VI CONGRESSO MINEIRO DE DIREITO CIVIL

DIREITO CIVIL E NOVAS TECNOLOGIAS

28, 29 E 30 DE SETEMBRO DE 2021

EVENTO ONLINE

ampdic

Associação Mineira de Professores de Direito Civil

ORGANIZAÇÃO

CADERNO
DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

Comissão Organizadora

Prof.ª Dr.ª Nara Pereira Carvalho

(presidente do VI Congresso Mineiro de Direito Civil)

Prof. Dr. Daniel Amaral Carnaúba

Prof. Dr. Daniel Mendes Ribeiro

Comissão Científica

Prof. Dr. Daniel Amaral Carnaúba

Prof. Ms. Daniel de Pádua Andrade

Prof. Dr. Daniel Mendes Ribeiro

Prof. Dr. Lucas Costa de Oliveira

Prof. Dr. Marcelo de Mello Vieira

Prof.ª Dr.ª Mariana Alves Lara

Prof.ª Dr.ª Nara Pereira Carvalho

APRESENTAÇÃO

O Congresso Mineiro de Direito Civil consiste em iniciativa da Associação Mineira de Professores de Direito Civil (AMPDIC)[1] contribuindo à promoção do diálogo e à produção de conhecimento na área a partir de inserções temáticas. Em sua sexta edição, discute-se sobre "Direito Civil e Novas Tecnologias".

Em março de 2021, foi aberto edital convidando à submissão de artigos científicos a serem apresentados no evento. Após avaliação da Comissão Científica, foram selecionados e aprovados 23 textos, os quais foram dispostos em cinco grupos de trabalho (GTs) pela Comissão Organizadora:

1. Autonomia e autodeterminação informacional;
2. A pessoa e suas projeções em face das novas tecnologias;
3. Aspectos controversos da proteção de dados pessoais;
4. Novas fronteiras da responsabilidade civil e dos contratos;
5. O impacto das novas tecnologias sobre as sucessões e a proteção post mortem.

A apresentação de artigos científicos compõe a programação do VI Congresso Mineiro de Direito Civil e ocorrerá em 29 de setembro, a partir das 15h. Serão cinco salas virtuais simultâneas, uma para cada GT, com sessões coordenadas por um professor de Direito Civil. O(s) autor(es) terão 15 minutos para procederem à apresentação de cada trabalho, podendo ser feitas perguntas e comentários na sequência.

A fim de conhecer previamente os assuntos tratados, bem como subsidiar a escolha pelo GT para participação no evento, reunimos os artigos científicos selecionados e aprovados neste Caderno, considerando os GTs respectivos. Frise-se que não se trata dos anais, a serem compostos pelos trabalhos efetivamente apresentados.

Excelente evento!

Comissão Organizadora

---

[1] Para mais informações, conferir *site* da AMPDIC: <https://www.ampdic.com.br/>.

SUMÁRIO

AUTONOMIA E AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL.....6

A AUTONOMIA PRIVADA EM SUA ACEPÇÃO DIALÓGICA À LUZ DA ECONOMIA DO BIG DATA: A OPACIDADE NA FORMAÇÃO DE PERFIS COMPORTAMENTAIS E A RELATIVIZAÇÃO DA VONTADE 7

A TECNOLOGIA COMO INSTRUMENTO DE APOIO: ROBÔS SEXUAIS PARA O EXERCÍCIO DE DIREITOS SEXUAIS POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA 30

CONSIDERAÇÕES À AUTONOMIA E AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE A PARTIR DA CULTURA DO CANCELAMENTO POR MINORIAS IDENTITÁRIAS 60

O BRINCAR DA ERA DIGITAL: PROTEÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO USO DE BRINQUEDOS CONECTADOS.....94

OS DESAFIOS PARA IMPLEMENTAÇAO DAS SMART CITIES COMO FORMA DE INCLUSÃO DAS PESSOAS COM MOBILIDADE REDUZIDA.....127

A PESSOA E SUAS PROJEÇÕES EM FACE DAS NOVAS TECNOLOGIAS.....143

INDÚSTRIA PORNOGRÁFICA E A MERCANTILIZAÇÃO DO CORPO: UMA ANÁLISE SOBRE A VENDA DA IMAGEM EM SÍTIOS ONLINE 144

LIMITAÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA PROTEÇÃO DO DIREITO À IMAGEM NAS REDES SOCIAIS 173

PATRIMÔNIO DIGITAL E A REALIDADE DO STREAMING: BEM OU DIREITO? 204

PERSONALIDADES ELETRÔNICAS? A PERSONIFICAÇÃO DOS AGENTES DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL SOB A PERSPECTIVA JURÍDICA 230

ASPECTOS CONTROVERSOS DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.....254

A COLETA DE DADOS SENSÍVEIS DOS CONSUMIDORES NA SOCIEDADE DE VIGILÂNCIA À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS 255

BIG DATA NA ÁREA DA SAÚDE: O DILEMA ENTRE O USO DOS GRANDES DADOS E O DIREITO À PRIVACIDADE DOS PACIENTES 276

O TRATAMENTO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À LUZ DA LGPD: A EFETIVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE 305

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES DE TRATAMENTO DE DADOS: UMA ANÁLISE À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS – LGPD 345

NOVAS FRONTEIRAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DOS CONTRATOS 381

A PUBLICIDADE NO CONTEXTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS: RESPONSABILIDADE CIVIL DE INFLUENCIADORES DIGITAIS POR DIVULGAÇÕES EM SUAS REDES SOCIAIS 382

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INVESTIDORES DE VENTURE CAPITAL EM STARTUPS DE E-COMMERCE 417

A UTILIZAÇÃO DOS DRONES NA SOCIEDADE CIVIL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS REGULAMENTAÇÕES BRASILEIRA E ESTADUNIDENSE 431

CONTRATOS INTERNACIONAIS INTELIGENTES NO COMÉRCIO: CONSIDERAÇÕES À LUZ DO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO 467

OS CONTRATOS INTELIGENTES À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 496

SMART CONTRACTS: DEFINIÇÕES, LIMITES E POSSIBILIDADES 524

O IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS SOBRE AS SUCESSÕES E A PROTEÇÃO *POST MORTEM* 561

DIREITO SUCESSÓRIO E REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM: UMA ANÁLISE CIVIL-CONSTITUCIONAL 562

EXISTE VIDA (DIGITAL) APÓS A MORTE, MAS NEM TODOS QUEREM IR PARA LÁ: A INSUFICIÊNCIA NA IMPLEMENTAÇÃO DA AUTORREGULAMENTAÇÃO DO FACEBOOK SOBRE O PERFIL DO USUÁRIO FALECIDO 598

TRANSMISSIBILIDADE DO ACERVO DIGITAL DO DE CUJUS: DA NATUREZA JURÍDICA DO ACERVO DIGITAL À SUA DESTINAÇÃO 628

TUTELA *POST MORTEM* DIGITAL DE PERFIS EXPLORADOS ECONOMICAMENTE: UMA PROPOSTA DE ARQUITETURA DE REDE PARA O INSTAGRAM 663

Grupo de Trabalho

AUTONOMIA E AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL

A AUTONOMIA PRIVADA EM SUA ACEPÇÃO DIALÓGICA À LUZ DA ECONOMIA DO BIG DATA: A OPACIDADE NA FORMAÇÃO DE PERFIS COMPORTAMENTAIS E A RELATIVIZAÇÃO DA VONTADE

Ana Carolina de Mari Rocha[2]

RESUMO: Nos últimos anos, a coleta massiva de dados pessoais expostos na internet contribuiu para a formação de perfis específicos de consumidores e para a análise preditiva de seus comportamentos por meio de algoritmos. A partir de então, o uso de técnicas como o *profiling* tem rendido altos lucros para as empresas de publicidade e para os comerciantes. A presente pesquisa, por meio de método analítico-descritivo, teve como objetivo investigar até que ponto essa previsão de comportamento dos consumidores tem influenciado no seu processo de tomada de decisão, à luz da acepção dialógica do conceito de autonomia privada desenvolvida por Miracy Gustin. Após a análise, foi possível observar como a autonomia privada tem sido mitigada ou até mesmo suplantada em ambientes de escolha online devido, sobretudo, à formação de perfis por meio da correlação de dados pessoais, de modo que se chegou à conclusão de que os meios tradicionais de tutela à pessoa e à sua autonomia não se mostram mais suficientes, sendo necessária a diminuição da assimetria do mercado informacional por meio de uma governança algorítmica aliada a leis de proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia privada. *Big Data*. *Profiling*.

[2] Mestranda em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais.

INTRODUÇÃO

Em uma economia movida a dados, muitos fatos que aparentemente soariam como "grandes coincidências" se revelam, na verdade, como efeitos decorrentes da era do *big data*. A atual publicidade direcionada, por exemplo, é oriunda de um fenômeno conhecido como dataficação, um processo de colocar em dados o máximo de informações possíveis de alguém, montando-se uma verdadeira "biografia digital" dos sujeitos[3].

Com o histórico de compras de uma pessoa, a título de exemplo, é possível traçar seu perfil de consumidor e modelar seus gastos por meio do direcionamento de preços e produtos[4]. Por intermédio de algoritmos, ferramentas de inteligência artificial extraem informações nos diversos registros digitais dos internautas – como seu histórico de navegação, termos de pesquisa, curtidas, etc – e as utilizam para previsão e indução de comportamentos. Com esse objetivo, sistemas têm sido desenvolvidos para indicar quem o usuário deve adicionar como amigo nas redes sociais, qual filme ele deve assistir, qual livro deve ler, o que deve comprar e até mesmo onde deve efetuar a compra[5].

Por isso, grande parte das empresas atuais conta com um "departamento de análise preditiva" dedicado a tentar compreender os hábitos de compras dos consumidores e também seus hábitos pessoais. Dados como o estado civil da pessoa, sua idade, se tem filhos, em que região mora, quais cartões de crédito utiliza, onde estudou, qual sua opinião política e muitos outros são utilizados para

[3] BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 120.
[4] BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 122.
[5] NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luisa Pinto Coelho. **Juristas e tecnologia: uma interação urgente para o bem da democracia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-05/opiniao-juristas-tecnologias-uniao-urgente-democracia>.

criação e aplicação de perfis com vistas à previsão e indução de comportamentos[6].

Quanto mais os motores de busca e as redes sociais coletam os dados neles produzidos e compartilhados, mais influência eles exercem sobre o que as pessoas querem ou compram[7]. Por um lado, o marketing direcionado traz benefícios para os consumidores, pois eles podem encontrar mais facilmente aquilo que lhes interessa e de uma forma cada vez mais personalizada[8]. Por outro lado, no entanto, a seletividade dos anúncios pode servir de instrumento para manipulação das pessoas e gerar ações discriminatórias[9].

Diante desse cenário, torna-se importante investigar até que ponto as publicidades direcionadas que utilizam técnicas de indução de comportamento por meio de *profiling*, por exemplo, estão interferindo na autonomia privada das pessoas. Também se faz necessário analisar em que medida os indivíduos têm tido a real percepção dos cenários de escolha que surgem nos ambientes *online*.

Para isso, será desenvolvido um estudo, por meio de método analítico-descritivo, das características da atual economia baseada em dados e algoritmos preditivos. Esse estudo será contrastado com o ideal de autonomia privada, sobretudo em sua acepção dialógica comentada por Miracy Gustin. Ao fim, o trabalho irá analisar como as técnicas de publicidade direcionada têm relativizado – e, em alguns casos, até mesmo suplantado - essa autonomia, intentando examinar quais os rumos deste novo cenário algorítmico e quais os principais desafios jurídicos relacionados à tutela da autonomia privada que dele advêm.

---

[6] DUHIGG, Charles. **How Companies Learn Your Secrets**. The New York Times Magazine, Nova Iorque, 16 fev. 2012. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html>.
[7] PASQUALE, Frank. **The black box society: the secret algorithms that control money and information**. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 14.
[8] VIEIRA, Gustavo Duarte. **Proteção de dados pessoais em práticas de profiling no setor privado**. (Dissertação de Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020, p. 48.
[9] VIEIRA, Gustavo Duarte. **Proteção de dados pessoais em práticas de profiling no setor privado**. (Dissertação de Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020,p. 49.

1 A AUTONOMIA PRIVADA EM SUA ACEPÇÃO DIALÓGICA

Objeto de inúmeras reflexões ao longo do tempo, a autonomia privada não possui um conceito unânime entre os teóricos que se dedicaram e se dedicam a estudá-la. Não só isso, a sua própria definição é alvo de modificações à medida em que os cenários e atores da experiência humana também vão se alterando. Por isso mesmo, como observou Miracy Gustin, "a autonomia a que se refere Aristóteles não é a mesma do pensamento kantiano ou marxiano e muito menos das atuais teorias do agir comunicativo"[10].

No presente contexto tecnológico, como será melhor demonstrado, parece se adequar mais às necessidades hoje vivenciadas a análise da autonomia privada sob uma concepção dialógica, isto é, uma autonomia que é construída *no* e *do* diálogo com as demais pessoas. Para aqueles que interpretam a autonomia privada por meio de uma hermenêutica dialógico-discursiva, o desenvolvimento desta depende da inserção da pessoa em um meio de competência argumentativa que envolve tanto a compreensão e incorporação de elementos do mundo objetivo e das relações sociais quanto elementos do mundo subjetivo dos desejos, interesses e sentimentos[11].

Segundo Gustin, essa condição de "ser autônomo" deve ser considerada indispensável para a atuação da pessoa em sua realização como ser típico na sociedade e sua liberação dos constrangimentos externos e internos[12]. Em outras palavras, a autonomia se torna uma necessidade primordial para a construção do bem-estar e da realização plena do ser humano. Tal condição, inclusive, é substrato para a aplicação da responsabilidade no campo do Direito, pois a própria atribuição de responsabilidade já pressupõe autonomia: presume-se uma

[10] GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 24.
[11] GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 236.
[12] GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 15.

pessoa dona de seus atos e decisões e, portanto, responsável pessoal e socialmente pelos seus deveres[13].

Assim, o ser autônomo é aquele capaz de "avaliar criticamente as normas, os padrões e os objetivos de seu ambiente, estando liberto dos constrangimentos de seu contexto, mas ao mesmo tempo ligado a ele"[14]. Em síntese, para que a autonomia privada seja plenamente desenvolvida é necessário que o indivíduo, a despeito de estar inserido em um determinado contexto, não seja por ele coagido ou tenha sua vontade externamente captada, mas possa apreender e ordenar todas as circunstâncias e escolhas que o cercam, e, a partir disso, deliberar, de forma consciente, sobre sua forma de vida.

É esse grau de compreensão que uma pessoa tem de si mesma, de tudo que a cerca e das relações que trava no meio social que determinará, positiva ou negativamente, os limites de sua autonomia. Disso decorre a importância de o sujeito ter a real percepção do contexto em que se encontra e de todas as opções e decisões possíveis para que delibere livremente sobre sua vontade.

Para a efetivação da autonomia privada é necessário, portanto, que ela se construa em um ambiente democrático, no qual às pessoas seja dada a oportunidade de desenvolverem seu lado crítico, tendo em vista que "uma pessoa só é autônoma em relação a outra quando, por meio de formas discursivas, for capaz de justificar suas escolhas e decisões de ação perante o outro"[15]. Por isso, o debate e a capacidade de persuasão por meio de estruturas e canais legítimos e democráticos é fundamental para que um indivíduo potencialize a sua autonomia.

O problema é que o sistema atual, por meio da crescente manipulação da "sociedade de massas", passa a modular muitos valores sociais e individuais,

---

[13] GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 18 e 19.
[14] GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 240.
[15] GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 20.

influenciando significativamente nesse poder de escolha e decisão das pessoas e, consequentemente, na própria definição de "homem autônomo". Assim, apenas o indivíduo que consegue superar e se libertar, ainda que parcialmente, da alienação provocada pelo sistema é que experimenta sua autonomia de forma satisfatória.

Não é por menos que, em um quadro de produção e circulação massiva de dados, o controle sobre as informações pessoais, sobretudo expostas no ambiente *online,* também conforma a própria autonomia dos sujeitos. Como ilustra Miauí Oliveira, "é o controle sobre as próprias informações que irá assegurar a liberdade para construção das identidades, no contexto de relações sociais informacionais e informatizadas, dentro e [também] fora do ciberespaço"[16]. E é por isso que monitorar a circulação das informações no cenário atual e saber quem as usa implica ter maior poder sobre si mesmo.

Controlar os dados e as informações, nesse caso, possui um sentido amplo. Não envolve apenas restringir, mas engloba também o poder de decidir como usar, expor, divulgar, escolher, alterar, apagar, ou mesmo omitir informações no exercício de sua autoconstrução[17]. Além disso, o controle também está relacionado com uma noção real e constante do que é feito com os dados expostos, como e com quem eles são compartilhados e para quais finalidades. Não saber de tudo isso é não ter uma autonomia completa para tomar decisões em cenários construídos a partir da coleta de dados pessoais.

Por isso, compreender como esses dados são utilizados é essencial para uma análise crítica acerca do desenvolvimento da autonomia privada em uma era marcada por estratégias de previsão e indução de comportamentos humanos.

[16] OLIVEIRA, Maiuí I. de Borba. **Ruídos da Personalidade: Identidade, Informação e Transformação**. (Dissertação de Mestrado) Belo Horizonte: UFMG, 2014, p. 68.
[17] OLIVEIRA, Maiuí I. de Borba. **Ruídos da Personalidade: Identidade, Informação e Transformação**. (Dissertação de Mestrado) Belo Horizonte: UFMG, 2014, p. 69.

2 A ECONOMIA DO *BIG DATA* E A INDUÇÃO DE COMPORTAMENTOS

Para o avanço no estudo da atual relativização da autonomia privada, é necessário examinar o modo pelo qual os algoritmos preditivos trabalham na construção e aplicação de perfis comportamentais dos consumidores.

Antes de tudo, faz-se importante perceber que a forma com a qual os perfis de consumidores são traçados hoje é decorrência do grande volume de dados produzidos pelo atual sistema e não simplesmente do uso de algoritmos. Isso, porque, como explica Gustavo Vieira, os sistemas algorítmicos de redes neurais que despertam muita atenção atualmente já eram pensados desde a década de 60[18]. O que muda no cenário contemporâneo e torna as previsões e induções de comportamentos humanos muito mais precisas e – por isso mesmo – perigosas é a formação do *big data* com técnicas mais sofisticadas de recolhimento de dados pessoais, como atividades de consumo, cliques em links e movimentação geográfica rastreada por dispositivos móveis[19].

A análise de dados em massa consegue estabelecer correlações úteis jamais vistas. A partir dessas correlações, é possível prever que certos eventos irão ocorrer, apesar de não se saber explicar o porquê da ocorrência dos fenômenos[20]. A economia baseada em dados é capaz de extrair diversos dados pessoais das mídias sociais e da internet "para analisar o comportamento dos seres humanos, em relação aos seus desejos, ações e poder aquisitivo, com a finalidade de realizar predições e induzir comportamentos de consumo nos usuários (numa nova dimensão da engenharia de consentimento)"[21]. Dessa forma, os indivíduos deixam

---

[18] VIEIRA, Gustavo Duarte. **Proteção de dados pessoais em práticas de profiling no setor privado**. (Dissertação de Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020, p. 21.
[19]VIEIRA, Gustavo Duarte. **Proteção de dados pessoais em práticas de profiling no setor privado**. (Dissertação de Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020, p. 21.
[20] VIEIRA, Gustavo Duarte. **Proteção de dados pessoais em práticas de profiling no setor privado**. (Dissertação de Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020, p.19.
[21] NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luisa Pinto Coelho. **Juristas e tecnologia: uma interação urgente para o bem da democracia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-05/opiniao-juristas-tecnologias-uniao-urgente-democracia>.

de ser vistos como cidadãos e passam a ser encarados como meros fornecedores de dados, isto é, como fonte de extração de informações.

As empresas passam a coletar dados pessoais em excesso dos consumidores que, posteriormente, são utilizados por algoritmos capazes de gerar previsões de comportamentos. Tais previsões são comercializadas para outras empresas, em um verdadeiro "mercado de comportamentos futuros"[22]. Assim, os empresários "são capazes de tomar diversas decisões relativas aos consumidores, como praticar discriminação de preços ou de ofertas, definir taxa de juros de um empréstimo ou estabelecer o valor do prêmio de um seguro"[23], tudo por meio de correlações algorítmicas.

Esse fenômeno gera o completo rompimento da subjetividade dos usuários diante da criação de "padrões específicos e claros de objetificação (reificação), em um verdadeiro sequestro da experiência humana, para monetizar os dados produzidos pelos sujeitos e transformá-los em mercadoria a ser vendida para os anunciantes[24]". A criação de perfis preditivos dos consumidores pode envolver vários agentes distintos coletando e compartilhando seus dados, como agências de crédito, empresas de análise, cooperativas de catálogos, corretores, empresas de marketing e outros[25].

Uma dessas técnicas de perfilamento é chamada de *profiling*. O *profiling* é utilizado, principalmente, na publicidade direcionada. Os dados demográficos e psicográficos dos consumidores, coletados e agregados por meio do monitoramento de suas atividades *online*, são combinados pelas redes de publicidade para fazer inferências de seus interesses e necessidades e, a partir

---

[22] ZUBOFF, Shoshana. **The age of Surveillance Capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power**. Nova Iorque: Public Affairs, 2019. *E-book*, p.97.
[23] VIEIRA, Gustavo Duarte. **Proteção de dados pessoais em práticas de profiling no setor privado**. (Dissertação de Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020, p. 50.
[24] NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luisa Pinto Coelho. **Juristas e tecnologia: uma interação urgente para o bem da democracia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-05/opiniao-juristas-tecnologias-uniao-urgente-democracia>.
[25] PASQUALE, Frank. **The black box society: the secret algorithms that control money and information.** Cambridge: Harvard University Press, 2015. p. 32.

disso, conseguir enquadrá-los em determinados perfis comportamentais[26]. Tais perfis tornam viável o direcionamento de um anúncio publicitário apenas com produtos compatíveis com o gosto e os hábitos do consumidor, com mensagens adaptadas ao seu estilo de comunicação e em um meio também escolhido cuidadosamente para ser harmonizável com a sua expectativa, o que é chamado de *microtargeting* ou microdirecionamento, e possui muito mais chances de despertar o interesse do receptor[27].

Assim, quando uma pessoa clica em um anúncio que promete um desconto, por exemplo, provavelmente há um programa nos bastidores que calcula quanto mais ele pode ser cobrado com base na sua localização ou se ele está usando um Mac ou um PC[28]. E, como lembra Cathy O'Neil, muitas pessoas, involuntariamente, divulgam seus problemas quando procuram respostas no Google. Identificar os "pontos de dor" do consumidor, descobrir suas vulnerabilidades e depois usar suas informações privadas contra ele mesmo é a chave para os comerciantes na era do *big data*[29]. Os sites visitados pelos consumidores, o tempo e a duração das visitas, a página anterior consultada, respostas a anúncios, todas essas informações podem ser coletadas sem que o usuário chegue a dar um único clique em algum anúncio[30]. Assim, "na compra de produtos ou serviços a pessoa não envolve mais somente seu patrimônio material, mas se vê obrigada a expor seu próprio eu[31]".

---

[26]FTC. **Online profiling: a report to congress**. 2000, p. 20. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/online-profiling-federal-tradecommissionreport-congress-june-2000/onlineprofilingreportjune2000.pdf>.

[27] VIEIRA, Gustavo Duarte. **Proteção de dados pessoais em práticas de profiling no setor privado**. (Dissertação de Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020, p. 55 e 57.

[28] PASQUALE, Frank. **The black box society: the secret algorithms that control money and information**. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 20.

[29] O'NEIL, Cathy. **Weapons of math destruction**: **how Big Data increases inequality and threatens democracy**. Nova Iorque: Crown, 2016, p.65.

[30]FTC. **Online profiling: a report to congress**. 2000, p. 7. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/online-profiling-federal-tradecommissionreport-congress-june-2000/onlineprofilingreportjune2000.pdf>.

[31] VIEIRA, Gustavo Duarte. **Proteção de dados pessoais em práticas de profiling no setor privado**. (Dissertação de Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020, p. 24.

É verdade que muitas pessoas não consideram prejudicial o compartilhamento de seus hábitos de consumo, preferências e estilos de vida para receber produtos e serviços cada vez mais personalizados. O problema é que os modelos matemáticos que embasam todo esse sistema da economia de dados são opacos, isto é, os indivíduos, muitas vezes, nem sabem que estão sendo analisados e não têm conhecimento dos critérios considerados pelos algoritmos para preverem determinado resultado, o que torna praticamente impossível discutir ou impugnar esses sistemas[32].

Para além disso, as pessoas também não têm real noção de quando e como seus dados serão agregados. Ainda que se exponha dados que, de forma isolada, não seriam tão prejudiciais para alguém, a combinação deles no futuro pode revelar informações sensíveis. Com a mineração de dados, consegue-se descobrir informações extensas de uma pessoa simplesmente por meio de seus rastros digitais e pequenas pistas (como curtidas). Uma pesquisa desenvolvida pela Universidade de Cambridge, por exemplo, conseguiu identificar com exatidão, por meio de curtidas em uma rede social, os usuários homossexuais e heterossexuais, brancos e negros, republicanos e democratas[33]. Isso demonstra que o autogerenciamento de dados é, hoje, uma tarefa praticamente utópica, pois não é possível saber quais novas informações, agregadas com outras já existentes, revelariam um dado sensível de alguém depois[34].

E, cada vez mais, os algoritmos têm analisado os dados por conta própria, buscando os hábitos, esperanças, medos e desejos das pessoas. Por meio da inteligência artificial e do aprendizado de máquina, os algoritmos, sozinhos,

---

[32] NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luisa Pinto Coelho. **Juristas e tecnologia: uma interação urgente para o bem da democracia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-05/opiniao-juristas-tecnologias-uniao-urgente-democracia>.

[33] KOSINSKI, Michal; STILLWELL, David; GRAEPEL, Thore. **Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior**, p. 1. Disponível em: <http://www.pnas.org/content/early/2013/03/06/1218772110.full.pdf+html>.

[34] SOLOVE, Daniel. **Introduction: Privacy Self-Management and the Consent Dilemma**. Harvard Law Review, Cambridge, Vol. 126, 2013, p. 1.889 e 1.890.

conseguem encontrar padrões, mergulhados em um mar de dados, e, com o tempo, conectar os resultados e fazer previsões de comportamentos[35].

Não é por menos que esse cenário tem sido encarado como uma nova fase do capitalismo de vigilância. A outrora figura centralizada do "Grande Irmão" agora é fragmentada em diversos "*tiny borthers*" dentro de uma economia de dados pessoais que tem sede pelas informações dos cidadãos, vistos sempre como potenciais consumidores. Por meio de inúmeras microtelas dos aparelhos celulares, desenha-se uma arquitetura de vigilância que mapeia todos os hábitos das pessoas[36]. Com isso, as empresas desejam uma matriz infinita de dados para desenvolver perfis cada vez mais exaustivos dos consumidores e, frente ao uso deles, invalidar suas escolhas e sua própria autonomia, tornando-os facilmente manipuláveis e induzíveis.

3 A RELATIVIZAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA COM O *BIG DATA*

3.1 OS PROBLEMAS DA FORMAÇÃO DE PERFIS COMPORTAMENTAIS

As pessoas no mundo contemporâneo são, portanto, objetos de verdadeiros dossiês ou biografias digitais que contam com uma coleção detalhada de seus dados. Esses dossiês afetam profundamente a vida dos indivíduos sem que eles tenham poder para influenciar no controle do fluxo de suas informações[37].

O início do desenvolvimento dessas técnicas de publicidade direcionada e coleta de dados se deu no sentido de melhorar a experiência do usuário acerca

[35] O'NEIL, Cathy. **Weapons of math destruction**: **how Big Data increases inequality and threatens democracy**. Nova Iorque: Crown, 2016, p.68.
[36] BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 205.
[37] VIEIRA, Gustavo Duarte. **Proteção de dados pessoais em práticas de profiling no setor privado**. (Dissertação de Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020, p. 116.

de um produto ou serviço. Ocorre que, atualmente, isso se tornou um objetivo marginal, já que o processamento dos dados tem sido utilizado para antecipar os desejos e as ações das pessoas. O problema maior da situação não é nem a previsão de comportamentos, mas sim a indução deles, isto é, o perigo não está no algoritmo saber o que o indivíduo deseja, mas no momento em que ele consegue moldar e manipular o sujeito[38].

É essa indução invisível que interfere significativamente na autonomia privada das pessoas e mascara toda a realidade *online* por trás das escolhas que são apresentadas ao consumidor no ambiente virtual, distorcendo sua percepção do todo. Um exemplo muito claro disso é o próprio ranqueamento dos resultados de pesquisa em um motor de busca. Por que o YouTube derrota outros sites de vídeo nos resultados de pesquisa por vídeo no Google? Como uma empresa chega no topo da lista e outras não? Por que lojas virtuais oferecem preços diferentes de um mesmo produto para consumidores diferentes? O mesmo vale para atualizações de stories no Facebook, tópicos no Twitter, livros priorizados pela Amazon, e etc[39]. Ou seja, o próprio ranqueamento dos resultados já produz um enviesamento no consumidor, que nunca saberá todas as opções, de fato, disponíveis.

O impasse se torna maior diante da impossibilidade de saída desse cenário. O uso de *cookies* faz com que a vigilância em cima dos usuários seja ainda mais opaca e imperceptível – além de constante. Em alguns casos, mesmo se a pessoa deletar os *cookies*, ela ainda poderá ser rastreada por inúmeros *trackers* que fluem a cada rastro de navegação e driblam suas escolhas com relação à coleta de seus dados pessoais[40].

---

[38] VIEIRA, Gustavo Duarte. **Proteção de dados pessoais em práticas de profiling no setor privado**. (Dissertação de Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020, p. 25.
[39] PASQUALE, Frank. **The black box society: the secret algorithms that control money and information**. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 15 e 16.
[40] BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 213 e 214.

O Google é um dos maiores receptores desses rastros digitais porque armazena as pesquisas nele feitas. Usuários que digitam em seu campo de busca "doente", "estressado" ou "chorando", por exemplo, logo entram na mira de profissionais de marketing que tentam capitalizar em cima de depressão e insegurança[41]. Empresas irão atrás de usuários com câncer ou outras doenças para tentarem vender seus produtos.

Para além disso, existem também barreiras psicológicas que tornam o controle das informações e escolhas pessoais ainda mais impraticável. Como esclarece Bruno Bioni, "a crença de que o cidadão é um sujeito racional e capaz de desempenhar um processo genuíno de tomada de decisão para controlar seus dados pessoais é posta em xeque por toda essa complexidade envolta ao fluxo das informações pessoais"[42]. Isso, porque, no ambiente digital, as pessoas estão inseridas em uma situação de vulnerabilidade específica, sob um véu tecnológico, que, por uma série de fatores materiais e psicológicos, as impede de ter uma real noção de suas escolhas e desejos, o que também ameaça o próprio ideal de controle dos dados e das informações para a autoconstrução da pessoa e desenvolvimento de sua autonomia.

Fora isso, as pessoas, na maior parte dos casos, nem sequer têm a opção de não compartilhar seus dados. O mundo digital está tão integrado em suas vidas que elas se veem forçadas a abrir mão do controle de suas informações e, consequentemente, de seus desejos e comportamentos atuais e futuros, para terem acesso a serviços e produtos que se tornaram essenciais diante de uma vida conectada[43]. A fim de terem uma mínima participação social e para aproveitarem da maior parte das oportunidades, elas estão condicionadas a essa entrega dos

[41] PASQUALE, Frank. **The black box society: the secret algorithms that control money and information**. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 29.
[42] BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 10.
[43] VIEIRA, Gustavo Duarte. **Proteção de dados pessoais em práticas de profiling no setor privado**. (Dissertação de Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020, p. 27.

dados pessoais e dependentes do trânsito informacional *online*. Caso contrário, a não fruição dessas informações geraria uma "erimitania na sociedade da informação"[44]. E é por isso que não concordar com a coleta de dados, na maior parte dos casos, é apenas uma falsa escolha, já que ter uma biografia digital se tornou uma *conditio sine qua non* para se viver em uma sociedade cada vez mais conectada.

Isso explica, em grande parte, o porquê de as pessoas se mostrarem, muitas vezes, coniventes com a coleta de seus dados pessoais. Existe uma falsa impressão de que os consumidores teriam a opção de escolher entre proteger suas informações ou "entregá-las" ao trânsito contínuo de dados em troca de produtos e serviços cada vez mais personalizados. No entanto, como ressalva Bioni, essa escolha simplesmente não é real, e as pessoas se veem resignadas a acatar algo que é indesejável, mas, ao mesmo tempo, inevitável, submetendo-se à lógica do *trade-off* da economia dos dados pessoais[45].

Além da falta de autocontrole dos dados pessoais, outro grande obstáculo para o exercício da autonomia privada na sociedade digital está, como já adiantado anteriormente, na previsão de comportamentos futuros dos usuários por meio de correlações algorítmicas. Estabelecer correlações sem o conhecimento das causas, como tem sido feito, e, a partir disso, formular previsões sobre como uma pessoa irá agir e tomar suas decisões, além de afetar negativamente sua privacidade e provocar discriminações de grupos ou classes sociais, gera impactos profundos no âmbito das escolhas dos indivíduos.

Grande parte dos impactos é proveniente da extrapolação de fatos passados consolidados na base de dados para o futuro, oriunda de correlações algorítmicas cegas. Os usuários afetados pela tomada de decisões resultante de

[44] BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 222.
[45] BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 217 e 218.

profiling, por exemplo, "não são capazes de entender adequadamente as razões por trás da decisão tomada, nem quais características pessoais foram levadas em conta na formação de seu perfil[46]". Muitos perfis, inclusive, não conseguem capturar bem o estilo das pessoas e acabam provocando inúmeras distorções de seus gostos e interesses, e, ainda assim, são usados para definir aspectos relevantes de suas vidas[47]. Assim, na maior parte dos casos, o consumidor nem sabe como sua imagem foi efetivamente construída e o que ela está refletindo.

Nesse cenário, o uso do *profiling* proporciona um poder de controle social, "de modo a contribuir para manutenção das pessoas em suas respectivas condições iniciais"[48]. Os usuários que são perfilados dentro de uma categoria de consumidores considerados como de alta renda, por exemplo, só receberão anúncios de bens e serviços que os mantenham nessa posição, o mesmo valendo para grupos de baixa renda. Além disso, todos os usuários que são perfilados como pertencentes a um mesmo grupo recebem tratamento como se fossem iguais, ainda que os perfis possuam diversas variáveis. Assim, tudo que é mostrado para os usuários é direcionado de acordo com esses estereótipos, inclusive o próprio conteúdo acessado na internet. O indivíduo fica preso em uma bolha que comanda toda sua interação, apresenta-lhe informações com base nos interesses inferidos pela captura dos seus dados e impossibilita que ele tenha contato com outras informações diferentes que escapam dessa catalogação[49].

Esse fenômeno que restringe o rol de escolhas dos consumidores e limita seus acessos a mercadorias específicas de acordo com os grupos nos quais foram enquadrados é denominado de *boxing*. Nesse sentido, "as possibilidades

---

[46] VIEIRA, Gustavo Duarte. **Proteção de dados pessoais em práticas de profiling no setor privado**. (Dissertação de Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020, p. 119.
[47] SOLOVE, Daniel. **The digital person: technology and privacy in the information age**. Nova Iorque: New York University Press, 2004, p.49.
[48] VIEIRA, Gustavo Duarte. **Proteção de dados pessoais em práticas de profiling no setor privado**. (Dissertação de Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020, p. 50.
[49] BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 122.

oferecidas a uma pessoa são fechadas - encaixotadas - em torno de presunções realizadas por ferramentas de análise comportamental, guiando desta forma as suas escolhas futuras"[50]. Por isso, a categorização de pessoas a partir de seus dados repercute significativamente em suas oportunidades sociais na era do *big data*.

Nesse contexto, é possível perceber que o conceito de autonomia privada como aquela que se desenvolve em um ambiente no qual o sujeito autônomo pode apreender e ordenar as circunstâncias e escolhas que o cercam[51] não se satisfaz. Muito pelo contrário, a autonomia do usuário está completamente comprometida pelo seu meio, que o impede de compreender e perceber todas as nuances do contexto, apresentando-lhe apenas uma parte do todo de acordo com o véu tecnológico que lhe é imposto. Dentro desse sistema, processos de tomada de decisão burocráticos estão sendo exercidos sobre uma esfera cada vez maior da vida das pessoas que, por sua vez, têm pouco ou nenhum poder ou voz e são estigmatizadas em grupos que falham em atender suas reais necessidades e anseios[52].

Assim, ao fazer um julgamento preditivo do comportamento futuro dos consumidores, as empresas ignoram a particularidade e individualidade das pessoas, limitando seu acesso às informações acerca dos produtos e serviços e gerando discriminação daqueles que não correspondem aos modelos genéricos dos perfis.[53].

Como se vê, não são mais os próprios indivíduos que comandam as suas vidas, mas sim os algoritmos. São eles que definirão as suas necessidades, interesses, oportunidades e aquisições. São eles que decidirão o que mostrar para os usuários

---

[50] DONEDA, Danilo. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasil/Escola Nacional de Defesa do Consumidor. Brasília: SDE/DPDC, 2010, p.68.
[51] GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 20.
[52] SOLOVE, Daniel. **The digital person: technology and privacy in the information age**. Nova Iorque: New York University Press, 2004. p. 52.
[53] VIEIRA, Gustavo Duarte. **Proteção de dados pessoais em práticas de profiling no setor privado**. (Dissertação de Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020, p. 49.

dentro da internet e qual o outro lado da moeda que será ignorado. São eles que direcionarão as publicidades de forma manipuladora, focando em suas fraquezas para "criar demandas de consumo que de outra forma não existiriam, de forma a minar a autonomia dos consumidores"[54].

Diante disso, percebe-se uma alta relativização ou, até mesmo, uma suplantação da autonomia privada dos indivíduos na internet. Sem poder justificar suas escolhas e decisões, sem o controle de seus dados e informações pessoais e estando restrito a determinados tipos de anúncios, o consumidor fica à mercê de um sistema que o monitora invisivelmente o tempo todo e conhece todas as suas dores e fraquezas. Esse mesmo sistema que o conhece, consegue facilmente manipulá-lo e induzir seus comportamentos e futuras ações, como se fosse um robô, de forma que suas atitudes não são mais livremente tomadas. Por isso, pensar na tutela jurídica da autonomia privada no ambiente *online* se faz tão primordial para garantir o livre desenvolvimento da pessoa humana.

3.2 A TUTELA JURÍDICA DA AUTONOMIA PRIVADA NA INTERNET

Várias são as propostas jurídicas desenvolvidas para tentar, ao menos, amenizar as consequências prejudiciais da era do *big data* na sociedade. A maioria delas perpassa pelos ideais da autodeterminação informativa, da proteção dos dados pessoais, e de uma governança algorítmica.

A autodeterminação informativa, em linhas gerais, é um direito do cidadão ao controle de suas próprias informações e tem sido encarada, atualmente, como uma extensão do direito à privacidade e como condição ao livre desenvolvimento da personalidade[55]. Nesse sentido, a autodeterminação informativa resguardaria a privacidade informacional, ampliando o próprio conceito de privacidade para

[54] VIEIRA, Gustavo Duarte. **Proteção de dados pessoais em práticas de profiling no setor privado**. (Dissertação de Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020, p. 57.
[55] OLIVEIRA, Maiuí I. de Borba. **Ruídos da Personalidade: Identidade, Informação e Transformação**. (Dissertação de Mestrado) Belo Horizonte: UFMG, 2014, p. 73.

englobar os contextos das tecnologias de informação e comunicações digitais. Ocorre que o reconhecimento desse direito é apenas, como alerta Miauí Oliveira, um primeiro passo, "mas não deve ser encarado como a solução final para uma proteção integral da pessoa em face dessas novas tecnologias"[56], pois ele, por si só, não é capaz de responder a todos os desafios desse novo contexto.

A insuficiência da autodeterminação informativa para tutela da autonomia das pessoas e de sua privacidade *online* está relacionada, em grande parte, à própria incapacidade dos usuários de tomarem decisões informadas no tocante ao controle de seus dados pessoais. Isso acontece, majoritariamente, porque muitos não sabem como funcionam a coleta e o processamento dos dados pessoais para a formação dos perfis comportamentais e, como explicado anteriormente, porque a maior parte dos serviços atuais exige o uso de dados pessoais para sua efetivação, deixando o consumidor sem outra escolha imediata aparente. Ou seja, a maioria dos consumidores está totalmente vulnerável no controle de seus dados pessoais, haja vista que inserida em um contexto de completa assimetria informacional[57].

É por isso que a proteção à pessoa nesses cenários é complementada com uma disciplina jurídica de proteção de dados pessoais, como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais[58] brasileira, que auxilia na imposição de limites à coleta de informações íntimas e da vida privada dos sujeitos para a formação de perfis comportamentais. A criação de uma arquitetura de proteção de dados é a garantia, por sua vez, para o desenvolvimento de uma governança de algoritmos

[56] OLIVEIRA, Maiuí I. de Borba. **Ruídos da Personalidade: Identidade, Informação e Transformação**. (Dissertação de Mestrado) Belo Horizonte: UFMG, 2014,p. 85.
[57] BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2019, p 212 e 213.
[58]BRASIL. Lei 13.709 de 14 de Agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>.

que possibilite o controle individual, social e institucional do processamento de dados em massa[59].

Como defendido por alguns autores[60], o sistema de governança algorítmica deve contar com maior transparência e *accountability* no tratamento dos dados pessoais. A transparência é uma salvaguarda para reduzir a opacidade dos algoritmos na formação de perfis, por exemplo. E a *accountability* deve garantir a responsabilidade jurídica e o devido processo no uso de algoritmos, principalmente em sistemas de *profiling*[61]. Como ressalva Vieira, a possibilidade, trazida pelo art. 20, §2º, da Lei Geral de Proteção de dados Pessoais, de a autoridade nacional de proteção de dados realizar auditorias para identificação de práticas discriminatórias em sistemas de *profiling* "contribui, ainda, para a criação de uma arquitetura protetiva[62]". Ademais, uma arquitetura de governança dos algoritmos assegura o uso legal e ético dos dados, por meio de uma coleta legítima e com informações atualizadas, de modo a assegurar a construção de sistemas de *profiling* de acordo com padrões legais.

Dessa forma, é possível, em alguma medida, mitigar os efeitos do atual sistema na autonomia privada das pessoas. A limitação da coleta de informações íntimas e da extração de características da vida privada dos consumidores para a formação dos perfis já é um grande passo para diminuição da indução de comportamentos. Também é uma forma de reduzir as discriminações e estigmatizações geradas por esses perfis, a fim de que determinados tipos de dados e informações não sejam utilizados para categorização das pessoas[63].

---

[59] VIEIRA, Gustavo Duarte. **Proteção de dados pessoais em práticas de profiling no setor privado**. (Dissertação de Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020, p. 91 e 97.
[60] Citamos como exemplo Danilo Doneda, Virgílio Almeida e Gustavo Vieira.
[61] ALMEIDA, Virgilio; DONEDA, Danilo. **What is Algorithm Governance?** IEEE-Internet Computing, [S.l.], v. 20, p. 60-63, 2016. Disponível em: <https://www.computer.org/csdl/magazine/ic/2016/04/mic2016040060/13rRUyekJ2d>.
[62] VIEIRA, Gustavo Duarte. **Proteção de dados pessoais em práticas de profiling no setor privado**. (Dissertação de Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020, p. 114.
[63] VIEIRA, Gustavo Duarte. **Proteção de dados pessoais em práticas de profiling no setor privado**. (Dissertação de Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020, p. 112.

O caminho, no entanto, ainda é cercado de novos desafios para a proteção integral da pessoa e para o seu livre desenvolvimento. Em uma economia movida a dados e algoritmos preditivos, a interferência na autonomia privada dos consumidores pode gerar efeitos irremediáveis. Por isso, é importante estar atento aos atuais "olhos invisíveis" que estão sempre tentando controlar a vontade e as ações dos usuários.

4 CONCLUSÃO

Como exposto ao longo desse trabalho, muitos perigos à autonomia, à privacidade e ao livre desenvolvimento das pessoas têm sido verificados como decorrência do uso massivo de dados pessoais e de previsões algorítmicas na sociedade moderna. Os indivíduos são expostos de diversas maneiras na internet, muitas vezes sem nem ter o conhecimento de que suas informações estão sendo coletadas e outras tantas vezes sem nem desejar isso. Seus dados são armazenados, combinados e compartilhados entre várias empresas e atores do mercado. A partir disso, suas dores são transformadas em produtos que lhes serão apresentados em momentos oportunos de vulnerabilidade para que eles sejam facilmente manipulados a adquiri-los.

Ademais, as informações pessoais dos consumidores são utilizadas para a formação de perfis comportamentais que, como visto, afetam significativamente seus processos de tomada de decisão, além de fazerem muitas previsões cegas e discriminatórias. Os usuários não conseguem se opor a esse sistema de coleta de dados porque ele funciona de forma imperceptível e também opaca, sem que seja possível decifrá-lo por completo.

A transformação desse enorme volume de dados e informações em mercadorias fez emergir um poder algorítmico de controle social muito grande, pois não são mais as próprias pessoas que têm controle sobre suas informações, decisões e comportamentos, mas sim grandes agentes do mercado global.

Sem o conhecimento pleno de todo o contexto e de todas as opções possíveis para a prática de um determinado ato, a noção de autonomia privada, sobretudo desenvolvida por Miracy Gustin, como aquela em que o sujeito é capaz de compreender e incorporar elementos objetivos e subjetivos do seu meio e se liberar de constrangimento externos e internos mediante uma análise crítica de tudo que o cerca para tomar uma decisão consciente e livre não mais se satisfaz.

Na era do *big data*, garantir que o indivíduo tenha controle sobre seus dados e informações pessoais é, antes de tudo, garantir-lhe a própria autonomia. Sem esse controle, as escolhas das pessoas ficam fragilizadas e, não sendo autônomas, sua própria realização enquanto pessoa e seu livre desenvolvimento restam profundamente prejudicados.

Nesse contexto em que inúmeros dispositivos coletam dados dos usuários de forma constante, massiva, intrusiva e opaca, os meios tradicionais de tutela à pessoa e a sua autonomia se mostram frágeis e insuficientes. A economia de dados, por meio de uma máscara de pseudoautonomia, torna os consumidores impotentes para fazerem valer suas escolhas dentro de um sistema que é estruturalmente problemático e discriminatório.

Assim, é preciso pensar em uma proteção jurídica que não deixe a cargo exclusivo dos cidadãos a obrigação de defender seus dados pessoais, mas que também proporcione uma diminuição na assimetria do mercado informacional, redesenhando seu funcionamento, como uma arquitetura de governança algorítmica aliada a leis de proteção de dados e à autodeterminação informativa. Só assim é possível devolver ao cidadão sua verdadeira autonomia privada e, consequentemente, torná-lo mais humano e menos robótico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Virgilio; DONEDA, Danilo. **What is Algorithm Governance?** IEEE-Internet Computing, [S.l.], v. 20, p. 60-63, 2016. Disponível em: <https://www.computer.org/csdl/magazine/ic/2016/04/mic2016040060/13rRUyekJ2d>.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. Lei nº 13.709 de 14 de Agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>.

DONEDA, Danilo. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Brasil/Escola Nacional de Defesa do Consumidor. Brasília: SDE/DPDC, 2010.

DUHIGG, Charles. **How Companies Learn Your Secrets**. The New York Times Magazine, Nova Iorque, 16 fev. 2012. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html>. Acesso em 13 de Outubro de 2020.

FTC. **Online profiling: a report to congress**. 2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/online-profiling-federal-tradecommissionreport-congress-june-2000/onlineprofilingreportjune2000.pdf>.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

KOSINSKI, Michal; STILLWELL, David; GRAEPEL, Thore. **Private traits and attributes are predictable from digital records of human behavior.** Disponível em: <http://www.pnas.org/content/early/2013/03/06/1218772110.full.pdf+html>.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luisa Pinto Coelho. **Juristas e tecnologia: uma interação urgente para o bem da democracia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-05/opiniao-juristas-tecnologias-uniao-urgente-democracia>. Acesso em 13 de Outubro de 2020.

OLIVEIRA, Maiuí I. de Borba. **Ruídos da Personalidade: Identidade, Informação e Transformação**. (Dissertação de Mestrado) Belo Horizonte: UFMG, 2014, p. 68.

O'NEIL, Cathy. **Weapons of math destruction**: **how Big Data increases inequality and threatens democracy**. Nova Iorque: Crown, 2016.

PASQUALE, Frank. **The black box society: the secret algorithms that control money and information**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

SOLOVE, Daniel. **Introduction: Privacy Self-Management and the Consent Dilemma**. Harvard Law Review, Cambridge, Vol. 126, 2013.

SOLOVE, Daniel. **The digital person: technology and privacy in the information age**. Nova Iorque: New York University Press, 2004.

VIEIRA, Gustavo Duarte. **Proteção de dados pessoais em práticas de profiling no setor privado**. (Dissertação de Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020.

ZUBOFF, Shoshana. **The age of Surveillance Capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power**. Nova Iorque: Public Affairs, 2019.

A TECNOLOGIA COMO INSTRUMENTO DE APOIO: ROBÔS SEXUAIS PARA O EXERCÍCIO DE DIREITOS SEXUAIS POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA[1]

Letícia Mendes Barbosa[2]
Ana Sarah Vilela de Oliveira[3]
Anna Luísa Braz Rodrigues[4]

RESUMO: A indústria tecnológica se apresenta de diversas maneiras no cotidiano dos seres humanos. Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo identificar se os robôs sexuais podem ser considerados mecanismos de apoio ao exercício de direitos sexuais por pessoas com deficiência (PCD). Para tanto, realizou-se pesquisa de natureza dogmática e caráter bibliográfico, baseando-se em revisão de literatura. Compreende-se que os robôs sexuais com inteligência artificial são máquinas que possuem a aparência de humano e funcionalidades robóticas que podem auxiliar no exercício da sexualidade. Argumentos favoráveis apontam que o seu uso por PCD promove o desenvolvimento de capacidades centrais e o cuidado integral, em decorrência do exercício da sexualidade, sendo importante destacar também o seu caráter pedagógico. Ainda, há que se considerar o reconhecimento da capacidade legal dessas pessoas, tanto pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) quanto pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), e a definição, pelo art. 12 da CDPD, de mecanismos de apoio na tomada de decisão. Assim, caso sejam necessários suportes ao exercício de determinados direitos, é ofertada assistência à pessoa, de modo que esta faça escolhas por conta própria. Aqui identifica-se os robôs sexuais como um

[1] Trabalho orientado pelo professor Gustavo Pereira Leite Ribeiro (UFLA).
[2] Mestranda em Direito Civil na Universidade Federal de Ouro Preto.
[3] Graduanda em Direito na Universidade Federal de Lavras.
[4] Graduanda em Direito na Universidade Federal de Lavras.

instrumento de apoio. Entende-se que tais robôs podem ser utilizados como instrumentos para driblar barreiras e desafios enfrentados pelas PCD no que se refere ao exercício de seus direitos sexuais, como estereótipos, ausência de informações, violências e abusos.

PALAVRAS-CHAVE: Robôs sexuais; pessoas com deficiência; mecanismos de apoio.

INTRODUÇÃO

A promulgação da Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) ensejou verdadeira mudança paradigmática no tratamento conferido ao instituto da capacidade. Assim, o enfoque passou da pessoa em si, e da necessidade de normalizá-la, e foi transferido para a interação da pessoa com barreiras e obstáculos eventualmente encontrados por ela em seu convívio social.

Destaca-se que a CDPD se orienta pelos princípios de respeito à dignidade, à autonomia e à independência das pessoas com deficiência (PCD), reconhecendo a elas o poder de tomar decisões de forma autônoma. A isso se soma a adoção do modelo social de deficiência, que considera interações entre a pessoa e barreiras eventualmente encontradas em seu entorno, e a criação de mecanismos que assegurem a tais pessoas o exercício de direitos fundamentais.

Nesse sentido, importante é o art. 12 da CDPD, na medida em que reconhece a capacidade legal das pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais pessoas. Ele, ainda, define mecanismos de apoio na tomada de decisão, que consistem na oferta de suportes, sejam eles instrumentos, informações, coordenadas, na medida das necessidades da PCD, de modo que esta possa tomar decisões por conta própria.

No Brasil, a CDPD foi recepcionada como Emenda Constitucional, fato que ensejou posterior elaboração e promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD). Este modificou substancialmente os contornos do instituto das incapacidades, disciplinado pelos artigos 3º e 4º do Código Civil (CC), na medida em que retirou as pessoas com deficiência do rol de civilmente incapazes. Ainda, o EPD, em seu art. 6º, inciso II, reconhece a plena capacidade civil das dessas pessoas para o exercício de direitos sexuais, objeto do presente trabalho.

Percebe-se, portanto, a aptidão das pessoas com deficiência ao exercício de direitos, em especial os direitos sexuais. Isto inclui, por exemplo, o acesso a informações e a métodos contraceptivos, a tomada de decisões concernentes ao próprio corpo e a escolha de parceiros sexuais. Com efeito, define-se a sexualidade como uma parte integral da personalidade e estes direitos como direitos humanos universais com base nos valores de liberdade, dignidade e igualdade. Além disso, a saúde sexual é um direito fundamental e humano básico que se concretiza em ambientes sociais que reconhecem, respeitam e exercitam esses direitos.

Todavia, as pessoas com deficiência enfrentam barreiras para o exercício desses direitos. Por isso, neste estudo, pretende-se associar o exercício de direitos sexuais ao uso, por essas pessoas, de robôs sexuais com inteligência artificial (IA). Brevemente, estes apresentam aspectos físicos condizentes com as preferências de seu usuário[5], sendo que podem auxiliar no exercício da sexualidade. Objetiva-se identificar se esses instrumentos podem ser classificados como mecanismos de apoio ao exercício de direitos sexuais. Adianta-se o entendimento de que essa indagação pode ser respondida positivamente: os referidos dispositivos podem auxiliar pessoas com deficiência no que se refere ao exercício de seus direitos sexuais, nos termos do que estabelece o art. 12 da CDPD.

[5] FOSCH-VILLARONGA, Eduard; POULSEN, Adam. Sex care robots: exploring the potential use of sexual robot technologies for disabled and elder care. **Paladyn, Journal of Behavioral Robotics,** Berlim, v. 11, n. 1, 2020, p. 8.

O texto está dividido em quatro tópicos. No primeiro deles, aponta-se o conceito de robôs sexuais com inteligência artificial e se inicia discussão sobre o uso dessa tecnologia por pessoas com deficiência. No segundo tópico, destacam-se os principais argumentos favoráveis ao uso de robôs sexuais. No terceiro, aborda-se o reconhecimento da capacidade legal das pessoas com deficiência e a adoção de mecanismos de apoio pela CDPD, bem como se apresenta o conceito de apoio. Já no quarto e último tópico, apresentam-se os conceitos dos direitos à autonomia sexual, à privacidade sexual, ao prazer sexual e à educação sexual integral. Além disso, discute-se a possibilidade de considerar o uso de robôs sexuais como forma de apoio ao exercício de direitos sexuais.

1. O USO DE ROBÔS SEXUAIS COM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A tecnologia tem proporcionado experiências e facilidades que não eram possíveis em outras ocasiões. Imaginar que clássicos enredos, como o prestigiado filme *O homem bicentenário* de 1999[6], se tornaram próximos da realidade é para deixar qualquer um extasiado. Mas será possível uma máquina amar, constituir família e ser considerada ser humano? São questões que se tornam cada vez mais desafiadoras conforme o avanço tecnológico. Mesmo assim, o robô Sophia teve sua cidadania reconhecida no ano de 2017, na Árabia Saudita[7].

Nesse contexto, compreendendo que os robôs sexuais possuem não só órgãos genitais, bem como funcionalidades e estruturas do corpo com forma humana, não se pode ignorar os debates éticos e morais que emergem do seu uso[8]. É necessário esclarecer que o presente estudo tem como objeto os robôs

---

[6] Richard Martin compra um novo robô NDR-114, que passa a ser chamado de Andrew. Uma máquina comprada como um eletrodoméstico e programada para realizar tarefas domésticas. À medida que Andrew começa a sentir emoções e pensamentos criativos, a família Martin logo descobre que não possui um robô comum. THE BICENTENNIAL MEN. **Fandom**, New York. [*s.d.*]. Disponível em: https://asimov.fandom.com/wiki/The_Bicentennial_Man. Acesso em 07 de mai. 2021.

[7] NASCIMENTO, Elen C. Carvalho; SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. The 'use' of sex robots: a bioethical issue. **Asian Bioethics Review**, Singapore, v. 10, n. 3, 2018, p. 233.

[8] NASCIMENTO, Elen C. Carvalho; SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. The 'use' of sex robots: a bioethical issue. **Asian Bioethics Review**, Singapore, v. 10, n. 3, 2018, p. 239.

sexuais com inteligência artificial, os quais possuem funções que imitam as humanas, como recursos de voz, movimentos corporais realistas relacionados ao sexo e sensores para reagir à interação do usuário[9]. Embora sejam considerados como tal, aqui não serão incluídos dispositivos eletrônicos utilizados no sexo, como vibradores, máquinas de sexo que não apresentam feições humanas, vaginas artificiais, etc.

Eduard Fosch-Villaronga e Adam Poulsen definiram essa tecnologia como "robôs de serviço que realizam ações que contribuem diretamente para a melhoria na satisfação das necessidades sexuais de um usuário"[10]. São, portanto, máquinas que possuem a aparência de um humano e funcionalidades robóticas que podem auxiliar no exercício da sexualidade.

Além disso, o uso de inteligência artificial traz novos contornos à temática em questão, pois essas máquinas tornaram-se incrivelmente realistas. Os robôs sexuais apresentam aspectos físicos personalizados com as preferências de seu usuário, como o tamanho dos seios e o tipo de corpo almejado. Conectados a dispositivos inteligentes, como o *WiFi* e a *Internet of Things* (IoT)[11], são atualizados pelos seus fabricantes e controlados pelos próprios usuários, e com estes se comunicam. A linha da *Android Robot Store* ainda possibilita que os seus modelos caminhem, uma vez que são equipados com um exoesqueleto para a parte inferior

---

9 FOSCH-VILLARONGA, Eduard; POULSEN, Adam. Sex care robots: exploring the potential use of sexual robot technologies for disabled and elder care. **Paladyn, Journal of Behavioral Robotics,** Berlim, v. 11, n. 1, 2020.

10 "Service robots that perform actions contributing directly towards improvement in the satisfaction of the sexual needs of a user". FOSCH-VILLARONGA, Eduard; POULSEN, Adam. Sex care robots: exploring the potential use of sexual robot technologies for disabled and elder care. **Paladyn, Journal of Behavioral Robotics,** Berlim, v. 11, n. 1, p. 1-18, 2020, p. 14.

11 "O termo Internet das Coisas geralmente se refere a cenários em que a conectividade de rede e a capacidade de computação se estendem a objetos, sensores e itens do dia a dia normalmente não considerados computadores, permitindo que esses dispositivos gerem, troquem e consumam dados com o mínimo de intervenção humana." INTERNET OF THINGS (IOT). The Internet of Things (IoT): An Overview Understanding the Issues and Challenges of a More Connected World. **Internet Society**, Genebra, 15 october 2015. Disponível em: https://www.internetsociety.org. Acesso em 11 de mai. 2021.

e superior do corpo[12]. Os sensores corporais permitem responder às reações e o reconhecimento de voz a conversar com seu usuário[13].

Desse modo, parte da literatura identifica a função dos robôs sexuais como automasturbatória[14], por se tratarem de instrumentos utilizados para alcançar o orgasmo. Todavia, Eduard Fosch-Villaronga e Adam Poulsen também expõem alguns efeitos terapêuticos do seu uso, tal como lidar com a ansiedade relacionada ao sexo pela primeira vez, tratar disfunções sexuais, bem como promover o sexo seguro[15]. Outra concepção que gera diversos debates e não foi comprovada é que estes mecanismos podem tratar pedofilia ou possíveis agressores sexuais[16].

Ademais, o presente estudo compreende que os robôs sexuais podem desempenhar uma função pedagógica: ao ensinar as pessoas com deficiência a lidar com o sexo, não só para satisfazer as suas necessidades, mas também para respeitar o outro, a aprender e se descobrir por meio de sua sexualidade. Nascimento e Siqueira-Batista explicam que essa tecnologia pode reunir, em uma única máquina, os papéis de amigo e namorado[17].

---

12 FOSCH-VILLARONGA, Eduard; POULSEN, Adam. Sex care robots: exploring the potential use of sexual robot technologies for disabled and elder care. **Paladyn, Journal of Behavioral Robotics,** Berlim, v. 11, n. 1, 2020, p. 8.

13 FOSCH-VILLARONGA, Eduard; POULSEN, Adam. Sex care robots: exploring the potential use of sexual robot technologies for disabled and elder care. **Paladyn, Journal of Behavioral Robotics,** Berlim, v. 11, n. 1, 2020, p. 8

14 SÉRVIO, Pablo Petit Passos. Bonecas, robôs, narcisos e fetiches: o esquecimento de si e a desumanização do outro. **Revista Brasileira de Pesquisa (Auto)Biográfica**, Salvador, v. 2, n. 4, jan./abr, 2017, p. 169. SCHEUTZ, Matthias; ARNOLD, Thomas. Are we ready for sex robots? **Tufts University**, Medford, [s.*n.*], 2016, p. 356. BEWLEY, Susan; COX-GEORGE, Chantal. I, Sex Robot: the health implications of the sex robot industry. **British Medical Journal**, Reino Unido, v. 44, 2018, p. 161. SULLINS, John P. Robots, Love, and Sex: The Ethics of Building a Love Machine. **IEEE transactions on affective computing**, California, v. 3, n. 4, oct./dec, 2012, p. 401.

15 FOSCH-VILLARONGA, Eduard; POULSEN, Adam. Sex care robots: exploring the potential use of sexual robot technologies for disabled and elder care. **Paladyn, Journal of Behavioral Robotics,** Berlim, v. 11, n. 1, 2020, p. 1.

16 FOSCH-VILLARONGA, Eduard; POULSEN, Adam. Sex care robots: exploring the potential use of sexual robot technologies for disabled and elder care**. Paladyn, Journal of Behavioral Robotics**, Berlim, v. 11, n. 1, 2020, p. 1

17 NASCIMENTO, Elen C. Carvalho; SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. The 'use' of sex robots: a bioethical issue. **Asian Bioethics Review**, Singapore, v. 10, n. 3, 2018, p. 236.

Fato é que, ainda que a indústria tecnológica sexual esteja estimada em 30 bilhões de dólares[18], não se sabe com precisão quantos modelos de robôs sexuais existem, em vista da quantidade de fabricantes envolvidos[19]. De acordo com Carlotta Rigotti, até o ano de 2019, apenas os países da União Europeia, Japão, Austrália e Estados Unidos abordaram essa questão em suas legislações, mas de forma genérica[20]. Desse modo, o debate é crescente, uma vez que qualquer desenvolvimento jurídico nesses lugares, acerca do tema, tem sido tratado a nível judicial, com base nos marcos jurídicos já existentes[21].

Considerados como um importante instrumento em ascensão, estudiosos do tema têm reconhecido os robôs sexuais como mecanismos úteis para pessoas com deficiência. Isso será demonstrado a seguir por meio da análise dos argumentos de Nancy S. Jecker e Eduard Fosch-Villaronga e Adam Poulsen, defensores da prática.

2. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO USO DE ROBÔS SEXUAIS POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Em 1995, na Conferência de Pequim, foram reconhecidos os direitos sexuais. Estes são entendidos como direitos fundamentais que somente se desenvolvem em ambientes que afirmam, respeitam e exercitam a totalidade dos direitos humanos. Às pessoas com deficiência são assegurados tais direitos, que consistem na garantia à expressão da sexualidade sem quaisquer discriminações, seja por orientação sexual ou por identidade de gênero. Com efeito, a sexualidade integra

[18] BEWLEY, Susan; COX-GEORGE, Chantal. I, Sex Robot: the health implications of the sex robot industry. **British Medical Journal**, Reino Unido, v. 44, 2018, p. 161.
[19] NASCIMENTO, Elen C. Carvalho; SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. The 'use' of sex robots: a bioethical issue. **Asian Bioethics Review**, Singapore, v. 10, n. 3, 2018, p. 238.
[20] RIGOTTI, Carla. Sex robots: a human rights discourse? **Open Global Rights**, Bruxelas, may 2, 2019, p. 3.
[21] RIGOTTI, Carla. Sex robots: a human rights discourse? **Open Global Rights**, Bruxelas, may 2, 2019, p. 3.

a personalidade humana[22], de modo que envolve desejos de contato e intimidade, expressões emocionais, prazer, carinho e amor.

Desse modo, os direitos sexuais não devem ser limitados apenas por identidades e práticas sexuais pré definidas. Classificações rígidas e estereotipadas podem levar à reprodução de discriminações e exclusões[23], como aquelas atreladas ao culto de corpos socialmente considerados ideais e livres de imperfeições. Todavia, ainda persistem crenças que atrelam a deficiência à infelicidade, à incapacidade e à desvalia[24].

Além disso, verifica-se na jurisprudência brasileira, em casos nos quais se avalia a possibilidade de esterilização compulsória, argumentação que aponta a inaptidão das pessoas com deficiência para o controle de seus impulsos sexuais[25]. Trata-se de percepção marcada por preconceito que acaba por provocar impedimentos ao exercício da sexualidade e autonomia desses indivíduos, bem como cria a errônea concepção de que elas somente podem gerar filhos com deficiência ou que não possuem condições de cuidá-los.

É preciso compreender que o desenvolvimento pessoal passa por todas as implicações da sexualidade, tal como as vivências corporais e de gênero, pela possibilidade de desejar e ser desejado, de se relacionar etc. Por isso, é preciso avaliar formas para superar eventuais barreiras. O primeiro argumento que será exposto em defesa dos robôs sexuais é o de Nancy S. Jecker[26].

---

[22] SÉGUIN, Elida. Direitos sexuais como um direito humano. **Revista Direito e Justiça**, Porto Alegre, n. 15, 2010, p. 1.

[23] RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. **Revista Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, n. 26, jul./dez, 2006, p. 82.

[24] MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi; RIBEIRO; Paulo Renner Marçal. Desfazendo mitos para minimizar o preconceito sobre a sexualidade de pessoas com deficiência. **Revista Brasileira de Educação Especial**, Marília, v. 16, n. 2, 2010.

[25] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Consentimento informado em intervenções médicas envolvendo pessoas com deficiência intelectual ou psicossocial no Brasil e a questão das barreiras atitudinais. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CONSTANTINO CAYCHO, Renato Antonio; BARIFFI, Francisco José (coord.). **Capacidade jurídica, deficiência e direito civil na América Latina:** Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Peru. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 96.

