos humanos constituem o estabelecimento de disposições críticas e subversivas em relação aos dados empíricos disponíveis nas estatísticas elaboradas ano a ano pelas próprias instituições internacionais encarregadas de "examinar" – por meio de indicadores concretos – a realidade imperante no mundo todo. Se, como já falamos em várias ocasiões, os Relatórios de Desenvolvimento Humano (com todas as virtudes e deficiências que possam ter) visibilizam uma realidade mundial, na qual um quinto de privilegiados se sustenta sobre quatro quintos da humanidade, explorando-a para seu próprio benefício, e essa brecha nada mais faz que aumentar a cada ano, deduzimos que é urgente construir disposições críticas e antagonistas contra essa estruturação do mundo. Está em jogo a sobrevivência de bilhões de pessoas[12].

Assim, se tais direitos constituem o pilar da maioria dos sistemas jurídicos e são tidos como verdadeiras garantias universais, significa então dizer que o Estado a eles deve respeito, não se permitindo qualquer interferência a esses

12. FLORES, Joaquín Herrera. Tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. Disponível em: https://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2017/05/A-reinven%C3%A7%C3%A3o-dos-DH-_-Herrera-Flores.pdf.

direitos desde que seja claramente consentida, ou caso o interesse individual entre em conflito com o interesse público.

A pesquisadora e especialista no assunto Bianca Kremer aponta casos concretos de ações discriminatórias, tomando como exemplo a "queda de impulsionamentos de conteúdos postado por usuários negros" ao dispor que, "A discriminação por algoritmos levou a invisibilidade desses conteúdos atribuindo um valor de um padrão não rentável e que não estimulava a manutenção de atenção das pessoas nessas postagens gerando uma queda expressiva de visualizações". E ainda destaca, "Isso é uma forma de demonstrar a estratificação de oportunidades que vivemos no espaço físico também no ambiente virtual".

Neste contexto, se faz imperiosa a necessidade de enfrentamento desse fenômeno inserido nos sistemas computacionais, buscando a proteção dos direitos fundamentais não só através da aplicação do direito, como também pela propagação de uma visão antirracista mais ampla no desenvolvimento de tais sistemas.

Em suma, não há como pensar em democracia digital sem a estrita observância dos direitos humanos em sua amplitude.

2.2 O princípio da transparência no meio digital como critério balizador no uso de tais sistemas

Não obstante a incorporação da inteligência artificial ao nosso cotidiano, não há como pensar em tratamento de dados sem que se observe os princípios informadores desta atividade, de acordo com o artigo 6º da Lei nº 13.709/2018 (LGPD).

Dentro da lógica do tema proposto, destaca-se o princípio da transparência, insculpido no inciso VI do mencionado artigo, o qual garante aos titulares "informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial."

Se por um lado a transparência é um direito do titular, por outro lado impõe aos agentes de tratamento o dever de disponibilizar àquele todas as informações inerentes aos seus dados, permitindo amplo acesso aos mecanismos daquele sistema, inclusive como foi desenvolvido.

A transparência no ambiente virtual tem sido um tema de bastante relevância em diversos países, inclusive aqui no Brasil, justamente pela clara preocupação em proteger os direitos humanos.

Podemos dizer que já existe um ecossistema de soluções neste sentido aqui no Brasil. Dentre elas, podemos destacar a Resolução nº 332 de 21/08/2020, que dispõe sobre ética, transparência e governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário. Esta Resolução se pautou, dentre outros, pela compatibilidade com os Direitos Fundamentais e com o uso responsável da IA atendendo critérios éticos, tais como transparência, previsibilidade, possibilidade de auditoria nos resultados obtidos e a garantia de imparcialidade e fundamentalmente a não discriminação. Sua redação teve como referência a Carta Europeia de Ética sobre o uso da IA no Judiciário, onde são citados 6 princípios: respeito aos direitos fundamentais; não-discriminação; qualidade e segurança; transparência; imparcialidade e equidade, e o controle do usuário.

Há que ressaltar que a transparência deve ser vista não só pelo aspecto de identificar o desenvolver do algoritmo. Deve-se levar em conta também, dentre outros, a identificação do próprio algoritmo, o seu código fonte, como funciona, quais as políticas que o orientam e até mesmo o modelo de negócios para o qual ele foi desenvolvido.

É importante ter em mente que o avanço das tecnologias e sua constante evolução não só abastecem estes sistemas de uma grande quantidade e armazenamento de dados, como também fortalecem as grandes empresas de tecnologia que extraem, mercantilizam e faturam com esses dados. Com isso, surge outro fenômeno que caracteriza a dependência tecnológica de milhões de usuários, que simplesmente alimentam esses sistemas e naturalizam a captura dos seus dados. É o chamado colonialismo de dados.

Como pontua João Francisco Cassino:

> Com o avanço das Tecnologias de Informação e de Comunicação pelo mundo, que ganharam força principalmente após a popularização da Internet, Nick Couldry e Ulisses A. Mejias começaram a chamar de colonialismo de dados um novo tipo de dependência surgida neste capitalismo da era digital. No texto “Data Colonialism: Rethinking Big Data’s Relation to the Contemporary Subject” eles ressaltam que o uso da palavra colonialismo, nesse caso, não é mera metáfora, mas realmente uma nova forma de colonialismo diferente da que vimos nos séculos anteriores. O colonialismo de dados combinaria as mesmas práticas predatórias do colonialismo histórico com a quantificação abstrata de métodos computacionais. Trata-se de um novo tipo de apropriação no qual as pessoas ou as coisas passam a fazer parte de infraestruturas de conexão informacionais. A apropriação da vida humana (por meio da captu-

> ra em massa de dados) passa a ser central. Nada deve ser excluído nem apagado. Nenhum dado pode ser perdido.[13]

O cenário aqui mostrado dá todo o panorama do que estamos vivendo. O mesmo autor sinaliza ainda que:

> Um dos efeitos mais marcantes sobre os novos sujeitos colonizados e o fato de que eles passam a ficar atados a julgamentos alicerçados em seus próprios dados. Não sabem quais de seus dados são coletados, como são usados nem mesmo quais as fontes coletoras, em um processo completamente opaco e obscuro. As informações pessoais capturadas são a chave para as novas formas de geração de valor. O novo eu-colonizado vê as práticas das empresas de dados invadirem seus espaços mais íntimos, tornando o rastreamento uma característica permanente da vida, delimitando inclusive o que cada ser humano pode explorar em relação aos seus semelhantes. Adicionalmente, o processo de alteração comportamental e majoritariamente conduzido por meio de sistemas de inteligência artificial, que utilizam da coleta e do processamento de dados junto a sistemas algorítmicos para modular tomadas de decisão. Trata-se de uma modulação algorítmica baseada na coleta das informações que nós mesmos fornecemos espontaneamente as grandes empresas de tecnologia[14].

O artigo de Danilo Doneda enfatiza a importância da governança de algoritmos ao dispor que:

> Já foram identificados na literatura alguns riscos que o uso dos algoritmos pode trazer, tais como manipulação, viés, censura, discriminação social, violações da privacidade e dos direitos proprietários, abuso do poder de mercado, efeitos sobre as capacidades cognitivas e uma crescente heteronomia. É preciso considerar um processo de governança para os algoritmos com vistas a tratar desses riscos. E prossegue, “Quando se opta por uma abordagem de governança, esta deve buscar geralmente uma redução dos problemas causados pelos algoritmos. Ela deveria tentar preservar a sua eficácia e reduzir os resultados indesejáveis.[15]

13. CASSINO, João Francisco; SOUZA Joyce; SILVEIRA Sérgio Amadeu. Colonialismo de dados. Como opera a trincheira algorítmica na guerra neoliberal. Ed. Autonomia Literária, 2021. Disponível: https://fpabramo.org.br/publicacoes/estante/colonialismo-de-dados/.

14. CASSINO, João Francisco; SOUZA Joyce; SILVEIRA Sérgio Amadeu. Colonialismo de dados. Como opera a trincheira algorítmica na guerra neoliberal. Ed. Autonomia Literária, 2021. Disponível: https://fpabramo.org.br/publicacoes/estante/colonialismo-de-dados/.

15. ALMEIDA, Virgílio A. F.; DONEDA, Danilo. O que é a governança de algoritmos? Revista PoliTICS, n. 24, out. 2016. 17 de Janeiro de 2024. Disponível: https://politics.org.br/edicoes/o-que-%C3%A9-governan%C3%A7a-de-algoritmos

Diante do que foi dito, é salutar que a transparência deve balizar o manejo desses sistemas computacionais de maneira responsável, orientando práticas que coíbam modulação de comportamentos a partir da replicação de vieses, observem critérios éticos e os apliquem nos projetos de aprimoramento desses algoritmos. Justamente porque a falta de transparência na infraestrutura de dados e de algoritmos complexos pode levar à violação de direitos humanos, incluindo o direito à privacidade.

Partindo desta premissa, faz-se oportuno trazer o conceito do que seja essa transparência:

> (...) a transparência algorítmica pode ser conceituada como o dever de o controlador e o proprietário de determinado aplicativo ou programa de inteligência artificial prestarem contas sobre a forma como aqueles dados são utilizados, além de possibilitar a fiscalização da consecução das atividades desempenhadas por aquele software. Importante destacar, neste diapasão, que, embora se trate de mecanismos tecnológicos, o seu desenvolvimento e o seu manejo são feitos por indivíduos. E estes devem utilizar-se do meio digital para desincumbir as suas responsabilidades enquanto cidadãos. Nesse sentido, é válido destacar a recente legislação portuguesa a respeito da utilização da inteligência artificial.[16]

Por isso se mostra latente a necessidade de se utilizar da transparência que possibilite a não só a monitoração dos algoritmos para minerar os dados e assim filtrar a análise desses sistemas, mas também buscar novas técnicas de concepção e desenvolvimento desses *softwares*, de forma que obedeçam aos padrões de governança rigorosamente estabelecidos.

3. O papel da LGPD na proteção dos direitos humanos face às condutas algorítmicas de segregação

Com o advento da LGPD, ficou claro que a atividade de tratamento de dados passou a ter enorme relevância, principalmente com relação aos direitos fundamentais. Já no seu artigo 1º isso fica claramente evidenciado ao dispor que:

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica

16. PARREIRA, Ana Carolina Rodrigues. Revolução digital e a relevância da transparência algorítmica nas relações de trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região. Belo Horizonte, v. 66, n. 102, item 01, p. 315-329, jul./dez. 2020. WEB 16 de Janeiro de 2024. https://sistemas.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/70652.

> de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Aliado a isso, os fundamentos que legitimam a proteção de dados são justamente positivados pelo postulado dos direitos fundamentais, destacando-se o inciso VII do artigo 2º, qual seja, "os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais", objeto deste artigo.

Neste diapasão, podemos exemplificar o cuidado com que a LGPD tratou os direitos fundamentais, ao estabelecer no artigo 5º, dentre outras definições, o conceito de dado pessoal sensível (inciso II); no artigo 6º e incisos em que relaciona o rol de princípios a serem observados na atividade de tratamento de dados; no artigo 20 e parágrafos 1º e 2º, em que prevê o direito do titular de dados de ser esclarecido quanto a decisões tomadas baseadas em tratamento automatizado e que afetem seus interesses; no artigo 38, quanto à obrigação dos agentes de tratamento em emitir um relatório de impacto à proteção dos dados; no artigo 50, que disciplina as boas práticas de governança que deverão direcionar o tratamento de dados, além do parágrafo 2º do mesmo artigo, o qual elenca as recomendações a serem observadas pelos agentes de tratamento; e, por fim, no artigo 55-J, inciso XIII, onde se elenca a competência regulatória da Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

No estudo conduzido por Maurício Requião e Diego Costa, ambos afirmam que "o protagonismo no combate à discriminação algorítmica, nas duas frentes citadas, é da União Europeia, que se ocupa do tema desde a edição do Regulamento Geral de Proteção de Dados 2016/679 (General Data Protection Regulation ou GDPR). Dentre outros preceitos, a Resolução especificamente prevê a proteção contra a discriminação algorítmica, como se infere":

> Os dados e /ou os procedimentos de baixa qualidade em que se baseiam os processos de tomada de decisão e os instrumentos analíticos podem traduzir-se em algoritmos parciais, correlações ilegítimas, erros, numa subestimação das implicações jurídicas, sociais e éticas, no risco de utilização de dados para fins discriminatórios ou fraudulentos e na marginalização do papel dos seres humanos nestes processos, podendo resultar em processos imperfeitos de tomada de decisão, com um impacto nocivo nas vidas e nas oportu-

> nidades dos cidadãos, mormente nos grupos marginalizados, bem como em consequências negativas para as sociedades e as empresas[17].

E alertam quanto à insuficiência da LGPD nessa questão salientando que "Já no âmbito do direito pátrio, ainda incipiente no tratamento da discriminação algorítmica, o foco tem sido assegurar a proteção dos dados pessoais, notadamente os dados sensíveis. Com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD em setembro de 2020 tem-se atualmente um importante arcabouço principiológico para tratar das questões relativas às decisões automatizadas.

Entretanto, ainda que não se visualize uma cultura de proteção de dados aqui no Brasil, as disposições normativas acima elencadas já podem ser consideradas um pontapé inicial na adoção desse comportamento, cujos procedimentos já asseguram a proteção dos direitos fundamentais, inclusive contra a discriminação algorítmica.

Bianca Kremer chama a atenção para o racismo presente em todas as estruturas de poder e da sociedade e que não pode ser ignorado, principalmente por um instrumento legal de suma importância, como a Lei Geral de Proteção de Dados, quando assim pontua:

> O intérprete verdadeiramente comprometido com a promoção de uma igualdade substancial no tratamento de dados, vedando a discriminação racial e o abuso que dele podem surgir, precisa se atentar para o fato de que o racismo permeia as diversas normas e instituições jurídicas em caráter estrutural.
> Em outras palavras, trabalhar com privacidade e proteção de dados não significa ingressar em uma realidade paralela na qual os titulares de dados adquirem a afirmação de uma pretendida uniformidade perante uns aos outros, ou isonomia quanto às potencialidades danosas de um determinado tratamento – ainda que aplicados os mais sofisticados sistemas de compliance a *accountability* nos termos da Lei.[18]

A especialista assevera ainda que:

17. REQUIÃO, M.; COSTA, D. Discriminação algorítmica: ações afirmativas como estratégia de combate. *civilistica.com*, v. 11, n. 3, p. 1-24, 25 dez. 2022. Disponível em:. https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/804

18. KREMER, Bianca. Vieses discriminatórios em IA é abordado em encontro de liderança digital para mulheres. 2023.Disponível em: https://www.csjt.jus.br/web/csjt/-/vieses-discriminat%C3%B3rios-em-ia-%C3%A9-abordado-em-encontro-de--lideran%C3%A7a-digital-para-mulheres%C2%A0.

> entendemos a importância da LGPD no combate à discriminação racial para tratamento de dados pessoais em um contexto democrático. Mas para isso, é importante antes de tudo reconhecer o contexto racial brasileiro. O momento é de construção epistemológica sobre privacidade e proteção de dados em um país que detém uma dívida histórica gigantesca.[19]

Assim, o estudo feito pela especialista expõe uma crítica aos algoritmos e sua capacidade de intensificar discriminações, inclusive desafia a ideia de "neutralidade algorítmica".

É preciso destacar que os algoritmos executam uma variedade de funções, como pesquisar, agrupar, classificar, categorizar, perfilar, modelar e regular, envolvendo pessoas, processos e lugares, fazendo com que essa multiplicidade de funções contribua para a opacidade e a imprevisibilidade dos algoritmos, transformando-os em ferramentas poderosas de violação de direitos humanos.

Entre os direitos afetados, estão o direito a não discriminação, o direito à liberdade de expressão, o direito à privacidade, o direito à liberdade de associação e de reunião pacífica e o direito ao recurso efetivo.

E essa análise revela a necessidade de uma regulação mais rigorosa e transparente dos algoritmos, garantindo que o seu uso não comprometa os direitos fundamentais das pessoas. A crítica à neutralidade algorítmica sugere que, na prática, os algoritmos são influenciados pelos dados e pelos critérios utilizados em seu desenvolvimento, refletindo e potencialmente exacerbando preconceitos e desigualdades existentes na sociedade.

É preciso reconhecer a incipiência da legislação brasileira quanto a este tema tão delicado. As estratégias que se apresentam para combater as discriminações algorítmicas são inúmeras, porém, não são eficazes ao ponto de erradicar por completo tais condutas.

Como ressalta Ana Frazão, "É indispensável, portanto, reconhecer que o design de algoritmos para viabilizar processos decisórios que terão impactos na sociedade equipara-se à formulação de políticas sociais, razão pela qual precisa adotar todos os cuidados inerentes a tais atividades".[20]

19. KREMER, Bianca. Vieses discriminatórios em IA é abordado em encontro de liderança digital para mulheres. 2023.Disponível em: https://www.csjt.jus.br/web/csjt/-/vieses-discriminat%C3%B3rios-em-ia-%C3%A9-abordado-em-encontro-de--lideran%C3%A7a-digital-para-mulheres%C2%A0.

20. FRAZÃO. Ana. Discriminação Algorítmica: ciência dos dados como ação política. Jota, 2021. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/discriminacao-algoritmica-ciencia-dos-dados-como-acao-politica-21072021.

Considerações finais

O enviesamento algorítmico surge como um fenômeno contemporâneo e como tal se mostra como um efeito colateral do mau uso do algoritmo.

Assim, se mostra um desafio constante o tratamento de dados pessoais sem enviesamento. Diuturnamente nos deparamos com esse cenário em vários segmentos tais como, na área de saúde, em processos de seleção e admissão, no monitoramento de produtividade de trabalhadores, na análise de crédito, categorização de consumidores pela avaliação de riscos pelas seguradoras, na avaliação de currículos sob o critério do gênero, questões afetas à segurança pública, entre outros.

Os impactos trazidos pelo uso intensivo das novas tecnologias da comunicação e informação impuseram à sociedade um novo modelo de vida, que passou a ser regida por dados e controlada por algoritmos.

O empoderamento dados a estes sistemas os capacitou a ponto de guiar nossas decisões e emular comportamentos humanos, emprestando-lhes uma pseudo subjetividade na análise de padrões e realização de tarefas.

Todavia, ao mesmo tempo em que essa tomada de decisões pode ser estratégica e economicamente útil, é imperioso que o desenvolvimento de tais sistemas se dê de forma totalmente ética e responsável, sempre norteados por critérios transparentes e sustentáveis com vistas à proteção dos direitos humanos.

A discriminação é totalmente rechaçada pelo nosso ordenamento jurídico. Inclusive o princípio da igualdade se encontra claramente positivado na Constituição, em seu artigo 5º, *caput* e artigo 3º, inciso IV.

A partir da disseminação das tecnologias de informação e comunicação, a utilização em massa dos algoritmos trouxe inúmeros benefícios, como também fez surgir problemas.

A discriminação algorítmica surge justamente quando, diante da opacidade dos algoritmos e da ausência de transparência quanto aos dados, tais sistemas passam a replicar práticas segregativas, direcionando a tomada de decisões claramente sob um viés opressor e discriminatório. E esta prática odiosa, infelizmente, é fruto de quem desenvolve o sistema.

Se o que se busca são sistemas algorítmicos desprovidos de vieses, faz-se necessária a reformulação do *design* desses sistemas, incutindo na mentalidade do desenvolvedor desde a concepção do algoritmo, a amplitude de visões de forma a identificar outras perspectivas, e não somente as que ele alimenta.

Portanto, o dilema a ser enfrentado é fazer com que aquele concebe e desenvolve o algoritmo seja inserido na temática da diversidade. A manipulação algorítmica não pode ser blindada por um critério de neutralidade, que sabidamente não existe no meio virtual.

Por sua vez, a transparência possui o condão de nortear a Inteligência Artificial de maneira que não só identifique o algoritmo, como também disponibilize seu modelo de funcionamento, a base de dados que o alimentou, consiga explicar como funciona todas as etapas do algoritmo desde a sua concepção, inclusive quais as políticas que o orientam. Isso certamente possibilitará a melhora no desenvolvimento dos sistemas.

Posto isso, faz-se necessário o aperfeiçoamento da legislação de proteção de dados, no sentido de se adotar e validar o uso de ações afirmativas, legitimando e reforçando as políticas públicas já existentes, para que possam efetivamente proteger os direitos fundamentais, devendo ser encarado como um compromisso não só do Estado, mas da própria sociedade civil em prol dos grupos minorizados.

É inquestionável o saldo positivo que se obteve com a tecnologia. Sistemas inteligentes revolucionaram nosso modo de vida, nossas formas de interação com as outras pessoas, no acesso aos serviços, otimizando nosso tempo, tão escasso atualmente. Porém, se de um lado essa evolução tecnológica trouxe inúmeras facilidades, por outro, também nos expôs.

É preciso que se implemente uma regulação eficaz, que possa estabelecer critérios para que a utilização dos algoritmos se dê de maneira equilibrada e responsável, além de ser transparente e impeditiva de discriminações. Sem deixar de lado o incentivo ao desenvolvimento tecnológico em prol da sociedade e do desenvolvimento do Estado.

Referências

ALMEIDA, V. A. F.; DONEDA, D. O que é a governança de algoritmos? *Revista PoliTICS*, n. 24, [S.l.], out. 2016. Disponível em https://politics.org.br/edicoes/o-que-%C3%A9-governan%C3%A7a-de-algoritmos. Acesso em 17.01.2024.

BAER, T. *Understand, Manage, and Prevent Algorithmic Bias:* A Guide for Business Users and Data Scientists. New York: Apress, 2019.

BAGATINI, J. A. *Discriminação por dados: uma análise a partir da literatura científica internacional.* Universidade Estadual Paulista (Unesp), [São Paulo], 2022. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/items/4899a618-23f4-472e-a659-2020813b34c4. Acesso em: 16 jan. 2024.

BRASIL. *Resolução n. 332*. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/diarios /documentos/917269827/resolucao-n-332-25-08-2020-do-cnj. Acesso em: 17 jan.2024.

CASSINO, J. F.; SOUZA Joyce; SILVEIRA Sérgio Amadeu. *Colonialismo de dados. Como opera a trincheira algorítmica na guerra neoliberal.* 1. ed, São Paulo, Ed. Autonomia Literária, 2021. Disponível em: https://fpabramo.org.br/publicacoes/estante/colonialismo-de-dados/. Acesso em 16 jan. 2024.

DE BARROS TEIXEIRA, L. T*RANSPARÊNCIA ALGORÍTMICA EM SOLUÇÕES UTILIZADAS POR GOVERNOS*. Revista Internacional de Debates da Administração & Públicas - RIDAP, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 1–10, 2022. Disponível em: https://periodicos.unifesp.br/index.php/RIDAP/article/view/11818. Acesso em 17 jan. 2024.

FLORES, J. H. Tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. Disponível em: https://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2017/05/A-reinven%C3%A7%C3%A3o-dos-DH-_-Herrera-Flores.pdf. Acesso em 17 jan. 2024.

FRAZÃO. A. Discriminação Algorítmica: ciência dos dados como ação política. *Jota,* [S. l.], 2021. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/discriminacao-algoritmica-ciencia-dos-dados-como-acao-politica-21072021. Acesso em: 18 jan. 2024.

HÄBERLE, P. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: Dimensões da Dignidade, ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. *In:* Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *Dimensões da Dignidade:* Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2009.

HEEMANN, T. A. *Discriminação algorítmica (racismo digital) e inteligência artificial.* [S. l.], 2022. Instagram: @thim.3108. Disponível em: https://www.instagram.com/p/CZSdYD1vUYm/?utm_medium=share_sheet. Acesso em: 16 jan. 2024.

KONIG, K. C.; CRUZ, M. A. R. da C. e; MARANGON, D. 6º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede, [Santa Maria], 2022. UFSM. *A Lei Geral de Proteção de Dados e a discriminação algorítmica.* Disponível em https://www.ufsm.br/cursos/pos-graduacao/santa-maria/ppgd/congresso-de-direito-6a-edicao. Acesso em: 18 jan. 2024.

KREMER, B. *Vieses discriminatórios em IA é abordado em encontro de liderança digital para mulheres.* [Brasília], 2023. Disponível em: https://www.csjt.jus.br/web/csjt/-/vieses-discrimi-

nat%C3%B3rios-em-ia-%C3%A9-abordado-em-encontro-de-lideran%C3%A7a-digital-para-mulheres%C2%A0. Acesso em: 16 jan.2024.

_____. LGPD em vigor: por que racializar a proteção de dados é tão importante? *Jota*, [S. l.], 2020. Disponível em https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-em-vigor-protecao-dados-importante-01102020. Acesso em: 18 jan. 2024.

MENDES, G. F. A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional, [S. l.]*, n. 2, 2013. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/915. Acesso em: 15 jan. 2024.

O'NEIL, C.. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy.* New York: Crown, 2016.

PARREIRA, A. C. R. Revolução digital e a relevância da transparência algorítmica nas relações de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região*. Belo Horizonte, v. 66, n. 102, item 01, p. 315-329, jul./dez. 2020. Disponível em https://sistemas.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/70652. Acesso em: 16 jan.2024.

REQUIÃO, M.; COSTA, D. Discriminação algorítmica: ações afirmativas como estratégia de combate. *Civilistica.com,* Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 1–24, 2022. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/804. Acesso em: 16 jan.2024.

SICHMAN, J. S. Inteligência Artificial e sociedade: avanços e riscos . *Estudos Avançados,* São Paulo, Brasil, v. 35, n. 101, p. 37–50, 2021. DOI: 10.1590/s0103-4014.2021.35101.004. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/185024 . Acesso em: 30 mai. 2024.

SILVA, T. *Racismo algorítmico: inteligência artificial e discriminação nas redes digitais.* 1. ed. São Paulo: Edições Sesc SP, 2022.

*Carta Europeia de Ética sobre o uso da I*A. Estrasburgo, Disponível em: https://rm.coe.int/carta-etica-traduzidaparaportuguesrevista/168093b7e0#:~:text=Reconhecendoaimport%%20C3%A2nciacrescenteda,Carta%C3%89ticaEuropeiasobrea. Acesso: 17 jan. 2024.

DIÁLOGOS DA
PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DIGITAL

13

Inteligência artificial, criação de riscos e propostas de governança no cenário internacional

VITORIA DE ASSIS PACHECO MORAIS

VITORIA DE ASSIS PACHECO MORAIS[1]

Sumário: Introdução. 1. Inteligência artificial e criação de riscos. 1.1. Riscos à equidade e à não discriminação: viés algorítmico. 1.2. Riscos à privacidade. 1.3. Riscos à liberdade e aos direitos civis: vigilância em massa. 1.4. Riscos a direitos individuais e coletivos pela utilização da IA para fins nocivos. 1.5. Riscos à vida e à integridade física: veículos autônomos. 2. Propostas de governança no cenário internacional. 2.1. A Declaração de Bletchley. 2.2. O Relatório Provisório do Órgão Consultivo de Alto Nível sobre Inteligência Artificial da ONU. Considerações finais. Referências.

Introdução

O crescimento vertiginoso da Inteligência Artificial (IA) e a sua irradiação sobre os mais variados campos do conhecimento são inegáveis e, não à toa, são um dos assuntos mais debatidos na atualidade. Proliferam-se os estudos e discussões sobre as oportunidades que a IA oferece de revolucionar a ciência, o trabalho, o lazer, a mobilidade urbana, a saúde, a sustentabilidade e diversas outras esferas da existência humana.

Se, por um lado, são inquestionáveis os benefícios e o salto evolutivo proporcionados pela aplicação da IA, por outro lado, são igualmente abundantes as ressalvas à evolução da IA e os alertas sobre os riscos que podem ser causados pela sua utilização de maneira não criteriosa, intencionalmente maliciosa ou até mesmo pelo seu funcionamento regular.

Nesse contexto, o primeiro capítulo do presente estudo se presta a sistematizar os principais riscos e preocupações que são comumente suscitados em relação à IA, com o objetivo de demonstrar a complexidade do assunto e a vastidão de aspectos e variáveis envolvidos. Para essa finalidade, os riscos criados ou intensificados pela IA foram divididos em função do bem jurídico que podem vir a ameaçar ou lesar: riscos à equidade e à não discriminação, riscos à privacidade, riscos à liberdade e aos direitos civis, riscos a direitos individuais e coletivos pela utilização da IA para fins nocivos e riscos à vida e à integridade física. Trata-se de um panorama geral, que não se propõe ser uma lista exaustiva, até mesmo porque a expansão da IA certamente provocará o surgimento de novos questionamentos que talvez nem sequer possam ser concebidos no presente.

1. Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Pós-graduanda em Direito Digital pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS Rio) em parceria com a UERJ. Membro da Comissão de Crimes Digitais da OAB/RJ. Atua como advogada em Direito Penal Econômico.

A sistematização desses riscos tem particular relevância no contexto atual, em que ainda são incipientes as propostas e iniciativas de regulamentação da utilização da IA e dos seus riscos. Por essa razão, o segundo capítulo busca amparo em documentos recentes de relevância no cenário internacional para identificar a abordagem adotada quanto aos riscos criados ou intensificados em razão da utilização da IA. A análise da Declaração de Bletchley e do Relatório Provisório do Órgão Consultivo de Alto Nível sobre Inteligência Artificial da ONU, ambos divulgados no final de 2023, pode servir como um norte para a compreensão das premissas básicas de futuras legislações ao redor do mundo que se dediquem a regulamentar a IA.

1. Inteligência artificial e criação de riscos

As primeiras propostas de conceituação da IA remontam há décadas. Atribui-se a John McCarthy a autoria do termo, em conferência realizada na Dartmouth College em 1956. Para o autor, a IA seria a ciência da criação de máquinas e programas de computador inteligentes.[2] Essa definição baseada na noção de inteligência é encontrada em diversas outras obras e, embora represente um bom ponto de partida, acaba se revelando sujeita a alto grau de subjetivismo.

Stuart Russell e Peter Norvig, autores que se debruçaram sobre o assunto na década de 90 e se tornaram a principal fonte de estudo sobre IA, propõem quatro diferentes categorias para defini-la: sistemas que pensam como humanos; que agem como humanos; que pensam racionalmente; e que agem racionalmente. Em linhas gerais, Russel e Norvig afirmam que a inteligência artificial é a capacidade dos sistemas cibernéticos de imitar funções cognitivas dos seres humanos voltadas à resolução de problemas por meio do aprendizado apoiado na percepção.[3]

Cristiano Roberto Franco acrescenta à definição outras características que considera inerentes ao estudo da IA, que incluem a representação do conhecimento, o processamento de linguagem natural e a criatividade.[4]

Por não ser este o objeto do presente estudo, faz-se necessário ultrapassar os inúmeros esforços e desafios de conceituação, adotando-se como premissa a concepção de que a IA é o conjunto das capacidades de máquinas ou programas permite subsidiar tomadas de decisão por meio do processamento

2. MCCARTHY, John. What is Artificial Intelligence. Stanford: Stanford University, 2007.
3. RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. Artificial intelligence: a modern approach. 4 Ed. Pearson Education Limited, 2020.
4. FRANCO, Cristiano Roberto. Inteligência Artificial. Londrina: Editora e Distribuidora Educacional, 2014.

de dados e do reconhecimento de padrões.

Isso posto, é certo que a ascensão da IA tem trazido transformações profundas em diversos setores, desde a medicina, passando pela indústria de entretenimento, aos mais variados ramos do Direito e da atuação estatal como um todo. Sua implementação permitiu o surgimento de carros autônomos e a criação de sistemas de diagnóstico médico avançado, por exemplo, além de renovar as esperanças quanto a iniciativas de sustentabilidade e transição energética, acesso à saúde, à educação, dentre outros.

Se, por um lado, suas aplicações promovem inovações e eficiência, elas também suscitam importantes preocupações relacionadas à criação (ou intensificação) de riscos, à ética e à responsabilidade legal. A seguir, citam-se alguns riscos que são mais comumente discutidos e que provocam relevantes discussões.

1.1 Riscos à equidade e à não discriminação: viés algorítmico

Em primeiro lugar, merece destaque o problema do viés algorítmico, que desperta muitas preocupações diante da noção de que sistemas de IA são programados por seres humanos que possuem cargas e perspectivas individuais, além de serem treinados e alimentados com grandes conjuntos de dados que podem conter preconceitos históricos ou culturais. Isso pode resultar em decisões enviesadas oriundas do funcionamento do algoritmo, o que se mostra especialmente sensível se decisões tomadas em substituição a agentes humanos forem implementadas em áreas críticas como recrutamento, concessão de crédito ou justiça criminal.

O governo federal estadunidense elaborou, em maio de 2016, um estudo intitulado "*Big Data:* um relatório sobre sistemas algorítmicos, oportunidades e direitos civis" [5], que divide em duas categorias os desafios na promoção de equidade e na superação dos efeitos discriminatórios do processamento de dados: (i) desafios relacionados ao uso de dados como *input* para um algoritmo e (ii) desafios relacionados ao funcionamento interno do próprio algoritmo.[6]

O primeiro grupo de desafios é centrado nos dados que se fazem necessários para alimentar o processamento dos sistemas algorítmicos. Isso porque a decisão de imputar determinados dados em detrimento de outros possivel-

5. Em tradução livre.

6. THE WHITE HOUSE. Big Data: A Report on Algorithmic Systems, Opportunity, and Civil Rights, 2016. Disponível em: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/microsites/ostp/2016_0504_data_discrimination.pdf Acesso em 7 de janeiro de 2024.

mente cria cenários discriminatórios, que podem se manifestar em seleções tendenciosas, nas quais os dados não representam a população afetada de forma completa e produzem conclusões que favorecem certos grupos. Um exemplo de seleção tendenciosa seria um sistema que coleta apenas dados de indivíduos que possuem *smartphones*, o que fará com que seus resultados sejam mais precisos para grupos de maior poder econômico, enquanto nas áreas menos favorecidas, em que menos pessoas têm *smartphones,* os resultados serão menos assertivos.

Já o segundo grupo de desafios à promoção de equidade no processamento de dados diz respeito à programação e ao funcionamento em si dos sistemas algorítmicos. Ao descrever esse segundo grupo, o estudo da Casa Branca critica a falta de transparência acerca dos processos técnicos e dos critérios implementados por sistemas algorítmicos em geral, especialmente para os indivíduos que são diretamente afetados por suas decisões, cujo conhecimento acerca das razões que levaram à decisão é extremamente limitado, assim como as possibilidades de identificar e buscar a correção de possíveis equívocos ou vieses.

Um dos problemas contemplados nesse segundo grupo é a personalização e a recomendação de serviços e conteúdo que restringem em vez de expandir as opções do usuário. Trata-se de uma característica constatada em certos algoritmos que inadvertidamente passam a restringir o fluxo de informações que chegam a certos grupos. Ao processar informações de comportamento dos usuários para detectar suas preferências, interesses e crenças, de modo a oferecer-lhes determinados conteúdos e produtos que atendam a tais critérios, esses sistemas podem desfavorecer certos grupos ao deixá-los à margem de certas oportunidades de inclusão social, econômica e cultural.

O estudo destaca ainda a questão do *machine learning* – isso é, do aprendizado de máquina, que pode ser definido como a construção de programas que melhoram seu desempenho por meio de exemplos, criando hipóteses a partir de um grande volume de dados.[7] Modelos de aprendizado de máquina tendem a se tornar cada vez mais complexos e inescrutáveis e, à medida que se desenvolvem rapidamente, criam desafios para a compreensão e a responsabilização pelas decisões que venham a tomar. Diante disso, recomenda-se a inclusão, no próprio desenho inicial de tais modelos, de mecanismos que garantam essa transparência, de acordo com as melhores práticas de engenharia e com a ética profissional, garantindo-se a inclusão e a mitigação dos resultados discriminatórios.