[26] JECKER, Nancy S. Nothing to be ashamed of: sex robots for older adults with disabilities. **Journal of Medical Ethics**, Seattle, v. 47, 2021.

A autora argumenta que a capacidade de ser ativo sexualmente está ligada às capacidades humanas centrais, que incluem: i) a capacidade de gerar uma narrativa de vida pessoalmente significativa; ii) ser fisicamente, mentalmente e emocionalmente saudável, pois a saúde sexual abrange as dimensões físicas e psicológicas, devendo ser garantida também por meio da livre expressão sexual e o prazer da intimidade física; iii) experimentar integridade corporal, que consiste na capacidade de usar o corpo para realizar seus objetivos; iv) sentir e expressar uma gama de emoções humanas; v) afiliar-se profundamente a outros; e vi) refletir e escolher um plano de vida[27].

Nesse contexto, Jecker afirma que a sociedade deve tomar medidas para auxiliar no exercício dessas capacidades, ainda que em um nível mínimo, como forma de respeitar a dignidade humana. Assim, os robôs sexuais, por auxiliarem na expressão sexual e figurarem como companheiros de seus usuários, podem ser forma de assegurar o exercício de capacidade centrais, uma vez que, para isso, depende da capacidade de ser ativo sexualmente[28].

O segundo argumento que defende o uso de robôs sexuais por pessoas com deficiência é o de Eduard Fosch-Villaronga e Adam Poulsen[29]. Os pesquisadores acreditam que esse mecanismo pode melhorar o cuidado integral das pessoas com deficiência, que abarca as seguintes perspectivas: i) sexual: considerando a sexualidade um aspecto essencial da vida humana, os robôs podem se adaptar à necessidade da pessoa com deficiência, ii) emocional: com a funcionalidade de reconhecimento de voz e personalidade o sujeito pode selecionar a que mais lhe atende; e iii) educacional: essa tecnologia pode ser útil

[27] JECKER, Nancy S. Nothing to be ashamed of: sex robots for older adults with disabilities. **Journal of Medical Ethics**, Seattle, v. 47, 2021.
[28] JECKER, Nancy S. Nothing to be ashamed of: sex robots for older adults with disabilities. **Journal of Medical Ethics**, Seattle, v. 47, 2021.
[29] FOSCH-VILLARONGA, Eduard; POULSEN, Adam. Sex care robots: exploring the potential use of sexual robot technologies for disabled and elder care. **Paladyn, Journal of Behavioral Robotics**, Berlim, v. 11, n. 1, 2020.

para ajudá-las a aprenderem sobre sexualidade e emoções, bem como a prestar consentimento e a respeitar o de outros.

Quanto à função educacional dos robôs sexuais, aponta-se que estes são construídos justamente para suprir os desejos e se adaptarem às necessidades daqueles que os utilizam[30]. Assim, podem ser empregados como ferramentas para ensinar as pessoas com deficiência a, por exemplo, identificarem quando seus parceiros sexuais lhes dão consentimento ou não, é o caso do robô Samantha. Conforme Eduard Fosch-Villaronga e Adam Poulsen, se esse robô detectar toques e comportamentos agressivos por parte de seu usuário, ele se desliga automaticamente e não dá qualquer retorno sexual. Ao fazer isso, o robô também pode ensinar à pessoa com deficiência a identificar comportamentos sexuais abusivos praticados contra ela[31].

Diante de todo o exposto, compreende-se que os robôs sexuais podem auxiliar esses indivíduos a compreenderem e experienciarem a sexualidade. Isso porque, ao observar uma série de entrevistas realizadas em 2016, percebe-se que a sexualidade não é corretamente ensinada e compreendida por jovens com deficiência. Ao serem questionados sobre o significado deste termo, as respostas foram "é comentar sobre as pessoas. Sexo é transar, beijar, casar" ou "não sei... é quando a pessoa faz maldade para os outros. Não sei o que é maldade, esqueci, mas é errado"[32].

Entende-se, contudo, que os robôs sexuais tendem a ser caros, o que impede o acesso igualitário por todas as pessoas com deficiência[33]. De acordo com Sparrow, o preço inicial da boneca sexual *HarmonyX* da *RealDoll*, que tem

---

[30] SULLINS, John P. Robots, Love, and Sex: The Ethics of Building a Love Machine. **IEEE transactions on affective computing**, California, v. 3, n. 4, oct./dec, 2012, p. 10.

[31] FOSCH-VILLARONGA, Eduard; POULSEN, Adam. Sex care robots: exploring the potential use of sexual robot technologies for disabled and elder care. **Paladyn, Journal of Behavioral Robotics**, Berlim, v. 11, n. 1, 2020.

[32] MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. Vivência da sexualidade a partir do relato de pessoas com deficiência intelectual. **Psicologia em Estudo**. Maringá, v. 21, n. 1, 2016, p. 81-82.

[33] Apesar da importância desse fator, não será objeto de discussão no presente trabalho.

uma cabeça robótica capaz de imitar expressões faciais e falar como Alexa ou Siri[34], é de doze mil dólares[35]. Esse fator aliado a falta de políticas públicas de acesso ou outras medidas particulares[36] acabam por acentuar a desigualdade na garantia dos direitos sexuais. Isso porque parte destes direitos serão exercidos por apenas algumas pessoas, além que grande parte desses indivíduos não têm acesso ao mercado de trabalho e, consequentemente, a uma fonte de renda própria[37].

Portanto, é notório o potencial dos robôs sexuais para garantir o exercício da sexualidade. Desse modo, essa tecnologia pode ser identificada como mecanismo de apoio ao exercício de direitos sexuais por pessoas com deficiência, como será demonstrado nos tópicos seguintes.

3. O EXERCÍCIO DE DIREITOS SEXUAIS POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: BARREIRAS E DESAFIOS

A deficiência por muito tempo foi considerada fator de exclusão do convívio social. Na vigência do modelo médico-reabilitador de deficiência[38], esta era percebida como anomalia. Assim, acreditava-se que pessoas com deficiência (PCD) deveriam ser submetidas a tratamentos médicos e medicamentosos, com o propósito de ocultação de diferenças e consequente inserção dessas pessoas em um suposto padrão de normalidade. Além disso, a autonomia das PCD era negada, sob o pretexto de protegê-las.

Cumpre destacar que essa visão foi aos poucos modificada, especialmente em razão da emergência da temática dos direitos humanos e da percepção da

---

[34] São assistentes virtuais com inteligência artificial que operam por meio de comandos de voz.
[35] SPARROW, Robert. Sex robot fantasies. **Journal of Medical Ethics**, Clayton, [s.*n*.], 2020, p. 1.
[36] As medidas particulares que podem ser instituídas intentando o acesso das pessoas com deficiência à tecnologia são: incentivos financeiros visando a redução do valor da máquina; adaptação do robô sexual ao uso por pessoas com deficiência, por meio do manual de instruções em braille, áudio e/ou vídeo, bem como funcionalidades que se ajustem às deficiências físicas visuais e auditivas; dentre outras.
[37] NETO, Samuel Ribeiro dos Santos. A difícil inserção de pessoas com deficiência no mercado de trabalho. **Jornal da Unicamp**, Campinas, 23 de setembro de 2020.
[38] PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad.** Madrid: Cinca, 2008, p. 25.

necessidade de conferir concretude à pessoa humana. Esse processo, então, resultou na ascensão do modelo social de deficiência, adotado pela Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD). Com efeito, o foco passa da pessoa em si para a relação desta para com o meio no qual ela está inserida. Assim, a deficiência passa a ser considerada fruto da interação entre um corpo com lesões e as barreiras impostas pela sociedade, como discriminação, segregação e condições socioeconômicas, e o seu entorno. O enfoque se torna a eliminação de barreiras à inclusão e a promoção e proteção de direitos, de modo que exerçam autonomamente seus direitos em igualdade de condições com os demais, tendo respeitada a sua individualidade[39].

Nesse contexto, a CDPD reconheceu a capacidade legal das pessoas com deficiência, em igualdade de condições com as demais pessoas, nos termos do art. 12.2. Alterações na teoria das capacidades permitiram que se desconsiderasse a redução ou ausência do discernimento como fundamento suficiente, por si só, para negar a alguém o exercício de direitos. Assim, a Convenção não apenas reconhece a capacidade de direito das pessoas com deficiência, atrelada à titularidade de direitos, mas também a capacidade de fato, referente ao exercício de tais direitos[40].

O art. 12 da CDPD inclusive prevê mecanismos de apoio na tomada de decisão, que são responsáveis pela superação de mecanismos de representação. Desse modo, a adoção dos modelos de apoio é uma forma de privilegiar a independência e a autonomia das pessoas com deficiência, de modo que elas se tornem protagonistas de suas vidas[41]. No presente trabalho, associa-se esse protagonismo à possibilidade de as pessoas com deficiência optarem pelo uso de robôs sexuais.

---

[39] PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad.** Madrid: Cinca, 2008, p. 103-105.
[40] BARIFFI, Francisco José. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.** Madrid: Cinca, 2015, p. 303.
[41] DHANDA, Amita. Conversations between the proponents of the new paradigm of legal capacity. **International Journal of Law in Context**, London, v. 13, mar, 2017.

Cabe destacar que o Brasil é um dos Estados Partes da CDPD. Esta foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro como Emenda Constitucional, seguindo os trâmites previstos no art. 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal. Após sua recepção, procedeu-se à elaboração e posterior promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD)[42]. Ele modificou substancialmente os contornos do instituto das incapacidades, disciplinado pelos artigos 3º e 4º do Código Civil (CC), na medida em que retirou as pessoas com deficiência do rol de civilmente incapazes.

Outros dispositivos do EPD merecem destaque. O art. 1º delineia os objetivos dessa normativa, que refletem suas pretensões inclusivas, sendo os seguintes: "assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência, visando sua inclusão social e cidadania". Nesse sentido, indica-se que o EPD adota o modelo social de deficiência, consagrado em seu art. 2º. O Estatuto suscitou, ainda, o acréscimo do art. 1.783-A ao CC, que tutela um mecanismo de apoio para tomada de decisão, a chamada tomada de decisão apoiada, com base no art. 12 da CDPD. Para além, o art. 5º do EPD determina a proteção das pessoas com deficiência contra atos discriminatórios: "a pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante".

Ainda no que se refere a dispositivos do EPD, e dada a temática do presente trabalho, destaca-se o art. 6º, que reconhece a capacidade civil da pessoa com deficiência, inclusive para exercer direitos sexuais e reprodutivos, bem como a opção pelo uso de robôs sexuais. Além disso, tem-se o art. 8º, que estipula como

[42] PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada:** a ampliação das liberdades da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual em escolhas que geram efeitos jurídicos. Curitiba: Juruá, 2019, p. 123.

dever do Estado, da sociedade civil e das famílias a garantia da efetivação de uma variedade de direitos, dentre eles os direitos à saúde e à sexualidade.

Mesmo com todos os avanços apontados, com enfoque para o reconhecimento da capacidade legal, é importante apontar um aspecto que permeia a vida humana: a vulnerabilidade, identificada por Miguel Kottow como condição humana essencial. Não obstante a isso, em alguns contextos, tal vulnerabilidade se agrava: é o caso de pessoas com deficiência, que podem enfrentar obstáculos, desafios e barreiras ao exercício de seus direitos, dentre eles os direitos sexuais.

Os diversos aspectos da vulnerabilidade, que variam de intensidade a depender do contexto, podem ser explicados a partir da noção de capas, conforme definido por Florencia Luna. Para ela, é necessário compreender tais capas de vulnerabilidade como sutis ferramentas que permitem a identificação de toda a exuberância da realidade e suas inúmeras variações e diferenças[43].

Nesse sentido, indica-se a percepção de Luna no tocante à complexidade do conceito de vulnerabilidade. A autora propõe um protocolo de investigação, que consiste em uma desconstrução da realidade, com o objetivo de identificar diferentes capas de vulnerabilidade que, em resumo, dizem respeito a diferentes níveis de vulnerabilidade. Para além da mera constatação de rótulos, é fundamental identificar todos os níveis de vulneração que operam e oprimem certas pessoas. De tal forma que seja possível, desde já, definir garantias adequadas para evitar ou minimizar a capa de vulnerabilidade encontrada, com consequente proteção de todos os aspectos que se evidenciam[44].

A intensificação de posições de vulnerabilidade pode ocorrer, por exemplo, em decorrência do enfrentamento de obstáculos e desafios ao exercício

[43] KOTTOW, Miguel. Vulnerabilidad entre derechos humanos y bioética. Relaciones tormentosas, conflictos insolutos. **Revista de la Faculdad de Derecho PUCP**, Lima, n. 69, 2012, p. 29.
[44] LUNA, Florencia. Diálogo sobre "Vulnerabilidad: un principio fútil o útil en la ética de la asistencia sanitaria?" de Jan Helge Solbakk". **Revista Redbioética/UNESCO**, Montevideo, n. 2, 2011, p. 86.

de direitos sexuais. O Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas (ONU) elaborou um Relatório que aborda as principais dificuldades atreladas ao exercício de direitos sexuais e reprodutivos por pessoas com deficiência, com enfoque para a situação das mulheres. Dentre as problemáticas indicadas no documento estão as seguintes: dificuldade de tomada de decisões atinentes a seus próprios corpos; submissão a atos de violência, abuso e exploração; manutenção de preconceitos, discriminações e estereótipos. Exemplo da cultura de estereótipos é a percepção das pessoas com deficiência como assexuadas ou, no extremo oposto, como incapazes de controlar seu apetite sexual[45].

Desse modo, o Relatório da ONU elenca possíveis soluções para esse contexto impeditivo, quais sejam: o estabelecimento de legislações específicas sobre direitos sexuais e reprodutivos; o treinamento de profissionais de saúde para melhor atenderem pessoas com deficiência; a concessão de suportes às famílias dessas pessoas; a implementação de programas de ensino e conscientização, destinados a modificar percepções sociais sobre saúde sexual e reprodutiva e direitos sexuais, o que inclui conhecimentos acerca de métodos contraceptivos; a facilitação do acesso das pessoas com deficiência a informações, bens e serviços de saúde[46]. Salienta-se que os robôs sexuais podem ser identificados como bens ofertados com o intuito de viabilizar o exercício de direitos sexuais por pessoas com deficiência.

A interação com as chamadas barreiras atitudinais também é uma forma de intensificação de vulnerabilidade. Entende-se que as ditas barreiras atitudinais abarcam comportamentos que limitam ou obstruem a plena participação social

---

45 UNITED NATIONS. Sexual and reproductive health and rights of girls and young women with disabilities. **Report of the Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities**. General Assembly. Committee on the rights of persons with disabilities (Org.). [*s.l.*: *s.n.*], 2017.

46 UNITED NATIONS. Sexual and reproductive health and rights of girls and young women with disabilities. **Report of the Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities**. General Assembly. Committee on the rights of persons with disabilities (Org.). [*s.l.*: *s.n.*], 2017.

da pessoa com deficiência, assim como o gozo, a fruição e o exercício de direitos fundamentais, em igualdade de condições com as demais pessoais[47]. Cumpre destacar que essas barreiras se traduzem em rótulos, adjetivações pejorativas, substantivação da pessoa como deficiente, rejeição, inferiorização, estereotipação, ausência de informações, padronizações, e até mesmo excesso de assistencialismo e proteção[48]. Além disso, o caráter não estático das barreiras atitudinais[49], acaba por impedir o pleno desenvolvimento das potencialidades da pessoa com deficiência.

Nesse sentido, como forma de assegurar o exercício de direitos por pessoas com deficiência, e sem lhes negar a capacidade legal, deve-se recorrer aos chamados mecanismos de apoio. Mas, antes de discorrer acerca dos apoios, é necessário apontar que o Comitê da Organização das Nações Unidas (ONU), na Observação Geral nº 1, repeliu a possibilidade de manutenção de mecanismos de representação nos ordenamentos jurídicos dos Estados Partes da CDPD[50]. Assim, conforme entendimento do Comitê, podem ser estipulados apenas mecanismos de apoio na tomada de decisão, de modo que sejam superados todos os instrumentos que configuram substituição de vontade.

Em breve síntese, a essência dos mecanismos de apoio é manter a plena capacidade legal das pessoas (o que inclui tanto a capacidade de direito quanto

---

[47] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Consentimento informado em intervenções médicas envolvendo pessoas com deficiência intelectual ou psicossocial no Brasil e a questão das barreiras atitudinais. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CONSTANTINO CAYCHO, Renato Antonio; BARIFFI, Francisco José (coord.). **Capacidade jurídica, deficiência e direito civil na América Latina:** Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Peru. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 14.

[48] LIMA, Francisco; TAVARES, Fabiana. Barreiras atitudinais: obstáculos à pessoa com deficiência na escola. *In*: SOUZA, Olga Solange Herval. **Itinerários da inclusão escolar**. Porto Alegre: AGE, 2008, p. 5-7.

[49] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Consentimento informado em intervenções médicas envolvendo pessoas com deficiência intelectual ou psicossocial no Brasil e a questão das barreiras atitudinais. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CONSTANTINO CAYCHO, Renato Antonio; BARIFFI, Francisco José (coord.). **Capacidade jurídica, deficiência e direito civil na América Latina:** Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Peru. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 14.

[50] NACIONES UNIDAS. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. **Observación general no 1:** igual reconocimiento como persona ante la ley. Nueva York: Naciones Unidas, 2014, p. 2.

a capacidade de fato) e lhes assegurar o acesso, legalmente reconhecido, a suportes[51]. Em outros termos, o apoio consiste no fornecimento de assistência a alguém, de modo que a pessoa assistida se mostre apta a tomar decisões por conta própria[52]. Assim, não se nega a capacidade legal do indivíduo, mas lhes são disponibilizados os meios para o exercício de tal capacidade[53]. Sugere-se que um desses meios são os robôs sexuais, que viabilizam o exercício de direitos sexuais.

Ressalta-se o fato de que nenhuma pessoa humana exerce sua capacidade legal sozinha: ela recebe apoios e aconselhamentos daqueles que a rodeiam, como amigos, familiares, especialistas e profissionais. Além disso, as decisões tomadas pelos indivíduos são largamente influenciadas pelo contexto no qual se inserem. Não obstante a isso, em razão de uma combinação entre barreiras sociais e limitações decorrentes de impedimentos, pessoas com deficiência podem não ser aptas a exercer sua capacidade legal sem que recebam suportes específicos. É por esta razão que são implementados os mecanismos de apoio[54]. Ressalta-se que os apoios podem se traduzir não apenas em conselhos, mas também em objetos, sejam eles tecnológicos ou não, como os robôs sexuais, objeto do presente trabalho.

No Brasil, foi implementado como apoio o instituto da tomada de decisão apoiada, previsto no art. 116 do EPD e no art. 1.783-A do CC. Tal instrumento segue os princípios da CDPD, de modo que reconhece a liberdade, a autonomia e a independência das pessoas com deficiência para fazerem escolhas, sem

---

[51] BACH, Michael. Supported Decision Making under article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: questions and challenges. In: **Conference on Legal Capacity and Supported Decision Making Parents' Comittee of Inclusion Ireland**, Athlone, Comunicação Oral, 2007, p. 4.

[52] BACH, Michael; KERZNER, Lana. **A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity**. Toronto: Law Comission of Ontario, 2010, p. 85.

[53] ARSTEIN-KERSLAKE, Anna. An empowering dependency: exploring support for the exercise of legal capacity. **Scandinavian journal of disability research,** v. 18, n. 1, ago./2016, p. 80.

[54] ARSTEIN-KERSLAKE, Anna. An empowering dependency: exploring support for the exercise of legal capacity. **Scandinavian journal of disability research,** Oslo, v. 18, n. 1, ago./2016, p. 80.

descuidar de sua capacidade legal, em igualdade de condições com as demais pessoas[55].

Destaca-se que, na compreensão de Joyceane Menezes, a tomada de decisão apoiada é mais do que a mera institucionalização de um palpite, na medida em que consiste na assunção de deveres de informação, cooperação e proteção a serem cumpridos pelo apoiador ao apoiado[56]. O apoio, deve-se reforçar, abrange o fornecimento dos meios que oportunizam o exercício de direitos, o que não se limita à concessão de informações, e pode abranger, também, robôs sexuais.

Isto posto, pode-se afirmar a possibilidade de robôs sexuais serem identificados como instrumentos de apoio ao exercício de direitos sexuais por pessoas com deficiência. Os fundamentos que reforçam essa afirmação serão analisados no próximo tópico.

4. A UTILIZAÇÃO DE ROBÔS SEXUAIS COMO APOIO AO EXERCÍCIO DE DIREITOS SEXUAIS POR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Os direitos sexuais, como anteriormente exposto, são tema pouco abordado no Direito Privado e só passaram a ser tratados no Brasil a partir do final do século passado. Nesse cenário, sendo a sexualidade parte da identidade do ser humano, seu exercício se torna complexo quando se apresentam as barreiras associadas às questões de deficiência, pois acrescenta uma maior dificuldade para conferir efetividade aos direitos sexuais por meio da inclusão e em condições de igualdade[57].

---

[55] MENEZES, Joyceane Bezerra de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; MORAES, Maria Celina Bodin de. A capacidade civil e o sistema de apoios no Brasil. **Civilística.com,** Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, jan./jul. 2021, p. 21.

[56] MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil,** Rio de Janeiro, v. 9, jul./set, 2016, p. 49.

[57] BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Afirmação de gênero na tutela da pessoa com deficiência: um tabu a ser quebrado. In.: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina

No presente artigo, interessa entender que para os direitos sexuais serem exercidos é necessária a observância de aspectos específicos, em destaque a autonomia, a privacidade, o prazer e a educação sexuais. No entanto, a dificuldade para assegurar essas esferas, decorrente das barreiras enfrentadas pelas pessoas com deficiência, leva a crer que os robôs sexuais podem ser um meio efetivo de apoio para que pessoas com deficiência exerçam devidamente seus direitos sexuais.

Como analisado, a ideia de apoio está atrelada à eliminação de barreiras que impedem o pleno exercício da capacidade, sem que haja restrições sobre quais seriam essas medidas. Pode-se adotar as mais variadas formas e não é necessário que se pense apenas em assistências legalmente regulamentadas. Propor que os robôs sexuais sejam vistos como um instrumento para exclusão de barreiras e, principalmente, para fins instrutivos que possibilitam a inclusão de pessoas com deficiência é abrir debate sobre quais são as variadas possibilidades de apoio a serem encontradas em dispositivos tecnológicos[58].

Nesse sentido, a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) se apresenta apenas como um primeiro documento relevante para dar luz aos questionamentos sobre discriminação em relação ao sexo. Outros documentos internacionais podem ser esclarecedores, como a Declaração dos Direitos Sexuais, elaborada no 13° Congresso Mundial de Sexologia e realizada em 1977, em Valência (Espanha), sendo atualizada ao longo dos anos com última versão em 2014[59]. O documento supracitado elenca onze direitos sexuais específicos, sendo

---

Brochado (Coord.). **Gênero, vulnerabilidade e autonomia**: repercussões jurídicas. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 119.

[58] PALACIOS, Agustina. Algunas notas sobre derechos sexuales y reproductivos de personas con discapacidad en Argentina. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CONSTANTINO CAYCHO, Renato Antonio; BARIFFI, Francisco José (coord.). **Capacidade jurídica, deficiência e direito civil na América Latina:** Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Peru. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 10.

[59] Tradução dada em FURLANI, Jimena**. Educação sexual na sala de aula: relações de gênero, orientação sexual e igualdade étnico-racial numa proposta de respeito às diferenças**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2011. Original e atualizado em WORLD ASSOCIATION FOR SEXUAL HEALTH. Declaration of sexual rights. **WAS**, Hong Kong, 2014.

importante destacar quatro deles, quais sejam: os direitos à autonomia sexual, à privacidade sexual, ao prazer sexual e à educação sexual integral.

O direito à autonomia sexual é definido nesta declaração como "direito que envolve a capacidade de tomar decisões autônomas sobre a própria vida sexual num contexto de ética pessoal e social"[60]. Com efeito, abrange dois aspectos. Em primeiro momento, a autonomia deve ser entendida como uma esfera de proteção contra atos que ferem a esfera pessoal dos indivíduos, como discriminação, violência e abuso sexual. Ademais, vincula o Estado e a sociedade a respeitar diversas formas de liberdade sexual que incluem hábitos sexuais privados, como o consumo de pornografia, o uso de objetos sexuais, a escolha de parceiros sexuais, entre outros. A ideia é que se respeite a dignidade sexual do ser humano ao reconhecer seus direitos sexuais e a sua autonomia, a fim de exercê-los sem interferências inadequadas e conforme seus valores[61].

Essa esfera de dignidade sexual consiste, portanto, na capacidade do indivíduo de determinar as suas relações sexuais, sendo importante sublinhar que a autonomia só pode ser efetivada quando se dá suporte ao ser humano. Desse modo, é possível visualizar que a utilização desses robôs é um meio de desenvolvimento de habilidades necessárias para alcançar o referido direito, uma vez que possuem funcionalidades para esse fim, pois como visto nos primeiros tópicos podem ser adaptados ou desenvolvidos para esse uso a partir da tecnologia já existente.

Já o direito à privacidade sexual, que pode ser analisado como um desdobramento do direito à privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade, é definido como o "direito às decisões individuais e aos

---

[60] Tradução dada em FURLANI, Jimena. **Educação sexual na sala de aula: relações de gênero, orientação sexual e igualdade étnico-racial numa proposta de respeito às diferenças**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2011. Original e atualizado em WORLD ASSOCIATION FOR SEXUAL HEALTH. Declaration of sexual rights. **WAS**, Hong Kong, 2014.

[61] GRAUPNER, Helmut. Sexual Autonomy. **Austrian Society for Sex Research**, Viena, [*s.n.*], 2004. Disponível em: https://bit.ly/3wuXGVF. Acesso em: 15 de jun. 2021.

comportamentos ou às condutas em relação à intimidade, desde que não interfiram nos direitos sexuais dos outros"[62]. Assim, está diretamente ligado às normas e limites sociais sobre a sexualidade, como ensina Danielle Keats Citron[63]. São essas condições que determinam as informações que, no geral, são compartilhadas no convívio social sobre nudez, desejos, fantasias, pensamentos, comunicações e atividades relacionadas à sexualidade.

Embora o conceito de privacidade sexual seja abrangente, para o seu exercício deve-se levar em conta o isolamento de espaços físicos, a confidencialidade das comunicações com pessoas íntimas sobre sexo, orientação sexual, gênero, fantasias ou experiências sexuais. Trata-se, afinal, de permitir a escolha do indivíduo quanto ao que deseja compartilhar e com quem compartilhar sobre seu corpo e seus hábitos da vida íntima que envolvam sua expressão de sexualidade[64].

Nesse contexto, o direito à privacidade sexual muito se relaciona com a autonomia sexual no sentido que consiste justamente no direito de tomar decisões individuais relativas à intimidade. É preciso compreender que esses robôs sexuais não limitam a compreensão e o desenvolvimento da esfera íntima das pessoas com deficiência, pois permitem que a sexualidade se apresente nas diversas formas de expressão que a compõem. Ao contrário do que argumentam alguns autores[65], entende-se que a utilização dessas referidas tecnologias é uma forma de apresentar os modos de empatia necessários para relacionamentos humanos saudáveis a pessoas com deficiência que, pelas barreiras enfrentadas, não estão familiarizadas com a sua própria esfera íntima.

---

[62] Tradução dada em FURLANI, Jimena. **Educação sexual na sala de aula: relações de gênero, orientação sexual e igualdade étnico-racial numa proposta de respeito às diferenças**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2011. Original e atualizado em WORLD ASSOCIATION FOR SEXUAL HEALTH. Declaration of sexual rights. **WAS**, Hong Kong, 2014.

[63] CITRON, Danielle Keats. Sexual Privacy. **The Yale Law Journal,** New Haven, n. 128, v. 1870, 2019.

[64] CITRON, Danielle Keats. Sexual Privacy. **The Yale Law Journal,** New Haven, n. 128, v. 1870, 2019.

[65] BEWLEY, Susan; COX-GEORGE, Chantal. I, Sex Robot: the health implications of the sex robot industry. **British Medical Journal**, Reino Unido, v. 44, [s.n] p. 161-164. 2018. p. 161.

Para além, importante ressaltar que a garantia do direito ao prazer sexual das pessoas com deficiência, mesmo aquelas com impedimentos graves, parte do pressuposto de que os indivíduos não são desprovidos de sua sexualidade em razão da deficiência, embora enfrentem barreiras não encontradas por outras pessoas. Por isso, muitas vezes, existe a necessidade de assistência externa para satisfação desses interesses naturais, que se qualificam pelo aspecto do prazer[66].

É possível, em suma, compreender que a utilização de robôs voltados para esse fim não se presta ao atendimento pleno de todas as expressões dos direitos sexuais, mas abrange, em alguma medida, muitos de seus aspectos essenciais e não deve ser afastada, sob pena de incorrer em postura contraditória e discriminatória. Essas garantias se moldam em diversos aspectos da vivência humana, individual e coletiva, que não se resumem ao possível e legítimo prazer obtido em razão da tecnologia. Isto, contudo, não desqualifica a relevância do seu uso para obtenção de prazer sexual, que pode também proporcionar bem-estar físico, psicológico, intelectual e espiritual.

O presente trabalho entende que é essencial defender que o uso de robôs sexuais seja pensado junto aos debates sobre o que torna as pessoas com deficiência vulneráveis nos aspectos de sexualidade. Assim, é importante sublinhar que o exercício de direitos sexuais feito com o suporte dessa intervenção tecnológica deve ser inserido em um contexto que a pessoa com deficiência receberá informações e o devido apoio para que opte livremente por ela[67].

Não por acaso, o direito à educação sexual integral trata da transmissão de conhecimento que deve ser apropriada à idade, cientificamente correta, competente e fundamentada em direitos humanos, igualdade de gênero e uma abordagem positiva da sexualidade e do prazer. É, nesse sentido, que a

---

[66] NUCCI, Ezio Di. Sexual rights and disability. **Journal of Medical Ethics**, Copenhagen, v. 37, 2011, p. 158.

[67] DHANDA, Amita. Conversations between the proponents of the new paradigm of legal capacity. **International Journal of Law in Context**. London: v. 13, 2017.

sexualidade precisa ser interpretada conforme suas várias etapas de desenvolvimento[68].

Na infância, a sexualidade se expressa por meio de curiosidades, questionamentos, exploração do corpo e reconhecimento das diferenças sexuais. As regras sociais costumam ser apresentadas nessa fase. Já a adolescência é marcada pelo início da puberdade e por escolhas amorosas e sexuais. Considera-se a fase de reconhecimento da identidade pessoal ao conhecer e experimentar diversas formas de vivência da sexualidade[69].

Por sua vez, o adulto com o corpo físico desenvolvido aprende e domina o cuidado de si e do outro, a maternidade e a paternidade, a possível relação conjugal, a escolha das práticas sexuais e até mesmo as condições da identidade sexual que podem ser conflituosas com os padrões sociais. Por fim, no envelhecimento, o corpo se transforma pela ausência do fator reprodutivo, de forma que, por exemplo, as mulheres lidam com ressecamento vaginal, perda da sensibilidade, ondas de calor, instabilidade emocional, perda da elasticidade da pele e menopausa[70].

Compreender que as pessoas com deficiência enfrentam barreiras é admitir que essas etapas de desenvolvimento são sistematicamente negadas e reprimidas. Um robô sexual, portanto, pode ser um dispositivo que busca atualizar esse conhecimento não propiciado ou auxiliar criticamente a superação dos empecilhos que se apresentam nessas fases. A título sugestivo, é possível imaginar robôs sexuais que sejam desenvolvidos para que mulheres jovens e adultas aprendam sobre as mudanças hormonais do ciclo menstrual a que estão

---

[68] WORLD ASSOCIATION FOR SEXUAL HEALTH. Declaration of sexual rights. **WAS**, Hong Kong, 2014.
[69] OTONNI, Ana Carla Vieira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi . Considerações sobre a sexualidade e educação sexual de pessoas com transtorno do espectro autista. **Revista Ibero- Americana de Estudos em Educação**, São Paulo, v. 14, 2019.
[70] OTONNI, Ana Carla Vieira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi . Considerações sobre a sexualidade e educação sexual de pessoas com transtorno do espectro autista. **Revista Ibero- Americana de Estudos em Educação**, São Paulo, v. 14, 2019.

submetidas, como isso impacta seus desejos sexuais ao longo dos meses e a necessidade de medidas contraceptivas.

O exercício de direitos sexuais pressupõe aprendizagem e desenvolvimento de habilidades para que a pessoa descubra e exponha suas preferências e desejos voluntariamente. Portanto, garantir direitos em abstrato não seria suficiente, sendo necessário pensar sobre acessibilidade, ajustes razoáveis e medidas de apoio que obedeçam a implementação de um paradigma de educação sexual amplo e equitativo[71].

Isso porque existe uma importância específica nos direitos relacionados à capacidade, vez que garantem a possibilidade de atuação jurídica plena do sujeito, garantido a autonomia para determinados atos. Embora a capacidade legal seja necessária para o exercício de certas liberdades que se apresentam como decisões rotineiras, no caso das pessoas com deficiência, há uma discriminação que culmina na negação até mesmo de direitos básicos que propiciam a efetividade dos atos rotineiros[72].

Assim, em relação ao mecanismo de apoio, o Comitê sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, por meio da "Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley", definiu capacidade mental como a que se refere à aptidão para tomar decisões, que varia entre os indivíduos. Assim, o artigo 12 da CDPD não coaduna com a possibilidade de negar a capacidade legal, nela incluída direito e fato, devido às variações referentes ao equilíbrio mental ou ao déficit de capacidade mental[73]. Desse modo, para o exercício da capacidade é necessário um sistema de apoio.

---

[71] PALACIOS, Agustina. Algunas notas sobre derechos sexuales y reproductivos de personas con discapacidad en Argentina. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CONSTANTINO CAYCHO, Renato Antonio; BARIFFI, Francisco José (coord.). **Capacidade jurídica, deficiência e direito civil na América Latina:** Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Peru. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 10.

[72] DHANDA, Amita. Conversations between the proponents of the new paradigm of legal capacity. **International Journal of Law in Context**. London: v. 13, mar./2017.

[73] NACIONES UNIDAS. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Org.). **Observación general sobre el artículo 12**: igual reconocimiento como persona ante la ley. Nueva York: Naciones Unidas, 2014.

O mesmo documento informa que o funcionamento da mente humana depende de contextos sociais e políticos de cada pessoa. Portanto, a ocorrência de apoio pode se apresentar de variadas formas, desde que satisfaça seu objetivo primordial de superação de barreiras que impedem o pleno desenvolvimento das capacidades humanas, como todos aqueles elencados para evolução da compreensão de sexualidade ao longo da vida[74].

No geral, para ter direito aos pequenos atos cotidianos, pressupõe-se que as pessoas com deficiência dependem de grandes ações jurídicas e políticas. Ao aceitar o uso dos referidos robôs como uma forma de apoio ao exercício de direitos sexuais, entende-se que o novo paradigma busca assegurar o consentimento e a escolha da pessoa por todos os meios disponíveis. Isso, por sua vez, sem que sejam necessários mecanismos de validação do ato de expressão sexual, seja ele meramente de prazer sexual ou com caráter educativo em razão de um desenvolvimento autônomo da sexualidade. Já que a satisfação aqui almejada também se apresenta como parte de uma possibilidade humana cotidiana.[75].

Sublinha-se, mais uma vez, que o apoio não pressupõe a participação exclusiva de uma pessoa, assim nada impede que robôs sexuais exerçam essa função como objeto tecnológico. Como anteriormente descrito, seus dispositivos e configurações podem efetivamente solucionar e impulsionar aspectos do novo paradigma de tratamento às pessoas com deficiência. Assim, quando esse mecanismo de apoio é inserido adequadamente ao cotidiano da pessoa com deficiência, valoriza-se a dignidade (como condição essencial do ser humano), a liberdade (como autonomia, que exige que a pessoa seja o centro das decisões que a afetam) e a igualdade (inerente ao ser humano, como respeito às diferenças).

---

[74] NACIONES UNIDAS. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Org.). **Observación general sobre el artículo 12**: igual reconocimiento como persona ante la ley. Nueva York: Naciones Unidas, 2014.

[75] DHANDA, Amita. Conversations between the proponents of the new paradigm of legal capacity. **International Journal of Law in Context**. London: v. 13, mar./2017.

Portanto, o empoderamento só poderá ocorrer se for concedido o poder necessário para que a pessoa com deficiência rompa a lógica de dominação à qual está submetida nas decisões de menor impacto. A utilização de robôs sexuais, afinal, deve obedecer aos limites de seus desejos e necessidades, como todo e qualquer implemento de apoio. Com efeito, conclui-se que a utilização de robôs sexuais como forma de apoio aos exercícios de direitos sexuais contribui para a formação adequada da personalidade da pessoa com deficiência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O uso de robôs sexuais com inteligência artificial por pessoas com deficiência tem sido incentivado a fim de garantir o exercício da sexualidade. Isso porque essas pessoas enfrentam barreiras para o exercício dos seus direitos sexuais e os pré-conceitos estruturados na sociedade criam obstáculos para que medidas necessárias possam ser tomadas nesse sentido. Desse modo, defendeu-se que essa tecnologia pode ser utilizada como um instrumento de apoio.

Em vista disso, o presente trabalho buscou identificar o que são os robôs sexuais com inteligência artificial, os entendendo como máquinas que possuem aspectos humanos e funcionalidades robóticas para auxiliar o exercício sexual. Além disso, o estudo compreende a sua função educacional, ao auxiliar o seu usuário a descobrir aspectos da sua sexualidade. Assim, foi exposto dois importantes argumentos de defensores de seu uso, quais sejam: i) robôs sexuais asseguram o exercício de capacidades mínimas; ii) essa tecnologia pode garantir o cuidado integral.

Demonstrou-se, ainda, que as pessoas com deficiência têm reconhecida sua plena capacidade legal, nos moldes tanto da CDPD quanto do EPD, de modo que estão aptas ao exercício de seus direitos, dentre eles os direitos sexuais. Não obstante a isso, elas podem enfrentar barreiras e desafios à efetivação desses direitos, como preconceitos, estereótipos, violências e exclusões. Nesse sentido,

quando se fazem necessários suportes para que o gozo e a fruição de garantias sejam efetivos, podem ser definidos mecanismos de apoio na tomada de decisão. Dentre esses estão os robôs sexuais, identificados como aptos a auxiliar o exercício de direitos sexuais.

Aponta-se que os direitos sexuais compõem o rol de direitos humanos e se caracterizam por uma divisão, destacando-se os direitos à autonomia sexual, à privacidade sexual, ao prazer sexual e à educação sexual integral. Ao analisar os conceitos estudados, tornou-se necessário admitir que a sexualidade envolve a admissão e o acolhimento de múltiplas manifestações por pessoas plurais ao longo da vida. Portanto, a utilização dos robôs sexuais como uma opção de apoio às pessoas com deficiência se apresenta como forma de alavancar um desenvolvimento complexo de auto percepção e interação com outro, conforme a necessidade humana cotidiana e natural de se expressar sexualmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARSTEIN-KERSLAKE, Anna. An empowering dependency: exploring support for the exercise of legal capacity. **Scandinavian journal of disability research,** Oslo, v. 18, n. 1, p. 77-92, ago./2016.

BACH, Michael; KERZNER, Lana. **A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity**. Ontario: Law Comission Of Ontario, 2010.

BACH, Michael. Supported Decision Making under article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: questions and challenges. In: **Conference on Legal Capacity and Supported Decision Making Parents' Comittee of Inclusion Ireland**, Athlone, Comunicação Oral, 2007.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Afirmação de gênero na tutela da pessoa com deficiência: um tabu a ser quebrado. In.: MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (Coord.). **Gênero, vulnerabilidade e autonomia: repercussões jurídicas**. Indaiatuba: Foco, p. 103-120, 2020.

BARIFFI, Francisco José. **El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.** Madrid: Cinca, 2015.

BEWLEY, Susan; COX-GEORGE, Chantal. I, Sex Robot: the health implications of the sex robot industry. **British Medical Journal**, Reino Unido, v. 44, p. 161-164, 2018.

CITRON, Danielle Keats. Sexual Privacy. **The Yale Law Journal,** New Haven, n. 128, v. 1870, p. 1870-1960, 2019.

DHANDA, Amita. Conversations between the proponents of the new paradigm of legal capacity. **International Journal of Law in Context**, London, v. 13, p. 87-95, mar./2017.

FOSCH-VILLARONGA, Eduard; POULSEN, Adam. Sex care robots: exploring the potential use of sexual robot technologies for disabled and elder care. **Paladyn, Journal of Behavioral Robotics,** Berlim, v. 11, n. 1, p. 1-18, 2020.

FURLANI, Jimena. **Educação sexual na sala de aula: relações de gênero, orientação sexual e igualdade étnico-racial numa proposta de respeito às diferenças**. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

GRAUPNER, Helmut. Sexual Autonomy. **Austrian Society for Sex Research**, Viena, [*s.n.*], 2004. Disponível em: https://bit.ly/3wuXGVF. Acesso em: 15 de jun. 2021.

INTERNET OF THINGS (IOT). The Internet of Things (IoT): An Overview Understanding the Issues and Challenges of a More Connected World. **Internet Society**, Geneva, 15 october 2015. Disponível em: https://www.internetsociety.org. Acesso em 11 de mai. 2021.

JECKER, Nancy S. Nothing to be ashamed of: sex robots for older adults with disabilities. **Journal of Medical Ethics**, Seattle, v. 47, p. 26-32, 2021.

KOTTOW, Miguel. Vulnerabilidad entre derechos humanos y bioética. Relaciones tormentosas, conflictos insolutos. **Revista de la Faculdad de Derecho PUCP**, Lima, n. 69, p. 25-44, 2012.

LIMA, Francisco; TAVARES, Fabiana. Barreiras atitudinais: obstáculos à pessoa com deficiência na escola. In: SOUZA, Olga Solange Herval. **Itinerários da inclusão escolar**. Porto Alegre: AGE, 2008.

LUNA, Florencia. Diálogo sobre "Vulnerabilidad: un principio fútil o útil en la ética de la asistencia sanitaria?" de Jan Helge Solbakk". **Revista Redbioética/UNESCO**, Montevideo, n. 2, p. 85-90, 2011.

MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. Vivência da sexualidade a partir do relato de pessoas com deficiência intelectual. **Psicologia em Estudo**. Maringá, v. 21, n. 1, p. 81-82, 2016.

MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi; RIBEIRO; Paulo Renner Marçal. Desfazendo mitos para minimizar o preconceito sobre a sexualidade de pessoas com deficiência. **Revista Brasileira de Educação Especial**, Marília, v. 16, n. 2, p. 159-176, 2010.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; MORAES, Maria Celina Bodin de. A capacidade civil e o sistema de apoios no Brasil. **Civilística.com,** Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 1-28, jan./jul, 2021.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015). **Revista Brasileira de Direito Civil,** Rio de Janeiro, v. 9, p. 31-57, jul./set, 2016.

NASCIMENTO, Elen C. Carvalho; SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo. The 'use' of sex robots: a bioethical issue. **Asian Bioethics Review**, Singapore, v. 10, n. 3, p. 231-240, 2018.

NACIONES UNIDAS. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Observación general no 1**: igual reconocimiento como persona ante la ley. Nueva York: Naciones Unidas, 2014.

NACIONES UNIDAS. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Org.). **Observación general sobre el artículo 12**: igual reconocimiento como persona ante la ley. Nueva York: Naciones Unidas, 2014.

NETO, Samuel Ribeiro dos Santos. A difícil inserção de pessoas com deficiência no mercado de trabalho. **Jornal da Unicamp**, Campinas, 23 de setembro de 2020.

NUCCI, Ezio Di. Sexual rights and disability. **Journal of Medical Ethics**, Copenhagen, v. 37, p. 1-9, 2011.

OTONNI, Ana Carla Vieira; MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. Considerações sobre a sexualidade e educação sexual de pessoas com transtorno do espectro autista. **Revista Ibero- Americana de Estudos em Educação**, São Paulo, v. 14, p. 106-119, 2019.

PALACIOS, Agustina. **El modelo social de discapacidad**. Madrid: Cinca, 2008.

PALACIOS, Agustina. Algunas notas sobre derechos sexuales y reproductivos de personas con discapacidad en Argentina. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CONSTANTINO CAYCHO, Renato Antonio; BARIFFI, Francisco José (coord.). **Capacidade jurídica, deficiência e direito civil na América Latina**: Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Peru. Indaiatuba: Foco, 456 p., 2021.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **Tomada de decisão apoiada:** a ampliação das liberdades da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual em escolhas que geram efeitos jurídicos. Curitiba: Juruá, 2019.

RIGOTTI, Carla. Sex robots: a human rights discourse? **Open Global Rights**, Bruxelas, may 2, 2019.

RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. **Revista Horizontes Antropológicos,** Porto Alegre, n. 26, p. 71-100, jul./dez, 2006.

SCHEUTZ, Matthias; ARNOLD, Thomas. Are we ready for sex robots? **Tufts University**, Medford, [*s.n.*], p. 351-358, 2016.

SÉGUIN, Elida. Direitos sexuais como um direito humano. **Revista Direito e Justiça**, Porto Alegre, n. 15, p. 1-14, 2010.

SÉRVIO, Pablo Petit Passos. Bonecas, robôs, narcisos e fetiches: o esquecimento de si e a desumanização do outro. **Revista Brasileira de Pesquisa (Auto)Biográfica**, Salvador, v. 2, n. 4, p. 153-175, jan./abr, 2017.

SPARROW, Robert. Sex robot fantasies. **Journal of Medical Ethics**, Clayton, [*s.n.*], p. 1-2, 2020.

SULLINS, John P. Robots, Love, and Sex: The Ethics of Building a Love Machine. **IEEE transactions on affective computing**, California, v. 3, n. 4, p. 398-409, oct./dec, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Consentimento informado em intervenções médicas envolvendo pessoas com deficiência intelectual ou psicossocial no Brasil e a questão das barreiras atitudinais. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CONSTANTINO CAYCHO, Renato Antonio; BARIFFI, Francisco José (coord.). **Capacidade jurídica, deficiência e direito civil na América Latina:** Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Peru. Indaiatuba: Foco, 456 p., 2021.

THE BICENTENNIAL MEN. **Fandom,** New York, [*s.d.*]. Disponível em: https://asimov.fandom.com/wiki/The_Bicentennial_Man. Acesso em: 13 de mai. 2021.

UNITED NATIONS. Sexual and reproductive health and rights of girls and young women with disabilities. **Report of the Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities**. General Assembly. Committe on the rights of persons with disabilities (Org.). [*s.l.: s.n.*], 2017.

WORLD ASSOCIATION FOR SEXUAL HEALTH. Declaration of sexual rights. **WAS**, Hong Kong, 2014.

CONSIDERAÇÕES À AUTONOMIA E AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE A PARTIR DA CULTURA DO CANCELAMENTO POR MINORIAS IDENTITÁRIAS

Hully Pereira dos Santos[1]
Nara Pereira Carvalho[2]

RESUMO: O presente trabalho destina-se a proceder considerações à autonomia pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade a partir da cultura do cancelamento efetuada por grupos minoritários e a sua contribuição para a efetivação da justiça social. Sob a perspectiva do Direito Civil, busca-se as imbricações entre a conjuntura socioeconômica em que essa prática se apresenta e a possibilidade de livre desenvolvimento da personalidade. No contexto de acentuação neoliberal, a pessoa deixa de ser considerada em sua complexidade, constituída a partir das relações com outras pessoas, ambientes, valores morais e padrões socioeconômicos para ser posicionada como única responsável pela aquisição de condições financeiras para seu sustento e desenvolvimento. Desconsidera-se, portanto, elementos sociais estruturantes, de raízes históricas, que circunstanciam o exercício da autonomia. Nesse sentido, o cancelamento, de repercussões *online* e *offline*, foi utilizado pelos movimentos *#MeToo*, *Black Lives Matter* e ANTIFA, enquanto mecanismo de oposição a expressões machistas, homofóbicas e LGBTQ+fóbicas, assim como ao desmonte de redes de apoio institucional. Pode ensejar, entretanto, incoerências ao promover a culpabilização

[1] Bacharela em Direito pelo Instituto de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal de Juiz de Fora, Campus Governador Valadares.
[2] Professora do curso de Direito do Instituto de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal de Juiz de Fora, Campus Governador Valadares.do Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

individualizada, desconsiderando o contexto em que a pessoa cancelada está inserida, sua multiplicidade, para além do aspecto intolerante e da possibilidade de mudança. Torna-se necessário questionar então se a ação do cancelamento tem contribuído para o estabelecimento da justiça social ou tem servido como mais um instrumento de cerceamento das experiências democráticas, sob apresentação de uma autonomia abstrata e de um pleno desenvolvimento da personalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Cultura do cancelamento; Autonomia; Livre desenvolvimento da personalidade.

INTRODUÇÃO

O Direito civil visa a garantir o livre desenvolvimento e manifestação da personalidade ao regular as relações interpessoais. Em tempos de crescente desenvolvimento tecnológico e avanço do acesso à internet, surgem novos questionamentos e elaborações para que as interações mediadas pelas novas tecnologias sejam mais bem abarcadas.

Nesse sentido, as redes sociais, compostas por plataformas como Instagram, Facebook e Twitter, são espaços em crescimento. No contexto pandêmico vivenciado no Brasil desde 2020 e as recomendações de isolamento e distanciamento social como medidas de contenção da propagação da Covid-19, as interações virtuais ganham projeção, atraindo mais pessoas e angariando maior tempo de utilização. Nesses espaços, os usuários criam redes de interlocutores com quem podem compartilhar suas ideias e mídias com a velocidade e capacidade de propagação inovadoras.

Essa capacidade de produção e distribuição de informação permitiu a eclosão de novas práticas como a cultura do cancelamento. Perpetuada por

grupos minoritários, essa mobilização almeja a contenção de políticas e práticas danosas ao livre desenvolvimento da personalidade de mulheres brancas e negras, homens negros e comunidade LGTQ+ a partir da oposição de consequências à imagem e ao patrimônio de indivíduos flagrados em práticas de cunho discriminatórios. Os campos online e offline se integram, sendo possível ultrapassar o virtual não apenas nas consequências experimentadas pelos cancelados, mas também nas ferramentas mobilizadas pelos canceladores. Conforma-se então uma espécie de julgamento moral, paralelo às responsabilizações civis e penais instituídas pelos devidos órgãos jurisdicionais, e também impositor de restrições que influenciam no patrimônio e no livre desenvolvimento da personalidade.

Repensar a cultura do cancelamento perpassa pela compreensão dessa ferramenta enquanto expressão de demandas individuais e coletivas, bem como promotoras ou cerceadoras de experiência democrática.

1. O QUE É CULTURA DO CANCELAMENTO

1.1 CONTEXTO A PARTIR DO QUAL A EXPRESSÃO PASSOU A SER UTILIZADA

De acordo com o jornalista Jonah Bromwich, o termo "cancelamento", popularizado nas redes sociais online nos últimos anos, aparece empregado pela primeira vez em 2018, pelo cantor norte-americano Kenye West, ao comentar em entrevista que seria cancelado por não ter cancelado Donald Trump – a propósito do envolvimento deste em discursos polêmicos de ofensa a minorias sociais3. A difusão do termo, entretanto, deu-se posteriormente, no mesmo ano,

[3] THE DAILY: Cancel Culture, Part1: Where It Came From. [Locução de Michael Barbaro]. **The New York Times**, 10 ago. 2020. *Podcast*. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/08/10/podcasts/the-daily/cancel-culture.html?showTranscript=1>. Acesso em: 11 fev. 2021.

relacionando-se às pessoas expostas pela campanha Me Too, iniciada um ano antes.

Em 05 de outubro de 2017, o jornal The New York Times publicou matéria denunciando casos de assédio e abuso sexual contra o produtor Harvey Weinsein, um dos maiores executivos de Hollywood4. A partir de então, houve uma série de novas denúncias e manifestações públicas protagonizadas por mulheres incentivando novas acusações, assim como o combate a assédios e agressões sexuais na indústria do entretenimento norte-americana.

O movimento ganhou especial repercussão a partir de uma publicação da atriz Alyssa Milano, em sua conta na rede social Twitter, em 15 de outubro de 2017¸ na qual ela estimulava pessoas que tivessem experiências semelhantes a endossarem a mensagem, marcando a #metoo ("eu também", em português). No dia seguinte, a hashtag já havia sido utilizada mais de 600 mil vezes pelos usuários, incluindo famosas como a cantora Lady Gaga e a atriz Debra Messing5.

Em 29 de outubro de 2018, o The New York Times publicou relatório divulgando que mais de 200 homens influentes foram despedidos após acusações públicas de assédio sexual, tendo alguns desses casos, como o de Weinstein, ensejado processos criminais. Ao menos 920 pessoas foram a público para denunciar que foram vítimas de algum tipo de má conduta sexual cometida por um dos homens da lista6.

---

[4] KANTOR, Jodi; TWOHEY, Megan. Harvey Weinstein Paid Off Sexual Harassment Accusers for Decades. **The New York Times,** 05 out 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/10/05/us/harvey-weinstein-harassment-allegations.html>. Acesso em: 12 fev. 2021.

[5] AMENDOLA, Beatriz. #MeToo, um ano depois: Após a onda de denúncias que abalou Hollywood, qual foi a real influência do movimento? **UOL**, [s.d.]. Disponível em: <https://www.uol/entretenimento/especiais/metoo-um-ano-depois.htm#metoo-um-ano-depois>. Acesso em: 12 fev. 2021.

[6] CALSEN, Audrey *et al.* #MeToo Brought Down 201 Powerful Men. Nearly Half of Their Replacements are Women. **The New York Times**, 29 out 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/interactive/2018/10/23/us/metoo-replacements.html>. Acesso em: 22 fev. 2021.

A potência do movimento em responsabilizar pessoas até então consideradas intocáveis devido a posição social e redes de relacionamento e influência contribuiu para que as acusações se alastrassem para outras esferas de poder, atingindo figuras públicas políticas e representantes do judiciário. Manifestações semelhantes seguiram-se em outros países.

O cancelamento, iniciado com a denúncia de pessoas influentes numa espécie de prestação de contas de pessoas que não seriam facilmente responsabilizadas em Juízo por suas ações, perdurou no tempo e estendeu-se às pessoas anônimas. O caso de Amy Cooper é um exemplo do ano de 2020 que repercutiu devido ao envolvimento com a questão racial e a proximidade com manifestações do Black Lives Matter, movimento que denuncia, mais do que a violência cometida por policiais, a discriminação racial nos Estados Unidos.

Em 25 de maio, Amy Cooper caminhava com seu cachorro sem coleira, no Central Park em Nova York, quando foi interceptada por Cris Cooper pedindo que colocasse a coleira, de uso obrigatório na área em que estavam. Diante da resposta negativa e violenta, Cris começou a filmá-la. Registrou então a mulher dizendo que chamaria a polícia e que a sua integridade física e a de seu cachorro estava sendo ameaçada por ele, um homem afro-americano. O vídeo tornou-se viral e Amy foi despedida da empresa em que trabalhava devido à repercussão do caso, ocorrido no mesmo dia em que George Floyd, outro homem negro, foi imobilizado e morreu asfixiado por um policial branco no estado de Minneapolis, apesar de desarmado e ter dito que não conseguia respirar7.

Em 07 de julho de 2020, por sua vez, foi publicado, na Revista Harper's, documento intitulado de "Uma Carta sobre Justiça e Debate Aberto". Assinada por 153 pessoas (jornalistas, intelectuais e artistas), nela se destacam possíveis

[7] PRESSE, France. Mulher branca que denunciou falsamente homem negro em NY responderá a processo. **G1**, 06 jul. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/07/06/mulher-branca-que-denunciou-falsamente-homem-negro-no-central-park-em-ny-respondera-a-processo.ghtml>. Acesso em: 11 fev. 2021.

retrocessos na experimentação da liberdade de expressão a partir da censura, da intolerância e de retaliações instaladas em espaços ditos progressistas. Chamam atenção para a radicalização do discurso que substitui questões políticas complexas por certezas morais, inviabilizando o debate em nome da formação de consensos. Ao final, expõem que, enquanto escritores, precisam da possibilidade de divergência, experimentação e até mesmo erro8.

Em resposta, três dias depois, um grupo de escritores, jornalistas e pesquisadores divulgou o documento "Uma Carta Mais Específica sobre Justiça e Debate Aberto", apontando a falta de diversidade de gênero e racial presente nos autores da primeira carta e que mesmo a revista em que o documento foi veiculado é produzida e destinada a um público específico e privilegiado socialmente. Questionam a pretensa liberdade de expressão defendida pelo grupo, que, na prática, é utilizada pelos próprios assinantes da carta para manter posições opressoras em face de grupos vulneráveis, como negros e comunidade LQBTQIA+ nas artes, jornalismo e mercado editorial9.

No Brasil, a cultura do cancelamento encontrou um ambiente propenso ao seu desenvolvimento a partir da expansão do acesso à internet. Diversos grupos sociais que encontraram então nas redes sociais um espaço de vazão de princípios e demandas. Dentre os diversos casos envolvendo figuras públicas como pesquisadores, artistas, influencers, políticos e anônimos, dois casos ganharam repercussão por envolverem a questão identitária e serem operados por grupos minoritários foram da cantora Karol Conká e do DJ Ivis.

A cantora Karol Conká foi participante da edição de 2021 do reality show Big Brother Brasil e recordista mundial de rejeição na votação de eliminação: 99,17%

---

[8] ACKHERMAN, Elliot *et al.* A Letter on Justice and Open Debate. **Harper's Magazine Foundation**, 07 jul. 2020. Disponível em: <https://harpers.org/a-letter-on-justice-and-open-debate/>. Acesso em: 11 fev. 2021.

[9] BINKOWSKI, Brooke *et al*. A more Specific Letter on Justice and Open Debate. **The Objective**, 10 jul. 2020. Disponível em: <https://www.objectivejournalism.org/p/a-more-specific-letter-on-justice>. Acesso em: 11 fev. 2021

dos votos computados foram pela sua saída10. Sua postura dentro do programa foi objeto de críticas, sendo associada a comportamentos xenofóbicos, bifóbicos, religiosamente intolerantes e assédio. A cantora inicialmente experenciou perdas patrimoniais relacionadas a publicidade no Instagram, shows e programas de TV, um prejuízo calculado em torno de 5 milhões de reais11. Além do boicote à sua carreira, a cantora e familiares foram vítimas de intimidações12. Um caso mais recente é o do DJ Ivis, que aparece em vídeos divulgados pela sua esposa Pamella Holanda, agredindo-a. As postagens se deram no dia 11 de julho de 2021. Em resposta à má repercussão, o artista teve contratos com gravadoras e parcerias profissionais canceladas, sendo suas músicas retiradas das plataformas de streaming Spotify e Dezzer13. Em 14 de julho foi efetuada a prisão provisória de DJ Ivis durante investigação do caso de lesão corporal no contexto de violência doméstica14.

Dessa maneira, o emprego da expressão cultura do cancelamento é bastante recente. Em um primeiro momento, esteve vinculada à manifestação de mulheres, com o movimento Me Too frente a comportamentos abusivos de pessoas influentes na indústria do entretenimento, judiciário e políticos, que dificilmente seriam responsabilizados por seus atos. Essa expressão de insatisfação e oposição,

---

[10] BBB 21: Discurso de Tiago Leifert não foi para Karol Conká, foi para você. **Catraca Livre**, 24 fev. 2021. Disponível em: <https://catracalivre.com.br/entretenimento/bbb-21-discurso-de-tiago-leifert-nao-foi-para-karol-conka-foi-para-voce/>. Acesso em: 27 fev. 2021.

[11] NICOCELI, Artur; MIRELLE, Beatriz. Karol Conká pode perder até R$ 5 milhões com polêmica no "Big Brother Brasil". **Forbes**, 03 fev. 2021. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbesmoney/2021/02/karol-conka-pode-perder-ate-r-5-milhoes-com-polemica-no-big-brother-brasil/>. Acesso em: 27 fev. 2021

[12] BARBOSA, Juliana. Filho de Karol Conká pede, mais uma vez, por empatia: "Paz, galera". **Metrópoles**, 24 fev. 2021. Disponível em: <https://www.metropoles.com/entretenimento/bbb/filho-de-karol-conka-pede-mais-uma-vez-por-empatia-paz-galera>. Acesso em: 27 fev. 2021.

[13] CANTORES e gravadoras anunciam fim de parcerias com DJ Ivis após agressão contra ex-mulher. **G1**, 14 jul. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2021/07/14/cantores-e-gravadoras-anunciam-fim-de-parceria-com-dj-ivis-apos-agressao-contra-ex-mulher.ghtml>. Acesso em: 23 jul. 2021.

[14] PINUSA, Samuel. DJ Ivis é preso na Grande Fortaleza por agressões contra ex-mulher, Pamella Holanda. **G1**, 14 jul. 2021. Disponível em: < https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2021/07/14/dj-ivis-e-preso-em-fortaleza-apos-agressoes-contra-ex-mulher.ghtml >. Acesso em: 30 jul. 2021.

no entanto, cresceu, passando a englobar pessoas tidas como anônimas e cuja visibilidade se deu a partir da exposição de fatos considerados atentatórios e da viralização em redes sociais. A prática passou então a ser utilizada como mecanismo de luta e defesa de direitos de minorias sociais, como o Black Lives Matter e ANTIFA, e em outras localidades além dos Estados Unidos. No Brasil, a prática também se dissemina como expressão de descontentamento mediante práticas consideradas incorretas.

1.2 NOÇÃO

De acordo com o dicionário Michaelis, o verbo "cancelar" significa: "1. Riscar (o que está escrito) para que fique sem efeito; 2. Declarar nulo ou sem efeito; invalidar; 3. Tornar algo sem efeito; eliminar, excluir; 4. Suspender a realização de algo que se havia planejado; 5. Apresentar conclusão; não mais prosseguir com um processo"15. Assim, originalmente, o termo refere-se a seres inanimados, como objetos e eventos. A palavra foi então transposta para se referir à prática de boicote, seja a produtos e empresas, seja a pessoas não alinhadas a determinados valores.

Segundo NORRIS, a cultura do cancelamento pode ser entendida sob uma acepção ampla, concernindo à "tentativa de excluir alguém por violar as normas sociais". Já, em uma acepção restrita, como "a prática de retirar o apoio a (ou cancelar) figuras públicas e empresas depois de terem feito ou dito algo considerado questionável ou ofensivo"16. Nesse mesmo sentido, o Dicionário Macquarie define cancelamento como:

---

15 MICHAELIS, Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa. **Cancelar**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/cancelar/>. Acesso em: 12 fev. 2021.

16 NORRIS, Pippa. Closed Minds? Is a "Cancel Culture" Stifling Academic Freedon and Intellectual Debate in Political Science? **Faculty Research Working Paper Series**, Harvard Kennedy School, ago. 2020. Disponível em: <https://www.hks.harvard.edu/publications/closed-minds-cancel-culture-stifling-academic-freedom-and-intellectual-debate>, p 02.

> as atitudes que partem de uma comunidade que reclama e promove a retirada de apoio a uma figura pública, como cancelamento de um papel de ator, proibição de tocar a música de um artista, remoção da mídia social, etc., geralmente em resposta a uma acusação de uma ação ou comentário socialmente inaceitável[17].

O cancelamento passa então a ser um expediente utilizado por consumidores para boicotar marcas e corporações consideradas antiéticas, repercutindo-lhes financeiramente. De maneira semelhante, a cultura do cancelamento volta-se, também, a pessoas humanas, com repercussões inclusive patrimoniais.

Deixar de consumir toma uma ênfase num contexto em que cresce o número de pessoas que auferem renda a partir de fluxos comerciais *online*. A internet é utilizada para a divulgação de serviços e produtos existentes *offline*, e permitiu a monetarização do engajamento *online*, ou seja, visualizações e interações com o conteúdo publicado em redes sociais são fonte de renda[18].

Não obstante, o cancelamento volta-se não apenas a pessoas que obtêm renda a partir da internet. A estratégia de cancelamento normalmente usa a mídia social para envergonhar pessoas a fim de aplicar penalidades com diferentes graus de rigor, que variam desde limitar o acesso a espaços de interação e diálogo, prejudicar reputações e encerrar carreiras até instigar processos legais[19]. A utilização simultânea do termo cancelamento a eventos, objetos e relações humanas é emblemática. Numa sociedade marcada pelo consumo, a própria pessoa se converte em mercadoria, passível de eliminação a partir de experiências insatisfatórias.

---

[17]MACQUARIE Dictionary. **Cancel Culture**. Disponível em: <https://www.macquariedictionary.com.au/features/word/search/?search_word_type=Dictionary&word=cancel+culture>. Acesso em: 22 fev. 2021.

[18] COELHO, Claudio N.P.; VILCHEZ, Isabela V. Cancelados: a cultura do cancelamento na sociedade do espetáculo. **Anais do 43º Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação**, Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, ago. 2020; Disponível em: <http://www.intercom.org.br/sis/eventos/2020/resumos/R15-1185-1.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2021.

[19] NORRIS. Closed ..., *cit.*, p. 2.

A cultura do cancelamento conta, assim, com a internet e as redes sociais *online* para promover exclusão e apagamento, em um contexto em que se ampliam a velocidade de comunicação, bem como a quantidade de pessoas potencialmente envolvidas[20]. Integra, portanto, o *online* e o *offline*: busca-se a diminuição das redes de interação da pessoa, retirando-lhe interlocutores. Reduzindo os espaços de interação, a pessoa, que é menos vista e ouvida, tem sua esfera de reconhecimento reduzida, em tentativas de silenciamento e apagamento, cuja efetividade é passível de questionamentos.

O cancelamento seria então uma forma de ativismo social que não se restringe àqueles que já possuem fama ou notoriedade em determinados segmentos, como pessoas da indústria do entretenimento, representantes políticos e membros do judiciário. Abarcam também pessoas que ganham repercussão nas mídias sociais após publicidade de um ato ou discurso considerado atentatório aos valores morais compartilhados por quem promoverá ou tentará promover o cancelamento.

A prática do cancelamento torna-se ainda mais abrangente ao ser englobada por movimentos como *Me Too*, *Black Lives Matter*, ANTIFA (movimento antifascista)[21], em um contexto social e jurídico de reconhecimento, mas não de efetividade de direitos a grupos minoritários. Contudo, uma série de questionamentos são feitos sobre a sua compatibilidade com a democracia e enquanto mecanismo de promoção de justiça social. Além da frequência em utilização de ofensas e ameaças, o cancelamento implica tentativa de silenciamentos e exclusões, consistindo-se em instrumento de intolerância a discursos contrários e aumento de pressão para conformidade ideológica[22].

---

[20] *Cf*. COELHO; VILCHEZ. Cancelados..., *cit.*, p. 3.
[21] DUQUE, R.B.; RIVERA, R.; LEBLANC, E.J. The Active Shooter paradox: Why the rise of Cancel Culture, "Me Too", ANTIFA and Black Lives Matter... matters. **Agression and Violent Behavior**, 28 dez. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.avb.2020.101544>. Acesso em: 26 fev. 2021.
[22] NORRIS. Closed...., *cit.*, p. 2.

A cultura do cancelamento está envolta, assim, em contradições quanto às finalidades almejadas de igualdade e justiça social, sobretudo em um contexto histórico de exclusões e violências que permanecem e que, por vezes, não são sequer reconhecidas.

2. PESSOAS E VULNERABILIDADES

2.1 PRECARIZAÇÕES NO NEOLIBERALISMO

Os movimentos que utilizam a cultura do cancelamento e a internet como ferramentas desenvolvem-se em um ambiente socioeconômico de avanço da política neoliberal, marcada, sobretudo nos últimos anos, por retrocessos na previsão e vivência de direitos reconhecidos formalmente.

A esse contexto, aplica-se a leitura que Nancy FRASER faz a partir da Obra de Antonio Gramsci, traçando uma retrospectiva das hegemonias e suas relações com a distribuição de renda e reconhecimento identitário. Hegemonia deve ser então entendida enquanto "processo pelo qual uma classe dominante naturaliza sua dominação instalando os pressupostos de sua visão de mundo como senso comum da sociedade como um todo"[23].

A hegemonia capitalista é a vigente desde pelo menos a metade do século XX nos Estados Unidos e na Europa. Combina dois aspectos diferentes de direito e justiça: distribuição – relacionada à alocação de bens e renda e consequente estruturação econômica da sociedade, dividida em classes; e reconhecimento – que norteia a atribuição de respeito e estima, as marcas morais do deleite de associação e pertencimento[24]. No contexto em que FRASER escreve, o neoliberalismo também é uma hegemonia que articula esses dois vetores –

[23] FRASER, Nancy. Do neoliberalismo progressista a Trump – e além. Florianópolis, **Política & Sociedade**, v. 17, n. 40, p. 43-64, set.-dez. 2018, p. 45.
[24] FRASER. Do neoliberalismo..., *cit.*, p. 45.

distribuição e reconhecimento, possuindo suas facetas mais regressivas e reacionárias sob o governo Trump[25].

É possível transpor esses parâmetros para a experiência brasileira com o neoliberalismo. Inicialmente, é necessário localizar as motivações para a implementação do modelo enquanto uma adequação aos fluxos de mercados internacionais. Para atender a demandas externas, o Brasil substituiu uma política desenvolvimentista industrial por desindustrialização e aumento de importações, concentrando-se na exploração e exportação de produtos primários, como agrícolas e minerais[26]. Quanto ao campo da distribuição de renda, promoveu a concentração de meios produtivos, ou seja, a terra, e capital nas mãos de pequenos grupos. Para tanto, realizou-se uma série de reformas e ressignificações em dispositivos da Constituição Federal de 1988, pela qual se propaga-se interpretação que tomam a livre iniciativa e o livre comércio como princípios invioláveis que devem reger as demais previsões. Os direitos e as garantias constitucionais, entretanto, são entendidos como normas programáticas, ou seja, intenções políticas ou ideológicas, cuja efetividade é questionável[27].

A discussão quanto a efetividade das normas constitucionais, no entanto, camufla a existência de questões mais amplas acerca das imbricações entre Direito, política e concretização na vivência das pessoas, como a aplicação seletiva das normas. O Direito incide de maneira diferenciada a depender da classe social, etnia, gênero ou grau de escolaridade da pessoa envolvida:

> Exatamente por isso, mesmo após a sua constitucionalização de 1988 para cá, o direito penal brasileiro continua muito eficiente e cumpre seu real propósito, o de punir os pobres e manter a posição de classe dominante da elite branca e "iluminista"[28].

[25] FRASER. Do neoliberalismo..., *cit.*, p. 43
[26] BELLO, E.; BERCOVICI, G.; LIMA, M.M.B. O fim das ilusões constitucionais de 1988? Rio de Janeiro, **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 03, p. 1769-1811, 2019, p. 1788.
[27] BELLO; BERCOVICI; LIMA. O fim..., *cit.*, p. 1788-1789.
[28] BELLO; BERCOVICI; LIMA. O fim..., *cit.*, p. 1797.

O desmantelamento da Constituição Federal de 1988 e de sua função garantidora de direitos sociais acentuaram-se após o processo de impeachment da Presidente Dilma Rousseff, em 2016, e a implementação de políticas econômicas neoliberais no programa "Uma Ponte para o Futuro", lançado pelo seu substituto Michel Temer[29]. Dentre as medidas colocadas em prática no período estão a Emenda Constitucional n. 95, responsável pelo congelamento por vinte anos de investimentos do governo federal em áreas como saúde e educação, e a promulgação da Lei n 13.467/17, que descaracteriza a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) ao permitir a flexibilização de direitos trabalhistas[30]. A sociedade brasileira vive, assim, em uma ordem constitucional que coexiste com o estado de exceção, a depender de quem é o destinatário do direito, em um contexto de negativas de aplicação de direitos e garantias à maioria populacional[31].

Com a eleição de Jair Bolsonaro, em 2018, prosseguiu a expansão do projeto econômico e social neoliberalista. No aspecto do reconhecimento, a intolerância aos grupos minoritárias foi consubstanciada em frase proferida por Bolsonaro durante um comício antes da eleição presencial, em 08 de fevereiro de 2017, de que "as minorias têm que se curvar para as maiorias"[32]. Nesse contexto, as maiorias podem ser tidas como concernentes aos grupos socioeconômicos dominantes, cujos padrões de comportamento e ideologias propagadas dever-se-iam sobrepor às pessoas que vivem em condição de vulnerabilidade social e que, na verdade, constituem a maior parcela da população.O presidente apresenta falas machistas, homofóbicas e racistas que já foram, inclusive, objetos de processos judiciais[33]. Apresenta-se contrário ao reconhecimento e à viabilização

---

[29] *Cf*. BELLO; BERCOVICI; LIMA. O fim..., *cit.*, p. 1795.
[30] BELLO; BERCOVICI; LIMA. O fim..., *cit.*, p. 1800.
[31] BELLO; BERCOVICI; LIMA. O fim..., *cit.*, p. 1795.
[32] REIS, Thalita F.B. Bolsonaro governa para uma minoria. **Justificando**, 01 jul. 2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/07/01/bolsonaro-governa-para-uma-minoria/>. Acesso em: 10 mar. 2021.
[33] MAIA, Gustavo; PRAZERES, Leandro. Em decisão, desembargador diz que Bolsonaro "dissemina ódio" contra minoria. **UOL**, 26 jun. 2018. Disponível em:

de expressões indenitárias diversas, propagando a inadequação e a necessidade de vedação de discussões como a ideologia de gênero em instituições de ensino[34].

Os discursos de ódio refletiram na vivência dos grupos minoritários durante o mandato presidencial em andamento. Em 2019, a piora nas condições de vida de grupos minoritários é demonstrada pelo relatório da *Coalition Solidarité Brésil* sobre a situação de Direitos Humanos em que expõe, por exemplo, um aumento de 7,1 % no número de feminicídios, sendo 66,6% das vítimas mulheres negras[35]. De maneira semelhante, o relatório anual do Grupo Gay da Bahia, publicado em 2020, destaca que 329 pessoas LGBTQ+ foram vítimas de morte violenta no Brasil em 2019. Esse número representaria mais da metade das pessoas LGBTQ+ mortas naquele ano no mundo[36].

Os anos de 2020 e 2021 têm sido marcados pela pandemia de COVID-19 que aprofundou crises e desigualdades. Em contrapatida ao aumento do PIB (Produto Interno Bruto), a população vivencia o aumento do desemprego, inflação e a volta ao mapa da fome. Projeta-se que 13.9 milhões de pessoas atinjam a extrema pobreza em 2021[37]. Tais dados são indicadores da má gestão, antes e durante a pandemia, evidenciando a falta de políticas públicas capazes de superar a precarização existente nas condições de vida de grupos minoritários no país.

<https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/06/27/em-decisao-desembargador-diz-que-bolsonaro-dissemina-odio-contra-minoria.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

[34] OHANA, Victor. Bolsonaro ironiza defesa às minorias e sugere "proposta de emenda à Bíblia para a esquerda. **Carta Capital**, 21 maio 2020. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/bolsonaro-ironiza-defesa-as-minorias-e-sugere-proposta-de-emenda-a-biblia-para-a-esquerda>/. Acesso em: 10 mar. 2021.

[35] COALITION Solidarité Brésil. **Le Brésil Résiste**: Lutter n'est pas un crime! Disponível em: <https://lebresilresiste.org/>. Acesso em: 05 mar. 2021.

[36] VILELA, Pedro Rafael. Violência, violações e desigualdade aumentaram sob Bolsonaro, diz grupo internacional. **Brasil de Fato,** 19 jan. 2021. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/01/19/violencia-violacao-e-desigualdade-aumentaram-sob-bolsonaro-diz-grupo-internacional>. Acesso em: 05 mar. 2021.

[37] HESSEL, Rosana. Apesar do crescimento do PIB, dados mostram que o Brasil nunca foi tão desigual. **Correio** Braziliense, 07 jun. 2021. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/economia/2021/06/4929384-apesar-do-crescimento-do-pib-dados-mostram-que-brasil-nunca-foi-tao-desigual.html>. Acesso em 23 jul 2021.

Não obstante, em discurso oficial proferido em 07 de setembro de 2020, o presidente recorreu ao mito da democracia racial para reforçar a ideia do Brasil como o país da diversidade, igualdade e tolerância, no qual as diferenças conviveriam harmonicamente:

> A identidade nacional começou a ser desenhada com a miscigenação entre índios, brancos e negros. Posteriormente, ondas de imigrantes se sucederam, trazendo esperanças que em suas terras haviam perdido. **Religiões, crenças, comportamentos e visões eram assimilados e respeitados. O Brasil desenvolveu o senso de tolerância, os diferentes tornavam-se iguais**. O legado dessa mistura é um conjunto de preciosidades culturais, étnicas e religiosas, que foram integradas aos costumes nacionais e orgulhosamente assumidas como brasileiras [destacou-se][38].

Essa concepção, entretanto, omite as violências ocorridas nos processos colonizador e escravocrata e as desigualdades decorrentes para os grupos minoritários. O discurso não encontra respaldo fático e contribui para que vivências desiguais entre classes sociais, gêneros, raças e sexualidades sejam veladas e de mais difícil enfrentamento.

Dessa maneira, as reformas normativas concretizadas (e em andamento) e as mutações interpretativas empregadas no país diminuem a responsabilidade do Estado pela distribuição de renda, mecanismo capaz de promover condições dignas de existência. Grupos minoritários são então atingidos por essa política que posiciona as pessoas enquanto livres para determinar suas relações econômicas e sociais, desconsiderando implicações históricas que delegam maior vulnerabilidade a elas.

[38] *Cf.* UOL. **Em 7 de setembro, Bolsonaro cita miscigenação, Deus e sombra do comunismo**. 07 set. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/09/07/bolsonaro-pronunciamento-7-setembro.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 07 mar. 2021.

2.2 AUTONOMIA E DOMINAÇÃO

A autonomia assume função central na percepção dos direitos da personalidade e da própria constituição da pessoa na modernidade.

A perspectiva ocidental moderna assenta-se no reconhecimento de que respeitar a personalidade envolve respeitar a autonomia moral da pessoa, ampliando a exigência de essa ser livre a "desenvolver sua liberdade à sua própria maneira". A pessoa é, então, colaboradora ativa "no estabelecimento e garantia do respeito que lhes é devido"[39]. A autonomia atrela-se, assim, à existência de possibilidades e à liberdade de a pessoa escolhê-las em sua construção. Cabe, nesse contexto, ao Estado e às demais pessoas oportunizar o livre desenvolvimento da personalidade e respeitar as manifestações de vontade que lhe são atinentes. Liberdade e autocontrole assumem lugar de destaque, simultaneamente à priorização da atividade produtiva e da vida familiar como essenciais para o bem-estar do indivíduo[40]. Note-se, porém, que, embora se anunciem as pessoas como livres à construção de seus projetos de vida boa, tal se dá a partir de concepções compartilhadas socialmente sobre o sentido de satisfação pessoal e os próprios modos para atingi-la.

Possível então se questionar a consistência do sentido de autonomia defendida enquanto fundamental na modernidade, confrontando-a a permanentes tentativas de determinações identitárias externas. Esses questionamentos se aprofundam em um contexto social em que padrões de comportamentos são internalizados e incorporados, de maneira irrefletida, passando a ser entendidos pelas pessoas como manifestações livres e próprias.

O discurso de afirmação da autonomia, lastreada sobretudo na ideia de liberdade estritamente individual, é conveniente à manutenção do estado de coisas e das políticas socioeconômicas vigentes.

---

[39] TAYLOR, Charles. **As Fontes do *Self***: A construção da identidade moderna. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 26.
[40] TAYLOR. As Fontes ...., *cit.*, p. 28.

> Nenhum modo de pensamento se torna dominante sem propor um aparato conceitual que mobilize nossos valores e nossos desejos, assim como as possibilidades inerentes ao mundo social que habitamos. Se bem-sucedido, esse aparato conceitual se incorpora a tal ponto ao senso comum que passa a ser tido por certo e livre de questionamento[41].

A doutrina neoliberal leva ao ápice da hipertrofia da ação individual, cenário em que "os indivíduos são alçados a agentes autônomos, capazes de agir livremente para satisfazer seus interesses"[42]. Ao internalizar a ideia de que a autonomia é uma condição igualmente compartilhada por todos, a pessoa transforma a própria compreensão da personalidade em um empreendimento que precisa ser constantemente revisto e atualizado para se manter competitiva e adquirir condições de atingir seus objetivos:

> Ao internalizá-la, é o próprio indivíduo que passa a exigir de si mesmo ser um empreendedor bem-sucedido, buscando "otimizar" o potencial de todos os seus atributos capazes de ser "valorizados", tais como imaginação, sofrimento, motivação, autonomia, responsabilidade[43].

Haveria, então, o esvaziamento da vontade humana em tudo o que não estivesse em consonância com as exigências neoliberais de responsabilização individual[44].

O neoliberalismo, assim, para além de um modelo socioeconômico, pode ser entendido como gestor do sofrimento, ao apresentar que as frustações e dores advindas da incapacidade de adequação a esses padrões vigentes pode ser utilizada como impulsionadora do próprio sistema econômico[45]. Se a pessoa não está numa posição de satisfação de suas necessidades e desejos, é devido à sua incompetência – e não resultado das políticas socioeconômicas implementadas.

> Alcançar o consentimento necessário para as grandes transformações em curso, revertendo estruturas de proteção e direitos sociais, depende do

---

[41] HARVEY, David. **O neoliberalismo: história e implicações**. Tradução Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 15.
[42] AFSHAR, Yasmin *et al.* O sujeito e a ordem do mercado: gênese teórica do neoliberalismo. *In:* DUNKER, Chistian; SAFATLE, Vladimir; SILVA JUNIOR, Nelson (Orgs). **Neoliberalismo como gestão do sofrimento psíquico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2020, p. 48.
[43] AFSHAR *et al*. O sujeito..., *cit.*, p. 48
[44] AFSHAR *et al*. O sujeito..., *cit.*, p. 67.
[45] DUNKER, Chistian; SAFATLE, Vladimir; SILVA JUNIOR, Nelson (Orgs.). **Neoliberalismo como gestão do sofrimento psíquico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2020, p.10.

> convencimento, apoiado, entre outros elementos, em formulações teóricas. Estas são fundamentais para a legitimação de uma nova ordem e, por consequência, para o exercício do poder[46].

No entanto, a ideia de respeito às livres escolhas das pessoas, e ao seu livre desenvolvimento da personalidade, encobre que as possibilidades de escolha e a capacidade de as pessoas proverem seu sustento material, bem como satisfazer necessidades e desejos, demandam o acesso a moradia, saúde, educação, cultura etc. Além de necessidades básicas, a sociedade capitalista produz constantemente novas necessidades, provisórias, a serem satisfeitas por meio do consumo. O ideal de felicidade é atrelado à aquisição de produtos e serviços que exigem condições financeiras suficientes para desfrute.

A afirmação de que pessoas são igualmente autônomas desconsidera que grupos minoritários, como mulheres, negros e comunidade LGBTQ+, possuem suas oportunidades, inclusive de desenvolvimento socioeconômico, cerceadas por discriminações de cunho histórico que ainda se perpetuam. Atingir esses padrões exaustivamente anunciados de comportamentos e ideais de bem-estar encontra, portanto, condicionantes.

Nesse sentido, BIROLI destaca que

> [r]estrições ao exercício da autonomia são, no entanto, constitutivas das sociedades liberais. O acesso a recursos e o reconhecimento do valor e da capacidade dos indivíduos para definir a própria vida variam segundo suas características e sua posição nas relações de poder, entre elas o gênero. Desigualdades estruturais impactam as possibilidades de autodefinição e as oportunidades disponíveis para as pessoas[47].

O exercício da autonomia realiza-se, assim, de maneira circunstanciada. O contexto de inserção da pessoa importa.

Ao analisar o neoliberalismo no Brasil, é necessário ponderar as heranças coloniais escravistas, assim como o autoritarismo e o apelo à violência resultantes

---

[46] AFSHAR *et al*. O sujeito..., *cit.*, p. 70.
[47] MIGUEL, Luis Felipe. A Igualdade e a Diferença. *In*: BIROLI; Flavia; MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e Política**: uma introdução. São Paulo: Boitempo Editorial, 2014, p. 69.

de uma transição incompleta após a ditadura militar[48]. Assim, é preciso considerar que o desenvolvimento identitário no país é estruturalmente marcado pela violência de gênero, racial, sexualidade e de classe. Nesse sentido, BUTLER entende que o neoliberalismo resulta na precariedade, tratada enquanto uma situação induzida politicamente, na qual determinadas populações sofrem de forma mais gravosa com a deterioração das redes de apoio sociais e econômicas. Grupos historicamente vulneráveis ficam mais expostos à violência e à morte[49].

> A precariedade também caracteriza a condição politicamente induzida de vulnerabilidade e exposição maximizadas de populações expostas à violência arbitrária do Estado, à violência urbana ou doméstica, ou a outras formas de violência não representadas pelo Estado, mas contra as quais os instrumentos judiciais do Estado não proporcionam proteção e reparação suficientes[50].

Essas condicionantes de gênero, raça, sexualidade e classe integram a esfera de decisão pessoal, o que promove a redução das possibilidades de acesso a bens materiais, culturais e da própria expressão e desenvolvimento de identidades. Nesse sentido,

> [a] racionalidade neoliberal exige a autossuficiência como uma ideia moral, ao mesmo tempo que as formas neoliberais de poder trabalham para destruir essa possibilidade no nível econômico, estabelecendo todos os membros da população como potencial ou realmente precários, usando até mesmo a ameaça sempre presente da precariedade para justificar sua acentuada regulação do espaço público e a sua desregulação da expansão do mercado[51].

Dessa maneira, a ênfase em abstrato da autonomia pode servir à política socioeconômica interessada na perpetuação de desigualdades que promovem a intensificação do trabalho e o impulsionamento produtivo. Nesse contexto, é preciso reposicioná-la, lastreando-a no concreto e percebendo-a como argumento à construção de alianças entre grupos marginalizados e formas de oposição a essas realidades precárias.

---

[48] *Cf.* AFSHAR *et al*. O sujeito..., *cit.*, p. 72.
[49] BUTLER, Judith. **Corpos em Aliança e a Política das Ruas**: Notas para uma teoria performática de assembleia. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 27-28.
[50] BUTLER. Corpos..., *cit.*, p. 28.
[51] BUTLER. Corpos..., *cit.*, p. 14-15.

2.3 AUTONOMIA NA ALTERIDADE

O neoliberalismo enfatiza uma visão precária de autonomia, colocada de maneira solipsista/atomista. Nela, o desenvolvimento identitário dependeria quase que exclusivamente do indivíduo a que concerne, em uma lógica de esforço e merecimento. Essa ideia, no entanto, desconsidera que a construção da pessoa passa também pela alteridade. Autonomia e alteridade se constituem reciprocamente, complementando-se. A pessoa se constitui, assim, na relação com o outro (pessoas, animais, coisas, ambiente etc.).

Uma noção mais abrangente e relacional de pessoa é apresentada por INGOLD:

> O ser humano é, no fim das contas, um sujeito consciente **cuja vida é uma trajetória tão entrelaçada como aquelas de outros ao seu redor quanto a vida destes com a sua**. A vida social não reside no entrelaçamento? Se sim, se a vida social for o processo pela qual constituímos uns aos outros como pessoas, então as relações sociais também devem ser entendidas como movimentos em vez de como propriedades persistentes ou emissões momentâneas de coisas [destacou-se][52].

A alteridade é constitutiva do "eu". A personalidade se desenvolve em um processo interativo com o outro, não podendo a pessoa ser definida de modo pré-estabelecido e fixo[53].

Durante o seu desenvolvimento, as pessoas estabelecem valores, entendidos enquanto "construções socioculturais, situadas no tempo e no espaço, constitutivas da pessoa, e que orientam suas escolhas e suas ideias acerca da felicidade"[54]. Esses valores são reconstruídos e reinterpretados ao longo da vida[55]. Podem ser também compartilhados entre pessoas, gerando o sentimento de

---

[52] INGOLD, Tim. **Evolução e Vida Social**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2019, p. 242.
[53] CARVALHO, Nara Pereira. **A Pessoa Atravessa o Espelho**: (Re)(des)construção ético-jurídica da identidade pessoal. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017, p. 187.
[54] CARVALHO, Nara Pereira. **A Formação da Liberdade Religiosa**: Peculiaridades e Vicissitudes no Brasil. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2011, p. 21.
[55] CARVALHO. A formação..., *cit.*, p. 22.

pertença a grupos e o reconhecimento de identidades coletivas[56]. Eles, contudo, podem ser tanto propícios e benéficos para a constituição da pessoa quanto fator de limitação[57].

> Pessoas, objetos e ambientes lembram, conectam e/ou tentam impor à pessoa o que ela foi/é/será ou como ela deveria ter sido/deve ser. O "entorno" pode dar significado, mas também desconstruir a autoidentidade, devendo ser percebida sob um processo intrincado de (re)(des)construções, em exercícios simultâneos de afirmação, reconhecimento e compartilhamento identitários[58].

Grupos minoritários, como mulheres brancas e negras, homens negros, comunidade LGBTQ+, são exemplos de identidades coletivas que possuem suas especificidades enquanto agrupamentos identitários. Dentro desses, cada pessoa possui múltiplas experiências que compõem a sua identidade de diferentes maneiras e que podem significar, inclusive, a identificação com diferentes grupos. Nesse sentido, INGOLD descreve:

> Em primeiro lugar, não podemos falar de o processo de socialização", como se este fosse o mesmo pra todos. Porque, como cada pessoa segue uma trajetória "sociográfica" única, o processo por que passa se mostrará diferentemente em cada caso[59].

Para além das diferenças, é possível traçar também semelhanças entre essas coletividades. Minorias sociais compartilham, por exemplo, a exclusão histórica que os alijou dos espaços públicos e ainda opõem violências estruturais que podem impedir o livre desenvolvimento de personalidade.

O entendimento de que a marginalização e a violência são condições impostas e compartilhadas por diferentes grupos minoritários permitiria a construção de alianças e novas formas de resistência e autoafirmação, lutando para transformar suas vidas em passíveis de serem vividas:

> Do meu ponto de vista mais limitado, quero sugerir somente que quando corpos se juntam na rua, na praça ou em outras formas de espaço público (incluindo os virtuais), eles estão exercitando um direito plural e performativo de aparecer, um direito que afirma e instaura o corpo no meio do campo político e que, em sua função expressiva e significativa, transmite uma

[56] CARVALHO. A pessoa..., *cit.*, p. 192.
[57] CARVALHO. A pessoa..., *cit.*, p. 193.
[58] CARVALHO. A pessoa..., *cit.*, p. 193.
[59] INGOLD. Evolução..., *cit.*, p. 281.

> exigência corpórea por um conjunto mais suportável de condições econômicas, sociais e políticas, não mais afetadas pelas formas induzidas de condição precária[60].

O contexto de inserção da pessoa, envolvendo as diretrizes políticas adotadas pelos governos e as condições socioeconômicas, influenciam no desenvolvimento da personalidade. Como destacado, a autonomia para que a pessoa se determine não pode ser entendida em abstrato, sendo sua concretização circunstanciada.

Autonomia e alteridade podem, entretanto, se relacionarem e permitirem a própria criação de movimentos e mecanismos de reivindicação de reconhecimento valores e concretização de direitos. Nesse sentido, movimentos como o *Black Lives Matter* e ANTIFA emergem e se desenvolvem questionando valores que regem as sociedades e exigindo o reconhecimento de diferentes identidades. Opõem-se frente à crescente repressão policial e desmantelamento de redes institucionais de apoio financeiro, educacional, médico, cultural e outras necessidades biológicas, psíquicas e sociais que inviabilizam vivências.

3. CULTURA DO CANCELAMENTO E PRÁTICAS DEMOCRÁTICAS

3.1 DIÁLOGO E EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL

A cultura do cancelamento realizada por grupos minoritários pode ser entendida numa perspectiva de formação de alianças para conformação de uma sociedade igualitária. Nesse contexto, a internet e as redes sociais são espaços que permitem o compartilhamento de vivências e ideias. Proporcionam também um local de oposição a expressões racistas, machistas, LGBTQ+fóbicas, e outros comportamentos atentatórios às minorias sociais. No entanto, apesar do anseio pela concretização de direitos ser uma motivação democrática, os meios

[60] BUTLER. Corpos..., *cit.*, p. 12-13.

empregados e a efetividade para a concretização da justiça social são passíveis de questionamento.

Uma primeira crítica concerne ao imediatismo das redes sociais, nas quais a mobilização não é necessariamente precedida de reflexões, podendo ser realizadas, inclusive, simultaneamente a atividades cotidianas. Os comentários que integram a cultura do cancelamento tendem, assim, a uma natureza efêmera, emotiva e irrefletida[61], baseadas em narrativas altamente simplistas que opõem bem e mal, não promovendo uma discussão racional coerente[62].

Esse imediatismo e efemeridade na resposta também se aplicam às consequências promovidas. Diversos cancelamentos são realizados e esquecidos rapidamente, sem causar impacto à mudança comportamental consistente. Para além de retratações por medo das consequências, é necessária a mudança de compreensão acerca das temáticas debatidas. Questiona-se, assim, a efetividade da cultura do cancelamento em perpetuar debates sobre pautas coletivas no tempo.

Deve-se considerar, também, que a prática pode obter um resultado inverso, promovendo maior visibilidade e alcance midiático ao que se desejava boicotar ou apagar. A cultura do cancelamento realizada por grupos minoritários visa ao estabelecimento de novos valores e padrões de comportamentos diferentes dos vigentes. Constrói-se uma narrativa baseada na antítese bem e mal, em que as pessoas que se alinham com as ideias dominantes e se opõem às novas proposta são categorizadas como ruins. Esse entendimento acaba não levando a sério a complexidade da composição da pessoa.

Suprime-se que a pessoa possui múltiplas facetas para além do aspecto preconceituoso e intolerante; e que sua identidade é processual e relacional,

[61] OTT, Brian L. The age of Twitter: Donald J. Trump and the politics of debasement. **Critical Studies in Media Communication**, jan. 2017, p. 60-62.
[62] PAPACHARISSI, Zizi. Affective publics and strutuctures of storytelling: sentiment, events and mediality. **Information, Commucation & Society**, 22 nov. 2015, p. 14.

estando em constante elaboração a partir da interação com outros interlocutores, ambientes, objetos. A ação dos canceladores, por diversas vezes agressiva e impondo unilateralmente ideais, sem propor um diálogo, despreza também que as pessoas estão em constante mudança, sendo passíveis de erros e aprendizados.

Culpabilizar pessoas isoladamente e promover tentativas de boicotes e apagamentos implicaria desconsiderar que as pessoas "canceladas", assim como os "canceladores", se formam em meio a uma sociedade desigual, onde discriminações históricas apresentam formas estruturais, permeando as diferentes esferas de poder:

> Formas evidentes de racismo são vistas como pertencendo ao passado, ou são característicos de regimes extremos específicos como a Alemanha nazi ou o Apartheid na África do Sul. Isto é, apesar de estar bem documentado que existe uma racismo estrutural na sociedade em termos de níveis salariais, níveis de pobreza, proporções de pessoas negras nas prisões, assédio policial, menor alojamento de qualidade, sucesso nas candidaturas a emprego, sucesso em educação, e níveis de má saúde física e mental[63].

Ao tratar das discriminações enquanto expressões individuais, ignoram-se as redes de interação que contribuíram e continuam influenciando para que a pessoa se constitua daquela maneira, para que se expresse de forma contrária a grupos minoritários. Há, portanto, uma descontextualização, retirando a pessoa do contexto político, socioeconômico e cultural em que ela se desenvolve, e, consequentemente, despolitização das discussões[64].

A cultura do cancelamento posiciona, por vezes, os discursos intolerantes como resultado de projetos solipsistas, desconsiderando que a pessoa se desenvolve a partir de uma rede de interações, com outras pessoas, ambientes, valores e padrões. A solução encontrada pelos canceladores estaria na atuação sobre esse indivíduo, cerceando as suas possibilidades de expressão para que não incorra novamente em discursos e atitudes preconceituosas e/ou discriminatórias.

---

[63] *Cf.* ALEXANDER, Claire. The culture question: a view from the UK. **Ethnic and Racial Studies**, v. 39, n. 8, p. 1426-1435, 13 maio 2016, p. 1430; BOUVIER, Gwen. Racist call-outs and cancel culture on Twitter: The limitations of the platform's ability to define issues of social justice. **Discourse, Context & Media**, 38, 10 set. 2020, p. 10.
[64] BOUVIER. Racist…, *cit.*, , p. 03.

Apenas impedir discursos ou tornar as discriminações veladas, entretanto, não são mecanismos efetivos para a consolidação da liberdade de expressão e implementação da justiça social. O fato de o discurso não apresentar preconceitos explícitos, não implica a alteração das estruturas políticas, econômicas, sociais e culturais pelas quais grupos minoritários são excluídos. Ao deixar de discutir as implicações entre gênero, raça, sexualidade e classe e as condições de desenvolvimento da pessoa, apenas se retira a questão identitária como possível causa do alijamento[65]. Nesse sentido, a exclusão deixa de ser entendida enquanto consequência histórica da falta de reconhecimento e distribuição de renda. Passa a ser compreendida apenas na perspectiva da escolha individual, sendo a incapacidade econômica para o sustento e acesso a bens materiais e simbólicos justificada na falta de esforço e merecimento.

A própria ideia da cultura do cancelamento enquanto aliança também pode ser questionada, visto que, muitas vezes, não há construção de diálogo mesmo entre os canceladores. Perpetuam-se ações isoladas, por vezes dissonantes e agressivamente desproporcionais.

A prática realizada por grupos minoritários incorre em contradição ao buscar evidenciar e superar exclusões históricas sofridas por esses grupos, utilizando-se da tentativa de apagamento e silenciamento de pessoas que apresentam discursos contrárias.

3.2 IGUALDADE NAS DIFERENÇAS

O diálogo torna-se um elemento central na discussão democrática. Ter a possibilidade de se expressar e constituir consensos que determinarão como a vida em sociedade será desenvolvida é a leitura de alguns teóricos:

> Rawls, Habermas e Honneth são a linha de frente da percepção de que o conflito de interesses é um mal a ser extirpado – uma sociedade bem

[65] CALLAGHAN, Jane E. M.; CAPDEVILA, Rose. "It's not Racist. It's Common Sense". A Critical Analysis of Political Discourse Around Asylum and Immigration in the UK. **Journal of Community & Applied Social Psychology**, v. 18, p. 1-16, 05 dez. 2007, p. 13.

> ordenada deve ser capaz de produzir suas normas com o mínimo de atrito, seja pela vigência da imparcialidade, seja pela abertura ao argumento alheio, seja pelo altruísmo generalizado[66].

Esses consensos levariam à percepção de que as pessoas deveriam respeitar e possibilitar o desenvolvimento de diversas identidades. Desse modo, as desigualdades de renda e de reconhecimento seriam superadas. No entanto, de acordo com MIGUEL, o consenso consiste em

> postura que guarda um forte componente antipolítico, com a nostalgia de uma comunidade harmônica que o confronto próprio das disputas políticas (e cuja manifestação aberta é uma das características da democracia) não permitia que florescesse[67].

Necessário compreender a impossibilidade de se constituírem espaços de debate que suprimam as diferenças socioeconômicas existentes e possibilite uma igualdade em termos de paridade de acesso e influência. As diferenças, antagonismos e conflitos devem ser consideradas e incorporadas numa democracia.

> Se a dominação volta a ganhar centralidade e se entendemos como a motriz de muitos dos conflitos políticos mais relevantes, então o antagonismo ressurge, não como a pulsão selvagem que precisa ser reconhecida para ser melhor contida, mas como **uma dimensão atuante, sempre presente e positiva da prática política** [destacou-se][68].

O termo local de fala torna-se uma perspectiva importante nesse contexto. É importante perceber de que posição se fala, porque a sociedade neoliberal classifica e hierarquiza identidades para manter a organização social vigente[69]. Enquanto determinadas características identitárias levam ao desfrute de privilégios, outras apresentam na vivência opressões e violências que cerceiam suas possibilidades de desenvolvimento[70]. Mulheres, negros, comunidade LGBTQ+ constituem grupos identitários relegados à exclusão, que perpassam espaços

---

[66] MIGUEL, Luis Felipe. **Consenso e Conflito na Democracia Contemporânea**. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2017, p. 26.
[67] MIGUEL. Consenso..., *cit.*, p. 26.
[68] MIGUEL. Consenso..., *cit.*, p. 33.
[69] *Cf.* WOODWARD, Kathryn. Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual. *In:* SILVA, Tomaz Tadeu da (org.); HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn. **Identidade e diferença**: A perspectiva dos Estudos culturais. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 11 *et* 40-42.
[70] *Cf.* WOODWARD. Identidade..., *cit.*, p. 19.

privados e públicos. Necessário o entrelaçamento desses espaços, superando a pretensa separação existente que atende a interesses de grupos dominantes[71].

Os grupos com condições sócio financeiras privilegiadas, que determinam os caminhos políticos adotados, possuem interesse na manutenção do ideal de espaço público enquanto um espaço que todos teriam acesso e a falta de interesse de grupos minoritários faria com que as elites dominantes ocupem esses espaços. De acordo com MIGUEL: "[p]ara os grupos dominados, os espaços preestabelecidos de ação política são brechas, conquistadas muitas vezes em embates anteriores, mas também um terreno desfavorável, orientado à reprodução das hierarquias existentes"[72].

A crítica a essas ideias perpassa pela consideração de que as identidades individuais e coletivas influenciam e determinam as possibilidades da participação de espaços de debate. Dispor de tempo, por exemplo, considerando as condições precárias e horas exaustivas de trabalho, que grande parcela da população se submete para prover seu sustento, é um privilégio a que poucos têm acesso. Muitas mulheres possuem ainda jornadas triplas, além do exercício de atividades remuneradas, cuidam das tarefas doméstica e dos familiares.

Os movimentos sociais que questionam as posições ocupadas a depender do gênero, raça e sexualidade possuem, portanto, viés constitutivo e desconstitutivo. Almejam a possibilidade de livre desenvolvimento de personalidade e para isso devem lutar para que as opressões externas, presentes na sociedade, e muitas vezes internalizadas pela pessoa, que cerceiam identidades sejam superadas[73].

De acordo com MIGUEL, o conflito seria uma manifestação de resistência aos padrões de dominação vigentes na sociedade. Deve-se considerar então se as ferramentas e práticas empregadas por grupos minoritários que reivindicam

[71] *Cf*. WOODWARD. Identidade..., *cit.*, p. 34.
[72] MIGUEL. Consenso..., *cit.*, p. 33.
[73] *Cf*. WOODWARD. Identidade..., *cit.*, p. 12-14.

condições materiais e sociais para o livre desenvolvimento são promovedoras ou cerceadoras da democracia entendida como um "projeto de enfrentamento das estruturas de dominação vigentes numa determinada sociedade"[74].

Dessa maneira, a cultura do cancelamento, ao tentar censurar expressões machistas, racistas, homofóbicas, e outras consideradas atentatórias a grupos minoritários, pode ensejar a inviabilização de espaços de diálogos. Ao invés do confrontao de ideias e perspectivas que podem evidenciar opressões e violências e resultar na construção de novas formas de vivência, recorre-se ao silenciamento direcionado e individualizado. Desconsidera-se que a pessoa cancelada também se constitui interagindo com uma sociedade cujas relações institucionais e interpessoais são marcadas por discriminações históricas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cultura do cancelamento ganhou visibilidade a partir da utilização pelo movimento *#Me Too* nos Estados Unidos para responsabilizar pessoas famosas e influentes por casos de assédio e abuso sexual na indústria do entretenimento norte-americana. Expandiu-se, sendo utilizada também para opor consequências a pessoas influentes em outros setores e anônimos que terão visibilidade a partir da divulgação da prática considerada atentatória aos valores dos grupos minoritários. A prática foi então incorporada por outros movimentos sociais como o *Black Lives Matter* e ANTIFA, e perpetrada em outros países.

A prática do cancelamento realizada por grupos minoritários visa ao reconhecimento de suas identidades e concretização de direitos que proporcionem que suas vidas sejam passíveis de serem vividas. Essas disputas epistemológicas se tornam necessárias frente ao desenvolvimento de uma política socioeconômica neoliberal que acentua as exclusões e desigualdades históricas, ao mesmo tempo em que omite sua existência e repercussões.

[74] MIGUEL. Consenso..., *cit.*, p. 40.

No Brasil, a cultura do cancelamento depara-se com um ambiente de incursões para dirimir a capacidade constitucional de distribuição de renda e mudança social. Realizam-se reformas interpretativas e em dispositivos constitucionais, minorando a responsabilidade do Estado em prover condições para que a pessoa possa se desenvolver livremente e repassando esse ônus ao indivíduo.

Nesse cenário, propaga-se uma ideia de pessoa cuja autonomia seria plena. O desfrute de condições necessárias à sobrevivência e ao livre desenvolvimento dependeriam unicamente do indivíduo. Desconsidera-se, portanto, que o acesso a moradia, saúde, educação, cultura etc. são cerceados por exclusões e discriminações históricas resultantes do processo colonizador e escravocrata.

A propagação desse ideal de autonomia atrelado à liberdade individual atende a determinados interesses, contribuindo para a manutenção do *status quo*. Enquanto alguns grupos possuem acesso privilegiado a bens e influência na determinação de políticas socioeconômicas, outros, são relegados à exclusão e privação.

É necessário então o reposicionamento da autonomia, analisando-a em sua concretização circunstanciada e vinculação com a alteridade. A pessoa se constitui a partir da relação com outras pessoas, animais, objetos, ambientes etc. O entorno, o contexto socioeconômico em que está inserida, influencia na sua formação.

Durante o seu desenvolvimento identitário, pessoas estabelecem valores que podem contribuir para a sua livre conformação ou restringi-la. Podem também ser compartilhadas, gerando o sentimento de identificação e pertencimento a determinados grupos. Minorias sociais como mulheres, negros e comunidade LGBTQ+ compartilham a exclusão histórica a que foram submetidos e continuam a resultar em opressões e violências estruturais.

O entendimento de que a exclusão é uma condição compartilhada pode levar à utilização da autonomia para a elaboração crítica e construção de alianças para que diferentes expressões identitárias sejam possíveis de serem vividas e desenvolvidas.

A cultura do cancelamento pode ser entendida enquanto uma manifestação dessa aliança entre grupos minoritários para efetivação de justiça social. Os meios empregados, apesar dessa motivação democrática, no entanto, são passíveis de questionamento.

Os comentários que integram a cultura do cancelamento possuem natureza efêmera, emotiva e irrefletida, embasando-se numa narrativa que opõe pessoas enquanto boas – se alinhadas aos valores dos grupos minoritários – a ruins – se de acordo com ideias dominantes que se opõem às novas propostas. A prática demonstra-se, portanto, insuficiente para promover reflexões nos canceladores e nos cancelados, que se retratam por medo das consequências e logo são substituídos por outro alvo do cancelamento, não sendo capaz de prolongar discussões no tempo.

O trato violento e agressivo inviabilizaria o diálogo com essas pessoas que possuem uma multiplicidade identitária para além da faceta intolerante e preconceituosa. Ignorar fatores históricos, econômicos, sociais, políticos e culturais que influenciam as interações entre pessoas e com locais, objetos, ideias, é descontextualizar e despolitizar questões.

A cultura do cancelamento, ao culpabilizar indivíduos, não levaria a sério a complexidade da composição da pessoa. Desconsideraria que ela se forma num contexto social em que as discriminações históricas se perpetuam e podem, portanto, ser incorporadas. Seria necessário considerar que, ao mesmo tempo em que os preconceitos são aprendidos, podem ser ressignificados e superados.

REFERÊNCIAS

ACKHERMAN, Elliot *et al.* A Letter on Justice and Open Debate. **Harper's Magazine Foundation,** 07 jul. 2020. Disponível em: <https://harpers.org/a-letter-on-justice-and-open-debate/>. Acesso em: 11 fev. 2021.

ALEXANDER, Claire. The culture question: a view from the UK. **Ethnic and Racial Studies**, v. 39, n. 8, p. 1426-1435, 13 maio 2016.

AMENDOLA, Beatriz. #MeToo, um ano depois: Após a onda de denúncias que abalou Hollywood, qual foi a real influência do movimento? **UOL**, [s.d.]. Disponível em: <https://www.uol/entretenimento/especiais/metoo-um-ano-depois.htm#metoo-um-ano-depois>. Acesso em 12 fev. 2021.

BARBOSA, Juliana. Filho de Karol Conká pede, mais uma vez, por empatia: "Paz, galera". **Metrópoles**, 24 fev. 2021. Disponível em: <https://www.metropoles.com/entretenimento/bbb/filho-de-karol-conka-pede-mais-uma-vez-por-empatia-paz-galera>. Acesso em: 27 fev. 2021.

BBB 21: Discurso de Tiago Leifert não foi para Karol Conká, foi para você. **Catraca Livre**, 24 fev. 2021. Disponível em: <https://catracalivre.com.br/entretenimento/bbb-21-discurso-de-tiago-leifert-nao-foi-para-karol-conka-foi-para-voce/>. Acesso em: 27 fev. 2021.

BELLO, E.; BERCOVICI, G.; LIMA, M.M.B. O fim das ilusões constitucionais de 1988? Rio de Janeiro, **Revista Direito e Práxis**, v. 10, n. 03, p. 1769-1811, 2019.

BINKOWSKI, Brooke *et al*. A more Specific Letter on Justice and Open Debate. **The Objective**, 10 jul. 2020. Disponível em: <https://www.objectivejournalism.org/p/a-more-specific-letter-on-justice>. Acesso em: 11 fev. 2021.

BIROLI; Flavia; MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e Política**: uma introdução. São Paulo: Boitempo Editorial, 2014.

BOUVIER, Gwen. Racist call-outs and cancel culture on Twitter: The limitations of the platform's ability to define issues of social justice. **Discourse, Context & Media**, 38, 10 set. 2020.

BUTLER, Judith. **Corpos em Aliança e a Política das Ruas**: Notas para uma teoria performática de assembleia. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CALLAGHAN, Jane E. M.; CAPDEVILA, Rose. "It's not Racist. It's Common Sense". A Critical Analysis of Political Discourse Around Asylum and Immigration in the UK. **Journal of Community & Applied Social Psychology**, v. 18, p. 1-16, 05 dez. 2007.

CALSEN, Audrey *et al.* #MeToo Brought Down 201 Powerful Men. Nearly Half of Their Replacements are Women. **The New York Times**, 29 out 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/interactive/2018/10/23/us/metoo-replacements.html>. Acesso em: 22 fev. 2021.

CANTORES e gravadoras anunciam fim de parcerias com DJ Ivis após agressão contra ex-mulher. **G1**, 14 jul. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2021/07/14/cantores-e-gravadoras-anunciam-fim-de-parceria-com-dj-ivis-apos-agressao-contra-ex-mulher.ghtml>. Acesso em: 23 jul. 2021.

CARVALHO, Nara Pereira. **A Formação da Liberdade Religiosa**: Peculiaridades e Vicissitudes no Brasil**.** Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2011.

CARVALHO, Nara Pereira. **A Pessoa Atravessa o Espelho**: (Re)(des)construção ético-jurídica da identidade pessoal. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017.

COALITION Solidarité Brésil. **Le Brésil Résiste**: Lutter n'est pas un crime! Disponível em: <https://lebresilresiste.org/>. Acesso em: 05 mar. 2021.

COELHO, Claudio N.P.; VILCHEZ, Isabela V. Cancelados: a cultura do cancelamento na sociedade do espetáculo. **Anais do 43º Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação**, Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, ago. 2020; Disponível em: <http://www.intercom.org.br/sis/eventos/2020/resumos/R15-1185-1.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2021.

DUNKER, Chistian; SAFATLE, Vladimir; SILVA JUNIOR, Nelson (Orgs.). **Neoliberalismo como gestão do sofrimento psíquico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

DUQUE, R.B.; RIVERA, R.; LEBLANC, E.J. The Active Shooter paradox: Why the rise of Cancel Culture, "Me Too", ANTIFA and Black Lives Matter... matters. **Agression and Violent Behavior**, 28 dez. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.avb.2020.101544>. Acesso em: 26 fev. 2021.

FRASER, Nancy. Do neoliberalismo progressista a Trump – e além. Florianópolis, **Política & Sociedade**, v. 17, n. 40, p. 43-64, set.-dez. 2018.

HARVEY, David. **O neoliberalismo: história e implicações**. Tradução Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

HESSEL, Rosana. Apesar do crescimento do PIB, dados mostram que o Brasil nunca foi tão desigual. **Correio** Braziliense, 07 jun. 2021. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/economia/2021/06/4929384-apesar-do-

crescimento-do-pib-dados-mostram-que-brasil-nunca-foi-tao-desigual.html>. Acesso em 23 jul. 2021.

INGOLD, Tim. **Evolução e Vida Social**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2019.

KANTOR, Jodi; TWOHEY, Megan. Harvey Weinstein Paid Off Sexual Harassment Accusers for Decades. **The New York Times,** 05 out. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/10/05/us/harvey-weinstein-harassment-allegations.html>. Acesso em: 12 fev. 2021.

MACQUARIE Dictionary. **Cancel Culture**. Disponível em: <https://www.macquariedictionary.com.au/features/word/search/?search_word_type=Dictionary&word=cancel+culture>. Acesso em: 22 fev. 2021.

MAIA, Gustavo; PRAZERES, Leandro. Em decisão, desembargador diz que Bolsonaro "dissemina ódio" contra minoria. **UOL**, 26 jun. 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/06/27/em-decisao-desembargador-diz-que-bolsonaro-dissemina-odio-contra-minoria.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

MICHAELIS, Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa. **Cancelar**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/cancelar/>. Acesso em: 12 fev. 2021.

MIGUEL, Luis Felipe. **Consenso e Conflito na Democracia Contemporânea**. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2017.

NICOCELI, Artur; MIRELLE, Beatriz. Karol Conká pode perder até R$ 5 milhões com polêmica no "Big Brother Brasil". **Forbes**, 03 fev. 2021. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbesmoney/2021/02/karol-conka-pode-perder-ate-r-5-milhoes-com-polemica-no-big-brother-brasil/>. Acesso em: 27 fev. 2021.

NORRIS, Pippa. Closed Minds? Is a "Cancel Culture" Stifling Academic Freedon and Intellectual Debate in Political Science? **Faculty Research Working Paper Series**, Harvard Kennedy School, ago. 2020. Disponível em: <https://www.hks.harvard.edu/publications/closed-minds-cancel-culture-stifling-academic-freedom-and-intellectual-debate>.

OHANA, Victor. Bolsonaro ironiza defesa às minorias e sugere "proposta de emenda à Bíblia para a esquerda. **Carta Capital**, 21 maio 2020. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/bolsonaro-ironiza-defesa-as-minorias-e-sugere-proposta-de-emenda-a-biblia-para-a-esquerda>/. Acesso em: 10 mar. 2021.

OTT, Brian L. The age of Twitter: Donald J. Trump and the politics of debasement. **Critical Studies in Media Communication**, jan. 2017.

PAPACHARISSI, Zizi. Affective publics and strutuctures of storytelling: sentiment, events and mediality. **Information, Commucation & Society**, 22 nov. 2015.

PINUSA, Samuel. DJ Ivis é preso na Grande Fortaleza por agressões contra ex-mulher, Pamella Holanda. **G1**, 14 jul. 2021. Disponível em: < https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2021/07/14/dj-ivis-e-preso-em-fortaleza-apos-agressoes-contra-ex-mulher.ghtml >. Acesso em: 30 jul. 2021.

PRESSE, France. Mulher branca que denunciou falsamente homem negro em NY responderá a processo. **G1**, 06 jul. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/07/06/mulher-branca-que-denunciou-falsamente-homem-negro-no-central-park-em-ny-respondera-a-processo.ghtml>. Acesso em: 11 fev. 2021.

REIS, Thalita F.B. Bolsonaro governa para uma minoria. **Justificando**, 01 jul. 2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/07/01/bolsonaro-governa-para-uma-minoria/>. Acesso em: 10 mar. 2021.

SILVA, Tomaz Tadeu da (org.); HALL, Stuart; WOODWARD, Kathryn. **Identidade e diferença**: A perspectiva dos Estudos culturais. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

TAYLOR, Charles. **As Fontes do *Self***: A construção da identidade moderna. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

THE DAILY: Cancel Culture, Part1: Where It Came From. [Locução de Michael Barbaro]. **The New York Times**, 10 ago. 2020. *Podcast*. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/08/10/podcasts/the-daily/cancel-culture.html?showTranscript=1>. Acesso em: 11 fev. 2021.

UOL. **Em 7 de setembro, Bolsonaro cita miscigenação, Deus e sombra do comunismo**. 07 set. 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/09/07/bolsonaro-pronunciamento-7-setembro.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 07 mar. 2021.

VILELA, Pedro Rafael. Violência, violações e desigualdade aumentaram sob Bolsonaro, diz grupo internacional. Brasil de Fato, 19 jan. 2021. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/01/19/violencia-violacao-e-desigualdade-aumentaram-sob-bolsonaro-diz-grupo-internacional>. Acesso em: 05 mar. 2021.

O BRINCAR DA ERA DIGITAL: PROTEÇÃO DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO USO DE BRINQUEDOS CONECTADOS[1]

Thaminy Helena Teixeira da Silva[2]
Zélia Maria Martins Guilherme[3]

RESUMO: O presente trabalho busca delimitar o papel dos pais e das empresas de tecnologia para a proteção de crianças e adolescentes na utilização da *Internet of Toys* ou brinquedos conectados. Esses são dispositivos que por meio de conexão online e uso de dados pessoais conseguem interagir de forma individualizada com o seu usuário e também uns com os outros. Nesse sentido, o artigo argumenta que para se evitar a utilização indevida dos dados desse público, os genitores e as instituições tecnológicas devem exercer um papel simultâneo na sua proteção. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica e análise dos instrumentos legislativos que perpassam o tema, em especial a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Inicialmente, foi contextualizada a *Internet of Toys* e as possíveis violações ao direito à privacidade das crianças decorrentes do uso da tecnologia. Em sequência, delimitou-se o novo sentido do direito à privacidade como direito à autodeterminação informativa. Por fim, nos dois últimos tópicos, se discutiu o papel que deve ser exercido pelos genitores e pelas empresas no que concerne à utilização dos brinquedos conectados por crianças e adolescentes. Concluiu-se que para proporcionar o desenvolvimento desses indivíduos é preciso que os pais promovam a educação digital dos filhos, sendo este um dever decorrente do

[1] Trabalho orientado por Gustavo Pereira Leite Ribeiro (UFLA).
[2] Bacharela em Direito na Universidade Federal de Lavras.
[3] Graduanda em Direito na Universidade Federal de Lavras.

instituto da autoridade parental. Quanto às empresas, estas devem obter o consentimento diretamente das crianças para a utilização dos brinquedos conectados.

PALAVRAS-CHAVE: Brinquedos conectados; Educação Digital; Consentimento.

INTRODUÇÃO

Marie, após ter perdido sua filha Sara por alguns minutos, e atormentada pelo medo de o incidente acontecer novamente, decide implantar um chip na criança para acompanhar tudo o que acontece em sua vida. Essa tecnologia é denominada *Arkangel*, e consiste em um implante que possibilita aos pais monitorarem seus filhos em tempo real. Além disso, também é possível obter sua localização geográfica, ver o que eles estão enxergando, e distorcer do mundo real imagens consideradas fortes para crianças, como cenas de violência. O monitoramento *Arkangel* é feito por meio de um *tablet*, e os pais possuem todo o controle do sistema, bem como, consequentemente, o domínio da vida dos seus filhos. O caso é ficcional e foi exibido em um episódio da série *Black Mirror*[4], no entanto, revela questões que desafiam a privacidade de crianças e adolescentes em tempos de novas tecnologias.

Ainda que essa situação pareça distante, já existem dispositivos que possuem, em certa medida, o controle da vida das pessoas. Com o surgimento da *Internet of Things* (Internet das Coisas ou IoT) alguns produtos, serviços e plataformas passaram a estabelecer uma comunicação e integração entre si, de modo a facilitar diversas atividades do cotidiano. As empresas investiram também em dispositivos que pudessem ser utilizados por crianças e adolescentes, tecnologia

[4] **ARKANGEL**. Black Mirror. Direção: Jodie Foster. Produção de Charlie Brooker. Califórnia: Netflix, 2018. 1 vídeo (52 minutos). Disponível em: https://bit.ly/3pNrzOF. Acesso em: 08 mai. 2021.

denominada *Internet of Toys*, Internet dos brinquedos ou, simplesmente, brinquedos conectados.

As bonecas *My Friend Cayla* e *Hello Barbie,* o ursinho *Teddy The Guardian* e a coruja *Furby* são alguns exemplos dessa tecnologia. A principal diferença desses brinquedos encontra-se no fato de que eles agem como se fossem amigos das crianças. Os dispositivos inteligentes chamam o usuário pelo nome, respondem às perguntas, e estabelecem um diálogo contínuo com ele. Isso é possível porque os brinquedos são ligados à internet, além de possuírem a Inteligência Artificial (IA) como aliada. Assim, as empresas conseguem captar dados pessoais das crianças, como nome, voz, endereço, idade e interesses. A partir dessa coleta e do processamento dos dados obtidos, os brinquedos passam a interagir de forma individualizada com o seu usuário, e a tendência é que o *software* do dispositivo se desenvolva conforme a quantidade de dados que as empresas obtenham.

Nesse contexto, o presente trabalho se propõe a delimitar o papel dos pais e das empresas de tecnologia para a proteção dos dados pessoais de crianças e adolescentes na utilização da *Internet of Toys*. Defende-se aqui que para se evitar o uso indevido dos dados pessoais desse público, os pais e as instituições tecnológicas devem exercer um papel simultâneo na sua proteção. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica, pois as fontes consultadas foram colhidas em documentos já produzidos, por meio de livros especializados, artigos de periódicos científicos, assim como notícias de jornais e revistas que apresentaram reflexões sobre o tema. Além disso, foram analisadas legislações pertinentes, em especial o Código Civil, a Lei Geral de Proteção de Dados e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A fim de alcançar o objetivo proposto, o texto foi dividido em quatro partes. Na primeira, o trabalho busca contextualizar a *Internet of Toys* e apontar como o uso desses dispositivos pode violar o direito à privacidade das crianças e adolescentes. Em seguida, delimita-se o direito à privacidade como direito à

autodeterminação informativa, que busca garantir ao titular do direito o controle acerca dos seus dados. Na terceira parte, identifica-se como obrigação decorrente da autoridade parental o exercício do dever de educação digital pelos genitores, de modo a prestarem assistência aos filhos no uso das inovações tecnológicas. Por fim, na quarta parte, argumenta-se que o consentimento para o uso dos brinquedos deve ser coletado diretamente das crianças, sendo esta uma forma de as empresas garantirem a elas o seu direito à privacidade.

1. INTERNET OF TOYS: O QUE SÃO OS BRINQUEDOS CONECTADOS E A VIOLAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Cresce, cada dia mais, o desenvolvimento de novas tecnologias para facilitar as atividades humanas. É neste cenário que surge a inovação tecnológica da *Internet of Things*, desenvolvida pelo *Massachusetts Institute of Technology* (MIT) dos Estados Unidos[5]. A expressão representa a conectividade e a interação de certos aparelhos que se comunicam e se relacionam entre si a partir de um sistema de radiofrequência. Assim, eles conseguem capturar aspectos do mundo real, como temperatura e localização, e usar essas informações de maneira inteligente na comunicação com o usuário[6].

Esses dispositivos facilitam diversas tarefas cotidianas, no entanto, a tecnologia adotada traz preocupação em relação aos impactos que podem causar nos direitos das pessoas que os utilizam. Isso porque com a *Internet of Things* aumenta-se as possibilidades de as empresas monitorarem o comportamento dos indivíduos, o que permite a criação de perfis pessoais cada vez mais detalhados. Nesse sentido, essa verdadeira vigilância se torna mais difícil de ser controlada, já

[5] BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento**.** Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 120.
[6] MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs:** ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago, 2019. p. 15-16.

que o usuário encontra dificuldades em acompanhar quais dados sobre a sua vida estão sendo coletados e armazenados[7].

O cenário que envolve os dispositivos conectados ganha especial relevância quando o usuário que interage com essa tecnologia é criança ou adolescente, tendo em vista a condição de hipervulnerabilidade desses sujeitos. Devido ao fato desses indivíduos ainda estarem em estágio peculiar de desenvolvimento, eles podem apresentar dificuldades para compreender as inovações tecnológicas. Cita-se como exemplo as situações que envolvem crianças em idade tenra e o viés persuasivo de propagandas que lhe são direcionadas[8].

Até meados de 2015, os brinquedos possuíam mecanismos menos sofisticados. Os mais evoluídos tecnologicamente eram bonecas e ursos que realizavam repetição de frases ou carrinhos que respondiam a determinados comandos por meio do controle remoto. Hoje, são inúmeras as possibilidades de entretenimento para as crianças e adolescentes: IPads, animais de estimação robóticos e relógios digitais são alguns exemplos. Com isso, os mecanismos mais simples já não atraem tanto a atenção desse público e para acompanhar a evolução da forma de brincar, as empresas têm investido na *Internet of Toys*.

Os brinquedos conectados são ligados à internet por meio de *Bluetooth* ou *Wi-fi*, além de possuírem Inteligência Artificial (IA). Essa tecnologia é compreendida como um sistema de mecanismos inteligentes, que detêm autonomia, habilidade social, cooperação, proatividade e reatividade[9]. Assim, os dispositivos que possuem Inteligência Artificial captam dados do seu usuário e conseguem realizar operações lógicas com o objetivo de comunicar-se com o ambiente e com os

---

[7] BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 121.

[8] CARVALHO, Diógenes Faria de; OLIVEIRA, Thaynara de Souza. A categoria jurídica de "consumidor-criança" e sua hipervulnerabilidade no mercado de consumo brasileiro. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 5, n. 17, 2015, p. 223.

[9] TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Desafios da Inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 21, 2019, p. 63.

seres humanos. Dessa forma, os brinquedos conectados extraem aprendizados diretamente da sua interação com os usuários, sem que haja muita intervenção humana na atualização do seu *software*[10]. Isso, pois, esses sistemas são capazes de tomar decisões autônomas que, em certa medida, são similares às capacidades humanas de comunicação e relação social.

Por isso, os brinquedos conectados podem interagir uns com os outros, bem como capturar e registrar informações do seu usuário, com o objetivo de alimentar a inteligência do dispositivo. Ao utilizarem sensores, *softwares* especializados, câmeras e conexão à internet, torna-se possível que estes instrumentos estabeleçam uma comunicação com a criança de forma individualizada. Além disso, caso possuam *webcam* integrada, os brinquedos também podem observar o comportamento desses sujeitos[11], já que:

> Não só a criança vê, toca, sente, fala e ouve um brinquedo conectado, mas o brinquedo, como um objeto conectado, também pode seguir, ver, falar e direcionar as crianças. A interação entre a criança e o brinquedo é, portanto, reconfigurada como uma experiência biodirecional, multidimensional e multisensorial que envolve comunicação auditiva, visual, tátil e cinética, na qual o brinquedo está posicionado não só como uma interface, mas como um ator no processo de comunicação[12].

Esses novos instrumentos podem facilitar o desenvolvimento de certas habilidades das crianças, como autonomia, imaginação e até mesmo a melhora nas relações sociais, já que os brinquedos agem como se realmente fossem amigos próximos das crianças. No entanto, as experiências com os dispositivos conectados evidenciaram que apesar dos benefícios, os brinquedos podem apresentar fragilidades.

---

[10] TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Desafios da Inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 21, 2019, p. 63.
[11] MASCHERONI, Giovanna; HOLLOWAY, Donell. Introducing the internet of toys. *In*: MASCHERONI, Giovanna; HOLLOWAY, Donell (eds.). **The internet of toys**: practices, affordances and the political economy of children's smart play. Cham: Palgrave Macmillan, 2019, p. 02.
[12] MASCHERONI, Giovanna; HOLLOWAY, Donell. Introducing the internet of toys. *In*: MASCHERONI, Giovanna; HOLLOWAY, Donell (eds.). **The internet of toys**: practices, affordances and the political economy of children's smart play. Cham: Palgrave Macmillan, 2019, p. 05.

A boneca interativa *My Friend Cayla,* criada pela empresa americana *Genesis Toys* e comercializada no Brasil[13], é um exemplo da falta de segurança desses brinquedos. O dispositivo possui microfones e alto-falantes e usa *Bluetooth* para se comunicar com um aplicativo que o gerencia. Assim, quando a criança faz uma pergunta, o aplicativo é acionado e, a partir dos dados já existentes sobre o usuário na internet, a boneca entrega a informação solicitada de modo a criar um diálogo o mais semelhante possível à realidade. Para o estabelecimento dessa comunicação, o brinquedo coleta dados pessoais das crianças, incluindo sua voz e o conteúdo das conversas estabelecidas com ela. Utilizam ainda informações como nome, endereço e idade, que na maioria das vezes são inseridas em um formulário no aplicativo *My Friend Cayla App*[14].

Em fevereiro de 2017, a Alemanha proibiu a venda da boneca interativa *Cayla* sob o argumento de que o dispositivo possuía mecanismos de vigilância ocultos. A justificativa foi a de que itens que escondem câmeras e microfones, além de transmitirem dados sem notificação ao usuário, comprometem a privacidade das pessoas. Ao contrário de outros equipamentos que exigem um procedimento de autenticação para o emparelhamento *Bluetooth*, a boneca não o fazia, o que gerava problemas de segurança. Qualquer pessoa podia conectar um telefone ao dispositivo e conversar com a criança ou até mesmo ouvir secretamente seus diálogos com o brinquedo ou com sua família[15].

A boneca ainda servia como ponte para a publicidade e propaganda de empresas, já que o dispositivo fazia referência a *Disneyworld* e aos filmes da *Disney*. Na comunicação estabelecida com a criança o brinquedo mencionava que seu

---

[13] No site Mercado Livre a boneca *My Friend Cayla* foi anunciada no valor de R$ 485,00. Atualmente, o anúncio está pausado. Disponível em: https://bit.ly/3AYWLzr.

[14] VASS, Lisa. A boneca de Cayla também está escondida para colocar sob a árvore de Natal, diz a França. **Naked Security**, Londres, 06 dez. 2017. Disponível em: https://bit.ly/2RQ9fle. Acesso em: 30 mai. 2021.

[15] EMERY, David. "My Friend Cayla" doll records children's speech, is vulnerable to hackers. **Snopes**, [*s.l*], dez. 2016. Disponível em: https://bit.ly/3wicDdw. Acesso em: 10 mai. 2021.

filme favorito era "*A Pequena Sereia*" e sua música preferida "*Let It Go*"[16], além de relatar que adorava ir à Disneylândia[17]. Com isso, demonstra-se o potencial que os brinquedos conectados possuem para estabelecer acordos comerciais entre empresas, de modo a induzir crianças e adolescentes a comprarem algum produto ou serviço.

A *Hello Barbie* é outro exemplo famoso. Embora não haja registros de que houve a comercialização do brinquedo no Brasil, isso não implica dizer que o dispositivo não chegou em território nacional, já que existem inúmeras maneiras de importar produtos estrangeiros. A boneca foi criada em 2015 pelas empresas *Mattel* e *US Toy Talk,* e sua principal função era ouvir e responder à criança por meio de dispositivo de áudio. Para conseguir criar diálogos, o brinquedo utilizava o reconhecimento de voz, de modo que as gravações eram enviadas para a empresa *Toy Talk*, que processava as informações com o objetivo de estabelecer conversas em uma linguagem cada vez mais natural[18].

As respostas individualizadas evidenciam potencial risco para as crianças, uma vez que essas empresas passam a conhecer detalhes íntimos de suas vidas. Foi verificado ainda que quando conectada ao Wi-Fi, a *Barbie* se tornava vulnerável, pois era possível acessar o sistema de informação, os dados da conta, os áudios gravados e ter conexão direto ao microfone do dispositivo[19]. O brinquedo permitia, então, que pessoas mal intencionadas tivessem acesso às informações pessoais das crianças que haviam sido compartilhadas com a boneca.

A coruja *Furby* apresentou problemas semelhantes de segurança. O dispositivo foi lançado nos anos de 1990, mas em 2000 a Agência de Segurança Nacional dos Estados Unidos retirou o brinquedo do mercado sob o argumento de

---

[16] "*Let It Go*" é a música do filme Frozen: Uma Aventura Congelante, da Disney.
[17] PITA, Marina. Brinquedos conectados e os riscos à infância. **Politics**, Rio de Janeiro, jun. 2019. Disponível em: https://bit.ly/3ewwks0. Acesso em: 08 mai. 2021.
[18] GIBBS, Samuel. Privacy fears over' smart' Barbie that can listen to your kids. **The Guardian**, Londres, 13 mar. 2015. Disponível em: https://bit.ly/3c4cKBD. Acesso em: 08 mai. 2021.
[19] GIBBS, Samuel. Privacy fears over' smart' Barbie that can listen to your kids. **The Guardian**, Londres, 13 mar. 2015. Disponível em: https://bit.ly/3c4cKBD. Acesso em: 08 mai. 2021.

que seus componentes eletrônicos poderiam ser uma ameaça à segurança. Apesar disso, a coruja voltou a ser comercializada em 2005. No Brasil, a versão mais recente é de 2012 e ainda se encontra em comercialização[20]. Esse dispositivo inteligente utiliza a voz e o movimento dos olhos, que na verdade são telas que revelam o sentimento do brinquedo, para estabelecer uma interação com a criança[21]. A partir disso, a *Furby* acaba por se tornar amiga das crianças, pois, conforme a descrição do produto disponibilizada em sites de vendas, o brinquedo passa a adotar uma personalidade própria, mas que em certa medida é muito semelhante com a do seu dono[22].