7. MITCHELL, T. Machine Learning. Boston: McGraw Hill, 1997.

Nesse contexto, a Casa Branca propõe a adoção do princípio *equal opportunity by design*, que pode ser traduzido como a garantia da igualdade de oportunidades desde a concepção do projeto ou serviço, sendo essa igualdade a base para a arquitetura dos sistemas e processos desenvolvidos.

1.2 Riscos à privacidade

A coleta massiva de dados pessoais necessária ao processamento de sistemas de IA levanta questionamentos sobre a proteção à privacidade, especialmente quando os dados são usados sem consentimento explícito. A falta de transparência na coleta e no armazenamento de tais dados pode resultar em violações de privacidade, na exposição de informações confidenciais, na criação de perfis detalhados dos indivíduos sem o seu conhecimento ou consentimento e no uso indevido de dados para fins não autorizados.

Esse cenário se torna mais premente à medida que mais dispositivos e serviços estão conectados à Internet das Coisas, criando-se uma nova forma quase imperceptível de se coletar dados pessoais, integrada à vida cotidiana e às mais variadas tarefas, que lhe possibilita um crescimento exponencial. Isso porque objetos chamados de IoT (*Internet of Things*) coletam uma ampla gama de informações sobre os seus usuários, podendo incluir dados pessoais sensíveis, como histórico médico, registros financeiros, histórico de compras e dados de localização. Esses dados são então transmitidos para sistemas integrados, onde são processados e analisados para possibilitar o *machine learning.*

A tais riscos, acrescenta-se ainda a questão da segurança dos dispositivos IoT, que normalmente são projetados com foco na conectividade e coleta de dados e se mostram vulneráveis a ataques cibernéticos. Um exemplo extremo das possíveis consequências dessa vulnerabilidade ocorreu em 2017 na Alemanha, onde a Agência Federal de Redes, responsável pelas telecomunicações, emitiu alerta aconselhando a destruição de uma boneca falante devido às brechas de segurança identificadas na tecnologia do brinquedo. Pesquisadores afirmavam que *hackers* poderiam utilizar o dispositivo *bluetooth* da boneca para ouvir e falar com crianças que brincassem com ela.[8]

1.3 Riscos à liberdade e aos direitos civis: vigilância em massa

Embora seja ferramenta importante para a segurança pública, a adoção

8. Autoridades alemãs fazem alerta contra boneca que pode ser hackeada para espionar crianças. BBC News Brasil, 17 fev. 2017. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-39007610. Acesso em 12 de jan. de 2024.

generalizada de tecnologias de IA para ampliar ou incrementar a infraestrutura de vigilância da população suscita preocupações atinentes aos direitos civis e à liberdade individual.

Em primeiro lugar, a combinação da IA com sistemas de vigilância possibilita uma automação sem precedentes na coleta, análise e interpretação de dados. A vigilância passa a poder ser conduzida de maneira mais eficiente e abrangente, monitorando-se uma grande quantidade de pessoas e locais simultaneamente. No entanto, essa eficiência traz consigo o risco da coleta de informações excessivas e irrelevantes, possibilitando o abuso de poder por parte das entidades que conduzem a vigilância, que podem vir a utilizar esses dados para satisfazer interesses pessoais ou para monitorar indivíduos fora das hipóteses legalmente autorizadas, por exemplo.

Além disso, a automação pode levar a falsos positivos e erros na identificação de suspeitos, aumentando o caso de prisões de pessoas inocentes. No Rio de Janeiro, a adoção de um sistema de reconhecimento facial para buscar indivíduos foragidos, a partir de 31 de dezembro de 2023, especialmente para monitorar as pessoas que comemoravam a virada do ano de 2024 na praia de Copacabana, resultou em quatro prisões, duas das quais estavam eivadas de irregularidades.[9]

1.4 Riscos a direitos individuais e coletivos pela utilização da IA para fins nocivos

No atual estágio de evolução da IA em meio a uma sociedade que ainda busca compreender o seu alcance e as suas implicações, é certo que aqueles que dominarem determinadas ferramentas serão beneficiados por uma concentração de poder que, se por si só já deve ser combatida, quando direcionada a finalidades nocivas, pode vir a gerar resultados catastróficos.

Muito já se discutiu acerca dos vastos efeitos da desinformação sobre as eleições em diversos países, mesmo que, em geral, os mecanismos utilizados em larga escala tenham sido pouco sofisticados – consistentes, basicamente, em criação de contas falsas, fazendas de cliques e *bots* (robôs) para disparar e promover informações inverídicas em redes sociais de forma massiva.

Se já havia preocupação quanto à incapacidade da população de distinguir as *fake news* de notícias e informações confiáveis nesse cenário, ela certamente será agravada com a evolução da IA, que pode tornar quase impossível

9. Dois dos quatro presos por reconhecimento facial no Rio de Janeiro são liberados. CNN Brasil, 5 jan. 2024. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/dois-dos-quatro-presos-por-reconhecimento-facial-no-rio-de-janeiro-sao-liberados/. Acesso em 12 de jan. de 2024.

essa percepção por pessoas leigas. O uso de *deep fakes* – vídeos hiper-realistas e digitalmente alterados para retratar pessoas dizendo ou fazendo coisas que nunca aconteceram[10] –, por exemplo, representa séria ameaça ao processo democrático, podendo derrubar candidaturas e influenciar o voto popular de modo a decidir uma eleição.[11] Outras prováveis consequências da manipulação de conteúdo com ferramentas de IA, se feita de forma desenfreada, são a ampliação de teorias da conspiração e o aumento da desconfiança mútua e em fontes de informação sérias.

A evolução das *deep fakes* gera preocupações não apenas a nível coletivo, mas também a nível individual. Nos últimos meses, têm se proliferado notícias sobre a prática de deep nudes, isso é, a geração de imagens falsas de pessoas nuas por meio de IA, utilizadas para extorsão ou para o constrangimento das vítimas.[12] A prática ganhou contornos ainda mais graves diante de notícias da sua utilização por menores de idade, tendo como vítimas também menores de idade.[13]

1.5 Riscos à vida e à integridade física: veículos autônomos.

Os veículos autônomos ou autodirigíveis representam uma promissora revolução na indústria automobilística, com grande potencial de transformar a mobilidade e tornar as estradas mais seguras, porém oferece riscos e desperta perplexidade especialmente sob a perspectiva da responsabilização criminal. Isso porque os veículos autônomos estão sujeitos a falhas técnicas que podem resultar em acidentes, mas também porque, durante o seu funcionamento regular, serão confrontados com situações dilemáticas em que terão que tomar decisões sensíveis.

Explica-se. Numa situação de colisão iminente, a decisão do veículo autônomo – diferentemente daquela do ser humano, guiado pelo instinto de autossobrevivência ao precisar reagir num espaço de tempo muito curto – será pautada na sua programação e poderá envolver escolhas éticas difíceis, como priorizar a segurança dos ocupantes do veículo, a integridade do próprio veículo ou a segurança dos pedestres. Não se pode olvidar também o fator co-

10. MITCHELL, T. Machine Learning. Boston: McGraw Hill, 1997.

11. DIAS, Jefferson. SILVA, Fabiano. Bots, fake news, fake faces, deepfakes e sua eventual influência no processo eleitoral democrático. Revista da Advocacia do Poder Legislativo, v. 2 (jan./dez. 2021), fls. 27/53.

12. Casos de falsos nudes expõem lado sombrio da inteligência artificial. Veja, 3 nov. 2023. Disponível em: https://veja.abril.com.br/brasil/casos-de-falsos-nudes-expoem-lado-sombrio-da-inteligencia-artificial. Acesso em 14 jan. 2024.

13. 'Nunca vão saber o trauma que causaram', diz aluna vítima de nudes falsos em colégio no Rio. Estadão, 6 nov. 2023. Disponível em: https://www.estadao.com.br/educacao/nunca-vao-saber-o-trauma-que-causaram-diz-aluna-vitima-de-nudes-falsos-em-colegio-no-rio-nprm/. Acesso em 14 jan. 2024.

mercial dessa escolha: qual seria a atratividade de um veículo autônomo no mercado caso o seu potencial comprador soubesse que, se deparado com uma situação dilemática, o sistema poderia optar por matar seus ocupantes? A determinação de critérios claros para orientar essa tomada de decisão é um grande desafio, que deve ser enfrentado não apenas pelos fabricantes de tais veículos, mas também pelo legislador.

Outro desafio é a atribuição de responsabilidade penal diante de acidentes que envolvam veículos autônomos, já que os resultados lesivos poderiam, em tese, ser imputados ao motorista do veículo, ao fabricante, ao distribuidor e ao programador do seu sistema. Outra possibilidade não contemplada na legislação existente seria a atribuição de responsabilidade ao próprio sistema.[14]

São várias as correntes doutrinárias acerca dos fundamentos que devem orientar essa análise de responsabilidade, mas o que basta para o presente estudo é evidenciar o descompasso entre o ordenamento jurídico existente e os questionamentos éticos que nascem ou se amplificam a partir do avanço da IA. Esse descompasso provavelmente não será minimizado apenas pela criação de leis que venham a regulamentar o uso da IA; é possível que os próprios princípios basilares do Direito Penal venham a ser revisitados para melhor contemplar essas e outras situações que surgirão.

2. Propostas de governança no cenário internacional

A regulamentação da IA ainda é tímida ou incipiente ao redor do mundo. Na União Europeia, a versão preliminar da lei ainda pende de negociação com o Conselho da União Europeia e os Estados-membros.[15] No Brasil, temos alguns projetos de lei que abordam o tema, sendo o PL 2338/23 considerado o mais completo, mas ainda em ampla discussão.

Essa dificuldade de regulamentação, atribuível, ao menos em parte, à realidade inconstante e acelerada da inovação tecnológica, é percebida a nível global e tem provocado debates em fóruns e organizações internacionais, os quais, até o momento, resultaram na proposição de algumas orientações gerais de governança. Duas delas, extremamente recentes, merecem uma análise mais aprofundada: a Declaração de Bletchley e o Relatório Provisório do Órgão Consultivo de Alto Nível sobre Inteligência Artificial da Organização

14. ESTELLITA, Heloisa; LEITE, Alaor (introd. e org.). *Veículos autônomos e direito penal.* São Paulo: Marcial Pons, 2019.

15. Europa lidera corrida para regulamentar a inteligência artificial; entenda como. CNN Brasil, 18 jun. 2023. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/tecnologia/europa-lidera-corrida-para-regulamentar-a-inteligencia-artificial-entenda-como/#:~:text=Nesse%20contexto%2C%20a%20Lei%20de,meio%20ambiente%20contra%20efeitos%20nocivos%E2%80%9D. Acesso em 13 jan. 2024.

das Nações Unidas (ONU). A seguir, veremos como essas diretrizes abordam a temática dos riscos relacionados à IA.

2.1 A Declaração de Bletchley

Em novembro de 2023, vinte e oito países, incluindo o Brasil, Estados Unidos, China e os países da União Europeia, assinaram acordo internacional que representou um marco importante na governança e regulamentação das tecnologias de IA, batizado de Declaração de Bletchley. O comunicado do Governo britânico a respeito do acordo enaltece o potencial transformador da IA, mas enfatiza os riscos de segurança relacionados à sua utilização, seja de maneira intencional, dirigida a causar danos – ampliando-se as oportunidades de se espalhar desinformação e manipular qualquer conteúdo –, quanto de maneira não intencional – diante de problemas de controle e alinhamento entre as capacidades dos sistemas de IA, que não são inteiramente previsíveis, e os objetivos iniciais dos seus programadores.

Nesse cenário, os países signatários se comprometem a trabalhar de maneira coordenada e inclusiva, de modo a promover uma IA que seja centrada no ser humano, confiável e responsável. Para tanto, os Estados devem considerar a importância de uma abordagem regulatória que seja pró-inovação e promova uma governança proporcional, de modo a maximizar os benefícios da IA, sem perder de vista os riscos associados – que podem vir a ser classificados com base em circunstâncias nacionais e legislações aplicáveis. Destaca-se ainda a relevância da cooperação internacional e de iniciativas relativas a princípios comuns e códigos de conduta.

Ainda segundo o acordo, a agenda dos países signatários para ações a nível nacional e internacional deve ser focada na identificação de riscos de segurança da IA que sejam de preocupação comum, criando-se uma compreensão científica compartilhada de tais riscos, bem como na construção de políticas para a mitigação de tais riscos. Nesse ponto, ressalta-se a necessidade de transparência por parte dos atores privados que desenvolvem tecnologias de IA, do desenvolvimento de métricas de avaliação apropriadas e de ferramentas para testes de segurança, além da evolução técnica do setor público e da pesquisa científica.

2.2 O Relatório Provisório do Órgão Consultivo de Alto Nível sobre Inteligência Artificial da ONU

No final de dezembro de 2023, a ONU divulgou o Relatório Provisório do

seu Órgão Consultivo de Alto Nível sobre Inteligência Artificial, produzido por especialistas de variadas áreas do conhecimento e de diferentes nacionalidades, que elenca os princípios orientadores que devem guiar a formação de instituições de governança de IA a nível global. São eles a inclusão, o interesse público, a centralidade da governança de dados, a pluralidade, universalidade e conexão de agentes envolvidos e a ancoragem no direito internacional.

Um aspecto interessante do relatório é a ênfase dada à promoção da participação do Sul Global – conceito que inclui os países da África, América Latina e América Central, além da maior parte da Ásia.[16] Sabendo-se que mais de 2,6 bilhões de pessoas ainda não possuem acesso à internet, de acordo com estimativas de 2023 do ITU (*International Telecommunication Union*),[17] há que se reconhecer a carência dos elementos basilares de uma economia digital – acesso à rede de banda larga, dispositivos eletrônicos acessíveis, alfabetização digital e acessibilidade e confiabilidade da rede elétrica. Esse cenário oferece enormes desafios para transações e fluxos de investimentos a nível internacional, fazendo com que a capacidade de participação no desenvolvimento e na utilização da IA por parte desses grupos se torne severamente limitada.

Por essa razão, o relatório salienta a importância do investimento em larga escala para possibilitar essa infraestrutura básica, especialmente nos países do Sul Global, e do direcionamento de esforços para desenvolver ecossistemas locais de IA e treinar modelos com base em dados locais – sejam eles modelos desenvolvidos localmente ou modelos desenvolvidos em outros países e ajustados para sua adaptação às circunstâncias e finalidades locais. Ainda sobre esse investimento, o documento recomenda que esforços domésticos sejam suplementados pela assistência internacional, não apenas entre governos, mas também por atores do setor privado.

Para além das relevantes ponderações sobre a busca de um alcance equânime dos impactos benéficos da IA a nível internacional, o relatório também endereça vários dos seus riscos e desafios, estimulando maiores esforços no sentido de se evitar potenciais danos, sejam eles conhecidos, desconhecidos ou até mesmo impossíveis de serem conhecidos ainda. Os riscos são classificados em (i) riscos originados de limitações técnicas dos sistemas de IA, que variam de vieses nocivos a problemas de precisão de dados; (ii) riscos produ-

16. HOLLINGTON, Andrea; SALVERDA, Tijo; SCHWARZ, Tobias; TAPPE, Oliver. Concepts of the Global South. Köln: Global South Studies Center Cologne, 2015.

17. ITU. ITU releases 2023 Internet use estimates. 31 jul. 2023. Disponível em: https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx. Acesso em 13 de janeiro de 2024.

tos do comportamento humano, como *deep fakes* e campanhas difamatórias; (iii) riscos relacionados à interação entre máquina e ser humano; e (iv) riscos relacionados a questões de segurança.

O terceiro e o quarto tipos de riscos merecem maior aprofundamento, já que ainda não foram diretamente abordados no presente artigo e incluem aspectos menos citados em outros estudos. Quanto aos riscos relacionados à interação entre máquina e ser humano, o relatório da ONU aponta para a perda gradual de capacidades e habilidades humanas e os problemas que podem derivar da confiança excessiva em sistemas de IA. A nível coletivo, diferentes mercados podem ser profundamente impactados com a mudança na força de trabalho e com a proteção deficitária da propriedade intelectual. Ainda nesse ponto, atribui-se à mediação da interação humana pela IA a capacidade de transformar as relações sociais, com consequências imprevisíveis aos núcleos familiares e ao bem-estar físico e emocional.

Com relação aos riscos envolvendo questões de segurança, o relatório faz referência aos debates sobre as restrições à IA, especialmente no contexto armamentista e no desenvolvimento de sistemas de armamento autônomo, levantando preocupações quanto à deflagração de uma nova corrida armamentista. Recomenda-se o estabelecimento de uma restrição intransponível à IA quando as máquinas tiverem seres humanos como vítimas ou alvos de seu funcionamento autônomo. Um receio mais extremo nesse contexto é o descontrole da IA e a possibilidade de que venha a ameaçar a própria existência da humanidade.

O mapeamento de riscos feito pelo Órgão Consultivo inclui ainda uma categorização feita com base nas vulnerabilidades existentes ou potenciais, que dividem os riscos aos indivíduos, a grupos, à sociedade, à economia, aos (ecos) sistemas e a valores e normas. Embora se reconheça a inexistência de consenso quanto a como abordar ou endereçar esses riscos, o relatório enfatiza a relevância da proatividade e prega que a incerteza científica não leve à inércia governamental.

Considerações finais

O presente estudo não almejou ser uma lista exaustiva de riscos, sabendo-se que a meteórica evolução da IA nem sequer possibilitaria tal pretensão. Dito isso, é fundamental reconhecer que o mapeamento contínuo dos riscos existentes e potenciais é o primeiro passo de uma discussão sobre como gerenciá-los. Mais que isso, partindo desse mapeamento, uma discussão ade-

quada deve se debruçar sobre a busca de equilíbrio ao instituir uma regulamentação que permita que a IA concretize o seu potencial revolucionário sem produzir impactos nocivos ou, ao menos, sem que isso ocorra num ambiente de imprevisibilidade e ausência de mecanismos de controle estatal.

Ao analisar mais detidamente os dois documentos de caráter intergovernamental trazidos no segundo capítulo, vê-se que o grande desafio atual é exatamente encontrar esse equilíbrio e traçar limites concretos para o desenvolvimento e a implementação da IA. Embora sejam documentos de caráter mais abrangente e universal – até mesmo para possibilitar que contemplem as especificidades dos países signatários da Declaração de Bletchley e dos países membros da ONU –, identificam-se alguns elementos mais concretos que se espera encontrar em legislações de diversos países: a busca por transparência dos atores privados, a importância da cooperação internacional e a necessidade de promover a participação de todos os países no desenvolvimento tecnológico. Tais elementos servem de repertório para uma análise crítica de iniciativas e propostas de regulamentação que estão emergindo e vão se multiplicar num futuro próximo.

Diante dessas considerações, o presente artigo buscou compreender os riscos da IA, todavia sem incidir numa análise alarmista que rechace o uso de novas tecnologias, o que certamente encontrará cada vez menos espaço no futuro. Diferentemente, é preciso pensar em abordagens que contribuam para o desenvolvimento tecnológico e busquem direcioná-lo para que se volte ao seu principal objetivo, que é servir aos propósitos e à vida humana, sem perder de vista a ética e os valores que são caros à sociedade.

Referências

DIAS, Jefferson; SILVA, Fabiano. Bots, fake news, fake faces, deepfakes e sua eventual influência no processo eleitoral democrático. Revista da Advocacia do Poder Legislativo, v. 2 (jan./dez. 2021), p. 27-53.

ESTELLITA, Heloisa; LEITE, Alaor (introd. e org.). Veículos autônomos e direito penal. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

FRANCO, Cristiano Roberto. Inteligência Artificial. Londrina: Editora e Distribuidora Educacional, 2014.

HOLLINGTON, Andrea; SALVERDA, Tijo; SCHWARZ, Tobias; TAPPE, Oliver. Concepts of the Global South. Köln: Global South Studies Center Cologne, 2015.

ITU. ITU releases 2023 Internet use estimates. 31 jul. 2023. Disponível em: https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx. Acesso em 13 de janeiro de 2024.

MCCARTHY, John. What is Artificial Intelligence. Stanford: Stanford University, 2007.

MITCHELL, T. Machine Learning. Boston: McGraw Hill, 1997.

MORAIS, Diogo M. G.; OLIVEIRA, Victor I.; JUNGER, Alex P.; FACÓ, Júlio F. B. O conceito de inteligência artificial usado no mercado de softwares, na educação tecnológica e na literatura científica. Educação Profissional e Tecnológica em Revista, v. 4, n° 2, 2020.

RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. Artificial intelligence: a modern approach. 4.ed. Pearson Education Limited, 2020.

THE WHITE HOUSE. Big Data: A Report on Algorithmic Systems, Opportunity, and Civil Rights, 2016. Disponível em: https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/microsites/ostp/2016_0504_data_discrimination.pdf. Acesso em 7 de janeiro de 2024.

WESTERLUND, Mika. The emergence of deepfake technology: a review. Technology Innovation Management Review, v. 9, nº 11, nov. 2019, fls. 40. Disponível em: https://timreview.ca/article/1282. Acesso em 14 jan. 2024.

DIÁLOGOS DA
PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DIGITAL

EIXO IV

Inovação e Tecnologia

AUTORES

André Luís de Freitas Romano

Antonio Vignoli Hoagland

Carolina Schenkel de M. L. Neves

Giovanna Tossini Marcheti

Sarah Gomes Sakamoto

DIÁLOGOS DA
PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DIGITAL

14

DPI, dados e agenda ESG: uma análise preliminar de oportunidades e desafios sob a perspectiva da justiça de dados no sul global

SARAH GOMES SAKAMOTO

SARAH GOMES SAKAMOTO[1]

Sumário: Introdução. 1. Agenda ESG. 2. Infraestrutura pública digital. 3. Oportunidades e desafios sob a perspectiva da justiça de dados no sul global. Considerações finais. Referências.

Introdução

Com as mudanças disruptivas advindas do avanço tecnológico e alterações dos modelos de negócios, juntamente com o constante cenário de incertezas enfrentados pela sociedade moderna, faz-se necessário adotar soluções digitais de formas inovadoras. Os modelos antes implementados no desenvolvimento e uso das tecnologias não se adequam às necessidades das novas gerações[2].

Com a globalização, os cenários político e socioeconômico sofreram alterações significativas, exigindo maior interlocução e agendas conjuntas para o enfrentamento das crises, com colaboração entre diversos stakeholders em escala global. Economias emergentes estão tomando posições de visibilidade na representação mundial, principalmente as do chamado sul global[3], no entanto, ainda é perceptível a grande desigualdade social presente nessas regiões.

A sociedade clama por soluções sustentáveis, que sejam robustas, viáveis, resilientes e que promovam o desenvolvimento social e humano, agregando valor em diversas perspectivas. Grupos, alianças e blocos econômicos, tais como o Grupo dos 20 (G20), países membros da Organização das Nações Unidas e União Europeia ganham cada vez mais importância e suas decisões guiam o desenvolvimento mundial. E a tecnologia, como um importante fator de apoio estratégico, também necessita de discussão e regulamentação conjunta para definição do futuro da comunidade global.

Nesse contexto, estão inseridos os conceitos de infraestrutura pública digital (DPI), dados e agenda ESG, que estão interligados no planejamento das novas soluções e desenvolvimento da sociedade, reunindo diversas oportunidades e desafios, seja para essa ou para as próximas gerações. Considerando

1. Mestra em Sistemas e Computação e Bacharela em Ciência da Computação pela UFRN. Especialista em Internet das Coisas pela UTFPR. Pós-graduanda em Direito Digital pelo ITS Rio em parceria com UERJ. Servidora pública, Analista e Assessora do Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais da Defensoria Pública do Estado do Paraná (DPE-PR), integrante da Comissão para Aplicabilidade da LGPD e da Comissão Especializada de Proteção de Dados do Conselho Nacional de Defensoras e Defensores Públicos-Gerais (CONDEGE).

2. COSTA, K. The 100 Trillion Dollar Wealth Transfer: How the Handover from Boomers to Gen Z Will Revolutionize Capitalism. Bloomsbury Publishing, 2023.

3. SANTOS, B. S; MENEZES, M. P. (Orgs.). Epistemologias do Sul. São Paulo: Cortez, 2010.

as realidades distintas e as vulnerabilidades existentes, torna-se importante observar esses conceitos sob a perspectiva da justiça de dados e do sul global, trazendo um fechamento para esse conglomerado de temas.

Este artigo visa apresentar os conceitos de infraestrutura pública digital e ESG, mostrando suas interconexões, e apresentar as principais discussões envolvendo a temática desse contexto específico sob a perspectiva da justiça de dados no sul global. Os assuntos das próximas seções são explorados da seguinte forma: uma introdução ao framework ESG, com definição dos princípios e objetivos; caracterização de infraestrutura pública digital, relacionando os tópicos da pesquisa; uma análise preliminar desses temas sob a perspectiva da justiça de dados no sul global; e, por fim, as considerações finais.

1. Agenda ESG

Com as alterações da economia, o desenvolvimento tecnológico e as mudanças de paradigmas na sociedade moderna, faz-se necessário repensar as estratégias de negócios nas empresas de forma que acompanhem as (r)evoluções e permaneçam agregando valor. O framework ESG[4], sigla em inglês de environmental, social and governance, refere-se às práticas ambientais, sociais e de governança de uma organização. Trata-se de "um conjunto de fatores usados para medir impactos não financeiros de determinados investimentos e empresas"[5] e vem ganhando destaque no mercado, visto que é um fator utilizado para tomada de decisão de diversos investidores.

O termo foi originalmente utilizado em uma publicação denominada Who Cares Wins[6], do Pacto Global em parceria com o Banco Mundial, e trazido pelo secretário-geral da Organização das Nações Unidades (ONU) para CEOs de instituições financeiras. Do ponto de vista do "E", estão ações relacionadas à biodiversidade, mudanças climáticas, poluição, pegadas de carbono, gerenciamento de recursos energéticos, dentre outras questões ambientais; as ações do "S" estão relacionadas aos direitos humanos, igualdade racial, gênero, privacidade e proteção de dados, saúde, trabalho e temas relacionadas à justiça social e ao capital humano; por fim, o "G" envolve compliance, contri-

4. GIESE, G. et al. Foundations of ESG Investing: How ESG Affects Equity Valuation, Risk, and Performance. The Journal of Portfolio Management, n. 45, p. 69–83, 2019.

5. BERGMAN, M. S.; DECKELBAUM, A.J.; KARP, B. S. Introduction to ESG. In: Harvard Law School Forum on Corporate Governance. 2020.

6. PACTO GLOBAL e BANCO MUNDIAL. *Who cares wins: Connecting financial markets to a changing world*. New York, 2004.

buições políticas, corrupção, transparência e demais estratégias relacionadas à governança[7].

A transparência e a prestação de contas estão diretamente ligadas aos princípios ESG, o que fomenta o interesse dos investidores em ativos que atuem de acordo com padrões ESG, diminuindo os riscos, ampliando a competitividade. Baraibar-Diez e Sotorrio[8] destacam que:

> (...) a transparência ultrapassa a informação divulgada e inclui todas as estruturas jurídicas, políticas e institucionais que geram informações e o canal que as distribui (Finel & Lord, 1999), com especial ênfase na acessibilidade, frequência e confiabilidade da informação (Armstrong, 2005). A complexidade do conceito de transparência decorre não só da necessidade de identificar os aspectos da empresa que são relevantes para um grupo heterogêneo de stakeholders, mas também da forma, do canal e do timing da divulgação para serem efetivamente relevantes. Logo, a transparência corporativa social pode ser definida como a disponibilidade de informações relevantes, compreensíveis e socialmente oportunas (ou ESG) da empresa, a fim de permitir que os stakeholders tomem decisões racionais e contribuam para o desenvolvimento sustentável da empresa (Baraibar-Diez & LunaSotorrio, 2012).

No contexto da relação do *framework* ESG e impactos gerais para a sociedade, há estudos que demonstram a relação entre os fatores ESG e aspectos de resiliência econômica, bem-estar da comunidade e bem-estar individual, conforme apontado por Ketter *et al*.[9] ESG tem tido popularidade devido aos investimentos na área e sua importância econômica, no entanto, considerando as contribuições de análise de dados e tecnologias, há outros mecanismos de influência e de impacto, que consideram esses temas do ponto de vista de oportunidades e desafios sociais.

No cenário econômico, a pauta de sustentabilidade é um requisito presente nas discussões. Nos fóruns econômicos mundiais traçam-se diretrizes priorizando o desenvolvimento sustentável, tendo em vista que as novas gerações clamam por soluções que viabilizem o futuro e continuidade da vida no planeta. Nesse contexto, em 2015, a ONU propôs uma agenda para os 15 anos

7. BERGMAN, M. S.; DECKELBAUM, A.J.; KARP, B. S. Introduction to ESG. In: Harvard Law School Forum on Corporate Governance. 2020.

8. BARAIBAR-DIEZ, E.; SOTORRÍO, L. L. O efeito mediador da transparência na relação entre responsabilidade social corporativa e reputação corporativa. Revista Brasileira de Gestão de Negócios, n. 20, p. 05-21, 2018, pp. 8.

9. KETTER, W. et al.. Special issue editorial: addressing societal challenges through analytics: an ESG ICE framework and research agenda. Journal of the Association for Information Systems, v. 21, n. 5, 2020.

seguintes, composta por 17 objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), em inglês, SDG, para seus países membros.

Os ODS reúnem os grandes desafios da sociedade moderna, expondo pontos de vulnerabilidade, necessidades, incertezas e questões de fundamental apreço das políticas das nações mundiais, que envolvem tanto os Estados quanto o setor empresarial. Os 17 objetivos publicados na declaração da Agenda 2030[10] estão elicitados na Figura 1.

Figura 1. Objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), propostos em 2015.

De acordo com o relatório de desenvolvimento sustentável de 2020[11], os ODS são colocados em termos de seis grandes transformações, a saber: (i) educação, gênero e desigualdade; (ii) saúde, bem-estar e demografia; (iii) descarbonização da energia e indústria sustentável; (iv) alimentação, territórios, água e oceanos sustentáveis; (v) comunidades e cidades sustentáveis; e (vi) revolução digital e desenvolvimento sustentável. Portanto, os desafios envolvem transformações, através de ações da comunidade mundial dentro desses setores.

No âmbito brasileiro, o Decreto nº 8.892 de 27 de outubro de 2016[12] criou a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, de forma a dar transparência ao processo de implementação da Agenda 2030, com plano de ação de 2017 a 2019. Em 2023, foi instalada nova comissão para dar continuidade aos trabalhos, através do Decreto nº 11.704 de 14 de setem-

10. ONU - Organização das Nações Unidas. Objetivos para o desenvolvimento sustentável. 2015. Disponível em: https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf. Acesso em: 15 jan. 2024.

11. SACHS, J. et al. The Sustainable Development Goals and COVID-19. Sustainable Development Report 2020. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. Disponível em: https://sdgtransformationcenter.org/reports/sustainable-development--report-2020. Acesso em: 15 jan. 2024.

12. BRASIL. Decreto nº 8892, de 27 de outubro de 2016. Cria a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Revogado pelo Decreto nº 11.704, de 2023. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8892.htm. Acesso em: 15 jan. 2024.

bro de 2023[13]. Ainda, em 2023, o Brasil anunciou a proposição de um 18 ODS, que seria referente à promoção da igualdade racial a partir do enfrentamento a todos os tipos de racismo.

Com isso, é possível verificar que os princípios de ESG estão estritamente relacionados com os ODS, pois essas ações definidas a nível estratégico guiam as organizações para que alcancem, no decorrer de suas operações, os objetivos de desenvolvimento sustentável. Portanto, os ODS são o que se almeja atingir, enquanto a agenda ESG define uma estratégia de como podem ser realizadas.

2. Infraestrutura pública digital (DPI)

Infraestrutura pública digital, termo advindo do inglês *Digital Public Infrastructure* (DPI), é um conceito em desenvolvimento e refere-se a uma abordagem para soluções digitais através da agregação de sistemas para utilização em larga escala e promoção do desenvolvimento da sociedade.

Segundo as Nações Unidas[14], DPI pode ser definida como "ferramentas e sistemas necessários para realizar a função da vida digital nas cidades". Foi tema presente na última reunião G20, fórum de cooperação econômica internacional que reúne líderes das principais economias mundiais, que ocorreu em setembro de 2023, na Índia. De acordo com a Declaração dos Líderes do G20[15], acerca da definição e aspectos de DPI, tem-se:

> (...) um conjunto de sistemas digitais compartilhados, construídos e aproveitados pelos setores público e privado, com base em infraestruturas seguras e resilientes e que podem ser baseadas em especificações e padrões abertos, bem como softwares *open source* que podem permitir prestação de serviços em escala social. Nos nossos esforços voluntários para tornar a infraestrutura pública digital interoperável, reconhecemos a importância do fluxo livre de dados com confiança e dos fluxos de dados transfronteiriços, respeitando simultaneamente os *frameworks* legais aplicáveis. Também reafirmamos o papel dos dados para o desenvolvimento. (...) Reconhecemos que infraestruturas públicas digitais seguras,

13. BRASIL. Decreto nº 11.704, de 14 de setembro de 2023. Institui a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11704.htm. Acesso em: 15 jan. 2024.

14. UNHabitat - United Nations Human Settlements Programme. Building & securing digital public infrastructure: A playbook for local and regional governments. 2020. Disponível em: https://unhabitat.org/programme/legacy/people-centered-smart-cities/building-securing-digital-public-infrastructure-a. Acesso em: 15 jan. 2024, pp. 15.

15. ONU – Organização das Nações Unidas. Declaração dos Líders do G20. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/declaracao-de-lideres-do-g20-de-nova-delhi-nova-delhi-india-9-e--10-de-setembro-de-2023. Acesso em: 15 jan. 2024.

> confiáveis, transparentes e inclusivas, que respeitem os direitos humanos, os dados pessoais, a privacidade e os direitos de propriedade intelectual podem promover a resiliência e permitir a prestação de serviços e a inovação.

Portanto, percebe-se, através dessa nova abordagem de desenvolvimento, uso e implantação das tecnologias propostas pelo conceito de DPI, que possuem algumas características: inovação, desenvolvimento de políticas públicas, inclusão digital, engajamento do Estado, parceria público-privado, desenvolvimento humano e social, utilização em larga escala, grande volume de compartilhamento de dados, transparência, interoperabilidade, resiliência, envolvimento de diversos *stakeholders* e implantação respeitando *frameworks* legais.

Existem vários tipos de DPI, no entanto, podem ser separadas em quatro principais categorias[16], quanto às suas aplicações, conforme a seguir: (i) identidade digital, com serviços de verificação de identidade e outros correlatos, tais como assinaturas eletrônicas; (ii) pagamentos digitais, com serviços de transferência financeira instantânea entre pessoas, empresas e governo; (iii) compartilhamento de dados baseado em consentimento, que proveem fluxo contínuo de dados pessoais entre setores público e privado, com salvaguardas para proteção de dados pessoais de acordo com os *frameworks* de governança de dados aplicáveis e (iv) outros, que podem prover outras funções, tais como modelo de inteligência artificial, serviços de descoberta e distribuição, agregação de dados e de conteúdo, dentre outros serviços emergentes para DPI.