No entanto, uma pesquisa realizada pela organização alemã de defesa do consumidor, em parceria com a empresa de segurança *Context IS,* detectou que era possível a conexão ao brinquedo por meio de outro aparelho. Nos testes realizados, pesquisadores conseguiram fazer o *Furby* tocar música e ainda manipularam as imagens que aparecia nos seus olhos/tela[23]. Isso revela a falta de um processo de autenticação no dispositivo, ou seja, a impossibilidade de se identificar a pessoa que se conecta ao brinquedo, o que permitia a intervenção de terceiros na relação entre a criança e o *Furby*.

Esses exemplos demonstram que os brinquedos conectados colocam em risco a privacidade e a segurança das crianças e dos adolescentes. Essa preocupação se justifica, pois uma vez expostos, dificilmente os dados poderão ser eliminados da internet. Desse modo, inicia-se o processo de datificação da vida,

---

[20] A HISTÓRIA do boneco Furby. **AlôBebê**, São Paulo, 24, abr. 2015. Disponível em: https://bit.ly/3zGve4j. Acesso em: 18 jul. 2021.

[21] Vale destacar que as telas mencionadas não são *webcams* integradas ao brinquedo. Tratam-se de telas LCD que permitem a demonstração dos sentimentos do *Furby*. Assim, caso ele se sinta apaixonado aparecem imagens nos seus olhos/tela que remetem a essa emoção, como corações. Se estiver triste aparecerão lágrimas.

[22] A descrição do produto apresentado foi realizada pela Magalu, influenciadora virtual 3D e especialista digital dos produtos e serviços do Magazine Luiza. FURBY, o brinquedo interativo! **Lu explica**, São Paulo, [s.d]. Disponível em: https://bit.ly/3kwgRLD. Acesso em: 18 jul. 2021.

[23] PITA, Marina Giancoli Cardoso. Brinquedos conectados e os Riscos à Infância. **Politics**, Rio de Janeiro, n. 29, 2019, p. 20-21.

ou seja, "o monitoramento em tempo real e vigilância das práticas de cidadãos/consumidores por meio da tecnologia"[24]. O ato de datificar significa processar o comportamento humano e registrar determinadas ações na forma de um dado. Isto é, codificar tudo aquilo que os sujeitos disponibilizam, como localização, idade, documentos, interesses, buscas por informações, respostas emocionais, entre outros.

A partir do monitoramento desses dados, as empresas passam a formar um perfil individualizado para cada pessoa, o que significa que as crianças e adolescentes inseridos no universo tecnológico começam a criar uma pegada digital assim que as suas informações se tornam disponíveis na internet. Inicia-se, assim, a criação de um perfil digital pelos chamados *data brokers*, empresas especializadas em coletar dados dos usuários na internet, comprar e vender para que as instituições tecnológicas possam traçar melhores estratégias de marketing para consumidores[25].

Diante da construção de tais perfis, faculdades podem decidir sobre a admissão dos candidatos no seu quadro de alunos e empresas de crédito conseguem analisar a possibilidade de concessão ou não de cartões com base em informações compartilhadas quando essas mesmas pessoas ainda eram crianças ou adolescentes[26, 27]. Acontece que, na maioria das vezes, esses dados são obtidos sob a justificativa de que são ferramentas para melhorar a experiência

---

[24] MASCHERONI, Giovanna; HOLLOWAY, Donell. Introducing the internet of toys. *In:* MASCHERONI, Giovanna; HOLLOWAY, Donell (eds.). **The internet of toys:** practices, affordances and the political economy of children's smart play. Cham: Palgrave Macmillan, 2019, p. 11.

[25] PLUNKETT, Leah A. **Sharenthood:** why we should think before we talk about our kids online. Cambridge: The MIT Press, 2019, p. 31.

[26] PLUNKETT, Leah A. **Sharenthood:** why we should think before we talk about our kids online. Cambridge: The MIT Press, 2019, p. 35.

[27] Para ilustrar o impacto que os perfis digitais possuem na vida dos indivíduos, mostra-se o resultado de uma pesquisa da Microsoft feita nos Estados Unidos, que revelou que 75% dos recrutadores e profissionais de recursos humanos no país admitem fazer busca online sobre os candidatos a empregos. No estudo, 70% deles disseram que já rejeitaram inscrições por conta de informações encontradas nas redes sociais, tais como fotos, discussões e grupos que os candidatos participavam. ROSEN, Jeffrey. The web means the end of forgetting. **The New York Times**, New York, 21 jul. 2010. Disponível em: https://nyti.ms/2DZLNkf. Acesso em: 22 jul. 2020.

do usuário com o produto. No entanto, além de criarem um perfil individualizado sobre esses sujeitos, as empresas utilizam dessas informações para veicular propagandas que, em grande parte, aparecem de forma oculta, como no caso da boneca *Cayla* e suas referências à *Disney*.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor[28] considera abusivo o anúncio voltado para crianças e adolescentes. Por vezes as empresas se aproveitam da condição de hipervulnerabilidade desses sujeitos para ofertarem serviços e produtos, no entanto, a prática continua presente na sociedade. Uma pesquisa desenvolvida pelo Instituto Alana[29] demonstrou que empresas de *ad-tech*, isto é, que possuem tecnologias voltadas especificamente para campanhas publicitárias, coletam 72 milhões de pontos de dados sobre uma criança até ela chegar aos 13 anos de idade[30].

O Instituto Alana ainda acredita que a infância é a melhor fase para se conquistar um consumidor e torná-lo fiel, já que muitos hábitos são adquiridos nesse período da vida, inclusive, aqueles referentes ao consumo[31]. Isso demonstra que a inserção de dispositivos conectados no dia-a-dia desses sujeitos pode intensificar o processo de publicidade para crianças, pela facilidade de se estabelecer um contato direto com elas e recolher eventuais informações pessoais. Com isso, é possível notar que a falta de segurança dos brinquedos conectados pode gerar potenciais riscos para os seus usuários, o que impacta diretamente no direito à privacidade das crianças e adolescentes.

---

[28] Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva; § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

[29] O Instituto Alana é uma organização sem fins lucrativos que busca instaurar programas para a proteção da infância.

[30] COALIZÃO internacional exige o fim do rastreamento de dados de crianças. **Criança e consumo**, São Paulo, 25 set. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3vK9ItX. Acesso em: 08 mai. 2021.

[31] ZUIN, Vânia Gomes. (org.). **Infância Plastificada:** O impacto da publicidade infantil de brinquedos plásticos na saúde de crianças e no meio ambiente. São Carlos: Grupo de Pesquisa Química Verde/UFSCar. Jun. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3vhZBvI. Acesso em: 08 mai. 2021.

2. O DIREITO À PRIVACIDADE HOJE: A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA

Antes entendido apenas como o direito de ser deixado só, o direito à privacidade vai além e remete à necessidade de proteção dos dados pessoais. Para Stefano Rodotà, este novo parâmetro surge a partir da conjuntura social e tecnológica moderna, que traz consigo a necessidade de se garantir a possibilidade de os sujeitos participarem de todo o processo de coleta, tratamento e uso das suas informações[32]. Essa preocupação ocorre pois é impossível se negar a fornecer informações pessoais para ter acesso a produtos ou serviços. Em qualquer tipo de cadastro, seja ele para um processo seletivo ou para o uso de uma rede social, o que se fornece são dados relativos à individualidade do sujeito.

Nesse sentido, para o autor, o direito à privacidade evoluiu para o direito à autodeterminação informativa, que se refere à possibilidade de o indivíduo "conhecer, controlar, endereçar, interromper o fluxo das informações a ele relacionadas"[33]. Ou seja, trata-se de um direito fundamental que garante o acompanhamento das informações da esfera pessoal mesmo quando elas já se tornaram objeto da disponibilidade de terceiros.

Para se falar em autodeterminação informativa, é necessário proceder à proteção dos chamados dados pessoais. Segundo Bruno Bioni, dado é o estado primitivo da informação, pois este sozinho não consegue exprimir nenhum tipo de conhecimento para o sujeito. Em suas palavras, "dados são simplesmente *fatos brutos* que, quando processados e organizados, se convertem em algo inteligível, podendo ser deles extraída uma informação"[34]. Sendo assim, os dados, após

[32] RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância:** a privacidade hoje. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, p. 92.
[33] RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância:** a privacidade hoje. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, p. 92.
[34] BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 55, grifo do autor.

processados e convertidos em informação, passam a ser utilizados para comércio, marketing, vendas e demais atuações mercadológicas.

Quando a informação está atrelada à esfera de um indivíduo, ela se configura como dado pessoal, ou seja, é uma informação que se trata como uma projeção, extensão ou dimensão do seu titular, que é capaz de revelar a identidade daquela pessoa[35]. Alguns exemplos de dados pessoais são: qualificação pessoal do sujeito, como nome completo, endereço, telefone e número de CPF; características pessoais, como altura, raça, cor dos olhos e tipo de cabelo; e outras informações, como dados bancários e dados genéticos.

É devido a esse caráter pessoal que a disciplina jurídica se preocupa com a proteção do sujeito e com a circulação dos seus dados personalíssimos, principalmente devido ao uso que a sociedade mercadológica faz deles. Como dito anteriormente, para se utilizar, senão todos, pelo menos a maioria dos serviços atualmente, é preciso que os sujeitos forneçam algum tipo de dado pessoal[36]. Esses podem ser utilizados pela própria empresa para a prestação do serviço, ou também podem ser fornecidos a terceiros sem a autorização do seu titular. O que se tem, por consequência, é que a concessão dos dados pelo usuário acaba sendo uma moeda de troca, pois para utilizar o serviço é necessário ceder algumas informações.

Pode-se concluir, então, que os dados pessoais são tratados como mercadoria, tendo em vista que empresas se baseiam na sua comercialização para atingir lucro com publicidade e venda de produtos e serviços que serão revertidos para os próprios titulares dos dados. Como explica Stefano Rodotà, a capacidade de coleta de informações dos meios interativos é altamente complexa e eficiente, e institui uma comunicação direta entre os gestores de

[35] BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 99-104.
[36] Alguns exemplos dessa troca de informação por acesso à serviço são: cadastros em redes sociais e sites de compras e fornecimento do número do CPF em farmácias e supermercados.

serviços e usuários. A partir da concessão dos dados, as empresas conseguem analisar o comportamento, os hábitos e os interesses dos indivíduos e utilizar essas informações para o aperfeiçoamento do seu produto, bem como para venda a terceiros. Assim, sem ao menos perceber, o sujeito fornece dados que serão utilizados para persuadi-lo[37].

Os serviços tecnológicos são cada vez mais sofisticados, e as empresas se tornam detentoras de uma quantidade relevante de dados pessoais. Ademais, com o seu processamento e a consequente transmissão das informações a terceiros, a rede de possuidores deste conteúdo se torna cada vez maior, permitindo interconexões entre bancos de dados ao redor do mundo. Como consequência, os indivíduos perdem o controle da disseminação das suas informações, e ficam sujeitos ao uso delas por empresas que podem nem conhecer.

A compreensão dos dados pessoais enquanto mercadoria chama a atenção para a necessidade de o usuário retomar o domínio das suas informações, o que faz com que o direito à privacidade se transforme também em um poder de controle. Assim, a privacidade deixa de ser lida apenas sob sua dimensão negativa, de o sujeito ser deixado sozinho, isolado, e passa a ter também uma dimensão positiva[38]. Requer uma atuação na proteção das garantias inerentes à circulação de dados pessoais, uma vez que o sujeito pode não só negar a utilização das suas informações, mas, principalmente, exigir conhecer quais dados serão coletados, quem os irá utilizar, se poderão ser transmitidos a terceiros, bem como demandar sua correção e exclusão.

É preciso compreender que o cidadão raramente possui consciência da periculosidade que envolve a coleta e o tratamento das suas informações, o que

[37] RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, p. 62.
[38] BODIN DE MORAES, Maria Celina; QUEIROZ, João Quinelato. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, 2019, p. 118.

torna discrepante a diferença de poder entre o indivíduo sozinho e as organizações. Por isso, o autor defende que existam não apenas meios de controle individuais, mas também sociais[39], tornando-se relevante o papel exercido pelas legislações em torno da garantia da proteção de dados pessoais.

No Brasil, essa proteção incumbe à Lei nº 13.709/2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), cuja vigência se iniciou em setembro de 2020. Em busca de conferir maior proteção aos dados da população, bem como garantir a privacidade dos sujeitos, o legislador estabeleceu regras para o uso, coleta, armazenamento e compartilhamento de dados por empresas públicas e privadas.

Nesse sentido, a LGPD possui como objetivo proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade da pessoa, bem como o livre desenvolvimento da personalidade. Para tanto, em seu artigo 5º, inciso I, a lei adota o conceito amplo de dado pessoal e determina que toda "informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável" requer proteção. Esse conceito é de extrema importância pois uma informação que, em tese, seria considerada irrelevante, uma vez tratada, processada e organizada, pode resultar na identificação de uma pessoa[40].

No artigo 2º, inciso II, a Lei Geral de Proteção de Dados ainda dispõe que a autodeterminação informativa é um dos seus principais fundamentos, o que vai de encontro ao pensamento moderno de compreensão do direito à privacidade a partir de uma dimensão positiva. Segundo a legislação, o que se pretende é viabilizar ao titular dos dados pessoais maiores garantias em relação à circulação das suas informações[41].

---

[39] RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, p. 37-38.
[40] TARGET: entenda como a loja monitora o comportamento do consumidor. **Traycorp**, São Paulo, mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3v6JB09. Acesso em: 18 mai. 2020.
[41] BODIN DE MORAES, Maria Celina; QUEIROZ, João Quinelato. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD. **Cadernos Adenauer,** Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, 2019, p. 118.

No entanto, se o exercício do controle sobre seus próprios dados já é difícil para indivíduos adultos, pode ser ainda mais complexo quando exercido por crianças ou adolescentes. Apesar de ser uma situação que requer maiores cuidados, o que não se deve esquecer é que os dados pessoais desses sujeitos também são colhidos e utilizados por empresas, o que torna necessária a preocupação direcionada especificamente à proteção dessa parcela da população.

Apesar de dedicar a seção III exclusivamente ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, a LGPD não incluiu essas informações no rol de dados sensíveis do artigo 5º, inciso II. Segundo este dispositivo, são dados sensíveis aqueles que versam sobre: origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou organização religiosa, filosófica ou política, dados referentes à saúde ou vida sexual e dados genéticos ou biométricos. No entanto, autores como Pedro Hartung, Isabella Henriques e Marina Pita acreditam que este seria um rol apenas exemplificativo, e que seria adequado compreender todos os dados pessoais de crianças e adolescentes como sensíveis por equiparação.

Os autores citados defendem que por serem sujeitos em desenvolvimento, as crianças e adolescentes carecem de proteção especial aos seus dados pessoais, pois o uso indevido de suas informações poderia causar impactos significativos no seu crescimento e amadurecimento. Sendo assim, já que a norma brasileira identifica como sensíveis aquelas informações que precisam de maiores cuidados, nada mais correto que incluir nesta categoria os dados pessoais de crianças e adolescentes. Em suas palavras, o que se tem é que:

> [...] para fins de direito, os dados pessoais de crianças e adolescentes serão sempre considerados sensíveis, uma vez que, por estarem em uma situação peculiar de desenvolvimento progressivo de suas capacidades, são mais vulneráveis e suscetíveis, inclusive às atividades de tratamento, coleta, processamento, manipulação e hiperexposição de dados pessoais. [...] Dados pessoais de crianças e adolescentes devem ser tratados de forma

> semelhante aos dados sensíveis, em uma categoria de dados pessoais e com o acréscimo de indispensável verificação de seu melhor interesse[42].

Caracterizados como dados sensíveis ou não, fato é que os dados pessoais desses sujeitos carecem de especial proteção justamente por ainda não terem atingido a capacidade plena e necessitarem de apoio para a sua evolução progressiva. Ademais, há que se ressaltar que as crianças e os adolescentes também possuem os dados sensíveis enumerados pela LGPD, e estes podem ser colhidos a partir da interação da criança com um brinquedo conectado.

O urso de pelúcia chamado *Teddy The Guardian* é um exemplo que retrata essa circunstância específica. O brinquedo foi desenvolvido especialmente para ambientes hospitalares, com o objetivo de facilitar a realização de alguns exames médicos em crianças e a captação dos seus dados de saúde de maneira menos invasiva. Desse modo, com um simples abraço o urso era capaz de obter informações como frequência cardíaca, saturação de oxigênio, temperatura corporal e nível de stress, de modo a auxiliar o trabalho dos profissionais de saúde[43].

As empreendedoras dessa tecnologia, contudo, visualizaram em *Teddy* uma oportunidade de expandir as vendas, tendo como público-alvo especialmente os pais de primeira viagem. O brinquedo se tornou, então, um verdadeiro dispositivo *Arkangel*, tendo em vista que as informações passaram a ser utilizadas como forma de controle da saúde dos filhos pelos seus pais. Apesar de não ser mais comercializado, em 2015 *Teddy* era vendido nos Estados Unidos por 250 dólares, e logo em sua pré-venda foram arrecadados mais de 700 mil dólares[44], o que mostra a facilidade com que tais dispositivos de controle são recepcionados pelos genitores.

---

[42] HARTUNG, Pedro; HENRIQUES, Isabella; PITA, Marina. A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes. *In:* BIONI, Bruno Ricardo et al (orgs.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais.** São Paulo: Forense, 2020, p. 215-216.

[43] MANCHES, Andrew et al. Three questions about the internet of things and children. **TechTrends**, Louisville, v. 59, n. 1, 2015, p. 77.

[44] BIBEROVIC, Mia. Croatian Teddy the Guardian Raised a $400.00 Seed Round and Generated $716.00 in Preorders. **Netocratic,** Zagreb, 13 jan. 2015. Disponível em: https://bit.ly/3rbtz3K. Acesso em: 15 jul. 2021.

Observa-se que uma ação inocente como o simples abraço em um urso de pelúcia, pode viabilizar que os dados pessoais de crianças e adolescentes sejam utilizados por terceiros sem que elas tenham sequer consciência das informações que estão transmitindo. Mais preocupante ainda é a possibilidade de troca e venda de dados de saúde entre empresas de tecnologia, devido ao elevado valor de tais informações. Pode-se imaginar, por exemplo, que se o ursinho identifica que a criança está com um leve aumento de temperatura, os pais podem começar a receber propagandas de remédios para febre.

Nessa história, (quase) todos ganham: a fabricante do brinquedo recebe pela venda dos dados, a farmácia pela venda do remédio, e os pais ficam com a sensação de que estão cuidando muito bem dos filhos. Quem perde, no entanto, é a criança, que vê seus dados circulando livremente e sem qualquer possibilidade de exercer seu direito à autodeterminação informativa.

Acerca da tutela jurídica das crianças e adolescentes, a Constituição Federal determina em seu artigo 277, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a proteção dos seus direitos fundamentais com absoluta prioridade[45]. Mais especificamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que essa população deve ter promovido o seu direito à privacidade[46], além de ser necessária a preservação da sua integridade, ideias, crenças e espaços pessoais[47].

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

[46] Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: [...] V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada.

[47] Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Necessário concluir que a coleta e o tratamento das informações de crianças e adolescentes requer uma proteção especial, voltada para as peculiaridades desses sujeitos. Apesar de eles atualmente estarem em contato constante com a tecnologia, e serem até mesmo chamados de nativos digitais, as crianças não conseguem compreender as complexas dinâmicas atreladas ao impacto do uso das suas informações[48].

Devido a esse contexto, o que se pretende neste trabalho é defender que a proteção dos dados pessoais de crianças e adolescentes no uso de brinquedos conectados deve ser uma via de mão dupla. Os genitores e as empresas de tecnologia são conjuntamente responsáveis por proporcionar a esses sujeitos a possibilidade de exercer o seu direito à autodeterminação informativa. Dessa maneira, cabe a cada um deles, seja por meio do exercício da autoridade parental ou pela obtenção do consentimento, viabilizar à criança a possibilidade de crescer, brincar e se desenvolver no meio tecnológico sem a violação dos seus dados pessoais. Somente assim é que se cumpre com a preservação do direito à privacidade desse público.

3. A ATUAÇÃO DOS PAIS: O DEVER DE EDUCAÇÃO DIGITAL COMO OBRIGAÇÃO DOS GENITORES NA ERA TECNOLÓGICA

O papel prioritário no ordenamento jurídico brasileiro assumido pelas crianças e adolescentes impõe aos genitores uma posição de extrema importância. São eles os principais responsáveis por esses indivíduos em crescimento, o que exige que cumpram com deveres determinados pela legislação com o fim de prestar auxílio e suporte aos filhos durante o seu estágio de desenvolvimento.

[48] HARTUNG, Pedro; HENRIQUES, Isabella; PITA, Marina. A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes. *In:* BIONI, Bruno Ricardo et al (orgs.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais.** São Paulo: Forense, 2020, p. 202.

Nesse sentido, o artigo 1.630 do Código Civil brasileiro determina que os menores de 18 anos estão sujeitos à autoridade parental enquanto perdurar a menoridade[49]. Este instituto jurídico se mostra enquanto um poder-dever conferido pelo Estado aos genitores, e tem como principal objetivo a formação da personalidade das crianças e adolescentes, com o intuito de realizar seus direitos fundamentais. Nesse aspecto, Ana Carolina Brochado Teixeira afirma que o instituto "deve ser um veículo propiciador de autonomia ao menor, para que ele tenha condições de fazer suas próprias escolhas e exercer as próprias possibilidades".[50]

De maneira geral, a autoridade parental deve ser conduzida no interesse existencial dos filhos, de modo a lhes proporcionar o exercício de um papel ativo no seu processo educacional. Assim, as crianças e adolescentes assumem posição prioritária na família e constroem sua personalidade e dignidade por meio da relação familiar, que deve ser pautada em um processo dialógico e compreensivo[51].

A Constituição Federal[52], o Código Civil[53] e o Estatuto da Criança e do Adolescente[54] estabelecem o dever de educação como um dos deveres que os pais devem exercer na condução da autoridade parental. Para Ana Carolina Brochado Teixeira, compreende um dever de educação ampla, que abrange aspectos de formação moral, política, intelectual, cívica, profissional e social. Ou

---

[49] O dispositivo denomina esse instituto de "poder familiar". No entanto, o presente artigo se alinha ao pensamento da professora Ana Carolina Brochado, que entende mais adequada a nomenclatura "autoridade parental". Segundo a autora, este termo reflete melhor o conteúdo democrática da relação de filiação.

[50] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 146.

[51] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 84.

[52] Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

[53] Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação;

[54] Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

seja, deve contribuir para o desenvolvimento da personalidade da criança da maneira mais completa possível[55].

A condução do processo educacional dos filhos deve ser funcionalizada ao seu melhor interesse e deve acompanhar a sua gradual evolução. Isso significa que a intervenção dos genitores deve se compatibilizar com o atual estágio de amadurecimento das crianças. E é justamente este o papel da autoridade parental: atuar na educação dos filhos a fim de guiá-los para uma vida autônoma.

Nesse sentido, o exercício do dever de educação deve levar em consideração cada fase de desenvolvimento da criança. À medida que ela cresce, seus valores, opiniões e vontades se consolidam, e cabe aos pais orientá-la, mas também respeitar suas escolhas. Dessa forma, ela deve ser tida "não apenas como sujeito de direitos, mas principalmente como pessoa, merecedora do respeito de todos, inclusive dos pais"[56].

Atualmente, o dever de educação engloba ainda o dever de educação digital, com vistas à necessidade de os pais ensinarem aos filhos sobre o uso da internet e dos dispositivos conectados, além de perpassarem pelos riscos e benefícios inerentes a essas tecnologias[57]. Essa atuação parental se faz necessária pois as crianças e adolescentes começam a utilizar os mecanismos tecnológicos desde muito cedo, surgindo-se a preocupação com o tipo de conteúdo que eles terão acesso na rede.

A oitava edição da pesquisa TIC Kids Online Brasil, realizada em 2019, apontou que 89% da população entre 9 e 17 anos do Brasil utilizava a internet, o que significa 24 milhões de crianças e adolescentes conectados. Além disso, 93%

---

[55] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 145.
[56] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 141.
[57] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NERY, Maria Carla Moutinho. Vulnerabilidade digital de crianças e adolescentes: a importância da autoridade parental para uma educação nas redes. *In:* LÔBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (coords.). **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro.** Indaiatuba: Foco, 2021, p.139.

deles alegaram saber conectar-se a uma rede Wi-Fi, e 94% saber baixar ou instalar aplicativos[58]. Revela-se que da mesma forma que os genitores possuem a obrigação de acompanhar o desenvolvimento intelectual dos filhos na educação formal, devem também conduzir a utilização que eles fazem da internet, dos celulares, dos jogos eletrônicos e, claro, dos brinquedos conectados.

Nesse sentido, a pesquisa ainda revelou que os pais e responsáveis auxiliam os filhos durante o uso da rede. Segundo os dados obtidos, 77% das crianças são ensinadas pelos pais sobre a utilização da internet com segurança; 57% são acompanhadas no uso, por meio de conversas e participação ativa dos genitores; e 55% recebem auxílio quando não conseguem realizar alguma atividade[59].

Por meio do dever de educação digital, cabe aos pais revelar aos filhos os cuidados que eles devem ter ao utilizar os brinquedos conectados. Nesse sentido, os genitores devem estar atentos aos termos de uso, explicar aos filhos o que são dados pessoais, como eles serão coletados e tratados pelos brinquedos, e quais os impactos que o uso das suas informações por esses mecanismos tecnológicos podem ter na sua vida atual e futura.

Além disso, os pais devem orientar as crianças a ficarem atentas a qualquer mudança na interação do brinquedo, para que possam perceber sozinhas invasões nos sistemas de captação de áudio e imagem por terceiros mal-intencionados, hackers ou pedófilos. Também devem observar o surgimento de propagandas ou conteúdos publicitários e conversar com os filhos sobre as estratégias de marketing que podem ser veiculadas nos brinquedos. Dessa forma, as próprias crianças se sentem mais à vontade para conversar sobre a internet com

[58] NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. **Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil:** TIC Kids Online Brasil 2019. 1. ed. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020, p. 24.
[59] NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. **Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil:** TIC Kids Online Brasil 2019. 1. ed. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020, p. 26.

os pais, e podem recorrer a eles caso surja alguma dúvida ou estejam em alguma situação de perigo.

É de extrema importância que os genitores conduzam uma orientação digital dos filhos desde o início da sua interação com a internet e com os brinquedos conectados. Dessa maneira, na medida em que o filho cresça, ele entenderá, aos poucos, a necessidade de segurança no meio virtual e terá maiores e melhores condições de identificar os riscos no uso dos dispositivos tecnológicos.

> Trata-se de atuação dos pais para orientar seus filhos, crianças e adolescentes, para a compreensão da importância da segurança na rede, navegando de forma saudável e segura no ambiente virtual. São condutas dos pais para a preparação dos filhos para o mundo tecnológico. O monitoramento de uso do perfil em redes sociais, Whatsapp, jogos online são alguns exemplos do que deve ser objeto da educação digital, e que deve ser modulado a partir da aquisição de autonomia e discernimento por parte dos filhos, pois o processo educacional engloba conjugar autonomia e vulnerabilidade também no ambiente digital. A assistência parental deve ser segura e permanente, a respeito do uso e limites dos equipamentos e dos riscos em potencial, além de os pais respeitarem as normas de idade das próprias redes sociais[60].

Ressalta-se ainda que na intenção de preservar a privacidade das crianças, os genitores devem estar atentos para não violar este direito. Diz-se isso pois, com vistas a protegê-las, os pais podem, de forma não intencional, controlar exageradamente a maneira com que os filhos utilizam as tecnologias, interferindo negativamente no seu desenvolvimento. Um exemplo dessa atuação negativa é a possibilidade de os genitores interagirem com o brinquedo com o intuito de descobrir segredos que a criança compartilhou ou desvendar informações íntimas do filho adolescente.

Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira e Maria Carla Moutinho Nery, esse comportamento intromissivo só seria justificado em situações excepcionais e que buscam promover a instrução e educação do filho, com o viés de promoção da

[60] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NERY, Maria Carla Moutinho. Vulnerabilidade digital de crianças e adolescentes: a importância da autoridade parental para uma educação nas redes. *In:* LÔBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (coords.). **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro.** Indaiatuba: Foco, 2021, p.139.

sua dignidade[61]. Assim, caso os pais desconfiem que o software do brinquedo utilizado coleta dados sem o prévio consentimento, veicula propaganda indevida, ou ainda, que existe um terceiro se comunicando com a criança, podem intervir e impedir o uso da tecnologia pelo filho. Nesses casos, é de extrema importância que, como forma de proporcionar essa educação digital, os genitores expliquem o ocorrido para a criança e possibilitem a ela entender a situação e aprender sobre segurança no ambiente virtual.

Por outro lado, os genitores também não podem incorrer no chamado abandono digital, que é a completa ausência de supervisão dos filhos no uso dos dispositivos inteligentes. Essa seria uma conduta omissiva dos pais, uma face oposta ao dever de educação digital, já que deixar os filhos menores navegarem sem monitoramento poderia lhes causar danos graves decorrentes dos perigos da internet, como roubo de dados, *cyberbullying*, contato com pessoas mal intencionadas, dentre outros[62].

Entende-se, portanto, que a atuação dos genitores deve ser equilibrada, de modo a não deixar os filhos em completo abandono, mas também não usar o dever de educação digital como forma de violar a privacidade das crianças e dos adolescentes com o pretexto de estarem protegendo-os. Nesse sentido, o papel educacional dos pais deve ser exercido para direcionar os filhos no uso das tecnologias, o que não lhes confere direito de livre acesso às informações da vida privada da criança quando esta já possui discernimento suficiente. De maneira geral, cabe aos genitores o papel de orientação e não de limitação do desenvolvimento dos filhos.

---

[61] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NERY, Maria Carla Moutinho. Vulnerabilidade digital de crianças e adolescentes: a importância da autoridade parental para uma educação nas redes. *In:* LÔBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (coords.). **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro.** Indaiatuba: Foco, 2021, p.138.

[62] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NERY, Maria Carla Moutinho. Vulnerabilidade digital de crianças e adolescentes: a importância da autoridade parental para uma educação nas redes. *In:* LÔBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (coords.). **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro.** Indaiatuba: Foco, 2021, p.139.

No entanto, é importante ressaltar que a atuação dos pais de forma isolada não é suficiente para fornecer a proteção completa às crianças e aos adolescentes no uso dos brinquedos conectados. Em busca de se eliminar a assimetria existente entre crianças, família e empresas, cabe também às instituições de tecnologia atuarem com o objetivo de proporcionar às crianças um maior e melhor conhecimento acerca da coleta e do tratamento dos seus dados pessoais.

4. A ATUAÇÃO DAS EMPRESAS DE TECNOLOGIA: A IMPORTÂNCIA DA OBTENÇÃO DO CONSENTIMENTO DAS CRIANÇAS

A intimidade da criança com o brinquedo conectado pode ser tamanha que ela chega a conferir ao dispositivo algumas decisões importantes, como no caso em que a *Hello Barbie* se tornou capaz de responder a perguntas complexas como "o que devo ser quando crescer?". Por ter identificado que a criança gostava de se apresentar e performar, a boneca sugeriu que ela fosse dançarina ou política[63]. Isso é possível pois, com o objetivo de viabilizar uma experiência individualizada, as empresas de tecnologia partem do cruzamento e tratamento dos dados pessoais. No entanto, para que isso ocorra, primeiro é necessário que as instituições colham a autorização do titular dos dados para que eles sejam utilizados.

Essa autorização geralmente é realizada por meio do consentimento do usuário. Com a evolução do conceito de privacidade este instrumento passou a ser um dos principais elementos para garantir a autodeterminação informativa. Isso, pois, o indivíduo necessita participar ativamente do processo de tomada de decisão sobre a coleta, tratamento e todos os processos que envolvam os seus

[63] GIBBS, Samuel. Privacy fears over' smart' Barbie that can listen to your kids. **The Guardian**, Londres, 13 mar. 2015. Disponível em: https://bit.ly/3c4cKBD. Acesso em: 08 mai. 2021.

dados[64]. Assim, objetiva-se que o titular não só autorize o uso das suas informações, mas tenha o direito de estar ciente e controlar tudo o que for feito com elas[65].

No caso da utilização dos dados de crianças e adolescentes por meio dos brinquedos conectados, o consentimento ganha especial importância, sendo este o principal meio de viabilizar um exercício ativo do direito à autodeterminação informativa desses sujeitos. Em que pese este pensamento, a Lei Geral de Proteção de Dados caminhou em sentido contrário ao objetivo do consentimento. Diz-se isso pois ao invés de determinar que a autorização para utilização dos dados de crianças seja colhida diretamente delas, o artigo 14, § 1º da lei dispõe que o consentimento específico e em destaque deve ser dado por pelo menos um dos pais ou responsável legal.

O consentimento representa uma faceta do direito à privacidade, compreendido como um dos direitos da personalidade. Nesse sentido, o artigo 11 do Código Civil estabelece como característica desses direitos a intransmissibilidade. Isso significa que os direitos da personalidade não admitem o exercício por representação, ou seja, não existe a possibilidade de que terceiros os exerçam pois são exclusivos do seu titular[66]. Na relação existente entre brinquedos conectados e crianças, a própria criança é o sujeito detentor do direito à autodeterminação informativa. Não há que se falar, então, que as empresas de tecnologia devem colher o consentimento dos pais ou responsáveis, pois é o filho a única pessoa capaz de prestá-lo.

Pode-se argumentar que a regra disposta no artigo 14 da LGPD acompanha o regime das incapacidades previsto no Código Civil. Para o artigo 3º deste diploma legal, as pessoas menores de 16 anos são absolutamente incapazes

[64]TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. O consentimento na circulação de dados pessoais. **Revista Brasileira de Direito Civil,** Belo Horizonte, v. 25, 2020, p. 93.
[65] FRAJHOF, Isabella Zalcberg; MANGETH, Ana Lara. As bases legais para o tratamento de dados pessoais. *In:* MULLHOLLAND, Caitlin (org.). **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil.** Porto Alegre: Arquipélago, 2020. p. 66-67.
[66] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 24.

de exercer pessoalmente os atos da vida civil. Ou seja, possuem a chamada capacidade de direito ou de gozo, mas não a capacidade de fato, entendida como a aptidão de exercer por si mesmo os seus direitos[67]. Surge então o instituto da representação, que confere aos pais ou responsáveis o papel de exercício dos direitos das crianças até elas atingirem os 16 anos.

Necessário ressaltar, no entanto, que a representação é instituto criado para as situações de caráter patrimonial. Nessas relações mostra-se possível dissociar o detentor do direito e aquele que será responsável por exercê-lo em nome do titular. Como exemplo, cita-se a representação das crianças feita pelos seus pais em uma ação judicial[68]. Nas situações existenciais, no entanto, os atributos do exercício da titularidade devem estar sempre concentrados na mesma pessoa. Isso, pois, retirar a capacidade do indivíduo de exercer pessoalmente o seu direito significa suprimir o próprio direito[69].

Assim, a Lei Geral de Proteção de Dados, ao conferir aos pais ou responsáveis o papel de autorização para o uso dos dados das crianças, acaba retirando dessas o seu próprio direito à autodeterminação informativa. Conforme aponta Renata Multedo, os interesses existenciais são predominantemente personalíssimos e, por este motivo, deve-se permitir aos próprios titulares "a possibilidade de fazer escolhas diretas, sendo certo que isso deve ocorrer se e conforme os filhos forem desenvolvendo sua personalidade a ponto de poderem tomar decisões suficientemente informadas"[70]. Com isso, defende-se aqui que ninguém melhor que a própria criança para consentir sobre o uso dos seus dados pessoais, cabendo apenas a ela exercer o seu direito à privacidade.

---

[67] TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 111.
[68] Art. 71 do Código de Processo Civil. O incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei.
[69] TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 113.
[70] MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família:** limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 130.

No entanto, cabe aos pais o dever de auxiliar os filhos no uso dos brinquedos conectados, situação que permite que as empresas de tecnologia solicitem a sua autorização para a coleta e tratamento dos dados das crianças. Nesta linha de pensamento, a autorização que se requer no artigo 14, § 1º da LGPD, deve ser interpretada enquanto obrigação decorrente da autoridade parental, e não como prestação de consentimento em nome dos filhos[71]. Isso porque os genitores não agem em nome das crianças, tendo em vista que o exercício do direito à privacidade não admite representação. O que se busca é tornar os pais cientes do uso que as empresas de tecnologia fazem dos dados dos seus filhos, de modo a intervir caso observem alguma violação dos direitos das crianças.

É importante mencionar que na LGPD não há indicação sobre quem deve prestar o consentimento sobre o uso dos dados de adolescentes. Diferentemente das situações envolvendo crianças, a norma é silente quanto aos maiores de 12 anos, o que permite uma interpretação mais compatível pela doutrina. Segundo Chiara Spadaccini de Teffé, ao não restringir aos pais o consentimento para o uso dos dados dos filhos adolescentes, o legislador teria compreendido que esses sujeitos têm capacidade para, de maneira autônoma, manifestar sua vontade. Assim, a lei parece ter trilhado um bom caminho ao exigir o consentimento diretamente aos titulares dos dados[72], em compatibilidade com o entendimento de que situações existenciais não admitem representação.

Além disso, o legislador já entende que deve haver a participação das crianças no processo de tomada de decisão sobre a utilização dos seus dados pessoais. O artigo 14, § 6º da Lei Geral de Proteção de Dados inovou ao destacar que as informações sobre o tratamento de dados deste público devem ser fornecidas de maneira simples, não apenas aos pais, mas também para o

[71] ASENSIO SANCHEZ, Miguel Angel. **La patria potestad y la liberdad de concinencia del menor**. Madrid: Tecnos, 2006, p. 46.
[72] TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes: considerações sobre o artigo 14 da LGPD. *In:* MULLHOLLAND, Caitlin (org.). **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil.** Porto Alegre: Arquipélago, 2020, p. 165.

adequado entendimento das crianças. Assim, cabe às instituições tecnológicas levar em consideração as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, e devem, inclusive, se valer de recursos audiovisuais como forma de proporcionar o seu melhor entendimento. Isso significa que as crianças e os adolescentes possuem o direito de saber e compreender quais dados serão coletados, quem irá utilizá-los, quais as finalidade do seu uso, bem como tudo que envolve o seu processamento.

Com isso, busca-se demonstrar que o artigo 14 da LGPD deve ser interpretado com o objetivo de promover o exercício do direito à autodeterminação informativa pelas próprias crianças. Cabe às empresas de tecnologia, portanto, se valerem de recursos lúdicos e acessíveis para viabilizar a prestação de informações às crianças acerca do tratamento dos seus dados e, assim, colherem o seu consentimento diretamente. O que se busca é que as instituições visualizem a criança e o adolescente como usuários que possuem as mesmas prerrogativas que os adultos, e que a atuação dos genitores seja apenas um apoio na proteção dos direitos desses indivíduos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto no presente artigo, conclui-se que a proteção das crianças e adolescentes durante o uso de brinquedos conectados deve ser realizada de maneira simultânea pelos seus genitores e pelas empresas de tecnologia. Diz-se isso porque, para que esses dispositivos inteligentes estabeleçam uma interação dinâmica com a criança, eles precisam coletar e tratar dados como nome, localização, idade, voz e imagem. Sendo identificados ou não como dados sensíveis, fato é que tais informações carecem de proteção especial, justamente com o objetivo de preservar os direitos desses sujeitos.

Essa proteção se justifica ainda pois, caso não ocorra, a criança ou o adolescente poderá ficar sujeito a perigos durante a utilização dos brinquedos. Dentre eles, cita-se roubo de dados; criação de um perfil digital rico em

informações pessoais que o acompanhará durante toda a sua vida; direcionamento de marketing e publicidade indevida; e conexão com terceiros mal intencionados.

Mais do que proteger esses sujeitos, é preciso dar a eles a efetividade do seu direito à privacidade, atualmente compreendido como o direito à autodeterminação informativa. Isso significa que as crianças, desde sempre, devem ter a oportunidade de entender o que são dados pessoais, os tipos de informações coletadas por dispositivos inteligentes, como esses dados são tratados, e quem pode os utilizar.

Nesse sentido, é preciso que os pais dêem efetividade ao dever de educação digital dos filhos, responsabilidade inerente ao instituto da autoridade parental. O que se busca é que os genitores expliquem aos filhos sobre as oportunidades e os perigos que envolvem o uso de dispositivos digitais. Sendo assim, devem criar um ambiente que proporcione às crianças e aos adolescentes compreenderem o que são dados pessoais, quais informações precisam ou não ser disponibilizadas a um brinquedo conectado e os impactos que o tratamento dos dados poderá ter nas suas vidas atuais e futuras. O objetivo, portanto, é oferecer a esses indivíduos as bases para que eles próprios compreendam as nuances do ambiente virtual, questionem sobre o fornecimento dos seus dados e se atentem a possíveis problemas de segurança.

É preciso ainda que as empresas de tecnologia proporcionem às crianças e aos adolescentes o exercício autônomo do seu direito à privacidade. Em que pese o artigo 14, § 1º da LGPD requeira o consentimento de um dos pais ou responsável legal para a utilização dos dados de crianças, pode ser observado que tal regramento carece de uma nova interpretação. Devido ao fato de o consentimento ser expressão do direito à autodeterminação informativa, uma faceta da personalidade, este deve ser prestado diretamente pelo sujeito, não se admitindo representação. Sendo assim, as instituições tecnológicas devem buscar

o consentimento da própria criança, enquanto a obtenção de autorização dos genitores se trata apenas de uma forma de proteção dos direitos dos filhos, objetivo primordial da autoridade parental.

Sendo assim, entende-se que a proteção das crianças e adolescentes no uso dos brinquedos conectados deve ser uma linha de mão dupla. Os pais e as empresas de tecnologia possuem obrigações simultâneas para fornecer a tais indivíduos uma melhor e mais completa compreensão acerca do uso dos seus dados pessoais. Dessa maneira, objetiva-se viabilizar o exercício da sua autodeterminação informativa, de modo a lhes proporcionar amparo nas novas formas de brincar da era digital.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A HISTÓRIA do boneco Furby. **AlôBebê**, São Paulo, 24, abr. 2015. Disponível em: https://bit.ly/3zGve4j. Acesso em: 18 jul. 2021.

ARKANGEL. Black Mirror. Direção: Jodie Foster. Produção de Charlie Brooker. Califórnia: Netflix, 2018. 1 vídeo (52 minutos). Disponível em: https://bit.ly/3pNrzOF. Acesso em: 08 mai. 2021.

ASENSIO SANCHEZ, Miguel Angel. **La patria potestad y la liberdad de concinencia del menor**. Madrid: Tecnos, 2006.

BIBEROVIC, Mia. Croatian Teddy the Guardian Raised a $400.00 Seed Round and Generated $716.00 in Preorders. **Netocratic**, Zagreb, 13 jan. 2015. Disponível em: https://bit.ly/3rbtz3K. Acesso em: 15 jul. 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; QUEIROZ, João Quinelato. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD. **Cadernos Adenauer,** Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 113-135, 2019.

CARVALHO, Diógenes Faria de; OLIVEIRA, Thaynara de Souza. A categoria jurídica de "consumidor-criança" e sua hipervulnerabilidade no mercado de consumo

brasileiro. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 5, n. 17, p. 207-230, 2015.

COALIZÃO internacional exige fim do rastreamento de dados de crianças. **Criança e consumo**, São Paulo, 25 set. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3vK9ItX. Acesso em: 08 mai. 2021.

EMERY, David. "My Friend Cayla" doll records children's speech, is vulnerable to hackers. **Snopes**, [*s.l*], dez. 2016. Disponível em: https://bit.ly/3wicDdw. Acesso em: 10 mai. 2021.

FRAJHOF, Isabella Zalcberg.; MANGETH, Ana Lara. As bases legais para o tratamento de dados pessoais. *In:* MULLHOLLAND, Caitlin (org.). **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil.** Porto Alegre: Arquipélago, 2020, p. 65-98.

FURBY, o brinquedo interativo! **Lu explica**, São Paulo, [s.d]. Disponível em: https://bit.ly/3kwgRLD. Acesso em: 18 jul. 2021.

GIBBS, Samuel. Privacy fears over' smart' Barbie that can listen to your kids. **The Guardian**, Londres, 13 mar. 2015. Disponível em: https://bit.ly/3c4cKBD. Acesso em: 08 mai. 2021.

HARTUNG, Pedro; HENRIQUES, Isabella; PITA, Marina. A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes. *In:* BIONI, Bruno Ricardo et al (orgs.). **Tratado de Proteção de Dados Pessoais.** São Paulo: Forense, 2020, p. 199-225.

MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs:** ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago, 2019.

MANCHES, Andrew et al. Three questions about the internet of things and children. **TechTrends**, Louisville, v. 59, n. 1, p. 76-83, 2015.

MASCHERONI, Giovanna; HOLLOWAY, Donell. Introducing the internet of toys. *In:* MASCHERONI, Giovanna; HOLLOWAY, Donell (eds.). **The internet of toys**: practices, affordances and the political economy of children's smart play. Cham: Palgrave Macmillan, 2019, p. 01-22.

MULTEDO, Renata Vilela. **Liberdade e família:** limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. **Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil:** TIC Kids Online Brasil 2019. 1. ed. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020.

PITA, Marina. Brinquedos conectados e os riscos à infância. **Politics**, Rio de Janeiro, jun. 2019. Disponível em: https://bit.ly/3ewwks0. Acesso em: 08 mai. 2021.

PLUNKETT, Leah A. **Sharenthood:** why we should think before we talk about our kids online. Cambridge: The MIT Press, 2019.

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

ROSEN, Jeffrey. The web means the end of forgetting. **The New York Times**, New York, 21 jul. 2010. Disponível em: https://nyti.ms/2DZLNkf. Acesso em: 22 jul. 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TARGET: entenda como a loja monitora o comportamento do consumidor. **Traycorp**, São Paulo, mar. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3v6JB09. Acesso em: 18 mai. 2020.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes: considerações sobre o artigo 14 da LGPD. *In:* MULLHOLLAND, Caitlin (org.). **A LGPD e o novo marco normativo no Brasil**. Porto Alegre: Arquipélago, 2020. p. 157-177.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parenta**l. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; NERY, Maria Carla Moutinho. Vulnerabilidade digital de crianças e adolescentes: a importância da autoridade parental para uma educação nas redes. *In*: LÔBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (coords.). **Vulnerabilidade e sua compreensão no direito brasileiro**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 133-147.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Desafios da Inteligência Artificial em matéria de responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 21, p. 61-86, 2019.

VASS, Lisa. A boneca de Cayla também está escondida para colocar sob a árvore de Natal, diz a França. **Naked Security**, Londres, 06 dez. 2017. Disponível em: https://bit.ly/2RQ9fle. Acesso em: 30 mai. 2021.

ZUIN, Vânia Gomes (org.). **Infância Plastificada:** O impacto da publicidade infantil de brinquedos plásticos na saúde de crianças e no meio ambiente. São Carlos: Grupo de Pesquisa Química Verde/UFSCar, jun. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3vhZBvl. Acesso em: 08 mai. 2021.

OS DESAFIOS PARA IMPLEMENTAÇAO DAS SMART CITIES COMO FORMA DE INCLUSÃO DAS PESSOAS COM MOBILIDADE REDUZIDA

Camila Savaris Cornelius[1]
Elis Cristina Nogueira Xavier[2]
Gustavo Santana de Souza[3]

RESUMO: O espaço urbano cresce de forma descomunal, resultando em problemas estruturais nas mais diversas cidades, gerando a exclusão da classe societária, especialmente daqueles com mobilidade reduzida, violando ditames da Constituição Federal, impedindo que exerçam seus direitos fundamentais de maneira devida. Por isso, a adoção das *smart cities* seria de grande importância para a harmonia entre o espaço urbano e as pessoas com mobilidade reduzida, que enfrentam diariamente impedimentos e dificuldades. Sob o enfoque jurídico analisaremos a definição, benefícios e aplicabilidade na prática das cidades inteligentes. Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo analisar os desafios para a implementação das smart cities no Brasil. Com relação à metodologia, foi utilizado o método indutivo, racionalizado pelas técnicas da pesquisa bibliográfica, do referente, das categorias básicas e dos conceitos operacionais, quando necessário. Outros instrumentos de pesquisa poderão ser acionados, se necessário, para que o aspecto formal deste estudo se torne esclarecedor ao leitor.

PALAVRAS-CHAVE: mobilidade reduzida; cidades inteligentes; ordenamento jurídico.

---

[1] Doutoranda em Ciência Jurídicas Privatísticas na Universidade do Minho, Portugal.
[2] Pós-graduando em Conciliação e Mediação (Esa MG); em Direito do consumidor (Faveni); em Docência do Ensino Superior e Tutoria de Educação a Distância (IBRA).
[3] Pós-graduada em Direito do Trabalho (Estácio de Sá); em Direito Empresarial e Compliance (ESA/OAB).

INTRODUÇÃO

Os problemas estruturais das cidades decorrentes da expansão desenfreada geraram diversos entraves para a sociedade, especialmente àqueles acometidos por limitações, impossibilitando a locomoção de forma segura, impedindo que haja o devido exercício de seus direitos. Sobre isso, destaca-se especialmente a inclusão da pessoa com deficiência ou com alguma mobilidade reduzida.

A partir dos ditames constitucionais, sabe-se que todos os indivíduos têm direito de ir e vir (artigo 5°, inciso VX, CF) e, o que ocorre na prática não está de acordo com o próprio ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que muitas cidades ainda carecem de estrutura, tais como ruas, praças, lojas, não estando de acordo com o próprio Estatuto da Pessoa com deficiência (lei 13.146/2015).

Assim, como forma de deixar esses locais conformes e, possibilitando que haja o devido acesso dessa classe aos mais diversos setores da cidade, a implementação das *smart cities* tornaria os locais mais propícios para que as pessoas com mobilidade reduzida possam se deslocar com segurança e agilidade, sendo portanto um avanço no que tange a efetividade de direitos fundamentais.

Tal solução corrobora com as tendências atuais, haja vista a expansão do uso da tecnologia no dia a dia da sociedade, se tornando cada vez mais essencial para o desenvolvimento de qualquer país.

O papel da constituição federal é relevante no que se trata de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos, para que todos possam ser tratados de forma em que os desiguais seja tratados de forma desigual e que os iguais sejam tratados de forma igual, para que se tenha um país mais igualitário, em que os indivíduos possa viver de forma digna, conseguindo realizar todos seus deveres, uma vez que todos têm o direito resguardado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, o presente trabalho visa apresentar a importância da implementação das *smart cities* na inclusão das pessoas com mobilidade reduzida

e os desafios para sua implementação, em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, busca solucionar o seguinte questionamento: Qual a importância da implementação das *smart cites* para efetivar os direitos das pessoas com mobilidade resguardada pela Constituição Federal?

Para o equacionamento do problema, levanta-se as seguintes hipóteses: a) as smart cites possibilitariam que as pessoas com mobilidade reduzida pudessem ser incluídas na sociedade com maior facilidade; b) Os desafios para a implementação das smart cites, apesar de serem grandes, devem ser ultrapassados visto ser a única forma de possibilitar que as pessoas com mobilidade reduzida tenham seus direitos resguardados.

Com relação à metodologia, foi utilizado o método indutivo, racionalizado pelas técnicas da pesquisa bibliográfica, do referente, das categorias básicas e dos conceitos operacionais, quando necessário. Outros instrumentos de pesquisa poderão ser acionados, se necessário, para que o aspecto formal deste estudo se torne esclarecedor ao leitor.

DESENVOLVIMENTO

1. A PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM MOBILIDADE REDUZIDA NO ORDENAMENTO JURDICO

A preocupação direcionada a qualidade de vida da sociedade possibilitando a inclusão social é de grande importância, haja vista que possui ligação direta com a dignidade da pessoa humana, valor maior da Constituição Federal.

Para possibilitar isso, conta-se especialmente com a atuação positiva do Estado, para garantir essa inclusão social e especialmente qualidade de vida a toda sociedade. Ocorre que, apesar de ser um ditame importante, vislumbra-se

que ainda há grande parte da população excluída e impossibilitada de exercer todos os seus direitos de forma digna por falta de estrutura das cidades.

Isso ocorre especialmente com parcela da população mais vulnerável, que se instalou na periferia, não possuindo acesso a condições de vida em conformidade com o assegurado pela Constituição Federal, impossibilitando o alcance de uma vida digna.[4]

Trata-se aqui especialmente de pessoas que possuem mobilidade reduzida que, ao contrário do que se imagina, não enquadra-se, apenas, as pessoas com deficiência, idosos, crianças ou grávidas. Em verdade, representa a parcela da população que possui qualquer dificuldade do movimento, capaz de reduzir a mobilidade, independente da condição humana e, que está presente em todos os estágios do desenvolvimento humano.

A previsão pode ser vislumbrada no Decreto nº 5296/04, em seu art. 5º, II, determinando, ainda que haja a disponibilidade de "ajuda técnica" para possibilitar que essas pessoas sejam incluídas, bem como ajudá-las a serem autônomas.

Porém, apesar desta previsão e garantia, muitas cidades ainda possuem déficit estrutural, que impossibilitam o devido acesso desta parcela da população aos mais diferentes serviços, violando ditames importantes da Constituição Federal, tais como a garantia prevista no artigo 227, parágrafo 2º, que prevê a lei disporá sobre as normas de construção de logradouros e dos edifícios de uso público e da fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir o acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

---

[4] FELTRAN, Fernanda Rodrigues. **A Lei de Mobilidade Urbana como Instrumento de Efetivação do Direito à Cidade e à Inclusão Social.** Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/a-lei-de-mobilidade-urbana-como-instrumento-de-efetivacao-do-direito-a-cidade-e-a-inclusao-social/. Acesso em: 21 de junho de 2021

Outro dispositivo que demonstra a necessidade de adequação é o art. 5º, XV da CF/88, que assegura a todas as pessoas o direito de locomover-se no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

E, ainda, o princípio da igualdade previsto no art. 5º, *caput*, da Carta Magna, que determina a atuação positiva do Estado para assegurar que, mesmo diante das limitações, as pessoas com mobilidade reduzida exerçam o direito de usufruir o espaço urbano com a mesma qualidade que os não portadores.

Em continuidade, o decreto supramencionado define como "ajuda técnica" ou "assistida", os produtos, instrumentos, equipamentos ou tecnologia adaptados ou projetados para melhorar a funcionalidade da pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida, favorecendo a autonomia pessoa.

Nesse sentido, importante destacar o posicionamento encapado por Gabrilli[5]:

> Às vezes não é a deficiência em si que faz com que uma pessoa precise de algum tipo de adaptação. Um idoso, por exemplo, não é uma pessoa com deficiência, mas tem dificuldades em se locomover por locais que tenham escadas, desníveis e outros impeditivos para a livre circulação nos ambientes. Isso porque ao envelhecer ficamos mais propensos a adquirir algumas doenças como esclerose, doenças do coração, artrite, entre diversas outras. Também as articulações enfraquecem e já não fica tão fácil a locomoção. Por isso, o idoso precisa de acessos mais simples, que facilitam muito a vida de quem tem mobilidade reduzida.

Assim, são necessárias mudanças importantes, principalmente no que tange a estrutura das cidades, pois trata-se de uma parcela da população que cresce em demasia, conforme pode-se verificar nos dados coletados pelo IBGE[6],

---

[5] GABRILLI, Mara. Manual de Convivência: Pessoas com Deficiência e Mobilidade Reduzida - 2a. Edição, ampliada e revista, 2007. Disponível em: < https://www.maragabrilli.com.br/wp-content/uploads/2017/10/manual_web.pdf >. Acesso em: 05 mai. 2021

[6] _____. Envelhecimento da população revela mudanças no comportamento do país. Disponível em:https://www.em.com.br/app/noticia/patrocinado/meubmg/2020/11/17/noticia-patrocinado-banco-bmg,1206054/envelhecimento-da-populacao-revela-mudancas-de-comportamento-no-pais.shtml. Acessado em 01 de jun de 2021.

que comprovam que a sociedade brasileira acima de 60 anos triplicou nos últimos 50 anos, representando 18,8% em 2020.

Esta adequação trata-se de um papel essencial do Estado, que têm como dever, promover políticas públicas de inclusão visando assegurar que os ditames constitucionais sejam devidamente concretizados.

Evidente, assim, a importância do poder público oferecer e adequar locais que facilitem o deslocamento desses indivíduos, sob o risco de aumento de acidentes, ensejando, caso contrário, em violação da Constituição Federal que assegura que todos tenham qualidade de vida, bem como possam exercer devidamente a cidadania.

2. SMART CITIES NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

A busca de soluções para a problemática convergiu com o avanço do movimento da busca pelo "desenvolvimento sustentável" amplamente reconhecido pelo mundo, visando melhorias nas mais diversas searas, caracterizadas por três pilares: dimensão ambiental, dimensão econômica e sustentabilidade social, relacionando-se à mobilidade urbana e à inclusão social,[7] haja vista serem preocupações da geração atual e futura.

O conceito de desenvolvimento sustentável implica na melhoria de qualidade de vida dos seres humanos, ou seja, oportunizar melhores padrões de atividades em diferentes contextos culturais e sociais, abarcando diversas realidades sociais, relacionando à mobilidade, habitação e relações sociais.[8]

Assim, implicou-se em atuações positivas do Estado visando essencialmente a implementação dessas melhorias, a fim de conceder condições adequadas para mobilidades de seus moradores.

---

[7] LIMA, Josiane Palma, MACHADO, Mariza Helena. Avaliação multicritério da acessibilidade de pessoas com mobilidade reduzida: um estudo na região central de ITAJUBÁ (MG). Disponível em: https://doi.org/10.1590/2175-3369.007.003.AO08. Acesso em: 20 mai 2021.
[8] Idem.

A partir dessa conceituação, adentramos no direito à cidade, sendo possível incluí-lo nos direitos fundamentais de terceira dimensão, visto que possuem como sujeitos de fruição a coletividade, que conforme destaca Molionaro[9]:

> (...) a progressiva implantação das condições materiais dependentes da evolução ou desenvolvimento dos espaços urbanos (ocupação, infraestrutura, regulação, etc.), o que exige uma prestação positiva do Estado, pois obrigado na ordem internacional à prática efetiva de políticas públicas, alocação de recursos econômico-financeiros, de pessoal, etc. outra, o direito à cidade, conferido à cidadania como direito fundamental positivado.

O direito à cidade possui como berço os movimentos sociais, que tratam da reforma e inclusão urbana sendo, portanto, um direito fundamental essencial, de natureza difusa, composto por outros direitos com caráter social e difusos, com forte laço com a dignidade da pessoa humana.[10]

Assim, inclui-se no rol de direito de terceira dimensão que pleiteia a cooperação entre os moradores, seja na fruição de benefícios, seja na divisão de problemas, garantindo o gozo igualitário dos recursos existentes nas cidades:

> Em outras palavras, o direito à cidade pode ser considerado um direito humano fundamental de terceira dimensão, seja por seu caráter de direito social *lato sensu*, seja por representar um direito transindividual, na medida em que visa à construção de um ambiente urbano pautado no bem estar coletivo, na igualdade de condições e na justiça social.[11]

E, apesar de estar implícito no texto constitucional, especificadamente, no capítulo denominado "Política Urbana", ele representa a "prerrogativa a todos os brasileiros no usufruto da estrutura urbana e dos espaços públicos de suas cidades".

Tal premissa pode ser vislumbrada nos artigos 182 e 183 da Carta Constitucional, ao prever a possibilidade dos municípios de instaurarem uma

---

[9] MOLINARO, Carlos Alberto. Direito à Cidade e o Princípio de Proibição de Retrocesso. Revista: Direitos Fundamentais &Justiça, n. 10, Jan-Mar. 2010, p. 10.
[10] ARAÚJO. Douglas da Silva, GUIMARÃES. Patrícia Borba Vilar. O direito à cidade no contexto das smarts cities: o uso das TIC'S na promoção do planejamento urbano inclusivo no Brasil. Revista de Direito da Cidade. Vol: 10, nº 3, p. 1788 a 1812, março, 2018.
[11] ARAÚJO. Douglas da Silva, GUIMARÃES. Patrícia Borba Vilar. O direito à cidade no contexto das smarts cities: o uso das TIC'S na promoção do planejamento urbano inclusivo no Brasil. Revista de Direito da Cidade. Vol: 10, nº 3, p. 1788 a 1812, março, 2018.

política de desenvolvimento urbano a fim de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

No que tange a implementação das smart cities, sabe-se que estas demonstraram ter um papel crucial para a sociedade pois, conforme abordado, muitos lugares ainda não estão adequados para as pessoas que possuem algum tipo de mobilidade reduzida, seja ela permanente ou temporária.

Trata-se, conforme destaca Aspásia Camargo, coordenadora de projetos da FGV projetos, de uma forma de otimizar a cidade a partir de suas principais características, sejam elas econômicas ou culturais, gerando um melhor aproveitamento para a melhoria das condições de vida dos habitantes de certa localidade.[12]

Trata-se do uso da tecnologia de forma positiva, para facilitar e possibilitar que as pessoas exerçam o direito de locomoção de forma igualitária sem nenhuma distinção, bem como possam exercer outros direitos fundamentais ligados a esta liberdade de locomoção.

De acordo com entrevista realizada pelo guia de rodas, pode-se perceber que a parcela de pessoas que possuem alguma limitação de mobilidade possui problemas com a falta de estrutura das cidades, tais como pode-se verificar:

> 86% encontram muitos problemas ao circular pelas calçadas de sua cidade; 67% consideram que o transporte público está despreparado para atender pessoas com deficiência e, 51% sentem dificuldade em encontrar vagas para pessoas com deficiência ao se deslocarem de carro.[13]

A partir disso, é possível perceber que essas pessoas se encontram em um cenário de exclusão, pois as vias e os locais de acesso não estão de acordo com o próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência. Com isso, o deslocamento diário,

---

[12] FGV PROJETOS. **Cidades inteligentes e mobilidade urbana.** Outubro, 2015, ano 10, nº24, p. 16. Disponível em: https://conhecimento.fgv.br/sites/default/files/cadernos_fgvprojetos_smart_cities_bilingue-final-web.pdf . Aceso em 21 de junho de 2021

[13] GUIA DE RODAS. Cidades Inteligentes Inclusivas. 2020. Disponível em: < https://guiaderodas.com/cidades-inteligentes-inclusivas/ >. Acesso em: 10 mai. 2021.

que é uma necessidade de todo o indivíduo, muitas vezes é interrompido e impossibilitado pela falta de preparo.

A minoria é deixada de lado, ou seja, excluída de exercer direitos básicos, tais como o direito ao lazer e, ainda ao direito de locomoção de forma segura e igualitária. Os próprios dados coletados diariamente demostram essa situação, em pleno século XXI, pois muitas pessoas apresentam o seu direito negado ou, melhor dizendo, desrespeitado, fazendo que ocorra um retrocesso no desenvolvimento do país, no que tange a garantir qualidade de vida a todos os seus cidadãos.[14]

No meio desse cenário de exclusão, as smart cities vêm como um viés de melhoria de vida para essas pessoas, possibilitando uma melhora no deslocamento do individuo que se encontra em um cenário de precariedade no estado em que muitas cidades se encontram, possibilitando também que essa classe possa realizar suas atividades cotidianas de forma segura.

E, como forma de exemplificar alguns dos recursos disponibilizados pelas smart cities, tem-se os temporizadores sonoros que dão informação sobre o tráfego e auxiliam a travessia depedestres com deficiência visual; Aplicativos de mobilidade colaborativos (crowdsourcing) como o Guia de rodas para ajudar a planejar seus destinos e conferir as condições de acessibilidade dos estabelecimentos; Recurso de texto alternativo para traduzir elementos visuais, como mapas, gráficos e imagens em todos os meios de transporte. [15]

Esses exemplos citados pelo o guia de rodas é de suma importância, especialmente no que tange a busca de igualdade entre os cidadãos e inclusão nos mais diversos setores da cidade.

Sobre a questão, Mazzota possui o entendimento de que:

---

[14] GUIA DE RODAS. Cidades Inteligentes Inclusivas. 2020. Disponível em: < https://guiaderodas.com/cidades-inteligentes-inclusivas/ >. Acesso em: 10 mai. 2021.

[15] GUIA DE RODAS. Cidades Inteligentes Inclusivas. 2020. Disponível em: < https://guiaderodas.com/cidades-inteligentes-inclusivas/ >. Acesso em: 10 mai. 2021.

> (...)a inclusão e a integração de qualquer cidadão com necessidades especiais não são condicionadas pelo seu contexto de vida, ou seja, dependem das condições sociais, econômicas e culturais da família e da escola. Dependem, pois, da ação de cada um e de todos nós[16]

Dessa forma, as smart cities possibilitariam que todo o indivíduo seja incluído devidamente, permitindo seu desenvolvimento e participação na sociedade, independente de qualquer limitação que possua.

Sobre isso, importante destacar a questão o acesso cultural, que também trata de um setor importante que a cidade provê a seus habitantes, mas que ainda não possui o preparo destinado as pessoas com mobilidade, impossibilitando que todas as classes possam se desenvolver apropriadamente.[17]

3. DESAFIOS PARA IMPLEMENTAÇAO DAS SMART CITIES NO BRASIL

As smart cities demonstram ser a opção necessária e essencial no que tange ao problema que as pessoas possuem com relação a mobilidade, possibilitando sua inclusão e o alcance a uma vida de qualidade.

Porém, existem algumas análises que devem ser realizadas e enfrentadas para que tal modelo possa ser devidamente implantado, bem como devidamente usufruído pela sociedade.

Tendo em vista a grande utilização da tecnologia, o primeiro desafio seria o financiamento para realização do projeto para a implementação da smart cities, uma vez que é um valor oneroso, pois envolve uma análise minuciosa das características do local, das necessidades da população e dos principais aspectos

[16] MAZZOTTA, Marcos José da Silveira. A inclusão das pessoas com necessidades especiais.1998. P. 53. Disponível em: < https://?script=sci_arttext&pid=S0104-12902011000200010#:~:text=Mazzotta%20(2008)%20reitera%20que%20a,correspondentes%20%C3%A0s%20suas%20necessidades%20escolares. >. Acesso em : 18 mal. 2021

[17] AMANAJAS, Roberta; KLUG, Letícia. **Direito à cidade, cidades para todos e estrutura sociocultural urbana.** P. 41. In: A Nova Agenda Urbana e o Brasil: insumos para sua construção e desafios a sua implementação. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8622/1/Direito%20%C3%A0%20cidade.pdf. Acesso em 22 de junho de 2021.

culturais e econômicos da cidade. Trata-se de algo personalizado que irá otimizar o que a cidade tem para oferecer.[18]

Ligado à tecnologia, conforme previsão no Canal Synnex Westcon Comstor, é necessário que a conexão esteja presente em todos os lugares da cidade, incluem-se aqui as extremidades da cidade, visto que, caso contrário, compromete o devido funcionamento do que a smart cities propõe.[19]

Corrobora com essa problemática o fato de o orçamento destinado aos municípios ser limitado, dificultando ainda mais a implementação. Isto é um ponto muito negativo, pois as cidades inteligentes apresentam um papel crucial no que se refere à inclusão das pessoas com mobilidade reduzida.

Corrobora com isso a organização federativa brasileira, não havendo participação e comprometimento do Governo Federal nos projetos das Smart Cities. Isso ocorre também porque no Brasil a questão da implementação não é tratada ainda como uma prioridade, diferente do que ocorre em outros países como Portugal. [20]

Além disso, a implementação de cidades inteligentes caminham em sintonia com a ideia de desenvolvimento sustentável, pois trata-se de uma preocupação das gerações presentes e futuras, não sendo portanto um investimento perdido.

Outro aspecto que é colocado como um empecilho é o acesso à educação com qualidade de grande parte da sociedade, impossibilitando que o

---

[18] VELOSO, Roger. Descubra quais são os desafios das cidades inteligentes no Brasil. 2019. Disponível em: < https://blog.houer.com.br/desafios-das-cidades-inteligentes-no-brasil/ >. Acesso em: 20 fev. 2021.

[19] CANAL SYNNEX WESTCON COMSTOR. **3 principais desafios a serem considerados pelas smart cities.** Disponível em: https://digital.br.synnex.com/3-principais-desafios-a-serem-considerados-pelas-smart-cities. Acesso em: 22 de junho de 2021

[20] Alves, M. A., Dias, R. C., & Seixas, P. C. (2019). **Smart Cities no Brasil e em Portugal:** o estado da arte. urbe. Revista Brasileira de Gestão Urbana, 11, e20190061, p. 10. Disponível em: https://www.scielo.br/j/urbe/a/N4qbCMyXsDhCX6fMGkK74vh/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 21 de junho de 2021

essas tecnologias sejam funcionamento dessas tecnologias seja devidamente compreendida, impossibilitando a devida integração das mesmas na sociedade.

Além disso há ainda questão dos prazos licitatórios para iniciar o projeto, visto que são demasiadamente burocráticas, demorando muito tempo para serem concretizados, prejudicando o andamento para realização e implantação do projeto. [21]

Sobre este ponto, acrescenta Alves, Dias e Seixas[22]:

> Como a implantação de projetos de smart cities requer uma visão de futuro, isso choca com a pouca tradição em planejamento de longo prazo no país, sendo que as políticas públicas são grandemente influenciadas pelos ciclos eleitorais. Ou seja, é comum acontecer, em qualquer dos níveis de governo (Federal, Estadual ou Municipal), que projetos de êxito sejam abandonados pelo governante eleito em pleito seguinte apenas porque foi elaborado na gestão de um governo opositor.

Mas, com as dificuldades demostradas, os projetos de datações nas cidades não acontecem e, assim, pessoas com mobilidade reduzida passam por várias dificuldades no seu cotidiano, com calçadas irregulares, sinais semafóricos não adequados para sua travessia, entre outras dificuldades de acesso[23].

Todos esses desafios acabam por inviabilizar a implantação das smart cities, apesar de já ser realidade em alguns municípios do Brasil mais desenvolvidos, conforme destaque o ranking da pesquisa realizada pela empresa Urban System[24]:

---

[21] VELOSO, Roger. Descubra quais são os desafios das cidades inteligentes no Brasil. 2019. Disponível em: < https://blog.houer.com.br/desafios-das-cidades-inteligentes-no-brasil/ >. Acesso em: 20 fev. 2021.

[22] Alves, M. A., Dias, R. C., & Seixas, P. C. (2019). **Smart Cities no Brasil e em Portugal:** o estado da arte. urbe. Revista Brasileira de Gestão Urbana, 11, e20190061, p. 10. Disponível em: https://www.scielo.br/j/urbe/a/N4qbCMyXsDhCX6fMGkK74vh/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 21 de junho de 2021

[23] VELOSO, Roger. Descubra quais são os desafios das cidades inteligentes no Brasil. 2019. Disponível em: < https://blog.houer.com.br/desafios-das-cidades-inteligentes-no-brasil/ >. Acesso em: 20 fev. 2021.

[24] Ives, M. A., Dias, R. C., & Seixas, P. C. (2019). **Smart Cities no Brasil e em Portugal:** o estado da arte. urbe. Revista Brasileira de Gestão Urbana, 11, e20190061, p. 4. Disponível em: https://www.scielo.br/j/urbe/a/N4qbCMyXsDhCX6fMGkK74vh/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 21 de junho de 2021

> Partindo de 3 dimensões (inteligência, conexão e sustentabilidade) e 11 indicadores (mobilidade, urbanismo, ambiente, energia, tecnologia e inovação, economia, educação, saúde, segurança, empreendedorismo e governança), o ranking classificou as três melhores cidades por porte/tamanho. São Paulo foi a primeira colocada entre as cidades com mais de 500 mil habitantes; Vitória ficou com a melhor posição entre 100 e 500 mil habitantes (5º lugar do ranking geral); e Cajamar, a melhor classificada até 100 mil habitantes (36º lugar).

Diante disso, apesar de todos os desafios, tal pesquisa demonstra que é possível a implantação, especialmente porque só contribuiria para o desenvolvimento em todos os seus aspectos de forma apropriada, bem como possibilitando que todos os seus habitantes usufruam de qualidade de vida sem distinção.

CONCLUSÃO

Não restam dúvidas que existe uma falta de cuidado com relação as pessoas com mobilidade reduzida, em um país onde deixa muito a desejar em um deslocamento adequado para as pessoas que possuem alguma dificuldade de locomoção, exemplos disso são lugares irregulares como praças, transportes públicos, calçadas, sinais semafóricos, entre outros.

Tais problemáticas acabam gerando uma violação aos ditames da Constituição Federal de 88, especialmente no que diz respeito ao direito de inclusão, bem como no que concerne ao tratamento igualitário a esta classe da sociedade.

Assim, pode-se verificar que a melhor solução a ser empregada para sanar esta exclusão, bem como garantir que esta classe venha a exercer seus direitos na sociedade devidamente, é a implementação das *smart cities,*

As vantagens, conforme abordado, seriam inúmeras, visto que irá realizar um aproveitamento máximo do que a área urbana possui, buscando o aproveitamento máximo e consciente de todos os seus recursos, sejam eles culturais ou econômicos, contribuindo para a melhoria da qualidade de vida dos

residentes daquele local, gerando consequentemente uma diminuição no cenário de desigualdade, visto que permite a inclusão e igualdade, especialmente dos que necessitam maior atenção, ou seja, aos com mobilidade urbana reduzida.

Tal iniciativa também contribui com os valores consolidados para o desenvolvimento sustentável de uma sociedade, visto que para além de uma preocupação da sociedade atual, também é a garantia de uma vida de qualidade e, principalmente digna, para as gerações futuras.

Dessa forma, apesar de o desafio para a implementação tratar de um orçamento oneroso para o Estado, é possível que com o devido planejamento e, principalmente, reserva do valor em prazo considerável possibilite que este projeto seja viabilizado, especialmente no que diz respeito a importância e efetivação de direitos fundamentais básicos, tais como o direito a inclusão e ao acesso das pessoas com mobilidade reduzida.

O ideal é que as transformações em busca das smart cities seja feita de acordo com as características do local, ensejando seu aproveitando máximo, sanando com a necessidade da população local.

Com isso, as smart cities possibilitariam que a inclusão e a liberdade de locomoção fosse devidamente usufruída pela pessoas com mobilidade reduzida, viabilizando a vida digna, valor máximo da Constituição Federal.

A partir disso, as hipóteses levantadas podem ser confirmadas, haja vista todos os aspectos positivos levantados no que diz respeito as smart cities, bem como seriam uma forma de concretização dos ditames constitucionais de inclusão, liberdade de locomoção e desenvolvimento dessas pessoas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alves, M. A., Dias, R. C., & Seixas, P. C. (2019). **Smart Cities no Brasil e em Portugal:** o estado da arte. urbe. Revista Brasileira de Gestão Urbana, 11, e20190061. Disponível em: https://www.scielo.br/j/urbe/a/N4qbCMyXsDhCX6fMGkK74vh/?format=pdf&lang=pt.

AMANAJAS, Roberta; KLUG, Letícia. **Direito à cidade, cidades para todos e estrutura sociocultural urbana.** P. 41. In: A Nova Agenda Urbana e o Brasil: insumos para sua construção e desafios a sua implementação. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8622/1/Direito%20%C3%A0%20cidade.pdf.

ARAÚJO. Douglas da Silva, GUIMARÃES. Patrícia Borba Vilar. O direito à cidade no contexto das smarts cities: o uso das sTIC'S na promoção do planejamento urbano inclusivo no Brasil. Revista de Direito da Cidade. Vol: 10, nº 3, p. 1788 a 1812, março, 2018.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 02 mai. 2021.

CANAL SYNNEX WESTCON COMSTOR. **3 principais desafios a serem considerados pelas smart cities.** Disponível em: https://digital.br.synnex.com/3-principais-desafios-a-serem-considerados-pelas-smart-cities

ESTADO DE MINAS. Envelhecimento da população revela mudanças no comportamento do país. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/patrocinado/meubmg/2020/11/17/noticia-patrocinado-banco-bmg,1206054/envelhecimento-da-populacao-revela-mudancas-de-comportamento-no-pais.shtml. Acessado em 01 de jun de 2021.

FELTRAN, Fernanda Rodrigues. **A Lei de Mobilidade Urbana como Instrumento de Efetivação do Direito à Cidade e à Inclusão Social.** Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/a-lei-de-mobilidade-urbana-como-instrumento-de-efetivacao-do-direito-a-cidade-e-a-inclusao-social/.

FGV PROJETOS. **Cidades inteligentes e mobilidade urbana.** Outubro, 2015, ano 10, nº24, p. 16. Disponível em: https://conhecimento.fgv.br/sites/default/files/cadernos_fgvprojetos_smart_cities_bilingue-final-web.pdf

GABRILLI, Mara. Manual de Convivência: Pessoas com Deficiência e Mobilidade Reduzida - 2a. Edição, ampliada e revista, 2007. Disponível em: < https://www.maragabrilli.com.br/wp-content/uploads/2017/10/manual_web.pdf >. Acesso em: 05 mai. 2021

GUIA DE RODAS. Cidades Inteligentes Inclusivas. 2020. Disponível em: < https://guiaderodas.com/cidades-inteligentes-inclusivas/ >. Acesso em: 10 mai. 2021.

LIMA, Josiane Palma, MACHADO, Mariza Helena. Avaliação multicritério da acessibilidade de pessoas com mobilidade reduzida: um estudo na região central de ITAJUBÁ (MG). Disponível em: https://doi.org/10.1590/2175-3369.007.003.AO08. Acesso em: 20 mai 2021.

MAZZOTTA, Marcos José da Silveira. A inclusão das pessoas com necessidades especiais.1998. P. 53. Disponível em: < https://?script=sci_arttext&pid=S0104-12902011000200010#:~:text=Mazzotta%20(2008)%20reitera%20que%20a,correspondentes%20%C3%A0s%20suas%20necessidades%20escolares. >. Acesso em : 18 mal. 2021

MOLINARO, Carlos Alberto. Direito à Cidade e o Princípio de Proibição de Retrocesso. Revista: Direitos Fundamentais &Justiça, n. 10, Jan-Mar. 2010.

VELOSO, Roger. Descubra quais são os desafios das cidades inteligentes no Brasil. 2019. Disponível em: < https://blog.houer.com.br/desafios-das-cidades-inteligentes-no-brasil/ >. Acesso em: 20 fev. 2021.

Grupo de Trabalho

A PESSOA E SUAS PROJEÇÕES EM FACE DAS NOVAS TECNOLOGIAS

INDÚSTRIA PORNOGRÁFICA E A MERCANTILIZAÇÃO DO CORPO: UMA ANÁLISE SOBRE A VENDA DA IMAGEM EM SÍTIOS ONLINE

Beatriz Andrade Gontijo da Cunha[1]
Isadora Machado Pereira[2]

RESUMO: A facilidade que o mundo virtual trouxe às relações sociais possibilitou a quebra de paradigmas morais, um dos aspectos mais marcantes desse fenômeno é a pornografia. A venda massiva da imagem, seja de forma "caseira" em aplicativos, ou profissional na indústria, difundiu consideravelmente o mercado sexual e popularizou a prática. Assim, o objetivo desse trabalho foi delimitar a proteção ao direito à imagem dentro do contexto da mercantilização do corpo em sites *online*. Para isso, foi utilizada a metodologia dialética. No primeiro capítulo, analisou-se o direito à imagem-retrato que, ao torna-se pública, permanece a mercê da pirataria e de outros crimes virtuais. Sobre isso, sabe-se que já existem leis federais sobre a proteção de dados, como a Lei Geral de Proteção de Dados, que elucidam a temática. No segundo capítulo, observou-se o contrato de cessão de direito à imagem e o direito ao esquecimento. Nesse sentido, sabendo-se que o efeito da exibição permanente da imagem pode ser devastador para o indivíduo que se arrepender, questiona-se a possibilidade de olvidar o passado, valendo-se do direito ao esquecimento. Por fim, concluiu-se que, o direito à imagem é um direito da personalidade, devendo receber toda a proteção necessária ao desenvolvimento da sua dignidade. Com o advento da internet, a liquidez das relações tornou a carreira na pornografia acessível, porém as pessoas estão ingressando nesse meio sem refletir sobre as consequências de suas escolhas. Nesse

[1] Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Uberlândia. Bolsista CAPES.
[2] Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Uberlândia. Bolsista CAPES.

contexto, caberá ao direito ponderar a boa-fé nos contratos com a dignidade humana, tendendo sempre a realização desta última.

PALAVRAS-CHAVE: direito à imagem; direito ao esquecimento; pornografia.

INTRODUÇÃO

Com o advento dos avanços tecnológicos e com a virtualização do social, o contato nas redes através da internet reduziu distâncias e aumentou o acesso ao contato virtual entre diferentes povos, idades, localidades e interesses. Contato esse sem grandes restrições, em uma terra sem lei onde se esconder ou se tornar público é uma opção. Essa virtualização das relações em que o contato, o bloqueio, o acesso, a compra, o arrependimento advêm de um simples "clique" parece ter banalizado alguns setores morais, e aberto as porteiras para facilitar interações, especialmente ao retirar a pulha sobre relações socialmente consideradas indecorosas. O medo da rejeição social está "escondido" atrás do anonimato que o mundo cibernético permite.

A virtualização da vida também aumentou a mercantilização na sociedade do "arrasta pra cima". A grande problemática advém da utilização do espaço virtual para a prática de crimes que vão desde golpes em sites de venda, pornografia infantil, até tráfico de órgãos em sites da *deepweb*. Tudo se tornou rentável na internet, até mesmo o próprio corpo. Sobre esta temática de mercantilização, este artigo busca entender um setor extremamente difundido com a virtualização da vida social e a venda da imagem em sites de pornografia.

A pornografia se mostra de inúmeros modos e está gratuita ou onerosamente oferecida em vários sites da internet, com a possibilidade de selecionar categorias, contratar anúncios e até mesmo de converter o virtual em algo presencial. Todavia, a questão que se perfaz é se a mercantilização da

imagem através da pornografia digital teria algum limite ou seria possível em um futuro arrependimento sobre a divulgação o cancelamento da sessão de imagem. É para entender mais sobre essa venda imagem que este texto propõe o estudo da pornografia digital sob suas inúmeras facetas.

No primeiro capítulo buscou-se compreender o momento atual da pornografia, os direitos concernentes à imagem e a regulação legal da temática. No segundo capítulo, pretendeu-se confrontar as disposições atinentes ao contrato de cessão de imagem em produções eróticas com o direito ao esquecimento, ainda controverso na doutrina brasileira. Para tanto, utilizou-se o método de abordagem dialético. Assim, considerando que a sociedade está em constantes mudanças, optou-se por contrapor as diversas realidades que se apresentam ao direito e eleger aquela que melhor traduz os valores sociais da atualidade.

1 PORNOGRAFIA DIGITAL E O DIREITO A IMAGEM

Segundo Bauman[3], a pós-modernidade possibilitou a liquidez dos laços. Ao romper e refazer conexões com agilidade, as interações – que vão desde a globalização até a intensidade de informações – se impõe com velocidade. O autor argumenta que mutaram a organização social, antes estruturada com mais calma e solidez, agora estruturada na imediatez e intangibilidade do mundo digital. O momento é o agora, o depois se esvai muito rapidamente, "há apenas "momentos", pontos sem dimensões"[4].

De tal forma, o enfraquecimento dos laços sociais, possibilitado pela internet, e a gradação de um maior público fez do "novo" uma constante: novos nichos, novas pessoas, novas interações sociais, novos ídolos, nova linguagem. Nesse sentido, a sociedade se adaptou a essas mudanças e como característica pode-se citar a "capacidade de interagir com os estranhos sem utilizar essa

[3] BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
[4] BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p 138

estranheza contra eles e sem pressioná-los a abandoná-la ou a renunciar a alguns dos traços que os fazem estranhos"[5].

O declínio da moralidade sexual cristã e a influência da igreja, bem como o surgimento de novos costumes e valores individualistas, como o aumento do autocontrole e do discurso e da subjetividade, são alguns indicadores das mudanças de mentalidade que vêm ocorrendo, especialmente em meados do século XX. De acordo com o curso da história, extratos socioculturais mudaram a percepção da moralidade e da sexualidade[6]. Com tal pensamento, fica claro que um dos pontos cruciais no subconsciente e no consciente humano, desde o animalesco ao romantizado, se evidenciou e popularizou: o sexo.

As interações que antes eram exclusivamente presenciais, e que foram por muitos séculos permitidas socialmente apenas dentro do matrimônio, ao longo dos anos foram se modificando, e ganharam novos contornos na internet. Miskolci, defende que a facilidade e a diversidade que o espaço virtual possibilitou a ampliação dos lugares de interação da paquera, podendo ser acessado a todo momento e até mesmo permitindo a escolha do tipo de interação e das características que se busca no parceiro[7].

No âmbito jurídico, foi na Conferência Internacional de População de Desenvolvimento, sediada no Cairo, em 1994, que os direitos sexuais e reprodutivos se tornaram direitos intrínsecos ao Ser Humano. Segundo Mattar[8], o conceito de direito sexual ainda está em formação, já que veio a roga nos anos 80, com a epidemia da AIDS (*acquired immunodeficiency syndrome*) porém pode-se citar,

---

[5] BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 122

[6] COSTA, Ramon Silva. **Da Prostituição Masculina Às Economias Sexuais Digitais: O Percurso Dicotômico entre o Controle do Direito sobre as Dinâmicas Sexuais e a Emancipação das Práticas Econômico-sexuais no Brasil.** 2017. 75 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2017. p. 18

[7] MISKOLCI, Richard. San Francisco e a nova economia do desejo. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política,** n. 91, 2014. p. 281

[8] MATTAR, Laura Davis. **Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos.** Revista Internacional de Direitos Humanos, v.5, n.8, p.60-83, 2008

como direito sexual, a divisão de responsabilidades sobre o comportamento sexual e suas consequências e, também, o prazer como um fim em si mesmo.

Assim, ao que concerne à pornografia digital como meio de acesso e exercício do direito sexual, sabe-se que esta não é proibida, desde que respeitadas as condições de capacidade plena, consentimento desprovido de erro, dolo, violência e lesão, somente sendo vedada em caso de utilização de menor impúberes. Inclusive, a pornografia digital gera um comércio com grande volume de capital em todo o mundo. Nesse sentido, cita-se que a disposição da imagem, "a ausência de dano a terceiros e o consentimento manifestado livremente constituem os únicos elementos de apreciação jurídica. Todo o resto é irrelevante, pois pertencem ao âmbito da vida privada"[9].

Segundo Piscitelli, Assis e Olivar[10] "os mercados do sexo envolvem não apenas intercâmbios caracterizados como 'comércio', mas também outras trocas que não são assim concebidas e podem, até ser pensadas como dádivas". Explica-se que a mercantilização pode gerar renda de uma forma rápida e fácil, existem inúmeros meios, como a venda de fotos no *Tinder* e os *shows* privados no *Cam4*. Esse último aplicativo pode ser descrito como prostituição virtual, ao vender interações ao vivo através do pagamento do acesso. *Meu Patrocínio*, outro site de encontro, prioriza a confidencialidade dos usuários, e enfatiza a incompatibilidade com quaisquer serviços de prostituição, ao possibilitar a interação entre jovens que procuram estabelecer relações com pessoas que prestam serviços emocionais, intelectuais e financeiros, ainda assim há mercantilização na interação[11].

---

[9] BORRILLO, Daniel. Uma perspectiva crítica das políticas sexuais e de gênero no mundo latino. in: SEFFNER, Fernando e CAETANO, Marcio. (Org.). **Discurso, Discursos e Contra-Discursos Latino-Americanos Sobre a Diversidade Sexual e de Gênero**. Rio Grande: Editora da FURG; Editora Realize, 2016. p. 49

[10] PISCITELLI, Adriana; ASSIS, Gláucia Oliveira de; OLIVAR, Jose Miguel Nieto. **Introdução: transitando através de fronteiras**. In: _____ (org.). Gênero, sexo, amor e dinheiro: mobilidades transnacionais envolvendo o Brasil. Campinas, Núcleo de Estudos de Gênero Pagu, Coleção Encontros, 2011, pp.5-30.

[11] COSTA, Ramon Silva. **Da Prostituição Masculina Às Economias Sexuais Digitais: O Percurso Dicotômico entre o Controle do Direito sobre as Dinâmicas Sexuais e a Emancipação das Práticas**

Considerando o corpo como elemento primitivo de identidade, é de grande utilidade na análise da efetivação das relações econômico-sexuais, que fogem ao âmbito da prostituição tradicional, sendo possível desvelar relações possíveis a partir da busca de categorias como encontros, ajuda financeira, e relações estáveis. De acordo com Costa (2017, p. 50), o corpo, mesmo com a virtualização, serve como principal ferramenta para esta prática. Frisa-se que a mercantilização de imagens com finalidade econômica, sendo ou não profissionalizado, é aqui considerado como pornografia digital.

A possibilidade do anonimato ou mesmo a ilusão sobre a relevância do que se divulga e sobre quem recai a divulgação são pontos perigosos no que tange a publicações com interação sexual. Para exemplificar, pode-se citar o aplicativo de compartilhamento de imagens com conteúdo pago: o *OnlyFans*. Tal rede ficou conhecida por ter perfis em todo o mundo, inclusive de celebridades. No Brasil, a conta mais conhecida é da cantora Anitta. No seu perfil é divulgado diversas fotos com conteúdo sensual, pouca roupa, e até mesmo um vídeo de uma tatuagem íntima que acabou saindo da rede e *viralizou* na internet.

Sabe-se que existem tantas sexualidades quanto os sujeitos que as praticam, e a liberdade é fator crucial na sociedade de informação. Todavia, a repercussão sobre o público que segue a cantora Anitta[12] acaba transparecendo que vender imagens sensuais e/ou nuas em aplicativos é algo banal. Tal pensamento pode atrair um público totalmente vulnerável aos efeitos que a mercantilização da imagem pode gerar, nesse sentido começa a aparecer notícias sobre vazamento e perseguições que atingem jovens mulheres que optaram pela mercantilização da imagem[13] como fonte de renda.

Econômico-sexuais no Brasil. 2017. 75 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2017. p.57.

[12] Disponível em: https://observatoriog.bol.uol.com.br/noticias/alem-de-tatuagem-no-anus-anitta-revela-que-tambem-tatuou-a-vagina?amp

[13] Disponível em: https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2021/06/09/por-que-deletei-meu-onlyfans.htm

Outro ponto que merece destaque com a economia do desejo, propiciada pelo grande acesso à internet, é a amplitude de comunicação e até mesmo a publicidade que certos aplicativos e sites oferecem tanto interações virtuais rentáveis como a possibilidade de tornar tais interações palpáveis[14]. Dessa forma, a exibição virtual pode ser um caminho para a prostituição ou mesmo um modo de divulgação desta, ainda que não estejam obrigatoriamente correlacionadas[15]. O principal atrativo da economia do desejo é a capitalização virtual. No entanto, a vida privada muitas vezes não é facilmente distinta da esfera digital. Isso, somada a amplitude de acesso que a *internet* propicia, pode gerar danos na esfera cotidiana de alta potencialidade lesiva. Teffé[16] afirma que "a dinâmica da internet tende a ampliar consideravelmente a extensão do dano e em um reduzidíssimo espaço de tempo". O conceito referido é a definição de *cybercrimes.* Frisa-se que aos adultos e sua liberdade de escolha sobre a vida erótica nada se contradiz. Todavia, sobre contrabando de imagem, pirataria digital, vazamento, *porn revenge,* há inúmeras consequências que afetam a moral social do indivíduo e por isso foram regulamentadas.

Sobre a pirataria, pode-se conceituá-la como roubo ou extorsão, sem necessariamente considerar que a origem da propriedade intelectual está relacionada à expansão dos interesses comerciais. Piratear significa copiar e divulgar, pelo qual não estão sendo pagos direitos de uso. No caso específico da pornografia digital, a pirataria está relacionada tanto a comercialização de

---

[14] COSTA, Ramon Silva. **Da Prostituição Masculina Às Economias Sexuais Digitais: O Percurso Dicotômico entre o Controle do Direito sobre as Dinâmicas Sexuais e a Emancipação das Práticas Econômico-sexuais no Brasil.** 2017. 75 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2017. p.50

[15] ARANHA, Francisca Karla Botão; FERREIRA, Tereza Maria da Silva; MATOS, Camila Saraiva de. Entre o real e virtual: práticas culturais de prostitutas. In: Encontro Cearense De História Da Educação, 13.; Encontro Nacional Do Núcleo De História E Memória Da Educação, 3.; Simpósio Nacional De Estudos Culturais E Geoeducacionais - Sinecgeo, 3., 25 A 27 Set. 2014, Fortaleza (Ce). Anais... Fortaleza (CE), 2014. p. 1095.

[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, p. 173-198, jan./ mar. 2017. p.189

informações dispersas na rede em forma de bancos de dados que permitem rastrear "identidades", clientes e perfis, como a divulgação de conteúdo restrito, o que fere, além do direito autoral de propriedade industrial sobre o conteúdo, também o direito de imagem sobre o corpo divulgado.

Salienta-se que em geral, as leis existentes de controle da pirataria digital, apesar da bandeira da proteção à criatividade, na verdade atendem aos interesses econômicos de grandes empresas. No que tange o universo das economias sexuais, além do ponto citado, há ainda um consenso sobre a necessidade do mercado da indústria pornográfica se aproveitar das grandes corporações para aliviar as tensões da pirataria. No caso específico do Brasil, a indústria pornográfica tradicional (*mainstream*) está pelo fim ao não saber aproveitar a virtualização do mundo, falta qualidade da produção, falta criação de novos canais de buscas -sites-, falta a organização uma melhor profissionalização. Esses são fatores que de acordo com Parreiras favoreceram sites especializados no assunto com pornografia, muitas vezes caseira, tais como "*altporn* XXP ou mesmo os sites gratuitos de vídeos *on stream*, como RedTube, Xvideos, YouPorn e PornoTube estariam se tornando tão populares"[17].

Somado a isso, conforme Borges[18], nos contratos de cessão de direito de imagem, que serão mais bem abordados na próxima sessão, é possível que haja a presença de cláusula de exclusão de responsabilidade, de modo que nem o contratante, nem o contratado sejam responsabilizados por atos praticados por terceiros. Dessa forma, se o terceiro se utilizar de registros de imagens licenciadas sem autorização (podendo se concretizar por meio da pirataria, por exemplo), e causar qualquer prejuízo às partes envolvidas na licença, poderá ser

[17] PARREIRAS, Carolina. 'Altporn', corpos, categorias, espaços e redes: um estudo etnográfico sobre pornografia online. 2015. 247 p. Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP. p. 38-39

[18] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Interpretação dos contratos sobre direitos de personalidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 11, p. 55-77, 2017.

responsabilizados tanto pelo titular do direito a imagem, quanto pelo contratante licenciado.

Segundo Teffé[19], tornou-se fundamental aprofundar o campo de estudo sobre o direito de imagem e os meios de proteção na internet, dada a complexidade das situações lesivas. Ao que concerne o conteúdo problemático desse texto, a imagem constitui um direito humano, podendo ser considerado como um "bem inviolável, diretamente voltado à defesa da figura humana, protegido pela garantia de impedir que alguém a utilize indevidamente sem o seu prévio consentimento"[20], sendo assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A capacidade de se autodeterminar possibilita as escolhas e decisões do indivíduo sobre sua vida, até mesmo a restrição e ou cessão de um direito. No caso da divulgação de imagem, a autodeterminação é o fator crucial que possibilita que a cessão da imagem retrato tenha validade jurídica. O direito de imagem é protegido constitucionalmente e se divide em dois segmentos, o direito a imagem retrato e a imagem atributo. A primeira seria a aparência, sua expressão no mundo, já a segunda seria o conjunto de características comportamentais que formam o indivíduo, sua personalidade na estrutura social[21], e assim como há proteção da expressão externa, deve-se garantir a mesma a expressão intima/ interna.

Borges[22] explica que o direito à imagem também se constitui como um dos direitos da personalidade. Nessa linha, os direitos da personalidade são compreendidos em seu âmbito negativo, de proteção contra interferências o Estado e terceiro, e em seu âmbito positivo, como a liberdade de desenvolver sua

---

[19] 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.
[20] GUERRA, Sidney. Globalização, informação e direito fundamental à privacidade. **Revista Z Cultural do Programa Avançado de Cultura Contemporânea**, v. 1, p. 01-35, 2006. p. 12
[21] 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. p. 176
[22] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Interpretação dos contratos sobre direitos de personalidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 11, p. 55-77, 2017.

personalidade e realizar a sua dignidade conforme suas próprias concepções de vida boa. Para que isso seja possível, é indispensável que o sujeito seja munido de autonomia privada e de relativa disponibilidade de de seus interesses. Assim, ainda que esses direitos sejam irrenunciáveis, isso não impossibilita que o próprio titular possa limitar voluntariamente o seu exercício. Dessa forma, embora não possa haver a separação absoluta entre sujeito e direito, pode haver a cessão de certos direitos, desde que por tempo determinado e haja especificações de uso compatíveis com a dignidade da pessoa humana[23].

Nesse sentido, o art. 20 do Código Civil autoriza que o sujeito realize negócios jurídicos onerosas com a sua imagem. A autorização para a exposição de imagem deve ser expressa. Além disso, eventual distorção da imagem ou do contexto em que sua divulgação foi permitida, ou mesmo ampliação do uso da imagem, pode ser considerado como abuso da cessão concedida, e restar configurado dano não só a imagem como também a outros direitos que se correlacionam, como a intimidade, a privacidade, a finalidade e a honra[24]. Sobre a privacidade, atualmente sua caracterização deve compreender o controle sobre suas informações e a exibição delas de maneira autodeterminada, como edição, tratamento, restrição, cancelamento e correção de forma livre[25].

Segundo o Conselho Europeu[26], para casos em que o consentimento da divulgação é a aceitação dos termos do aplicativo e/ou site, a validação do tratamento dos dados pessoais e a aceitação do contrato de adesão, que não se faz de forma tácita, já seria um meio lícito de autorização. Todavia, apesar de ser

---

[23] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Interpretação dos contratos sobre direitos de personalidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 11, p. 55-77, 2017.
[24] 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.
[25] SOUZA, Eduardo Nunes de. SILVA, Rodrigo da Guia. **Tutela da pessoa humana na lei geral de proteção de dados pessoais: entre a atribuição de direitos e a enunciação de remédios**. Pensar, Fortaleza, v. 24, n. 3, p. 1-22, jul./set. 2019
[26] CONSELHO EUROPEU. **Regulamento (UE) 2016/679 do parlamento europeu e do conselho de 27 de abril de 2016**. Jornal Oficial da União Europeia, 4 maio 2016.

um contrato "tudo ou nada" é garantido a finalidade da sua utilização, como escolha do próprio indivíduo[27].

Verifica-se assim uma concatenação de princípios que amparam o direito de imagem, afinal, seus danos refletem diretamente a dignidade da pessoa humana. O tratamento e os mecanismos de proteção são fartos para além da pecúnia que o dano pode gerar. Cita-se, a título de exemplo, a tutela inibitória e a tutela reparatória, que deverão ser aplicadas de acordo com as especificidades do caso e podem inclusive conter multa diária pela violação na divulgação da imagem, que pode ser tanto retrato como atributo. A indenização pode se estender também, não só no campo dos direitos morais, que preservam a personalidade e a dignidade, como também nos patrimoniais, que guarnecem os danos efetivos ao financeiro pessoal do indivíduo afetado[28].

A positivação legal existente sobre a violação da imagem tem como primeiro ponto o artigo 5º da Constituição Federal que regula a liberdade, a propriedade e a segurança como Princípios Fundamentais da República e que estão intimamente ligados ao direito de imagem. Ademais, em 2012, a Lei Carolina Dieckmann foi o primeiro vetor a tratar dos crimes virtuais contra o direito de imagem. No entanto, como detém abordagem puramente criminal, a lei foi pouco difundida, já que o tema necessitava de maiores contornos legais.

Posteriormente, em 2014, outra lei mais abrangente foi positivada, a popularmente conhecida como Marco Civil da Internet - Lei n.º 12.965/2014 que, apesar de, como o próprio nome diz, ter marcado a legislação sobre os crimes virtuais, é ainda pouco efetiva. Segundo Souza e Silva[29], seu art. 19 conferiu uma

---

[27] SOUZA, Eduardo Nunes de. SILVA, Rodrigo da Guia. **Tutela da pessoa humana na lei geral de proteção de dados pessoais: entre a atribuição de direitos e a enunciação de remédios**. Pensar, Fortaleza, v. 24, n. 3, p. 1-22, jul./set. 2019

[28] 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.

[29] SOUZA, Eduardo Nunes de. SILVA, Rodrigo da Guia. **Tutela da pessoa humana na lei geral de proteção de dados pessoais: entre a atribuição de direitos e a enunciação de remédios**. Pensar, Fortaleza, v. 24, n. 3, p. 1-22, jul./set. 2019

proteção deficitária às vítimas de conteúdos lesivos postados por terceiros, visto que substituiu o sistema de *notice and take down*, que até então era aplicado pela jurisprudência em hipóteses semelhantes. Tal fato proporcionou que o conteúdo seja removido pelo site após o aviso de notificação e remoção, operado em relação à violação de direitos autorais, bem como a difamação e outros conteúdos ilegais. Todavia, tal abertura desresponsabilizou os sites sobre o conteúdo gerado por seus usuários, cabendo tão somente a vigilância após denúncias e avisos de conteúdo lesivo.

Para além do que diz a lei, a jurisprudência sobre o uso de imagem cresceu e fortaleceu, uma vez que inúmeros casos acabaram no judiciário. Assim pode-se dizer que tanto no ambiente *online,* quando no mundo físico, essas qualidades da personalidade estão sendo utilizadas pelo seu titular, mas também por terceiros. Tal fato possibilitou o reforço jurisprudencial sobre a matéria, um dos grandes avanços que podem ser citados seria o estabelecimento da autonomia do direito à imagem, ou seja, sua mercantilização de forma mais orgânica. Outro ponto seria a presunção de dano moral ou também como reconhecido como "dano *in re ipsa*"[30], danos causados por violação ou abuso e necessidade de solicitação de autorização expressa do titular da imagem para uso comercial.

Recentemente, com a sanção da Lei Geral Proteção de Dados (LGPD) cuja plenitude de seus artigos passou a vigorar em 2020, toda a proteção dos dados e sua eventual criminalização foi recolocada de modo sensível e mais efetivo frente a virtualização do mundo, já que há certa amplitude no posicionamento do tema e também uma sistematização que se faz necessária. Segundo Souza e Silva[31], a proteção efetiva dos dados sensíveis se deu pelo "encadeamento – eminentemente dialético – de valores, com diversos graus de especificidade, [e] é

[30] 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. p. 188

[31] SOUZA, Eduardo Nunes de. SILVA, Rodrigo da Guia. **Tutela da pessoa humana na lei geral de proteção de dados pessoais: entre a atribuição de direitos e a enunciação de remédios**. Pensar, Fortaleza, v. 24, n. 3, p. 1-22, jul./set. 2019

fundamental para que se possa aferir o merecimento de tutela do exercício dos remédios previstos pela LGPD".

A LGPD inicia com a reenunciação dos direitos da personalidade, já citados na Constituição, e que são a base de proteção dos dados privados. Seguidamente, parte para a possibilidade de revogação do consentimento em seu inciso IX do art. 18. Tal possibilidade regulamentou o que antes era pautado no âmbito da doutrina, mas sem resposta legal positivada. Dessa forma, o indivíduo reafirma seu direito de privacidade sobre os dados com a delimitação legal que o Estatuto propiciou ao regular a exposição e a revogação dos dados.

Por conseguinte, a LGPD não inovou na base de direitos protegidos, mas inovou em trazer parâmetros de regulamentação sobre o uso e o arrependimento, fundamentos que antes inexistiam na legislação. Como cita Souza e Silva[32], há um maior poder de controle sobre as informações, mesmo que não haja, abusos, o indivíduo tem direito de acesso e manipulação dos dados que o concernem. Nessa linha, Rodotà, afirma que, o exercício do "direito" de acesso se relaciona com o princípio da finalidade, e permite a execução dos interesses pessoais, de tal forma que garante a validade do princípio da finalidade ao possibilitar a correção, integração ou eliminação dos dados pessoais [33].

Ou seja, a finalidade do uso dos dados pessoais é controlada pelo seu detentor, mesmo que esses sejam para finalidade comercial. A eventual dispensa do consentimento poderá ocorrer para as restrições impostas na lei. Segundo o texto legal, o consentimento pode ser revogado a qualquer momento mediante manifestação expressa do titular, por procedimento gratuito e facilitado, ratificados os tratamentos realizados sob amparo do consentimento anteriormente

[32] SOUZA, Eduardo Nunes de. SILVA, Rodrigo da Guia. **Tutela da pessoa humana na lei geral de proteção de dados pessoais: entre a atribuição de direitos e a enunciação de remédios**. Pensar, Fortaleza, v. 24, n. 3, p. 1-22, jul./set. 2019

[33] RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 60

manifestado enquanto não houver requerimento de eliminação, nos termos do inciso VI do caput do art. 18 da LGPD.

Consequentemente, nenhum direito é absoluto e seu controle deverá sopesar os outros direitos inerentes ao ordenamento jurídico, faz-se necessário realizar a ponderação. Como afirma Teffé[34], não há sobreposição prévia entre os direitos, por isso os interesses devem ser balanceados no caso concreto, respeitados suas peculiaridades, os sujeitos implicados e bens jurídicos envolvidos.

2 CONTRATO DE CESSÃO DE DIREITO DE IMAGEM E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Andrea Dworkin[35], uma das principais opositoras da licitude da Pornografia, junto de MacKinnon, defendeu que a pornografia objetifica o corpo feminino, tornando-a um mero objeto prazer e submissão do "homem opressor". Nesse sentido, para ela, esse tipo de conteúdo erótico reforça esteriótipos sociais negativos a respeito das mulheres e transmite a ideia, para a sociedade, de que não só é permitido agredir, humilhar, violar e machucar uma mulher em nome do prazer masculino, como também que elas gostam disso. Assim, a autora justifica a censura da pornografia dizendo que ela não constituiria liberdade de expressão, mas sim um símbolo de opressão e desumanização da mulher.

Na mesma linha, MacKinnon[36] dispõe que a pornografia seria o mais explícito símbolo de que as mulheres possuem o papel de servirem sexualmente aos homens. Somado a isso, a autora ainda defende que, embora alguns liberais declarem que a exclusão do conteúdo feriria a 1ª Emenda da Constituição Americana (Princípio da Liberdade de Expressão), a pornografia constituiria, por si só, um risco a 14ª Emenda do mesmo dispositivo legal (Princípio da Igualdade), uma vez que colocaria as mulheres em posição de inferioridade, dificultando que

[34] 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.
[35] DWORKIN, Andrea. **Life and Death: unapologetic writing on the continuing war Against woman.** New York: The Free Press, 1997.
[36] MACKINNON. Catherine A. **Only Words. Cambridge**: Harvard University Press, 1996.

elas consigam se impor socialmente. Por fim, ela argumenta que as mulheres que entram no ramo pornográfico, além sofrerem tratamentos humilhantes, têm esse momento da sua vida gravado para ser exibido a posteridade.

Em contraposição a essa visão, em uma *Review* a respeito da obra "*Only Words*" de MacKinnon, Ronald Dworkin[37] rebateu os principais pontos levantados no livro no tocante a porque esse tipo de material adulto deveria ser proibido no país. Nesse ínterim, o autor argumenta que MacKinnon avaliou erroneamente o significado do princípio da igualdade, pois ela considerou que esse princípio pressupunha que todas as pessoas deveriam ser encorajadas a exporem suas ideias, e que essas ideias deveriam ser igualmente bem recebidas por todos os setores da sociedade. No entanto, para ele, não é isso que o princípio da igualdade pressupõe, mas sim que determinados sujeitos, por se encontrarem em uma situação de desvantagem social, seriam protegidos de todas as formas de abuso que pudessem constituir um obstáculo a sua liberdade de expressão. Nessa ótica:

> O argumento 'silenciador' supõe que todos – o fanático e o criacionista, bem como o reformador social – têm direito a, onde quer que for, uma atenção respeitosa por parte do outro para encorajá-lo a falar o que pensa e garantir que será corretamente compreendido; e isso é um absurdo. O argumento igualitário, ao contrário, supõe apenas que certos grupos – aqueles que são vítimas de persistente desvantagem em nossa sociedade – não devem ser submetidos a qualquer tipo de insulto, assédio ou abuso que contribua para essa desvantagem[38] (tradução nossa).

[37] DWORKIN, Ronald. Dworkin's review of MacKinnon's Only Words appeared as "Women and Pornography", in **The New York Review of Books**, 21 October 1993. p. 36- 42.

[38] "The silencing´argument supposes that everyone - the bigot and the creationist as well the social reformer - has a right to wherever respectful attention on the part of other is necessary to encourage him to speak his mind and to guarantee that he will be correctly understood; and that is absurd. The egalitarian argument, on the contrary, supposes only that certain groups - those that are victims of persisting disavantage in our society - should not be subjected to the kind os insult, harassment, or abuse that has contributed to that disavantage"- DWORKIN, Ronald. Dworkin's review of MacKinnon's Only Words appeared as "Women and Pornography", in **The New York Review of Books**, 21 October 1993. p. 40.

Ronald Dworkin[39], ainda rebate que, embora a pornografia possa causar certos desconfortos a alguma parcela da sociedade, é necessário que essa adversidade seja confrontada no espaço público do debate, e não da censura. Nessa perspectiva, ainda que esse tipo de conteúdo possa ser considerado ofensivo a esse fragmento social, ao se permitir o cerceamento da liberdade de expressão pelo simples incomodo deste grupo, se permitirá que qualquer conteúdo supostamente ofensivo, por menor que seja, também possa ser censurado. Assim, o autor expõe que ainda que haja mulheres que defendam que essas cenas de sexo explícito as insultem, deve-se considerar que existem outras que veem na pornografia uma forma de diversão e liberdade de expressão.

Seguindo esse raciocínio, Ceccarelli[40] analisa a história e carreira das profissionais do sexo ao longo do tempo, o que aqui será utilizado apenas em analogia à atividade de atrizes e atores de filmes adultos. O autor ressalta que, com o advento de novas tecnologias, a prostituição migrou também para ao ambiente *online*, criando a prostituição virtual. Essa nova modalidade, desenvolvida por meio de relações virtuais entre o cliente e a profissional, ocorre por meio de envio de fotografias nuas, vídeos eróticos, ou até mesmo interações ao vivo por meio de *webcam*. No entanto, ele esclarece que a prostituição não se resume a garotas em situação de vulnerabilidade, mas sim abrigam mulheres de todas as classes sociais, algumas, até mesmo, dominam vários idiomas e possuem formação universitária. Assim, Ceccarelli[41] identifica uma hierarquia social entre as profissionais denominadas "prostitutas de luxo", que, em geral, estão inseridas no mesmo universo social que seus clientes, e as denominadas "mulheres da vida", de classe social mais baixa.

---

[39] DWORKIN, Ronald. Dworkin's review of MacKinnon's Only Words appeared as "Women and Pornography", in **The New York Review of Books**, 21 October 1993. p. 36- 42.
[40] CECCARELLI, Paulo Roberto. Prostituição–Corpo como mercadoria. **Mente & cérebro–sexo**, v. 4, n. 1, p. 1-14, 2008.
[41] CECCARELLI, Paulo Roberto. Prostituição–Corpo como mercadoria. **Mente & cérebro–sexo**, v. 4, n. 1, p. 1-14, 2008.

Nessa mesma linha, Ronald Dworkin[42] defende que por mais que se deva considerar que o sistema econômico acabe por forçar muitas mulheres a aceitarem trabalhos que, em outras ocasiões, elas rejeitariam, este mesmo sistema também favorece o crescimento de outras profissões que são capazes de empregá-las, ainda que a baixos salários. Nesse sentido, por considerar que crianças não são dotadas de suficiente maturidade e capacidade para compreender as consequências das decisões que tomam em suas vidas, a legislação proíbe que menores de idade participem desse tipo de produção adulta. No entanto, o autor argumenta que não se pode considerar que todas as mulheres adultas que concordem em participar de produções pornográficas, na realidade, não o quereriam fazê-lo. Assim, ainda que se afirme que o sistema é injusto com as mulheres, não se pode deixa de considerar que algumas escolhem a pornografia como alternativa, ainda que tivessem outras opções.

No Brasil, embora o título VI, capítulo V do Código Penal Brasileiro elege um rol de crimes contra a dignidade sexual, incluindo o crime de manter casa de prostituição e o rufianismo (art. 229 e 230 do Código Penal), a exploração sexual na produção de filmes eróticos, ou qualquer outra forma de pornografia, não é proibida. Assim, desde que o elenco seja composto apenas por pessoas maiores de idade, é lícito a cessão do direito de imagem para fins de produção de conteúdos voltados para o público adulto. A esses casos, por não haver nenhuma lei específica que trate do assunto, aplica-se os dispositivos legais que regulam os contratos de cessão de direito de imagem.

Nesse sentido, Borges[43], explica que, em geral, os contratos de cessão de direito de imagem são contratos atípico misto, logo, além da cessão da imagem, exige-se a prestação de algum serviço, seja algum comportamento em *set* de

[42] DWORKIN, Ronald. Dworkin's review of MacKinnon's Only Words appeared as "Women and Pornography", in **The New York Review of Books**, 21 October 1993. p. 36- 42.
[43] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Interpretação dos contratos sobre direitos de personalidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 11, p. 55-77, 2017.

fotografia, seja atuação em algum tipo de filme. Além disso, por não haver forma específica prescrita em lei, deve ser especificado, ao máximo, todas as condições e limites em que o contrato está sujeito, de modo a gerar o menor número de lacunas possíveis. Somado a isso, não se deve olvidar que, conforme explanado anteriormente, o direito de imagem constitui um direito da personalidade, como tal, não pode cedido permanentemente ou por tempo indefinido. Dessa maneira, é imprescindível que o contrato seja explícito quanto ao prazo de duração da cessão da imagem.

No caso da indústria pornográfica, em muitos casos, várias atrizes que decidem seguir essa profissão quando jovens, abandonam a atividade quando mais velhas, ou por terem considerado sua carreira na pornografia apenas como uma "aventura", ou por adquirirem novas profissões que elas consideram incompatíveis com essa ocupação. Nesses casos, embora algumas não se incomodem em relevar seu passado, outras se envergonham ou encontram dificuldades em seguir sua vida após a superação dessa fase. Dentro desse cenário, é notório os casos da libanesa Mia Khalifa e da apresentadora brasileira Xuxa Meneghel.

Mia Khalifa nasceu na Líbia, porém se mudou para os Estados Unidos ainda jovem, onde se graduou no curso de história. No ano de 2014, aos 21 anos, ela aceitou um convite da empresa *Bang Bros* para atuar em seis vídeos adultos. Segundo ela, o aceite do convite foi motivado principalmente por sua baixa autoestima, além de acreditar que seria apenas uma aventura que permaneceria no anonimato. Apesar da curta carreira, ela se tornou mundialmente famosa após a propagação mundial de um dos vídeos, no qual aparecia utilizando um *hijab,* o que também lhe rendeu inúmeras ameaças de morte de grupos extremistas islâmicos. Ao todo, a ex-atriz recebeu doze mil dólares pelo trabalho, no entanto, os vídeos renderam milhões em lucros para a produtora, sem que Mia Khalifa tenha

ganhado nada a mais, nenhum *royalties* ou bônus, pela popularidade apresentada[44].

A jovem admite a responsabilidade pelas atitudes tomadas no passado, e não se considera uma vítima, ou alguém que não teve alternativa, no entanto admite que foi manipulada pela produtora, que se aproveitou do nervosismo e inexperiência da garota para convencê-la a realizar o trabalho. Além do mais, Mia Khalifa lamenta que essa parte do seu passado não pôde permanecer no anonimato, e que ela seja sempre associada a pornografia, ainda que deseje cursar outro caminho. Somado a isso, a jovem também revela que está em uma batalha judicial com o Google na busca de tentar desvincular a indexação de seu nome desse passado. Nesse sentido, ao ser questionada sobre se houve algum tipo de estresse pós-traumático na experiência, Mia Khalifa conta que sente que não possui mais privacidade, pois seus vídeos são facilmente encontrados em sites de busca e que ao sair na rua sente que as pessoas estão a visualizando nua[45].

Nesse mesmo contexto, em 1982, Xuxa Meneghel, no início de sua carreira artística, então com dezoito anos, participou de um filme denominado "Amor Estranho Amor". Além de várias cenas de nudez, o filme expôs uma polêmica cena em que sua personagem aparece nua, simulando sexo com um garoto de apenas treze anos de idade. Com o passar dos anos, e o ingresso de Xuxa na carreira de apresentadora de programas infantis, as cenas expressas no filme passaram a ser incompatíveis com sua nova ocupação, fazendo com que ela buscasse apagar essa parte de seu passado[46].

---

[44] SACKUR, Stephen . **Mia Khalifa: 'Achei que pudesse fazer do pornô o meu segredinho, mas o tiro saiu pela culatra'**. 2019. HARDtalk. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-49491755. Acesso em: 27 jun. 2021

[45] SACKUR, Stephen . **Mia Khalifa: 'Achei que pudesse fazer do pornô o meu segredinho, mas o tiro saiu pela culatra'**. 2019. HARDtalk. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-49491755. Acesso em: 27 jun. 2021

[46] PADIGLIONE, Cristina. **Filme polêmico de Xuxa, 'Amor Estranho Amor' será exibido na televisão**. 2021. Disponível em: https://f5.folha.uol.com.br/colunistas/cristina-padiglione/2021/02/filme-polemico-de-xuxa-amor-estranho-amor-sera-exibido-na-tv-quinta-feira.shtml. Acesso em: 27 jun. 2021

A apresentadora negociou com a produtora os direitos autorais dos filmes, e ganhou na justiça o direito de que a produtora seja proibida de reproduzir as filmagens. No entanto, em recente julgado do Superior Tribunais de Justiça, ela perdeu uma ação contra o Google, em que solicitava a proibição da indexação de seu nome junto a termos como "pedofilia". Cruz *et al*[47], no entanto, lamenta que a decisão não tenha abordado o tema do direito ao esquecimento, que teria sido negligenciado pela corte.

Nessa mesma perspectiva, de acordo com Ost[48], o direito ao esquecimento constitui uma das múltiplas facetas do direito à privacidade, e está relacionado ao conceito extralegal de perdão. Para ele, além do domínio da moral e da religião, o perdão se infiltra nas entranhas do direito e é capaz de contaminá-lo com a sua "generosa ilegalidade". O perdão, no entanto, não pressupõe a negação do evento que se quer esquecer, mas sim está relacionada a memória e a remissão. Segundo o autor, quando uma falta é apenas esquecida, o direito é visto como negligente. No entanto, quando ela é perdoada, permite-se o rompimento com a história pregressa e o início de um novo ciclo. Embora a natureza gratuita e não coercitiva do perdão o impeça de, por si só, constituir-se de natureza jurídica, Ost[49] considera que ele pode ser utilizado como horizonte regulador da lei.

Nessa toada, o Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) incluiu o direito ao esquecimento como uma das formas de tutela da dignidade da pessoa humana. Entretanto, em fevereiro de 2021, no julgamento do Caso Aída Curi (Recurso Extraordinário 1010606/ RJ), indo ao encontro da decisão proferida na ADI 4815 (publicação das bibliografias não autorizadas), o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o direito ao

[47] CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e *et al*. Um estudo do caso Xuxa vs. Google Search (RE sp 1.316.921). **Revista de Direito das Comunicações**, [s. *l*], v. 7, p. 335-355, 2014.
[48] OST, François. **O Tempo do Direito.** Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999.
[49] OST, François. **O Tempo do Direito.** Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999.

esquecimento é incompatível com a Constituição Federal, pois obstar a divulgação de acontecimentos verídicos em meios de comunicação, ainda que já decorrido muito tempo, seria inconstitucional. A decisão do STF contrariou grande parte da doutrina civilista brasileira, que já vinha reconhecendo a existência do direito no ordenamento brasileiro.

Nesse sentido, de acordo com Diniz[50], o direito ao esquecimento garante que determinado sujeito insurja contra a divulgação de fatos reprováveis a seu respeito, que perderam a relevância pública pelo decurso do tempo e cuja exposição constituiria empecilho ao seguimento de sua vida e ao pleno desenvolvimento da sua personalidade. Nesse sentido, ele constitui um direito da personalidade, e é um reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III da Constituição Federal. Para a autora, devido a sua natureza de direito da personalidade, caso não se trate de informações de interesse público, o direito ao esquecimento deve prevalecer em relação à liberdade de expressão e ao direito de informação. Dessa forma, deve-se buscar garantir que o sujeito que se arrependeu de seus atos pretéritos possa perseguir seus novos projetos de vida digna, olvidando-se completamente de seu passado.

A internet, por sua vez, ressignificou o tempo e a memória, tornando os fatos acessíveis a qualquer tempo e lugar, eternizando-os, e deixando a pessoa vulnerável aos seus efeitos deletérios. Diniz[51] ressalta que quando o direito ao esquecimento entra em choque com o direito à memória, é necessário eleger o que, de fato, merece a atenção pública. Nessa ótica, para ela, acontecimentos que não são dotados de interesse público ou cuja utilidade social já se perdeu com o tempo, não possuem razões para sua divulgação ser mantida. Dessa maneira, segundo a autora, o direito ao esquecimento, se justifica, por exemplo, no caso de

[50] DINIZ, Maria Helena. **Uma visão constitucional e civil do novo paradigma da privacidade: o direito a ser esquecido.** Revista Brasileira de Direito, v. 13, n. 2, p. 7-25, 2017.
[51] DINIZ, Maria Helena. **Uma visão constitucional e civil do novo paradigma da privacidade: o direito a ser esquecido.** Revista Brasileira de Direito, v. 13, n. 2, p. 7-25, 2017.

atrizes de filmes pornográficos que, após constituírem família, decidem abandonar a carreira[52].

Assim, com *data maxima venia*, considera-se que a decisão do Superior Tribunal de Justiça, ao considerar o direito ao esquecimento como incompatível com a Constituição Federal, foi equivocada e criou um precedente perigoso, pois negou qualquer possibilidade de invocação do instituto. Seguindo a doutrina de Diniz[53], argumenta-se que, como uma das facetas do direito da personalidade, o direito ao esquecimento, ainda que não deva ser generalizado, não pode ser eliminado do âmbito jurídico, sob pena de deixar desamparadas várias pessoas que, em posse de interesses legítimos, veem no seu passado um grande empecilho para seguirem suas vidas e realizar seu plano de vida digna.

No que tange aos contratos de cessão onerosa de direito de imagem, embora esteja explícito o caráter patrimonial do contrato, o seu objeto constitui um direito da personalidade, e, portanto, possui natureza extrapatrimonial. Dessa forma, a natureza mista desse tipo de contrato exige que as regras de interpretação que os regem se adéquem ao âmbito personalíssimo desses direitos. Nesse caso, ainda que o direito privado seja permeado por conceitos originalmente trazidos da lógica patrimonialista, tais como autonomia privada, obrigação, poder de disposição, contrato, é necessário se compreender que há um núcleo dos direitos personalíssimos que não estão sujeitos à lógica instrumentalizantes do mercado[54].

Nesse sentido, no momento de interpretação desses contratos deve-se ter em conta a primazia da tutela dos direitos da personalidade, como imprescindíveis a realização da dignidade da pessoa humana, e a sua disponibilidade relativa.

---

[52] DINIZ, Maria Helena. **Uma visão constitucional e civil do novo paradigma da privacidade: o direito a ser esquecido.** Revista Brasileira de Direito, v. 13, n. 2, 2017. p.20

[53] DINIZ, Maria Helena. **Uma visão constitucional e civil do novo paradigma da privacidade: o direito a ser esquecido.** Revista Brasileira de Direito, v. 13, n. 2, p. 7-25, 2017.

[54] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Interpretação dos contratos sobre direitos de personalidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 11, p. 55-77, 2017

Assim, os direitos patrimoniais, por possuírem caráter instrumental, possuem apenas tutela secundária. Dessa forma, em caso de lacunas ou ambiguidade, deve-se sempre privilegiar a parte que está dispondo dos seus direitos da personalidade. No caso de pessoa física ainda deve-se ter em conta que, como titular dos direitos que estão sendo cedidos, ela é considerada parte vulnerável do contrato. Somado a isso, ainda é possível identificar uma hipervulnerabilidade nos casos em que for constatado certa inexperiência, ou ausência de conhecimento, relacionada aos meios tecnológicos envolvidos no negócio, como o desconhecimento da *perpetuidade fática* de publicações em sítios online[55].

Dessa maneira, considerando as peculiaridades do contrato de cessão de direito de imagem, além da primazia dos direitos da personalidade em detrimento dos direitos patrimoniais, argumenta-se que é possível compatibilizar esse tipo contratual com o direito ao esquecimento das ex-atrizes ou ex-modelos de conteúdo adultos. No entanto, para que isso ocorra é necessário, antes, que algumas ressalvas sejam levantadas, a fim de que os princípios da boa-fé e da confiança, tão caros ao direito privado, sejam levados em consideração.

Assim, antes de aplicar o princípio do direito ao esquecimento, não se pode olvidar que, no mesmo sentido exposto por Ronald Dworkin[56], a pornografia é uma manifestação de liberdade de expressão: não só da produtora, que desenvolve o conteúdo, mas também das modelos e atrizes que participam da filmagem. Além disso, embora se admita a vulnerabilidade do titular do direito da personalidade, principalmente quando se trate de contratos entre pessoas físicas e grandes produtoras de conteúdo adulto, tal como no caso da atriz Mia Khalifa e a produtora *Bang Bros*[57], deve-se considerar que, no momento de assinatura do

---

[55] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Interpretação dos contratos sobre direitos de personalidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 11, p. 55-77, 2017.
[56] DWORKIN, Ronald. Dworkin's review of MacKinnon's Only Words appeared as "Women and Pornography", in **The New York Review of Books**, 21 October 1993. p. 36- 42.
[57] SACKUR, Stephen . **Mia Khalifa: 'Achei que pudesse fazer do pornô o meu segredinho, mas o tiro saiu pela culatra'**. 2019. HARDtalk. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-49491755. Acesso em: 27 jun. 2021

contrato, em grande medida, houve a expressão da autonomia do titular do direito de imagem.

Reafirmando as considerações de Ronald Dworkin[58], apesar de o sistema econômico impelir muitas mulheres a aceitarem ofertas que, de outro modo, não aceitariam, não se pode descartar a existência de muitas outras que entram nesse ramo por livre e espontânea vontade. A própria Mia Khalifa já possuía curso superior quando aceitou o convite da produtora, e não afirmou passar por nenhum tipo de dificuldades financeiras no momento da contratação. Além disso, ela mesma admitiu sua responsabilidade como mulher que, naquele momento, *escolheu* aquela carreira[59]

No entanto, isso não pode significar que essas mulheres estarão sempre adstritas às consequências dessas escolhas e nunca possam mudar o curso das suas vidas. Assim, utilizando-se da análise realizada por Ost[60], deve-se considerar que, se até mesmo os crimes mais cruéis são contemplados com o fenômeno da prescrição, e, consequentemente, seus agentes são *perdoados*, o direito deve ser capaz de permitir que os sujeitos sejam capazes de se redimir do passado de que se envergonhem, e *esquecer* os fatos que já não condizem com seu novo estilo de vida.

Nessa medida, primeiramente, como forma de compatibilização entre o princípio da boa fé nos contratos e o direito ao esquecimento, é necessário que se tenha em conta o caráter temporário da cessão do direito à imagem. Nessa linha, por não ser possível a perpetuidade da cessão de um direito da personalidade, caso o contrato estabeleça um prazo a ser cumprido, é possível que o magistrado ordene que o termo final desse contrato seja observado. No entanto, caso haja

---

[58] DWORKIN, Ronald. Dworkin's review of MacKinnon's Only Words appeared as "Women and Pornography", in **The New York Review of Books**, 21 October 1993. p. 36- 42.

[59] SACKUR, Stephen . **Mia Khalifa: 'Achei que pudesse fazer do pornô o meu segredinho, mas o tiro saiu pela culatra'**. 2019. HARDtalk. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-49491755. Acesso em: 27 jun. 2021

[60] OST, François. **O Tempo do Direito.** Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999.

uma lacuna contratual quanto ao prazo, é preciso que o juiz estabeleça um prazo razoável para seu cumprimento, posteriormente ao qual, a pessoa será autorizada a ter sua imagem retirada do local onde foi exposta.

No entanto, em caso de graves danos, ou ameaça iminente de dano, ao titular do direito, como as ameaças de morte sofridas por Mia Khalifa[61], é necessário que o direito dê precedência aos direitos da personalidade em detrimento aos direitos patrimoniais. Assim, deve-se levar em conta que em contratos cujo objeto são direitos da personalidade, ele será limitado pela própria dignidade da pessoa humana, objetivo fundamental da tutela da autonomia. Assim, caso a empresa sofra algum prejuízo financeiro pela rescisão do contrato, seja por custos realizados, seja por lucros cessantes, ela poderá buscar esse ressarcimento, posteriormente, na justiça, podendo cobrar da parte rescindente eventuais perdas e danos.

CONCLUSÃO

Com a evolução da sociedade e a liquidez das relações humanas, a forma como o ser humano passou a enxergar o sexo e o prazer foi modificada. Com o advento da internet, as interações sexuais também se deslocaram para o ambiente *online* por meio da pornografia. Nesse sentido, os corpos, expostos por meio da exibição erótica de filmes e imagens na internet, passaram a ser objetos de comércio e exploração econômica.

Consequentemente, fotos e vídeos eróticos passaram a ser comercializados não apenas em sítios adultos tradicionais, mas também por meio de aplicativos de fácil acesso ao público, que também passaram a poder expor a imagem de seus corpos nus a venda, de maneira rápida e prática. No entanto, a facilidade com que pessoas comuns, sem intenção de desenvolver carreira profissional, podem disponibilizar suas fotos nesses aplicativos vêm gerando problemas e

[61] SACKUR, Stephen . **Mia Khalifa: 'Achei que pudesse fazer do pornô o meu segredinho, mas o tiro saiu pela culatra'**. 2019. HARDtalk. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-49491755. Acesso em: 27 jun. 2021

preocupações, pois, em sua maioria, elas não possuem conhecimento sobre os limites do contrato de cessão de seu direito de imagem, os quais assinam pela simples concordância com os termos de uso dessas plataformas. Dessa forma, essas pessoas se tornam presas fáceis para a prática de *cybercrimes,* como o *pornrevange* ou a pirataria digital.

Em relação ao direito de imagem, ele é considerado um bem inviolável e um direito da personalidade, necessitando de autorização expressa do seu titular para sua utilização. Desse modo, a autonomia privada do sujeito, junto a relativa disponibilidade do interesse em causa, é fundamental para que o indivíduo possa se utilizar desse direito como forma de desenvolvimento da sua personalidade. Assim, embora sejam irrenunciáveis, esses direitos podem ser cedidos, gratuito ou onerosamente, por meio de contrato. Além do mais, eventual abuso ou distorção das finalidades da cessão poderão ensejar a responsabilidade do contraente.

No que tange a existência da pornografia, embora algumas escritoras feministas a vejam como um símbolo de opressão feminina, na atualidade, ela é compreendida como uma forma de liberdade de expressão. Assim, não pode se generalizar a ideia de que todas as pessoas que ingressa na carreira pornográfica o faz por falta de escolha, ou por sofrerem algum tipo de coerção. Nesse sentido, o direito brasileiro não proíbe a exploração econômica da pornografia, que é tratada de acordo com as disposições relativas aos contratos de cessão de direito de imagem.

Muitas atrizes que, quando jovens, ingressaram na carreira pornográfica, se arrependeram posteriormente, e veem no seu passado, um empecilho para seguir seus novos planos de vida. Nesse sentido, surge na doutrina brasileira o direito ao esquecimento, considerado também como um desdobramento dos direitos da personalidade. Apesar de controversa decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição

Federal, tal decisão pareceu equivocada a luz de grandes doutrinadores brasileiros.

Dessa maneira, é possível a compatibilização dos princípios contratuais da boa-fé e da confiança com o direito ao esquecimento desde que algumas ressalvas sejam respeitadas. Primeiramente, por não ser permitido a cessão do direito de imagem por tempo indeterminado, o magistrado deve analisar o contrato em busca de previsão de algum prazo contratual a ser cumprido, caso não haja nenhum prazo previsto, o juiz deve estabelecer um prazo com base na razoabilidade. Por fim, em casos de graves violações, ou ameaças de violações, aos direitos da personalidade, o magistrado deve permitir a rescisão contratual, ainda que, posteriormente, a parte prejudicada ingresse com eventual ação de perdas e danos contra a parte rescindente.