O maior exemplo de utilização e integração de infraestrutura pública digital, atualmente, é a Índia. Com o desenvolvimento do Aadhaar, criado em 2009, trouxe inovação ao implantar o primeiro sistema de identidade biométrica do mundo[17] e, posteriormente, integrou outros sistemas à sua infraestrutura. Em sua DPI, além do sistema de identidade digital Aadhaar, há o sistema de pagamentos em tempo real UPI, o sistema de armazenamento de documentos em nuvem DigiLocker, entre outros.

Em complemento com Aadhaar, o sistema de verificação digital e-KYC, do acrônimo *Eletronic Know Your Client*, facilita os processos de KYC, bastante

16. G20. Communique - Policy Recommendations to the G20. 2023. Disponível em http://www.g20.utoronto.ca/b20/2023-B20_Communique.pdf. Acesso em: 15 jan. 2024.

17. D'SILVA, et al., T. The design of digital financial infrastructure: lessons from India. BIS Paper, n. 106. 2020.

utilizado por bancos e demais instituições financeiras, digitalizando os processos, reduzindo os custos, auxiliando na prevenção de fraudes de transações financeiras[18] e fomentando a inclusão da população. O ESign permite assinar documentos digitalmente e o Digilocker permite o armazenamento de documentos digitais e a utilização desses recursos pelos cidadãos para facilitar o acesso aos mais diversos serviços.

O *Unified Payment Interface* (UPI) é o sistema de pagamentos em tempo real da Índia. É atualmente o responsável pelo maior meio de transações instantâneas no mundo, com recorde de 89,5 bilhões de transações em 2022[19]. Desde a implantação do UPI em 2016, a Índia vem despontando como referência mundial no uso de DPI para pagamentos instantâneos, promovendo a inclusão financeira e o desenvolvimento social, atuando inclusive na redução da desigualdade de gênero no setor financeiro[20]. Nesse sentido, a Índia anunciou no final de 2023 que se prepara para exportar suas DPI para outros países.

É importante ressaltar que, aliado ao desenvolvimento das soluções tecnológicas, há concomitantemente uma estratégia orquestrada pelo Estado para promover a implantação e a adoção dessas tecnologias pela sociedade, em caráter de políticas públicas. No caso da estratégia da Índia para a ampla adoção do UPI, D'Silva *et al.*[21] cita que:

> A abordagem indiana baseia-se em quatro pilares: (i) fornecimento de infraestrutura financeira digital como bem público; (ii) incentivo à inovação do setor privado, fornecendo acesso aberto a essa infraestrutura; (iii) criação de condições de concorrência equitativas através de um framework regulatório; (iv) capacitação dos indivíduos por meio de um framework de compartilhamento de dados que requer o fornecimento de consentimento.

O Brasil também possui relevante contribuição no cenário mundial de desenvolvimento de DPI. Um dos *cases* de maior relevância no cenário mundial é o PIX, a plataforma para pagamentos instantâneos em âmbito nacional. O sistema de pagamentos instantâneos brasileiro entrou em operação oficialmente em novembro de 2020, em meio à pandemia de Covid-19, tendo sua implan-

18. Ibidem.

19. ACI WORLDWIDE e GLOBAL DATA. Prime Time for Real-Time Global Payments Report. 2022. Disponível em: https://insiderealtime.aciworldwide.com/prime-time-report-23?utm_source=akna&utm_medium=email&utm_campaign=Pix-e-um--dos-meios-de-pagamentos-instantaneos-mais-usados-do-mundo. Acesso em: 15 jan. 2024.

20. VARGAS, I. F; SANTOS, N. P. A inclusão financeira por meio de plataformas digitais: experiências de países emergentes e análise do estado da arte no Brasil. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, v. 14, n. 2, p. 49-62, 2020 apud DEMIRGÜÇ-KUNT, A. et al. The Global Findex Database 2017: measuring financial inclusion and the fintech revolution. World Bank Group, 2018.

21. D'SILVA, et al., T. The design of digital financial infrastructure: lessons from India. BIS Paper, n. 106. 2020, pp. 1-2.

tação conduzida pelo Banco Central do Brasil (BACEN) com colaboração de diversos agentes do setor financeiro. O desenvolvimento do PIX faz parte do fenômeno denominado revolução dos pagamentos digitais[22], no qual os serviços, antes providos somente através de meios físicos, de forma presencial, passam a ser providos por meios digitais.

O PIX já é a forma de pagamento mais utilizada pela população brasileira, tendo ultrapassado o valor de R$ 15 trilhões de reais em movimentações em 2023[23]. Em 2022, foi o segundo meio de pagamento instantâneo mais utilizado no mundo, ficando atrás somente do UPI, da Índia, segundo relatório publicado no ano passado pela ACI Worldwide e Global Data[24]. Essa DPI provocou uma revolução no sistema de pagamentos do país, impactando o consumo e o acesso aos serviços financeiros da comunidade, principalmente da população de baixa renda. Acerca dos benefícios voltados para inclusão financeira e promoção do desenvolvimento humano, Silva[25] ressalta que:

> A evolução do sistema de pagamento nacional é uma oportunidade para incluir milhões de pessoas que atualmente não possuem acesso a serviços bancários. (...) no Brasil a utilização de serviços bancários aumentou 25% entre a população mais pobre e a estimativa é que esse número ainda aumente, considerando que mais pessoas possam entrar no mercado de pagamentos digitais, principalmente se considerarmos que elas possuem acesso à telefonia celular, facilitando sua inclusão financeira.

Atribui-se como motivadores do processo de inclusão digital sendo realizado no país a adoção dessa DPI, que fomentou o acesso aos serviços bancários, juntamente com as políticas públicas desenvolvidas, que englobam, no período de 2016 a 2020, a autorização da abertura de conta 100% digital, a regulamentação de pagamentos instantâneos e a do *Open Banking*. O Brasil ainda possui outras DPI, desenvolvidas e ou em desenvolvimento, tais como o portal unificado de serviços do governo federal Gov.br, o Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico), o Sistema de declaração

22. LEITE, L. M. A evolução dos meios de pagamentos digitais no Brasil durante a pandemia do covid-19: uma análise sobre o pix. 2021. 62f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Engenharia de Produção), Universidade de São Paulo, São Carlos.

23. EXAME. Pix ultrapassa R$ 15 trilhões movimentados e promete forte disputa com cartão de crédito em 2024. 2024. Disponível em: https://exame.com/economia/pix-ultrapassa-r-15-trilhoes-movimentados-e-promete-forte-disputa-com-cartao-de-credito-em-2024/. Acesso em: 15 jan. 2024

24. ACI WORLDWIDE e GLOBAL DATA. Prime Time for Real-Time Global Payments Report. 2022. Disponível em: https://insiderealtime.aciworldwide.com/prime-time-report-23?utm_source=akna&utm_medium=email&utm_campaign=Pix-e--um-dos-meios-de-pagamentos-instantaneos-mais-usados-do-mundo. Acesso em: 15 jan. 2024.

25. SILVA, J. J. O. Uma análise sobre o sistema de pagamento instantâneo do pix: um estudo bibliográfico. 2023. 50f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Campina Grande, Souza, pp. 33.

de imposto de renda e a plataforma DREX.

DPI possui diversas vantagens, dentre elas promover acesso a recursos e serviços de forma equitativa, promover a acessibilidade, aumentar o grau de confiança nas instituições e acelerar o crescimento econômico. A adoção de DPI está estritamente relacionada à agenda ESG, tendo em vista que constituem uma forma de cumprimento dos ODS. De acordo com o comunicado das recomendações políticas para o G20[26], publicado em 2023, consta a recomendação de implementação de DPI, com cinco ações políticas para sua realização.

As cinco ações políticas, assim como a recomendação, encontram-se dentro do escopo de inclusão financeira e empoderamento econômico, no entanto, são substanciais e de bastante relevância para implantação de DPI de outras áreas e serão listadas a seguir, de forma sumarizada: (i) promover a digitalização de identidades a nível individual, empresarial e agrícola, que sejam interoperáveis e reconhecidas além das fronteiras; (ii) incentivar o desenvolvimento de DPI com salvaguardas para a prestação contínua de serviços públicos; (iii) incentivar colaborações entre os setores público e privado para permitir pagamentos e promover inclusão financeira a todos(as); (iv) incentivar o livre fluxo de dados entre instituições financeiras e consumidores através de uma arquitetura de consentimento dedicada; (v) promover a interoperabilidade entre múltiplas tecnologias e ecossistemas financeiros e regulatórios, permitindo a interação de todos os *stakeholders*.

Para cada ação política, são delineados os ODS impactados, ou seja, visando-se sua obtenção, reforçando a direta relação dos ODS, ESG e DPI. A primeira e a segunda ações impactam, ambas, os ODS 9, 16 e 17. A terceira e a quinta ações impactam os ODS 9 e 17. A quarta ação política, por sua vez, impacta o ODS 9. Por fim, vale considerar a estreita relação do desenvolvimento das DPI e os ODS, tendo em vista que sua implantação, bem como ações advindas de sua implantação constituem medidas para atendimento desses objetivos, ou seja, atuam como práticas ESG para minimização desses desafios.

3. Oportunidades e desafios sob a perspectiva da justiça de dados no sul global

O sul global[27] é um termo que identifica um conjunto de países que deno-

26. G20. Communique - Policy Recommendations to the G20. 2023. Disponível em http://www.g20.utoronto.ca/b20/2023-B20_Communique.pdf. Acesso em: 15 jan. 2024.

27. DADOS, N.; CONNELL, R. The global south. Contexts, v. 11, n. 1, p. 12-13, 2012

tam semelhanças quanto à oposição ao cenário dominante de países colonizadores e uma identificação comum de marcos históricos de uma construção política e de desenvolvimento nas últimas décadas. Originalmente utilizado em 1969 por Carl Oglesby[28], pode ser definida como "uma congregação plural, com cultura, percursos e aspirações diferentes"[29] constituída por "regiões do mundo que foram submetidas ao colonialismo europeu e que não atingiram níveis de desenvolvimento econômico semelhantes ao do norte global (Europa e América do Norte)"[30].

A maioria dos países que integram o sul global são originários do sul geográfico (e.g. América Latina, África, Ásia), no entanto, não se restringem à sua geolocalização. Portanto, trata-se de uma divisão a partir de uma visão geopolítica, não geográfica. O sul global é constituído de um sul metafórico que se opõe ao norte global e sua dominação econômica, social, política e cultural[31].

Esse cenário advém de uma formação pós Segunda Guerra Mundial, que modificou as instituições e reformulou a atmosfera global, com a abertura dos mercados em escala globalizada e aplicações de políticas de acordo com circunstâncias locais, expressando diferentes desenvolvimentos econômicos nos países. Ele demarca uma mudança de representação que substitui o eurocentrismo.

No entanto, apesar de um histórico de colonização e pobreza, do ponto de vista econômico, alguns países do sul global apresentaram progressos significativos nas últimas décadas, tais como China, Índia, Brasil, Indonésia, África do Sul, Turquia, e substanciais, tais como Chile, Tunísia, Bangladesch, fenômeno apelidado de ascensão do sul[32]. China e Índia possuem cenários particularmente expressivos de crescimento econômico, em escala sem precedentes, aumentando seu produto per capita nas últimas três décadas, aliado ao notável desenvolvimento tecnológico.

Somado ao numeroso volume populacional desses países, isso reflete no impacto que o sul global estabelece em escala mundial, o que traz diversas oportunidades e desafios, visto que nesses países ainda residem muitos po-

28. MUKHOPADHYAY, C. et al. Planning practices and theories from the global south. 2021.

29. CAIXETA, M. B.; MENEZES, R. G. Desafios atuais para a cooperação sul-sul: as desigualdades e o sul global. Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD, v. 10. n. 20, p. 486-518, 2021, pp. 491.

30. MENESES, M. P. Diálogos de saberes, debates de poderes: possibilidades metodológicas para ampliar diálogos no Sul global. Em aberto, v. 27, n. 91, 2014, pp.92.

31. SANTOS, B. S; MENEZES, M. P. (Orgs.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010.

32. UNDP - United Nations Development Programme. Relatório de Desenvolvimento Humano 2013. A ascensão do sul: progresso humano num mundo diversificado. 2013. Disponível em: https://hdr.undp.org/system/files/documents/hdr2013portuguesepdf.pdf. Acesso em: 15 jan. 2024.

bres do mundo[33] e que possuem severas disparidades sociais e diversidade cultural, ao passo que também se projeta que dois países do sul global estejam entre as três maiores economias mundiais até 2030[34]. Ainda, segundo Caixeta e Menezes[35]:

> Compreender o Sul global como identidade coletiva – suas normas constitutivas, propósitos sociais, comparações relacionais e, também, o modelo cognitivo em jogo – elucida o papel do Sul global no cenário político internacional contemporâneo. Isso permite que se estabeleça um destino comum entre seus membros, definido a partir de determinado contexto, já que 'o que os grupos querem depende de quem eles pensam que são'. Ele afeta a interpretação e entendimento de fatos do presente e do passado comum, moldados pelas memórias da experiência colonial compartilhada por este Sul global (ABDELAL et al., 2006). O modelo cognitivo, ainda, mostra a necessidade de se evitar a simplificação da noção de Sul global confinando-a a uma única realidade social, utilizada como sinônimo de uma identidade cultural, enfatizando seu valor ideológico.

Diante desse cenário, faz-se necessário repensar as estratégias utilizadas por esses países no que se refere ao desenvolvimento tecnológico, regulamentação das tecnologias e das matérias inerentes aos direitos digitais, considerando as desigualdades sociais, que são características marcantes nessas nações e, talvez, concentrar esforços de forma conjunta, visto realidades sociais semelhantes, em muitos casos, além de históricos de desenvolvimento advindos de libertações de colonialismos, economias periféricas e estigmas socioeconômicos.

Com o desenvolvimento da infraestrutura pública digital, os países terão sob sua tutela grande volume de dados, o que reforça a necessidade de atenção especial para regulamentação efetiva e a concentração de esforços, considerando as possibilidades transfronteiriças. Pensando-se em estratégias conjuntas, em analogia a iniciativas no norte global, tal como a estratégia europeia para os dados[36], que visa criar um mercado único de dados, e aos espa-

33. Ibidem.

34. BLOOMBERG. These Could Be the World's Biggest Economies by 2030. 2019. Disponível em: https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-01-08/world-s-biggest-economies-seen-dominated-by-asian-ems-by-2030. Acesso em: 15 jan. 2024.

35. CAIXETA, M. B.; MENEZES, R. G. Desafios atuais para a cooperação sul-sul: as desigualdades e o sul global. Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD, v. 10. n. 20, p. 486-518, 2021, pp.494.

36. European Commission. The European data strategy. 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/attachment/862109/European_data_strategy_en.pdf . Acesso em: 15 jan. 2024.

ços comuns europeus de dados[37], que constituem sistemas distribuídos que permitem transações de dados entre diferentes ecossistemas de dados, implementadas por infraestrutura(s) de dados interoperáveis, o sul global pode desenvolver espaços de dados comuns entre seus países, propiciando um fluxo de dados sul-sul e fortalecendo a economia e a visibilidade de seus integrantes.

A proteção e a privacidade dos dados pessoais surgem como uma preocupação relevante nesse cenário de desenvolvimento tecnológico e de fluxos de dados, favorecendo o fomento da aplicação e fortalecimento de legislações robustas e compliance às normativas nessas regiões. Nesse ponto de vista, destaca-se o papel da governança e de ações da agenda ESG, com parceria entre os setores público e privado, com investimentos e atrativos para as empresas e a consideração de importantes fatores sociais aliados a alternativas sustentáveis.

O desenvolvimento tecnológico das novas grandes potências mundiais, tais como China e Índia, e o surgimento de grandes consumidores de dados de países que também integram o sul global, como o Brasil, despontam um cenário de oportunidades para criação de soluções inovadoras no mercado de dados, que favoreçam aspectos de desenvolvimento social e fomento da justiça de dados. Para Heeks e Renken[38], a "justiça de dados é o principal padrão ético pelo qual os recursos, processos e estruturas relacionados a dados são avaliados". Segundo Linnet Taylor[39], justiça de dados refere-se à "justeza na forma como as pessoas são visibilizadas, representadas e tratadas como resultado da produção de dados digitais". E, com a crescente disponibilização e circulação de dados por essas infraestruturas, reflexo dos aspectos econômico e humano, reforça-se a necessidade de uma análise das soluções existentes e a serem implementadas considerando essa perspectiva.

Em um paralelo com a agenda ESG, o âmbito do conceito de justiça relacionado ao desenvolvimento sustentável sob a perspectiva da responsabilidade com gerações futuras, Krushil Watene[40] afirma que:

37. DSSC – Data Spaces Support Centre. Common European data spaces. v. 2.0. 2023. Disponível em: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/data-spaces. Acesso em: 15 jan. 2024.

38. HEEKS, R.; RENKEN, J. Data Justice for Development: What Would It Mean? Manchester. 2016, pp.4.

39. TAYLOR, L. What is data justice? The case for connecting digital rights and freedoms globally. Big Data & Society, v. 4, n. 2, 2017, pp.1.

40. UNDP - United Nations Development Programme. Relatório de Desenvolvimento Humano 2021-2022: Síntese. New York: 2022. Disponível em: https://www.undp.org/pt/brazil/desenvolvimento-humano/publications/relatorio-de-desenvolvimento-humano-2021-22. Acesso em: 15 jan. 2024, pp.70.

> Não só precisamos de saber como perseguir e concretizar aspetos como justiça social e a saúde do ecossistema, como também precisamos de ser capazes de imaginar relações e responsabilidades muito para lá das nossas próprias vidas temporais e espacialmente vinculadas. (...) várias teorias de justiça entre gerações que motivam os fundamentos normativos das nossas responsabilidades para com as gerações futuras. Algumas teorias consideram que a justiça exige que nos imaginemos a escolher princípios para governar as responsabilidades entre gerações. Para impor a equidade, o procedimento de escolha elimina o conhecimento de qual a geração a que nós (os decisores) pertenceremos. Outras teorias afirmam que a justiça requer que imaginemos ter de justificar quaisquer cursos de ação que tomemos agora diretamente aos nossos descendentes que herdarão as consequências dessas ações. (...) Os nossos valores culturais, narrativas e práticas têm um papel vital na proteção e viabilização de ligações entre gerações, ligando as gerações passadas, presentes e futuras. (...) Reflete-se igualmente na forma como elaboramos políticas com base, em parte, nos legados que essas políticas irão traçar e permitir a longo prazo. Por outras palavras, tende a existir "uma ligação conceptual entre valorizar algo e querer que ele seja sustentável."

Ainda, retornando o foco para dados, o conceito de justiça de dados possui três principais abordagens[41]: justiça de dados instrumental, processual e distributiva. A primeira abordagem refere-se à utilização de dados de forma justa, concentrando-se no resultado do uso dos dados; a segunda, ao tratamento justo dos dados, no que se refere ao âmbito dos processos de tratamento de dados e/ou à justiça dos processos de tratamento de dados; a terceira abordagem refere-se à distribuição justa dos dados, dirimindo-se as assimetrias na distribuição de dados, considerando os impactos negativos socioeconômicos e uma perspectiva baseada em direitos.

Johnson[42] argumenta que a justiça de dados pode ser alcançada na forma de justiça informacional com o uso de dados abertos, de forma que as produções de dados não incorporem privilégios sociais, dirimindo as desigualdades de oportunidades. Já Mann[43] foca na promoção de justiça social incorporando princípios na estruturação dos mercados de dados. Em todas essas diferentes

41. HEEKS, R.; RENKEN, J. Data Justice for Development: What Would It Mean? Manchester. 2016.

42. JOHNSON, J. From open data to information justice. Ethics and Information Technology, v. 16, n. 4, p. 263-274, 2014.

43. MANN, L. Left to other peoples' devices? A political economy perspective on the big data revolution in development. Development and Change, v. 49, n. 1, p. 3-36, 2018.

visões acerca do tema, nota-se um alinhamento com os princípios presentes na implantação de DPI. Ademais, Heeks e Renken[44] também destacam que tanto justiça quanto dados estão estritamente relacionados aos ODS.

Nesse sentido, DPI possui diversos potenciais, pois envolve a integração do ecossistema humano e difusão de tecnologia, alterando a visão tecnocentrista para uma abordagem humanocentrista. Como o sul global tem despontado no desenvolvimento e utilização dessas infraestruturas (e.g. Índia, Brasil), também devido ao seu grande número de usuários locais, vislumbra-se um momento singular de libertação de modelos definidos pelo norte global, com oportunidades de construção de soluções considerando a realidade dessas regiões desde a concepção, como uma analogia ao privacy by design[45], é possível uma abordagem global south reality by design ou realidade do sul global desde a concepção.

Nesse contexto, há a necessidade de desenvolver soluções inclusivas, respeitando a diversidade, característica marcante dessas regiões; focar em infraestrutura pública digital que promova o desenvolvimento sustentável; realizar boa governança dos dados circulando por essas infraestruturas; utilização de dados interoperáveis entre os ecossistemas de dados e utilização de plataformas de dados abertos; desenvolver esse arcabouço com ferramentas que acelerem a implementação de uma economia verde, com gestão dos recursos naturais, utilização de energia limpa, estímulo às finanças digitais e que promovam a integridade, transparência e acesso por todas as parcelas da população.

Com a inclusão digital promovida por essas novas tecnologias, ampliando acesso a recursos e serviços para a população, muitas vezes, sendo a única forma de acesso a esses serviços, é uma forma de acesso ao direito ao desenvolvimento, proclamado inicialmente na Declaração das Nações Unidas, na Resolução 41/128 de 1986. Esse direito pode ser classificado como direito de quarta geração, direitos de interesse coletivo, juntamente à autodeterminação dos povos, direito à paz, ao patrimônio comum da humanidade e ao meio ambiente sadio, conforme apontado por Bedin[46].

Também pode-se considerar, sob a ótica da justiça de dados, a ampliação dos acessos aos serviços digitais de forma irrestrita e de fácil acesso a todas os extratos sociais como uma forma de acesso ao direito de autodeterminação

44. HEEKS, R.; RENKEN, J. Data Justice for Development: What Would It Mean? Manchester. 2016.

45. CAVOUKIAN, A. Privacy by design. 2009.

46. BEDIN, G. A. Direitos humanos e desenvolvimento: Algumas reflexões sobre a constituição do direito ao desenvolvimento. Desenvolvimento em questão, v. 1, n. 1, p. 123-149, 2003.

informativa e à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que, segundo os avanços da sociedade, migrando para a diversidade de recursos nos meios digitais, proporcionar amplo acesso aos serviços de forma equitativa garante acesso aos direitos básicos a toda a população.

Ainda, considerando que o desenvolvimento de DPI envolve um processo de transformação digital e, portanto, não pode ser tratado somente como um desafio técnico, mas também como um desafio sociocultural. Idealmente, na implantação desses elementos devem ser considerados alguns elementos-chave, fundamentais no desenvolvimento de padrões de quaisquer serviços digitais: privacidade, acessibilidade, equidade, segurança, interoperabilidade e padrões abertos, dados, medição de performance, teste fim a fim e design responsivo e centrado no usuário[47].

De acordo com framework proposto pelo G20[48], sugere-se 12 princípios na adoção de DPI no contexto de tecnologia, governança e comunidade, que são: (i) inclusão; (ii) interoperabilidade; (iii) modularidade e extensibilidade; (iv) escalabilidade; (v) segurança e privacidade; (vi) colaboração; (vii) governança para benefício público, confiança e transparência; (viii) mecanismos de queixas e reclamações (ouvidoria); (ix) sustentabilidade; (x) direitos humanos; (xi) proteção da propriedade intelectual; e (xii) desenvolvimento sustentável. Através da adoção do framework, pretende-se delinear um caminho para obtenção de todos os benefícios almejados.

Considerando a complexidade do tema, mesmo que DPI, a priori, pareça responsabilidade somente do Estado, há de se envolver, também, o setor privado. Portanto, é necessária parceria público-privada para o desenvolvimento dessas soluções, juntamente com ações que possibilitem o acesso de todas as camadas sociais a esse arcabouço tecnológico, considerando o apoio do setor público para atendimento dessa demanda. Políticas públicas devem ser implantadas no sentido de fomentar o acesso, considerando a heterogeneidade e a inclusão digital, além da integração entre países.

No entanto, a diversidade de culturas dos países que compõem o sul global amplia o desafio já encontrado nesse percurso. As diferentes visões no que concerne o tratamento de dados, incluindo os dados pessoais, aos diversos conceitos e aplicações dos direitos digitais, às divergências políticas e dos conceitos de privacidade nas diferentes culturas, à lacuna de legislações

47. UNDP - United Nations Development Programme. Relatório de Desenvolvimento Humano 2021-2022: Síntese. New York: 2022. Disponível em: https://www.undp.org/pt/brazil/desenvolvimento-humano/publications/relatorio-de-desenvolvimento-humano-2021-22. Acesso em: 15 jan. 2024.

48. G20. Communique - Policy Recommendations to the G20. 2023. Disponível em http://www.g20.utoronto.ca/b20/2023-B20_Communique.pdf. Acesso em: 15 jan. 2024.

de proteção de dados pessoais, dentre outras questões correlatas, podem ser entraves para a colaboração conjunta desses integrantes. Nesse ponto, o norte global é favorecido, tendo em vista a proximidade de culturas e visões políticas de seus integrantes, o que favorece o desenvolvimento de plataformas comuns e sua regulamentação e regulação.

Mesmo assim, já é possível notar a colaboração de alguns países, com a exportação de tecnologias relacionadas à DPI, como uma colaboração sul-sul que pode prosperar e, até, ser referência no cenário mundial. Dessa forma, já é notável as mudanças do desenvolvimento humano nesses locais, a inclusão digital de periferias antes marginalizadas e a melhoria na qualidade dos acessos aos serviços para grande parte das populações.

Considerações finais

Este trabalho apresentou conceitos populares e emergentes no cenário de desenvolvimento global, tais como infraestrutura pública digital (DPI), ESG, ODS e relacionou esses contextos, analisando-os por fim, sob a perspectiva da justiça de dados no sul global. Destaca-se a importância da discussão dessa temática, considerando a evolução das novas tecnologias e as diversas mudanças advindas no contexto socioeconômico que estão ocorrendo e ainda ocorrerão nesta década.

Os princípios do framework ESG foram inicialmente apresentados, definindo-os, além da demonstração da correlação com o desenvolvimento da sociedade, sua importância econômica e social e a relação direta com os objetivos de desenvolvimento sustentável propostos pela ONU. Na sequência, foi apresentado o conceito de infraestrutura pública digital, com definição da abordagem e alguns exemplos do cenário mundial, demonstrando sua r elevância no desenvolvimento das sociedades e suas principais contribuições. Por fim, apresentou-se o sul global e o contexto de justiça de dados e, após essa conceituação final, todo o arcabouço de temas foram perpassados de forma transversal, com uma interligação de fatores para destacarem-se as oportunidades e desafios mais relevantes.

Ressalta-se que poucos trabalhos na literatura abordam o tema de DPI, considerando o estado da arte do assunto, relativamente recente, o que se acrescenta como uma das benesses deste trabalho. Adicionalmente, também se destaca a inclusão da discussão do tema sul global, pouco difundido nos trabalhos que tratam de tecnologia, tendo em vista seu aspecto voltado para questões sociais e geopolíticas. Ainda, a agenda ESG surge de forma com-

plementar, em um tema de DPI que, se imagina, a priori, pela nomenclatura, tratar-se de fator exclusivamente governamental, mas que envolve forte correlação com o setor privado, e de extrema relevância no cenário de incertezas e mudanças de paradigmas.

A partir dessas reflexões, espera-se que mais estudos tragam aprofundamentos nesses temas. Por fim, ressalta-se a relevância dessas discussões e os desafios impostos ao sul global, frente ao norte global, considerando as possibilidades de integrações e junção de esforços para estratégias conjuntas, mas que devido à pluralidade cultural, aos diversos conceitos e aplicações dos direitos digitais e às divergências políticas e dos conceitos de privacidade nesses países, ampliam-se as barreiras já existentes.

Portanto, cabe aos países do sul global identificar as semelhanças no tocante ao tratamento desses dados que trafegam por suas infraestruturas e prosseguir no desenvolvimento de DPI, com envolvimento de toda a sociedade e parcerias público-privadas para a evolução dessas tecnologias. Ainda, desenvolver políticas públicas para o amplo acesso a essas soluções, além de tomar frente no cenário mundial de diretrizes que reflitam as realidades sociais dessas regiões. Por fim, focar na aplicação e regulamentação dessas novas tecnologias, permitindo minimizar as desigualdades existentes através da inclusão digital com maior justiça de dados, minimizando os desafios atualmente existentes.

Referências

ABDELAL, R.; HERRERA, Y. M.; JOHNSTON, A. I.; MCDERMOTT, R. Identity as a variable. *Perspective on Politics*, v. 4, n. 4, p. 695-711, 2006.

ACI WORLDWIDE e GLOBAL DATA. *Prime Time for Real-Time Global Payments Report*. 2022. Disponível em: https://insiderealtime.aciworldwide.com/prime-time-report-23?utm_source=akna&utm_medium=email&utm_campaign=Pix-e-um-dos-meios-de-pagamentos-instantaneos-mais-usados-do-mundo. Acesso em: 15 jan. 2024.

ARMSTRONG, E. Integrity, transparency and *accountability* in public administration: Recent trends, regional and international developments and emerging issues. *United Nations, Department of Economic and Social Affairs*, v. 1, n. 10, p. 1-10, 2005.

BARAIBAR-DIEZ, E.; SOTORRÍO, L. L. O efeito mediador da transparência na relação entre responsabilidade social corporativa e reputação corporativa. *Revista Brasileira de Gestão de Negócios*, n. 20, p. 05-21, 2018.

BARAIBAR-DIEZ, E.; ODRIOZOLA, M. D.; FERNÁNDEZ, J. L. A survey of transparency: An intrinsic aspect of business strategy. *Business Strategy and the Environment*, v. 26, n. 4, p. 480-489, 2017.

BEDIN, G. A. Direitos humanos e desenvolvimento: Algumas reflexões sobre a constituição do direito ao desenvolvimento. *Desenvolvimento em questão*, v. 1, n. 1, p. 123-149, 2003.

BERGMAN, M. S.; DECKELBAUM, A.J.; KARP, B. S. Introduction to ESG. *In: Harvard Law School Forum on Corporate Governance.* 2020.

BLOOMBERG. *These Could Be the World's Biggest Economies by 2030*. 2019. Disponível em: https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-01-08/world-s-biggest-economies-seen-dominated-by-asian-ems-by-2030. Acesso em: 15 jan. 2024.

BRASIL. Decreto nº 8892, de 27 de outubro de 2016. Cria a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Revogado pelo Decreto nº 11.704, de 2023. Brasília, DF: *Diário Oficial da União*, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8892.htm. Acesso em: 15 jan. 2024.

BRASIL. Decreto nº 11.704, de 14 de setembro de 2023. Institui a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Brasília, DF: *Diário Oficial da União*, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11704.htm. Acesso em: 15 jan. 2024.

CAVOUKIAN, A. *Privacy by design*. 2009.

CAIXETA, M. B.; MENEZES, R. G. Desafios atuais para a cooperação sul-sul: as desigualdades e o sul global. *Monções: Revista de Relações Internacionais da UFGD*, v. 10. n. 20, p. 486-518, 2021.

COSTA, K. *The 100 Trillion Dollar Wealth Transfer: How the Handover from Boomers to Gen Z Will Revolutionize Capitalism*. Bloomsbury Publishing, 2023.

DADOS, N.; CONNELL, R. The global south. *Contexts*, v. 11, n. 1, p. 12-13, 2012.

DEMIRGÜÇ-KUNT, A. *et al*. *The Global Findex Database 2017: measuring financial inclusion and the fintech revolution*. World Bank Group, 2018.

DSSC – Data Spaces Support Centre. *Common European data spaces*. v. 2.0. 2023. Disponível em: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/data-spaces. Acesso em: 15 jan. 2024.

D'SILVA, *et al.*, T. The design of digital financial infrastructure: lessons from India. *BIS Paper*, n. 106. 2020.

European Commission. *The European data strategy*. 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/attachment/862109/European_data_strategy_en.pdf . Acesso em: 15 jan. 2024.

EXAME. *Pix ultrapassa R$ 15 trilhões movimentados e promete forte disputa com cartão de crédito em 2024*. 2024. Disponível em: https://exame.com/economia/pix-ultrapassa-r-15-trilhoes-movimentados-e-promete-forte-disputa-com-cartao-de-credito-em-2024/. Acesso em: 15 jan. 2024.

FINEL, B.; LORD, K. The surprising logic of transparency. *International Studies Quarterly*,

v. 43, n. 2, p. 315-339, 1999.

G20. *Communique - Policy Recommendations to the G20*. 2023. Disponível em http://www.g20.utoronto.ca/b20/2023-B20_Communique.pdf. Acesso em: 15 jan. 2024.

GIESE, G. *et al*.. Foundations of ESG Investing: How ESG Affects Equity Valuation, Risk, and Performance. *The Journal of Portfolio Management*, n. 45, p. 69–83, 2019.

HEEKS, R.; RENKEN, J. *Data Justice for Development: What Would It Mean?* Manchester. 2016.

JOHNSON, J. From open data to information justice. *Ethics and Information Technology*, v. 16, n. 4, p. 263-274, 2014.

KETTER, W. *et al*.. Special issue editorial: addressing societal challenges through analytics: an ESG ICE framework and research agenda. *Journal of the Association for Information Systems*, v. 21, n. 5, 2020.

LEITE, L. M. *A evolução dos meios de pagamentos digitais no Brasil durante a pandemia do covid-19: uma análise sobre o pix*. 2021. 62f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Engenharia de Produção), Universidade de São Paulo, São Carlos.

MANN, L. Left to other peoples' devices? A political economy perspective on the big data revolution in development. *Development and Change*, v. 49, n. 1, p. 3-36, 2018.

MENESES, M. P. Diálogos de saberes, debates de poderes: possibilidades metodológicas para ampliar diálogos no Sul global. *Em aberto*, v. 27, n. 91, 2014.

MUKHOPADHYAY, C. *et al*.. *Planning practices and theories from the global south*. 2021.

ONU – Organização das Nações Unidas. *Declaração dos Líders do G20*. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/declaracao-de-lideres-do-g20-de-nova-delhi-nova-delhi-india-9-e-10-de-setembro-de-2023. Acesso em: 15 jan. 2024.

ONU - Organização das Nações Unidas. *Objetivos para o desenvolvimento sustentável*. 2015. Disponível em: https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf. Acesso em: 15 jan. 2024.

PACTO GLOBAL e BANCO MUNDIAL. *Who cares wins: Connecting financial markets to a changing world*. New York, 2004.

SACHS, J.; *et al.*. The Sustainable Development Goals and COVID-19. *Sustainable Development Report 2020*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. Disponível em: https://sdgtransformationcenter.org/reports/sustainable-development-report-2020. Acesso em: 15 jan. 2024.

SANTOS, B. S; MENEZES, M. P. (Orgs.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010.

SILVA, J. J. O. *Uma análise sobre o sistema de pagamento instantâneo do pix: um estudo bibliográfico.* 2023. 50f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Campina Grande, Souza.

TAYLOR, L. What is data justice? The case for connecting digital rights and freedoms globally. *Big Data & Society*, v. 4, n. 2, 2017.

UNDP - United Nations Development Programme. *Relatório de Desenvolvimento Humano 2013. A ascensão do sul: progresso humano num mundo diversificado*. 2013. Disponível em: https://hdr.undp.org/system/files/documents/hdr2013portuguesepdf.pdf. Acesso em: 15 jan. 2024.

UNDP - United Nations Development Programme. *Relatório de Desenvolvimento Humano 2021-2022: Síntese*. New York: 2022. Disponível em: https://www.undp.org/pt/brazil/desenvolvimento-humano/publications/relatorio-de-desenvolvimento-humano-2021-22. Acesso em: 15 jan. 2024.

UNHabitat - United Nations Human Settlements Programme. *Building & securing digital public infrastructure: A playbook for local and regional governments*. 2020. Disponível em: https://unhabitat.org/programme/legacy/people-centered-smart-cities/building-securing-digital-public-infrastructure-a. Acesso em: 15 jan. 2024.

VARGAS, I. F; SANTOS, N. P. A inclusão financeira por meio de plataformas digitais: experiências de países emergentes e análise do estado da arte no Brasil. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 14, n. 2, p. 49-62, 2020.

MEDON, Filipe. O direito à imagem na era das deepfakes. *Revista Brasileira de Direito Civil* – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 27, jan./mar. 2021. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/438/447. Acesso em 10 jan. 2024.

NASCIMENTO, Rafael; CORREIA, Ben-hur. *Alunos de colégio na Barra são suspeitos de usar inteligência artificial para fazer montagens de colegas nuas e compartilhar.* G1 Rio. 01 nov. 2023. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2023/11/01/alunos-de-colegio-na-barra-sao-suspeitos-de-usar-inteligencia-artificial-para-fazer-montagens-de-colegas-nuas-e-compartilhar.ghtml. Acesso em: 12 jan.2024.

RIGOTTI, Carlotta; MCGLYNN, Clare. Towards an EU criminal law on violence against women: The ambitions and limitations of the Commission's proposal to criminalise image-based sexual abuse. *New Journal of European Criminal Law,* 13(4), 452-477. 2022. Disponível em: https://journals.sagepub.com/doi/epub/10.1177/20322844221140713. Acesso em: 30 maio 2024.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Direito & Internet III – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014).* São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 277-305.

SOARES, Mariana Falcão; TEIXEIRA DE ARAÚJO, Denise Maria; SOUSA SANTOS, Thamilles. Os impactos dos deepfakes sobre a perspectiva do marco civil da internet. *Caderno de Graduação - Ciências Humanas e Sociais* - UNIT - ALAGOAS, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 22, 2021. Disponível em: https://periodicos.set.edu.br/fitshumanas/article/view/9120. Acesso em: 12 jan. 2024.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, v. 54, n. 213, jan./ mar. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p173.pdf. Acesso em: 10 jan. 2024.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Direito à imagem na Internet: estudo sobre o tratamento do Marco Civil da Internet para casos de divulgação não autorizada de imagens íntimas. *Revista de Direito Civil Contemporâneo,* v. 15, 2018.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Exposição não consentida de imagens íntimas: como o Direito pode proteger as mulheres? In: Nelson Rosenvald; Rafael Dresch; Tula Wesendonck (Org.). *Responsabilidade civil: novos riscos.* Indaiatuba: Foco, 2019, p. 91-113.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso. Responsabilidade civil de provedores na rede: análise da aplicação do Marco Civil da Internet pelo Superior Tribunal de Justiça. *Revista IBERC,* Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01-28, nov.-fev./2019.

UN Women. *Measuring the Shadow Pandemic:* Violence against Women during COVID-19'. 2021. Disponível em: https://data.unwomen.org/sites/default/files/documents/Publications/Measuring-shadow-pandemic.pdf. Acesso em: 30 maio 2024.

VALENTE, Mariana Giorgetti; NERIS, Natália; RUIZ, Juliana Pacetta; BULGARELLI, Lucas. *O corpo é o código*: estratégias jurídicas de enfrentamento ao revenge porn no Brasil. InternetLab: São Paulo, 2016. Disponível em: https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2016/07/OCorpoOCodigo.pdf. Acesso em: 13 jan. 2024.

DIÁLOGOS DA
PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DIGITAL

15

O impacto da Diretiva (UE) 2022/2380 na inovação do mercado de dispositivos eletrônicos

CAROLINA SCHENKEL DE M. L. NEVES

CAROLINA SCHENKEL DE M. L. NEVES[1]

Sumário: Introdução. 1. A trajetória até a Diretiva (EU) 2022/2380. 2. Incentivos e custos para a inovação. 3. O potencial impacto da Diretiva (EU) 2022/2380 na inovação. 3.1. Inexistência de falha de mercado. 3.2 Vantagens da concorrência entre fabricantes. Considerações finais. Referências.

Introdução

Em novembro de 2022, o Parlamento Europeu e o Conselho aprovaram a Diretiva (UE) 2022/2380[2]. Essa norma alterou a Diretiva 2014/53/EU[3], e prevê que, até o final de 2024, todos os dispositivos eletrônicos (o que inclui celulares, *tablets*, *e-readers* e câmeras) comercializados na União Europeia deverão estar equipados com uma entrada USB do tipo C.

Essa iniciativa de harmonização dos carregadores teve como principais justificativas (i) a proteção ao meio ambiente, uma vez que a existência de um único tipo de carregador diminuiria os resíduos eletrônicos gerados pelos equipamentos, a extração de matérias-primas e as emissões de CO2 geradas pela produção, transporte e eliminação de carregadores e; (ii) a proteção ao consumidor, tendo em vista que a interoperabilidade entre os equipamentos de rádio e seus acessórios, como os carregadores, é dificultada pela existência de diferentes interfaces de carregamento.

Apesar de ser uma medida válida exclusivamente no território da União Europeia, ela tem reflexos mundiais. Isso ocorre pois, em sua maioria, os dispositivos são fabricados com as mesmas características em todo o mundo. Dessa forma, objetivando atender as exigências do mercado europeu, os dispositivos precisam ser alterados em todo o mundo. Foi o caso, por exemplo, da geração 15 do Iphone, lançado pela *Apple* em 2023, que já alterou sua entrada de carregamento para o USB do Tipo C[4].

1. Bacharel em direito pela FGV Direito Rio e pós graduada em administração de empresas pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas (FGV EBAPE). Atualmente, cursa a Pós-Graduação em Direito Digital promovida pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e o Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS Rio) e é advogada no escritório Navarro, Botelho, Nahon e Kloh Advogados no Rio de Janeiro.

2. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2022/2380 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de novembro de 2022. Dispõe sobre altera a Diretiva 2014/53/UE a harmonização da legislação dos Estados-Membros respeitante à disponibilização de equipamentos de rádio no mercado Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2022.315.01.0030.01.ENG&toc=OJ%3AL%3A2022%3A315%3ATOC. Acesso em: 17 jan. 2024

3. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/53/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014. Dispõe sobre a harmonização da legislação dos Estados-Membros respeitante à disponibilização de equipamentos de rádio no mercado e que revoga a Diretiva 1999/5/CE.. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0053. Acesso em: 17 jan. 2024

4. G1; Iphone 15 abandona tipo de conexão exclusiva de carregador e ganha novas câmeras; veja preços no Brasil: Nova linha passa a adotar padrão USB-C, usado pela maioria das empresas. Preços são menores do que os de lançamento do iPhone 14. G1, 12 de setembro de 2023. Disponível em: https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2023/09/12/evento-da-apple.ghtml. Acesso em: 09 jan. 2024

Somado a isso, a diretiva influenciou outras iniciativas pelo mundo. Ainda em 2022, um grupo de senadores democratas nos Estados Unidos enviou uma carta à Secretária de Comércio exigindo que o departamento desenvolvesse uma estratégia para que os dispositivos móveis tivessem uma entrada de carregamento comum[5]. No Brasil, a Agência Nacional de Telecomunicações ("ANATEL") abriu em 2022 a Consulta Pública 45/22, apresentando proposta de definição de requisitos técnicos para avaliação da conformidade de interface de carregamento por fio com padrão USB tipo C em telefones móveis celulares[6].

Assim, o presente artigo tem como objetivo entender se as iniciativas regulatórias, como a da Diretiva (UE) 2022/2380, podem prejudicar a inovação do setor que regulam.

Para isso, será dividido em 4 partes: (i) no item 1, será apresentado o contexto dos carregadores de dispositivos eletrônicos e a aprovação da diretiva europeia; (ii) o item 2 abordará o conceito de inovação tecnológica, bem como os parâmetros que afetam seus incentivos e custos; (iii) o item 3 entrará no potencial impacto da Diretiva (EU) 2022/2380 na inovação do mercado de dispositivos eletrônicos e, por fim, (iv) nas considerações finais, será respondido se iniciativas regulatórias como a diretiva europeia podem ser prejudiciais para a inovação do setor que buscam regular. Para realização dessa pesquisa, foi conduzida uma revisão doutrinária sobre o tema.

1. A trajetória até a Diretiva (EU) 2022/2380

Em 2009, em que o uso de smartphones ainda estava eu seu início, a grande maioria das empresas adotava o modelo de carregador próprio, existindo pelo menos 30 tipos diferentes de carregadores no mercado[7]. Foi nesse cená-

5. ROSA, Giovanni. *EUA também querem exigir Iphones com recarga via USB-C:* Grupo de senadores demanda estratégia para criar ou adotar conector universal de carregamento: Iphone e Lightning são alvos da medida. Tecnoblog, 17. jun. 2022. Disponível em: https://tecnoblog.net/noticias/2022/06/17/eua-tambem-querem-exigir-iphones-com-recarga-via-usb-c/. Acesso em: 16 jan. 2024

6. BRASIL, Anatel. Aberta consulta pública para padronização de carregadores de celular: Consulta Pública nº 45/2022 recebe contribuições até o dia 26 de agosto. Gov.br, 28 de junho de 2022; Disponível em: https://www.gov.br/anatel/pt-br/assuntos/noticias/aberta-consulta-publica-sobre-requisitos-usb-c-em-telefones-celulares. Acesso em: 28 maio. 2024.

7. OKHOLM, H.B; BASALISCO, B. United in Diversity: EU consumers' evidence shows innovation and environmental impacts with possible common charger regulation. Copenhagen Economics, 2019. Disponível em: https://copenhageneconomics.com/publication/eu-consumers-evidence-shows-innovation-and-environmental-impacts-with-possible-common-charger--regulation/. Acesso em: 13 jan. 2024. p. 14

rio que os fabricantes de telefones celulares[8], a organização DigitalEurope[9] e a Comissão Europeia uniram esforços para redigir e assinar um memorando de entendimentos ("MoU") cujo objetivo era harmonizar os carregadores de celular comercializados na União Europeia[10].

No MoU, os fabricantes se comprometeram a garantir que todos os celulares disponibilizados, a partir de 2011, fossem compatíveis com o conector USB Micro Tipo-B, modelo mais moderno da época. Alguns dos fabricantes, em especial os que usavam o sistema Android, optaram por cumprir o MoU incluindo o receptor USB Micro Tipo-B no design de seus celulares. Outros, notoriamente a Apple, decidiram por oferecer aos consumidores adaptadores compatíveis com o USB Micro Tipo-B, enquanto mantinham o seu carregador próprio[11].

Além da previsão de harmonização, o MoU dispunha que não seriam adotadas medidas técnicas ou regulatórias que pudessem fragmentar o mercado global de celulares e que o MoU não impediria a inovação nos mercados de telefones celulares e de carregadores[12].

Um estudo conduzido pela Risk & Policy Analysts ("RPA"), em 2014, concluiu que o MoU foi um sucesso na tarefa de harmonização das opções de carregamento de celular, com uma taxa de compliance de 99% dos celulares comercializados[13]. Devido ao seu sucesso, o MoU, cujo prazo se encerrava em 2012, teve seu prazo estendido duas vezes pelos fabricantes, em 2013 e 2014. Mesmo após a sua expiração definitiva em 2014, os fabricantes de celulares continuaram adotando o modelo de poucos tipos de carregadores e cabos, todos compatíveis com o USB-Micro Tipo-B[14].

8. Os 10 signatários originais foram a Motorola, LGE, Samsung, RIM, Nokia, Sony Ericsson, NEC, Apple, Qualcomm e Texas Instruments.

9. Organização europeia que representa a indústria de tecnologia digital..

10. EUROPEAN STANDARDISATION ORGANIZATIONS, COMISSÃO EUROPEIA. 1º Memorando de entendimento "Harmonisation of Charging for Mobile Phones". 2009. Disponível em: https://ec.europa.eu/docsroom/documents/2417/attachments/1/translations/en/renditions/nativ. Acesso em: 13 jan. 2024.

11. OKHOLM, H.B; BASALISCO, B. United in Diversity: EU consumers' evidence shows innovation and environmental impacts with possible common charger regulation. Copenhagen Economics, 2019. Disponível em: https://copenhageneconomics.com/publication/eu-consumers-evidence-shows-innovation-and-environmental-impacts-with-possible-common-charger-regulation/. Acesso em: 13 jan. 2024 p. 16

12. IOKHOLM, H.B; BASALISCO, B. United in Diversity: EU consumers' evidence shows innovation and environmental impacts with possible common charger regulation. Copenhagen Economics, 2019. Disponível em: https://copenhageneconomics.com/publication/eu-consumers-evidence-shows-innovation-and-environmental-impacts-with-possible-common-charger-regulation/. Acesso em: 13 jan. 2024, p. 16

13. EUROPEAN COMMISSION, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Impact assessment study on common chargers of portable devices. Publications Office of the European Union, 2020, Disponível em: https://data.europa.eu/doi/10.2873/528465. Acesso em: 10 jan. 2023. p. 6

14. OKHOLM, H.B; BASALISCO, B. United in Diversity: EU consumers' evidence shows innovation and environmental impacts with possible common charger regulation. Copenhagen Economics, 2019. Disponível em: https://copenhageneconomics.com/publication/eu-consumers-evidence-shows-innovation-and-environmental-impacts-with-possible-common-charger-regulation/. Acesso em: 13 jan. 2024. p. 19

Após o fim do prazo do MoU, a Comissão Europeia tentou a adoção de um novo acordo voluntário[15], sem muito sucesso. Assim, em 2018, após uma série de discussões com a DigitalEurope e a Comissão Europeia, os fabricantes de celulares propuseram um novo memorando de entendimentos sobre o futuro das soluções de harmonização de carregamento[16].

Nesse acordo, os signatários se comprometiam a migrar gradualmente para uma nova solução comum de carregamento baseada no conector USB Tipo-C. Em até três anos após a assinatura do memorando, todos os novos modelos de *smartphones* lançados pelos signatários deveriam adotar uma das seguintes alternativas: (i) cabos com um o conector USB Tipo-A em uma extremidade e USB Tipo-C na outra; (ii) cabos com conector USB Tipo-C nas duas extremidades ou; (iii) cabos com o conector USB Tipo-C em uma extremidade e conector próprio na outra[17].

A Comissão Europeia, contudo, rejeitou o novo memorando, por considerá-lo insuficiente para os objetivos de harmonização do bloco. Este continuava a permitir que os fabricantes tivessem soluções próprias de carregamento, o que a Comissão não considerava mais justificável, à luz dos avanços tecnológicos trazidos pelo USB Tipo-C. Logo, segundo a Comissão, o novo memorando não abordava a fragmentação ainda existente no mercado e nem excluia a possibilidade de surgirem novos carregadores próprios dos fabricantes[18].

No momento da redação do memorando, existiam no mercado três tipos de carregadores no mercado: o USB Micro Tipo-B, lançado em 2007; o *Lightning*, lançado em 2012 e de uso exclusivo pela *Apple* e; o USB Tipo-C, lançado em 2015[19]. Apesar de ser um cenário consideravelmente diferente do mercado de 2009, com mais de 30 tipos de carregadores, a Comissão ainda o considerava insatisfatório. Segundo relatório publicado pela Comissão, a necessidade de ainda maior harmonização dos carregadores teria justificativas tanto de ordem consumerista como ambiental.

15. EUROPEAN COMMISSION, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Impact assessment study on common chargers of portable devices. Publications Office of the European Union, 2020, Disponível em: https://data.europa.eu/doi/10.2873/528465. Acesso em: 10 jan. 2023.p. 6-7

16. DIGITALEUROPE. Memorandum of Understanding on the future common charging solution for smartphones. 20 de mar. de 2018. Disponível em: https://www.digitaleurope.org/resources/memorandum-of-understanding-on-the-future-common--charging-solution-for-smartphones/. Acesso em: 14 jan. 2024.

17. EUROPEAN COMMISSION, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Impact assessment study on common chargers of portable devices, Publications Office of the European Union, 2020, Disponível em: https://data.europa.eu/doi/10.2873/528465. Acesso em: 10 jan. 2023 p. 24-25

18. EUROPEAN COMMISSION, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Impact assessment study on common chargers of portable devices, Publications Office of the European Union, 2020, Disponível em: https://data.europa.eu/doi/10.2873/528465. Acesso em: 10 jan. 2023, p. 7

19. OKHOLM, H.B; BASALISCO, B. United in Diversity: EU consumers' evidence shows innovation and environmental impacts with possible common charger regulation. Copenhagen Economics, 2019. Disponível em: https://copenhageneconomics.com/publication/eu-consumers-evidence-shows-innovation-and-environmental-impacts-with-possible-common-charger--regulation/. Acesso em: 13 jan. 2024.p. 14

A existência de mais de um tipo de carregamento, a falta de interoperabilidade entre eles, a segurança insatisfatória, o custo dos adaptadores, a confusão gerada pela falta de informações corretas sobre qual o carregador utilizar com um dispositivo específico, a durabilidade insuficiente dos carregadores e cabos, tempos de carregamento imprevisíveis e a perda ou avaria de carregadores para determinados dispositivos eletrônicos gerariam custos desnecessários e transtornos para os consumidores[20].

Já em relação ao meio ambiente, a existência de mais de um tipo de carregador aumentaria consideravelmente a produção de lixo eletrônico. Com apenas um tipo de carregador, haveria incentivos para reutilizar os carregadores antigos, evitando desperdício[21].

Nesse contexto, foi aprovada, no dia 23 de novembro de 2022, a Diretiva (EU) 2022/2380 do Parlamento Europeu e do Conselho, que alterou a Diretiva 2014/53/EU, impondo o USB Tipo-C como a entrada de carregamento universal para celulares, *tablets* e dispositivos portáteis comercializados na União Europeia.

Assim, até o final do ano de 2024, todos os dispositivos comercializados na União Europeia terão que estar equipados com uma porta USB do tipo C. Essa decisão afetou diretamente as fabricantes de dispositivos que ainda utilizavam o seu modelo próprio, em especial a *Apple*.

A solução da Diretiva (EU) 2022/2380 não foi isenta de críticas, em especial para os representantes da indústria. O principal argumento contrário é que uma regulação desse tipo, que impõe a existência de apenas uma solução de carregamento, poderá ter impacto negativo na inovação. Assim, os próximos capítulos serão dedicados a explorar o potencial impacto da Diretiva (EU) 2022/2380 na inovação no mercado de celulares.

2. Incentivos e custos para a inovação

A inovação tecnológica pode ser definida como a introdução no mercado de um produto, bem, serviço ou processo novo ou consideravelmente aperfeiçoado para uma empresa. Assim, enquanto a invenção é somente descoberta

20. EUROPEAN COMMISSION. Relatório sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 2014/53/UE relativa à harmonização da legislação dos Estados-Membros respeitante à disponibilização de equipamentos de rádio no mercado. Bruxelas, 2022. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0129_PT.html#_section1. Acesso em: 13 jan. 2024 p.44

21. EUROPEAN COMMISSION. Relatório sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 2014/53/UE relativa à harmonização da legislação dos Estados-Membros respeitante à disponibilização de equipamentos de rádio no mercado. Bruxelas, 2022. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0129_PT.html#_section1. Acesso em: 13 jan. 2024 p. 44

de novos produtos, bens, serviços ou processos, a inovação é a aplicação econômica dessa invenção. A inovação é resultado direto de esforços de pesquisa e desenvolvimento ("P&D")[22].

De uma perspectiva econômica, bens de inovação podem ser considerados bens públicos devido a duas características: a não-rivalidade, pois a utilização do bem por uma pessoa não impede ou reduz a possibilidade de utilização simultânea do bem por outra e a não exclusividade, tendo em vista que é difícil ou impossível impedir que terceiros ou não autorizados façam uso do bem[23].

A questão é que a introdução de um produto, bem, serviço ou processo novo ou consideravelmente aperfeiçoado no mercado depende de um investimento significativo em P&D. Por esse motivo, acredita-se que não existiriam investimentos em níveis socialmente desejados se não houvesse algum sistema de incentivos. Esse é o papel do sistema de patentes[24], usado desde o século XV como forma de incentivar a inovação tecnológica[25].

A patente incentiva a inovação tecnológica ao garantir a apropriação dos resultados obtidos no processo deliberado de inovações tecnológicas, nas organizações que investiram no setor de P&D. Trata-se de uma forma de proteção legal temporária, que permite a exploração da informação, em troca de informações detalhados sobre o conteúdo técnico contido naquela inovação[26].

Em sua formulação clássica, a patente é um direito conferido pelo Estado, que garante ao seu titular a exploração de uma tecnologia de forma exclusiva por um período determinado. O titular passa a ter uma considerável vantagem competitiva para auferir ganhos e compensar os investimentos em P&D durante o período de vigência da patente. A sociedade, por sua vez, é beneficiada pelo sistema de patentes pois ele proporciona um fluxo de inovações que abrangem tecnologias de diversas áreas, tais como saúde, transporte, energia e comunicações. Ao final da vigência da patente, a invenção passa a ser de domínio público[27]. Dessa forma, a patente presume a extinção do segredo, tor-

22. FERREIRA, A. A.; GUIMARÃES, E. R.; CONTADOR, J.C.; Patente como instrumento competitivo e como fonte de informação tecnológica. Universidade Paulista e Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2009. p. 210

23. NUNES, Ricardo Dutra. Análise econômica do direito e o sistema de patentes como mecanismo de regulação da inovação: comentários às corridas por patentes. 2016. Dissertação de Mestrado - Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. Disponível em: http://hdl.handle.net/10438/15978. Acesso em: 11 jan. 2024 p. 30

24. NUNES, Ricardo Dutra. Análise econômica do direito e o sistema de patentes como mecanismo de regulação da inovação: comentários às corridas por patentes. 2016. Dissertação de Mestrado - Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. Disponível em: http://hdl.handle.net/10438/15978. Acesso em: 11 jan. 2024 p. . 32-33

25. AHLERT, I. B.; JUNIOR, E. G. C. Patentes: proteção na lei de propriedade industrial. São Paulo: Atlas, 2019. p. 2

26. FERREIRA, A. A.; GUIMARÃES, E. R.; CONTADOR, J.C.; Patente como instrumento competitivo e como fonte de informação tecnológica. Universidade Paulista e Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2009 .p. 210

27. AHLERT, I. B.; JUNIOR, E. G. C. Patentes: proteção na lei de propriedade industrial. São Paulo: Atlas, 2019..p.2

nando o conhecimento da tecnologia acessível a todos[28].

Além do direito do titular de excluir terceiros não autorizados da utilização, fabricação e comercialização de determinada inovação, o sistema de patentes é estruturado com base em uma série de normas jurídicas que afetam os incentivos e custos provenientes desse sistema. O prazo de proteção conferido pela patente – que não pode ser menor do que 20 anos para patentes de inovação, segundo o Acordo TRIPs - é um dos parâmetros mais evidentes do sistema de propriedade intelectual, mas não é o único[29].

Outro parâmetro relevante, que afeta os incentivos e custos do sistema de patentes, é o escopo da proteção conferida pelo direito. Há sempre um grau de incerteza quanto à definição exata da tecnologia que apenas poderia ser reproduzida com autorização do titular. Há incerteza também sobre a dimensão material da patente. Isto é, saber quais atos de reprodução da tecnologia patenteada são lícitos. Escopos de proteção diferentes criam diferentes incentivos e custos para os particulares[30].

Um terceiro parâmetro do sistema são os requisitos exigidos para a concessão do direito de exclusividade ao titular. Desde a década de 1990, com a criação da Organização Mundial do Comércio ("OMC") e a assinatura do Acordo TRIPs, os requisitos de patenteabilidade são, pelo menos no aspecto formal, muito semelhantes em todo o mundo. A maior diferença se encontra na forma como os Poderes Executivo e Judiciários nas nações implementam essa legislação. Em síntese, para ser considerada uma inovação patenteável, a solução técnica precisa ter novidade, atividade inventiva e aplicação industrial[31].

A solução técnica é considerada nova quando não estiver compreendida no estado da técnica. Ou seja, quando for distinta de tudo aquilo tornado acessível ao público previamente a data que o requerimento é feito no órgão que concede a patente (no Brasil, o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – "INPI"). Esse requisito tem como função garantir que o direito de exclusividade conferido pela patente não englobará tecnologias já existentes, protegendo

28. BARBOSA, Denis. Uma introdução à propriedade intelectual. 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/introducao_pi.pdf. Acesso em: 09 jan. 2024. p. 296

29. NUNES, Ricardo Dutra. Análise econômica do direito e o sistema de patentes como mecanismo de regulação da inovação: comentários às corridas por patentes. 2016. Dissertação de Mestrado - Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. Disponível em: http://hdl.handle.net/10438/15978. Acesso em: 11 jan. 2024 Acesso em: 11 jan. 2024 p. 32

30. NUNES, Ricardo Dutra. Análise econômica do direito e o sistema de patentes como mecanismo de regulação da inovação: comentários às corridas por patentes. 2016. Dissertação de Mestrado - Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. Disponível em: http://hdl.handle.net/10438/15978. Acesso em: 11 jan. 2024 p. 38

31. NUNES, Ricardo Dutra. Análise econômica do direito e o sistema de patentes como mecanismo de regulação da inovação: comentários às corridas por patentes. 2016. Dissertação de Mestrado - Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. Disponível em: http://hdl.handle.net/10438/15978. Acesso em: 11 jan. 2024 p. 43

tanto investimentos como expectativas de terceiros[32].

A solução será dotada de atividade inventiva quando, para um técnico no assunto, não decorrer de maneira óbvia do estado da técnica. E será suscetível de aplicação industrial sempre que puder ser utilizada ou produzida por qualquer tipo de indústria[33].

Além dos requisitos mencionados acima, o ordenamento jurídico estabelece limites sobre o objeto passível de proteção, delimitando o que constitui matéria patenteável. Existe uma lista exaustiva daquilo que a lei não considera invenção e que, portanto, não poderia ser objeto de proteção, assim como invenções cujo patenteamento é proibido. A lei não considera como invenção descobertas, teorias científicas, métodos matemáticos, métodos comerciais, regras de jogo, dentre outros. E veda, por questões de ordem pública, o patenteamento de invenções contrárias à moral, aos bons costumes, à segurança e à saúde pública[34].

Dessa forma, fica evidente que tanto o escopo de proteção como os requisitos para a concessão de patente são parâmetros muito importante que, se alterados, modificam os incentivos que decorrem do sistema de propriedade intelectual[35]. No entanto, esses não são os únicos critérios.

Outro critério que tem impacto significativo nos incentivos e custos do sistema de patentes é a intervenção regulatória em um mercado. Afinal, há poucos incentivos para investir em pesquisa e desenvolvimento em um setor se a organização não puder tirar proveitos econômicos das inovações eventualmente alcançadas, devido a uma regulação específica.

A título de exemplo, é possível citar uma regulação que imponha que todos os carros comercializados em um determinado território tenham um modelo específico de motor. As empresas fabricantes de carros terão poucos incentivos para investir na pesquisa para desenvolver um modelo alternativo de motor, uma vez que este não poderá ser incluído nos seus veículos enquanto a regulação estiver em vigor. O investimento provavelmente será alocado para

32. NUNES, Ricardo Dutra. *Análise econômica do direito e o sistema de patentes como mecanismo de regulação da inovação: comentários às corridas por patentes*. 2016. Dissertação de Mestrado - Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. Disponível em: http://hdl.handle.net/10438/15978. Acesso em: 11 jan. 2024 p. 44

33. NUNES, Ricardo Dutra. Análise econômica do direito e o sistema de patentes como mecanismo de regulação da inovação: comentários às corridas por patentes. 2016. Dissertação de Mestrado - Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. Disponível em: http://hdl.handle.net/10438/15978. Acesso em: 11 jan. 2024 p. 45

34. NUNES, Ricardo Dutra. Análise econômica do direito e o sistema de patentes como mecanismo de regulação da inovação: comentários às corridas por patentes. 2016. Dissertação de Mestrado - Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. Disponível em: http://hdl.handle.net/10438/15978. Acesso em: 11 jan. 2024 p. 62

35. NUNES, Ricardo Dutra. Análise econômica do direito e o sistema de patentes como mecanismo de regulação da inovação: comentários às corridas por patentes. 2016. Dissertação de Mestrado - Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. Disponível em: http://hdl.handle.net/10438/15978. Acesso em: 11 jan. 2024 p. 31

melhorar algum elemento do carro. O problema de uma regulação desse tipo é que, com o tempo, o motor, elemento essencial do carro, ficará estagnado.

Esse é o caso da Diretiva (EU) 2022/2380, foco de estudos do presente artigo. Nessa perspectiva, o próximo capítulo será dedicado a explorar de que forma a intervenção no mercado de eletrônicos, com a adoção de um carregador universal para telefones celulares e outros dispositivos, pode impactar nos custos para inovação nesse mercado.

3. O potencial impacto da Diretiva (EU) 2022/2380 na inovação

Conforme detalhado no capítulo 1, a Diretiva (EU) 2022/2380 optou pela adoção do USB Tipo-C como a entrada de carregamento universal para celulares, tablets e dispositivos portáteis comercializados na União Europeia.

De um lado, optar por uma solução de harmonização universal pode, em teoria, aumentar a conveniência dos consumidores e reduzir impactos ambientais, objetivos declarados da diretiva. Por outro lado, impor uma medida de harmonização universal altera a dinâmica do mercado, o que pode acarretar menor inovação e soluções piores para os consumidores. Por esse motivo, é fundamental ponderar os benefícios e os custos de uma intervenção regulatória[36].

3.1 Inexistência de falha de mercado

A intervenção regulatória só é recomendada no mercado de carregadores de dispositivos eletrônicos – e em qualquer mercado – se existir uma falha de mercado. Nesse caso, a falha de mercado é verificada se existirem os seguintes fatores: (i) o mercado é fragmentado, com diversas soluções de carregamento diferentes e não há sinais de melhoria; (ii) não existem diferenças nas preferências dos consumidores por dispositivos e soluções de carregamento; (iii) existem barreiras ao uso ou acesso ao padrão aberto[37] e; (iv) os carregadores criam um efeito de bloqueio na escolha de dispositivos móveis pelos consumidores[38].

36. OKHOLM, H.B; BASALISCO, B. United in Diversity: EU consumers' evidence shows innovation and environmental impacts with possible common charger regulation. Copenhagen Economics, 2019. Disponível em: https://copenhageneconomics.com/publication/eu-consumers-evidence-shows-innovation-and-environmental-impacts-with-possible-common-charger-regulation/. Acesso em: 13 jan. 2024. p. 13

37. Ser de padrão aberto significa não ser necessário licenciamento para seu uso.

38. OKHOLM, H.B; BASALISCO, B. United in Diversity: EU consumers' evidence shows innovation and environmental impacts with possible common charger regulation. Copenhagen Economics, 2019. Disponível em: https://copenhageneconomics.com/publication/eu-consumers-evidence-shows-innovation-and-environmental-impacts-with-possible-common-charger-regulation/. Acesso em: 13 jan. 2024., p. 13

Diferente da época da assinatura do MoU, em que cada fabricante de celular tinha o seu próprio carregador, atualmente existem apenas 03 soluções de carregamento para todos os dispositivos eletrônicos. Além disso, os fabricantes que não utilizam o padrão USB fornecem adaptadores para os seus consumidores. Dessa forma, não parece plausível sustentar que o mercado é muito fragmentado[39].

Em relação ao item (ii), não há indícios de que os carregadores influenciam muito na escolha do celular pelos consumidores. Como os cabos geralmente são vendidos em conjunto com os dispositivos, é difícil argumentar que os consumidores estão restritos a uma única marca. E se o consumidor desejar adquirir cabos adicionais, o preço deles é uma fração muito pequena em relação ao valor do dispositivo[40].

O USB Tipo-C é um padrão aberto e o fato dele ser usado por quase todos os fabricantes que utilizam o sistema *Android* indica que não há barreiras de entrada para os fabricantes que desejem usá-lo.

E, por fim, os fabricantes que optaram por manter uma entrada de carregador própria, é porque os consumidores escolhem comprar seus produtos, apesar de não ter um conector USB (ou até mesmo optam por adquirir o produto exatamente por não ter o conector USB). Como os conectores são diferentes e, consequentemente, impactam o design e as funcionalidades dos produtos, eles permitem que os fabricantes atendam consumidores com preferências diferentes[41].

Conclui-se, assim, que os fatores que indicam a existência de uma falha de mercado que justifique uma intervenção regulatória não estão presentes no mercado de carregadores de dispositivos eletrônicos.

3.2 Vantagens da concorrência entre fabricantes

Uma das grandes vantagens de um mercado competitivo é que os fabricantes são obrigados a desenvolver produtos que atendam às preferências dos consumidores se quiserem se manter relevantes e a comercializá-los por

39. OKHOLM, H.B; BASALISCO, B. United in Diversity: EU consumers' evidence shows innovation and environmental impacts with possible common charger regulation. Copenhagen Economics, 2019. Disponível em: https://copenhageneconomics.com/publication/eu-consumers-evidence-shows-innovation-and-environmental-impacts-with-possible-common-charger-regulation/. Acesso em: 13 jan. 2024. p. 28

40. OKHOLM, H.B; BASALISCO, B. United in Diversity: EU consumers' evidence shows innovation and environmental impacts with possible common charger regulation. Copenhagen Economics, 2019. Disponível em: https://copenhageneconomics.com/publication/eu-consumers-evidence-shows-innovation-and-environmental-impacts-with-possible-common-charger-regulation/. Acesso em: 13 jan. 2024. p. 28

41. OKHOLM, H.B; BASALISCO, B. United in Diversity: EU consumers' evidence shows innovation and environmental impacts with possible common charger regulation. Copenhagen Economics, 2019. Disponível em: https://copenhageneconomics.com/publication/eu-consumers-evidence-shows-innovation-and-environmental-impacts-with-possible-common-charger-regulation/. Acesso em: 13 jan. 2024. p. 28

um preço mais baixo. Ao longo dos últimos anos, os carregadores foram aperfeiçoados justamente por causa dessa dinâmica de mercado[42].

Os carregadores atuais são normalmente mais eficientes no consumo de energia, conseguem transferir energia e dados pelo mesmo cabo, são mais finos e mais resistentes à água e poeira. Como eles se tornaram mais finos, necessitam de menos material e os novos modelos adotam sistemas chamados de frios, pois não há energia no pino de carregamento quando o cabo não está conectado a um dispositivo[43].

A corrida pelo desenvolvimento de novas soluções técnicas acelera o processo de aperfeiçoamento dos dispositivos. Tanto porque as empresas investem mais em pesquisas para chegar a novas soluções mais rápido, como porque novas invenções servem de plataformas para os próximos inventos[44]. Esse foi o caso no desenvolvimento do USB Tipo-C, que somente foi possível da maneira que é hoje devido a existência do cabo *Lightning* da *Apple*. O fato do USB Tipo-C ser reversível[45] teve forte influência do cabo *Lightning*, que já tinha incorporado essa característica[46].