BIBLIOGRAFIA

ARANHA, Francisca Karla Botão; FERREIRA, Tereza Maria da Silva; MATOS, Camila Saraiva de. **Entre o real e virtual: práticas culturais de prostitutas**. In: ENCONTRO CEARENSE DE HISTÓRIA DA EDUCAÇÃO, 13.; ENCONTRO NACIONAL DO NÚCLEO DE HISTÓRIA E MEMÓRIA DA EDUCAÇÃO, 3.; SIMPÓSIO NACIONAL DE ESTUDOS CULTURAIS E GEOEDUCACIONAIS - SINECGEO, 3., 25 a 27 set. 2014, Fortaleza (CE). Anais... Fortaleza (CE), 2014. p. 1094-1102.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BENITEZ, Maria Elvira Diaz. **Nas redes do sexo: bastidores e cenários do pornô brasileiro**. Rio de Janeiro, Editora UFRJ/Museu Nacional/PPGAS, 2009.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Interpretação dos contratos sobre direitos de personalidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 11, p. 55-77, 2017.

BORRILLO, Daniel. Uma perspectiva crítica das políticas sexuais e de gênero no mundo latino. p. 43-75 in: SEFFNER, Fernando e CAETANO, Marcio. (Org.). **Discurso, Discursos e Contra-Discursos Latino-Americanos Sobre a Diversidade Sexual e de Gênero**. Rio Grande: Editora da FURG; Editora Realize, 2016.

CECCARELLI, Paulo Roberto. Prostituição–Corpo como mercadoria. **Mente & cérebro–sexo**, v. 4, n. 1, p. 1-14, 2008.

COSTA, Ramon Silva. **Da Prostituição Masculina Às Economias Sexuais Digitais: O Percurso Dicotômico entre o Controle do Direito sobre as Dinâmicas Sexuais e a Emancipação das Práticas Econômico-sexuais no Brasil.** 2017. 75 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2017

CONSELHO EUROPEU. **Regulamento (UE) 2016/679 do parlamento europeu e do conselho de 27 de abril de 2016**. Jornal Oficial da União Europeia, 4 maio 2016.

CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e *et al*. Um estudo do caso Xuxa vs. Google Search (RE sp 1.316.921). **Revista de Direito das Comunicações**, [*s. l*], v. 7, p. 335-355, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Uma visão constitucional e civil do novo paradigma da privacidade: o direito a ser esquecido.** Revista Brasileira de Direito, v. 13, n. 2, p. 7-25, 2017.

DWORKIN, Andrea. **Life and Death: unapologetic writing on the continuing war Against woman.** New York: The Free Press, 1997.

DWORKIN, Ronald. Dworkin's review of MacKinnon's Only Words appeared as "Women and Pornography", in **The New York Review of Books**, 21 October 1993. p. 36- 42.

FÁBREGAS-MARTÍNEZ. Ana Isabel. **Traçando a batalha: breve perfil da prostituição em espaços privados de Porto Alegre.** In: NA batalha: sexualidade, identidade e poder no universo da protituição. Porto Alegre, RS: Dacasa, 2000.

GUERRA, Sidney. Globalização, informação e direito fundamental à privacidade. **Revista Z Cultural do Programa Avançado de Cultura Contemporânea**, v. 1, p. 01-35, 2006.

MACKINNON. Catherine A. **Only Words. Cambridge**: Harvard University Press, 1996.

MATTAR, Laura Davis. **Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos.** Revista Internacional de Direitos Humanos, v.5, n.8, p.60-83, 2008

MISKOLCI, Richard. San Francisco e a nova economia do desejo. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política,** n. 91, p. 269-295, 2014.

MOTA, Bruna Germana Nunes ; BRANDENBURG, C. ; SANTANA, J. R. **Práticas Educativas Digitais: Uma discussão sobre crimes virtuais e a pornografia de**

Revanche. 2014. In: ANDRADE, F.A.; VIANA, C.A.; JESUÍNO, F.M; AQUINO, R.. (Org.). Educação Brasileira: Conceitos e Contextos. Fortaleza. Edições UFC , V1, 37-47.

OST, François. **O Tempo do Direito.** Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999.

PADIGLIONE, Cristina. **Filme polêmico de Xuxa, 'Amor Estranho Amor' será exibido na televisão**. 2021. Disponível em: https://f5.folha.uol.com.br/colunistas/cristina-padiglione/2021/02/filme-polemico-de-xuxa-amor-estranho-amor-sera-exibido-na-tv-quinta-feira.shtml. Acesso em: 27 jun. 2021

PARREIRAS, Carolina. 'Altporn', corpos, categorias, espaços e redes: um estudo etnográfico sobre pornografia online. 2015. 247 p. Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP.

PISCITELLI, Adriana; ASSIS, Gláucia Oliveira de; OLIVAR, Jose Miguel Nieto. **Introdução: transitando através de fronteiras**. In: _____ (org.). Gênero, sexo, amor e dinheiro: mobilidades transnacionais envolvendo o Brasil. Campinas, Núcleo de Estudos de Gênero Pagu, Coleção Encontros, 2011, pp.5-30.

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

SACKUR, Stephen . **Mia Khalifa: 'Achei que pudesse fazer do pornô o meu segredinho, mas o tiro saiu pela culatra'**. 2019. HARDtalk. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-49491755. Acesso em: 27 jun. 2021

SOUZA, Eduardo Nunes de. SILVA, Rodrigo da Guia. **Tutela da pessoa humana na lei geral de proteção de dados pessoais: entre a atribuição de direitos e a enunciação de remédios**. Pensar, Fortaleza, v. 24, n. 3, p. 1-22, jul./set. 2019

Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.010.606**. Rio De Janeiro. Julgamento dia: 11 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773 Acessado dia 26 jun. 2021.

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.

LIMITAÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA PROTEÇÃO DO DIREITO À IMAGEM NAS REDES SOCIAIS[1]

Flávia Silveira Siqueira[2]
Leticia Aparecida Raimundo Lucena da Silva[3]

RESUMO: As redes sociais permitem o contato e o compartilhamento de diferentes ideias, a conexão entre pessoas distantes fisicamente, infindáveis formas de entretenimento, entre outras vantagens. Contudo, para o direito à imagem, esse ambiente também representa um alto risco de dano, apto a crescer exponencialmente. Nesse contexto, tem-se a responsabilidade civil como o principal mecanismo de resposta a violações aos direitos da personalidade, mas é cada vez maior o descompasso entre sua atuação e a gravidade dos danos propagados nas redes sociais. O objetivo do presente trabalho é demonstrar a insuficiência da responsabilidade civil para a proteção do direito à imagem frente às situações lesivas nas redes sociais, apontando os elementos que levam a esse problema. A metodologia adotada consistiu em investigação jurídico-dogmática, a partir da consulta à doutrina relevante e análise crítica dos institutos pertinentes. Concluiu-se que, em razão da velocidade de compartilhamento e das possibilidades de armazenamento *offline* nos dispositivos, a atuação da responsabilidade civil tem cada vez menos impacto na compensação dos danos e, especialmente, na sua interrupção e reparação.

PALAVRAS-CHAVE: direito à imagem; responsabilidade civil; redes sociais.

---

[1] Trabalho orientado por Gustavo Pereira Leite Ribeiro (UFLA).
[2] Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Lavras.
[3] Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Lavras.

INTRODUÇÃO

Acordar, pegar o celular, olhar as redes sociais e só então começar o dia. Na hora do almoço, uma oportunidade para compartilhar uma foto da mesa no Instagram e o que se está pensando no Twitter. Ao final da tarde, uma selfie na academia sempre é bem-vinda, muitas vezes acompanhada de um vídeo para o Tik Tok. Já à noite, após o jantar, é o momento ideal para trocar mensagens com os amigos e familiares pelo Whatsapp. Esse é um dia cotidiano na vida de muitos brasileiros.

O uso das redes sociais é cada vez mais comum, e a possibilidade de compartilhar informações com outras pessoas de forma fácil e rápida ganhou a atenção da população, não sendo restrito a um grupo ou outro, nem se limitando à idade, gênero ou classe social. O ambiente *online* apresenta inúmeras possibilidades de conexão entre os indivíduos, o que se dá muitas vezes por meio da imagem. Seja para compartilhar uma foto com os amigos ou para alcançar milhões de pessoas com um vídeo, não há limites para as inúmeras ferramentas e para a velocidade de compartilhamento disponíveis aos usuários.

Entretanto, ainda que essas plataformas tenham facilitado a vida das pessoas em diversos âmbitos, tais como a aproximação de amigos e familiares ou na ascensão profissional, há riscos inerentes a essas atividades. A partir disso, justifica-se esta pesquisa tendo em vista que a velocidade de compartilhamento, o alcance global e a possibilidade de armazenamento *offline* dos materiais publicados *online*, ferramentas que atraem o público para essas plataformas, também apresentam grande potencial lesivo ao direito à imagem, dado que os usuários perdem o controle do conteúdo a partir do momento que o postam nas redes.

À vista desses riscos, objetivou-se neste trabalho demonstrar a insuficiência da responsabilidade civil na proteção do direito à imagem, diante dos altos níveis de exposição proporcionados pelas redes sociais. Para tanto, analisou-se suas

limitações enquanto mecanismo protetor desse direito, sendo observadas as particularidades dos novos contornos da imagem e os riscos aos quais está exposta, além das discussões doutrinárias relevantes à questão.

O texto está organizado em três tópicos. No primeiro, há a contextualização dos riscos ao direito à imagem inerentes ao ambiente das redes sociais. Em seguida, é feita uma delimitação do referido direito, baseada na legislação brasileira e nos novos contornos que ele apresenta. No terceiro e último tópico, por meio de críticas à indenização como forma principal de reparação e ao art. 19 do Marco Civil da Internet, há a demonstração das limitações que a responsabilidade civil apresenta na sua função de proteção ao direito à imagem nas redes sociais.

1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM TEMPOS DE REDES SOCIAIS: QUEM SE PREOCUPA COM A IMAGEM HOJE?

Em 2020, o youtuber Felipe Neto viu se difundir na internet uma montagem com seus vídeos, por meio da qual se entendia que ele "ensina crianças a fazer sexo". A edição foi feita unindo trechos de vídeos antigos, de quando seu público ainda não era infantil, com trechos atuais em que fala com crianças, associando os momentos de forma a parecer que o conteúdo era direcionado a elas. Apesar do evidente caráter de montagem, o material estava sendo massivamente compartilhado nas redes sociais, em especial nos grupos de Whatsapp.[4]

Até Felipe Neto acionar o Poder Judiciário e obter liminar[5] que intimou o Facebook, o Twitter e os indivíduos responsáveis pela publicação original a retirar o conteúdo do ar, decorreram 14 dias. O tempo pode ser considerado razoável ou

[4] A repercussão do vídeo é mais preocupante quando se considera o dado de que o Brasil é um dos países do mundo em que mais se acredita em *fake news*. Em estudo realizado pela Ipsos em 2018, 62% dos brasileiros entrevistados admitiram que já haviam acreditado em alguma fake news, a maior média dentre os 27 países participantes. (IPSOS. Fake news, filter bubbles, post truth and trust. **IPSOS**, [*s.l*], 2018. Disponível em: https://www.ipsos.com/pt-br/global-advisor-fake-news. Acesso em: 02 jun. 2021).

[5] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Regional da Barra da Tijuca 2° Vara Cível, **Procedimento comum** n° 0004795-04.2020.8.19.0209, Magistrado Mario Cunha Olinto Filho, julgado em 17 de fevereiro de 2020.

mesmo rápido para outras mídias, a exemplo dos jornais impressos, revistas, e até programas televisivos. Mas não para as redes sociais. Segundo a Veja Rio[6], quando a liminar foi conferida, o vídeo no perfil que o havia compartilhado originalmente se aproximava de 50 mil visualizações. Para além disso, é quase impossível estimar o número de republicações do material, feitas em incontáveis perfis, e determinar a quantidade de pessoas alcançadas.

Tem-se, nesse caso, uma violação ao direito à imagem de Felipe Neto. A imagem é protegida enquanto atributo da personalidade humana, e por isso atribui à pessoa a faculdade de controlar sua representação por terceiros[7], que pode se dar por diferentes meios: fotografias, filmagens, pinturas, desenhos, ou qualquer outra forma que registre suas características. Assim, versa quanto à possibilidade de autorizar a utilização de sua própria imagem ou proibir sua utilização indevida[8].

Nesse sentido, o direito sempre foi sensível quando se trata de mídias em geral. Há, contudo, relativo controle do número de pessoas alcançadas quando se trata de sua utilização em mídias físicas, domínio esse que se torna complexo quando o problema se desloca para as redes sociais. A maioria das pessoas hoje têm acesso a um celular e à internet, o que possibilita o registro e divulgação instantânea de qualquer situação.

Na maioria dessas redes sociais as imagens, fotografias e vídeos ocupam um lugar de destaque, o que para o direito à imagem significa um ambiente de especial risco a sua proteção. Os conteúdos postados pelos usuários de redes como o Facebook, Twitter e Instagram[9] são compartilhados com toda uma rede

---

[6] GUIMARÃES, Cleo. Felipe Neto: mesmo proibida, montagem com 'aula de sexo' segue no ar. **Veja Rio**, Rio de Janeiro, 20 fev. 2020. Disponível em: https://vejario.abril.com.br/beira-mar/felipe-neto-video-sexo-proibido/. Acesso em: 1 jun. 2021.

[7] TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, v. 54, n. 213, p. 173-198, 2017, p. 175.

[8] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 106.

[9] Segundo pesquisa realizada pela We are the Social, em parceria com a Hootsuite, 70% dos brasileiros estão nas redes sociais. (KEMP, Simon. DIGITAL 2021: the latest insights into the "states of

de amigos ou seguidores, que na verdade compõem a mais diversa audiência. Em redes sociais como o Twitter e o Facebook, desde que o usuário não mantenha o perfil privado, uma vez que o amigo ou seguidor interage com a publicação, ela se torna acessível para suas próprias redes de contato, o que aumenta exponencialmente a exposição do conteúdo.[10]

Em estudo desenvolvido pelo Departamento de Ciência da Computação da Universidade de Stanford, demonstrou-se que a percepção do usuário em relação à própria audiência impacta diretamente no que é postado nas redes sociais.[11] Entretanto, há desvios na percepção tanto de com quem se fala (amigos, colegas de trabalho, família, desconhecidos), quanto de para quantas pessoas se fala.[12] Assim, o número de amigos adicionados na rede não tem correspondência direta com o número de pessoas que têm acesso a cada publicação, podendo ser menor ou muito maior do que a expectativa.[13] O fato dessa audiência ser quase invisível leva o sujeito a subestimar o alcance de suas publicações, com o risco de se expor mais do que faria se tivesse percepção mais realista de seu público.[14]

Nesse mesmo sentido, outro estudo demonstra que os usuários pouco se preocupam com as configurações de privacidade disponibilizadas pelas

---

digital". **We Are Social**, Nova Iorque, 2021. Disponível em: https://bit.ly/3zm6NtH. Acesso em: 2 jun. 2021.)

[10] BAZAROVA, Natalya N.; CHOI, Yoon Hyung. Self-Disclosure in Social Media: Extending the Functional Approach to Disclosure Motivations and Characteristics on Social Network Sites. **Journal of Communication**, Oxford, v. 64, n. 4, p. 1-24, 2014, p. 5-6.

[11] BERNSTEIN, M. S. *et al*. Quantifying the invisible audience in social networks. **Association for Computing Machinery**, New York, [s.*n*.], p. 21-30, 27 abr. 2013. Disponível em: https://dl.acm.org/doi/abs/10.1145/2470654.2470658. Acesso em: 2 jun. 2021, p. 9.

[12] As distorções são pesquisadas por diversos estudiosos pelos nomes de *imagined audience* (público imaginado) e *invisible audience* (público invisível), respectivamente. (BERNSTEIN, M. S. *et al*. Quantifying the invisible audience in social networks. **Association for Computing Machinery**, New York, [s.*n*], p. 21-30, 27 abr. 2013. Disponível em: https://dl.acm.org/doi/abs/10.1145/2470654.2470658. Acesso em: 2 jun. 2021.) p. 21.

[13] BERNSTEIN, M. S. *et al*. Quantifying the invisible audience in social networks. **Association for Computing Machinery**, New York, [s.*n*], p. 21-30, 27 abr. 2013. Disponível em: https://dl.acm.org/doi/abs/10.1145/2470654.2470658. Acesso em: 2 jun. 2021, p. 26.

[14] BERNSTEIN, M. S. *et al*. Quantifying the invisible audience in social networks. **Association for Computing Machinery**, New York, [s.*n*], p. 21-30, 27 abr. 2013. Disponível em: https://dl.acm.org/doi/abs/10.1145/2470654.2470658. Acesso em: 2 jun. 2021, p. 22.

plataformas, que permitem restringir o alcance das publicações.[15] Diante disso, é comum que publicações intencionadas a serem vistas apenas pelo círculo social de quem a compartilha viralizem[16] nessas plataformas, sendo vistas e comentadas por milhares ou milhões de pessoas, saindo totalmente do controle do indivíduo que originalmente publica o conteúdo.

Uma dessas situações, já de amplo conhecimento, se deu com Nissim Ourfali, no ano de 2012. Para a comemoração de seu *Bar Mitzvah*[17], a família do garoto contratou uma produtora para montar um vídeo-paródia da música "What makes you beautiful" do grupo One Direction, em cuja letra eram referenciados diversos aspectos da vida pessoal de Nissim. Ainda, no decorrer do clipe, em que ele aparecia cantando, eram apresentadas fotos suas e de sua família ao longo da vida.

A gravação, postada inicialmente no Youtube para que parentes distantes pudessem assistir, viralizou e tomou proporções que, na época, eram incomuns no Brasil para conteúdos postados por indivíduos. Além de a publicação original ter recebido milhões de acessos, o vídeo foi repostado em outras redes sociais e foram feitas outras paródias e versões, de modo que o garoto passou a ser amplamente conhecido entre os internautas naquele período.[18]

Desde então, a família de Nissim Ourfali busca a responsabilização da Google e sua condenação à retirada dos vídeos do ar. Após diversas derrotas, na

---

[15] MONDAL, M. *et al*. Moving Beyond Set-It-And-Forget-It Privacy Settings on Social Media. **Association for Computing Machinery**, Londres, p. 991-1008, 6 nov. 2019. Disponível em: https://dl.acm.org/doi/10.1145/3319535.3354202. Acesso em: 2 jun. 2021, p. 1002.

[16] O termo "viralizar" é utilizado para definir conteúdos que ganham grande repercussão *online*. É baseado no termo "vírus", em razão de sua rápida disseminação pelos internautas.

[17] Na tradição judaica, o *Bar mitzvah* é comemorado na passagem dos 12 para os 13 anos dos meninos, idade a partir da qual são assumidas as responsabilidades ligadas à comunidade judaica e sobre seus próprios atos. O momento é marcado por diversos rituais envolvendo a família e pessoas próximas.

[18] Em matéria, a Folha de São Paulo revelou que durante aquele ano o garoto passou a andar com dois seguranças em determinados eventos. (FELITTI , Chico. Nissim Ourfali, famoso por vídeo na internet, só agora para de andar com seguranças. **Folha de São Paulo** , São Paulo, 4 jul. 2013. Disponível em: https://m.folha.uol.com.br/saopaulo/2013/07/1309853-nissim-ourfali-famoso-por-video-na-internet-so-agora-para-de-andar-com-segurancas.shtml. Acesso em: 7 jun. 2021).

última atualização do caso, em 2020, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a decisão ao determinar que a empresa retire de suas plataformas os vídeos relacionados a Nissim Ourfali, bem como impeça novas publicações.[19]

Se na época esse foi um caso singular no que diz respeito às proporções que atingiu, hoje é frequente o surgimento de conteúdos virais originados de publicações que não tinham a intenção de serem vistas por mais do que um grupo limitado de pessoas. Para além do descontrole em relação ao conteúdo publicado, há o risco de que terceiros se utilizem da imagem do sujeito para fins não consentidos, a exemplo de perfis falsos, associações com informações falsas ou mesmo divulgação de material pornográfico e/ou de nudez obtido por meio de mensagens privadas.

À facilidade e velocidade com que qualquer material é compartilhado, soma-se a possibilidade de armazenamento *offline* do conteúdo nos dispositivos eletrônicos. É possível baixar o material publicado em qualquer rede social, seja pela própria plataforma ou por meio de programas externos, ou mesmo salvá-lo com *prints* de tela.[20] A partir de então, o material sai completamente do controle da rede social em que foi originalmente inserido, bem como torna impossível o rastreio de todos os acessos e compartilhamentos. Pode, portanto, ser compartilhado livremente em chats privados, ou mesmo repostado a qualquer momento,[21] aliado a ferramentas de anonimato.[22] Nesse sentido reforça Cristiano

[19] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 9° câmara de Direito Privado, **Agravo de Instrumento** n° 2116347-58.2018.8.26.0000, Relator Desembargador Galdino Toledo Júnior, julgado em 01 de dezembro de 2020.

[20] Ferramenta presente na maioria dos smartphones, que permite ao usuário capturar o conteúdo de sua tela e salvá-lo em sua galeria de fotos.

[21] Nesse mesmo sentido, Chiara Teffè reforça que "uma vez que arquivos com conteúdos lesivos podem ser guardados em celulares e em outros utensílios tecnológicos de diversas pessoas, a qualquer momento, qualquer usuário poderá reinserir os arquivos na rede, causando danos a terceiros, o que torna a filtragem de conteúdo e a exclusão de informações atividades bastante complexas e árduas" (TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, v. 54, n. 213, p. 173-198, 2017, p. 193).

[22] É cada vez mais comum o uso VPN, programas de fácil acesso que podem ser utilizadas para manter o anonimato ou dificultar a identificação do usuário. Os programas mascaram o IP (Internet Protocol) do dispositivo utilizado, uma identificação única para cada computador, cujo rastreio

Colombo e Eugênio Facchini Neto:

> Não só o meio digital permite a violação de alguns direitos fundamentais da pessoa, como também propicia uma replicação inimaginável dos danos. É sério e ilícito que alguém tenha indevido acesso a um vídeo íntimo de outra pessoa; é trágico para o lesado que tal vídeo seja divulgado "para o mundo", via rede.[23]

O conjunto de elementos que marcam a peculiaridade dos danos à imagem causados nas redes sociais não só agrava as lesões, como dificulta a atuação do direito na sua proteção. Retomando o caso do youtuber Felipe Neto, as 50 mil visualizações no vídeo originalmente postado são, provavelmente, apenas uma pequena parte do número de pessoas que realmente tiveram acesso a ele, e é impossível estimar quantas pessoas ainda possuem o material armazenado em seus dispositivos, passíveis de compartilhamento a qualquer momento.

O caso é um exemplo, portanto, do descompasso entre a inédita velocidade na qual os conteúdos são espalhados nas redes sociais e a velocidade com a qual o Judiciário é capaz de agir para reparar esses danos, impedindo que o material continue a se propagar e ser visto por mais pessoas. A imagem, enquanto um elemento central para a dinâmica da maior parte dessas redes, acaba exposta à possibilidade constante de graves danos. Pensar a responsabilidade civil enquanto um mecanismo de proteção a esse direito, e em especial pensar quais são suas limitações, exige primeiro delimitar o que é o direito que se busca proteger.

2 OS NOVOS CONTORNOS DO DIREITO À IMAGEM

Como abordado brevemente, o direito à imagem significa para seu titular o controle sobre a representação de sua individualidade perante terceiros, por

---

permite identificar a máquina da qual uma publicação nas redes sociais foi originada, por exemplo, mesmo que não haja qualquer informação disponível sobre seu autor. Assim, o programa impede a identificação da máquina utilizada, tornando o usuário completamente anônimo e irrastreável.

[23] COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. Violação dos direitos de personalidade no meio ambiente digital: a influência da jurisprudência europeia na fixação da jurisdição/competência dos tribunais brasileiros. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 1-25, 2019, p. 10.

qualquer meio apto a retratá-lo. Permite, portanto, que ele autorize a utilização de sua própria imagem, bem como exija a cessão de seu uso não consentido, que, como será explorado, configura por si só violação desse direito.[24]

Sua tutela se justifica uma vez que a imagem é atributo essencial da pessoa humana, entendido enquanto direito da personalidade, de modo que é natural que o sujeito tenha controle sobre sua própria representação, podendo autorizá-la ou impedi-la.[25] Nesse sentido, o direito visa a proteger principalmente os interesses existenciais da pessoa, de modo a garantir sua integridade psicofísica, uma vez está que associado tanto ao aspecto físico, quanto ao psíquico e moral do ser humano[26], tratando-se de um atributo que o individualiza perante a sociedade.

Isso posto, é necessário explicitar o que se entende por imagem e como se dá sua proteção. Para tanto, cabe questionar de que forma as novas tecnologias impactam na sua definição e em que hipóteses ela é violada, bem como qual é a tutela oferecida pelo ordenamento brasileiro.

O despertar para a necessidade de proteção do direito à imagem surge com as primeiras potencialidades de dano, identificadas com o surgimento das fotografias e a possibilidade de reprodução das características físicas do sujeito. Dessa forma, os primeiros contornos do direito tutelavam exclusivamente o elemento estático de representação da pessoa[27], o que se entende hoje por imagem-retrato[28], ou seja, a reprodução de suas características físicas, seja em fotografias, pinturas ou desenhos.

Ainda que o elemento estático seja um significativo aspecto da imagem protegida pelo Direito, o conceito não se limita a isso. Com o avanço tecnológico

---

[24] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 106.
[25] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 105.
[26] TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, v. 54, n. 213, p. 173-198, 2017, p. 175.
[27] MEDON, Filipe. O direito à imagem na era das deepfakes. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 27, n. 1, p. 251-277, 2021, p. 254.
[28] TEFFÈ, Chiara Spadaccini de; BODIN DE MORAES, Maria Celina. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, p. 108-146, n. 1, 2017, p. 176.

e as novas formas não só de captar a imagem, mas os diferentes fins para os quais ela pode ser utilizada, emergiu um novo aspecto a ser protegido, a imagem-atributo. Nas palavras de Chiara Teffè, "compreendeu-se que a pessoa humana também construiria sua imagem por meio de sua índole, características pessoais, comportamentos e atitudes na vida cotidiana, o que a caracterizaria singularmente e a individualizaria em relação às demais pessoas".[29]

Desse modo, a imagem é também entendida enquanto a representação do sujeito perante terceiros, em um sentido mais amplo do que o retrato de suas características físicas. Isso significa que o indivíduo também deve ter controle sobre a forma como é representado e a mensagem sobre si mesmo que está sendo transmitida, relativa a seu comportamento, ideias, jeito de falar, de agir, ou qualquer outro elemento que o identifique perante terceiros.[30] Essa representação merece especial atenção quando ocorre nos meios de comunicação, principalmente a internet, dadas as características singulares dessa ferramenta, que permitem tanto que o sujeito construa sua própria imagem, quanto que terceiros a representem de forma falsa ou distorcida.

No cenário brasileiro, a proteção aos direitos da personalidade ganha especial relevância quando positivada na Constituição Federal e, posteriormente, regulada pelo Código Civil. A Constituição, em seu art. 5º, X, estabelece: "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." Assim sendo, o dispositivo alça o direito à imagem à proteção constitucional, e assegura o direito à indenização caso seja violado.

---

[29] TEFFÈ, Chiara Spadaccini de; BODIN DE MORAES, Maria Celina. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, p. 108-146, n. 1, 2017, p. 175-176.

[30] MEDON, Filipe. O direito à imagem na era das deepfakes. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 27, n. 1, p. 251-277, 2021, p. 257.

Sob a tutela constitucional, o Código Civil de 2002 estabeleceu contornos mais específicos à proteção do direito à imagem, de modo que em seu artigo 20 se lê:

> 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.

Assim, o controle do sujeito sobre sua imagem é exercido por meio da autorização. Ainda que atualmente as redes sociais sejam um ambiente de grande autoexposição, é relevante o alerta de Filipe Medon ao destacar que "a necessidade de consentimento inequívoco do retratado deve continuar a ser vista como regra, nunca como exceção".[31] Ou seja, mesmo que as novas ferramentas representadas pelas redes sociais estabeleçam um novo comportamento dos sujeitos em relação ao compartilhamento de imagens, especialmente as suas próprias, a resolução de conflitos envolvendo esse direito deve partir da necessidade de consentimento de seu titular.[32]

Além disso, destaca-se que o direito à imagem é um direito autônomo em relação aos demais direitos da personalidade, em oposição ao texto do art. 20 do Código Civil. O dispositivo condiciona a proteção desse atributo à repercussão na boa fama e na respeitabilidade do sujeito. Por essa razão, por vezes sua proteção é confundida com o direito à honra, de forma que apenas haveria lesão à imagem se esta fosse utilizada como meio para lesionar a honra de seu titular.

Contudo, a imagem deve ser protegida independentemente de haver ou não lesão a outros direitos, sendo este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça[33]. Ainda que a disposição do art. 20 seja explícita, é majoritário hoje o

---

[31] MEDON, Filipe. O direito à imagem na era das deepfakes. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 27, n. 1, p. 251-277, 2021, p. 256.

[32] TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, v. 54, n. 213, p. 173-198, 2017.

[33] "A imagem é objeto de um direito autônomo, embora sua violação venha associada, frequentemente, à de outros direitos da personalidade, sobretudo à honra" (SUPERIOR TRIBUNAL DE

entendimento contrário a ela, que preza pela tutela plena do direito e tem em vista que a Constituição, em seu art. 5°, X, não estabelece qualquer condicionante à proteção do atributo.[34] Assim, a imagem é protegida de forma autônoma, ainda que possa estar, no caso concreto, associada à violação de outros direitos.

Isso significa que, via de regra, basta o uso não autorizado, independente da intenção daquele que a utiliza ou das consequências do uso, para que esteja configurado o dano e a obrigação de indenizar. Assim, Anderson Schreiber adverte que

> [...] quem veicula a imagem alheia, sem autorização, pode até fazê-lo de modo elogioso ou com intenção de prestigiar o retratado. Nada disso afasta a prerrogativa que cada pessoa detém de impedir a divulgação de sua própria imagem, como manifestação exterior da sua própria personalidade.[35]

Dessa forma, em casos de violação ao seu direito à imagem, a vítima pode utilizar-se da tutela inibitória para fazer cessar a lesão e impedir que o dano perpetue no tempo ou se agrave.[36] De acordo com o art. 12 do Código Civil, "pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei." Entende-se, portanto, que o indivíduo lesado pode requerer que a veiculação do conteúdo com sua imagem seja impedida, visando interromper a lesão e impedir que o dano se amplie.

Em contornos mais específicos em relação à imagem, o supracitado art. 20 do mesmo diploma normativo estabelece que a utilização da imagem do sujeito poderá "ser proibida, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber". Ambos os dispositivos, portanto, asseguram a interrupção do ato lesivo a

---

JUSTIÇA, Quarta Turma, **Recurso Especial** n° 1.297.660 - RS, Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 07 de outubro de 2014).

[34] MEDON, Filipe. O direito à imagem na era das deepfakes. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 27, p. 251-277, 2021, p. 259-260.

[35] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 105.

[36] MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**: Individual e Coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 32.

partir da solicitação da vítima, bem como a possibilidade de fixação de valor indenizatório a título de reparação.

Com as mudanças pelas quais a responsabilidade civil passou, motivadas pela Constituição Federal, o instituto assume como função principal a proteção da vítima, o que implica na busca por medidas para cessar e reparar o dano causado.[37] Essa função ganha importância especialmente diante dos direitos da personalidade e ações de indenização por dano moral.[38] Ao tratar das modificações na função do instituto, Gustavo Tepedino expõe:

> A rigor, a revolução por que passa, ainda hoje, a responsabilidade civil decorre, em grande medida, da alteração da própria função do instituto, que deixa de ser, definitivamente, a moralização ou a punição de condutas, e passa a ser a proteção da vítima, de acordo com a máxima segundo a qual, verificado o dano injusto, a vítima não deve ficar irressarcida. Volta-se a responsabilidade civil para as consequências do dano, não já para suas causas.[39]

Frente a isso, como já exposto, as ferramentas disponíveis aos usuários nas redes sociais tornam o dano mais grave, ao mesmo tempo que dificultam a responsabilização dos seus causadores. Logo, a reparação garantida pela Constituição e prevista no Código Civil fica prejudicada. Como será analisado no tópico seguinte, a essas limitações somam-se a problemáticas da Lei n° 12.965/14, também referida como Marco Civil da Internet, legislação específica quanto ao uso da internet no Brasil. A lei pouco fez pela eficiência da proteção do direito à imagem por meio da responsabilidade civil e, ainda que o legislador tivesse tomado melhores decisões, a realidade se impõe sobre as possibilidades necessariamente limitadas de controle pelo Direito.

---

[37]BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 331.

[38] Como proferido por Carlos Roberto Gonçalves: "O dano, ou prejuízo, que acarreta a responsabilidade não é apenas o material. O direito não deve deixar sem proteção as vítimas de ofensas morais" (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 24).

[39] TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Mirando Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do Direito Civil**: responsabilidade civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 8.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL ENQUANTO MECANISMO DE PROTEÇÃO DA IMAGEM NAS REDES SOCIAIS

Nesse contexto da dificuldade da legislação em acompanhar os fatos sociais, a responsabilidade civil assume importância. Nos termos em que leciona Maria Celina Bodin de Moraes, a responsabilidade civil é um instrumento flexível, apto a oferecer tutela a interesses novos, no momento em que sua importância é identificada.[40] Entende-se aqui que a flexibilidade do instituto não se dá apenas em sua aplicação a direitos novos, mas também a novas situações lesivas[41] a direitos já tutelados, que trazem novos desafios para sua reparação, como é o caso do direito à imagem nas redes sociais.

Assim, o direito da responsabilidade civil é "antes de tudo jurisprudencial".[42] Em termos práticos, a responsabilidade civil é um meio de buscar reparação judicial frente a violações cujos pormenores ainda não estão previstos em legislação. Se apresenta, portanto, como um meio para a tutela de direitos protegidos pelo ordenamento a despeito da atuação do legislador ordinário, que se revela morosa frente ao dinamismo das relações sociais contemporâneas.

Por isso é de tamanha importância a atenção às respostas dadas pelo judiciário a situações de violações do direito à imagem nas redes sociais. Visto que o instituto foi desenvolvido com base na lógica patrimonialista, algumas dificuldades ainda são constatadas quando se analisa sua aplicação em casos de danos extrapatrimoniais. Assim, uma das principais preocupações nesse sentido se dá em relação à forma de reparação ser quase unicamente pecuniária. Observa-se na doutrina crítica relativa à fixação pelos magistrados de reparações

---

[40] BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 323.

[41] Anderson Schreiber faz tal diferenciação ao discutir a expansão dos danos ressarcíveis: "[...] resta evidente o que tem se chamado de novos danos. Verdade que, em alguns desses novos danos, o que se tem é simplesmente uma nova situação lesiva." (SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 170).

[42] BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 323.

estritamente patrimoniais em casos de danos morais, de modo que a indenização segue sendo a principal solução adotada pelos tribunais.[43]

Isso se dá na medida em que, com a alteração relativa à função do instituto, notadamente no que diz respeito ao foco na vítima, é fundamental que as hipóteses de dano não patrimonial, cada vez mais comuns, levem à despatrimonialização também das formas de reparação, não apenas dos direitos tutelados.[44] Ao trazer o debate para a proteção da imagem nas redes sociais, evidencia-se que somente a compensação financeira não tem efeitos reparatórios satisfatórios sobre o dano.

Dadas as características da lesão à imagem, em especial as que se dão *online*, fica evidente a complexidade e dificuldade de sua reparação. É nesse sentido, visando tutela apropriada dos interesses do indivíduo lesado, que se torna necessária a utilização da reparação *in natura*. Essa forma de compensação busca, por meio de técnicas diferentes do dinheiro, recompor o bem violado dentro do possível, de modo a aproximar o sujeito do seu estado anterior à lesão. Desse modo, objetiva-se, até o limite das circunstâncias concretas, reparar a lesão ao direito da personalidade, bem como mitigar os seus efeitos.[45, 46]

Assim, a reparação *in natura* deve ser pensada para atender às características do caso concreto, visando o melhor interesse da vítima.[47] Exemplo comum de reparação *in natura* é fixar a obrigação de que o violador do direito

---

[43] Nas palavras de Anderson Schreiber, "mesmo às lesões a interesses não patrimoniais o ordenamento jurídico continua oferecendo, como única resposta, o seu remédio tradicional, de conteúdo estritamente patrimonial, qual seja, a deflagração do dever de indenizar". (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 2 ed. São Paulo, Atlas: 2009, p. 170).

[44] SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 2 ed. São Paulo, Atlas: 2009, p. 191.

[45] BISNETO, Cícero Dantas. **A reparação adequada de danos extrapatrimoniais individuais: alcance e limites das formas não pecuniárias de reparação**. 2018. 186 p. Tese (Mestrado em Direito Privado) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018, p. 129.

[46] CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; Bisneto, Cícero Dantas. A reparação *in natura* e os danos extrapatrimoniais: ou de como transformar uma ideia romântica em realidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 24, n. 7, p. 169-205, 2020, p. 176.

[47] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 18.

publique pedido de desculpas à vítima pelo mesmo meio em que ocorreu o dano. Dessa forma, aqueles que tiveram contato com o conteúdo danoso terão ciência da situação. Em caso de um perfil falso, por exemplo, os usuários que recebem suas publicações saberão de sua falsidade.

Assim, evidencia-se como a indenização, por si só, tem pouca ou nenhuma influência direta no dano a direito da personalidade. Nas lesões à imagem nas redes sociais, a importância da reparação *in natura* é ainda mais acentuada, aliada à tutela inibitória. Isso porque, ao se considerar as potencialidades de dano surgidas a partir das possibilidades de compartilhamento das informações, a simples indenização não impede a lesão de continuar se agravando, assim como não tem consideráveis efeitos em sua reparação. Portanto, torna-se indispensável a interrupção do dano, ou seja, a exclusão rápida do conteúdo por meio da tutela inibitória, e o posterior uso de medidas reparatórias que melhor atendam à pessoa lesada.

Entretanto, além da pouca adesão dos tribunais[48,49], observa-se que no contexto aqui analisado, mesmo essa forma de reparação encontra limitações. Nesse sentido, o anonimato do usuário causador do dano é o principal obstáculo à efetividade da reparação[50], dado que, em regra, é necessária a identificação

---

[48] Em crítica a essa situação Cícero Dantas Bisneto expõe: "Fato é que a responsabilidade civil pouco avançou no que tange ao alargamento das formas de reparação do dano extrapatrimonial, limitando-se, quase que exclusivamente, a ofertar certa soma monetária como maneira de minorar as angústias experimentadas pela vítima. Parece ainda prevalecer o dogma da completa irreparabilidade da lesão imaterial, conduzindo o intérprete à estreita e uniforme via da pecuniarização do remédio ministrado, em compensação à dor sofrida, desatento à multiplicação de danos que pululam na sociedade moderna, a exigir respostas mais adequadas e particularizadas para cada caso concreto." (BISNETO, Cícero Dantas. **A reparação adequada de danos extrapatrimoniais individuais: alcance e limites das formas não pecuniárias de reparação**. 2018. 186 p. Tese (Mestrado em Direito Privado) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018, p. 118).

[49] CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; Bisneto, Cícero Dantas. A reparação *in natura* e os danos extrapatrimoniais: ou de como transformar uma ideia romântica em realidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 24, n. 7, p. 169-205, 2020, p. 196.

[50] Acerca da gravidade da utilização do anonimato para lesar outrem: "A jurisprudência vem repelindo o anonimato na internet, [...] Aplicativos como Secret, Lulu e outros que viabilizam usuários valerem se do anonimato para lesarem direitos de terceiros vêm sendo compelidos judicialmente a indenizarem as vítimas de danos decorrentes desses aplicativos." (QUEIROZ, João Quinelato de.

desse(s) usuário(s) para que o juiz defina formas satisfatórias de reparação, o que demanda tempo. Além disso, as ferramentas de armazenamento permitem, mesmo após uma eficiente interrupção do dano, que este volte a ocorrer com uma simples repostagem do material lesivo, que pode estar em diferentes aparelhos.

Nas situações de anonimato do indivíduo violador, caberá à vítima ingressar com ação visando a identificá-lo[51], para que ocorra a sua responsabilização e a reparação do dano. Contudo, essa situação se torna mais uma barreira à reparação plena, pois o procedimento de encontrar o autor da lesão leva tempo e configura mais um inconveniente para a vítima. É nesse sentido que há um descompasso entre a velocidade e adequação da resposta do Judiciário e a rapidez com que a lesão acontece e as suas consequências para a vítima.

Desse modo, mesmo que a demanda seja julgada com urgência e forneça uma solução considerada rápida do ponto de vista processual, é quase impossível superar os recursos de compartilhamento e armazenamento de conteúdo existentes na internet. É diante das peculiaridades dessas relações, da gravidade dos riscos e da dificuldade de cessar o dano e repará-lo, que se apresenta a necessidade de estabelecer regras específicas para a tutela dos direitos da personalidade na internet.

É nesse contexto que foi elaborada a Lei n° 12.965/2014, o Marco Civil da Internet, que estabelece os princípios e garantias do uso da internet no Brasil e dispõe sobre a possibilidade de responsabilização dos provedores por conteúdos publicados por terceiros. A seguir serão tratados alguns aspectos do seu art. 19, que acabaram por agravar a limitação da responsabilidade civil na proteção do direito à imagem dos indivíduos no contexto das redes sociais.

Responsabilidade Civil na rede: Danos e Liberdade à luz do marco civil da internet. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 82).

[51] Quando o usuário é anônimo cria-se mais um problema a vítima, pois não há especificação quanto a melhor via para resolver o problema, podendo a mesma agir de várias formas, cada uma com suas vantagens e desvantagens. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MARTINS, Ricardo Maffeis. Direito digital e legitimação passiva nas ações de remoção de conteúdo e responsabilidade civil. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 21, n. 53, p. 49-62, 2020, p. 55).

3.1 O ART. 19 DO MARCO CIVIL DA INTERNET E A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS POR TERCEIROS

Para alcançar os desafios impostos pela realidade *online*, a jurisprudência brasileira vem construindo soluções para esses novos problemas. Frente a necessidade inafastável de estabelecer formas de cessar o dano diante das violações à imagem nas redes sociais, o ponto de maior debate se concentrou na responsabilização da própria plataforma pelo material disponibilizado por terceiro, ou seja, pelo seu usuário.

Assim, diante da dificuldade de identificar o(s) usuário(s) causador(es) do dano, bem como pela limitada possibilidade de reparação por parte deste(s), a jurisprudência anterior à entrada em vigor da Lei n° 12.965/14 se dividia em relação à responsabilização dos provedores.

A possibilidade de responsabilização objetiva após notificação extrajudicial, fundada no art. 927, §1°, do Código Civil, foi afastada com a justificativa de que o conteúdo danoso publicado em seu site não constitui risco inerente à atividade da plataforma, pois não se pode exigir o controle prévio[52] do conteúdo publicado nas redes.[53] No mesmo sentido, o controle prévio não poderia ser considerado atividade inerente à prestação de serviço da plataforma ao usuário, de modo a não ser possível aplicar a responsabilidade objetiva prevista no

[52] Em julgado fundamentado na legislação anterior à Lei 12.965/14, a Ministra Nancy Andrighi reforçou que não há norma hoje que exija da plataforma o controle prévio do conteúdo nela publicado pelos usuários, o que configuraria censura prévia. O julgamento se deu em 2017, posterior à entrada em vigor da lei n° 12.965, mas em razão da data em que se deram os fatos, foi julgado com base na legislação anterior ao Marco Civil da Internet (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, **Recurso Especial** n° 1.342.640 - SP, Ministra Relatora Nancy Andrighi, julgado em 07 de fevereiro de 2017).

[53] Marcos Buzzi, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, em julgado anterior à Lei 12.965/14 afirmou que o entendimento estava consolidado no Tribunal (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, **Recurso Especial** n° 1.501.187 - SP, Ministro Relator Marcos Buzzi, julgado em 16 de dezembro de 2014).

art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece o defeito no serviço prestado como critério para a responsabilização objetiva.[54]

Mantinha-se, portanto, posição majoritária pela responsabilidade subjetiva da plataforma, com base no art. 186 do Código Civil, caso se mantivesse omissa diante de notificação extrajudicial do usuário informando a existência do conteúdo danoso, ou seja, não excluísse ou ao menos suspendesse a publicação em questão. Nesse caso, passaria a responder solidariamente com o autor do dano.[55]

O posicionamento fundamentava-se no fato de que a plataforma possui mecanismos mais eficientes para impedir a difusão do conteúdo danoso, visto que é capaz de identificá-lo e deletá-lo com maior facilidade, ainda que publicado por diferentes pessoas.[56] Diante da impossibilidade de responsabilização objetiva, esse seria o meio mais eficiente para a proteção dos direitos da vítima.

Esse não foi, contudo, o caminho adotado pela Lei n° 12.965/2014. Ao estabelecer os termos para a responsabilização dos provedores de aplicações de internet, seu art. 19 prevê:

> 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.

A título de esclarecimento de quem seriam os provedores de aplicação, é necessário ler o dispositivo em conjunto com o art. 5°, VII, do Marco Civil da Internet, que define aplicações de internet como "o conjunto de funcionalidades que

---

[54] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, **Recurso Especial** n° 1.316.921 - RJ, Ministra Relatora Nancy Andrighi, julgado em 26/06/2012.

[55] 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**, [s.l], v. 1, n. 1, p. 1 - 28, 2019, p. 18.

[56] Nesse sentido, Bruno Miragem afirma que "a relativa eficácia da providência de retirada do conteúdo ofensivo, dado o transcurso do tempo, destaca a importância da responsabilidade do veículo pelos danos eventualmente sofridos pela vítima" (MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 482).

podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet". Portanto, entende-se que provedores de aplicação são, precisamente, as plataformas que fornecem tais funcionalidades[57]. A título de exemplo, as funcionalidades abrangem desde ferramentas que permitem a manutenção de *blogs* pessoais, até as dezenas de funções fornecidas pelas redes sociais, como as de postagem, compartilhamento, *chats* privados, etc. Como aponta Bruno Miragem, o texto da legislação é generalizante, de modo que se pode incluir os sites de notícia, governamentais, fornecedores de serviços e produtos *online*, além das redes sociais.[58]

Nesses termos, o art. 19 do Marco Civil da Internet estabeleceu regime de responsabilidade subjetiva, sendo a rede social responsabilizada apenas a partir da omissão frente à ordem judicial que determina a indisponibilização do conteúdo dentro de determinado prazo.[59] Nesses termos, para o surgimento do dever de reparar o dano não basta que o provedor de aplicação tenha tomado ciência do material via notificação extrajudicial, o que representa clara limitação à tutela dos direitos da vítima, principalmente no que diz respeito aos direitos da personalidade.[60]

A restrição é justificada no próprio dispositivo, ao apontar o intuito de assegurar a liberdade de expressão, constitucionalmente assegurada.[61] Entretanto, é preciso colocar em perspectiva que ambos os direitos, da proteção à imagem e da liberdade de expressão, possuem assento constitucional e não há hierarquia

---

[57] QUEIROZ, João Quinelato de. Aplicabilidade do Marco Civil da Internet na responsabilidade civil por uso indevido de conteúdo protegido por direitos autorais na internet. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 1-22, 2016, p. 9.

[58] MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 481.

[59] MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 485.

[60] "Para homenagear a liberdade de informação e expressão, base do regime democrático e do Estado de Direito, a orientação do texto normativo claramente fez-se de modo a restringir as hipóteses de responsabilidade do provedor, por danos causados a terceiros." (MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 484).

[61] TEFFÈ, Chiara Spadaccini de; BODIN DE MORAES, Maria Celina. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, p. 108-146, n. 1, 2017, p. 132.

estabelecida entre eles. Nesse sentido, a liberdade de expressão deve sim ser tutelada, mas não cabe ao legislador ordinário optar, em abstrato na regra, pela proteção de um a despeito do outro, como foi feito pelo art. 19 do Marco Civil da Internet.[62] Nesse sentido, a escolha cria uma hierarquia entre os direitos que não encontra respaldo na Constituição Federal.[63]

Ideal seria que a legislação deixasse espaço para a consideração da proteção de ambos os direitos no caso concreto, de forma que o magistrado pudesse ponderá-los diante das circunstâncias e construir solução que maximize, dentro do possível, a proteção de ambos. Nessa hipótese seria possível que um direito prevalecesse sobre o outro, mas respaldado nas circunstâncias concretas e não na fixação prévia do legislador ordinário.

Assim, a tutela do direito à liberdade de expressão no contexto de possíveis violações de direitos nas redes sociais é de grande importância, tendo em vista que a internet é um *locus* privilegiado para o exercício desse direito.[64] Todavia, a injustificada primazia do legislador pela sua tutela, com o condicionamento da responsabilidade civil à existência de ordem judicial específica, estabelece

---

[62] O Recurso Extraordinário n° 1.037.396 - SP, cuja repercussão geral foi reconhecida em 2018, questiona a declaração de inconstitucionalidade do art. 19 da Lei n° 12.965/14, feita pela Segunda Turma Recursal Cível do Colégio Recursal de Piracicaba/SP, que entendeu que o dispositivo viola as garantias constitucionais do consumidor e aplicou a responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor. A recorrente alega em suas razões que "o segundo dispositivo a fundamentar a declaração de inconstitucionalidade ora questionada, o art. 5º, inciso X, foi devidamente sopesado pelo legislador no processo legislativo que culminou com a Lei nº 12.965/2014, tendo esse último optado por minimizá-lo em prol da liberdade de expressão e da vedação à censura". Entende-se, nesse sentido, ser argumentação equivocada, que não deve ser acolhida pelo Supremo Tribunal Federal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, **Recurso Extraordinário** n° 1.037.396 - SP, Ministro Relator Dias Toffoli, julgado em 01 de janeiro de 2018).

[63] O posicionamento fundamenta-se em leitura civil-constitucional do ordenamento. Nas palavras de Pietro Perlingieri, "na Constituição permanece a componente axiológica, e no ordenamento jurídico, a componente racional-normativa. A unidade do ordenamento não permite a sua separação da Constituição, nem mesmo a sua implícita submissão à normatividade." (PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 205).

[64] 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**, [s.l], v. 1, n. 1, p. 1-28, 2019, p. 6.

limitação considerável à proteção do direito à imagem.[65] Isso se dá, em especial, porque a opção agrava o descompasso entre a velocidade de circulação das informações e a atuação do Direito. Assim, a depender do teor do conteúdo danoso, até que se obtenha resposta judicial, este pode já ter sido massivamente visto e compartilhado.[66]

Nesse sentido, cabe destacar a possibilidade de antecipação de tutela, prevista no art. 19, §4° do Marco Civil da Internet, para ações que versarem sobre danos a direitos da personalidade a partir de conteúdos disponibilizados *online*, bem como sobre a sua indisponibilização pelos provedores de aplicação. Prevê o dispositivo que a antecipação poderá ocorrer se houver verossimilhança na alegação do autor e "fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação".

Contudo, nos poucos dias até a concessão da ordem judicial o material pode ter sido compartilhado com incontáveis pessoas, bem como armazenado fora do alcance dos provedores. É relevante também a crítica trazida por Gustavo Tepedino[67], que aponta para o custo financeiro de um processo judicial, que precisa invariavelmente ser arcado para que a vítima possa retirar o conteúdo danoso das redes sociais. Em relação à possibilidade de que a matéria seja tratada nos juizados especiais, prevista no art. 19, §3°, do Marco Civil da Internet, o autor considera um mero paliativo, que não enfrenta o problema da necessidade inafastável do judiciário.[68]

---

[65] Em crítica ao sistema adotado pela referida lei, Tartuce expõe: "o panorama jurídico geral a respeito do sistema trazido pelo Marco Civil da Internet, e pela interpretação que se faz dessa lei, é de amparo aos interesses dos provedores, sob o argumento de tutela constitucional da liberdade de pensamento e de expressão. Trata-se, na minha opinião doutrinária, de um *falso argumento*, o que acaba por representar mais um descuido com os direitos das vítimas e que pode conduzir a injustiças, com o devido respeito." (TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1436)

[66] TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Mirando Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do Direito Civil**: responsabilidade civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 277.

[67] TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Mirando Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do Direito Civil**: responsabilidade civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

[68] TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Mirando Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do Direito Civil**: responsabilidade civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Ainda, critica-se a expressão de ampla abrangência e subjetividade utilizada no *caput* do dispositivo, segundo o qual o provedor de aplicações deve tornar indisponível o conteúdo "no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço". O texto abre espaço, portanto, para que a plataforma ainda questione sua obrigação de excluir material danoso.[69] Em tese, apenas o próprio provedor é capaz de apurar seu âmbito de atuação e, especialmente, os limites técnicos de seu serviço, para definir se a sua atuação foi ou não contrária à ordem judicial. Em crítica ao texto do art. 19 da lei n° 12.965/14, Anderson Schreiber exprime:

> A verdade é que, muito ao contrário de proteger a vítima com um sistema mais eficiente de tutela dos seus direitos fundamentais, o art. 19 tutela as empresas que exploram a rede, pois [...] restringe a necessidade do seu cumprimento a providências que devam ser adotadas "no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço" – abrindo mais uma porta à entrada de argumentos que afastariam a necessidade de cumprimento da ordem judicial, aqui com circunstância agravante da remissão às questões técnicas, que os réus nessa espécie de ação judicial costumam conhecer com maior detalhamento que os membros do Poder Judiciário, já que dizem respeito aos meandros do próprio negócio desenvolvido pela empresa.[70]

O problema, todavia, não se encerra no *caput* do art. 19 da lei em questão, sendo agravado no §1° do dispositivo, ao prever que "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". Desse modo, o artigo delega à vítima o dever de identificar todos os locais *online* em que o conteúdo está, sob pena de nulidade da ordem judicial.

Se a motivação para responsabilizar o provedor de aplicação por conteúdo publicado por terceiro é o fato de que a plataforma é a mais apta a

---

[69] Há, contudo, autores que consideram o texto do art. 19 em relação ao "âmbito e limite técnico do serviço prestado" um acerto do legislador, na medida em que "racionaliza o processo de retirada e afasta obrigações impossíveis de serem cumpridas pelos provedores." (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**, [s.l], v. 1, n. 1, p. 1 - 28, 2019, p. 9)

[70] SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo geral por terceiro. In: LUCCA, Newton De; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. (coord.). **Direito e Internet III** - Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 291.

identificar e excluir rapidamente o material danoso, o art. 19, §1°, do Marco Civil da Internet anula essa potencialidade. Cria-se mais uma limitação à proteção do direito à imagem, considerando a dificuldade ou impossibilidade de que a vítima localize todos os locais nos quais estão publicados o conteúdo danoso. O condicionamento, portanto, desfavorece a pessoa lesada.

Assim, evidencia-se que a proteção mais ampla possível do direito à imagem no contexto das redes sociais depende de uma atuação rápida, capaz de tornar indisponíveis as fontes originais do conteúdo. A responsabilidade civil foi tradicionalmente construída sobre um paradigma reparatório, e diante das novas formas de violação de direitos, como discutido, consolidou-se ainda tutela inibitória como instrumento para cessar o dano, impedindo seu agravamento até o momento reparatório após o procedimento judicial.[71]

Contudo, o presente trabalho identifica que as novas situações lesivas desafiam tanto a tutela reparatória, quanto a inibitória. Ainda em um cenário ideal no qual se identifique o conteúdo e este seja devidamente excluído das redes sociais, as limitações supracitadas ainda se farão presentes. Ou seja, as diferentes formas de armazenamento *offline* do material danoso e a velocidade de compartilhamento retiram do alcance desses mecanismos a efetiva interrupção e reparação do dano.

Por sua vez, o posicionamento não nega o papel relevante da responsabilidade civil na tutela dos direitos da personalidade. Por isso, entende-se que deve ser dada atenção à melhor forma de tutela possível por meio do instituto, o que não é alcançado pelo Marco Civil da Internet, especialmente no que diz respeito ao art. 19 da Lei, que reduz a proteção estabelecida pela jurisprudência anteriormente.

[71] LACERDA, Luiz Augusto Castello Branco de; FILPO, Klever Paulo Leal. Proteção do direito à vida privada na sociedade da hiperexposição: paradoxos e limitações empíricas. **Civilistica.com**, v. 7, n. 1, p. 1-31, 2018.

Contudo, é imperioso buscar outros meios de proteção. Cabe assinalar, nesse sentido, que o art. 19 da Lei 12.965/14 não impede que as próprias redes sociais, por exemplo, estabeleçam critérios para a manutenção e exclusão de conteúdo em sua própria plataforma[72], inclusive a partir de notificação do próprio usuário. A partir disso, seria possível coibir judicialmente eventuais abusos dessa prerrogativa, em especial aqueles que atentem contra a liberdade de expressão.

Em razão das limitações apresentadas e dos procedimentos inerentes a um processo judicial, a responsabilidade civil estará sempre um passo atrás da dinamicidade das redes sociais. Isso resulta, portanto, em um ambiente de desproteção dos direitos da personalidade, expostos a gravíssimos danos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como apresentado, as redes sociais são hoje um ambiente de grande risco para os direitos da personalidade. A imagem, sendo um elemento central nesses ambientes, figura no centro desses riscos. Tanto a imagem-retrato quanto a imagem-atributo são facilmente violáveis nas plataformas *online*: compartilhadas sem a devida autorização de seu titular, associadas a informações falsas, deturpadas de sua destinação original, alvo da exposição de conteúdo sensível, etc.

Tais formas de violação podem ser realizadas de forma anônima pelo indivíduo sem grandes obstáculos. Esse fato torna difícil, por vezes impossível, determinar o causador do dano para fins de responsabilidade civil. Ainda, com o amplo acesso à internet e a crescente utilização das redes sociais, qualquer material rapidamente se espalha entre seus usuários, de forma que o dano tende a ser exponencialmente maior com a passagem do tempo.

[72] 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**, [s.l], v. 1, n. 1, p. 1 - 28, 2019, p. 11.

Essa situação se configura em torno dos altos níveis de autoexposição que as redes sociais e a interatividade entre os usuários proporcionam e incentivam. É comum o compartilhamento de fotos de si mesmo, de terceiros e de momentos instantaneamente publicados *online*, ou mesmo de conteúdo sensível compartilhado por chats privados que podem facilmente ser divulgados maliciosamente. Soma-se a isso o fato de que os usuários dessas redes, em geral, têm percepção errônea quanto ao alcance de suas publicações, o que muitas vezes os leva a expor a si mesmos ou a terceiros mais do que fariam caso tivessem percepção real do público com quem se comunicam.

A análise no que se refere ao dinamismo dessas relações evidenciou o descompasso entre a velocidade de resposta do Direito em comparação à gravidade dos danos, e, principalmente, à velocidade com que se agravam. Somado a isso, discutiu-se a importância de que os tribunais avancem para além da simples fixação de valor indenizatório frente a esses danos, se atentando para a necessidade de se estabelecer meios aptos a cessá-lo e reparar as consequências negativas para a pessoa lesada, uma vez que o instituto se volta para a proteção da vítima.

As características dessas novas situações lesivas exigem da doutrina, jurisprudência e legislação o estabelecimento de mecanismos capazes de reparar o dano da forma mais eficiente possível, tendo em conta especialmente o foco na tutela da pessoa e seus direitos de personalidade. Assim, foi promulgada a Lei n° 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), com seção dedicada à responsabilização dos provedores de aplicações de internet, categoria na qual são classificadas as redes sociais.

Em análise do art. 19 da referida legislação, que diz respeito à responsabilização dos provedores de aplicação por dano causado por terceiros, concluiu-se, primeiramente, que o Marco Civil da Internet estabelece regras menos protetivas aos direitos da personalidade, se comparadas ao tratamento majoritário

dado pela jurisprudência antes da promulgação da Lei. Isso se dá em razão da necessidade de ordem judicial específica para que a rede social exclua os conteúdos danosos, condicionado ainda ao apontamento, pela vítima, de cada um dos locais *online* dos quais o conteúdo deve ser excluído. Nesse sentido, a legislação tornou mais lenta a atuação do Direito na proteção da imagem, um passo preocupante quando comparado à velocidade das relações *online*.

Assim, em um cenário ideal no qual a plataforma exclui todo o conteúdo danoso à vítima, alguns problemas ainda persistem. Primeiro, a velocidade de compartilhamento faz com que em poucas horas o material possa ter se propagado indefinidamente. Já há, portanto, um descompasso entre a velocidade de resposta e o alcance da lesão, uma vez que mesmo com a concessão de tutela antecipada, o conteúdo pode ter sido amplamente compartilhado, e o dano, consequentemente, agravado. Desse modo, ainda que as fontes originais do conteúdo sejam eliminadas, a completa interrupção da propagação do material é por vezes inalcançável.

Para além das limitações impostas pela lei n° 12.965/14, as possibilidades de armazenamento *offline* do material podem facilmente impedir que o dano seja interrompido, ainda que o indivíduo aponte todos os locais *online* que possuem o material danoso. Qualquer pessoa pode baixar e salvar o conteúdo em seu dispositivo, podendo tanto compartilhá-lo em chats privados sem o conhecimento da vítima e do judiciário, quanto republicá-lo *online* a qualquer momento. Por conseguinte, após todo o processo de responsabilização civil, o conteúdo pode voltar às redes sociais. Assim, conclui-se pela urgência de se pensar meios para a proteção do direito à imagem nas redes sociais que não se sustentem primordialmente na responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, [*s.n*], p. 1-36, 2003.

BAZAROVA, Natalya N.; CHOI, Yoon Hyung. Self-Disclosure in Social Media: Extending the Functional Approach to Disclosure Motivations and Characteristics on Social Network Sites. **Journal of Communication**, Oxford, v. 64, n. 4, p. 1-24, 2014.

BERNSTEIN, M. S. *et al*. Quantifying the invisible audience in social networks. **Association for Computing Machinery**, Nova York, [*s.n.*], p. 21-30, 2013.

BISNETO, Cícero Dantas. **A reparação adequada de danos extrapatrimoniais individuais: alcance e limites das formas não pecuniárias de reparação.** 2018. 186 p. Tese (Mestrado em Direito Privado) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BÔAS, Bruno Villas. IBGE: 94,2% dos brasileiros usam a internet para trocar textos e imagens. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 21 fev. 2018. Disponível em: https://glo.bo/3ynfjIA. Acesso em: 18 maio 2021.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; Bisneto, Cícero Dantas. A reparação *in natura* e os danos extrapatrimoniais: ou de como transformar uma ideia romântica em realidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 24, n. 7, p. 169-205, 2020.

COLOMBO, Cristiano; FACCHINI NETO, Eugênio. Violação dos direitos de personalidade no meio ambiente digital: a influência da jurisprudência europeia na fixação da jurisdição/competência dos tribunais brasileiros. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 1-25, 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MARTINS, Ricardo Maffeis. Direito digital e legitimação passiva nas ações de remoção de conteúdo e responsabilidade civil. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 21, n. 53, p. 49-62, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** Responsabilidade civil. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GUIMARÃES, Cleo. Felipe Neto: mesmo proibida, montagem com 'aula de sexo' segue no ar. **Veja Rio**, Rio de Janeiro, 20 fev. 2020. Disponível em: https://vejario.abril.com.br/beira-mar/felipe-neto-video-sexo-proibido/. Acesso em: 1 jun. 2021.

IPSOS. Fake news, filter bubbles, post truth and trust. **IPSOS**, [*s.l.*], 2018. Disponível em: https://www.ipsos.com/pt-br/global-advisor-fake-news. Acesso em: 02 jun. 2021.

KEMP, Simon. DIGITAL 2021: the latest insights into the "states of digital". **We Are Social**, Nova Iorque, 2021. Disponível em: https://bit.ly/3zm6NtH. Acesso em: 2 jun. 2021

LACERDA, Luiz Augusto Castello Branco de; FILPO, Klever Paulo Leal. Proteção do direito à vida privada na sociedade da hiperexposição: paradoxos e limitações empíricas. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 1-31, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória**: Individual e Coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEDON, Filipe. O direito à imagem na era das deepfakes. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 27, n. 1, p. 251-277, 2021.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MONDAL, M. *et al*. Moving Beyond Set-It-And-Forget-It Privacy Settings on Social Media. **Association for Computing Machinery**, Londres, p. 991-1008, 6 nov. 2019. Disponível em: https://dl.acm.org/doi/10.1145/3319535.3354202. Acesso em: 2 jun. 2021.

QUEIROZ, João Quinelato de Aplicabilidade do Marco Civil da Internet na responsabilidade civil por uso indevido de conteúdo protegido por direitos autorais na internet. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 1-22, 2016.

QUEIROZ, João Quinelato de. **Responsabilidade Civil na rede:** Danos e Liberdade à luz do marco civil da internet. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo geral por terceiro. In: LUCCA, Newton De; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. (coord.).

Direito e Internet III - Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 2 ed. São Paulo, Atlas: 2009

STOLZE, Pablo; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**: Responsabilidade civil. 19 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, v. 3.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, **Recurso Especial** n° 1.297.660 - RS, Ministro Relator Luis Felipe Salomão, julgado em 07 de outubro de 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, **Recurso Especial** n° 1.501.187 - RJ, Ministro Relator Marcos Buzzi, julgado em 16 de dezembro de 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, **Recurso Especial** n° 1.568.935 - RJ, Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 07 de abril de 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, **Recurso Especial** n° 1.316.921 - RJ, Ministra Relatora Nancy Andrighi, julgado em 26 de junho de 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, **Recurso Especial** n° 1.342.640 - SP, Ministra Relatora Nancy Andrighi, julgado em 07 de fevereiro de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Tribunal Pleno, **Recurso Extraordinário** n° 1.037.396 - SP, Ministro Relator Dias Toffoli, julgado em 01 de janeiro de 2018.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, v. 54, n. 213, p. 173-198, 2017.

TEFFÈ, Chiara Spadaccini de; BODIN DE MORAES, Maria Celina. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 108-146, 2017.

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 do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil**, [s.l], v. 1, n. 1, p. 1 - 28, 2019.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Mirando Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do Direito Civil**: responsabilidade civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 9° câmara de Direito Privado, **Agravo de Instrumento** n° 2116347-58.2018.8.26.0000, Relator Desembargador Galdino Toledo Júnior, julgado em 01 de dezembro de 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Regional da Barra da Tijuca 2° Vara Cível, **Procedimento comum** n° 0004795-04.2020.8.19.0209, Magistrado Mario Cunha Olinto Filho, julgado em 17 de fevereiro de 2020.

VIDONHO JÚNIOR, Amadeu dos Anjos. Responsabilidade civil nas redes sociais e a hipervulnerabilidade da pessoa humana. **Revista Cocar**, Belém, v. 9, n. 17, p. 171-186, 2015.