Nessa perspectiva, mesmo que a diretiva traga alguns benefícios para os consumidores e para o meio ambiente, vai retirar a possibilidade dos fabricantes competirem para criar a melhor solução de carregamento. O risco é criar um mercado que os participantes dependam apenas do padrão regulamentado e antiquado, perdendo assim as melhorias nas soluções de carregamento que poderiam ter ocorrido se houvesse competição[47].

É claro que existem hipóteses em que adotar um padrão pode aumentar a eficiência e impulsionar a inovação no mercado, pois os fabricantes podem gastar menos recursos nas características padronizadas de um produto e alo-

42. OKHOLM, H.B; BASALISCO, B. United in Diversity: EU consumers' evidence shows innovation and environmental impacts with possible common charger regulation. Copenhagen Economics, 2019. Disponível em: https://copenhageneconomics.com/publication/eu-consumers-evidence-shows-innovation-and-environmental-impacts-with-possible-common-charger-regulation/. Acesso em: 13 jan. 2024. p. 26

43. OKHOLM, H.B; BASALISCO, B. United in Diversity: EU consumers' evidence shows innovation and environmental impacts with possible common charger regulation. Copenhagen Economics, 2019. Disponível em: https://copenhageneconomics.com/publication/eu-consumers-evidence-shows-innovation-and-environmental-impacts-with-possible-common-charger-regulation/. Acesso em: 13 jan. 2024. p. 26

44. NUNES, Ricardo Dutra. *Análise econômica do direito e o sistema de patentes como mecanismo de regulação da inovação: comentários às corridas por patentes.* 2016. Dissertação de Mestrado - Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. Disponível em: http://hdl.handle.net/10438/15978. Acesso em: 11 jan. 2024 p. 73

45. Isto é, não existe um lado correto de carregamento, podendo ser usado de ambos os lados.

46. UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/53/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014. Dispõe sobre a harmonização da legislação dos Estados-Membros respeitante à disponibilização de equipamentos de rádio no mercado e que revoga a Diretiva 1999/5/CE.. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0053. Acesso em: 17 jan. 2024

47. OKHOLM, H.B; BASALISCO, B. United in Diversity: EU consumers' evidence shows innovation and environmental impacts with possible common charger regulation. Copenhagen Economics, 2019. Disponível em: https://copenhageneconomics.com/publication/eu-consumers-evidence-shows-innovation-and-environmental-impacts-with-possible-common-charger-regulation/. Acesso em: 13 jan. 2024. p. 33

car mais recursos inovando e aprimorando as características não padronizadas. Nesse cenário, a inovação nas características padronizadas reduz ou cessa completamente[48].

Se os consumidores possuem preferências homogêneas em relação a uma determinada característica, um padrão único é preferível a múltiplos. Isso permite uma grande vantagem de eficiência para o mercado e valor para os consumidores. Custos e preços podem ser reduzidos devido à economia de escala na produção[49]. No entanto, esse não é o caso para os dispositivos móveis. O tipo de entrada de carregamento influencia consideravelmente o design de um dispositivo, o que tem forte impacto na preferência dos consumidores[50].

Dessa forma, padronizar uma característica não trivial dos dispositivos móveis impactará no desenvolvimento e aperfeiçoamento das soluções de carregamento, uma vez que impedirá a competição entre os atores do mercado.

Considerações Finais

Diante de todo o exposto, fica evidente que a Diretiva (UE) 2022/2380, ao impor a utilização de apenas um tipo de carregador para todos os dispositivos eletrônicos na União Europeia, tem impactos negativos na inovação tecnológica do setor.

Isso ocorre pois os bens de inovação podem ser considerados bens públicos, devido às suas características de não rivalidade e não exclusividade e, como tais, dependem de um sistema de incentivos que compensem os custos de investimento em pesquisa e desenvolvimento. Esse papel é exercido pelo sistema de patentes e existe uma série de parâmetros que podem tornar atrativo – ou não – investir em pesquisa e desenvolvimento em um determinado setor.

O prazo de proteção da patente, o escopo de proteção e os requisitos para concessão do direito são parâmetros que modificam os incentivos decorrentes do sistema de propriedade intelectual mais comumente citados. No entan-

48. OKHOLM, H.B; BASALISCO, B. United in Diversity: EU consumers' evidence shows innovation and environmental impacts with possible common charger regulation. Copenhagen Economics, 2019. Disponível em: https://copenhageneconomics.com/publication/eu-consumers-evidence-shows-innovation-and-environmental-impacts-with-possible-common-charger-regulation/. Acesso em: 13 jan. 2024.p. 33

49. OKHOLM, H.B; BASALISCO, B. United in Diversity: EU consumers' evidence shows innovation and environmental impacts with possible common charger regulation. Copenhagen Economics, 2019. Disponível em: https://copenhageneconomics.com/publication/eu-consumers-evidence-shows-innovation-and-environmental-impacts-with-possible-common-charger-regulation/. Acesso em: 13 jan. 2024. p. 35

50. OKHOLM, H.B; BASALISCO, B. United in Diversity: EU consumers' evidence shows innovation and environmental impacts with possible common charger regulation. Copenhagen Economics, 2019. Disponível em: https://copenhageneconomics.com/publication/eu-consumers-evidence-shows-innovation-and-environmental-impacts-with-possible-common-charger-regulation/. Acesso em: 13 jan. 2024. p. 33

to, não são os únicos. A intervenção regulatória em um mercado também tem um impacto grande nos incentivos e custos do sistema de patentes e, por esse motivo, deve ser realizada com cuidado.

Nessa perspectiva, para que uma intervenção regulatória não impacte negativamente em um setor, é fundamental que exista uma falha no mercado. No caso do mercado de carregamento de dispositivos eletrônicos, no cenário existente logo antes da aprovação da diretiva, em que existiam apenas 3 tipos de carregadores, não existiam indicativos de uma falha de mercado.

Além disso, o mercado e os consumidores se beneficiavam da concorrência entre os fabricantes, que investiam em pesquisa e desenvolvimento buscando alcançar melhores soluções de carregamento para os seus dispositivos e atrair consumidores. Dessa forma, mesmo que a diretiva alcance seus objetivos declarados de reduzir o impacto no meio e melhorar a experiência dos consumidores, é inegável o risco de que, nos próximos anos, haja um esfriamento nas novidades de soluções de carregamento, uma vez que os incentivos para investir em pesquisa nesse setor serão baixos.

Referências

BRASIL, Anatel. Aberta consulta pública para padronização de carregadores de celular: Consulta Pública nº 45/2022 recebe contribuições até o dia 26 de agosto. Gov.br, 28 de junho de 2022; Disponível em: https://www.gov.br/anatel/pt-br/assuntos/noticias/aberta-consulta-publica-sobre-requisitos-usb-c-em-telefones-celulares. Acesso em: 28 mai. 2024.

AHLERT, I. B.; JUNIOR, E. G. C. *Patentes: proteção na lei de propriedade industrial.* São Paulo: Atlas, 2019.

BARBOSA, Denis. *Uma introdução à propriedade intelectual.* 2. ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: https://www.dbba.com.br/wp-content/uploads/introducao_pi.pdf. Acesso em: 09 jan. 2024.

OKHOLM, H.B; BASALISCO, B. United in Diversity: EU consumers' evidence shows innovation and environmental impacts with possible common charger regulation. *Copenhagen Economics*, 2019. Disponível em: https://copenhageneconomics.com/publication/eu-consumers-evidence-shows-innovation-and-environmental-impacts-with-possible-common-charger-regulation/. Acesso em: 13 jan. 2024.

DIGITALEUROPE. *Memorandum of Understanding on the future common charging solution for smartphones*. 20 de março de 2018. Disponível em: https://www.digitaleurope.org/resources/memorandum-of-understanding-on-the-future-common-charging-solution-for-smartphones/. Acesso em: 14 jan. 2024.

EUROPEAN COMMISSION, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Impact assessment study on common chargers of portable devices, Publications Office of the European Union, 2020, Disponível em: https://data.europa.eu/doi/10.2873/528465. Acesso em: 10 jan. 2023.

EUROPEAN COMMISSION. *Relatório sobre a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Diretiva 2014/53/UE relativa à harmonização da legislação dos Estados-Membros respeitante à disponibilização de equipamentos de rádio no mercado*. Bruxelas, 2022. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0129_PT.html#_section1. Acesso em: 13 jan. 2024

EUROPEAN STANDARDISATION ORGANIZATIONS, COMISSÃO EUROPEIA. 1º Memorando de entendimento *"Harmonisation of Charging for Mobile Phones".* 2009. Disponível em: https://ec.europa.eu/docsroom/documents/2417/attachments/1/translations/en/renditions/nativ. Acesso em: 13 jan. 2024.

FERREIRA, A. A.; GUIMARÃES, E. R.; CONTADOR, J.C.; *Patente como instrumento competitivo e como fonte de informação tecnológica*. Universidade Paulista e Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2009.

G1; *Iphone 15 abandona tipo de conexão exclusiva de carregador e ganha novas câmeras; veja preços no Brasil*: Nova linha passa a adotar padrão USB-C, usado pela maioria das empresas. Preços são menores do que os de lançamento do iPhone 14. G1, 12 de setembro de 2023. Disponível em: https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2023/09/12/evento-da-apple.ghtml. Acesso em: 09 jan. 2024.

NUNES, Ricardo Dutra. *Análise econômica do direito e o sistema de patentes como mecanismo de regulação da inovação: comentários às corridas por patentes.* 2016. Dissertação de Mestrado - Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro. Disponível em: http://hdl.handle.net/10438/15978. Acesso em: 11 jan. 2024

ROSA, Giovanni. *EUA também querem exigir Iphones com recarga via USB-C:* Grupo de senadores demanda estratégia para criar ou adotar conector universal de carregamento: Iphone e Lightning são alvos da medida. Tecnoblog, 17. jun. 2022. Disponível em: https://tecnoblog.net/noticias/2022/06/17/eua-tambem-querem-exigir-iphones-com-recarga-via-usb-c/. Acesso em: 16 jan. 2024

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva (UE) 2022/2380 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de novembro de 2022*. Dispõe sobre altera a Diretiva 2014/53/UE a harmonização da legislação dos Estados-Membros respeitante à disponibilização de equipamentos de rádio no mercado Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2022.315.01.0030.01.ENG&toc=OJ%3AL%3A2022%3A315%3ATOC. Acesso em: 17 jan. 2024

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/53/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014. Dispõe sobre a harmonização da legislação dos Estados-Membros respeitante à disponibilização de equipamentos de rádio no mercado e que revoga a Diretiva 1999/5/CE.. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0053. Acesso em: 17 jan. 2024

DIÁLOGOS DA
PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DIGITAL

16

A paulatina superação de desvantagens e riscos inerentes aos smart contracts com o avanço tecnológico

ANTONIO VIGNOLI HOAGLAND

ANTONIO VIGNOLI HOAGLAND[1]

Sumário: Introdução. 1. O que são os *smart contracts*? 2. O *smart contract* como forma de garantir o efetivo adimplemento das obrigações contratuais e os riscos a ele inerentes. 3. O avanço tecnológico como forma de superar desvantagens que envolvem os *smart contracts* e fomentar a sua utilização. Considerações finais. Referências.

Introdução

A difusão de novas tecnologias na sociedade contemporânea gera relevantes transformações no Direito, em geral, e o Direito Civil, levando em consideração os seus mais diversos setores, é um dos ramos do Direito mais suscetível a essas transformações. O direito contratual, em especial, é um dos setores do Direito Civil no qual mais proliferam, atualmente, debates sobre variados aspectos da interação entre a sua disciplina e o advento de novas tecnologias, tais como temas como a tomada de decisões automatizadas; desafios relativos à transparência no fornecimento de produtos e serviços com a utilização de inteligência artificial; a discriminação algorítmica no que se refere a matérias como raça, origem ou domicílio; as relações da economia do compartilhamento (*sharing economy*); e os *smart contracts*.[2]

É esse último tema, os chamados *smart contracts* (contratos inteligentes, em tradução literal), que será objeto da presente análise. Eles "são, em termos bastante gerais, protocolos informáticos que permitem que um dispositivo execute as prestações de um contrato de forma autônoma, logo, sem a necessidade de intervenção humana".[3] A doutrina aponta, de um modo geral, que as principais vantagens dos contratos inteligentes seriam a redução de conflitos entre as partes que poderiam decorrer da interpretação de cláusulas com ambiguidade – o que implicaria em uma diminuição de custos – e dos riscos de inadimplemento diante da natureza autoexecutável das disposições desses contratos. Contudo, também se aponta que os referidos contratos trazem desvantagens, em especial por consistirem em uma programação determinada que seria praticamente inflexível, o que implicaria em alto grau de dificuldade

1. Pós-graduando em Direito Digital pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado. E-mail: antoniovhs@gmail.com.

2. SILVA, Rodrigo da Guia; GOMES, Rodrigo Dias de Pinho. Desafio em relação à forma dos negócios jurídicos na era digital: notas sobre autoria e integridade dos contratos eletrônicos. In: ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Direito na era digital*: aspectos negociais, processuais e registrais. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 521-523.

3. REY, Jorge Feliu. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de Direito Privado. *Redes:* Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, v. 7, n. 3, p. 95-119, out. 2019, p. 95.

na alteração dos seus termos pelas partes.[4] Além disso, sustenta-se, ainda, que haveria riscos de erros e mesmo de ataques cibernéticos que poderiam comprometer o potencial de utilização desses contratos.[5] Com isso, parcela da doutrina é levada ao entendimento de que a aplicação desses instrumentos deveria ter um âmbito restrito, se atendo a pactos civis ou empresariais de caráter mais trivial e previsível.[6]

Assim, o presente trabalho visa entender quais são efetivamente as vantagens e as desvantagens dos *smart contracts* e em que medida o avanço tecnológico, tal como já vem se dando na atualidade com o advento de ferramentas e sistemas que sequer eram imagináveis há alguns anos (a exemplo do ChatGPT[7]), se mostra apto a afastar os riscos na utilização desses contratos e fomentar o seu uso. Tal tema se revela de grande relevância, em especial quando se considera as potencialidades dos *smart contracts* e os benefícios que tais instrumentos podem trazer.

Para tanto, o presente artigo se dividirá em três capítulos. No primeiro, será feita uma análise sobre o que consistem os *smart contracts*. O segundo capítulo tratará das principais vantagens desses instrumentos, em especial a sua aptidão de garantir o adimplemento das obrigações contratualmente estabelecidas e reduzir os custos na execução do contrato, bem como dos riscos envolvidos na sua utilização. Na sequência, será feita uma análise de como o desenvolvimento tecnológico pode fomentar o uso dos contratos inteligentes e cada vez mais minimizar os seus riscos. Por fim, serão apresentadas as considerações finais.

1. O que são os *smart contracts*?

O ponto de partida na investigação do conceito de smart contract são os

4. MIRAGEM, Bruno; PETERSEN, Luiza. Seguro e inteligência artificial: novo paradigma tecnológico e seus reflexos na causa e na estrutura do contrato de seguro. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (coord.). *O Direito civil na era da inteligência artificial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 497.

5. FRAZÃO, Ana. O que são contratos inteligentes ou *smart contracts*? Quais são suas principais repercussões para a regulação jurídica? *JOTA*, São Paulo, 10 abr. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao--empresa-e-mercado/o-que-sao-contratos-inteligentes-ou-smart-contracts-10042019?non-beta=1. Acesso em: 9 dez. 2023.

6. FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Contratos algorítmicos e onerosidade excessiva: as consequências da inflexibilidade. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 11, n. 2, 2022. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/852/625. Data de acesso: 21 dez. 2023, p. 11.

7. "Desenvolvido pela OpenAI, o ChatGPT é um modelo de linguagem treinado a partir de uma grande quantidade de dados e é capaz de gerar respostas semelhantes às humanas a partir de entrada de texto. Uma das principais vantagens é sua inteligência, ao contrário dos modelos NLP anteriores, que eram limitados. [...] o ChatGPT representa um passo significativo no desenvolvimento do processamento de linguagem natural. Ele tem o potencial de mudar a forma como interagimos com a tecnologia, a forma como pensamos sobre a IA e a forma como abordamos a solução de problemas" (SOUZA, Carlos Affonso. ChatGPT por ele mesmo: o que a própria IA pensa sobre seu presente e futuro. *UOL*, São Paulo, 23 jan. 2023. Disponível em: https://www.uol.com.br/tilt/colunas/carlos-affonso-de-souza/2023/01/23/chatgpt-por-ele-mesmo-avancos-e-riscos-no-uso-de-inteligencia-artificial.htm. Acesso em 19 dez. 2023).

estudos realizados por Nick Szabo, jurista e cientista da computação, que é apontado como o pioneiro neste tema. Na década de 1990, o autor definiu o *smart contract* "como um protocolo computadorizado de transações que executa os termos de um contrato" e que, assim, faria "cumprir, automaticamente, certas ou todas as condições contratuais (prazo de pagamento, por exemplo) por meio de sua inserção em hardware e software", tendo como principal objetivo "minimizar custos e riscos de inadimplemento – o que tornaria esses contratos 'mais inteligentes' do que seus ancestrais feitos de papel".[8]

Para que melhor se entenda, "essa concepção pode ser simplificada da seguinte forma: um código de computador é criado para executar automaticamente deveres contratuais a partir da ocorrência de um evento desencadeador". Nessa linha, o autor entendia que o ancestral dos *smart contracts* seria a máquina de vendas automática, já que, nela, "insere-se a moeda, seleciona-se o item desejado e, via simples mecanismo, a máquina disponibiliza o troco (se existente) e libera o produto", sendo que "o cofre e outros mecanismos de defesa protegem as moedas depositadas e os produtos vendidos, de modo a garantir a implementação lucrativa dessas máquinas em diferentes localidades".[9]

Assim, de forma semelhante, os *smart contracts* recebem o equivalente a certo tipo moeda e, então, "produzem um resultado baseado nas condições especificadas em algoritmo, com resultado imediato permitido a partir da linguagem em código". Vale destacar que esse resultado imediato só é possível por causa dessa linguagem em código e codificar um contrato para torná-lo autoexecutável significa "traduzir os termos contratuais para um código de computador, na proposição 'se X, então Y', onde 'se' e 'então' são predeterminados pelo autor do *smart contract*, a exemplo de 'se confirmado o pagamento,

8. CANTALI, Rodrigo Ustárroz. *Smart Contracts* e Direito Contratual: primeiras impressões sobre suas vantagens e limites. *RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 8, n. 3, p. 1529-1566, 2022, p. 1534. Há quem critique a expressão contratos inteligentes, como Angélica Carlini, que prefere chamá-los de "contratos obedientes": "A rigor, a expressão *contratos inteligentes* não parece ser a mais adequada. São, na verdade, contratos *obedientes* mas não inteligentes porque não tomam decisões sozinhos, são orientados a agir a partir de cláusulas ou condições previamente determinadas por humanos e que devem ser rigorosamente obedecidas, sem qualquer interferência externa" (CARLINI, Angélica. *Smart Contracts*: inteligentes ou obedientes. *Migalhas*, Ribeirão Preto, 17 jan. 2022. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/358010/smart-contracts-inteligentes-ou-obedientes. Acesso em 15 dez. 2023). Em linha semelhante, José Luiz de Moura Faleiros Júnior também critica a expressão, apontando que os referidos contratos, "embora nomeados de inteligentes, ainda são dependentes da capacidade humana de traduzir a linguagem humana (e, inclusive, o jargão jurídico) para linguagem computacional" e que o que os contratos inteligentes, nos moldes atuais, deveriam ser denominados "contratos algorítmicos", sendo que "o ponto distintivo dessa classificação, considerada intermediária, quanto ao conceito já consagrado dos contratos inteligentes é justamente a constatação de que *solvens* e *accipiens* sejam supervisores dos algoritmos implementados para reger as opções definidas no momento da parametrização dos percursos contratuais – matemáticos e autodefinidos – que serão implementados no futuro" (FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Contratos algorítmicos e onerosidade excessiva: as consequências da inflexibilidade. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 11, n. 2, 2022. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/852/625. Data de acesso: 21 dez. 2023, p. 5-6).
REY, Jorge Feliu. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de Direito Privado. *Redes:* Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, v. 7, n. 3, p. 95-119, out. 2019, p. 107.

9. CANTALI, Rodrigo Ustárroz. *Smart Contracts* e Direito Contratual: primeiras impressões sobre suas vantagens e limites. *RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 8, n. 3, p. 1529-1566, 2022, p. 1535.

liberar produto'". Com isso, a linguagem contratual é substituída para atingir o status de um processo autônomo ou semiautônomo, e, justamente por isso, é comum se afirmar que, para os *smart contracts*, "o código é a lei".[10]

Por meio desse processo, os *smart contracts* podem fazer com que sejam executadas, sem a intervenção humana, as ações nele contidas, que, conforme aponta Jorge Feliu Rey, podem ser "ações atadas à determinação das obrigações; à verificação do cumprimento, total ou parcial, de todas ou algumas das prestações do contrato; à execução das prestações" e, até mesmo, "à remediação das consequências derivadas do descumprimento das obrigações previamente acordadas pelos contratantes ou nascidas da adesão às condições gerais de contratação".[11]

Cabe mencionar que "os contratos inteligentes não parecem constituir nem um novo tipo contratual, nem uma nova forma contratual", já que "a expressão contrato inteligente não designa, por si só, um conteúdo material específico que possa configurar um tipo contratual autônomo".[12] Assim, o *smart contract* não constitui um tipo específico de contrato e "a tipicidade ou atipicidade dependerá do conteúdo das prestações: uma compra e venda ou uma locação, por exemplo".[13]

Além disso, também vale destacar que "a inteligência em questão tampouco parece dizer respeito à forma do negócio jurídico (entendida como meio de exteriorização da vontade das partes quanto à celebração da avença), referindo-se, em realidade, ao modo de execução".[14]

Com relação à utilização dos *smart contracts* nos dias de hoje, é válido pontuar que "se nos anos 1990 os contratos inteligentes se resumiam, na prática,

10. CANTALI, Rodrigo Ustárroz. *Smart Contracts* e Direito Contratual: primeiras impressões sobre suas vantagens e limites. *RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 8, n. 3, p. 1529-1566, 2022, p. 1534-1535. Seguindo essa linha, Ana Frazão sustenta que "observa-se, portanto, que o fenômeno está ligado intrinsecamente à possibilidade de conversão da linguagem natural na linguagem computacional, já que, no caso do contrato inteligente, o contrato é um programa de computador. Para que isso possa ocorrer, é necessário que as obrigações contratuais sejam traduzidas em um código binário (se "a", então "b")" FRAZÃO, Ana. O que são contratos inteligentes ou *smart contracts*? Quais são suas principais repercussões para a regulação jurídica? *JOTA*, São Paulo, 10 abr. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-que-sao-contratos-inteligentes-ou-smart-contracts-10042019?non-beta=1. Acesso em: 9 dez. 2023.

11. REY, Jorge Feliu. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de Direito Privado. *Redes:* Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, v. 7, n. 3, p. 95-119, out. 2019, p. 107. Nessa linha, vale destacar que Ana Frazão aponta as seguintes características com sendo as principais dos contratos inteligentes: "(i) a sua natureza eletrônica, (ii) a sua implementação por meio de softwares, (iii) as suas pretensões de certeza e previsibilidade, (iv) a pretensão de autonomia quanto ao seu cumprimento (autoexecutabilidade) e (v) a autonomia quanto ao seu conteúdo, o que lhes permitiria inclusive desconhecer ou mesmo violar diretamente as regras jurídicas" (FRAZÃO, Ana. O que são contratos inteligentes ou *smart contracts*? Quais são suas principais repercussões para a regulação jurídica? *JOTA*, São Paulo, 10 abr. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-que-sao-contratos-inteligentes-ou-smart-contracts-10042019?non-beta=1. Acesso em: 9 dez. 2023).

12. SILVA, Rodrigo da Guia; PINTO, Melanie Dreyer Breitenbach. Contratos inteligentes (*smart contracts*): esses estranhos (des)conhecidos. *Revista de Direito e Novas Tecnologias*, v. 5, p. 1-9, out./dez. 2019, p. 4.

13. CANTALI, Rodrigo Ustárroz. *Smart Contracts* e Direito Contratual: primeiras impressões sobre suas vantagens e limites. RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira, a. 8, n. 3, p. 1529-1566, 2022, p. 1541.

14. SILVA, Rodrigo da Guia; PINTO, Melanie Dreyer Breitenbach. Contratos inteligentes (*smart contracts*): esses estranhos (des)conhecidos. *Revista de Direito e Novas Tecnologias*, v. 5, p. 1-9, out./dez. 2019, p. 4.

a máquinas de refrigerantes e caixas eletrônicos – parecendo que demais aplicações não passariam de meras elucubrações", atualmente, "com a utilização da tecnologia das *blockchains* e das criptomoedas, tornou-se possível fazer os mais diversos usos dos contratos inteligentes, das pequenas transações entre particulares ao mercado de capitais".[15]

Quanto ao ponto, cabe frisar que "há forte relação entre os contratos inteligentes e a *blockchain*", isso porque mesmo que os *smart contracts* não precisem necessariamente da estrutura da *blockchain* para funcionar, "foram as características e funcionalidades desta última – especialmente a imutabilidade e a distribuição digital de conteúdos entre vários usuários – que possibilitaram o crescimento desse tipo de contrato".[16]

Nesse sentido, se mostra pertinente apresentar o conceito de *blockchain*. Segundo Rodrigo Ustárroz Cantali:

> Blockchain foi criado por uma pessoa ou um grupo de pessoas denominado Satoshi Nakamoto e pode ser definido como uma tecnologia digital que combina mecanismos criptográficos que garantem a verificação, execução e armazenamento de transações entre as partes; é, em síntese, 'um livro razão descentralizado que representa um consenso de cada operação que já aconteceu na rede'. A transação (representada pela figura de um bloco – block) é adicionada a um 'livro-razão' (representada pela imagem de uma corrente – chain), criando um registro considerado incorruptível, irreversível e imutável. Apesar de originalmente desenvolvido para Bitcoin, hoje blockchain possui diversas potenciais aplicações – dentre elas, os *smart contracts*. Nessa corrente, cada bloco possui (i) dados que variam conforme o tipo de operação (as informações de quem envia Bitcoins, de quem os recebe e a quantidade de criptomoedas, por exemplo); (ii) uma 'impressão digital' única, que identifica o bloco e seu conteúdo; e (iii) a 'impressão digital' do bloco anterior, de forma a criar a corrente. Criada essa corrente, cria-se também um ambiente de segurança virtual descentralizado, por ser aberta para verificação e confirmação de todos os usuários na rede e diante da dificuldade de se modificar as informações de cada bloco (em especial, porque cada bloco contém a 'impressão digital' do bloco anterior; a modificação de um gera a necessidade de modificação da corrente inteira). Os *smart contracts* podem ser armazenados em blockchain, com o que também se tornam imutáveis, garantin-

15. SILVA, Rodrigo da Guia; PINTO, Melanie Dreyer Breitenbach. Contratos inteligentes (*smart contracts*): esses estranhos (des)conhecidos. *Revista de Direito e Novas Tecnologias*, v. 5, p. 1-9, out./dez. 2019, p. 2.

16. FRAZÃO, Ana. O que são contratos inteligentes ou *smart contracts*? Quais são suas principais repercussões para a regulação jurídica? *JOTA*, São Paulo, 10 abr. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-que-sao-contratos-inteligentes-ou-smart-contracts-10042019?non-beta=1. Acesso em: 9 dez. 2023.

do a segurança e previsibilidade no ambiente virtual.[17]

Com isso, apresentado o conceito de *blockchain*, é possível notar como essa tecnologia foi capaz de potencializar as aplicações dos contratos inteligentes. Nesse cenário, assumem relevante destaque "a descentralização (a apontar para a desnecessidade de se recorrer a um agente intermediador para a realização de uma transação financeira), a segurança providenciada pela rede e a celeridade com que é possível efetuar trocas das mais variadas escalas de valores".[18]

Para melhor ilustrar o tema dos contratos inteligentes, mostra-se pertinente apresentar alguns exemplos de aplicação desses instrumentos. Nesse sentido, os exemplos indicados por Gustavo Tepedino e Rodrigo da Guia Silva são de grande relevância para melhor compreender o assunto:

> Imagine-se, inicialmente, a celebração de contrato de compra e venda celebrado por meio da internet, tendo por objeto um carro que se encontra trancado em garagem, à qual somente se pode ter acesso mediante um código eletrônico. Nessa situação hipotética, o código de acesso à garagem será disponibilizado automaticamente por um software assim que um número pré-determinado de parcelas for pago, utilizando-se particular rede de transmissão de dados com vistas à garantia da maior segurança possível para a transação.
> Pense-se, ainda, na celebração de contrato de locação de um carro: as partes podem estipular, por exemplo, que, ao término de cada período previamente definido, o software implementará automaticamente a transferência do montante correspondente ao aluguel devido pelo locatário. [...] poderiam as partes, ao revés, ajustar medida de prevenção ou desestímulo ao inadimplemento. Pode-se es-

17. CANTALI, Rodrigo Ustárroz. *Smart Contracts* e Direito Contratual: primeiras impressões sobre suas vantagens e limites. *RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 8, n. 3, p. 1529-1566, 2022, p. 1537-1538. Ainda sobre a Blockchain, Angélica Carlini aponta que "a tecnologia blockchain é, então, uma base de dados compartilhada entre diferentes pessoas que não se conhecem, que guardam todos os registros das transações realizadas. Esses registros são ordenados por blocos que contém as informações e protegidos por chaves denominadas *hash*, que são uma assinatura criptografada. Qualquer alteração na base de dados vai gerar um novo *hash*, e todos os participantes da rede saberão disso e poderão certificar a autenticidade da transação realizada. Não há possibilidade de mudanças retroativas porque cada transação é certificada com um carimbo digital que contém a data e o horário, o que contribui para garantir a segurança da transação. Além disso, cada transação realizada na rede é caracterizada como um bloco que é enviado a todos os nós de rede (participantes da rede entrepares) e agregado a outros blocos, de forma que todos conhecem todas as transações realizadas e podem validá-las. Em outras palavras, uma rede blockchain é uma rede descentralizada em que cada um dos participantes é possuidor de um livro-razão (*ledger*) que contém todas as informações sobre as transações realizadas na rede. É uma rede de dados em que todos são responsáveis pela validade das transações realizadas, sem que essa validação precise ser prestada por um terceiro, autoridade ou qualquer outra parte externa à rede. Essa tecnologia viabilizou a emissão de ativos digitais como as criptomoedas, sem regulação ou autorização de entidades estatais como os bancos centrais. E também tornou possível a prática de *smart contracts*, ou, contratos inteligentes em tradução literal" CARLINI, Angélica. *Smart Contracts*: inteligentes ou obedientes. *Migalhas*, Ribeirão Preto, 17 jan. 2022. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/358010/smart-contracts-inteligentes-ou-obedientes. Acesso em 15 dez. 2023.

18. SILVA, Rodrigo da Guia; PINTO, Melanie Dreyer Breitenbach. Contratos inteligentes (*smart contracts*): esses estranhos (des)conhecidos. *Revista de Direito e Novas Tecnologias*, v. 5, p. 1-9, out./dez. 2019, p. 3.

> tipular, por exemplo, que o dispositivo de arranque ou de transmissão de marcha do veículo locado será automaticamente desativado (em condições de segurança, por certo) caso não seja comprovado o pagamento do aluguel devido pelo locatário (a ausência de pagamento poderia, por exemplo, estar relacionada à circunstancial ausência de fundos na fonte indicada pelo locatário).
> Também na seara securitária pode-se cogitar a incorporação dos *smart contracts*: a título ilustrativo, é possível que as partes estipulem tanto a automação do pagamento do prêmio a cargo do segurado quanto a automação do pagamento da indenização securitária a cargo da seguradora diante da comprovação do sinistro pelo software adotado na concreta relação contratual.[19]

Além dos exemplos indicados acima, também pode se cogitar do uso dos contratos inteligentes "na aquisição de opções de compra de ações (com automação do sistema para a transferência de ações uma vez verificado o pagamento da opção e preenchido os requisitos de preço e quantidade) e do bloqueio de serviços, como os acessados em um telefone celular",[20] e, até mesmo, na confecção de um testamento.[21]

Por fim, vale destacar que determinados *smart contracts* precisam obter informação do exterior para que seja possível materializar as prestações ou para proceder o seu cumprimento e, para que isso ocorra, o funcionamento desses *smart contracts* dependerá do que se convencionou chamar de "oráculos", que são as fontes de informação que fornecem dados específicos a esses

19. TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. *Smart contracts* e as novas perspectivas de gestão do risco contratual. *Pensar:* Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 26, n. 1, p. 1-12, mar. 2021, p. 6. Quanto ao tema da incorporação dos *smart contracts* na seara securitária, Bruno Miragem e Luiza Petersen bem também destacam que: "O 'smart insurance', por sua vez, se insere na categoria dos '*smart contracts*' [...] Essa nova técnica de contratação já tem lugar em uma série de seguros massificados, cujos atos de contratação e execução – desde o pagamento do prêmio até o aviso e a regulação do sinistro e o pagamento da indenização securitária – operam digitalmente, de modo automatizado, mediante a previsão de ordens autoexecutáves e registro no Blockchain. Este é o caso, por exemplo, dos seguros com cobertura para cancelamento de viagem em que a conexão, via Blockchain, do sistema do segurador com o sistema do aeroporto possibilita que, uma vez cancelado o voo do segurado, este receba de imediato a indenização securitária, de modo que todo o processo de execução do contrato ocorra de forma automática, digitalmente e com extrema agilidade". Os autores ainda indicam que a seguradora Etherisc comercializa modelos de seguro em linha semelhante a essa, ao indicar que "modelo semelhante de cobertura é praticado, por exemplo, pela Etherisc. Conforme conteúdo disponível em: [https://etherisc.com/#products]" (MIRAGEM, Bruno; PETERSEN, Luiza. Seguro e inteligência artificial: novo paradigma tecnológico e seus reflexos na causa e na estrutura do contrato de seguro. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (coord.). *O Direito civil na era da inteligência artificial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 497).

20. SOARES. Thiago Rosa. Impactos da economia digital sobre o direito dos contratos. *Agenda Brasileira*: economia digital, a. 4, n. 6, p. 1-38, 2023, p. 30.

21. Quanto ao ponto, Rodrigo Cantali indica que "uma pessoa pode codificar seu testamento em um smart contract, especificando que todas as suas criptomoedas deverão ser transferidas à conta eletrônica de seu herdeiro quando falecer. É possível incluir outras condições – por exemplo, que a transferência somente seja feita após o herdeiro obter diploma de graduação. A partir disso, a pessoa pode moldar o smart contract a partir de diferentes variáveis, como a variável que indica que ela ainda está viva (inicialmente disposto como "verdadeiro"), a variável que indica a conta eletrônica do herdeiro e a variável que indica se o herdeiro obteve seu diploma de graduação (inicialmente disposto como "falso"). Com essa definição, estabelecem-se funções codificadas para permitir a mudança de status das variáveis e, consequentemente, para desencadear a transferência das criptomoedas quando preenchidas as condições estabelecidas no programa" (CANTALI, Rodrigo Ustárroz. *Smart Contracts* e Direito Contratual: primeiras impressões sobre suas vantagens e limites. *RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 8, n. 3, p. 1529-1566, 2022, p. 1537-1538).

contratos.[22]

Diante desse panorama sobre o que são os *smart contracts* e como eles operam, cabe então tratar das suas principais vantagens e dos riscos que envolvem a sua utilização, como se passa a fazer a seguir.

2. O *smart contract* como forma de garantir o efetivo adimplemento das obrigações contratuais e os riscos a ele inerentes

Os *smart contracts* apresentam uma série de vantagens que se relacionam sobretudo à maior garantia de que haverá o efetivo adimplemento das obrigações pelas partes, já que os contrato inteligentes são autoexecutáveis e, além disso, à maior segurança das transações, já que buscam eliminar dificuldades enfrentadas pela linguagem natural, como a ambiguidade, a incompletude, evitando conflitos relacionados a esses pontos e, com isso, reduzindo custos.[23]

Nesse sentido, Ana Frazão busca enumerar algumas dessas vantagens a que o contrato inteligente se propõe a oferecer, indicando que seriam elas "(i) certeza, (ii) autonomia, (iii) redução de custos de transação, (iv) segurança e (v) adaptabilidade para novos negócios". A autora ainda complementa, apontando que "tais contratos propõem-se a resolver o chamado 'problema da confiança' e dos custos de monitoramento da inexecução contratual, bem como o

22. REY, Jorge Feliu. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de Direito Privado. *Redes:* Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, v. 7, n. 3, p. 95-119, out. 2019, p. 109. Quanto ao ponto, o autor ainda faz a seguinte provocação: "Imagine-se, por exemplo, que se conclua um *smart contract* com preço a ser determinado consoante o valor das ações de certa sociedade empresária em data futura ou conforme determinado índice. Tal informação deverá ser integrada ao *smart contract* para a execução automática das ações que foram programadas. Imaginemos um outro caso no qual a taxa paga mensalmente pelo uso do veículo durante um ano dependerá do tempo de uso efetivo. O *smart contract* necessitará obter essa informação para poder calcular a cota correspondente e levar a cabo o cobro".

23. CANTALI, Rodrigo Ustárroz. *Smart Contracts* e Direito Contratual: primeiras impressões sobre suas vantagens e limites. RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira, a. 8, n. 3, p. 1529-1566, 2022, p. 1548.

problema da necessidade de um terceiro para registro ou execução".[24]

Com relação às funcionalidades dos *smart contracts* para a gestão do risco contratual, Gustavo Tepedino e Rodrigo da Guia Silva indicam que elas abrangeriam ao menos: (i) a execução automática das prestações, como se daria nos exemplos apresentados no tópico acima, "com a disponibilização do código de acesso à garagem do veículo locado, com a transferência de recursos a título de pagamento do aluguel, com o pagamento do prêmio a cargo do segurado", bem como "com o pagamento da indenização securitária devida pela seguradora diante do sinistro"; e (ii) a aplicação de medidas que são autoexecutáveis como remédios ao inadimplemento contratual, como acontece "com a desativação do dispositivo de arranque ou de transmissão de marcha do veículo locado diante da ausência de pagamento do aluguel por parte do locatário".[25]

Contudo, é necessário destacar que os contratos inteligentes também envolvem riscos na sua utilização. Nesse sentido, os referidos autores destacam que "deve-se ter em mente que essa tecnologia envolve diversas restrições, valendo destacar, inicialmente, a necessidade de máxima determinação possível das prestações e das circunstâncias relevantes no curso da execução contratual"; "a possibilidade de distorções entre a vontade real do agente e a sua tradução para a linguagem codificada"; "os riscos relacionados à ocorrência de bugs e falhas no funcionamento do código programado"; e, além disso, "os riscos associados a possíveis inexatidões nas informações fornecidas pelos oráculos". Assim, "nessas hipóteses, a automação característica dos *smart*

24. FRAZÃO, Ana. O que são contratos inteligentes ou *smart contracts*? Quais são suas principais repercussões para a regulação jurídica? *JOTA*, São Paulo, 10 abr. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao--empresa-e-mercado/o-que-sao-contratos-inteligentes-ou-smart-contracts-10042019?non-beta=1. Acesso em: 9 dez. 2023. Marcos Catalan e Claudio Amato, ao realizar mapeamento da literatura acerca das vantagens dos contratos eletrônicos, apontam que elas seriam as seguintes: "(a) a garantia de clareza e transparência das condições e termos contratuais que pulsam da linguagem utilizada – a formal/artificial –, na medida em que esta, supostamente, não carrega consigo problemas afetos à indefinição ou à ambiguidade, eliminando, nesse contexto, mal-entendidos comunicacionais que poderiam levar a disputas judiciais; (b) a crença no fato de que o uso de linguagem formal é capaz de neutralizar o risco de problemas de aplicação e interpretação, derivada da identificação dos computadores como máquinas sintáticas capazes de promover a escorreita significação dos signos com os quais são alimentados; (c) a melhora, em termos de eficiência, dos processos de negociação em série, uma vez que, nesses casos, os computadores que formulam a oferta se relacionariam com outros computadores, de modo a facilitar potenciais e, obviamente, múltiplas aceitações, minimizando, ao mesmo tempo, a incidência de vieses cognitivos que, particularmente do lado do consumidor, afetariam o processo de formação do contrato; (d) a promessa de que a realização da operação será blindada pela rede de nós criados pela tecnologia blockchain, o que redunda em mínima abertura a possíveis intervenções de terceiros, sejam eles entes privados, o legislador ou mesmo o Poder Judiciário. Tais características mostram, com invulgar clareza, que os *smart contracts* foram arquitetonicamente estruturados para impedir a negação, refutação, manipulação – inclusive, no nível hermenêutico – ou correção do clausulado e, ainda, eliminar o risco de mora ou de qualquer patologia afeta à fase de adimplemento, recorrendo à automação da execução da conduta devida/expectada de forma a garantir, ao que parece, não apenas em tese, maior velocidade, segurança e eficiência no tráfego jurídico, bem como, a correlata deflação da litigiosidade". Ainda apontam os autores que "tais características mostram, com invulgar clareza, que os *smart contracts* foram arquitetonicamente estruturados para impedir a negação, refutação, manipulação – inclusive, no nível hermenêutico – ou correção do clausulado e, ainda, eliminar o risco de mora ou de qualquer patologia afeta à fase de adimplemento, recorrendo à automação da execução da conduta devida/expectada de forma a garantir, ao que parece, não apenas em tese, maior velocidade, segurança e eficiência no tráfego jurídico, bem como, a correlata deflação da litigiosidade". CATALAN Marcos; AMATO Claudio. Novos itinerários da contratação informática: do contrato inteligente ao contrato algorítmico. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 11, n. 3, 2022. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/805/651. Acesso em: 17 dez. 2023, p. 5-6.

25. TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. *Smart contracts* e as novas perspectivas de gestão do risco contratual. *Pensar:* Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 26, n. 1, p. 1-12, mar. 2021, p. 7.

contracts tenderá a conduzir a execução contratual a resultado distinto do almejado pelas partes, todavia sem que reste configurada, a princípio, culpa de qualquer dos contratantes". Por fim, ainda apontam como um dos mais sensíveis riscos "a inevitabilidade dos efeitos programados no âmbito do *smart contract*", já que "uma vez verificada a circunstância prevista pelas partes, deflagram-se automaticamente – e inevitavelmente – os efeitos previstos na programação do *software*".[26]

Já Ana Frazão, ao tratar dos contratos que envolvem um dever de cooperação que se prolonga no tempo, também suscita desvantagens e questionamentos sobre os contratos inteligentes:

> Já em contratos híbridos e associativos, que envolvem um dever de cooperação que se prolonga no tempo, sendo muitas vezes incompletos exatamente pela impossibilidade de prever o futuro, é necessária a adoção de soluções de governança para assegurar a adaptabilidade e a flexibilidade, possibilitando que as partes mantenham e ajustem os termos de sua cooperação mesmo diante do novo ou do inesperado. Nesse contexto, é difícil imaginar como tais contratos poderiam ser traduzidos em códigos binários, sem qualquer abertura para adaptações futuras e especialmente para a incorporação de soluções de governança. Logo, a rigidez dos contratos inteligentes suscita uma série de questionamentos, dentre os quais:
> (i) Como utilizar tais contratos quando a vagueza e a abertura das cláusulas ou mesmo a incompletude do contrato representarem uma questão de necessidade ou de eficiência?
> (ii) Como resolver os problemas das contingências não previstas pelas partes?
> (iii) Como contornar eventuais vícios, erros ou lacunas?
> (iv) Como traduzir para o código questões que envolvam julgamentos subjetivos e interpretações? É possível resolver tudo isso na fase ex ante?
> (v) Como lidar com o novo, incluindo aí atualizações legislativas?[27]

Ainda nessa linha, Rodrigo Cantali aponta que "a própria natureza dos *smart contracts* carrega consigo problemas em comparação com as ferramentas disponibilizadas pelo Direito Contratual – pelo menos, diante do atual estado da tecnologia" e que eles "precisarão se tornar mais inteligentes, como,

26. TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. *Smart contracts* e as novas perspectivas de gestão do risco contratual. *Pensar:* Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 26, n. 1, p. 1-12, mar. 2021, p. 7-8.

27. FRAZÃO, Ana. O que são contratos inteligentes ou *smart contracts*? Quais são suas principais repercussões para a regulação jurídica? *JOTA*, São Paulo, 10 abr. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-que-sao-contratos-inteligentes-ou-smart-contracts-10042019?non-beta=1. Acesso em: 9 dez. 2023.

por exemplo, criando uma melhor conexão com oráculos especialistas para lidar com a modificação das circunstâncias", sob pena de a atuação dos instrumentos "ficar restrita, diante da inflexibilidade e, consequentemente, incapacidade de adaptação à vida do contrato". Entretanto, o próprio autor indica que "existe uma tendência de a automatização poder ser estendida a quase tudo no futuro – inclusive, à interpretação contratual" e que "novas ferramentas podem surgir com o objetivo de garantir uma melhor tradução de palavras para códigos, aumentando o grau de clareza e reduzindo o risco de ambiguidades".[28]

Entretanto, há soluções atuais para algum desses problemas que já são apontadas por autores como Marcos Catalan e Claudio Amato, em especial no que se refere à questão da linguagem e suas incompletudes.[29] Confira-se:

> (...) o computador pode ser programado para analisar e entender a linguagem comum por meio de software a ser alimentado, continuamente, eliminando, assim, parte dos riscos relacionados à indeterminação da linguagem ordinária. Ainda nesta seara, as partes contratantes, isoladamente ou com a cooperação de terceiro – o programador –, podem recorrer às estruturas semânticas disponibilizadas tanto pela *universal business language* (U. B. L.) como celebrar acordos preliminares, acordos de significação semântica ou, como são mais conhecidos, *threeshold data meaning agreements*, indicando como determinados termos ou expressões serão entendidos ao serem vertidos à linguagem formal, ou seja, como serão pré-atribuídos aos signos linguístico-contratuais ou significados mais adequados de modo a fomentar sua escorreita compreensão pelo computador.[30]

Além disso, no que se refere ao problema de contingências não previstas e incompletudes dos contratos, como aponta Angélica Carlini, "nada impede que os oráculos sejam escolhidos pelas partes contratantes para modificar

28. CANTALI, Rodrigo Ustárroz. *Smart Contracts* e Direito Contratual: primeiras impressões sobre suas vantagens e limites. *RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 8, n. 3, p. 1529-1566, 2022, p. 1552-1553.

29. Para resolver o problema de objetivar a linguagem, Rey assim sugere: "daí que determinadas obrigações genéricas como manter em bom estado um bem ou exigir determinadas condutas conforme o princípio da boa-fé, tem, em certa medida, difícil reflexo no *smart contract*, pressupõem juízo humano, ainda que isso não seja óbice para buscar, por outras vias, resultados similares. Por exemplo, se a obrigação é manter em bom uso o veículo industrial, tal dever pode ser substituído pela obrigação de ir à oficina ou a um terceiro conforme um calendário de revisões, para determinar o estado da máquina e fornecer essa informação ao *smart contract*, mediante um dispositivo instalado no veículo que forneça os dados relevantes sobre o estado de manutenção e (ou) as condições de uso. Em suma, a ideia é tentar determinar o indeterminado, isto é, objetivá-lo, transformando-o em obrigações específicas, verificáveis e suscetíveis de controle por um sistema automático" (REY, Jorge Feliu. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de Direito Privado. *Redes:* Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, v. 7, n. 3, p. 95-119, out. 2019, p. 112-113).

30. CATALAN Marcos; AMATO Claudio. Novos itinerários da contratação informática: do contrato inteligente ao contrato algorítmico. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 11, n. 3, 2022. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/805/651. Acesso em: 17 dez. 2023, p. 11.

direitos codificados no contrato inteligente, de forma a adequar as condições contratadas à realidade ou, ainda, a condições que garantam a equidade do negócio firmado".[31]

Ademais, mesmo que surjam questões relacionadas à inevitabilidade dos efeitos programados que podem gerar danos ou resultados não esperados pelas partes, vale destacar que estes podem ser resolvidos por remédios restitutórios ou reparatórios na via judicial. Assim, como aponta Jorge Feliu Rey, "pode-se afirmar que a litigiosidade não resta eliminada, mas o remédio principal, por lógica, tenderá a ser mais restituitório ou reparatório que o de cumprimento de forma específica", de modo que "se o contrato foi cumprido quando não deveria sê-lo, as prestações levadas a cabo terão que, a depender do caso, ser restituídas. Daí que o remédio seria restitutório".[32]

Vale ainda mencionar, com relação ao automatismo da execução do contrato — que parece, a princípio, inevitável — , que já há, atualmente, "soluções tanto para paralisar o automatismo na execução como para efetuar possíveis modificações no código que permitam corrigir erros ou limitar o automatismo". É possível citar, por exemplo, a utilização de "inclusão de um código adicional com poder de provocar a inabilitação ou desativação do contrato, chamado código autodestrutivo ou suicida", visto que "não é possível, de forma geral, paralisar a execução ou modificar um código ativado".[33]

3. O avanço tecnológico como forma de superar desvantagens que envolvem os *smart contracts* e fomentar a sua utilização

Além das possíveis formas de resolver os problemas que envolvem os contratos inteligentes indicadas acima, cabe destacar que o avanço tecnológico, da forma como já vem se mostrando na atualidade, é o principal meio para solucionar os riscos e desvantagens decorrentes da utilização dos *smart contracts*.

Nesse sentido, é possível observar que atualmente parece já haver tecnologias que podem solucionar os referidos problemas. Um dos maiores exemplos

31. CARLINI, Angélica. *Smart Contracts*: inteligentes ou obedientes. *Migalhas*, Ribeirão Preto, 17 jan. 2022. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/358010/smart-contracts-inteligentes-ou-obedientes. Acesso em 15 dez. 2023.

32. REY, Jorge Feliu. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de Direito Privado. *Redes:* Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, v. 7, n. 3, p. 95-119, out. 2019, p. 117.

33. REY, Jorge Feliu. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de Direito Privado. *Redes:* Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, v. 7, n. 3, p. 95-119, out. 2019, p. 115.

é o ChatGPT, que é uma ferramenta inovadora que revolucionou a sociedade, já que apresenta um surpreendente poder de processamento da linguagem natural, que é justamente uma das principais necessidades dos *smart contracts*.

Nesse sentido, cabe destacar que Carlos Affonso Souza publicou texto no qual descreveu sua experiência de perguntar ao ChatGPT o que ele mesmo – o próprio sistema – pensa sobre suas vantagens e riscos, que demonstra a sua grande capacidade de compreensão, bem como as suas potencialidades, nas palavras do próprio sistema.

Respondendo à pergunta sobre o que ele é, o ChatGPT indicou que "é um divisor de águas no debate sobre inteligência artificial (IA) porque representa um avanço significativo no campo do processamento de linguagem natural (NLP)" e que "é um modelo de linguagem treinado a partir de uma grande quantidade de dados e é capaz de gerar respostas semelhantes às humanas a partir de entrada de texto", tendo "alta capacidade de gerar texto, o que permite que seja usado em tarefas como escrever ensaios, compor poesia e até mesmo escrever código de programação", o que pode "ter implicações significativas para setores como [...] desenvolvimento de *software*".[34]

Assim, o que se observa é que a tecnologia do ChatGPT, já disponível no mercado e em constante evolução, pode ser inserida nos *smart contracts* para aperfeiçoá-los e fomentar ainda mais a sua utilização. Ela poderia, por exemplo, ser utilizada para melhorar o desenvolvimento dos oráculos, que podem reduzir os riscos de que as partes não obtenham os resultados que buscam com o contrato, e complementar os contratos com questões não previstas pelas partes.

Com isso, verifica-se que, pelo atual estado do desenvolvimento tecnológico e pela sua constante evolução, os *smart contacts* parecem ter um futuro promissor, de maior difusão da sua utilização, já que poderão ficar cada vez mais sofisticados e menos suscetíveis a falhas e imprevisões.

De todo modo, por certo, deve-se ter em mente que também é necessário cautela, mesmo nesse contexto, na utilização dos contratos inteligentes, devendo-se analisar as situações caso a caso.

34. SOUZA, Carlos Affonso. ChatGPT por ele mesmo: o que a própria IA pensa sobre seu presente e futuro. *UOL*, São Paulo, 23 jan. 2023. Disponível em: https://www.uol.com.br/tilt/colunas/carlos-affonso-de-souza/2023/01/23/chatgpt-por-ele-mesmo-avancos-e-riscos-no-uso-de-inteligencia-artificial.htm. Acesso em 19 dez. 2023.

Considerações finais

As inovações tecnológicas não param de surgir e geram cada vez mais impactos em nossas vidas e na regulação da sociedade, tendo grandes impactos no Direito. Os *smart contracts* consistem em mais uma dessas importantes inovações, que apresenta relevantes potencialidades e vantagens, mas também riscos que devem ser considerados.

Entretanto, o desenvolvimento tecnológico e as novas ferramentas que vêm surgindo com ele, tais como o ChatGPT e outros sistemas semelhantes, parecem indicar que os contratos inteligentes podem ter seus riscos minimizados e se tornar cada vez mais sofisticados, de modo que a sua utilização seja cada vez mais difundida na sociedade.

Assim, o presente artigo busca trazer luz a esse ponto e incentivar os futuros debates sobre o tema para que seja possível se beneficiar de todas as suas potencialidades, mas sempre, claro, com a cautela necessária com a qual as novas tecnologias devem ser tratadas.

Referências

CANTALI, Rodrigo Ustárroz. *Smart Contracts* e Direito Contratual: primeiras impressões sobre suas vantagens e limites. *RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 8, n. 3, p. 1529-1566, 2022.

CARLINI, Angélica. *Smart Contracts*: inteligentes ou obedientes. *Migalhas*, Ribeirão Preto, 17 jan. 2022. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/358010/smart-contracts-inteligentes-ou-obedientes. Acesso em 15 dez. 2023.

CATALAN Marcos; AMATO Claudio. Novos itinerários da contratação informática: do contrato inteligente ao contrato algorítmico. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 11, n. 3, 2022. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/805/651. Acesso em: 17 dez. 2023.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Contratos algorítmicos e onerosidade excessiva: as consequências da inflexibilidade. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 11, n. 2, 2022. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/852/625. Data de acesso: 21 dez. 2023.

FRAZÃO, Ana. O que são contratos inteligentes ou *smart contracts*? Quais são suas principais repercussões para a regulação jurídica? *JOTA*, São Paulo, 10 abr. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-que-sao-contratos-inteligentes-ou-smart-contracts-10042019?non-beta=1. Acesso em: 9 dez. 2023.

MIRAGEM, Bruno; PETERSEN, Luiza. Seguro e inteligência artificial: novo paradigma tecnológico e seus reflexos na causa e na estrutura do contrato de seguro. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (coord.). *O Direito civil na era da inteligência artificial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 489-516.

REY, Jorge Feliu. Smart contract: conceito, ecossistema e principais questões de Direito Privado. *Redes:* Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, v. 7, n. 3, p. 95-119, out. 2019.

SILVA, Rodrigo da Guia; GOMES, Rodrigo Dias de Pinho. Desafio em relação à forma dos negócios jurídicos na era digital: notas sobre autoria e integridade dos contratos eletrônicos. In: ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVA, Milena Donato (Coord.). *Direito na era digital*: aspectos negociais, processuais e registrais. São Paulo: JusPodivm, 2022, p. 521-535.

SILVA, Rodrigo da Guia; PINTO, Melanie Dreyer Breitenbach. Contratos inteligentes (*smart contracts*): esses estranhos (des)conhecidos. *Revista de Direito e Novas Tecnologias*, v. 5, p. 1-9, out./dez. 2019.

SOARES. Thiago Rosa. Impactos da economia digital sobre o direito dos contratos. *Agenda Brasileira*: economia digital, a. 4, n. 6, p. 1-38, 2023.

SOUZA, Carlos Affonso. ChatGPT por ele mesmo: o que a própria IA pensa sobre seu presente e futuro. *UOL*, São Paulo, 23 jan. 2023. Disponível em: https://www.uol.com.br/tilt/colunas/carlos-affonso-de-souza/2023/01/23/chatgpt-por-ele-mesmo-avancos-e-riscos-no-uso-de-inteligencia-artificial.htm. Acesso em 19 dez. 2023.

SZABO, Nick. Formalizing and Securing Relationships on Public Networks. *First Monday*: Peer-Reviewed Journal on the Internet, v. 2, n. 9, set. 1997. Disponível em: https://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/view/548. Acesso em 11 dez. 2023.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. *Smart contracts* e as novas perspectivas de gestão do risco contratual. *Pensar:* Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 26, n. 1, p. 1-12, mar. 2021.

DIÁLOGOS DA
PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DIGITAL

17

Marcas alheias em anúncios patrocinados na internet à luz do julgamento do REsp nº 1.937.989/SP

GIOVANNA TOSSINI MARCHETI

GIOVANNA TOSSINI MARCHETI[1]

Sumário: Introdução. 1. Contextualização do caso. 2. Proteção das marcas no direito brasileiro. 3. Estímulo à livre concorrência no comércio eletrônico. 3.1. Relevância das marcas no ambiente virtual. 3.2. Estratégia de publicidade no *Google AdWords*. 4. Conflito entre marca e palavra-chave para o STJ. Considerações finais. Referências.

Introdução

A ordem econômica brasileira é estruturada com base na livre iniciativa, elevando a inovação e a competição justa como elementos centrais na condução das relações comerciais, de modo que o princípio da livre concorrência desempenha o papel crucial de guiar arcabouços e interpretações jurídico-normativas para a garantia da eficiência do mercado e a repressão de práticas prejudiciais a sua estrutura.

A proteção conferida pela propriedade industrial, através do registro de marcas, patentes e desenhos industriais, atua como instrumento para a promoção da concorrência leal e a salvaguarda de interesses comerciais. Na posição de institutos paralelos, em que pese por vezes complementares, esses interesses não se afastam de possíveis disputas com o direito comercial.

O embate entre a livre concorrência e a proteção dos direitos de propriedade intelectual ganha contornos particulares quando se trata do ambiente virtual, impulsionando a inovação de abordagens para equacionar o dinamismo dos conflitos decorrentes da era digital. Em agosto de 2022, o Superior Tribunal de Justiça ("STJ") explorou as nuances da legislação brasileira no que concerne ao uso de marcas alheias em anúncios patrocinados (*keyword advertising* ou publicidade por palavra-chave) por meio do Recurso Especial ("REsp") nº 1.937.989/SP.

A problemática levada à apreciação, cuja relevância e atualidade foram consolidadas pelo Tribunal em seu Informativo de Jurisprudência nº 747, visou compreender se "configura ou não concorrência desleal a conduta de um anunciante na internet de utilizar a marca registrada de um concorrente como palavra-chave em *link* patrocinado para obter posição privilegiada em resultados de buscas, direcionando os usuários daqueles produtos e serviços para o

1. Advogada na área de contencioso estratégico, com atuação em temas envolvendo Direito Digital, tecnologia e proteção de dados. Pós-graduanda em Direito Digital pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS Rio), em parceria com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e o Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEDEP). Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

seu próprio sítio eletrônico”[2]. Com base no tema, o presente estudo se propõe a analisar o caminho decisório delineado pelo STJ, por meio da contextualização dos fundamentos fáticos e jurídicos que apoiam a avaliação dos limites entre a competição comercial legítima e a violação de direitos de propriedade intelectual no ambiente virtual.

1. Contextualização do caso

O debate se originou em ação judicial interposta pela agência de viagens P. R. Braun Passagens e Turismo contra a empresa VP Viagens e Turismo, em abril de 2019, com fundamento na aparente contratação do termo “braun turismo”, por meio do serviço *Google AdWords*, como palavra-chave para a manutenção de posição de evidência em resultados de pesquisas no Google em detrimento da página da detentora da marca “Braun”.

Segundo narrou a autora, as atividades comerciais de ambas as empresas estariam fundamentalmente baseadas na comercialização de ingressos para parques da *Disney* e outras atrações em Orlando, segmento no qual a Braun teria boa reputação entre os consumidores, o que demonstraria a intenção de sua concorrente de utilizar sua marca e renome para direcionar acessos a anúncios de empresa diversa da originalmente visada pela clientela.

Como resposta, a VP Viagens defendeu que se valer ferramentas oferecidas pelos próprios provedores de busca para alcançar posicionamento privilegiado nas pesquisas seria uma estratégia legítima de publicidade *online* e que não importaria em confusão aos consumidores. Adicionalmente, argumentou que o registro “braun” teria forma nominativa de baixo teor inventivo, constituindo expressão de pouca originalidade por ser a tradução alemã da cor “marrom”, o que atrairia a mitigação da regra de exclusividade das marcas.

Em primeira instância, foi reconhecido que o termo “braun”, em que pese ser comum, quando atrelado ao nicho de turismo configura uso indevido da marca e prática de concorrência parasitária pela utilização do reconhecimento do nome para a obtenção de visualização privilegiada, com o potencial de desviar clientela e causar prejuízo aos negócios da legítima detentora da mar-

2. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de jurisprudência. n. 747. Brasília, DF, 5 set. 2022. p. 23. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0747.pdf. Acesso em: 11 nov. 2023.

ca. Diante da ofensa à imagem da Braun, restou presumida[3] a ocorrência de danos extrapatrimoniais indenizáveis no valor de 15 mil reais.

Em sede recursal, o Tribunal de Justiça de São Paulo reduziu a reparação moral para 10 mil reais e manteve o entendimento pela caracterização de concorrência desleal a partir do uso parasitário da marca concorrente[4]. Confirmada a condenação, a VP Viagens se insurgiu ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial, sob a justificativa de que a finalidade de captação de clientela seria inerente a todas as atividades econômicas e que, no contexto de proteção legal ao livre mercado, somente os atos de desvios de clientela viabilizados por meios fraudulentos deveriam atrair a repressão estatal – o que, na sua visão, não seria o caso da instrumentalização de publicidade de *e-commerce* via *links* patrocinados.

Recebido o processo no Superior Tribunal de Justiça e designada a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, a resolução da controvérsia foi acordada por unanimidade pelos julgadores, com o enfrentamento do tema pela perspectiva do estímulo à livre concorrência nos novos modelos de negócios digitais e sua compatibilização com a imaterialidade de bens protegidos no âmbito da propriedade industrial.

2. Proteção das marcas no direito brasileiro

No Brasil, o registro e a proteção de marcas são regulados pela Lei nº 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial – "LPI"), responsável por estabelecer os fundamentos para a garantia dos direitos de propriedade intelectual, em conjunto Tratados e Convenções sobre o tema, como a Convenção da União de Paris, o Acordo TRIPS e o Protocolo de Madri. Nos termos da legislação, as marcas compreendem sinais distintivos visualmente perceptíveis que identifi-

3. "[...] em diversas circunstâncias, não é realizável a demonstração de prejuízo moral, bastando a simples causação do ato violador e, nesse sentido, fala-se em damnum *in re ipsa*, revestido de presunção absoluta [..] não havendo motivo para se cogitar em prova de dano moral" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.642.318/MS. Recorrente: Jusceni de Fátima Aparecida. Recorrido: Kiara Maria Fedossi Leal de Sá Freitas. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 07 fev. 2017. RSDCPC vol. 106. p. 137).

4. Ementa: "Propriedade industrial. Utilização da expressão "Braun" como palavra-chave para remissão a link patrocinado pela ré no serviço Google AdWords. Autora que comprova que a busca pelo termo, de nomenclatura bastante específica, direcionava ao site da ré. Esta, todavia, não demonstra que, na contratação do serviço, a expressão não estava dentre as eleitas. Ausência de demonstração de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora pela ré. Concorrência desleal caracterizada pelo uso parasitário da marca da autora (art. 195, III e IV, da Lei n. 9.279/96. Ação julgada procedente. Danos morais. Prejuízos *in re ipsa*. Valor que deve observar o binômio reparação/sanção. Quantia reduzida para R$ 10.000,00. [...]" (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1032464-90.2019.8.26.0100. Recorrente: VP Viagens e Turismo Ltda. Recorrido: PR Braun Passagens e Turismo Ltda. Relator: Des. José Araldo da Costa Telles. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. São Paulo, SP, 01 dez. 2020)

cam e distinguem produtos ou serviços no mercado (art. 122, LPI)[5], cuja variedade é classificada em lista não exaustiva de 45 classes (Classificação Internacional de Produtos e Serviços de Nice).

Para Fabrícia Alcantara, "dentre as funções que a marca pode exercer na economia moderna, a mais relevante é justamente a sua função distintiva, pela qual a marca serve precipuamente para distinguir os produtos e serviços de outros idênticos ou semelhantes"[6]. Portanto, não são tidas como marcas eventuais registros dissociados de capacidade de distinção (como uma simples linha reta) ou invisíveis (como sons, cheiros e sabores).

De acordo com seu uso no mercado, as marcas podem se referir a produtos ou serviços individuais (art. 123, I, LPI) ou englobados em uma coletividade (art. 123, III, LPI), além de serem passíveis de certificar "a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas" (art. 123, II, LPI).

Essas naturezas são apresentadas em forma nominativa, figurativa, tridimensional ou mista, vale dizer: (1) marcas nominativas ou verbais consistem em palavras, abreviações, neologismos ou combinações de letras e/ou algarismos; (2) marcas figurativas são constituídas por imagens, desenhos, ideogramas ou formas de letras ou algarismos; (3) marcas tridimensionais ultrapassam a bidimensionalidade para serem representadas pelo formato dos produtos/embalagens ou combinações distintivas de cores; e (4) marcas mistas combinam imagens e palavras[7].

A proteção das marcas necessariamente se dá a partir registro junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial ("INPI") – requisito para que uma pessoa física ou jurídica se torne a legítima detentora da propriedade de determinada marca, segundo o sistema atributivo de direitos adotado pelo Brasil[8], conferindo-lhe o direito exclusivo de seu uso e exploração, em território nacional e no segmento em que concedida (art. 129, LPI).

Além da verificação do elemento distintivo e da percepção visual, o INPI

5. "Art. 122. São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais" (BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 18 mai. 2024).

6. ALCANTARA, Fabrícia. A Proteção Das Marcas no Direito Brasileiro. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v. 4, n. 4, dez. 2006. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/dint/article/view/7533. Acesso em: 28 nov. 2023.

7. INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Manual de Marcas. 3. ed. Disponível em: http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/Manual_de_Marcas. Acesso em: 25 nov. 2023.

8. "O sistema de registro de marca adotado no Brasil é atributivo de direito, isto é, sua propriedade e seu uso exclusivo só são adquiridos pelo registro, conforme define o art. 129 da LPI. O princípio do caráter atributivo do direito, resultante do registro, se contrapõe ao sistema dito declarativo de direito sobre a marca, no qual o direito resulta do primeiro uso e o registro serve apenas como uma simples homologação de propriedade. Como regra geral, àquele que primeiro depositar um pedido deve-se a prioridade ao registro" (Ibidem).

é responsável por analisar a veracidade, liceidade, distintividade e disponibilidade das marcas que se pretendem registrar. Segundo o pressuposto da veracidade, os sinais devem possuir caráter verdadeiro quanto a origem, natureza, qualidade ou utilidade dos produtos ou serviços associados, coibindo-se marcas potencialmente enganosas. A liceidade, por sua vez, está relacionada com a vedação absoluta de sinais considerados ilícitos ou que atentem contra a ordem e o interesse público. Como atributo principal das marcas, se tem a distintividade que, desvinculando-a de sinais genéricos ou de uso geral, é responsável pela sua identificação dentre produtos ou serviços do mesmo segmento. Superados esses elementos, a disponibilidade das marcas é consagrada pela ausência de semelhança ou identidade com direitos marcários de agentes atuantes em ramos concorrentes, afastando eventual confusão ou associação entre sinais.

Após o registro dos sinais distintivos como marcas, sua utilização é assegurada aos proprietários em todo território nacional por meio do princípio da territorialidade, ressalvadas suas exceções legais[9]. Adicionalmente, a característica da especialidade permite que o mesmo sinal seja detido por agentes econômicos distintos, desde que atuantes em mercados não concorrentes. Essa preocupação dialoga com arcabouços normativos contra a exploração indevida de elementos distintivos dentro da sistemática de manutenção da ordem econômica.

Justamente por isso, a Lei de Propriedade Industrial dedica capítulo específico para tratar sobre crimes contra registros de marcas (arts. 189 e 190, LPI), sem prejuízo da adoção de medidas cíveis para a coibição de violações e a reparação de eventuais danos ocasionados (art. 207 a 210, LPI). Ainda, por vezes a justa competitividade do mercado pode ser impactada por condutas fraudulentas e desonestas à propriedade industrial, recebendo especial atenção legislativa por meio da tipificação de crimes de concorrência desleal (art. 195, LPI).

3. Preservação da livre concorrência no comércio eletrônico

O sistema econômico brasileiro é pautado pela livre concorrência (art. 170,

9. O Brasil se comprometeu, a partir da Convenção da União de Paris ("CUP"), a recusar ou invalidar registros que usurpam marcas protegidas em outro país membro, quando estas forem notoriamente conhecidas nos signatários (art. 6º bis, CPU e art. 126, LPI). Na prática, entende-se que essas marcas possuem visibilidade internacional tão acentuada que sua proteção excepciona o princípio da territorialidade para a preservação de direitos em sua classe de atuação mesmo na ausência de depósito ou registro perante o INPI. As marcas conceituadas como "notoriamente conhecidas" se diferenciam de marcas "de alto renome", vez que essas, possuindo relevância nacional e registro validamente expedido pelo INPI, se sobressaem em todos os ramos de mercado, obstando novos registros nas demais classes (art. 125, LPI).

IV, CF), a partir da qual "distintos agentes disputam a entrada, a prevalência ou a sua manutenção em um mercado específico"[10]. Com base na preservação da ordem econômica, como pressuposto introdutório da Lei de Propriedade Industrial[11], se tem que o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico nacional estão diretamente relacionados com os direitos e obrigações relativos ao registro de marcas e às medidas de repressão à concorrência desleal.