PATRIMÔNIO DIGITAL E A REALIDADE DO STREAMING: BEM OU DIREITO?[1]

Laura Marques Gonçalves[2]

RESUMO: Adentra-se o universo da imaterialidade, trazendo luz para a encantadora potencialidade do acesso, focada no patrimônio digital. Analisa-se a realidade da contratação de serviços de *streaming*, aferindo se a prestação negociada pelo usuário lhe garante a titularidade de bens armazenados na conta, ou meros direitos. Para alcançar tais objetivos, pesquisa-se o cenário gerido pelo acesso, tendo em vista ser essencial entender o meio em que o conflito apresentado se desenvolve. Ainda, investiga-se o conceito e as limitações dos bens digitais, bem como a perspectiva dos contratos que regem essas relações na internet. Em síntese, é delineado convidativo estudo da relação dos serviços de *streaming* com o patrimônio digital.

Palavras-chaves: patrimônio digital – *streaming* – natureza jurídica.

INTRODUÇÃO

É momento de ascensão do patrimônio digital. Muda-se a forma de pensar, de se relacionar e de contratar. Questões pessoais são registradas virtualmente. Entra em cena a linguagem de cliques e *likes*. Tudo é gerido por engajamento, interações e moedas virtuais. Sociedades empresariais protegem mais seus ativos intangíveis, dados imateriais e informações digitais, do que bens materiais, produtos

[1] Trabalho orientado por Marcelo de Oliveira Milagres.
[2] Mestranda em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais.

e instalações físicas. A forma de pensar e de lidar com o patrimônio precisa urgentemente se adaptar.

O atual estudo aprofunda nos impactos do cenário digital no direito privado. Com o processo de digitalização da vida privada, surge gama de novas realidades às quais o sistema jurídico precisa se adaptar. Uma dessas inovações é a alteração do consumo de conteúdos audiovisuais, por meio das plataformas de *streaming*. Dentre os impactos observados, foca-se no seguinte problema: os usuários de serviço de *streaming* adquirem bens ou meros direitos?

Para analisar o problema suscitado, volta-se a alguns pressupostos que norteiam o tema. Em primeiro lugar, analisa-se o contexto em que se insere a contemporaneidade, marcada pela lógica do acesso e pela máxima do compartilhamento. Em segundo lugar, investiga-se a perspectiva dos contratos que regem as relações travadas entre usuários e provedores na internet. Em seguida, busca-se entender o que compreende o patrimônio digital, mergulhando na análise dos bens digitais e de suas características. Ao final, adentra-se a efetiva problemática apresentada, aferindo a natureza jurídica da prestação adquirida pelos usuários nas relações desenvolvidas em plataformas de *streaming*.

Se há algo que se destaca, na atual sociedade, é a desmaterialização da comunicação e das próprias relações humanas. A forma de interação e, sobretudo, de valoração do ambiente, mudou consideravelmente. O desenvolvimento tecnológico inaugura nova etapa, com infinitas possibilidades e constantes desafios. Compreender melhor esse novo contexto é caminho chave para buscar soluções. O presente ensaio tem o intuito de decifrar o cenário tratado, densificar as perspectivas apresentadas e apontar respostas para o questionamento proposto.

1. A LÓGICA DO ACESSO

Enquanto as gerações passadas cresciam com o sonho da acumulação, de aglomerar e colecionar bens próprios, a atualidade respira o estímulo de poder usar sem ser dono, como estratégia, inclusive, de economia e praticidade. Da valorização do poder exclusivo, passa-se à ideia do poder compartilhado.

Há uma crise no conceito tradicional de propriedade. Busca-se a condição de gozo de bens móveis e imóveis, em detrimento do sonho de propriedade. Os poderes de disposição e a possível eficácia *erga omnes* perdem espaço no cenário de economia dinâmica, em que os poderes de uso e fruição ganham proeminência.

Nota-se o sucesso, por exemplo, de aplicativos de transporte que alteraram significativamente o mercado automobilístico em diversas regiões, e a difusão da ideia de moradias compartilhadas. Esse paradigma dialoga e se harmoniza com a sociedade marcada por carros por assinatura, *coworking* e multipropriedades. Cresce a economia do compartilhamento, que altera o relacionamento de indivíduos com os bens e modifica "a própria percepção a respeito da ideia de propriedade, a exemplo de aplicativos como o *Uber*, o *Airbnb* e dos espaços de *coworking* e *coliving*, que flexibilizam a concepção proprietária clássica, baseada na lógica exclusiva e absoluta"[3].

No meio incorpóreo não é diferente. Estimula-se a possibilidade de acessar conteúdos eletrônicos sem adquirir titularidade. Nas plataformas de *streaming*, seja ouvindo músicas e *podcasts*, seja assistindo filmes disponibilizados e armazenados em aplicativos, fala-se antes em licença de uso do que em direito de dono.

A linguagem incorpórea envolve mais o uso, a experiência, o acesso, o compartilhamento, do que apenas guardar, conseguir exclusividade. As transformações tecnológicas, sobretudo no meio eletrônico, aceleram as

[3] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira. Tutela Jurídica dos Bens Digitais ante os regimes de bens comunheiros. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Paulo (Coords.). *Direito Civil e Tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 334.

mudanças na concepção de propriedade, enquanto o acesso dos usuários às plataformas digitais ganha especial destaque. Por isso, fala-se em verdadeira ruptura com a ideia de pertencimento.

Em resumo, na sociedade em rede, o uso do bem, seja ele de natureza corpórea ou incorpórea, é frequentemente mais almejado que a aquisição da propriedade. E esse fenômeno se intensifica no universo digital, pois a realidade imaterial favorece mais o acesso e o compartilhamento que a própria idealização de ter pertences individuais. Porém, não se trata de oposição; os dois extremos convivem: posse e propriedade, uso e pertencimento. Abrem-se novas possibilidades de interação, pelo uso compartilhado em harmonia com a propriedade individual[4].

Com isso, "a tutela do acesso passa a ser tema de extrema relevância porque amplia os horizontes normativos, garantindo ao ordenamento a máxima de efetividade"[5]. Assim, cresce, em geral, a noção de acesso. A princípio, trata-se do ato de acessar, que remete ao poder de utilização, com ênfase na imediatidade e na possibilidade de extrair funcionalidade. É atrelado ao efeito de posse e à habilidade de usar, de possuir sem necessariamente ser dono. Em segundo lugar, desponta a ideia de acesso como a característica íntima dos recursos digitais, que culmina no compartilhamento. Trata-se do acesso enquanto habilidade própria e como força motriz de desempenho dos recursos tecnológicos.

Fato é que os novos arranjos contratuais alteram elementos clássicos das relações negociais. A forma de contratar e a linguagem que permeiam a negociação mudaram e continuam evoluindo, lançando novos e vastos desafios. Por meio das licenças de aplicativos, a contratação afeta o conceito de termos

---

[4] GUILHERMINO, Everilda Brandão. *As titularidades de direito difuso e as relações privadas*. 2017. 233 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017, p. 22.

[5] GUILHERMINO, Everilda Brandão. Direito de Acesso e Herança Digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira (Coords.). *Herança Digital*: Controvérsias e Alternativas. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 97.

do direito civil, provocando alargamento de institutos como a vontade, a assinatura e o armazenamento.

A forma de manifestar consentimento mudou. Na era do acesso e do compartilhamento, o consentimento virtual transmuda o sentido tradicional de vontade. A declaração de vontade externalizada passa a ser compreendida a partir da concordância com termos de uso das plataformas. Perde espaço, com isso, o espectro pessoal do usuário contratante, para dar lugar ao clique de aceite, que representa o consentimento exteriorizado.

A assinatura, que valida o negócio jurídico, também sofreu alterações e hoje, através da modalidade digital, está presente facilitando a negociação em diversas esferas sociais. A aceitação da assinatura digital simboliza conquista no avanço de desburocratização. Se um dia foi milimetricamente cunhada por penas esferográficas e caligrafias desenhadas, agora a assinatura se traduz em simples cliques, senhas e *tokens*.

O conceito de armazenamento também foi inovado com a evolução do cenário eletrônico, especialmente em relação aos serviços de *streaming* e *cloud-computing* ou armazenamento em nuvem. Analisar as novas significações é fundamental para a construção de caminhos para a solução do questionamento anterior, que indaga se a propriedade é adquirida após o *download* de arquivos.

As alterações e inovações comentadas se verificam, sobretudo, nos contratos firmados com as plataformas digitais, por meio da aceitação de termos de serviço.

2. CONTRATOS COM PLATAFORMAS DIGITAIS

O serviço envolvido, contratado pelos usuários e prestado pelas plataformas, envolve vínculo contratual e, mais precisamente, relação de consumo, considerando-se que a "prestação de serviço encontra-se submetida ao

regramento do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que há onerosidade indireta"[6].

Mesmo as plataformas que não exigem pagamento direto para acesso dos usuários ostentam onerosidade, pois "por trás do alardeado serviço gratuito, esconde-se um *contrato oneroso*, recompensado pela cessão gratuita dos dados pessoais, e *sinalagmático*, uma vez que a empresa só disponibiliza a plataforma digital em troca e por causa da cessão gratuita dos dados pessoais"[7].

O instrumento contratual que rege essas relações normalmente são os termos de uso e de serviço das plataformas, sendo importante averiguar a disposição para cada questão específica. Ainda que os termos dos provedores, aceitos pelos usuários, sejam o mecanismo hábil a reger os impasses decorrentes dessa relação, o contrato nem sempre é a última palavra. Assim como ocorre normalmente no direito privado aplicável ao mundo analógico, a relação entre contratantes pode conter termos desarrazoados ou inconcebíveis, especialmente tratando-se de relação de consumo, formalizada por contrato de adesão.

Afirma-se que: "a relação com as plataformas sofre assimetrias estruturais de informação e poder de barganha, de modo que o exercício da autonomia privada deve ser cuidadosamente triado e controlado pelo sistema legal, para que não se transforme em mera mistificação"[8]. Pela natureza do instrumento contratual,

---

[6] LEAL, Livia Teixeira. Internet e a morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. In: Revista Brasileira de Direito Civil, Belo Horizonte, v. 16, p. 194, abr./jun. 2018. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/237. Acesso em: 07 out. 2019.

[7] FRITZ, Karina Nunes. A Garota de Berlim e a Herança Digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira (Coords.). *Herança Digital*: Controvérsias e Alternativas. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 239. Destaque da autora.

[8] Tradução livre. No original: "Il rapporto con le piattaforme soffre di strutturali asimmetrie informative e di potere negoziale, sicché è opportuno che l'esercizio dell'autonomia privata sia attentamente vagliato e controllato dall'ordinamento perché questo non si traduca in una mera mistificazione". RESTA, Giorgio. La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali. In: AMAYUELAS, Esther Arroyo et al. (Orgs.). Casi controversi in materia di diritto delle successioni: Esperienze straniere. Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, v. 2, p. 994.

ainda, "os usuários do serviço, de regra, não leem todos os seus infindáveis termos, dispostos em cláusulas de adesão"[9].

Contratos *business to consumers* no âmbito digital também podem conter abusividades. Não é porque determinada cláusula está contida em termo de serviço de plataforma digital que deverá vigorar.

Ainda em 2013, as autoras Lilian Edwars e Edina Harbinja ressaltaram a realização de breve pesquisa, que obteve como resultado a conclusão de que consumidores têm dificuldade de entender termos e condições de uso na forma apresentada pelas plataformas em relação ao universo dos ativos digitais[10].

A difícil compreensão dos termos também prejudica a validade das regras estabelecidas unilateralmente pela plataforma controladora dos dados. Se nem há total clareza das cláusulas impostas aos usuários, não dá para dizer que os termos serão necessariamente aplicados. Assim, as noções estabelecidas pelos provedores devem ser tomadas com cautela.

Outro aspecto interessante de se analisar é até quando a plataforma deve manter esses dados armazenados, quando nem usuário em vida, nem herdeiros após óbito do titular manifestaram interesse em obtê-los ou utilizar a página. O provedor tem obrigação de manter *ad eternum* o serviço de armazenamento dos bens digitais de usuários? Tal hipótese parece hedionda.

Ainda que seja exagero atribuir às plataformas a obrigação de manter eternamente os dados de usuários, é aceitável pensar que eles devem ser resguardados por algum tempo, por exemplo, para que herdeiros, na ausência do titular, tenham condições de tomar as principais decisões cabíveis, no mínimo. Na

---

[9] TERRA, Aline de Miranda Valverde; OLIVA, Milena Donato; MEDON, Filipe. Acervo Digital: controvérsias quanto à sucessão *causa mortis*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira (Coords.). *Herança Digital*: Controvérsias e Alternativas. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 61.

[10] Tradução livre. No original: "In a brief survey of important online intermediaries in the digital assets world, what is immediately noticeable is that there is no single model of good practice. Instead for consumers there is a confusing jungle of difficult to understand terms and conditions". EDWARDS, Lilian; HARBINJA, Edina. What Happens to My Facebook Profile When I Die?: Legal Issues Around Transmission of Digital Assets on Death. In: MACIEL, Cristiano. PEREIRA, Vinícius Carvalho (Eds.). *Digital Legacy and Interaction*: Post-mortem issues. Nova York: Springer, 2013, p. 127.

ausência de regulamentação legal, porém, é difícil chegar em prazo definido a ser observado por todas as plataformas.

Pela dificuldade de identificação do *animus* de renúncia ou abandono de bens digitais, é prudente estabelecer que se busque comunicar titular ou herdeiros, por contatos fornecidos previamente, da eminente remoção dos conteúdos, caso não haja legítima e tempestiva manifestação requerendo o acesso.

Também levanta desafios a possibilidade de a plataforma parar de operar. Por se tratar de atividade empresarial de iniciativa privada, não há como impedir o encerramento, obrigando a plataforma a funcionar. Deve-se, assim, discutir como a exclusão será operada. Nesse sentido, é possível estabelecer diretrizes e exigir observância aos deveres de comunicação e informação, impedindo que a plataforma encerre suas atividades repentina e inadvertidamente, excluindo dados que compunham legado digital.

Nota-se que as dúvidas e inseguranças que permeiam os contratos com plataformas digitais são expressivas.

3. PATRIMÔNIO DIGITAL

3.1 OS BENS DIGITAIS

A sociabilidade digital incrementa a existência do patrimônio digital, composto por dados de natureza existencial, econômica, ou ambas concomitantemente. Nesse sentido, os bens digitais são parte integrante do monte patrimonial, vez que: "não há dúvida de que estas novas formas de aquisição, armazenamento e utilização de livros, filmes e músicas integram o patrimônio digital do indivíduo"[11].

[11] LACERDA, Bruno Torquato Zampier. *Bens digitais*: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. 2. ed. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2021, p. 76.

A expressão bens digitais é frequentemente tratada, mas poucas vezes compreendida. Sabe-se, em geral, que se relacionam aos elementos contidos no ambiente virtual, criados em sistema de linguagem binária, que requerem algum dispositivo eletrônico para serem acessados e que dialogam com o universo incorpóreo, imaterial e intangível. Buscar definição exata do termo significa voltar à noção de informação e de conteúdo. Com clareza ensina Bruno Zampier:

> A título de recordação, definiu-se conteúdo como sendo uma expressão que englobaria todo e qualquer segmento de informação propriamente dito, ou seja, conteúdo será sempre uma informação digital, podendo então envolver um texto, uma imagem, um som ou vídeo, qualquer dado, sendo estes posteriormente difundidos pela internet. Os bens digitais devem ser vistos como gênero que incorporaria todos estes variados conteúdos, postados ou compartilhados por meio do ambiente virtual.[12].

Não se trata, portanto, de nova categoria de bens jurídicos, e sim do enquadramento desses elementos acessados virtualmente na classificação ampla de "bem", expandindo este conceito.

O sentido abrangente foi também reconhecido no seguinte trecho, escrito por Lilian Edwars e Edina Harbinja, livremente traduzido: "'Bens Digitais' são definidos de forma ampla e não exclusivamente para incluir a variedade de bens informacionais intangíveis associados com o meio on-line ou digital"[13]. Segundo as autoras, em sequência, países como Estados Unidos e Reino Unido têm reconhecido como bens digitais diversas categorias de dados, como perfis de redes sociais; *e-mail*; *tweets*; ativos em *games* virtuais; mensagens de texto, imagens, sons, vídeos ou livros digitais armazenados em nuvem; senhas de contas em plataformas; nomes de domínio; símbolos; personagens ou estruturas 2D e 3D;

---

[12] LACERDA, Bruno Torquato Zampier. *Bens digitais*: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. 2. ed. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2021, p. 63.

[13] Tradução livre. No original: "'Digital assets' within this chapter are defined widely and not exclusively to include a huge range of intangible information goods associated with the online or digital world". EDWARDS, Lilian; HARBINJA, Edina. What Happens to My Facebook Profile When I Die?: Legal Issues Around Transmission of Digital Assets on Death. In: MACIEL, Cristiano. PEREIRA, Vinícius Carvalho (Eds.). *Digital Legacy and Interaction*: Post-mortem issues. Nova York: Springer, 2013, p. 116.

o que viriam a ser criptomoedas, entre outros. Correspondem, por tanto, ao que Stéfano Rodotà denominou "corpo eletrônico"[14].

Complementa Zampier que ativos digitais "seriam aqueles bens incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na Internet por um usuário, consistindo em informações de caráter pessoal que trazem alguma utilidade àquele, tenha ou não conteúdo econômico."[15]. Nesse aspecto, introduz as características de inserção contínua pelos usuários e a não obrigatoriedade de ostentar natureza financeira.

De tal forma, bens digitais são categoria ampla que alberga conteúdos difundidos no meio virtual. Os conteúdos, por sua vez, envolvem as informações digitais. Assim, os bens digitais são formados por informações digitais. Como informações digitais, podem ocupar espaço de objeto da relação jurídica. Enquanto objeto da relação jurídica, são bens jurídicos. Portanto, os ativos digitais podem representar "legítimos bens jurídicos, com notória implicação na vida privada dos titulares e não titulares destes ativos"[16].

Bens digitais e ativos digitais são usados como sinônimos[17]. Ainda não há diferenciação específica entre eles, sendo tratados indistintamente em diplomas normativos, decisões judiciais e entendimentos doutrinários. Aplica-se, igualmente, a adjetivação "virtuais". Embora fora do ambiente eletrônico a palavra "ativo" apresente conotação de monetização pela correspondência com ativos financeiros, especialmente do mercado de investimentos e negociação de capital, no cenário eletrônico este sentido não tem aplicabilidade, uma vez que são verificados bens ou ativos com e sem economicidade.

---

[14] RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 26.
[15] LACERDA, Bruno Torquato Zampier. *Bens digitais*: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. 2. ed. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2021, p. 63-64.
[16] LACERDA, Bruno Torquato Zampier. Bens Digitais: Em busca de um microssistema próprio. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira (Coords.). *Herança Digital*: Controvérsias e Alternativas. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 43.
[17] Na língua inglesa, as opções empregadas são "*digital assets*" ou "*digital property*". Na italiana, "*bienes digitales*".

Alguns dos principais serviços que lidam com bens digitais são, por exemplo: redes sociais, aplicativos de mensagens, serviços de armazenamento em nuvem ou *cloud computing*, serviços de *e-mails*, plataformas de blogs, plataformas de *games*, programas para negociação de criptomoedas, páginas de instituições financeiras, programas de milhagens, serviços de *streaming*, dentre outros.

Em decorrência dos serviços mencionados, atualmente pode-se enumerar como principais ativos digitais os seguintes elementos: páginas e contas em redes sociais, com suas potencialidades, inclusive, de alcance; informações armazenadas em publicações, conversas e arquivos privados, de redes sociais, aplicativos de mensagens e aplicativos de relacionamentos; interações em redes sociais, por meio de *likes*, visualizações, comentários e compartilhamentos; informações pessoais contidas em *blogs*, plataformas, provedores e páginas da internet em geral; arquivos e dados armazenados em nuvem; mensagens e correspondências privadas de contas de *e-mail*; músicas, vídeos e livros baixados e adquiridos em serviços de *streaming*; dados e avatares criados em jogos, além de posições, acessórios e ferramentas comercializados nos *games*; informações bancárias em plataformas para compras e pagamentos; históricos de acesso, de compras e de geolocalização; senhas de contas em geral; nomes de domínio; símbolos; criptomoedas; pontuações e milhagens aéreas, dentre outros.

Os exemplos apresentados não são exaustivos – nem poderiam ser, haja vista a constante modernização, que impulsiona o surgimento de novas tecnologias, e o rotineiro incremento de inéditas páginas e aplicativos, fomentando outros tipos de acervos no mundo virtual.

Em relação ao tratamento legal do tema, a Diretiva da União Europeia sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais, Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, trouxe algumas definições relevantes em seu artigo 2º:

> Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:
> 1) "Conteúdo digital": dados produzidos e fornecidos em formato digital;

> 2) "Serviço digital":
> a) um serviço que permite ao consumidor criar, tratar, armazenar ou aceder a dados em formato digital, ou
> b) um serviço que permite a partilha ou qualquer outra interação com os dados em formato digital carregados ou criados pelo consumidor ou por outros utilizadores desse serviço;
> 3) "Bens com elementos digitais": qualquer bem móvel tangível que incorpore um conteúdo ou serviço digital, ou que com este esteja interligado, de tal modo que a falta desse conteúdo ou serviço digital impeça os bens de desempenharem as suas funções[18].

Pelo item 3 da Diretiva, a União Europeia adotou como bens digitais tanto o conteúdo ou os dados produzidos digitalmente (vídeo, áudio, aplicativo, jogos e *software*) quanto o serviço que permite a criação, armazenamento, conservação, compartilhamento ou incorporação daquele dado (o que inclui, por exemplo, as redes sociais, as plataformas de *streaming*, os *sites* para aquisições de produtos digitais, os jogos eletrônicos, os serviços de milhagens aéreas, os bancos de criptomoedas, entre várias outras possibilidades).

No Brasil, não há conceituação legal delimitada. O Marco Civil da Internet[19], em especial, perdeu a oportunidade de definir e tratar especificadamente dos bens digitais. A despeito da ausência de tratamento específico, há algumas nuances acerca do tema.

O texto normativo que mais se aproxima do tema no direito brasileiro é a Lei de Direitos Autorais que, no art. 7º *caput*[20] e incisos, elenca obras intelectuais dignas de proteção autoral. Assevera Bruno Zampier que:

> No *caput* do dispositivo é mencionado que obras intelectuais protegidas são as criações do espírito, expressas por qualquer meio, mesmo intangível, que se invente no futuro. Ora, os ativos digitais seriam, em parte, criações mesmo

[18] UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019*. Jornal Oficial da União Europeia, 20 maio 2019. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0770&from=EN. Acesso em: 14 abr. 2021.
[19] BRASIL. Lei nº. 12.965, de 23 de abril de 2014. [Marco Civil da Internet]. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 15 abr. 2021.
[20] "Art. 7º: São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como [...]". BRASIL. Lei nº. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 20 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 11 abr. 2021.

> da inteligência humana, externadas no ambiente virtual, numa rede consolidada e popularizada após o advento desta Lei [...], a Internet.
> Indo aos incisos, é possível inferir que os bens digitais, como dito, podem ser constituídos por textos, vídeos, fotografias, base de dados, ou seja, se encaixariam nos conceitos trazidos, especialmente, nos incisos "I", "II", "VI", "VII" e "XIII"[21].

A Lei Geral de Proteção de Dados também consignou noções relevantes, sobretudo no art. 5º, dentre as quais se destaca: dado pessoal, dado pessoal sensível, banco de dados, titular, consentimento, bloqueio, eliminação e uso compartilhado de dados (respectivamente, os incisos I, II, IV, V, XII, XIII e XIX)[22].

O Código Civil contempla parcialmente o tema, ao tratar como bem as energias com expressão financeira, estabelecendo, no artigo 83, *caput*, "Consideram-se móveis para os efeitos legais:" e, no inciso I: "as energias que tenham valor econômico". Nesse sentido, o autor Carlos Alberto Rohrmann enuncia que "tendo arquivos digitais como energia armazenada, é possível

---

[21] LACERDA, Bruno Torquato Zampier. *Bens digitais*: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. 2. ed. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2021, p. 65.

[22] "Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:
I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; [...]
IV - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico;
V - titular: pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento; [...]
XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;
XIII - bloqueio: suspensão temporária de qualquer operação de tratamento, mediante guarda do dado pessoal ou do banco de dados;
XIV - eliminação: exclusão de dado ou de conjunto de dados armazenados em banco de dados, independentemente do procedimento empregado; [...]
XVI - uso compartilhado de dados: comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados; [...]" BRASIL. Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018 /lei/l13709.htm. Acesso em: 15 abr. 2021.

considerar o acervo digital como um conjunto de bens móveis para efeitos legais"[23].

3.2 CARACTERÍSTICAS DOS BENS DIGITAIS

Segundo José Luiz de Moura Faleiros Júnior e Guilherme Magalhães Martins, os bens digitais apresentam características próprias, como a ausência de tangibilidade, a inexistência de depreciação física e a necessidade de mínimo espaço físico para armazenamento. Como desvantagens, pontuam a dependência de eletricidade, dispositivos eletrônicos e *softwares* para acesso. Destacam, dentre outras atribuições, que possuem resistência e fragilidade, por serem duráveis e, ao mesmo tempo, facilmente excluídos[24].

Bens digitais são considerados espécies de bens incorpóreos. Como bens incorpóreos, ostentam característica que é, ao mesmo tempo, benefício e malefício. Com a incorporeidade, vem a facilidade no acesso, pela possibilidade de uso por vários dispositivos eletrônicos simultaneamente. A característica de conter multiportas, entretanto, também possui lado negativo. Se, por um lado, a tecnologia facilita a permanência desses dados, acessáveis por equipamentos diversos, a mesma facilidade pode comprometer a situação e a natureza dos dados, uma vez que um arquivo corrompido pode danificar os demais. A dinamização do acesso também provoca a dinamização na violação, pois até um evento *hacker* pode comprometer todos os itens contidos no dispositivo violado. O retratado aspecto negativo, porém, é mínimo; os ativos digitais ganham notoriedade, com a ideia de segurança para além do que é tangível.

---

[23] COSTA FILHO, Marco Aurélio de Farias. Herança digital: valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente. *Revista Judiciária da Seção Judiciária de Pernambuco*. n. 9, 2016. p. 190. Disponível em:https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/152. Acesso em: 10 out. 2019.

[24] MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. O planejamento sucessório da herança digital. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2. ed. 1. reimp. rev. ampl e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 469.

Sugere-se que "ativos digitais não são meramente arquivos/objetos, e sim aqueles que são feitos para consumo de terceiros, que têm os direitos corretos ligados a eles e os metadados corretos para encontrá-los e acessá-los"[25]. Segundo referida visão, adotada pelo inglês Tobias Blanke, o que torna um arquivo eletrônico ativo é a possibilidade de enriquecimento de informações adicionais que permitem seu consumo por outros usuários. Assim, nem todas as informações ou conteúdos inseridos em contexto digital seriam ativos digitais. Estes possuem valor no compartilhamento, no acesso, no consumo por outros indivíduos,

Tal consideração, no entanto, não impede que itens inseridos no espaço de armazenamento pessoal do indivíduo também sejam considerados ativos digitais. Em verdade, os arquivos de vídeo, áudio, imagens, documentos e até programas armazenados em pastas offline nos *hard drives* também são considerados ativos digitais, por se tratarem de dados inseridos em meio eletrônico e terem a potencialidade de ser acessados por dispositivo eletrônico e disseminado virtualmente. Tais arquivos, ainda, apresentam todas as características aqui retratadas como íntimas aos ativos digitais e, igualmente, levam essa titulação.

Além do acesso multiportas, os bens digitais são também diferenciados pela repercussão econômica e pela influência do elemento temporal.

Discute-se se a repercussão econômica seria condição ou elemento dos bens digitais. Analisando o tema, mostra-se mais viável a opção de repercussão econômica como simples elemento e não como condição essencial dos bens digitais, salientando-se que há ativos digitais que não possuem economicidade, como, por exemplo, arquivos textuais e fotográficos armazenados em *hard drives* pessoais.

[25] Tradução livre. No original: "Digital assets are not just files/objects, but only those that are made for consumption by others, that have the correct rights attached to them and the right metadata to find and access them". BLANKE, Tobias. *Digital Asset Ecosystems*: Rethinking crowds and clouds. Kidlington: Chandos Publishing, 2014, p. 9.

Como visto, os bens digitais são categoria ampla que alberga conteúdos difundidos no meio virtual, envolvendo as informações digitais. São, basicamente, "todos aqueles conteúdos constantes na rede, passíveis ou não de valoração econômica, que proporcionem alguma utilidade para o seu titular", como destacam Ana Carolina Brochado Teixeira e Lívia Teixeira Leal[26]. Assim, são identificados bens digitais sem valoração econômica.

A própria diferenciação entre bens que possuem ou não expressão econômica é falha, pois o contexto e a situação em que o elemento se encontra pode variar a classificação. A título de exemplo, os elementos citados como arquivos textuais e fotográficos armazenados digitalmente, ainda que intrinsecamente possuam conotação personalista e não econômica, podem vir a ganhar patrimonialidade, caso comercializados ou divulgados em redes sociais.

A dificuldade em torno da análise da repercussão econômica dos bens em ambiente digital, logo, sugere que se aceite a noção de economicidade como um elemento que pode ou não estar presente. De um lado, foi provado que há bens destituídos de expressão financeira e, de outro lado, os esforços de determinar a existência ou não dessa característica podem ser em vão, pois o mesmo dado eminentemente existencial pode adquirir patrimonialidade em outra situação. Conclui-se, pois, que não é obrigatória a verificação de repercussão econômica para que um elemento seja considerado bem digital.

Ainda que não haja obrigatoriedade, o envolvimento financeiro é cada vez mais presente na realidade virtualizada, tanto pela transposição de arquétipos do contexto analógico para o universo digital, quanto pelo surgimento de novas ferramentas e negociações. Forte exemplo é a otimização de curtidas e *likes* em plataformas e páginas de redes sociais, que representam dinheiro e crédito, por meio de contratos atípicos.

---

[26] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira. Tutela Jurídica dos Bens Digitais ante os regimes de bens comunheiros. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Paulo (Coords.). *Direito Civil e Tecnologia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020, p. 337.

Segundo Karina Fritz:

> E hoje não pairam mais dúvidas: a contraprestação prestada pelos usuários tem significativo valor econômico, garantindo rentabilidade astronômica para as empresas digitais, como comprovam os lucros oficialmente anunciados e a posição por elas ocupadas no ranking das empresas mais lucrativas do mundo, inclusive em tempos de pandemia de Covid-19. Não à toa os dados pessoais são considerados o *petróleo do século 21*[27].

Raquel Recuero aponta a existência de um capital social no meio digital, diretamente relacionado à potencialidade econômica de perfis em redes sociais, pela interferência em valores como autoridade, popularidade e influência, de forma a gerir o poder publicitário pelo alcance que as publicações ali realizadas irão obter. Veja-se:

> Autoridade, popularidade e influência são valores relacionados com o capital social observado nas redes sociais, mas são valores diferentes entre si. São valores importantes para o estudo da difusão de informações nas redes sociais, porque podem auxiliar na compreensão de como e por que essas informações são espalhadas[28].

Além das páginas em redes sociais, é indiscutível a valorização dos arquivos inseridos e armazenados digitalmente na atualidade. "O potencial do acervo digital é inegável"[29]. Segundo o Fórum Econômico Mundial, 10% do PIB global estará armazenado em tecnologia *Blockchain* até 2027[30]. Os serviços de *cloud computing*, particularmente, sofreram expressivo aumento no contexto pandêmico. Apura-se que o valor recorde de 41,8 milhões de dólares foi gasto em armazenamento em nuvem apenas no primeiro trimestre de 2021[31].

---

[27] FRITZ, Karina Nunes. A Garota de Berlim e a Herança Digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira (Coords.). *Herança Digital*: Controvérsias e Alternativas. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 239.

[28] RECUERO, Raquel. *Redes Sociais na Internet*. Porto Alegre: Sulina, 2009, p. 115.

[29] COSTA FILHO, Marco Aurélio de Farias. Herança digital: valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente. *Revista Judiciária da Seção Judiciária de Pernambuco*. n. 9, 2016, p. 190. Disponível em: https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/152. Acesso em: 10 out. 2019.

[30] BLOCKCHAIN, inteligência artificial e dados: como eles já estão impactando a vida de milhares de pessoas. *Social Good Brasil*. Disponível em: https://socialgoodbrasil.org.br/2019/05/05/blockchain-inteligencia-artificial-e-dados-como-eles-ja-estao-impactando-a-vida-de-milhares-de-pessoas-2/. Acesso em: 17 abr. 2021.

[31] SPENDING on cloud computing hits $42 bn worldwide: tracker. *Techxplore*, [*s. l.*], 30 abr. 2021. Business. Disponível em: https://techxplore.com/news/2021-04-cloud-bn-worldwide-tracker.html. Acesso em: 03 maio 2021.

Os bens digitais possuem também peculiaridade pela forma como envolvem o fator temporal. Já é possível afirmar que "a coexistência de conteúdos inseridos em momentos diversos e de locais distintos no ambiente digital promoveu o redimensionamento da percepção de espaço-tempo, desafiando a normativa jurídica existente, elaborada sob a perspectiva analógica"[32].

O cenário digital eliminou atrasos e provocou economia de tempo em diversas perspectivas, pela automatização e facilidade de acesso. Por outro lado, a alteração na compreensão do tempo nos fenômenos digitais também atrai implicações nos aspectos de fugacidade e volatilidade, sobretudo, nas formas de tutela.

Se antes uma violação de direitos poderia esperar meses ou mesmo anos para suspensão e retratação, agora a imediatidade está contra o direito. Em tais casos, a expressão "tempo é dinheiro" faz completo sentido, sendo ainda possível acrescentar que tempo é "problema". A divulgação de conversas sigilosas ou de fotografias privadas na internet é surpreendentemente mais feroz do que em revistas e jornais impressos, tendo-se ainda mais pressa na resposta como tutela.

O elemento temporal muda a forma de valorizar produtos no mercado digital. Desenvolve-se modelo de negócio com valorização do tempo em que usuários gastam transitando na rede. O período de permanência em páginas de redes sociais apura o valor publicitário do perfil e o tempo de visualização de vídeos comerciais indica o valor do produto.

Destacadas as peculiaridades referentes ao aspecto econômico e temporal que ostentam os bens digitais, adentra-se em sua compreensão, analisando naturezas e classificações.

[32] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira. Tutela Jurídica dos Bens Digitais ante os regimes de bens comunheiros. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Paulo (Coords.). *Direito Civil e Tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 333-334.

4. BEM OU DIREITO?

O acesso às plataformas eletrônicas se dá quase sempre por meio de licenças que estabelecem o direito pessoal de uso. Geralmente por meio de termos ou condições de uso, os provedores permitem o compartilhamento de conteúdos entre os usuários, formando verdadeiras redes de dados.

A utilização de programas eletrônicos envolve o acesso funcionalizado, como objetivo principal de plataformas e *softwares*. O acesso no meio eletrônico pode culminar em atributos como utilização, aquisição, armazenamento e transmissão. Os conceitos, todavia, nem sempre terão a mesma conotação do mundo analógico, sendo necessário revisitar essas expressões. O *YouTube*, por exemplo, é feito e idealizado para que o material disponibilizado por meio de vídeos alcance engajamento, principalmente, por meio de sucessivas visualizações.

O usuário do *YouTube*, por meio da criação de uma conta na plataforma, adquire a titularidade daquele perfil e a possibilidade de fazer carregamentos de arquivos e vídeos, ou gravações ao vivo (*lives*), posteriormente ali armazenados. O material postado é compartilhado e pode ser acessado, assistido por outras contas. O usuário obtém a prerrogativa de pesquisar vídeos de inúmeros temas disponibilizados na plataforma por outras contas, assistir e interagir através das ferramentas como curtidas, "descurtidas", comentários e inscrições em canais selecionados.

Ainda que o criador da conta adquira sua titularidade no *YouTube*, a transmissão do perfil a outrem não lhe é autorizada, em regra, pois a disposição da conta não se operacionaliza com o acesso à plataforma. Por outro lado, a palavra "transmissão" ganha novos ares nesse contexto e passa a significar o próprio compartilhamento dos vídeos, pelo ato de compartilhar informações e dados por meio de conteúdo audiovisual.

A compreensão de transmissão como ato de compartilhar conteúdo e não como ato de dispor de bem de propriedade exclusiva representa verdadeira revolução no direito das coisas, a partir do acesso. E possui fortes implicações, em especial, nos serviços de *streaming*, que alteram o meio de consumo e de armazenamento de produtos digitais. Destacam-se as plataformas vídeo e conteúdo audiovisual (como *Netflix*, *Prime Video*, *TeleCine Play*, *HBO Go*, *HBO Max, Disney Plus*, *GloboPlay, YouTube* e *iTunes Store*), de músicas digitais (como *Deezer, iTunes, Grooveshark, Rdio, Spotify*), de jogos de computador (como *Steam, Psn, Xbox Live, Apple Arcade*) e também de livros digitais (como *Scribd, Kindle Unlimited*).

A análise relativa aos serviços de *streaming* é ainda problemática. A princípio, a criação de conta em aplicativos como *iTunes Store*, *Spotify* e *Netflix* permite acessar conteúdo alheio (em geral, músicas e *podcasts* nos dois primeiros e filmes, séries e documentários na última), sem a realização de *download*. Em complemento, permite que usuários baixem arquivos escolhidos, em relação aos quais é franqueada a visualização offline, por exemplo.

A possibilidade de fazer *download* desses arquivos, todavia, levanta dúvidas sobre sua natureza e regime jurídico, após baixados. Com o *download*, adquire-se a propriedade, ou é mera prerrogativa de armazenamento, decorrente do acesso? Em outras palavras: o *download* não configuraria poder de uso ilimitado no tempo?

As plataformas, em geral, abordam a simples autorização para armazenamento de conteúdos baixados no próprio perfil. Seguindo esse raciocínio, é possível interpretar que os conteúdos continuariam armazenados no próprio provedor, embora na conta do usuário que realizou o *download*. Logo, a resposta diria respeito à opção final da pergunta formalizada: o *download* importaria mero armazenamento do conteúdo baixado, sem maiores representações de domínio.

Nestes casos, adquire-se apenas a licença para acessar e utilizar determinado conteúdo, com direito de posse provisória[33], como em plataforma de *streaming* cujo termo de serviço autoriza somente a visualização dos conteúdos fornecidos no pacote contratado. Fala-se antes em direito, licença e prerrogativa condicionada à manutenção da assinatura da conta, do que em bem adquirido.

Em contrapartida, outra resposta sugere que, com o *download*, surge titularidade dos dados baixados e armazenados no perfil. Nestes casos, por meio do negócio jurídico celebrado com plataformas, provedores e aplicativos, são adquiridos bens, ou o espaço para criação e incorporação de arquivos diversos, como ocorre em redes sociais, jogos eletrônicos e contas de *e-mail*. Os termos de uso não negam expressamente esta alternativa e, ainda que o fizessem, é possível questioná-los enquanto disposição contratual.

Para esta segunda afirmativa, surgem desdobramentos relacionados à onerosidade do serviço. No *Spotify* e na *Netflix* pode ou não haver onerosidade na utilização do aplicativo, pois há formas de uso temporário das plataformas gratuitamente. Na *iTunes Store*, após a criação de conta no *iCloud* da *Apple*, o acesso à plataforma permite visualizar e baixar conteúdos com ou sem custo, a depender do arquivo. Logo, é também importante avaliar se a existência ou não de contraprestação financeira pelo usuário influencia na natureza do domínio exercido no conteúdo baixado.

Diante das duas alternativas expostas, fala-se em bem ou em direito?

Antes da propagação dos serviços de *streaming* digitais, os interessados compravam, por exemplo, CDs ou DVDs para visualizar o conteúdo pretendido. Em outros casos, realizavam contrato de locação ou comodato com locadoras ou outros sujeitos, devendo promover a devolução no momento oportuno. A

[33] Ainda, deve-se estudar se há realmente posse provisória, ou se não seria, na verdade, mera detenção.

diferenciação entre as duas hipóteses – incorporação do item no acervo patrimonial ou mera aquisição de direito temporário – era nitidamente mais simples.

A discussão, entretanto, é mais profunda. Não há limiar definido entre o que é bem e o que é direito no cenário digital. Em algumas situações será mais fácil delimitar; em outras, mais difícil, pois mesmo o direito pode culminar em bem. No exemplo apresentado, discute-se a possibilidade de titularidade de conteúdos baixados nas próprias plataformas de *streaming*, demonstrando que o direito de acesso se desdobra na incorporação patrimonial de arquivo audiovisual disponibilizado pela plataforma. Todavia, a discussão é ainda incipiente.

Tal diferenciação, a princípio, será delimitada pelo provedor de internet, no instrumento contratual (termo de serviço). Havendo omissão ou dificuldade de entendimento das cláusulas impostas, operar-se-á a interpretação mais favorável ao usuário, conforme disposição do Código de Defesa do Consumidor[34], qual seja: a aquisição de propriedade dos dados salvos no perfil.

Pois bem. Na ausência de disposição específicas das plataformas, a saída é clara, como acima indicado. O problema, por outro lado, é na análise da vinculatividade da previsão dos provedores de internet, quando impedem expressamente a incorporação patrimonial pelos usuários dos elementos dispostos na plataforma.

Levantando a bandeira da defesa da economicidade e do impacto na patrimonialidade, indica-se o nascimento da titularidade desses conteúdos após o *download*, especialmente em analogia com a relação consumerista na realidade analógica.

A forma de consumo mudou. E o direito também precisa se adaptar. Ainda que seja complicado superar cláusula contratual negando a aquisição de

[34] "Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor". BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078 compilado.htm. Acesso em: 02 jul. 2021.

conteúdo de serviço de *streaming*, é preciso analisar cuidadosamente essa conjuntura, para que os usuários não sejam prejudicados, pela manutenção irrestrita de cláusulas unilateralmente impostas e pela cega preservação da hegemonia dos conglomerados digitais.

Os delineamentos apresentados demonstram que não há resposta pronta nem fácil. O acesso aqui retratado desperta intensos desafios. É preciso, contudo, inspirar a compreensão de riscos e potencialidades, insistir na pergunta e projetar respostas, investigando a possível superação de cláusulas contratuais de plataformas de *streaming* que vedem a incorporação dos conteúdos ali armazenados na esfera pessoal e patrimonial dos usuários.

5. CONCLUSÃO

O advento das novas tecnologias e a digitalização das relações humanas acarretam a valorização de novos instrumentos e técnicas de organização social, dotados de economicidade. Surgem outros conceitos de tempo, espaço e potencialidades de exploração financeira. O valor atribuído a vários negócios na atualidade se deve substancialmente à noção de intangibilidade, imersa na realidade digital.

Os bens digitais são informações contidas no universo virtual, atribuídas a um sujeito, independentemente de caráter patrimonial. Assim, os bens ou ativos digitais serão bens jurídicos sempre que figurarem como objeto da relação jurídica. Por sua natureza e classificação, integram o patrimônio dos usuários, titulares dos dados, incluindo a expressão econômica na massa patrimonial.

Os serviços de *streaming* desenvolvem novo feixe de relações imateriais, com diversos desdobramentos. Desvendar a natureza jurídica da posição adquirida pelos usuários na contratação foi tarefa assumida neste trabalho.

O questionamento em foco no presente estudo admite duas respostas: (i) a aquisição de simples licença para acessar e utilizar determinado conteúdo, com

direito de posse provisória e (ii) o surgimento de titularidade dos dados baixados e armazenados no perfil, com o *download*. Naturalmente, a omissão das plataformas concede a faculdade aos usuários de optar pela aquisição dos bens. Por outro lado, a negativa expressa de aquisição pelas plataformas enseja reflexão.

Tal análise perpassa, necessariamente, pelos termos de uso e de serviço disponibilizados pelas plataformas, os quais devem ser considerados contratos de relações consumeristas, e devem, portanto, evitar as assimetrias vedadas pelo Código de Defesa do Consumidor, sob pena de nulidade. Assim, ainda que os termos dos provedores, aceitos pelos usuários, sejam o mecanismo hábil a reger os impasses decorrentes dessa relação, o contrato nem sempre é a última palavra.

O presente estudo é mero ensaio, tentativa de tangenciar o tema. As noções apresentadas estão longe de resolver os problemas em torno da questão. Apenas indica-se a possibilidade de superar a determinação de plataformas, provedores e aplicativos de *streaming* que neguem a incorporação de bens no patrimônio digital dos usuários a partir do *download* de materiais ali disponibilizados, com o intuito de inspirar novas e mais profundas reflexões.

REFERÊNCIAS

BLANKE, Tobias. *Digital Asset Ecosystems*: Rethinking crowds and clouds. Kidlington: Chandos Publishing, 2014.

BLOCKCHAIN, inteligência artificial e dados: como eles já estão impactando a vida de milhares de pessoas. *Social Good Brasil*. Disponível em: https://socialgoodbrasil.org.br/2019/05/05/blockchain-inteligencia-artificial-e-dados-como-eles-ja-estao-impactando-a-vida-de-milhares-de-pessoas-2/. Acesso em: 17 abr. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078 compilado.htm. Acesso em: 02 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº. 12.965, de 23 de abril de 2014. [Marco Civil da Internet]. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018 /lei/l13709.htm. Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. Lei nº. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 20 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 11 abr. 2021.

COSTA FILHO, Marco Aurélio de Farias. Herança digital: valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente. *Revista Judiciária da Seção Judiciária de Pernambuco*. n. 9, 2016. Disponível em:https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/152. Acesso em: 10 out. 2019.

EDWARDS, Lilian; HARBINJA, Edina. What Happens to My Facebook Profile When I Die?: Legal Issues Around Transmission of Digital Assets on Death. In: MACIEL, Cristiano. PEREIRA, Vinícius Carvalho (Eds.). *Digital Legacy and Interaction*: Post-mortem issues. Nova York: Springer, 2013.

FRITZ, Karina Nunes. A Garota de Berlim e a Herança Digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira (Coords.). *Herança Digital*: Controvérsias e Alternativas. Indaiatuba: Foco, 2021.

GUILHERMINO, Everilda Brandão. *As titularidades de direito difuso e as relações privadas*. 2017. 233 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

GUILHERMINO, Everilda Brandão. Direito de Acesso e Herança Digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira (Coords.). *Herança Digital*: Controvérsias e Alternativas. Indaiatuba: Foco, 2021.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. *Bens digitais*: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. 2. ed. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2021.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. Bens Digitais: Em busca de um microssistema próprio. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira (Coords.). *Herança Digital*: Controvérsias e Alternativas. Indaiatuba: Foco, 2021.

LEAL, Livia Teixeira. Internet e a morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. In: Revista Brasileira de Direito Civil, Belo Horizonte, v. 16, p. 194, abr./jun. 2018. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/237. Acesso em: 07 out. 2019.

MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. O planejamento sucessório da herança digital. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2. ed. 1. reimp. rev. ampl e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

RESTA, Giorgio. La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali. In: AMAYUELAS, Esther Arroyo et al. (Orgs.). Casi controversi in materia di diritto delle successioni: Esperienze straniere. Collana del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, v. 2.

RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 26.

SPENDING on cloud computing hits $42 bn worldwide: tracker. *Techxplore*, [*s. l.*], 30 abr. 2021. Business. Disponível em: https://techxplore.com/news/2021-04-cloud-bn-worldwide-tracker.html. Acesso em: 03 maio 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira. Tutela Jurídica dos Bens Digitais ante os regimes de bens comunheiros. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Paulo (Coords.). *Direito Civil e Tecnologia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; OLIVA, Milena Donato; MEDON, Filipe. Acervo Digital: controvérsias quanto à sucessão causa mortis. In: TEIXEIRA, A. C. B.; LEAL, L. T. (Coords.) *Herança Digital*: Controvérsias e Alternativas. Indaiatuba: Ed. Foco, 2021.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019*. Jornal Oficial da União Europeia, 20 maio 2019. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0770&from=EN. Acesso em: 14 abr. 2021.

PERSONALIDADES ELETRÔNICAS? A PERSONIFICAÇÃO DOS AGENTES DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL SOB A PERSPECTIVA JURÍDICA

Thaís Maia Silva[1]

RESUMO: O presente trabalho investiga a possibilidade de reconhecimento de personalidade jurídica a agentes de inteligência artificial, em especial aos chamados agentes autônomos. O objetivo é verificar, a partir das razões históricas que inicialmente justificaram a criação das pessoas jurídicas, bem como das possíveis consequências advindas de tal reconhecimento, se há óbices jurídicos à personificação e se é adequado que ela ocorra. Para tanto, foi realizada uma revisão bibliográfica de obras atuais sobre o tema. A partir da verificação das razões e funções da personalidade jurídica e dos resultados práticos que possivelmente adviriam do seu reconhecimento aos agentes de inteligência artificial entende-se que não seria adequada tal personificação. No entanto, sendo o tema de extrema novidade e considerando-se o avanço célere da tecnologia, ao qual o Direito não é capaz de acompanhar *pari passu*, admite-se que essa conclusão é preliminar e pode sofrer modificações relevantes nos próximos anos.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência artificial. Personalidade jurídica. Direito e tecnologia.

[1] Mestranda em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais.

INTRODUÇÃO

Os recentes avanços tecnológicos ocorridos no âmbito da Inteligência Artificial levantaram questões relevantes a respeito da natureza jurídica de seus agentes. Sua presença crescentemente constante na sociedade faz com que seja necessária certa regulamentação para as ações por eles perpetradas, especialmente quando se percebe que alguns agentes apresentam ações são aparentemente autônomas e independentes de um controle humano subjacente.

Diante da possibilidade de ocorrência ações desvinculadas do inicialmente esperado, os juristas atuais têm sido confrontados com a problemática da personificação dos agentes de Inteligência Artificial, para que passem a ser considerados como pessoas jurídicas e possam, como objetivo principal, ser responsabilizados pelos atos que gerem danos àqueles que com eles se relacionam.

Uma das propostas mais debatidas nos tempos atuais para a resolução da questão é a criação da chamada "personalidade eletrônica", espécie de personalidade jurídica que seria atribuída aos agentes de inteligência artificial.

Nos próximos itens serão analisados os pontos e argumentos principais que justificam a conclusão da autora, no sentido de que não deve ser reconhecida, a princípio, personalidade jurídica a tais entes. No item 2 serão analisados os agentes de inteligência artificial, com foco nos chamados agentes "autônomos"; no item 3, será abordada a recente proposta da União Europeia à Comissão de Direito Civil sobre Robótica, elencando-se seus pontos principais e suas recomendações, entre elas, a da criação da personalidade eletrônica para os agentes de inteligência artificial. Em seguida, no item 4, será feito um breve escorço histórico do surgimento da personalidade jurídica e trabalhadas suas razões e funções. Por fim, no item 5, será verificado se essas razões funções que inicialmente justificaram a criação das pessoas jurídicas estão presentes no caso da Inteligência Artificial e se sua ausência constitui óbice à personificação. Além disso, também neste item final, serão

analisadas as possíveis consequências do processo do reconhecimento de personalidade jurídica para as pessoas naturais que se relacionam com os agentes dotados de Inteligência Artificial.

1 AGENTES DOTADOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL:

Nas últimas décadas assistiu-se a uma evolução sem precedentes no âmbito da Inteligência Artificial. À época em que a expressão foi criada, no ano de 1956, por John McCarthy[2], muito se imaginava sobre o alcance e o desenvolvimento que os agentes dotados de tal inteligência alcançariam, mas as previsões futurísticas eram pouco conectadas à realidade do período.

Na década de 1990, os crescentes avanços tecnológicos fizeram com que os agentes de Inteligência Artificial ganhassem nova importância e dimensão, eles estavam cada vez mais presentes no cotidiano das pessoas e na vida em sociedade e passou-se a prever que chegaria um tempo em que seriam absolutamente autônomos e independentes de qualquer controle humano subjacente. Foi neste momento, precisamente em 1992, com o emblemático trabalho de Lawrence B. Solum – *Legal personhood for artificial intelligences* - que a questão do reconhecimento de personalidade jurídica a entes de Inteligência Artificial passou a ser debatida com maior profundidade.[3]

Por outro lado, não obstante os imensos avanços ocorridos desde então, pode-se afirmar que o desenvolvimento que era imaginado na década de 1990,

[2] RIBEIRO, Júlia Melo Carvalho. Inteligência Artificial e responsabilidade civil sob a perspectiva do direito do consumidor. In: CHAVES, Natália Cristina; COLOMBI; Henry. Direito e Tecnologia – Novos modelos e tendências. Porto Alegre: Editora Fi, 2021, p 315

[3] No emblemático texto (SOLUM, 1992), o autor problematiza a atribuição de personalidade jurídica a agentes autônomos de inteligência artificial a partir de duas perspectivas diversas. De início, aborda o cenário do agente de inteligência artificial atuando como administrador fiduciário, cenário que hoje é, diga-se, bastante plausível. Em um segundo momento, em uma perspectiva ética e filosófica, ocupa-se do cenário em que uma inteligência artificial iria a juízo defender que deve possuir direitos constitucionais relativos à personalidade, apresentando-se, neste momento, os argumentos favoráveis e contrários ao seu pleito. SOLUM. Legal personhood for artificial intelligence. 70 N.C. L. Rev. 1231 (1992).

capaz de tornar os agentes dotados de Inteligência Artificial seres inteiramente autônomos de qualquer controle ou fiscalização humana, não é uma realidade tão presente quanto se esperava.[4]

Para os fins do presente trabalho, é importante deixar claro que são vários os tipos de Inteligência Artificial. Quando se utiliza essa expressão, está-se referindo, de modo pouco técnico e excessivamente unificador, a uma infinidade de métodos de atuação de que são dotados agentes que atuam em diferentes graus de complexidade. Esses diferentes tipos de Inteligência Artificial, claro, levam a argumentos e análises diversas quando o tema é o reconhecimento de personalidade jurídica.

Acredita-se que a questão mais complexa e instigante no que diz respeito ao tema é o reconhecimento de personalidade jurídica aos chamados "agentes autônomos de Inteligência Artificial", de que são exemplos os veículos não tripulados. Esses agentes seriam capazes de atuar de modo semelhante aos humanos, sem, obrigatoriamente, contar com um controle humano subjacente. Seriam capazes, exemplificativamente, de aprender e de improvisar, sem a necessidade de reprodução automática de uma ação orientada pelo seu controlador.[5]

Embora hoje possa se dizer que alguns desses agentes são capazes de adquirir conhecimentos e de tomar decisões de modo relativamente autônomo, é preciso consignar que essa não é a realidade da grande maioria das inteligências artificiais a que se tem acesso atualmente e a que se terá acesso em um futuro próximo.[6]

---

[4] LOPES, Giovana Figueiredo Peluso. **Inteligência Artificial (IA):** Considerações sobre personalidade, imputação e responsabilidade**.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais, 2020

[5] LEE,KaiFu.AISuperpowers:China,SiliconValley,andthenewworldorder.NovaYork:HoughtonMifflinHarcourt,2018.

[6] SURDEN, Harry; WILLIAMS, Mary-Anne. Technological Opacity, Predictability, and Self Driving Cars. Cardozo Law Review, v. 38, p. 121-181, 2016

A despeito disso, em decorrência da influência de uma mídia sensacionalista e de um imaginário permeado pela ficção científica, é possível perceber diversas iniciativas no sentido de equiparar esses agentes autônomos de Inteligência Artificial a seres humanos, de comparar a Inteligência Artificial à inteligência humana. São tentativas de, verdadeiramente, antropomorfizar os agentes de Inteligência Artificial.[7] Uma das principais consequências dessas iniciativas é, justamente, a defesa do reconhecimento de personalidade jurídica a tais entes.[8]

A personalidade, em termos jurídicos, pode ser analisada de duas formas principais, as quais são importantes para sua verificação e reconhecimento. Primeiro, confere-se personalidade a entes que ética, moral e filosoficamente, em seu modo de agir, apresentam características semelhantes às humanas.[9] Em segundo lugar, confere-se personalidade por questões de conveniência, de unificação de direitos e obrigações, de criação de centros de imputação de responsabilidade e de facilitação de tomadas de decisão.

Parecem ser deste segundo tipo, em especial no que se refere à imputação de responsabilidade, os argumentos defendidos por aqueles que acreditam ser devido o reconhecimento de personalidade aos agentes de Inteligência Artificial. É neles que se baseia, por exemplo, a Recomendação da União Europeia à Comissão de Direito Civil sobre Robótica, que será abordada a seguir.

De um modo ou de outro, afastada desde já a falácia do Androide,[10] e refutada a incessante busca de projetar características humanas a robôs, são os

---

[7] NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho Ávila. Robôs como pessoas: a personalidade eletrônica na Robótica e na Inteligência Artificial. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10178

[8] BARBOSA, Mafalda Miranda. Inteligência Artificial, e-persons e direito: desafios e perspectivas. Revista Jurídica Luso-brasileira, Ano 3, 2017, n. 6.

[9] É isso que justifica, em larga medida, a atribuição de personalidade a certas espécies de animais, por exemplo, que já se verifica em diversos países.

[10] A falácia do Androide se relaciona à inadequada projeção de atributos humanos a robôs, e, via de consequência, a agentes de inteligência artificial: "a ideia de que robôs são 'iguais às pessoas'

argumentos desta espécie, ou seja, relativos à conveniência e à opção jurídica, que serão considerados no presente trabalho para análise da questão.

2 RECOMENDAÇÕES DA UNIÃO EUROPEIA À COMISSÃO DE DIREITO CIVIL SOBRE ROBÓTICA

No ano de 2017, o Parlamento Europeu editou uma Resolução com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica.[11] O documento impressiona pela amplitude de temas tratados, entre os quais: responsabilidade, princípios éticos, princípios gerais, investigação e inovação, direitos de propriedade intelectual e circulação de dados, normalização, segurança e proteção, meios de transporte autônomos, robôs de assistência etc.. Entre suas propostas, está a criação de uma Agência Europeia da Robótica e da Inteligência Artificial e de um sistema abrangente de registros, válido em toda a União, para catalogar os agentes de Inteligência Artificial de forma a facilitar sua identificação nos casos de responsabilidade civil.

A Resolução estabelece, de forma clara, as hipóteses em que um robô será considerado inteligente: (i) quando houver sensores capazes de permitir a troca de dados com o ambiente; (ii) quando houver capacidade de aprendizado com a experiência e de interação com o meio; (iii) quando houver um suporte material; (iv) quando houver a capacidade de adaptação e (v) quando se constatar a ausência de vida na concepção biológica.

Destaca-se, dos trechos da Resolução, o reconhecimento expresso de que é possível, em determinados casos, que a Inteligência Artificial ultrapasse a capacidade intelectual humana; a afirmação de que é fundamental garantir que os seres humanos sempre terão controle sobre a Inteligência Artificial e a

e que há uma diferença significativa entre robôs humanoides e não humanoides". (LOPES, 2020, p. 90)

[11] Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_PT.html. Acesso em 02/04/2021

compreensão de que o nível de autonomia[12] conferido a alguns robôs suscita questionamentos sobre sua natureza jurídica à luz das categorias jurídicas já existentes:

> AI. Considerando que, não obstante o âmbito de aplicação da Diretiva 85/374/CEE, o atual quadro jurídico não seria suficiente para abranger os danos provocados pela nova geração de robôs, na medida em que os robôs podem ser dotados de capacidades adaptativas e de aprendizagem que integram um certo grau de imprevisibilidade no seu comportamento, uma vez que aprendem de forma autónoma com a sua experiência própria variável e interagem com o seu ambiente de um modo único e imprevisível;

Em razão da última afirmação apontada, o Parlamento Europeu sugere que sejam criados novos modelos jurídicos capazes de atender às peculiaridades dos robôs e agentes de Inteligência Artificial de modo adequado. Com efeito, consta do parágrafo 59, f a seguinte sugestão:

> Criar um estatuto jurídico específico para os robôs a longo prazo, de modo a que, pelo menos, os robôs autónomos mais sofisticados possam ser determinados como detentores do estatuto de pessoas eletrónicas responsáveis por sanar quaisquer danos que possam causar e, eventualmente, aplicar a personalidade eletrónica a casos em que os robôs tomam decisões autónomas ou em que interagem por qualquer outro modo com terceiros de forma independente;

Como é usual nas tentativas de tratamento de temas polêmicos, a Resolução do Parlamento Europeu não passou imune a críticas. Na doutrina pátria, foram diversos os autores que se manifestaram no sentido de que a concepção de entes autônomos adotada pela Resolução é equivocada e de que o reconhecimento de personalidade eletrônica a estes entes seria mais prejudicial do que benéfico, sendo capaz de vulnerar, inclusive, os direitos de personalidade das pessoas naturais[13]

Para Negri, quando se pensa em agentes de Inteligência Artificial como se fossem pessoas, concede-se ao artefato não apenas um grau de autonomia que é exagerado, mas, também, realiza-se uma espécie de transferência pela qual os próprios seres humanos podem perder parte de sua autonomia. A proposta de

[12] Sobre os diferentes conceitos de autonomia e como a concepção tem sido equivocada no trato da inteligência artificial, ver: NEGRI, 2020, *op. cit.*
[13] NEGRI, *op. cit.*, 2020

uma personalidade eletrônica agrava este problema, pois, mesmo que restrita ao Direito, a personalidade jurídica reforça a equiparação dissimulada que se projeta simbolicamente para outros campos.[14]

Tendo em vista que, na maior parte das vezes, o desejo de reconhecer personalidade jurídica a tais entes está relacionado à facilitação para a imputação de responsabilidade, isso teria como consequência negativa a ocultação dos verdadeiros responsáveis pelos danos e pelo desenvolvimento dos artefatos. Ter-se-ia, nestes casos, um pragmatismo perigoso, eis que, escorando-se nas razões técnico-jurídicas de reconhecimento de personalidade - as quais serão melhor abordadas em tópico posterior deste trabalho - atribuir-se-ia personalidade jurídica sem considerar as razões de ordem ética e moral que justificam a personificação.

Para além das rigorosas críticas até então apresentadas, o documento também sofreu oposição de *experts* em robótica e Inteligência Artificial da própria União Europeia, que, ao lado de empresários e especialistas em Direito, Ética e Medicina, encaminharam ao Parlamento Europeu uma Carta Aberta com duras análises sobre a Resolução[15]

Embora reconheça a importância o estabelecimento de regras para robôs e Inteligência Artificial com fins de proteção dos cidadãos da União Europeia e de fomento da inovação, a Carta demonstra grande preocupação com a atribuição de personalidade eletrônica a tais entes, citando expressamente a recomendação contida no parágrafo 59, f.

Assim, é criticada a opção pelo reconhecimento de personalidade jurídica atrelada exclusivamente à dificuldade de comprovar a responsabilidade civil nos casos de danos causados por estes agentes. Além disso, afirma-se, expressamente, que as recomendações formuladas se baseiam em uma

[14] *Idem, ibidem.* P. 7
[15] Disponível em: http://www.robotics-openletter.eu/. Acesso em: 02/04/2021

supervalorização das capacidades atuais dos robôs, em uma compreensão superficial da autoaprendizagem e em uma percepção distorcida pela ficção científica e pela mídia:

> From a technical perspective, this statement offers many bias based on an overvaluation of the actual capabilities of even the most advanced robots, a superficial understanding of unpredictability and self-learning capacities and, a robot perception distorted by Science-Fiction and a few recent sensational press announcements.

Ademais, para os autores do referido documento, assim como apontado pela doutrina, faltariam razões de ordem ética para o reconhecimento da personalidade jurídica a tais entes.

Ocorre que, como já mencionado, existem razões além daquelas de ordem ética para o reconhecimento de personalidade jurídica a determinados entes. Há muito se admite que a personalidade não é atributo exclusivo dos seres humanos, de modo que argumentos de ordem ética e filosófica, como a capacidade de fazer escolhas, de ter sentimentos, de possuir consciência ou de agir conforme as regras morais não se mostram suficientes, por si sós, para afastar, por completo, a possibilidade de reconhecimento da personalidade jurídica a estes entes.

Portanto, e é justamente este o enfoque do presente trabalho, é preciso perquirir se as razões de ordem técnica e jurídica para a atribuição de personalidade se mostram presentes no caso da Inteligência Artificial, se seriam capazes de justificar a proposta do Parlamento Europeu para a criação de personalidades eletrônicas e quais as possíveis consequências da adoção desta opção.

3 PERSONALIDADE JURÍDICA

Para o fim expresso no parágrafo anterior será brevemente analisado contexto histórico em que foi criada a personalidade jurídica, bem como as

razões e as funções que justificaram sua criação naquele momento e que fundamentam sua manutenção e reconhecimento nos dias atuais.

3.1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO:

Embora haja certa controvérsia sobre a existência do instituto da pessoa jurídica no Direito Romano,[16] admite-se, de modo geral, que sua criação se deu no período do absolutismo monárquico, compreendido entre os séculos XVII e XVIII. O marco inicial usualmente reconhecido é o surgimento da Companhia das Índias Ocidentais, arquétipo do que se tornaria atualmente o modelo da sociedade anônima.[17]

A necessidade de exploração das recém-descobertas colônias e os astronômicos custos e riscos envolvidos na operação tornaram bastante interessante um modelo de limitação de responsabilidade daqueles que aceitassem tal empreitada. Os grandes custos e riscos de tais empreendimentos justificaram e incentivaram a criação de um ente que seria responsabilizado patrimonialmente em caso de fracasso da operação, restando incólume o patrimônio das pessoas naturais a ele subjacentes.

Conforme afirma LOPES, outra grande vantagem do modelo corporativo emergente se apresentava na possibilidade de divisão de seu capital social em ações. A incorporação da qualidade de sócio em um título livremente transferível simplificou sobremaneira as transações e facilitou o investimento de capital necessário. Foi possível à classe mercantil mobilizar cada vez mais riqueza em torno de suas iniciativas, inclusive com recursos oriundos de outras classes sociais, como a nobreza.[18]

Além disso, as ações apresentavam grande vantagem em relação aos empréstimos bancários, muito comuns para a realização das referidas

[16] WALD, Arnoldo. Direito Civil - Introdução e Parte Geral. Vol. 1 - 14ªed. São Paulo: Saraiva, 2015
[17] LOPES, *op. cit.*
[18] *Op. cit.*, p. 70

empreitadas. É que se o empreendimento falhasse, a responsabilidade e os riscos patrimoniais recairiam exclusivamente sobre os acionistas, que assumiam o risco do investimento feito, de modo diferente do empréstimo bancário, em que o mutuário do valor seria integralmente responsabilizado pelo risco do empreendimento.

Deste modo, a personificação surge como instrumento fundamental de articulação patrimonial, pois a criação de uma pessoa jurídica distinta da pessoa natural a ela subjacente permite a separação de cada um dos patrimônios e, consequentemente, dos riscos assumidos. Mesmo que aquele que se aventurasse na exploração das colônias falhasse, tinha a garantia de que o patrimônio a ser afetado seria apenas o da sociedade e não o seu próprio.