Ao garantir a exclusividade no uso de determinada marca, o sistema jurídico busca equilibrar os interesses comerciais para a promoção de um ambiente de negócios dinâmico, implicando em permitir que diferentes agentes atuem de forma justa e aberta no mercado, incentivando a qualidade e a originalidade. Como analisou o Ministro Luis Felipe Salomão no REsp nº 1.937.989/SP, as proteções conferidas aos direitos de propriedade industrial se traduzem em mecanismos essenciais para a garantia da eficácia do sistema econômico-financeiro por meio do fomento à inovação e à competição:

> Não há dúvidas de que a política de concorrência, mais que conveniente, é determinante para continuidade dos empreendimentos de ordem econômica e medular à estrutura de um mercado eficaz. Na direção desse entendimento, os direitos de propriedade intelectual que garantem exclusividade ao seu titular ou que o declaram absoluto ou irrevogável poderiam, à primeira vista, aparentar contradição ao sistema desenhado, mas essa impressão não se confirma. Isso, porque, aqueles direitos, quando amparados pela boa-fé e pelo interesse social, revelam-se como estímulo a institutos de propriedade industrial que contribuem para o desenvolvimento econômico da nação.[12]

Para a promoção da inovação e do desenvolvimento sustentável do setor, governos, órgãos reguladores e empresas desempenham papéis importantes na manutenção da competição justa. Transpondo os ideais constitucionais para o contexto do comércio eletrônico (e-commerce), destacam-se como principais pressupostos do incentivo à competição saudável: (1) o acesso igua-

10. GANTOIS, Simone Menezes; ROSA, Marcus Paulus de Oliveira. Links patrocinados e a prática de concorrência desleal. Revista Semestral de Direito Empresarial, Rio de Janeiro, n. 31, p. 167-211, jul./dez. 2022. Disponível em: https://rsde.com.br/artigos/links-patrocinados-e-a-pratica-de-concorrencia-desleal/. Acesso em: 09 dez. 2023.

11. "Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: [...]" (BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 18 mai. 2024).

12. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.937.989/SP. Recorrente: VP Viagens e Turismo Ltda. Recorrido: PR Braun Passagens e Turismo Ltda. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 07 nov. 2022. RSTJ vol. 268. p. 721.

litário às plataformas online; (2) a regulação antitruste; (3) a transparência nos algoritmos de busca e classificação; (4) a proteção dos direitos dos consumidores; (5) os incentivos à inovação tecnológica; e (6) a proteção dos direitos de propriedade intelectual.

Com o equilíbrio dessas frentes, pode-se identificar que a escolha livre pela aquisição de produtos e serviços pela internet advém de critérios de conveniência, informação e comodidade, do que decorre a popularidade do e-commerce, tido como "uma ferramenta de fomento à expansão da livre concorrência"[13]. Segundo monitoramento da Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (ABComm), o segmento brasileiro faturou aproximadamente 185.7 bilhões de reais em 2023, contando com uma média de 87.8 milhões de consumidores e 395 milhões de pedidos. A expectativa é que o faturamento de 2024 supere 204 bilhões de reais, mais do que dobrando os resultados de 2019[14].

Um agente econômico que perpetue comportamentos desconformes com o padrão da concorrência no mercado, como por meio de explorações que afetem a liberdade de escolha da clientela ou abalem a reputação de terceiros, se sujeita ao escopo de repressão da concorrência desleal. Inclusive, colocando em destaque as frentes de proteção do instituto, vale observar que o dispositivo constitucional que estabelece a livre concorrência como um princípio (art. 170, IV, CF) é imediatamente sucedido pela necessidade de observância da defesa do consumidor, isto é, da clientela disputada (art. 170, V, CF).

Presumem-se como desleais todos os atos confusórios[15] ou denigratórios[16] descritos no art. 195 da Lei de Propriedade Industrial, compreendendo 14 incisos geradores de penas de detenção ou multa – com destaque, para fins desse estudo, os crimes de empregar "meio fraudulento para desviar clientela de outrem" e usar indevidamente "nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios" (art. 195, III e V, LPI).

Para a configuração da concorrência desleal, as condutas tipificadas pela legislação requerem a observância de pressupostos complementares: "(i) a

13. RODRIGUES JR., Edson Beas. Reprimindo a concorrência desleal no comércio eletrônico: links patrocinados, estratégias desleais de marketing, motores de busca na Internet e violação aos direitos de marca. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 962, nov./2015.

14. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO. Números do e-commerce. Disponível em: https://dados.abcomm.org/. Acesso em: 27 abr. 2024.

15. "Os atos geradores de confusão são de quem os pratica a obter vantagens da confusão provocada intencionalmente entre empresa e seus produtos, e empresa e produtos de seu competidor, incidindo sobre os signos distintivos de seus concorrentes" (SOUSA, Simone Letícia Severo e. Das práticas concorrenciais ilícitas: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica. Revista de Direito Brasileira, v. 14, n. 6, ago. 2016. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2947. Acesso em: 27 abr. 2024).

16. "Além da confusão entre produtos ou estabelecimentos tem-se a denigração do concorrente, que visa desviar a clientela, mediante o fomento da depreciação do empresário rival e de seus produtos, bens ou serviços que são colocados à disposição no mercado, com o intuito de prejudicar a reputação de um concorrente ou seu negócio" (Ibidem).

existência de uma real competição entre os sujeitos (efetividade); (ii) que essa competição seja atual (atualidade); (iii) que seja no mesmo produto ou serviço (mercado pertinente); e (iv) que se defina geograficamente a concorrência (geografia)"[17].

A dinamicidade impulsionada pelo comércio eletrônico desafia os mecanismos de coibição de práticas anticompetitivas, em especial a verificação de elementos vinculados ao espaço geográfico de atuação das empresas. Além disso, retomando a aplicação da teoria ao tema do REsp nº 1.937.989/SP, nota-se que o uso de marca alheia em links patrocinados tende a não se adequar tipicamente ao artigo supracitado, o que não afasta a possibilidade de tutela jurisdicional da conduta, como ressalvado por Simone Gantois e Marcus Rosa:

> Não é simples adequar tipicamente a conduta a norma do art. 195, V da Lei nº 9.279/1996, e, por isso, esse regime jurídico tem um "soldado de reserva", que corresponde ao art. 209. Esse dispositivo garante aos prejudicados a busca da repressão da conduta pela via do ilícito civil, quando a violação for atentatória à concorrência, mas não encontrar adequação típica em uma das alíneas do art.195, sendo-lhes facultado a busca do ressarcimento das perdas e danos decorrentes do ilícito praticado. [...] é exatamente nesse campo que incide a maior parte das violações envolvendo o uso indevido de links patrocinados, já que essas condutas tendem a prejudicar a reputação (ato denigratório) ou os negócios alheios e a criar confusão para o consumidor (atos confusórios).[18]

Apesar das inovações nas interações sociais e comerciais decorrentes do e-commerce, como a controvertida contratação de posição de relevância em resultados de buscas na internet, a Lei de Propriedade Industrial segue um pilar para ambientes equitativos e não prejudiciais à concorrência, apresentando, de forma objetiva e transmutável ao digital, o respeito exigido na relação entre consumidores e marcas, e as consequências criminais e cíveis de sua violação.

3.1 Relevância das marcas no ambiente virtual

Tanto no ambiente físico quanto digital, a proteção das marcas desempenha um relevante papel na preservação da credibilidade das empresas, ga-

17. GANTOIS, Simone Menezes; ROSA, Marcus Paulus de Oliveira. Links patrocinados e a prática de concorrência desleal. Revista Semestral de Direito Empresarial, Rio de Janeiro, n. 31, p. 167-211, jul./dez. 2022. Disponível em: https://rsde.com.br/artigos/links-patrocinados-e-a-pratica-de-concorrencia-desleal/. Acesso em: 09 dez. 2023.

18. Ibidem.

rantindo exclusividade de uso de elementos distintivos que as representam no mercado. As marcas possuem importância além de um simples nome associado a um produto ou serviço, agregando elementos de grande valia no contexto empresarial, como a reputação, qualidade e identidade da detentora de seu uso.

A área de branding, por exemplo, possui abordagem mercadológica relacionada predominantemente à gestão das marcas, enquanto os profissionais de design buscam conciliar aspectos relacionados à identidade visual dos elementos distintivos. Como resultado das diferentes formas de exteriorização de suas características, pode-se falar em uma espécie de "personalidade" das marcas, muitas vezes relacionadas pelos consumidores às suas próprias identidades para "optar por marcas que possuam uma personalidade parecida com a sua, ou [...] correspondam a sua autoimagem ideal"[19].

No ambiente virtual, a influência das marcas é expressiva: dentre as quatro marcas mais valiosas de 2019 a 2024, três têm suas operações essencialmente dependentes do ambiente online, estampando presença massiva como mecanismo de busca (Google), plataforma de comércio eletrônico (Amazon) e desenvolvedora de tecnologia (Microsoft)[20].

Em que pese a finalidade da exploração digital da marca ser justamente "atrair um cliente em potencial ou um visitante para o ambiente de marketing da empresa [...] fazer com que permaneça no site ou rede social para verificar o conteúdo e, por fim, fazer com que queira voltar"[21], o valor de uma marca não se confunde com o capital da empresa, mas se relaciona com sua colocação, de forma orgânica ou paga, nos ambientes nos quais seu público-alvo pode ser atingido de forma eficiente.

Há mais de uma década, Martha Gabriel já ponderava as influências das tecnologias na inovação de comportamentos, incluindo interações comerciais digitais, afirmando que "não ter presença digital significa não existir no mundo digital, na internet. Se fizéssemos uma analogia com o mundo físico, uma empresa que não tem presença digital equivale a uma empresa sem endereço,

19. HAUSHILD, Tatiana. A influência da presença digital das empresas nas decisões de compra dos consumidores. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Administração). Curso de Administração de Empresas, da Universidade do Vale do Taquari. Lajeado, nov. 2017. Disponível em: https://www.univates.br/bduserver/api/core/bitstreams/7c9b55a3-ff-18-4214-89c0-0036bab0fbe7/content. Acesso em: 09 dez. 2023.

20. BRAND FINANCE. Global 500 2023 ranking. Disponível em: https://brandirectory.com/rankings/global/table. Acesso em: 27 abr. 2024.

21. HAUSHILD, Tatiana. A influência da presença digital das empresas nas decisões de compra dos consumidores. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Administração). Curso de Administração de Empresas, da Universidade do Vale do Taquari. Lajeado, nov. 2017. Disponível em: https://www.univates.br/bduserver/api/core/bitstreams/7c9b55a3-ff-18-4214-89c0-0036bab0fbe7/content. Acesso em: 09 dez. 2023.

sem telefone, sem marca, ou seja, que não existe”[22].

Logo, “se por um lado as marcas são bens valiosos que devem ser protegidos, por outro, a sua exposição e utilização no ambiente virtual é inevitável para as empresas que visam expandir seus negócios”[23], direcionando seu aproveitamento por meio de técnicas de marketing voltadas ao engajamento da clientela, como a contratação de mídia paga e o desenvolvimento de técnicas de otimização de mecanismos de buscas (search engine optimization).

3.2 Estratégia de publicidade no *Google AdWords*

Conforme relatado no REsp nº 1.937.989/SP, os provedores de busca “rastreiam, indexam e armazenam as mais variadas informações disponíveis online, organizando-as e classificando-as para que, uma vez consultadas, possam fornecê-las por meio de sugestões (ou resultados) que atendam aos critérios de busca”[24].

Assim que se entendeu que o comércio eletrônico se desenvolve ao lado dos motores de busca na internet, passou-se a estudar os termos utilizados nas pesquisas por produtos ou serviços, com o objetivo de compatibilizar publicidades com palavras-chaves mais propensas a captar clientes. Essa prática, conhecida como keyword advertising, pode ser instrumentalizada a partir de ferramentas contratadas diretamente com as plataformas de buscas, a exemplo do Google AdWords – na definição de Renata Idie e Samara Bueno:

> As empresas têm se valido de um novo mecanismo online para dar publicidade aos seus produtos e serviços: a contratação de ‘Links Patrocinados’. Trata-se de um serviço de publicidade disponibilizado por alguns dos principais sites de busca (Google, Bing, Yahoo! Search), que consiste na venda de determinadas palavras-chave atreladas ao negócio desenvolvido pela empresa, de modo que, quando pesquisadas pelos internautas, os sites de busca exibam, em um campo de destaque, o conteúdo do anunciante, proporcionando maior visibilidade para o público consumidor.[25]

22. GABRIEL, Martha. Marketing na era digital: conceitos, plataformas e estratégias. Novatec Editora: São Paulo, 2010. p. 249.

23. CABRAL, Guilherme Sorg. Proteção da marca no ambiente virtual: O sistema de links patrocinados. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 23, n. 5432, 16 mai. 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/64684. Acesso em: 9 dez. 2023.

24. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.937.989/SP. Recorrente: VP Viagens e Turismo Ltda. Recorrido: PR Braun Passagens e Turismo Ltda. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 07 nov. 2022. RSTJ vol. 268. p. 721.

25. BUENO, Samara Schuch; IDIE, Renata Yumi. Você investe em links patrocinados utilizando-se do nome do seu concorrente? Saiba por que você não deveria fazer isso. JOTA. 09 jun. 2016. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direito-digital-voce-investe-em-links-patrocinados-utilizando-se-nome-seu-concorrente-09062016. Acesso em: 11 nov. 2023.

Como resumido pelo Google, a partir da contratação de keywords a classificação dos resultados das buscas passará a ser "baseada principalmente na relevância e na utilidade dos mesmos em relação ao que a pessoa pesquisou, bem como no lance e em alguns outros fatores"[26], colocados em posição de destaque frente às pesquisas orgânicas (links não pagos), motivo pelo qual Júlia Costa Coelho defende que os buscadores teriam responsabilidade sobre a seleção e a ordem de exibição dos conteúdos[27].

Essa sistemática, segundo paralelo de Deoclides Neto, criou um "mercado de cliques mais caros", interpretando os links patrocinados como leilões de conjunto de palavras mais propensas a efetivamente converter clientes a navegarem no comércio do anunciante[28].

Considerando que o desempenho eficaz dos anúncios está relacionado à pertinência das palavras-chaves para as correspondências almejadas, questiona-se se uma empresa pode utilizar marca de terceiros como termo para direcionamento ao seu próprio link patrocinado? Na situação problema do REsp nº 1.937.989/SP, a expressão "braun turismo" teria sido utilizada como uma legítima tática de publicidade digital?

Para o Google, em regra, não há restrição para a contratação de marcas como termos de buscas. Contudo, na superveniência de reclamação do proprietário da marca, protocolada em mecanismo próprio de denúncias, a plataforma seguirá com a avaliação de eventual violação de direitos marcários, levando em considerando: (i) a utilização marca em anúncio de concorrente direto; ou (ii) a exposição da marca de forma confusa, enganadora ou fraudulenta[29].

26. GOOGLE. Ajuda do Google Ads: onde os anúncios serão exibidos no Google. Disponível em: https://support.google.com/google-ads/answer/6335981. Acesso em: 09 dez. 2023.

27. "Embora os buscadores não sejam responsáveis pelo conteúdo que cada site disponibiliza, eles exercem controle sobre a forma de exibição, afinal, são eles os responsáveis pela seleção do que consta da lista de resultados para certos termos de busca, bem como pela ordem de cada um deles na relação disponibilizada ao usuário" (COELHO, Júlia Costa de Oliveira. Direito ao esquecimento e seus mecanismos de tutela na internet: como alcançar uma proteção real no universo virtual? Editora Foco: Indaiatuba, 2020. p. 59).

28. "O leiloeiro é o Google (dono do AdWords) ou a Microsoft (dona do Bing Ads). O objeto leiloado é a palavra buscada. E você (anunciante) é o espectador sentado, levantando a mão e disputando lance-a-lance o objeto com outros espectadores, de acordo com o que se dispõe a pagar. Seu lance máximo é o pay-per-click (PPC), ou seja, o quanto você admite/aguenta pagar por aquele clique antes do leiloeiro bater o martelo e anunciar: vendido! É certo que, se há uma palavra ou conjunto de palavras que converte bastante (ou seja, quem procura por aquela(s) palavra(s), além de clicar no anúncio, efetivamente conclui a compra) ela será mais disputada (a saber, "desentupidora no tatuapé" já chegou a custar R$ 38,72 por clique - até porque quando alguém realiza uma busca dessa não costuma ser por mera curiosidade, e sim por necessidade - altas chances de conversão)" (NETO, Deoclides. Seu departamento de marketing poderia economizar horrores com links patrocinados com esta simples solução. Linkedin. 09 mai. 2016. Disponível em: https://www.linkedin.com/pulse/seu-depto-de-marketing-poderia-economizar-horrores-com-deoclides-neto/. Acesso em: 11 nov. 2023).

29. GOOGLE. Ajuda do Políticas do Google Ads: marcas registradas. Disponível em: https://support.google.com/adspolicy/answer/6118?sjid=4497838753941583572-SA. Acesso em: 09 dez. 2023.

4. Conflito entre marca e palavra-chave para o STJ

O caminho até então traçado foi percorrido pela Quarta Turma do STJ, em agosto de 2022, para resolução das razões trazidas pelas agências de viagens Braun Turismo e VP Viagens, partindo da provocação de que, ao mesmo tempo em que a internet aproxima o acesso dos consumidores à bens e serviços, o uso honesto dos princípios da livre concorrência "é variável e estabelecido conforme o espaço e tempo que ocupa, moldando-se em práticas moralmente aceitas e sobre valores, realidade social e conjunto de princípios do regime jurídico a que será aplicável"[30].

Destacando que a publicidade representa o principal instrumento de desenvolvimento do e-commerce, podendo ser maximizada pelo pagamento de serviços do Google AdWords, a licitude da conduta do anunciante deve ser confrontada pela inexistência de parâmetros ou proibições concretas referentes a escolha de palavras-chaves. Os ministros evidenciaram a lealdade publicitária como um pressuposto intrínseco do exercício saudável da concorrência no comércio eletrônico, em atenção às bases constitucionais relacionadas com a manutenção da ordem econômica pela livre iniciativa:

> [...] o estímulo à livre iniciativa, dentro ou fora da rede mundial de computadores, deve conhecer limites, sendo inconcebível reconhecer lícita conduta que cause confusão ou associação proposital à marca de terceiro atuante no mesmo nicho de mercado. É certo que a repressão à concorrência desleal não visa tutelar o monopólio sobre o aviamento ou a clientela, mas sim garantir a concorrência salutar, leal e os resultados econômicos. A lealdade é, assim, limite primeiro e inafastável para o exercício saudável da concorrência e deve inspirar a adoção de práticas mercadológicas razoáveis.[31]

Para o Tribunal, restou comprovado que a busca pelo critério "braun turismo" resultaria na sugestão privilegiada da página da ré VP para direcionar mais acessos ao seu negócio, o que, em regra, seria uma utilização legítima do mecanismo oferecido pelo Google. A partir do momento em que a controvérsia passa a envolver uma marca devidamente registrada perante o INPI e atuante no mesmo ramo da empresa anunciante, as análises se voltam à possível concorrência desleal e violação de propriedade industrial.

Ambas as empresas disputam clientela em específico nicho de turismo,

30. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.937.989/SP. Recorrente: VP Viagens e Turismo Ltda. Recorrido: PR Braun Passagens e Turismo Ltda. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 07 nov. 2022. RSTJ vol. 268. p. 721.

31. Ibidem.

com identidade ou grande similaridade dos produtos de viagens comercializados e contemporaneamente voltados ao mesmo mercado consumidor – são, portanto, concorrentes diretas, do que decorre a possibilidade de responsabilização pelos atos denigratórios ou confusórios fixados no art. 195 da Lei de Propriedade Industrial.

Sem prejuízo do registro ou não como marca, os ministros avaliaram ser logicamente esperado que o público-alvo vincule o termo "braun" à empresa Braun Turismo pela natureza dos seus serviços e o teor dos anúncios. Mantendo o entendimento das instâncias precedentes, assentou-se que a palavra-chave de teria sido empregada pela VP Viagens com nítido intuito concorrencial desviado das boas práticas de mercado, a fim de gerar confusão para impulsionar uma desonesta captação de clientela.

Como mais um ponto sobre as finalidades desleais da anunciante, foi destacado que o termo contratado sequer possui relação com as atividades efetivamente exercidas pela anunciante, "fazendo clara a intenção da recorrente de ser percebida pelos usuários, a partir da marca da concorrente"[32]. De fato, a legislação assegura à Braun o uso exclusivo de sua marca em todo o território nacional, abrangendo sua veiculação em propagandas (art. 131, LPI)[33].

Nessa linha, o ministro Luis Felipe Salomão citou que as medidas repressivas da concorrência desleal também observam a importância econômica e reputacional das marcas, que estão sujeitas a desvalorização pela perpetuação de atos lesivos à ordem econômica, ponderando que a ré estaria tentando se valer da concorrente sem se empenhar em conquistar destaque no setor para sua própria marca:

> A deslealdade, aqui, estaria na forma de captação de clientela, por recurso ardil, sem a dispensa de investimentos condizentes. Ainda, a prática desleal conduz a processo de diluição da marca no mercado, que perde posição de destaque, com prejuízo à função publicitária, pela redução da visibilidade.[34]

Superando a barreira da publicidade aceitável, o STJ considerou o ato um desvio de clientela caracterizado como concorrência desleal pelos incisos III

32. *Ibidem.*

33. "Art. 131. A proteção de que trata esta Lei abrange o uso da marca em papéis, impressos, propaganda e documentos relativos à atividade do titular" (BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 18 mai. 2024).

34. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.937.989/SP. Recorrente: VP Viagens e Turismo Ltda. Recorrido: PR Braun Passagens e Turismo Ltda. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 07 nov. 2022. RSTJ vol. 268. p. 721.

e V do art. 195 da Lei de Propriedade Intelectual, que tratam sobre empregar "meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem" e usar indevidamente "nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios". Em complemento, foi aplicado o art. 10 bis da Convenção de Paris por meio do qual o Brasil se comprometeu a assegurar proteção efetiva contra a concorrência desleal[35]. Assim a Quarta Turma sintetizou por unanimidade:

> Utilizar a marca de um concorrente como palavra-chave para direcionar o consumidor do produto ou serviço para o link do concorrente usurpador é capaz de causar confusão quanto aos produtos oferecidos ou a atividade exercida pelos concorrentes. Ainda, a prática desleal conduz a processo de diluição da marca no mercado e prejuízo à função publicitária, pela redução da visibilidade.[36]

Essencial delimitar que a responsabilidade da ré não se deu por eventuais crimes contra a marca (arts. 189 e 190, LPI): sua publicidade foi enquadrada como concorrência desleal (art. 195, III e V, LPI). Apesar do reconhecimento de que a utilização indevida de marca alheia objetivava induzir confusões, não houve a análise de eventual reprodução não autorizada de marca registrada (art. 189, I, LPI)[37], mas a escolha por se concentrar na repressão à captação desleal realizada mediante o parasitismo da marca, como medida alternativa a evitar a fragilidade da tipificação de termos de buscas como efetiva "reprodução" de marca.

Ao final, considerando o caráter cível da demanda, foi mantida a condenação da anunciante ao pagamento de dez mil reais para a empresa prejudicada à título de indenização moral vinculada à potencial diluição da marca e perda de visibilidade, bem como à proibição de utilização do termo para novos links patrocinados.

35. "Art. 10º bis. (1) Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União proteção efetiva contra a concorrência desleal. (2) Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial. (3) Deverão proibir-se particularmente: 1º Todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; 2 o As falsas alegações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; 3º As indicações ou alegações cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias" (BRASIL. Decreto nº 75.572, de 08 de abril de 1975. Promulga a Convenção de Paris para proteção da Propriedade Industrial. Revisão de Estocolmo. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1975. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75572.htm. Acesso em: 18 mai. 2024).

36. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.937.989/SP. Recorrente: VP Viagens e Turismo Ltda. Recorrido: PR Braun Passagens e Turismo Ltda. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 07 nov. 2022. RSTJ vol. 268. p. 721.

37. "Art. 189. Comete crime contra registro de marca quem: I - reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão; [...] Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa" (BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 18 mai. 2024).

Considerações finais

Os variados âmbitos de proteção da Lei de Propriedade Industrial englobam o regramento de marcas e disposições sobre repressão à concorrência desleal, traduzindo como principal finalidade legal o estímulo à criação intelectual para a melhoria da competição dentro do sistema constitucional econômico pautado pela livre iniciativa.

O mercado fornece meios de compatibilizar a promoção da diversidade de concorrência no comércio eletrônico com interesses privados de exploração exclusiva de propriedades industriais. Enfrentando a monetização de bens imateriais nos meios digitais, o REsp nº 1.937.989/SP concluiu que sistema de patrocínio de keyword advertising é compatível com os princípios constitucionais de ordem econômica, mas merece especial atenção quando em confronto com potenciais prejuízos desleais às atividades de terceiros.

O exame da matéria circulou considerações sobre os institutos protetivos das marcas e da concorrência justa no mercado, enfrentando a importância do equilíbrio da garantia de direitos de propriedade intelectual com a promoção da inovação no e-commerce, ponderando limites para o "uso honesto" de mecanismos de publicidade digital.

Com o objetivo de resguardar o desenvolvimento sustentável do mercado, concluiu-se que a contratação de serviços de links patrocinados em provedores de busca para direcionamento privilegiado de usuários à página eletrônica do anunciante configura concorrência desleal quando somada pela utilização de marca registrada de concorrente, usurpando de sua reputação perante os consumidores.

Apesar de a legislação não tipificar expressamente a violação de marca nos incisos III e V do art. 195 da Lei de Propriedade Intelectual, tampouco prever o advento da prática de keyword advertising, entendeu-se que a legítima expectativa do público-alvo restaria frustrada pelo emprego intencional da marca alheia para anúncio de empresa concorrente, não restando dúvidas sobre a necessidade de coibição e reparação de atos de confusão aos consumidores.

Em julgamento pelo rito dos repetitivos, o REsp nº 1.937.989/SP contribuiu para o desenvolvimento dos debates do direito comercial, empresarial, marcário e digital, confirmando a atualidade das bases principiológicas da Carta Magna de 1988 e aproximando o Poder Judiciário da aplicação de antigos preceitos legais sob novas óticas voltadas ao formato e desenvolvimento do comércio na internet.

Referências

ALCANTARA, Fabrícia. A Proteção Das Marcas no Direito Brasileiro. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v. 4, n. 4, p. 36-65, dez. 2006. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/dint/article/view/7533. Acesso em: 28 nov. 2023.

ALMEIDA, Daniel Evangelista Vasconcelos; DE ALMEIDA, Juliana Evangelista. Conflito entre nomes de domínio e marca. Revista Jurídica Cesumar, v. 17, n. 3, p. 589-607, set./dez. 2017. Disponível em: https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5113. Acesso em: 11 nov. 2023.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO. Números do e-commerce. Disponível em: https://dados.abcomm.org/. Acesso em: 27 abr. 2024.

BRAND FINANCE. Global 500 2023 ranking. Disponível em: https://brandirectory.com/rankings/global/table. Acesso em: 27 abr. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 mai. 2024.

BRASIL. Decreto nº 75.572, de 08 de abril de 1975. Promulga a Convenção de Paris para proteção da Propriedade Industrial. Revisão de Estocolmo. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1975. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75572.htm. Acesso em: 18 mai. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 18 mai. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de jurisprudência. n. 747. Brasília, DF, 05 set. 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0747.pdf. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.642.318/MS. Recorrente: Jusceni de Fátima Aparecida. Recorrido: Kiara Maria Fedossi Leal de Sá Freitas. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 07 fev. 2017. RSDCPC vol. 106. p. 137.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.937.989/SP. Recorrente: VP Viagens e Turismo Ltda. Recorrido: PR Braun Passagens e Turismo Ltda. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 07 nov. 2022. RSTJ vol. 268. p. 721.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 1032464-90.2019.8.26.0100. Recorrente: VP Viagens e Turismo Ltda. Recorrido: PR Braun Passagens e Turismo Ltda. Relator: Des. José Araldo da Costa Telles. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. São Paulo, SP, 01 dez. 2020.

BUENO, Samara Schuch; IDIE, Renata Yumi. Você investe em links patrocinados utilizando-se do nome do seu concorrente? Saiba por que você não deveria fazer isso. JOTA. 09 jun. 2016. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direito-digital-voce-investe-em-links-patrocinados-utilizando-se-nome-seu-concorrente-09062016. Acesso em: 11 nov. 2023.

CABRAL, Guilherme Sorg. Proteção da marca no ambiente virtual: O sistema de links patrocinados. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 23, n. 5432, 16 mai. 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/64684. Acesso em: 9 dez. 2023.

COELHO, Júlia Costa de Oliveira. Direito ao esquecimento e seus mecanismos de tutela na internet: como alcançar uma proteção real no universo virtual? Editora Foco: Indaiatuba, 2020.

FORMOSO, Paula da Rocha e Silva. Links patrocinados: concorrência e comércio eletrônico. Análise jurisprudencial das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial. Cadernos Jurídicos da Escola da Magistratura, n. 53, ano 21, p. 23-33, jan./mar. 2020. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/142283. Acesso em: 11 nov. 2023.

GABRIEL, Martha. Marketing na era digital: conceitos, plataformas e estratégias. Novatec Editora: São Paulo, 2010.

GANTOIS, Simone Menezes; ROSA, Marcus Paulus de Oliveira. Links patrocinados e a prática de concorrência desleal. Revista Semestral de Direito Empresarial, Rio de Janeiro, n. 31, p. 167-211, jul./dez. 2022. Disponível em: https://rsde.com.br/artigos/links-patrocinados-e-a-pratica-de-concorrencia-desleal/. Acesso em: 09 dez. 2023.

GOOGLE. Ajuda do Google Ads: onde os anúncios serão exibidos no Google. Disponível em: https://support.google.com/google-ads/answer/6335981. Acesso em: 09 dez. 2023.

GOOGLE. Ajuda do Políticas do Google Ads: marcas registradas. Disponível em: https://support.google.com/adspolicy/answer/6118?sjid=4497838753941583572-SA. Acesso em: 09 dez. 2023.

HAUSHILD, Tatiana. A influência da presença digital das empresas nas decisões de compra dos consumidores. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Administração). Curso de Administração de Empresas, da Universidade do Vale do Taquari. Lajeado, nov. 2017. Disponível em: univates.br/bduserver/api/core/bitstreams/7c9b55a3-ff18-4214-89c0-0036bab0fbe7/content. Acesso em: 09 dez. 2023.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Manual de Marcas. 3. ed. Disponível em: http://manualdemarcas.inpi.gov.br/projects/manual/wiki/Manual_de_Marcas. Acesso em: 25 nov. 2023.

MONACO, Rafael de Oliveira; DA SILVA, Rogério Borba. Nomes de domínio e conflitos digitais: um estudo sobre a colidência dos sinais empresariais no âmbito virtual. Revista Em Tempo, Marília, v. 19, n. 1, ago. 2020. Disponível em: https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3096. Acesso em: 11 nov. 2023.

NETO, Deoclides. Seu departamento de marketing poderia economizar horrores com links patrocinados com esta simples solução. Linkedin. 09 mai. 2016. Disponível em: https://www.linkedin.com/pulse/seu-depto-de-marketing-poderia-economizar-horrores-com-deoclides-neto/. Acesso em: 11 nov. 2023.

RODRIGUES JR., Edson Beas. Reprimindo a concorrência desleal no comércio eletrônico: links patrocinados, estratégias desleais de marketing, motores de busca na Internet e violação aos direitos de marca. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 962, nov./2015.

SOUSA, Simone Letícia Severo e. Das práticas concorrenciais ilícitas: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica. Revista de Direito Brasileira, v. 14, n. 6, ago. 2016. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2947. Acesso em: 27 abr. 2024.

DIÁLOGOS DA
PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DIGITAL

18

Uma análise jurídica dos contratos eletrônicos: globalização, legislação e as fronteiras do direito contratual na atualidade

ANDRÉ LUÍS DE FREITAS ROMANO

Sumário: Introdução. 1. A globalização e a internet como catalisadores da modernidade jurídica e efeitos contraditórios. 2. Da formação e validade dos contratos eletrônicos. 2.1. Da evolução histórica dos contratos eletrônicos. 2.2. Das atualidades, alterações normativas e críticas aos contratos eletrônicos. Considerações finais. Referências.

Introdução

O conceito de contrato eletrônico advém da realização/formalização de um contrato ou mesmo negócio jurídico por meio eletrônico, especificamente a internet. A internet, assim definida por Guilherme Martins como "rede de telecomunicações transnacional por excelência" [2] , é atualmente o mecanismo de comunicação mais célere e mais presente no dia a dia de todo e qualquer cidadão. Olhando até mesmo dentro da própria rotina individual, observa-se, com certa facilidade, que até ligações telefônicas estão em desuso, dando espaço a ligações online, ou seja, via internet.

Com os contratos também não ocorreu de maneira diversa. À título de contextualização, se antes para contratar, por exemplo, uma linha de telefone, a pessoa precisava ir até uma loja física para fazer um contrato, hoje tudo está a um simples clique de seus dedos, no celular, na sua casa, na rua, no trabalho ou até mesmo de férias.

Embora muito se fale em contratos de consumo[3], já que evidente que o comércio eletrônico e, com ele, os consumidores arrastaram o e-commerce[4] a patamares nunca atingidos, atualmente mesmo as grandes negociações em-

1. Advogado consultivo na área de contratos no Sistema Indústria (CNI, SESI/DN, SENAI/DN e IEL/NC), Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB – 2009); Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP - 2013); Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Escola da Magistratura do Distrito Federal (ESMA -2019); Pós-graduando em Direito Digital 01/2023 - 12/2024 pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, em parceria com o ITS Rio.

2. MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos de consumo. 4ª edição. Barueri, São Paulo: Atlas, 2023. p. 01.

3. "A partir do emprego da expressão contratos de consumo, pretende-se delimitar a pesquisa de modo a abranger tão somente aquelas relações contratuais em que os consumidores, ou seja, pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, na condição de destinatários finais de determinado bem ou serviço (art. 2º, Lei nº 8.078/1990), aparecem ligados a um fornecedor de dita prestação, o que enseja um possível desequilíbrio entre os contratantes. Essa terminologia, aqui adotada por uma opção metodológica, engloba tanto os contratos civis como os mercantis, embora a expressão comércio eletrônico tenha maior abrangência, englobando também relação b2b (business to business) e B2G (Business to government)." MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos de consumo. 4ª edição. Barueri, São Paulo: Atlas, 2023. p. 01.

4. Também chamado de comércio eletrônico ou comércio online, o e-commerce é um tipo de negócio em que há a compra e venda de produtos totalmente através da internet. Sendo assim, todas as partes da compra do produto são online: a seleção do produto, escolha de endereço para a entrega, forma de pagamento e compra.
Sem autor: O que é e-commerce? O que é, para que serve e como criar um em 2023 (passo a passo). EXAME, 2023. Disponível em: https://exame.com/invest/guia/o-que-e-e-commerce-red04/ . Acesso em: 16 de janeiro de 2024.

presariais, denominadas B2B[5], já são realizadas também via digital. São poucas as grandes corporações que não se utilizam de plataformas digitais para a formalização de instrumentos. Cada vez mais, a troca de informações e dados se dá online, ou seja, totalmente dependente da internet.

No entanto, essa rapidez e fluxo elevado de informações acabam por trazer uma disparidade de relacionamento, principalmente se estivermos tratando de usuários e consumidores comuns. A intenção do presente artigo é justamente estudar a respeito dessa evolução dos meios de comunicação, com ênfase na internet, assim como a globalização, que hoje possibilita que grandes e pequenos negócios sejam firmados em tempo recorde, com pessoas em lugares diferentes do planeta, em um piscar de olhos. A velocidade e facilidade ultrapassaram barreiras antes inatingíveis, tanto de tempo quanto de localização. No entanto, qual o preço que se paga dessa rapidez? Os usuários estão de fato protegidos e devidamente informados?

Ultrapassando o tema específico da evolução da própria globalização, o estudo busca se dedicar à questão formal do contrato e seus requisitos de validade. Importante entender como se dá a formação desse novo contrato em meio eletrônico através das certificadoras digitais, bem como como os tribunais têm se manifestado a respeito de sua validade e eventuais pontos de reflexão nesse sentido.

Impossível ainda discutir os temas anteriores, quais sejam a evolução histórica da globalização e modernidade, como incentivadores que foram das mudanças que estamos vivendo, e a própria formalização e requisitos de um contrato, sem avaliar também as normas jurídicas nesse sentido. Muito embora as normas nem sempre acompanhem as evoluções sociais no quesito celeridade, é fato que várias foram as modificações implementadas durante os últimos anos.

Daí porque a importância de avaliar o contexto histórico das normas em um sentido geral para depois se debruçar sobre as alterações legislativas mais recentes, de modo a trazer as normas aplicáveis na presente data e possibilitar também uma reflexão sobre os limites e fronteiras desses novos normativos.

5. Business-to-business, expressão identificada pela sigla B2B, é o modelo de negócio business to business ou, na sua tradução para o português, “empresa para empresa”. Neste modelo, o cliente final é uma outra empresa, ao invés do modelo mais conhecido pela maioria dos consumidores, que é quando o cliente é pessoa física (B2C). Sem autor: O que é B2B? Entenda como funciona o business to business!. Expert XP, 2022. Disponível em: https://conteudos.xpi.com.br/aprenda-a-investir/relatorios/o-que-e-b2b/ . Acesso em: 16 de janeiro de 2024.

1. A globalização e a internet como catalisadores da modernidade jurídica e efeitos contraditórios

Mesmo após mais de 30 (trinta) anos, desde a globalização trazida pelo acesso à internet, a cada dia, temos novidades a respeito do tema. Não há dúvidas de que essa celeridade de informações e avanços foram os reais catalisadores da era digital, incluindo o contrato eletrônico, objeto de estudo no presente artigo.

A grande particularidade do contato eletrônico é justamente o fato de que ele é assinado, concluído ou transmitido por meio de transmissão de dados entre computadores, ou seja, pela própria internet. Ainda assim, não se pode afirmar que ele é um tipo contratual diferente ou que estaria categorizado em uma categoria à parte ou autônoma. Há sim uma diferença entre a sua formalização e, talvez, execução, a depender do que está se contratando.[6]

As questões específicas a respeito das suas particularidades serão devidamente discutidas no tópico a seguir, ficando a missão aqui de analisar um pouco do histórico das modernizações como impacto e contribuição para o contrato eletrônico.

A globalização é um fato vivenciado por todos inseridos no contexto social e pode ser compreendida em diversos aspectos, com muitos efeitos, nem todos positivos. A era da globalização e internet trouxe velocidade recorde a todas as negociações e contratações.

Na esfera jurídica-econômica o que se vê é um suposto processo de racionalização e até mesmo de banalização, onde são celebrados contratos sem qualquer negociação anterior, o que inclui uma massificação desses contratos com uma velocidade impressionante na operacionalização. [7]

Há, ainda, uma impossibilidade por parte do legislador em acompanhar essas condutas e fenômenos, o que acaba em implicar a ausência de regulamentações específicas a depender da situação posta em análise, o que é cada vez mais comum. [8]

Uma citação importante trazida por Guilherme Magalhães menciona o antagonismo das situações relacionadas a globalização, “por um lado com a era da universalização do progresso técnico e das comunicações instantâneas”, o que evidentemente se mostra como o lado positivo, e outro “de uma sociedade cada vez mais diferenciada e de um estado obrigado a desempenhar tarefas

6. MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos de consumo. 4ª edição. Barueri, São Paulo: Atlas, 2023. p. 01.
7. MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos de consumo. 4ª edição. Barueri, São Paulo: Atlas, 2023. p. 12
8. MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos de consumo. 4ª edição. Barueri, São Paulo: Atlas, 2023. p. 12.

múltiplas e por vezes até mesmo contraditórias". [9]

De um lado, essa velocidade, globalização e o acesso a informações, sempre com a utilização da internet, promoveram profundas alterações sociais e jurídicas, incluindo o surgimento de meios mais rápidos e fáceis de celebrar um contrato. Por outro lado, há evidentemente um descaso por parte dos contratantes em ler e se informar. E, ainda que não houvesse descaso, sendo ele um leitor atento, o homem médio estaria a compreender aquilo que estava lendo? O direito à informação estaria sendo efetivamente respeitado?

Tais questões estão ligadas diretamente ao consentimento informado, acesso à informação e direito à informação, assim como proteção de dados. No entanto, não é esse o cerne do debate no presente artigo, embora a discussão seja de enorme relevância.

Na linha de raciocínio da André-Jean Arnaud [10], o processo de globalização precede padrões da época, entre eles: uma internacionalização da economia e de mercados, não havendo mais como delimitar geograficamente como já era possível em um passado próximo; uma descontração estatal, visto que o estado não é mais capaz de centralizar suas obrigações e responsabilidades; a própria internacionalização entre Estados, na medida que evidenciando os blocos e tratados comerciais; desterritorialização da própria produção, onde não há mais um engessamento localizado da produção industrial e rigidez como existia no passado e, consequentemente, também uma fragmentação das cadeias produtivas e aumento exponencial de comercialização entre empresas; bem como expansão de um direito paralelo, onde grande empresários ou conglomerados acabam sendo os protagonistas de negociações, como arbitragem e mediações, primando pela prevalência do antigo princípio do pacta sunt servanda[11].[12]

De toda forma, a conclusão do autor anteriormente mencionado é justamente a contradição existente no processo de globalização, não havendo dúvidas que é o impulsionador das mudanças, incluindo o contrato eletrônico, mas evidenciando as grandes diferenças e perspectivas, principalmente relacionadas às condições sociais e econômicas de cada região e país.[13]

9. MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos de consumo. 4ª edição. Barueri, São Paulo: Atlas, 2023. p. 12-13.

10. ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. In: MELLO, Celso Albuquerque (coordenador). Anuário direito e Globalização: a soberania. Rio de Janeiro, RJ: Editora Renovar, 1999. p. 23

11. Princípio da força obrigatória dos contratos. Um contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes. O acordo de vontades faz lei entre as partes, dicção que não pode ser tomada de forma peremptória, aliás, como tudo em Direito. Sempre haverá temperamentos que por vezes conflitam, ainda que aparentemente, com a segurança jurídica. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil II. 6ª edição, São Paulo: Atlas, 2006. p. 372.

12. MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos de consumo. 4ª edição. Barueri, São Paulo: Atlas, 2023. p. 13-14.

13. MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos de consumo. 4ª edição. Barueri, São Paulo: Atlas, 2023. p. 13.

2. Da formação e validade dos contratos eletrônicos

Como já mencionado em tópico anterior, o fato do contrato ser eletrônico, ou seja, ser formalizado através de uma nota técnica de formação, digital e via internet, não tira dele os conceitos básicos de um contrato normal. Assim, nas palavras de Guilherme Martins, "pode haver contrato de compra e venda, locação, prestação de serviços ou mesmo seguro concluído por meio eletrônico".[14]

Nesse sentido, passa-se aqui a realizar uma breve análise sobre institutos jurídicos já existentes, bem como as novidades, justamente tentando trazer um equilíbrio entre eles, mas principalmente analisar eventuais barreiras a serem transpostas no futuro. Tal análise foca principalmente no que tange a forma e validade dos contratos eletrônicos.

2.1 Da evolução histórica dos contratos eletrônicos

Louis Josserand, traduzido por Thalles Ricardo Alciati Valim, em seu artigo nomeado "A evolução moderna do conceito de contrato", já mencionava a falácia a respeito da constatação simplista e artificial do direito das obrigações, como se fosse algo imutável e rígido. Menciona, com louvor, o direito, também o ramo de contratos, como uma ciência social e, por consequência, em constante evolução.[15]

Não restam dúvidas de que o próprio conceito de contrato vem sofrendo diversas alterações e formulações e isso acontece desde o direito romano até a atualidade. Chamado de mal necessário na época feudal defendendo o direito de propriedade, defendendo a livre iniciativa e autorregulamentação de mercado mais a frente, evidenciando a individualidade e concentrando recursos, garantindo assim o próprio capitalismo nos dias mais recentes.[16]

Sendo uma ciência social e não havendo dúvidas de sua maleabilidade durante o tempo em que se é aplicado, é imperioso que o direito contratual seja sempre analisado sob a ótica da época em si. Questões de extrema relevância vêm sendo cada vez mais suscitadas com a internet e a globalização, citando aqui inclusive o direito constitucional contratual alterando o centro valorativo do próprio contrato, considerando ainda mais a dignidade da pessoa humana e sociedade. [17]

14. MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos de consumo. 4ª edição. Barueri, São Paulo: Atlas, 2023. p. 01.

15. JOSSERAND, Louis. A evolução moderna do conceito de contrato. Traduzido por Thalles Ricardo Alciati Valim. Revista de direito civil contemporâneo. Volume 17, ano 5. São Paulo, São Paulo: Editora RT, 2018 p. 337

16. JOSSERAND, Louis. A evolução moderna do conceito de contrato. Traduzido por Thalles Ricardo Alciati Valim. Revista de direito civil contemporâneo. Volume 17, ano 5. São Paulo, São Paulo: Editora RT, 2018 p. 337.

17. DIVINO, Sthefano Bruno Santos. LIMA, Taisa Maria Macena de Lima. Autonomia privada e contrato eletrônicos no direito civil contemporâneo: uma análise ponteana da manifestação de vontade e seus reflexos no tratamento de dados. Revista direito e liberdade – RDL –. Volume 21. n.2, Natal, Rio Grande do Norte. Editora ESMARN 2019. p. 303.

Sob a ótica da atualidade, o que se vê é uma reformulação, tendo em vista que a economia passa a ter valores intangíveis, relacionados a inovação, informação e, claro, os próprios dados que circulam em todos esses ambientes. [18]

É bem verdade que várias das regras já existentes e normalmente aplicadas aos contratos podem ser facilmente aplicadas aos contratos digitais ou eletrônicos, principalmente no que diz respeito a interpretações ou mesmo à luz da responsabilidade civil. No entanto, outros temas demandaram e ainda demandam regulações mais específicas. [19]

Daí porque dividir o tópico normativo sobre a evolução histórica, principalmente as regras já existentes para depois tratar sobre as atualizações. Não se pretende aqui, e nem poderia, discorrer sobre todas as normas no ramo de contratos, sejam elas gerais ou específicas, mas tão somente trazer um panorama das aplicações legislativas de forma a elucidar e legitimar os estudos sobre o tema.

Ora, não há dúvidas de que, mesmo inexistindo normas específicas para um tipo negocial ou contratual, por exemplo, não quer dizer que não exista legislação a ser aplicada. É exatamente nessa linha que a análise ponteana, esta decorrente do saudoso Pontes de Miranda, dos autores Sthefano Bruno Santos Divino e Taisa Maria Macena de Lima, afirma que "a concepção de contrato é vinculada à ideia de negócio jurídico. (...) Nesse sentido, a atipicidade contratual é abordada pela doutrina clássica e pela contemporânea a fim de delinear sua singular identidade."[20]

Não há dúvidas que o próprio Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, com destaque às normas relativas às disposições gerais e formação dos contratos (artigos 421 a 435 do Código Civil[21]), a oferta (artigos 30 a 35 do Código de Defesa do Consumidor[22]), publicidade (artigos 36 a 38 do Código de Defesa do Consumidor[23]), à disposições gerais sobre a proteção contratual (artigos 46 a 50 do Código de Defesa do Consumidor[24]), e até mesmo o con-

18. DIVINO, Sthefano Bruno Santos. LIMA, Taisa Maria Macena de Lima. Autonomia privada e contrato eletrônicos no direito civil contemporâneo: uma análise ponteana da manifestação de vontade e seus reflexos no tratamento de dados. Revista direito e liberdade – RDL –. Volume 21. n.2, Natal, Rio Grande do Norte. Editora ESMARN 2019. p. 303.

19. MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos de consumo. 4ª edição. Barueri, São Paulo: Atlas, 2023. p. 04.

20. DIVINO, Sthefano Bruno Santos. LIMA, Taisa Maria Macena de Lima. Autonomia privada e contrato eletrônicos no direito civil contemporâneo: uma análise ponteana da manifestação de vontade e seus reflexos no tratamento de dados. Revista direito e liberdade – RDL –. Volume 21. n.2, Natal, Rio Grande do Norte. Editora ESMARN 2019. p. 305)

21. BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Diário oficial da união 11.01.2002

22. BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Diário oficial da união 12.09.1990 e retificado em 10.01.2007

23. BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Diário oficial da união 12.09.1990 e retificado em 10.01.2007

24. BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Diário oficial da união 12.09.1990 e retificado em 10.01.2007

trato de adesão (artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor[25] e artigo 424 do Código Civil[26]), se aplicam aos contratos eletrônicos, não se vislumbrando motivos para que assim não fosse.

Na mesma linha, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves afirmam que os contratos celebrados online, seja em uma compra direto no site ou até mesmo por e-mail, são sim regulamentados pelo Código Civil e Código de Consumidor. Comparam a questão normal de oferta de consumo e ainda trazem citações específicas do Código Civil. [27]

Entre elas, a própria disposição do artigo 107 do Código Civil[28], a qual menciona expressamente que sequer depende de formalidade, quando assim não exigir expressamente a legislação específica, como por exemplo do caso de bem imóvel, a declaração de vontade entre as partes.[29]

Nessa linha de raciocínio, continuam os autores que, antes mesmo do advento de novas legislações específicas, era perfeitamente válido um contrato por meio eletrônico.[30] No entanto, importante deixar claro, conforme será melhor abordado no tópico a seguir, que a questão da validade da assinatura eletrônica apenas foi regulamentada com a Medida Provisória 2.200/2001[31].

Além disso, imperioso trazer à baila, mais uma vez, a questão dos contratos eletrônicos celebrados no ambiente da internet. Uma coisa é estarmos tratando de um ambiente corporativo onde contratos são negociados, às vezes em lugares diferentes do mundo, e simplesmente assinados digitalmente. Não há grandes entraves para que se possa aplicar inclusive as noções de direito clássico e interpretações há muito existentes.

Outra questão, totalmente diversa, são contratos que a todo tempo os usuários da rede mundial de computadores são submetidos, onde precisam "aceitar termos e condições de serviço" em contratos elaborados à espécie de termo de adesão, vinculados aos serviços que se pretende utilizar.

25. BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Diário oficial da união 12.09.1990 e retificado em 10.01.2007

26. BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Diário oficial da união 11.01.2002

27. FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de direito Civil, volume 04. 13ª Edição. São Paulo, SP: Editora Juspodivm, 2023. p. 138

28. Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Diário oficial da união 11.01.2002

29. FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de direito Civil, volume 04. 13ª Edição. São Paulo, SP: Editora Juspodivm, 2023. p. 138

30. FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de direito Civil, volume 04. 13ª Edição. São Paulo, SP: Editora Juspodivm, 2023. p. 138

31. BRASIL. MEDIDA PROVISÓRIA N 2.200-2, DE 24 DE AGOSTO DE 2001. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário oficial da união 27.8.2001

É exatamente essa a crítica mencionada por Sthefano Divino e Thaisa Lima, já mencionados anteriormente, sobre a necessidade de que, nos casos supracitados, onde se vislumbram múltiplas manifestações de vontade, os contratos não fossem à espécie de termos de adesão, sendo firmados com um simples clique, mas sim contratos autônomos, em instrumento separados, onde o usuário poderia utilizar um serviço sem consentir com determinadas disposições contidas nos instrumentos. [32]

Cabe a reflexão: se houvesse algum tipo de alerta nesse sentido, ou até mesmo maiores formalizações de novos instrumentos, o usuário iria realmente ler aquele instrumento? Ele estaria assim devidamente informado? Embora a questão mereça pesquisa e maior reflexão, não me parece que a celeuma estaria resolvida de forma tão simples. O usuário muito provavelmente iria consentir, passar para a próxima página, e continuar a utilizar os serviços sem se importar com as consequências nesse sentido. Com todo o respeito aos brilhantes autores, essa celeuma está longe de ser resolvida com as ferramentas hoje existentes.

Cabe então analisar um pouco mais de perto quais as normativas existentes e as fronteiras que se deve estar atento.

2.2 Das atualidades, alterações normativas e críticas aos contratos eletrônicos

Primeiramente, quando se pensa na principal necessidade de atualização de normas, inicia-se justamente por aquilo que diferencia o contrato eletrônico, que é o meio digital, ou seja, a própria validação da assinatura eletrônica.[33]

Tanto o contrato físico como o contrato digital são documentos escritos e que, em regra, possuem validade. No entanto, há anos atrás não existia o contrato digital, onde as pessoas não estão lá fisicamente para assinar aquele documento. Bem verdade, sequer existia a assinatura digital. Evidente que houve uma equiparação entre os documentos, somado a necessidade de regulamentação a respeito dessas assinaturas digitais, certificados digitais e afins.

A já mencionada Medida Provisória 2.200-2/2021 veio regulamentar a as-

32. DIVINO, Sthefano Bruno Santos. LIMA, Taisa Maria Macena de Lima. Autonomia privada e contrato eletrônicos no direito civil contemporâneo: uma análise ponteana da manifestação de vontade e seus reflexos no tratamento de dados. Revista direito e liberdade – RDL –. Volume 21. n.2, Natal, Rio Grande do Norte. Editora ESMARN 2019. p. 322.

33. MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos de consumo. 4ª edição. Barueri, São Paulo: Atlas, 2023. p. 04.

sinatura digital, de forma a equiparar a assinatura ICP-Brasil[34]. Equiparou-se a assinatura digital à assinatura escrita. Em seu artigo 10º, §1º, observa-se a presunção de autoria e integridade dos contratos eletrônicos utilizando essa assinatura digital.

E a questão já foi, há mais de 5 anos, submetida ao Superior Tribunal de Justiça, o qual se manifestou positivamente a respeito da validade do contrato assinado eletronicamente, especificamente em 2018:

> RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EXECUTIVIDADE DE CONTRATO ELETRÔNICO DE MÚTUO ASSINADO DIGITALMENTE (CRIPTOGRAFIA ASSIMÉTRICA) EM CONFORMIDADE COM A INFRAESTRUTURA DE CHAVES PÚBLICAS BRASILEIRA. TAXATIVIDADE DOS TÍTULOS EXECUTIVOS. POSSIBILIDADE, EM FACE DAS PECULIARIDADES DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO, DE SER EXCEPCIONADO O DISPOSTO NO ART. 585, INCISO II, DO CPC/73 (ART. 784, INCISO III, DO CPC/2015). QUANDO A EXISTÊNCIA E A HIGIDEZ DO NEGÓCIO PUDEREM SER VERIFICADAS DE OUTRAS FORMAS, QUE NÃO MEDIANTE TESTEMUNHAS, RECONHECENDO-SE EXECUTIVIDADE AO CONTRATO ELETRÔNICO. PRECEDENTES.
>
> 1. Controvérsia acerca da condição de título executivo extrajudicial de contrato eletrônico de mútuo celebrado sem a assinatura de duas testemunhas.
>
> 2. O rol de títulos executivos extrajudiciais, previsto na legislação federal em “numerus clausus”, deve ser interpretado restritivamente, em conformidade com a orientação tranquila da jurisprudência desta Corte Superior.
>
> 3. Possibilidade, no entanto, de excepcional reconhecimento da executividade de determinados títulos (contratos eletrônicos) quando atendidos especiais requisitos, em face da nova realidade comercial com o intenso intercâmbio de bens e serviços em sede virtual.
>
> 4. Nem o Código Civil, nem o Código de Processo Civil, inclusive o de 2015, mostraram-se permeáveis à realidade negocial vigente e, especialmente, à revolução tecnológica que tem sido vivida no que toca aos modernos meios de celebração de negócios, que

34. O certificado digital ICP-Brasil é uma identidade virtual que permite a identificação segura e inequívoca do autor de uma mensagem ou transação feita em meio eletrônico. Esse documento eletrônico é gerado e assinado por uma terceira parte confiável, uma Autoridade Certificadora (AC). As regras estabelecidas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil, determinam que a assinatura associa uma entidade, pessoa, processo servidor a um par de chaves criptográficas. O Comitê Gestor da ICP-Brasil que coordena o funcionamento da infraestrutura - art. 4º, inc. I, da MP 2.200-2/01 -, em reunião realizada em 10 de fevereiro de 2009, definiu que o certificado digital é um produto, e não um serviço. Este produto, intangível pois é eletrônico, deve ser compreendido como um software personalíssimo. Não é um produto igual para todos os adquirentes, como um software disponível no mercado.
No procedimento da emissão, são verificados os dados pessoais de cada adquirente, conforme a Política de Segurança de cada Autoridade Certificadora. Disponível em: <https://www.gov.br/iti/pt-br/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/certificacao-digital> Acesso em 16.01.2024.

> deixaram de se servir unicamente do papel, passando a se consubstanciar em meio eletrônico. 5. A assinatura digital de contrato eletrônico tem a vocação de certificar, através de terceiro desinteressado (autoridade certificadora), que determinado usuário de certa assinatura a utilizara e, assim, está efetivamente a firmar o documento eletrônico e a garantir serem os mesmos os dados do documento assinado que estão a ser sigilosamente enviados.
> 6. Em face destes novos instrumentos de verificação de autenticidade e presencialidade do contratante, possível o reconhecimento da executividade dos contratos eletrônicos.
> 7. Caso concreto em que o executado sequer fora citado para responder a execução, oportunidade em que poderá suscitar a defesa que entenda pertinente, inclusive acerca da regularidade formal do documento eletrônico, seja em exceção de pré-executividade, seja em sede de embargos à execução.
> 8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.[35]

Assim, não há dúvidas a respeito da validade da assinatura digital validada por autoridade certificadora. E se essa autoridade certificadora não se faz presente? Indaga-se: se o contrato não foi assinado por meio de assinatura ICP-BRASIL, seria ele considerado inválido? A resposta é não. [36]

Como já salientado em tópico anterior, a vontade das partes deve ser respeitada e, desde que a lei não preveja uma formalidade nesse sentido, uma manifestação de contrato assinada de outra forma não poderia ser simplesmente considerada inválida por isso. Nas palavras de Fabiano Menke, a "eficácia jurídica destes outros meios deve ser avaliada no caso concreto".[37]

No mesmo artigo, o autor suscita questão interessante, a respeito de contrações híbridas. Ora, poderia então uma parte celebrar o contrato assinando digitalmente e a outra parte, por exemplo, imprimir e assinar o documento físico? Para Fabiano Menke a resposta é sim e justifica sua resposta no princípio da própria autonomia privada, sugerindo, contudo, por cautela, que essa forma de assinatura, na verdade a diferença entre a forma de assinar o documento, esteja expressamente prevista no próprio documento, justamente no sentido

35. STJ. REsp n. 1.495.920/DF, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 15/5/2018, DJe de 7/6/2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=78697795&tipo=5&nreg=201402953009&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180607&formato=PDF&salvar=false. Acessado em 15 de janeiro de 2024;

36. MENKE, Fabiano. A forma dos contratos eletrônicos. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 26/2021, p. 85-113, jan.-mar./2021. Disponível em: http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/879. Acessado em 15 de janeiro de 2024.

37. MENKE, Fabiano. A forma dos contratos eletrônicos. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 26/2021, p. 85-113, jan.-mar./2021. Disponível em: http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/879. Acessado em 15 de janeiro de 2024.

de minimizar dúvidas e discussões a respeito da forma. [38]

A sugestão é válida e minimizaria maiores conflitos. Ainda assim, há dúvidas de que a forma seja juridicamente segura. Isso porque essa forma de assinatura híbrida vem sendo muito criticada e discutida. Todos os autores, incluindo o próprio Fabiano Menke, enfatizam a questão da criptografia e algoritmos utilizados para validação da assinatura digital. Vejamos breve citação de parte do artigo "A forma dos contratos eletrônicos":

> Medida Provisória 2.200-2/2001 realiza a equivalência funcional, equiparando a denominada assinatura digital ICP–Brasil a assinatura manuscrita, com efeitos jurídicos de presunção de autoria e integridade dos documentos eletrônicos assinados com base nesta ferramenta (art. 10, §1o), o que se dá com arrimo nos conceitos de criptografia assimétrica e na observância de práticas, standards internacionais e regras atinentes às atividades envolvendo os integrantes da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira.[39]

Ora, quando uma parte realizar a impressão de um documento que teve sua assinatura realizada de forma digital, sua autenticidade não poderá ser aferida com base nos recursos digitais de criptografia e algoritmos? De outro lado, havendo outras provas de que realmente o contrato reflete o que foi negociado entre as partes, prevaleceria a autonomia da vontade?

Aqui, importante abrir um parêntese importante, muito bem pontuado por Sthefano Bruno Santos Divino e Tais Maira Macena de Lima, inclusive citando Pontes de Miranda, a respeito de negócio jurídico e autonomia da vontade. A autonomia da vontade, ou manifestação da vontade, é apenas um elemento fático de um negócio jurídico e não podem ser confundidos. Isso é importante porque nem todo fato ou manifestação de vontade terão equivalência com a norma jurídica ou poderão realmente se tornar um suporte fático para um negócio jurídico. [40]

Dessa forma, com toda a vênia da posição do autor, não se mostra razoável que a assinatura realizada em sua forma híbrida seja a melhor forma assumida em direito. Não há dúvida de que a vontade, se for devidamente confirmada,

38. MENKE, Fabiano. A forma dos contratos eletrônicos. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 26/2021, p. 85-113, jan.-mar./2021. Disponível em: http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/879. Acessado em 15 de janeiro de 2024.

39. MENKE, Fabiano. A forma dos contratos eletrônicos. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 26/2021, p. 85-113, jan.-mar./2021. Disponível em: http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/879. Acessado em 15 de janeiro de 2024.

40. DIVINO, Sthefano Bruno Santos. LIMA, Taisa Maria Macena de Lima. Autonomia privada e contrato eletrônicos no direito civil contemporâneo: uma análise ponteana da manifestação de vontade e seus reflexos no tratamento de dados. Revista direito e liberdade – RDL –. Volume 21. n.2, Natal, Rio Grande do Norte. Editora ESMARN 2019. p. 295-326.

poderá e deverá prevalecer. O que pode causar dúvidas e, daí porque minimizar quaisquer discussões nesse sentido, é a forma de imposição dos termos contidos no contrato. Uma ação judicial de cobrança, por exemplo, seria possível. Uma ação monitória, que exige documento escrito, seria igualmente possível. Já uma execução, normalmente um rito mais célere e com requisitos formais a serem cumpridos, talvez encontre maiores entraves e, assim, poderia ocasionar insegurança jurídica.

Em razão justamente dos requisitos processuais formais, sugere manter a mesma linha da assinatura, ou física para todos ou digital para todos, até porque as certificações digitais são cada vez mais simples de serem obtidas, podendo até mesmo utilizar plataformas do governo para fazer a assinatura, como por exemplo, o site ".gov.br". [41]

Já sobre a celeuma envolvendo a real autonomia de vontade e a quantidade de informações e documentos hoje que aceitamos digitalmente, que são contratos eletrônicos também, é importante observar a evolução dos princípios básicos, como é o caso da própria boa-fé.

Tal princípio se torna de extrema relevância no ramo dos contratos eletrônicos, principalmente diante da falta de legislação específica, que ainda é deficitária na missão de regulamentar e equilibrar essas relações, principalmente quando falamos de usuário e de consumidores.

O princípio da boa-fé é ainda uma cláusula importantíssima, que suscita os deveres de lealdade e honestidade e devem estar presentes em todas as relações jurídicas. No entanto, há uma verdadeira evolução histórica nesses conceitos, visto que é possível verificar uma flexibilidade da própria autonomia da vontade, não mais com foco apenas na boa-fé subjetiva[42], mas sim na boa fé objetiva[43].[44]

Considerações finais

Como explicitado anteriormente, realmente já temos o contrato digital,

41. Disponível em https://www.gov.br/pt-br. Acessado em 17.01.2024.

42. Estado de ânimo dos contratantes no momento da formação do contrato, sendo uma conduta que se afere pelo estado de ânimo subjetivo das partes. KHOURI, Paulo A. Roque. Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 7ª edição. São Paulo, SP: Atlas, 2021. p.74

43. A boa fé objetiva é um padrão de conduta, padrão este objetivo que impõe um dever de agir. Dever de agir esse de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados de correção, lisura, honestidade, para não frustrar a confiança legítima da outra parte. KHOURI, Paulo A. Roque. Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 7ª edição. São Paulo, SP: Atlas, 2021. p.74.

44. JUNIOR, Ezequiel Anderson. PAVIANI, Gabriela Amorim. BENEDITO, Tiago Vinicius. SILVA, Tatiana Manna Bellasalma e Silva. O dever da boa-fé objetiva nos contratos eletrônicos. Disponível em http://rdu.unicesumar.edu.br/handle/123456789/1721 Acessado em 16.01.2024.

que envolve tanto uma contratação regulamentada pelos certificadores, como mero aceites que realizamos todos os dias ao contratar serviços. O contrato digital, meramente assinado digitalmente, já foi sim regulamentado e encontra-se amparado pela nossa jurisprudência. Assim, quanto a formalização do contrato eletrônico em si, é importante verificar que a questão já foi regulamentada e validada pelo judiciário.

No entanto, muito se discute a respeito da forma híbrida, ou seja, uma parte assinando presencialmente e outra digitalmente. Com toda a certeza, se valendo de questões básicas de direito, uma vez que negócio jurídico seja comprovado, não há dúvida a respeito da validade do contrato, seja ele assinado de forma híbrida ou não. No entanto, há fundada dúvida a respeito da possibilidade de execução e requisitos nesse sentido. Por esse motivo, a sugestão é que se tente, na medida do possível, manter a mesma linha no documento, para ser um documento digital ou físico, não havendo que se falar em discussões sobre a exequibilidade nesse ponto.

De todo o exposto, não há nenhuma dúvida a respeito do fluxo de dados existente atualmente, principalmente com a internet. Há um verdadeiro mercado criado com as informações e dados dos consumidores na chamada sociedade da informação, como nomeia Bruno Bioni[45].

A globalização e o fluxo de informações são realmente o que impulsionam os avanços e facilidades, incluindo o contrato digital. É justamente em razão de questões trazidas pelos próprios avanços, mas principalmente a facilidade, velocidade e instantaneidade das informações, exatamente o que foi tratado no tópico da globalização e internet, em face da alta complexidade das informações, inclusive técnicas e pouco conhecidas do usuário (cache, html, criptografia e etc), é que se observa uma grande assimetria entre as relações, principalmente quando estamos tratando de usuários consumidores. [46]

Não há dúvidas de que as legislações, como por exemplo o marco civil da internet e a Lei de Proteção de Dados, têm evoluído constantemente na busca por nivelar essas relações e proteger contra essas assimetrias hoje tão evidentes. Seriam essas legislações suficientes? Não parece que seja o caso.

Embora a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) venha inclusive na tentativa de amparar esse usuário, é certo que atualmente isso ainda não ocorre na

45. BIONI, Bruno Ricardo. LUCIANO, Maria. O consentimento como processo: em busca do consentimento válido. Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Coordenador Executivo: Bruno Ricardo. Rio de janeiro, RJ: Forense, 2021. p. 153 e 154.

46. VALIM. Thalles Ricardo Alciati. Natureza jurídica e formação dos contratos eletrônicos. Revista de direito do consumidor. Volume 123, ano 28, São Paulo, São Paulo. Editora RT. 2019. Página 261.

maioria das vezes. Em razão dessa disparidade e fluxo de informações, vários são os contratos firmados e autorizações a respeito principalmente dos seus próprios dados que são integralmente fornecidos pelo consumidor usuário sem que sequer tenha ciência. As soluções, infelizmente, ainda estão distantes de serem efetivamente aplicadas, seja à título legislativo ou até mesmo prático.

Referências

ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. In: MELLO, Celso Albuquerque (coordenador). Anuário direito e Globalização: a soberania. Rio de Janeiro, RJ: Editora Renovar, 1999.

BIONI, Bruno Ricardo. LUCIANO, Maria. O consentimento como processo: em busca do consentimento válido. Tratado de Proteção de Dados Pessoais. Coordenador Executivo: Bruno Ricardo. Rio de janeiro, RJ: Forense, 2021.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Diário oficial da união 12.09.1990 e retificado em 10.01.2007.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Diário oficial da união 11.01.2002.

BRASIL. MEDIDA PROVISÓRIA N 2.200-2, DE 24 DE AGOSTO DE 2001. Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário oficial da união 27.8.2001.

DIVINO, Sthefano Bruno Santos. LIMA, Taisa Maria Macena de Lima. Autonomia privada e contrato eletrônicos no direito civil contemporâneo: uma análise ponteana da manifestação de vontade e seus reflexos no tratamento de dados. Revista direito e liberdade – RDL –. Volume 21. n.2, Natal, Rio Grande do Norte. Editora ESMARN 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de direito Civil, volume 04. 13ª Edição. São Paulo, SP: Editora Juspodivm, 2023.

JOSSERAND, Louis. A evolução moderna do conceito de contrato. Traduzido por Thalles Ricardo Alciati Valim. Revista de direito civil contemporâneo. Volume 17, ano 5. São Paulo, São Paulo: Editora RT,2018.

JUNIOR, Ezequiel Anderson. PAVIANI, Gabriela Amorim. BENEDITO, Tiago Vinicius. SILVA, Tatiana Manna Bellasalma e Silva. O Dever da boa-fé objetiva nos contratos eletrônicos. Disponível em http://rdu.unicesumar.edu.br/handle/123456789/1721 Acessado em 16.01.2024.

KHOURI, Paulo A. Roque. Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 7ª edição. São Paulo, SP: Atlas, 2021.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos de consumo. 4ª edição. Barueri, São Paulo: Atlas, 2023.

MENKE, Fabiano. A forma dos contratos eletrônicos. Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 26/2021, p. 85-113, jan.-mar./2021. Disponível em: http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/879. Acessado em 15 de janeiro de 2024.

STJ. REsp n. 1.495.920/DF, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 15/5/2018, DJe de 7/6/2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=78697795&tipo=5&nreg=20140295 3009&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180607&formato=PDF&salvar=false. Acessado em 15 de janeiro de 2024.

Sem autor. O que é e-commerce? O que é, para que serve e como criar um em 2023 (passo a passo). EXAME, 2023. Disponível em: https://exame.com/invest/guia/o-que-e-e-commerce-red04/ . Acesso em: 16 de janeiro de 2024.

Sem autor. O que é B2B? Entenda como funciona o business to business!. Expert XP, 2022. Disponível em: https://conteudos.xpi.com.br/aprenda-a-investir/relatorios/o-que-e-b2b/ . Acesso em: 16 de janeiro de 2024.

VALIM. Thalles Ricardo Alciati. Natureza jurídica e formação dos contratos eletrônicos. Revista de direito do consumidor. Volume 123, ano 28, São Paulo, São Paulo. Editora RT. 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil II. 6ª edição, São Paulo, São Paulo: Atlas, 2006.

Acesse nossas redes

itsrio.org

Este livro foi composto nas fontes Termina, FreightSans Pro e Public Sans e lançado pelo Instituto de Tecnologia e Sociedade, em setembro de 2024.