A separação patrimonial permitiu também uma separação da responsabilização pelos atos praticados pela sociedade e pelos atos praticados por seus sócios enquanto pessoas naturais. A criação de uma nova pessoa a ser responsabilizada pelos atos tomados pelas pessoas naturais subjacentes, como se dela própria fossem, contribuiu em muito para o desenvolvimento da atividade comercial no período.

Ademais, a personificação representa uma simplificação do processo de tomada de decisão: em vez de perquirir a vontade de cada um dos sócios, perquire-se a vontade da pessoa jurídica, que é composta por aquelas, mas é, também, de certa forma autônoma, congregadora dos diferentes pensamentos de seus membros. Como menciona LOPES, isso foi importante para a facilitação do relacionamento com terceiros, pois permite a simplificação de situações jurídicas complexas e facilita as transações com terceiros estranhos à sociedade.[19]

Certamente, a criação da pessoa jurídica foi uma mudança radical nas concepções jurídicas e mercantis da época, promovida por necessidades

[19] *Op. cit.*, p. 71

práticas e motivos de conveniência das classes cujos interesses eram então dominantes – a saber, a nobreza, interessada em explorar as riquezas do novo mundo e a classe mercantil então emergente, empenhada na obtenção de lucros e na afirmação de seu novo *status* social.

Assim, o que se vê é que tal criação, inicialmente, não se deu conectada a razões de cunho ético ou filosófico, mas estritamente por razões de conveniência e de opções jurídicas que não envolviam questões lógicas ou morais diversas. A personalidade jurídica em seu surgimento desempenhou nada mais do que uma função heurística.[20] Não foi necessária qualquer espécie de antropormofização e não se tentou enxergar em sociedades, associações ou fundações características essencialmente humanas.

As razões que o surgimento da personalidade jurídica foram razões de ordem prática, de conveniência, de articulação patrimonial, de separação de imputação e de facilitação da organização social interna e do relacionamento com terceiros.

Embora à época a personalidade jurídica tivesse o ponto comum de ser atribuída à coletividade de pessoas, não se deve ignorar que atualmente nem mesmo este critério é estritamente seguido, sendo inúmeros os casos de personificação de entes não humanos e não coletivos.[21]

Hoje, se entende que a personificação continua a atender a interesses práticos, mas deve observar também a outros, eis que o processo de subjetificação envolve valores que precisam ser considerados em parâmetros comparativos, sob pena de expropriação da própria subjetividade humana.[22]

Apesar disso, não se abandonou a vertente da conveniência, ou seja, ainda hoje é possível, do ponto de vista legal, que se reconheça a personalidade

[20] NEGRI, *op. cit.*
[21] RODRIGUES JR, Otávio Luiz. Pessoa, personalidade, conceito filosófico e conceito jurídico de pessoa: Espécies de pessoas no direito em geral. Revista de direito do consumidor, v. 27, n. 118, 2018, p. 281-291.
[22] NEGRI, *op. cit.*

jurídica exclusivamente porque isso atende a interesses determinados. A verdade é que não há qualquer impedimento normativo a que seja reconhecida, por exemplo, a personalidade jurídica de agentes de Inteligência Artificial, como será melhor abordado a seguir.

No entanto, mesmo nestes casos, é preciso perquirir se estão realmente presentes as razões que justificam a personificação ou se o problema pode ser resolvido de outra forma, como será analisado a seguir.

3.2 AS RAZÕES E FUNÇÕES DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O crescente desenvolvimento da Inteligência Artificial, especialmente com a criação de agentes autônomos, capazes de agir de modo, a princípio, imprevisível, de aprender e de tomar suas próprias decisões fez com que surgissem diversas discussões atuais a respeito da criação de uma nova categoria jurídica para abarcar os agentes de Inteligência Artificial.

As discussões concentram-se, essencialmente, na necessidade de fornecer reparação às eventuais vítimas dos danos causados por tais agentes, em especial quando estes danos estiverem desvinculados de uma atuação humana direta,[23] rompendo o comum nexo de causalidade entre a ação do programador/criador e o evento danoso.

No modelo atual, ainda que o agente autônomo de Inteligência Artificial fosse diretamente responsável pelo dano causado, sendo perfeitamente possível o reconhecimento do nexo causal entre sua conduta e o prejuízo é difícil dizer que o agente ele poderia ser diretamente responsabilizado nos termos legais. Em verdade, tal responsabilidade recairia provavelmente sobre seu criador ou programador, que, no entanto, não teria uma conexão fática direta com a conduta danosa.

[23] BARBOSA, *op. cit.*

Uma das opções comumente apresentadas para o problema é o reconhecimento da personalidade jurídica a tais entes. Como visto no tópico anterior, a personalidade jurídica surgiu em um contexto de conveniência, desvinculada de questões éticas ou morais, mas voltada exclusivamente à solução de questões práticas relativas à limitação de responsabilidade, separação patrimonial, criação de centros de imputação, facilitação de obtenção de capital e simplificação de relações internas e com terceiros.

É evidente que, por não envolverem coletividades de pessoas, tais razões, à exceção da criação de um centro autônomo de imputação de responsabilidade, não se verificam quando se cuida dos agentes autônomos de Inteligência Artificial. Veja-se que a personalidade jurídica partiu de uma teoria ficcional, que justifica sua atribuição por funções heurísticas, mas as razões pelas quais surgiu não se reproduzem de forma integral na Inteligência Artificial.[24]

A despeito disso, tem-se que não há qualquer óbice ou restrição legal à atribuição de personalidade jurídica aos agentes de Inteligência Artificial. Não subsistem os argumentos de que os agentes autônomos não deveriam ter a personalidade reconhecida em razão de não envolverem um conjunto de pessoas subjacente às suas ações, eis que a existência de tal coletividade, embora seja um ponto comum, não é requisito à atribuição de personalidade pelo ordenamento jurídico.[25]

Tampouco se mantêm os argumentos que buscam relacionar a personificação, de modo estrito, a certas características típicas dos seres humanos, como consciência e intencionalidade.[26] Embora seja desejável que as

[24] LOPES, *op. cit.*
[25] Com efeito, observa-se, ao longo da história, a atribuição e o reconhecimento de personalidade jurídica a seres diversos, com vista aos fins a serem tutelados pelo ordenamento jurídico. Sérgio Negri cita exemplos: "Em 2017, foi atribuída personalidade jurídica a um rio na Nova Zelândia. No mesmo ano, na Índia, um tribunal reconheceu a personalidade jurídica dos rios Ganges e Yamuna." (*op. cit.*, p. 10)
[26] SOLUM. Legal personhood for artificial intelligence. 70 N.C. L. Rev. 1231 (1992).

características humanas sejam observadas quando a personificação, elas não consistem um empecilho ao reconhecimento da personalidade jurídica.

Portanto, inexistente qualquer óbice legal, entende-se ser possível, do ponto de vista jurídico, o reconhecimento de personalidade jurídica a agentes autônomos de Inteligência Artificial. Se essa é a opção jurídica mais adequada e que consequências terá para as pessoas naturais é outro ponto que merece ser discutido.

4 O RECONHECIMENTO DE PERSONALIDADE JURÍDICA A AGENTES AUTÔNOMOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Como mencionado, não havendo restrições jurídicas e tomada como premissa a desvinculação de questões éticas e morais, seria sim possível o reconhecimento de tal personalidade aos agentes autônomos ora tratados. Mas para além da possibilidade, é preciso verificar se tal seria adequado, especialmente à luz das consequências jurídicas da personificação de novos entes para as pessoas naturais.

Por primeiro, é importante consignar que o reconhecimento da personalidade jurídica traria como benefício principal – e possivelmente único – a imputação de responsabilidade. Conforme explica Nathalie Nevejans:[27]

> When considering civil law in robotics, we should disregard the idea of autonomous robots having a legal personality, for the idea is as un-helpful as it is inappropriate. Traditionally, when assigning an entity legal personality, we seek to assimilate it to humankind. This is the case with animal rights, with advocates arguing that animals should be assigned a legal personality since some are conscious beings, ca-pable of suffering, etc., and so of feelings which separate them from things. Yet the motion for a resolution does not tie the acceptance of the robot's legal personality to any potential consciousness. Legal personality is therefore not linked to any regard for the robot's inner be-ing or feelings, avoiding the questionable assumption that the robot is a conscious being. Assigning robots such personality would, then, meet a simple operational objective arising from the need to make ro-bots liable for their actions.

[27] NEVEJANS, Nathalie. Directorate-General for Internal Policies, European Civil Law Rules in Robotics, 2016, 16

Natália Cristina Chaves aponta que seria necessária uma série de medidas acaso se entendesse pelo reconhecimento de personalidade jurídica aos agentes de Inteligência Artificial, tais como: designação de uma autoridade certificadora para a apuração do grau de autonomia do sistema ou da máquina, de modo a justificar que lhe seja conferida personalidade jurídica própria, bem como para verificar a adoção de mecanismos preventivos de segurança; estabelecimento de penalidades para a prática de condutas antijurídicas, que poderão consistir em multas e/ou indenizações e, até mesmo, na suspensão temporária de funcionamento ou na desativação definitiva da Inteligência Artificial e a possibilidade de fixação de tributos próprios, aplicáveis a esses sistemas autônomos e que levem em consideração, inclusive, a redução de oferta de postos de trabalho.[28]

Ainda, como apontado por diversos autores, a atribuição de responsabilidade não poderia ser feita sem um apropriado sistema unificado de identificação dos agentes, o qual seria possibilitado por meio de um caro mecanismo de registros, como sugerido pelo Parlamento Europeu.[29]

Tal sistema de registro, para efetivamente funcionar, teria que ser universal, dada a possibilidade de atuação dos agentes de inteligências artificial nos mais diversos locais e nas mais diferentes áreas do conhecimento. Daí, já surgiriam problemas bastante relevantes, como quem seria responsável por sua gestão e quem solucionaria os casos de dúvidas e conflitos dele provenientes e, ainda, a qual ordenamento jurídico estariam submetidos para tal solução.

[28] CHAVES, Natália Cristina. Inteligência Artificial: os novos rumos da responsabilidade civil. In: GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa; SILVA, Eva Sónia Moreira da; FERREIRA, Gustavo Assed; POLI, Luciana Costa. (Orgs.). Direito civil contemporâneo. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 71. Disponível em: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/pi88duoz/c3e18e5u/7M14BT72Q86shvFL.pdf. Acesso em: 23/03/2021

[29] LOPES, *op. cit.*

Talvez a problemática da imputação de responsabilidade pudesse ser resolvida, como é comumente sugerido, por meio da criação de seguros, sem a necessidade de recorrer à personificação.

É claro que a simples criação de seguros pode não fazer com que todos os problemas sejam solucionados. Além de ser uma alternativa cara, em especial em razão crescente imprevisibilidade da atuação dos agentes autônomos, pode ser que o prêmio estabelecido não seja suficiente para a justa e devida indenização da vítima e seria difícil estabelecer parâmetros para tal valor justamente em razão da imprevisibilidade de atuação dos agentes.

Para estes últimos casos, nas hipóteses em que o valor do prêmio do seguro não se apresentar como suficiente, alguns autores apontam a possibilidade da criação de fundos de garantia, com valor suficiente para compensar os danos que eventualmente não estejam cobertos pelo seguro obrigatório.[30]

A verdade é que é difícil pensar que a suposta autonomia que se confere a tais agentes seria capaz de afastar por completo a responsabilidade de seus programadores e criadores, ainda mais considerando-se que as vítimas afetadas comumente serão os polos mais vulneráveis da relação jurídica estabelecida.[31]

De um modo ou de outro, os criadores seriam responsáveis pelos atos perpetrados pelas máquinas, ainda que segundo a responsabilidade subjetiva, que é a regra no sistema jurídico pátrio. Em verdade, o estabelecimento de uma irresponsabilidade incompleta para os criadores e programadores pode trazer graves riscos, não apenas deixando as vítimas dos danos mais vulneráveis e

[30] BARBOSA, *op. cit.*

[31] FRAZÃO, Ana. A Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Empresárias por Decisões Tomadas com Base em Sistemas de Inteligência Artificial In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Orgs.). Inteligência Artificial e Direito: Ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

desprotegidas, bem como estabelecendo um perigoso incentivo à criação inconsequente de agentes de Inteligência Artificial.[32]

Assim, tendo em vista que não estão presentes, de modo geral, as razões originais que levarão à criação da personalidade jurídica e que o problema da responsabilização dos entes autônomos de Inteligência Artificial provavelmente seria melhor resolvido por meio de outras soluções, como a exigência de seguros obrigatórios ou de fundos de garantia, entende-se que a personificação de tais entidades pode não ser a alternativa mais adequada do ponto de vista técnico-jurídico.

Outra razão que desaconselha a personificação, e que é preocupação frequente entre os estudiosos do tema, é a possível fragilização que a personificação poderia trazer para os direitos das pessoas naturais, sendo capaz de, inclusive, levar a uma supremacia das pessoas artificiais sobre as pessoas reais.[33] Entende-se relevante fazer nota de tais considerações, como forma de complementação da exposição até então apresentada.

O processo de expropriação de subjetividade ocorre quando, em decorrência da personificação de novos entes, são a eles atribuídos direitos que acabam por vulnerar os direitos das pessoas naturais.[34] Isso se dá, em especial, quando os direitos que são reconhecidos são direitos da personalidade, extremamente abstratos e historicamente vinculados à pessoa humana, como é o caso do nome e da honra.

Exemplo emblemático da fragilização mencionada é o reconhecimento, preconizado pela súmula 227 do STJ, da possibilidade de que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral.[35] O dano moral está intimamente ligado à esfera da

[32] Importante frisar que todo tipo de responsabilização deve ser previamente refletida, a fim de não criar estraves ao desenvolvimento tecnológico.
[33] MAYER, Carl J. Personalizing the Impersonal: Corporations and the Bill of Rights. Hastings Law Journal, v. 41, n. 3, 1990
[34] NEGRI, *op. cit.*
[35] LOPES, *op. cit.*

personalidade, dos direitos subjetivos e de foro íntimo do indivíduo. A partir do momento em que se reconhece a possibilidade de a pessoa jurídica sofrê-lo, ainda que unicamente em decorrência de violação de sua honra objetiva, está-se, ao mesmo tempo, vulnerando direitos das pessoas naturais, como é o direito da liberdade de expressão dos indivíduos.

No ordenamento jurídico brasileiro, praticamente não há restrição à extensão de direitos da personalidade a pessoas jurídicas,[36] o que se torna particularmente grave quando se percebe que a doutrina e a jurisprudência não costumam fazer diferenciação das pessoas envolvidas, unificando o tratamento de todos os entes no que se convencionou denominar pela alcunha de "pessoa jurídica".[37]

O problema não é exclusivo do ordenamento jurídico pátrio, sendo muito comum também nos Estados Unidos, em que foram estendidos às pessoas jurídicas praticamente todos os direitos das pessoas naturais, à exceção do direito de não autoincriminação. Neste país são comuns os casos de reconhecimento de direito de liberdade de expressão e de crença das pessoas jurídicas, o que muitas vezes fragiliza os direitos das pessoas naturais que com elas se relacionam, em especial de seus funcionários e consumidores.

Um exemplo interessante é citado por LOPES, que lembra o caso Hobby Lobby Stores, Inc., uma cadeia nacional de artes e artesanato com mais de 500 lojas e mais de 13.000 funcionários, pertencente e é operada pela família Green, que organizou o negócio em torno dos princípios da fé cristã e se recusou a fornecer aos empregados certos tipos de cuidados preventivos, como métodos contraceptivos aprovados pelo governo e previstos no popularmente conhecido *Obamacare*.[38] A recusa foi considerada legítima pelo Poder Judiciário norte-

[36] Com efeito, o art. 52 do Código civil preceitua, de modo genérico, que: Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.
[37] NEGRI, *op. cit.*
[38] *Op. cit.*, p. 94-95.

americano e os funcionários não puderam contar com o fornecimento de métodos contraceptivos.

Nos casos em que há responsabilização da pessoa jurídica, mesmo que ela seja responsabilizada por si só, é usualmente possível estabelecer quais pessoas ou qual grupo de pessoas naturais subjacentes tomou a decisão ou ação geradora dos danos. Inclusive, é possível desconsiderar a personalidade jurídica do ente para alcançar o patrimônio dos sócios responsáveis.

No caso de atribuição da personalidade jurídica a agentes de Inteligência Artificial essa garantia, a princípio, não estaria presente. Não existe sequer proposta de regulamentação ou discussão verdadeira sobre a desconsideração da personalidade do agente de Inteligência Artificial.[39]

Tudo isso faz com que seja ainda mais provável a vulneração dos direitos das pessoas naturais e a utilização da personalidade jurídica do agente autônomo para objetivos escusos, como se esquivar da indenização devida pela geração de danos.

LOPES aponta, com bastante precisão, que é preciso ter em mente que alguém é sempre favorecido pelas decisões jurídicas. No caso de reconhecimento da personalidade jurídica aos agentes de Inteligência Artificial, é provável que a exteriorização dos custos favoreça aos seus criadores e programadores, inclusive incentivando o desenvolvimento de inovações e tecnologias.

Por outro lado, é possível também que a limitação dos riscos e da responsabilidade desfavoreça outros sujeitos, como as pessoas naturais que se relacionam com os agentes de Inteligência Artificial. É, em verdade, uma opção legislativa, que deve levar em consideração não apenas a diminuição do chamado "risco-empresa", mas também a proteção das pessoas naturais.

[39] LOPES, *op. cit.*

De todo modo, até o momento, acredita-se que as razões que justificam a atribuição de personalidade jurídica a determinados entes não estão integralmente presentes no caso da Inteligência Artificial. A questão da responsabilidade pelos danos causados pelos agentes autônomos pode ser resolvida de outras formas e, possivelmente, a personificação traria mais prejuízos do que benefícios. É neste sentido, também, a opinião de Mafalda Miranda Barbosa:[40]

> Se a personalidade jurídica se explica por razões axiológicas –que determinam o necessário reconhecimento dela às pessoas singulares –ou por razões operativas, ainda explicadas à luz dos interesses humanos que subjazem às pessoas coletivas, então teremos de concluir que a extensão da categoria aos entes dotados de Inteligência Artificial não procede: a analogia com a *dignitas* do ser humano inexiste; a ponderação dos interesses humanos por detrás do *robot* não a explica, exceto se com ela quisermos forjar um mecanismo de desresponsabilização do sujeito (humano, entenda-se), o que parece contrariar o próprio sentido do direito.

Portanto, o que se entende, considerando o estado da arte do desenvolvimento tecnológico e as razões apresentadas pelos defensores da personificação – mormente a necessidade de responsabilização pelos danos causados pelos agentes autônomos – é que o reconhecimento de personalidade jurídica a tais entes não é o melhor caminho do ponto de vista jurídico, do ponto de vista ético ou do ponto de vista consequencial.

5 CONCLUSÕES PARCIAIS

Os crescentes avanços tecnológicos experimentados pela sociedade nas últimas décadas produziram impactos relevantes nos mais diversos ramos do conhecimento. Um dos âmbitos que mais sofreu com as inovações científicas foi o da Inteligência Artificial. Se antes apenas se sonhava com a possibilidade de agentes de Inteligência Artificial autônomos, cujos atos fossem inteiramente

[40] *Op. cit.*, p. 1488.

independentes de atos humanos, hoje essa realidade se mostra mais próxima – embora ainda não tenha alcançado a proporção que alguns esperavam.

O Direito, como ciência social aplicada, voltado à pacificação de conflitos e à resolução de problemas sociais diversos não poderia ficar infenso a tais avanços. As mudanças demandam regulamentação, até para que sejam melhor aproveitadas por aqueles que as criaram e por aqueles que se beneficiarão de sua existência.

Um dos problemas jurídicos mais emblemáticos relativos à Inteligência Artificial está na possibilidade de reconhecimento de personalidade jurídica a tais entes. A questão se mostra ainda mais relevante quando se pensa na problemática da responsabilização dos agentes autônomos, que agora atuam desvinculados de seus criadores, podem aprender habilidades e até agir de forma imprevisível.

Não é possível dizer que há resposta pronta. O Direito, como ciência essencialmente humana, é criado pelo homem, e ainda não foram criadas regulamentações específicas e satisfatórias para a questão.

O presente trabalho procurou demonstrar que as razões iniciais que inspiraram a criação de pessoas jurídicas não se mostram presentes quando se trata dos agentes de Inteligência Artificial e que outras soluções, que não a personificação, podem ser endereçadas à importante problemática da responsabilidade de tais agentes e de seus criadores e programadores.

Não obstante, entendeu-se, também, não existir, a princípio, qualquer óbice legal à referida personificação. Se inicialmente as pessoas jurídicas foram criadas por questões de conveniência, sem qualquer razão superior, abstrata, ou de ordem ética ou moral, seria possível atribuir, também por conveniência, tal personalidade aos agentes autônomos.

Contudo, ao menos nos termos da análise preliminar feita pelo presente trabalho - à vista da possibilidade de resolver as questões da responsabilização

de outras formas - a atribuição de personalidade jurídica a agentes de Inteligência Artificial não parece ser a melhor forma de resolver o problema, não apenas porque não estão presentes as mesmas razões que justificaram inicialmente a criação das pessoas jurídicas, mas, principalmente, pelo risco de, com tal conduta, fragilizar os direitos daqueles a cujos interesses deve servir a Inteligência Artificial: as pessoas naturais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Mafalda Miranda. **Inteligência Artificial, e-persons e direito: desafios e perspectivas.** Revista Jurídica Luso-brasileira, Ano 3, 2017, n. 6.

Carta aberta à Comissão Europeia de Inteligência Artificial e Robótica. Disponível em: http://www.robotics-openletter.eu/

CHAVES, Natália Cristina. Inteligência Artificial: os novos rumos da responsabilidade civil. In: GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa; SILVA, Eva Sónia Moreira da; FERREIRA, Gustavo Assed; POLI, Luciana Costa. (Orgs.). Direito civil contemporâneo. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 71. Disponível em: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/pi88duoz/c3e18e5u/7M14BT72Q86shvFL.pdf. Acesso em: 23/03/2021

FRAZÃO, Ana. **A Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Empresárias por Decisões Tomadas com Base em Sistemas de Inteligência Artificial** In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Orgs.). Inteligência Artificial e Direito: Ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

LEE,KaiFu.AISuperpowers:China,SiliconValley,andthenewworldorder.NovaYork:HoughtonMifflinHarcourt,2018.

LOPES, Giovana Figueiredo Peluso. **Inteligência Artificial (IA):** Considerações sobre personalidade, imputação e responsabilidade**.** Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais, 2020;

MAYER, Carl J. **Personalizing the Impersonal: Corporations and the Bill of Rights**. Hastings Law Journal, v. 41, n. 3, 1990

NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho Ávila. **Robôs como pessoas:** a personalidade eletrônica na Robótica e na Inteligência Artificial. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10178

NEVEJANS, Nathalie. **Directorate-General for Internal Policies**, European Civil Law Rules in Robotics, 2016, 16

Recomendações da União Europeia à Comissão de Direito Civil sobre Robótica. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_PT.html. Acesso em: 02/04/2021

RIBEIRO, Júlia Melo Carvalho. **Inteligência Artificial e responsabilidade civil sob a perspectiva do direito do consumidor.** In: CHAVES, Natália Cristina; COLOMBI; Henry. Direito e Tecnologia – Novos modelos e tendências. Porto Alegre: Editora Fi, 2021, p. 313-335.

RODRIGUES JR, Otávio Luiz. Pessoa**, personalidade, conceito filosófico e conceito jurídico de pessoa**: Espécies de pessoas no direito em geral. Revista de direito do consumidor, v. 27, n. 118, 2018, p. 281-291.

SOLUM. ***Legal personhood for artificial intelligence.*** 70 N.C. L. Rev. 1231 (1992).

SURDEN, Harry; WILLIAMS, Mary-Anne. Technological Opacity, Predictability, and Self Driving Cars. Cardozo Law Review, v. 38, p. 121-181, 2016.

WALD, Arnoldo**. Direito Civil - Introdução e Parte Geral.** Vol. 1 - 14ªed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Grupo de Trabalho

ASPECTOS CONTROVERSOS DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A COLETA DE DADOS SENSÍVEIS DOS CONSUMIDORES NA SOCIEDADE DE VIGILÂNCIA À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS[1]

Matheus Corona Patricio[2]
Vinícius Pessoa Egídio[3]

RESUMO: Este artigo tem por objetivo analisar a legalidade do tratamento de dados pessoais feito pelas empresas do ramo farmacêutico à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. A investigação verifica se esse tratamento possui base legal e se está de acordo com os princípios definidos na própria legislação. Para tanto, foi pesquisada doutrina brasileira e estrangeira sobre o tema, além de casos e decisões recentes, de modo que foi possível concluir que o tratamento de dados pessoais desmedido e sob a forma de abuso do direito não é legal, dada a condições de hipossuficiência do consumidor, que tem seus dados pessoais coletados em troca de descontos em medicamentos. Com isso, propõe-se que o tratamento de dados, no modo realizado pelas farmácias, viola os princípios da finalidade, da necessidade e da não-discriminação, não encontrando guarida perante a Lei Geral de Proteção de Dados.

PALAVRAS-CHAVE: dados pessoais, farmácia, LGPD.

[1] Trabalho orientado por Bruna Lyra Duque (Faculdade de Direito de Vitória).
[2] Graduando na Faculdade de Direito de Vitória.
[3] Graduando na Faculdade de Direito de Vitória.

INTRODUÇÃO

Após a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, diversas práticas comerciais passaram a ser analisadas sob uma nova ótica, a de proteção de dados. Antes um assunto relegado, hoje a proteção de dados levanta diversas discussões, uma vez que a fiscalização e a aplicação de multas passam a ter início em agosto de 2021, as empresas e a sociedade revelam um olhar atento a toda forma de tratamento de dados pessoais.

Prática relevante e comum na sociedade é o tratamento de dados pessoais feito pelas farmácias, que, em troca de conceder descontos, coletam dados pessoais dos consumidores, tais como o número de CPF, o número do plano de saúde, o telefone ou, até mesmo, a biometria. Diante disso, questiona-se: o tratamento de dados pessoais pelas empresas do ramo farmacêutico é legal perante a Lei Geral de Proteção de Dados?

Diante dos altos preços dos medicamentos brasileiros, a obtenção de descontos é vista pela maioria dos consumidores brasileiros como fundamental, mesmo que para isso tenha que fornecer alguns dados, sem que saiba, de fato, como eles serão utilizados. Ocorre que, em razão da condição de hipossuficiência que se encontra o consumidor de medicamentos, tal prática não condiz com a tutela e a importância da proteção de seus dados pessoais.

Desse modo, para analisar a legalidade desse tratamento de dados, o presente estudo analisará as premissas apontadas na base teórica escolhida sobre a temática da sociedade de consumo e do capitalismo de vigilância. Em seguida, será compreendida a Lei Geral de Proteção de Dados, principalmente no que concerne à evolução da disciplina de proteção de dados ao longo dos anos e suas principais disposições legais.

Objetiva-se, por meio do uso de Direito Comparado e análise pragmática de situações que envolveram a violação do direito do consumidor, avaliar se o

tratamento de dados pessoais pelas farmácias possui base legal e se atende aos princípios previstos na própria legislação especial.

1. A SOCIEDADE DE CONSUMO E A COLETA DE DADOS PELAS FARMÁCIAS

Ao longo do século XX, as relações de consumo passaram a ocupar uma posição fundamental na estrutura das sociedades. Os produtos são produzidos em massa, o que demanda a implantação de estratégias para atrair o consumidor e permitir o escoamento dos produtos.

Essas estratégias se desenvolvem, sobretudo, por meio do *marketing*, que explora um ato natural do ser humano, o de consumir, e transforma em um desejo compulsivo. As propagandas criam as necessidades de consumo, de modo que os indivíduos passam a acreditar que só alcançarão satisfação após consumir determinados produtos e serviços.

Essa dinâmica social deu origem a chamada "sociedade de consumo", que, para Zygmunt Bauman, "representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as opções culturais alternativas"[4]. Entretanto, segundo o pensador, viver nessa sociedade tem um preço, na medida em que "na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria"[5].

O desejo de consumir também pode ser observado no âmbito da saúde. As propagandas produzem na população o desejo de obter o corpo perfeito ou a saúde perfeita, e vendem que a melhor e mais rápida forma de alcançar isso é por meio de medicamentos. O acesso à informação e à produção massiva de diferentes medicamentos, eficazes para quase todas as finalidades, promoveu o

[4] BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 71.
[5] BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 20.

crescimento ensurdecedor do consumo de produtos farmacêuticos no Brasil e no mundo.

Desde 2015, o mercado farmacêutico brasileiro cresceu mais de 57,5%, chegando a um faturamento de mais de sessenta e nove bilhões de reais em vendas, segundo dados da Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa (Interfarma)[6].

Para manter esse crescimento, o varejo farmacêutico faz uso de diversas estratégias para atrair o consumidor, tais como, envio de e-mail marketing, patrocínio de publicações no Google e nas redes sociais e concessão de descontos na compra dos medicamentos. Entretanto, no que tange à estratégia das redes de farmácia de promoverem descontos e benefícios esconde uma massiva coleta de dados referentes à saúde dos clientes.

Algumas farmácias exigem, para a concessão de descontos, que o consumidor ceda certos dados pessoais, tais como o número de CPF, o número do plano de saúde, o telefone ou, até mesmo, a biometria .

Contudo, tal prática é altamente questionável, à luz do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que sugere ao consumidor a concessão de um benefício que não deve estar relacionado ao uso dos seus dados pessoais.

2. O CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA E OS INTERESSES (OCULTOS) DOS CONGLOMERADOS EMPRESARIAIS

O capitalismo de vigilância é o mais novo termo para referenciar o sistema econômico, que molda as relações existentes na modernidade e emergiu com o avanço exorbitante das '*Big Techs*', como Alphabet (Google), Facebook, Amazon e Apple, desde o final do século XX.

[6] INTERFARMA. **Guia 2020 Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa**. Disponível em: <https://www.interfarma.org.br/app/uploads/2021/04/guia-2020.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2021.

Tais empresas foram capazes de criar demandas anteriormente não pensadas pela humanidade, isto é, produtos que nós nem mesmo precisaríamos ou estávamos pensando em sua existência são apresentados como sendo de grande potencial revolucionário, seja no ponto de vista do suposto ganho de tempo ou da praticidade.

Essa construção se deu através dos grandes investimentos no recolhimento e tratamento de dados dos usuários, como quantas vezes determinado indivíduo acessa a internet e sites específicos; o que pesquisam e suas preferências de compras e vínculos institucionais.

E assim, com o uso cotidiano da internet por bilhões de usuários (cerca de 51% do mundo está conectado)[7] é possível constatar o fenômeno "*Data Exhausts*", sendo aquele rastro de dados deixado por indivíduos acessando sites e aplicativos, formando os "cookies". Posteriormente, estes são indicados como uma ferramenta de melhora de performance no desempenho dos usuários.

É dessa maneira, portanto, que ocorrem as capturas de dados, o usuário cede suas informações em troca de recomendações e descontos nos produtos apresentados. E assim, as empresas de tecnologia acabam avançando, dia após dia, nas relações públicas e privadas, se consolidando no mercado de consumo.

Mais usuários produzem mais "*Data Exhausts*", que, por sua vez, melhoram o valor preditivo das análises e resultam anúncios mais lucrativos frente às plataformas de pesquisas, empresas de tecnologia e as gigantes do varejo online[8]. Estabelecendo, assim, um efeito cascata, fortalecendo o "*imperialismo de infraestrutura*"[9], definido por Siva Vaidhyanathan como aquele processo no qual é

[7] VALENTE, Jonas. **Quase metade do planeta ainda não tem acesso à internet, aponta estudo**. Agência Brasil Economia, Brasília, 28 set. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-09/quase-metade-do-planeta-ainda-nao-tem acesso-internet-aponta-estudo>. Acesso em: 12 jul. 2021.
[8] ZUBOFF, *Shoshana*. **Big Other: Capitalismo de Vigilância e perspectivas para uma civilização de informação**. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 20.
[9] VAIDHYANATHAN, S. **The googilization of everything.** Berkeley, University of California Press, 2011.

mais vantajoso para as "*Big Techs*" enfrentarem multas milionárias do que parar suas operações ilegais e/ ou abusivas.

A própria Google declarou, por meio de depoimento de seu CEO, a ocorrência do vasto compartilhamento dos dados de pesquisa de todos os usuários com agências governamentais e instituições públicas de segurança[10]. Dessa maneira, poderia haver uma flexibilização de direitos fundamentais, tais como os direitos à vida privada e à intimidade, conforme foi constatado na pesquisa realizada pela The Gallup Organization[11].

Cerca de 70% dos indivíduos que participaram dessa pesquisa aceitaram o monitoramento de seus dados por agências governamentais sob o argumento da proteção à ataques terroristas, desde que tal controle fosse realizado com certas condições, mas muitos aceitaram que fossem feitos sem qualquer parâmetro.

Em contrapartida, a humanidade também foi cedendo cada vez mais espaço e liberdade ao ramo privado, seja fornecendo autorizações de "*cookies*" nos navegadores e sites, CPF e seu plano de saúde para as lojas ou até mesmo dados acerca de convicção religiosa e orientação sexual, esses últimos enquadrados como sendo dados sensíveis pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

É cedido, portanto, de forma muito menos cuidadosa, espaço aos conglomerados empresariais, que captam os dados dos clientes para a geração direta ou indireta de renda, seja através da recomendação de produtos específicos de acordo com cada perfil, seja com o compartilhamento das informações para as "empresas parceiras".

---

[10] NEWMAN, Jared. **Google's Schimidt Roasted for Privacy Comments**. PC Word, 11 dez. 2009. Disponível em: <https://www.pcworld.com/article/184446/googles_schmidt_roasted_for_privacy_comments.html>. Acesso em 13 jul. 2021.

[11] UNIÃO EUROPEIA. Comissão das Comunidades Europeias. Flash Eurobarometer Series n.º 225, **Data Protection in the European Union — Inquérito à Percepção dos Cidadãos, conduzido pela Direcção - Geral Justiça, Liberdade e Segurança**, 2008. Disponível em: <https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2008)594&lang=pt>. Acesso em: 13 jul. 2021.

O que ocorre, desse modo, é a busca de forma constante de informações sobre todos os indivíduos e suas práticas sociais, visando o lucro em sobreposição da liberdade e o livre convencimento. Isto é, objetiva a erradicação do próprio mercado e da concorrência.

A tutela dos direitos dos consumidores precisa também ser considerada, na economia de mercado, diante dos interesses econômicos dos fornecedores... Porém, nesta nova modalidade de capitalismo, o de vigilância, o consumidor perde sua opção de escolha, uma vez que está tão enviesado e direcionado pelas empresas, conhecedoras das formas de consumo dos usuários mais que os próprios indivíduos.

Nesse mesmo contexto, tem-se o tratamento dos dados de usuários, que ocorrendo de forma combinada pode ser fortes aliado à discriminação creditícia[12] ou vinculando planos de saúde com valores mais elevados aos públicos que consomem mais medicamentos nas farmácias. E assim, os dados pessoais se tornam uma moeda extremamente rentável.

3. O CONTEXTO EVOLUTIVO DA PROTEÇÃO DE DADOS: SISTEMA EUROPEU E BRASILEIRO

A matéria que permeia toda a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira foi importada da legislação alemã, principalmente do Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR), que consolidou o tema na Europa. Mas, foi o Ato de Proteção de Dados de Hesse (*Hessiches Datenschutzgesetz)*[13], de 1970, considerado o pioneiro no assunto de proteção de dados pessoais dos indivíduos contra possíveis abusos.

---

[12] RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. **O direito fundamental à proteção de dados: vigilância, privacidade e regulação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 017.

[13] UNIÃO EUROPEIA. **Lei Hessen de Proteção de Dados e Liberdade de Informação**, 13 out. 1970. Disponível em: <https://www.rv.hessenrecht.hessen.de/bshe/document/jlr-DSIFGHErahmen>. Acesso em: 17 jul. 2021.

A produção de proteções aos dados pessoais começou a ser desenvolvida, na Comunidade Europeia, um pouco antes da década de 1950, mesmo que de forma embrionária, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 12[14], no ano de 1948. Assim como o artigo 8[15], da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 1950.

Após a revolução do mercado tecnológico e o avanço no recolhimento e tratamento de dados pessoais emergiu a necessidade de legislação mais taxativa acerca do tema. Nasce, portanto, a primeira geração das leis sobre privacidade dos dados pessoais, versando de maneira mais direta a respeito dos dados pessoais do que as legislações produzidas na década de 1950.

A primeira geração, todavia, não foi assertiva no que diz respeito à tutela da privacidade por uma entidade governamental, de forma que o sistema não conseguiu suportar a multiplicação dos dados frente ao avanço constante da tecnologia, não respondendo mais aos propósitos sociais e sendo totalmente inoperante como legislação[16].

Importantes foram as leis de segunda geração, durante a segunda metade da década de 1970, liderada pela Lei de Informática, Arquivos e Liberdades da França, em 1978[17]. Os esforços, então, foram direcionados para a regulamentação das autorizações de bancos de dados, suplementação de direitos e garantias

---

[14] Dispõe o referido artigo: "*Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques*".

[15] Dispõe o referido artigo: "*Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros*

[16] DONEDA, Danilo. **Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8196-8195-1-PB.htm. Acesso em: 15 jul. 2021

[17] FRANÇA. **La loi 78-17 - Informatique et Libertés**, de 6 de janeiro de 1978. Disponível em: https://www.cnil.fr/fr/la-loi-informatique-et-libertes. Acesso em: 15 jul. 2021.

fundamentais existentes nas legislações basilares, assim como para melhorar as definições dos institutos presentes nas legislações anteriormente desenvolvidas.

A terceira geração, por outro lado, conseguiu de forma mais objetiva e descentralizada - assim como é a internet - tratar acerca do tema. Com início na década de 1980 e se estendendo ao longo de 1990, foi visto a grande proliferação dos bancos de dados e a introdução da comercialização massiva dos computadores e posteriormente de telefones pessoais com acesso à rede.

Com a aprovação em 1981 da Convenção nº 108[18] pelo Conselho da Europa para a Proteção de Dados das Pessoas Singulares, foi possível normatizar o primeiro instrumento internacional voltado para a proteção de dados, visando garantir direitos e liberdade fundamentais, especialmente a vida privada.

Esse instrumento foi inserido mediante um contexto evolutivo das proteções de dados, principalmente em decorrência da Sentença da Lei do Censo (*Volkszählungsurteil*), no ano de 1983, que reconheceu o direito à autodeterminação informativa e declarou como inconstitucional a lei que permitia o Estado alemão realizar o tratamento de dados sem que os cidadãos pudessem decidir qual a real destinação de suas informações.

No contexto brasileiro, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito fundamental à autodeterminação informativa, após propostas as 'ADIs' 6387, 6388, 6389, 6390, 6393. Tal decisão foi semelhante à alemã (*Volkszählungsurteil*). As Ações tinham por objetivo impedir a Medida Provisória nº 954/2020, que dispôs sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para o monitoramento da pandemia de Covid-19, através do acesso ao número de telefone e respectivo endereço residencial dos brasileiros (pessoas naturais e jurídicas).

[18] UNIÃO EUROPEIA. **Convenção 108 do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas Singulares**. 28 de janeiro de 1981. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_4.2.8.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2021.

Portanto, a proteção de dados pessoais é mais ampla e mais específica que a privacidade[19], sendo necessário maior abrangência de sua tutela pelo Estado, visando também a proteção dos indivíduos contra ele próprio, que se deu a partir do desenvolvimento de políticas mais concisas, como a Convenção nº 108, a '*Volkszählungsurteil*' e a decisão brasileira acerca das ADIs supracitadas.

A Convenção foi alterada por diversos outros textos normativos de iniciativa legislativa, assim como tratativas no âmbito do Poder Judiciário visando aperfeiçoar o tema. Foi em 1995 que a Diretiva Comunitária 95/46 da Comissão das Comunidades Europeias[20] regulamentou a livre circulação dos dados pessoais dos usuários e estabeleceu a criação de códigos nacionais que tratassem de maneira mais incisiva sobre o tema.

Mas, apenas em 2016 ocorreu a unificação da matéria no âmbito europeu, seguida por diversos avanços, com a aprovação do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais (GDPR), que entrou em vigor no ano de 2018 em toda a Comunidade Europeia. E no mesmo sentido das inovações, o Brasil aprovou a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), no ano de 2018, com a entrada em vigor de forma integral em 1º de agosto de 2021.

Tais legislações focam nos direitos dos usuários, reforçam garantias e liberdades fundamentais e tornam-se base para todo o processo evolutivo da internet [Big Data], no século XXI, com proteção aos usuários. Não bastaria, portanto, apenas a previsão constitucional acerca da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem dos indivíduos como se tem no artigo 5º, inciso X da CF/ 1988.

---

[19] DE HERT, Paul; GUTWIRTH, Serge. **Data protection in the case law of Strasbourg and Luxemburg: Constitutionalisation in action**. Brussels: Springer, 2009. p. 4. Disponível em: <https://works.bepress.com./serge_gutwirth/10/>. Acesso em: 16 jul. 2021.

[20] UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva Comunitária nº 95/46 da Comissão das Comunidades Europeias.** Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0045>. Acesso em: 30/07/2021.

A Lei Geral de Proteção de Dados pretende, portanto, disciplinar o tratamento de dados pessoais, com o objetivo de promover direitos, tais como o da liberdade de expressão e de comunicação, à privacidade, honra, à imagem, à autodeterminação informativa e ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2º).

Dentre esses merece enfoque o já citado direito à autodeterminação informativa, cuja construção é oriunda do direito alemão, e corresponde ao "direito dos indivíduos decidirem por si próprios quando e dentro de quais limites seus dados pessoais poderão ser utilizados"[21]. Dessa forma, a disciplina da proteção de dados consagra o poder que os indivíduos têm sobre os seus próprios dados, capazes de definir quando, como e por quem eles serão tratados.

As operações de tratamento de dados consistem nos seguintes aspectos: "coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração" de dados pessoais (art. 5º, inciso X).

Para isso, a lei traz definições a respeito dos chamados "dados pessoais", que consistem em qualquer tipo de "informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável" (art. 5º, inciso I). Há, por sua vez, dados que merecem mais atenção e proteção, os chamados dados pessoais sensíveis, que correspondem a um tipo de "dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural" (art. 5º, inciso II).

[21] RODRIGUEZ, Daniel; RUARO, Regina. **O direito à proteção de dados pessoais na sociedade da informação**. Revista de Direitos, Estado e Sociedade, v. 36, p. 191 - 192, 12 jan. 2011. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/212/191>. Acesso em: 16 jul. 2021.

A tutela dos dados pessoais é orientada por princípios previstos na lei, a saber: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas (art. 6º). Destaca-se, entre esses, o princípio da finalidade, o princípio da não discriminação e o princípio da necessidade.

Conforme expõe Caitlin Mulholland, pelo princípio da finalidade, "os dados devem ser tratados para determinados propósitos, que devem ser informados ao titular de dados previamente, de maneira explícita e sem que seja possível a sua utilização posterior para outra aplicação"[22]. Por esse princípio, restringe-se, portanto, a transferência de dados pessoais a terceiros, salvo se consentido pelos titulares.

O princípio da não discriminação, por sua vez, busca vedar o tratamento de dados pessoais para fins discriminatórios, quando ilícitos ou abusivos. Tutela-se, portanto, a igualdade material.

Acerca desse aspecto, duas considerações são importantes. A primeira delas é que a lei admite o tratamento de dados que gere discriminação entre os indivíduos, desde que essa discriminação seja legítima, e não abusiva. A segunda consideração é que uma informação não possui valor por si mesma, mas quando inserida dentro de um determinado contexto ou associada a outras informações, pode apresentar grande risco à igualdade entre os indivíduos. Nas palavras de Stefan Rodotà:

> "A necessidade da igualdade, muitas vezes determina uma maior transparência da esfera econômica privada, mas por vezes produz uma tutela mais forte da privacidade. Certas informações pessoais, quando coletadas em conjunto com outros, pode gerar discriminações entre os cidadãos. Mais que de tutela da privacidade, nestes casos se deve falar de defesa do princípio da igualdade."[23]

---

[22] MULHOLLAND, C. S. **Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/18)**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 19, n. 3, p. 164, 29 dez. 2018. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603>. Acesso em: 16 jul. 2021.

[23] RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje.** Trad. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 79

Pelo princípio da necessidade, a Lei Geral de Proteção de Dados estabelece que somente podem ser tratados aqueles dados pessoais que são efetivamente necessários à finalidade pretendida. Nesse sentido, não pode haver um excesso dos dados pessoais tratados em relação à finalidade explicitada por quem realiza o tratamento de dados.

Quando respeitados esses princípios, a disciplina legal de proteção de dados admite o tratamento de dados pessoais em dez hipóteses, denominadas como bases legais. Quando amparado por uma base legal, e sem violar um dos princípios orientadores, o tratamento de dados pessoais é legítimo.

As bases legais da lei estão divididas em dois artigos. O artigo 7º é dedicado às bases legais para o tratamento de dados pessoais em geral (exceto os dados sensíveis), enquanto que o artigo 11º é dedicado às bases legais para o tratamento de dados pessoais sensíveis.

As bases legais para o tratamento de dados pessoais em geral são: (I) Consentimento do titular; (II) Cumprimento de obrigação legal ou regulatória; (III) Tratamento pela administração pública; (IV) Realização de estudos e de pesquisa; (V) Execução ou preparação contratual; (VI) Exercício regular de direitos; (VII) Proteção da vida e da incolumidade física; (VIII) Tutela de saúde do titular; (IX) Legítimo interesse; e (X) Proteção de crédito (art. 7º).

Os dados pessoais sensíveis, por sua vez, podem ser tratados quando o seu titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas. É possível o tratamento de dados pessoais sensíveis sem consentimento, quando ele for indispensável para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória, para o tratamento pela administração pública, para a realização de estudos e de pesquisa, para o exercício regular de direitos, para a proteção da vida e da incolumidade física, para a tutela de saúde do titular ou, por fim, para a garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular nos

processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos (art. 11º).

4. O TRATAMENTO DE DADOS FEITO PELAS FARMÁCIAS À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Tem se tornado uma prática comum no varejo farmacêutico a coleta de certos dados pessoais, para que o consumidor realize um cadastro e passe a receber descontos na compra de medicamentos. Dessa forma, questiona-se se o tratamento desses dados, tais como o número de CPF, o número do plano de saúde ou até mesmo a biometria, estaria de acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados.

Tal questão deve ser analisada à luz da principal base legal da legislação de dados, o consentimento, bem como à luz dos princípios orientadores do tratamento de dados.

Nesse sentido, o art. 5º, inciso XII, define o conceito de consentimento, que também encontra previsão no art. 7º, inciso I (dados pessoais), assim como no art. 11, inciso I (dados pessoais sensíveis). Para a lei, o consentimento hábil para autorizar o tratamento de dados, deve ser livre, expresso, inequívoco e específico para a finalidade a que se destina o tratamento.

O consentimento livre é aquele declarado sem quaisquer interferências. No caso das farmácias, os consumidores são exigidos a fornecerem seus dados pessoais, em troca de obter certos descontos. Quando é ofertado ao consumidor a possibilidade de pagar um determinado valor, ou pagar um valor muito menor, em troca de alguns dados, não se está diante de uma escolha livremente manifestada, principalmente considerando os altos preços dos medicamentos brasileiros.

O consentimento deve ser informado e específico acerca da finalidade a que se destina o tratamento de dados. E assim, o atendimento ao princípio da

finalidade, pautado na LGPD em seu artigo 6º, estabelece a especificação dos propósitos da coleta, de modo que se conclua pela posterior congruência de seu uso aos motivos previamente expostos, constituindo norte fundamental à proteção de dados pessoais e também a dignidade da pessoa humana[24].

É ainda preciso se perguntar se os dados coletados pelas farmácias seriam simples ou sensíveis. Pela definição fornecida pela lei, dados como o número do CPF ou do plano de saúde, quando isolados, são dados pessoais simples, destinados apenas à identificação. Entretanto, quando esses dados são associados ao consumo de medicamentos adquiridos pelo consumidor ao longo do tempo, é possível compor um quadro de saúde de cada consumidor. Os dados, inseridos nesse contexto, alcançam o patamar de "dados referentes à saúde", e se tornam dados pessoais sensíveis (art. 5º, II).

Dessa forma, dados pessoais isolados que não constituem qualquer dano ao consumidor passam a ser um afronte aos seus direitos fundamentais instituídos pela Constituição e (re)positivados na Lei Geral de Proteção de Dados.

Deve existir também uma preocupação quanto à violação do princípio da não discriminação (art. 6, IX). O princípio foi definido pela própria legislação como sendo a "impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos", com o objetivo de prover respaldos aos tratamentos de dados dos diversos usuários. Nesse sentido, não poderia uma rede de farmácia vincular, por exemplo, o CPF de determinado consumidor – que adquire com frequência medicamentos para dores de cálculo renal – a um preço consequentemente maior àqueles remédios.

O número do plano de saúde, por exemplo, quando vinculado ao número de remédios adquiridos, se compartilhado com as empresas de plano de saúde, poderia provocar uma violação abusiva à igualdade, na medida em que as

[24] RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. **O direito fundamental à proteção de dados: vigilância, privacidade e regulação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 126 - 127.

empresas poderiam cobrar um valor superior de reajuste a indivíduos que, sabidamente, demonstram ter uma saúde mais fragilizada.

A legislação brasileira também elegeu como um dos pilares, tal como na construção germânica, o direito à autodeterminação informativa (*Informationelle Selbstbestimmung*), em seu artigo 2º. Como já disposto nesta argumentação, tal fundamento se baseia no controle que determinado indivíduo tem sobre seus dados, podendo decidir de forma ampla e a qualquer momento acerca de sua coleta, armazenamento, tratamento, vinculação, transmissão e exclusão.

O mesmo acontece com o recolhimento da biometria pelas empresas farmacêuticas, que vêm adotando tal prática com o objetivo de confirmar o consentimento dos seus clientes em programas de fidelidade para obtenção de descontos. Segundo Danilo Doneda, nos países europeus e na América do Norte a utilização de tecnologia biométrica é amplamente rejeitada[25]. Por outro lado, em países da América Latina, a aceitabilidade na utilização de tecnologias deste porte no cotidiano está diretamente relacionada com a uma suposta "superação do atraso".

Mesmo quando o tratamento de dados biométricos é consentido pelo consumidor, tem-se uma violação ao princípio da necessidade. Pelo princípio, somente podem ser tratados aqueles dados pessoais que são efetivamente necessários à finalidade pretendida. Não se admite a possibilidade de haver um excesso dos dados pessoais tratados em relação à finalidade explicitada por quem realiza o tratamento de dados.

Não se mostra plausível a coleta da biometria do consumidor com a única finalidade de confirmar seu consentimento em programas de fidelidade para obtenção de descontos. As farmácias devem recorrer a outras alternativas para

[25] DONEDA, Danilo; KANASHIRO, Marta. **The New Brazilian Identification System: Unique Features of a General Transformation**. Surveillance and Society. 2012. Disponível em: <https://ojs.library.queensu.ca/index.php/surveillance-and-society/article/view/Brazil_ID/Brazil_ID>. Acesso em: 23 jul. 2021.

obter um consentimento válido, uma vez que a biometria consiste, por si só, em um dado pessoal sensível, cujo tratamento ilegítimo pode provocar severos danos à privacidade e à dignidade dos consumidores.

A preocupação acerca da proteção de dados no mercado farmacêutico cresceu recentemente, principalmente considerando que a LGPD somente entra plenamente em vigor em agosto de 2021. Acontece que a aplicação das multas visando a proteção dos dados pessoais já pode ser percebida - mesmo que não sejam decorrentes da Lei Geral – tal como aconteceu no mês de julho de 2021, quando o Procon/ MT aplicou multa no montante de R$ 572.680,71 à rede de farmácias Raia/ Drogasil.

O motivo para a aplicação de determinada multa foi em razão da empresa oferecer descontos nas compras para justificar um suposto (re)cadastro dos usuários. Neste novo cadastro, o cliente deveria fornecer sua digital e, sem saber, estaria concordando com o tratamento de seus dados, isto é, com o uso e compartilhamento. Sendo assim, os funcionários apenas selecionavam a opção 'aceito' nos itens sobre o consentimento para o uso de dados e pediam que o cliente confirmasse com a digital"[26]. Tal prática, à luz da LGPD, é amplamente vedada, uma vez que não se trata de um consentimento expresso e informado.

Além disso, o Estado de São Paulo sancionou o Projeto de Lei nº 1212/ 2019[27], no ano de 2020, proibindo farmácias e drogarias de exigir o CPF do consumidor no ato da compra sem informar a real necessidade e finalidade. Além disso, a lei obriga que estes estabelecimentos exponham de maneira clara e visível por meio de placas e banners acerca de tal recolhimento, visando coibir ingerências.

---

[26] PROCON ASSESSORIA. **Procon Estadual multa rede de farmácias por infração à Lei de Proteção de Dados Pessoais.** Mato Grosso, 13 jul. 2021. Disponível em: <http://www.procon.mt.gov.br/-/17501890-procon-estadual-multa-rede-de-farmacias-por-infracao-a-lei-de-protecao-de-dados-pessoais>. Acesso em: 23 jul. 2021.

[27] SÃO PAULO. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei 1.212/ 2019**. Dispõe sobre as farmácias e drogarias na exigência do CPF do consumidor no ato da compra. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000310757>. Acesso em: 23 jul. 2021

Essa é a tendência para o tratamento de dados pessoais pelos grupos farmacêuticos, pautada na devida cautela e restrição, a fim de impedir a violação aos dados pessoais dos consumidores. O que se observa, portanto, é, em regra, a ilegalidade do tratamento de dados pessoais pelas farmácias, quando sua finalidade é unicamente a concessão de descontos, uma vez que tal prática vai de encontro com os princípios da LGPD, tais como o da finalidade, da não-discriminação e da necessidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo analisou os principais aspectos da Lei Geral de Proteção de Dados que tutelam o direito do consumidor, diante do tema objeto de estudo. Inicialmente foi proposto a análise acerca da nova Sociedade de Consumo, também denominada de "Sociedade de Vigilância", que possui pautas econômicas e viabiliza o controle pelos conglomerados empresariais, tais como do ramo farmacêutico.

O Direito Comparado foi utilizado para compreender as principais contribuições na proteção dos dados, principalmente as que dizem respeito aos Direitos Fundamentais reconhecidos pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht)*, a sua evolução desde 1950 e a sua influência na legislação brasileira, com o ingresso da LGPD.

Com os casos práticos analisados, foi possível perceber o quão necessárias são as construções doutrinárias, legislativas e jurisprudências acerca da devida tutela aos direitos à proteção de dados pessoais frente à evolução tecnológica presenciada atualmente, com o efeito de fazer valer os direitos e garantias fundamentais sustentadas por nossa Constituição Federal.

A Lei Geral de Proteção de Dados promete, portanto, fazer com que várias práticas consumeristas sejam reanalisadas, à luz da proteção de dados. Dentre essas está a coleta de dados pessoais pelas empresas do ramo farmacêutico com

o pretexto de se conceder descontos. O que se observa é que tal prática não encontra amparo na LGPD, por violar os pressupostos fundamentais da lei, tais como os princípios da finalidade, da não-discriminação e da necessidade. É preciso, portanto, que práticas como estas sejam coibidas, em prol dos direitos e garantias fundamentais dos consumidores, o que já tem sido feito, vide a lei municipal de São Paulo e a condenação no Procon, que dão adequada tratativa à questão.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2008.

DE HERT, Paul; GUTWIRTH, Serge. **Data protection in the case law of Strasbourg and Luxemburg: Constitutionalisation in action**. Brussels: Springer. 2009. p. 4. Disponível em: <https://works.bepress.com./serge_gutwirth/10/>. Acesso em: 16 jul. 2021.

DONEDA, Danilo. **Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8196-8195-1-PB.htm. Acesso em: 15 jul. 2021.

DONEDA, Danilo; KANASHIRO, Marta. **The New Brazilian Identification System: Unique Features of a General Transformation**. Surveillance and Society. 2012. Disponível em: <https://ojs.library.queensu.ca/index.php/surveillance-and-society/article/view/Brazil_ID/Brazil_ID>. Acesso em: 23 jul. 2021.

FRANÇA. **La loi 78-17 - Informatique et Libertés**, 6 jan. 1978. Disponível em: https://www.cnil.fr/fr/la-loi-informatique-et-libertes. Acesso em: 15 jul. 2021.

INTERFARMA. **Guia 2020 Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa**. Disponível em: <https://www.interfarma.org.br/app/uploads/2021/04/guia-2020.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2021.

NEWMAN, Jared. **Google's Schimidt Roasted for Privacy Comments**. PC Word, 11 dez. 2009. Disponível em: <https://www.pcworld.com/article/184446/googles_schmidt_roasted_for_privacy_comments.html>. Acesso em 13 jul. 2021.

MULHOLLAND, C. S. **Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/18)**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 19, n. 3, p. 164, 29 dez. 2018. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603>. Acesso em: 16 jul. 2021.

PROCON ASSESSORIA. **Procon Estadual multa rede de farmácias por infração à Lei de Proteção de Dados Pessoais.** Mato Grosso, 13 jul. 2021. Disponível em: <http://www.procon.mt.gov.br/-/17501890-procon-estadual-multa-rede-de-farmacias-por-infracao-a-lei-de-protecao-de-dados-pessoais>. Acesso em: 23 jul. 2021.

RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. **O direito fundamental à proteção de dados: vigilância, privacidade e regulação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2021.

RODRIGUEZ, Daniel; RUARO, Regina. **O direito à proteção de dados pessoais na sociedade da informação**. Revista de Direitos, Estado e Sociedade, v. 36, p. 191 – 192, 12 jan. 2011. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/

view/212/191>. Acesso em: 16 jul. 2021.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje.** Trad. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei 1.212/ 2019**. Dispõe sobre as farmácias e drogarias na exigência do CPF do consumidor no ato da compra. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000310757>. Acesso em: 23 jul. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão das Comunidades Europeias. Flash Eurobarometer Series n.º 225, **Data Protection in the European Union — Inquérito à Percepção dos Cidadãos, conduzido pela Direcção - Geral Justiça, Liberdade e Segurança**. 2008. Disponível em: <https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2008)594&lang=pt>. Acesso em: 13 jul. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **Convenção 108 do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas Singulares**. 28 jan 1981. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_4.2.8.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva Comunitária nº 95/46 da Comissão das Comunidades Europeias.** Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0045>. Acesso em: 30/07/2021.

UNIÃO EUROPEIA. **Lei Hessen de Proteção de Dados e Liberdade de Informação**, 13 out. 1970. Disponível em: <https://www.rv.hessenrecht.hessen.de/bshe/document/jlr-DSIFGHErahmen>. Acesso em: 17 jul. 2021.

VAIDHYANATHAN, S. **The googilization of everything.** Berkeley, University of California Press. 2011.

VALENTE, Jonas. **Quase metade do planeta ainda não tem acesso à internet, aponta estudo**. Agência Brasil Economia, Brasília, 28 set. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-09/quase-metade-do-planeta-ainda-nao-tem acesso-internet-aponta-estudo>. Acesso em: 12 jul. 2021.

ZUBOFF, *Shoshana*. **Big Other: Capitalismo de Vigilância e perspectivas para uma civilização de informação**. São Paulo: Boitempo. 2018. p. 20.

BIG DATA NA ÁREA DA SAÚDE: O DILEMA ENTRE O USO DOS GRANDES DADOS E O DIREITO À PRIVACIDADE DOS PACIENTES

Jader Barbosa Moreira Filho[1]
Amanda Cristina Carvalho Faustino[2]

RESUMO: A Era Digital juntamente às novas tecnologias permitiram uma verdadeira revolução no que diz respeito à informação e seus usos. Os inúmeros benefícios proporcionados por esse novo contexto fez com que novos desafios também surgissem. Nessa esteira, *Big Data* tornou-se fundamental no cenário contemporâneo, todavia, também trouxe consigo desafios em relação à sua utilização, principalmente na área da saúde. Destarte, o objetivo deste trabalho consiste em demonstrar, por meio do método descritivo e da análise de casos concretos, que, apesar dos benefícios, o uso dessa tecnologia apresenta riscos à privacidade dos pacientes e dos titulares de dados no setor da saúde. Em um primeiro momento, destaca-se as principais características (volume, variedade e velocidade) do Big Data e sua utilização na saúde em três áreas potenciais: medicina de precisão, prontuários eletrônicos e internet das coisas. A seguir, é feita uma análise acerca de seu uso no Brasil, no contexto da pandemia de Covid-19. Ademais, são apresentados os riscos e as implicações no que diz respeito à privacidade dos pacientes: tratamento inadequado dos dados médicos, falta de controle de acesso, desanonimização e reidentificação de pessoas, perda de controle dos próprios dados, invasão e ataques *hackers*.

PALAVRAS-CHAVE: *Big Data*; privacidade; saúde.

INTRODUÇÃO

[1] Graduando em Direito pela Universidade Federal de Lavras.
[2] Graduando em Direito pela Universidade Federal de Lavras.

O *Big Data*, traduzido como grandes dados, diz respeito a uma grande quantidade de informações que podem ser relacionadas entre si, gerando inúmeros resultados e possibilidades de análise. Suas peculiaridades estão atreladas ao volume, à variedade e à velocidade com que esses dados são tratados. Dessa forma, a utilização pode ser feita em diversas áreas, contudo, o escopo deste trabalho é compreendê-lo no âmbito da saúde. Nesse viés, é necessário compreender que a utilização de *Big Data* gera uma série de benefícios no setor da saúde, tais como: o cruzamento, a interpretação, a contextualização e a análise de uma quantidade muito grande de dados. Esses benefícios podem ser identificados na medicina de precisão, na utilização de prontuários eletrônicos, na internet das coisas, no diagnóstico e no tratamento de enfermidades e em outras ferramentas e situações que serão abordadas ao longo do trabalho.

No Brasil, a utilização de grandes dados na saúde foi impulsionada e evidenciada devido à pandemia da Covid-19. Os altos índices da doença, bem como a necessidade de diagnósticos mais rápidos e tratamentos eficientes para os sintomas, evidenciaram a necessidade de uma ferramenta mais eficiente para atender a essas demandas. É nesse contexto que se destaca o *Big Data*, uma vez que possibilita maior rapidez na análise de dados e cuidados cada vez mais personalizados.

No entanto, não se pode ignorar os riscos - em especial à privacidade - que o uso dos grandes dados traz. Isso se justifica porque, hodiernamente, a esse direito da personalidade adquiriu contornos relacionados à proteção de dados pessoais. E, paradoxalmente, devido àquelas mesmas características dos grandes dados que podem trazer benefícios, os dados dos pacientes e dos titulares de dados na área da saúde estão em risco. Tratamento inadequado, falta de controle de acesso, desanonimização e reidentificação de pessoas, perda de controle, invasão e ataques *hackers*, são riscos praticamente inerentes à atividade de

tratamento de dados e que serão conceituados, exemplificados e relacionados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse ínterim, faz-se fundamental compreender como é feita a regulação desses dados no Brasil. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), que entrou em vigor em 2020, trata da regulação de dados em geral, dentre eles os da saúde. Destarte, a partir da análise e da exemplificação de cada um dos riscos à privacidade causados pelo *Big Data*, serão feitas considerações críticas, com fulcro na LGPD e na legislação vigente no país, acerca das implicações do uso de grandes dados na área da saúde. Após levantamento bibliográfico, o presente artigo visa a identificar os desafios para a garantia da privacidade dos pacientes e dos demais titulares de dados frente à utilização de *Big Data* na área da saúde no Brasil.

Assim, o artigo é estruturado em três tópicos, dentre os quais o terceiro será dividido em subtópicos, com a finalidade de explorar os riscos à privacidade dos pacientes e dos titulares de dados na área da saúde em contexto de *Big Data*. O primeiro busca apresentar uma compreensão do fenômeno *Big Data* e como ele funciona. O segundo tópico demonstra como a necessidade por respostas rápidas e eficientes fez com que o *Big Data* fosse fundamental no combate à pandemia da Covid-19, de modo a servir como impulso para o uso dessa ferramenta no Brasil. Por fim, o tópico três é precípuo para o objetivo deste trabalho, pois serão apresentados e exemplificados os riscos da problemática, bem como eles se relacionam com a LGPD. Isso tudo para que seja possível apresentar contribuições no que tange à identificação dos riscos e as suas implicações no mundo contemporâneo.

1. COMPREENSÃO DO FENÔMENO *BIG DATA*

Após a Terceira Revolução Industrial, em meados de 1980, a humanidade ingressou na chamada Era Digital. Esse contexto, repleto de novas tecnologias

como o computador, a internet e as redes sociais, possibilitou uma verdadeira revolução no que tange à informação e à sua utilidade. Nesse sentido, à medida em que o avanço tecnológico permite a captura e o armazenamento de grandes quantidades de dados gerados por mídias sociais, registros e sensores, torna-se possível também análises em escalas cada vez maiores de tais informações[3].

Nesse cenário, merece destaque o *Big Data*, que pode ser definido como uma quantidade de dados suficientemente grande que levou a uma considerável mudança nas formas tradicionais de análise, armazenamento e processamento de dados[4]. Assim, o fenômeno gerou uma considerável mudança nas formas tradicionais de análise, armazenamento e processamento de informações, fazendo com que *softwares* tradicionais de processamento não conseguissem acompanhar[5]. Logo, de forma simples e didática, pode ser entendido como a produção e o tratamento de uma quantidade incalculável de dados.

Além disso, *Big Data* possui algumas características peculiares que o tornam singular, são elas: volume, variedade e velocidade[6]. O volume diz respeito às grandes quantidades de dados provenientes das mais diversas fontes: mídias sociais, transações comerciais, informações de sensores, banco de dados, áudio, vídeo etc. A variedade refere-se às diferentes funções e formas de utilização que assume. Por exemplo, existem dados que podem ser utilizados para diagnosticar doenças, já outros têm como função prever tendências na economia. Por fim, a velocidade diz respeito ao rápido acesso aos dados e à realização de análises muito complexas num curto espaço de tempo[7].

---

[3] SKIENA, Steven S. **The Data Science Design Manual**. Universidade de Idaho, 2017. Stony Brook. Disponível em: https://bit.ly/2PcuUJn. Data de acesso: 20 abr. 2021.
[4] OXFORD ENGLISH DICTIONARY. Big, adj. and adv. **Oxford English Dictionary**, Oxford, 2015. Disponível em: https://bit.ly/3n801SD. Data de acesso: 20 abr. 2021.
[5] KAMPAKIS, Stylianos. **The Decision Maker's Handbook for Data Science**: a Guide for Non Tecnical Executives. London: Managers and Founders, 2020.
[6] Autores como Shu-Heng Chen, Francesco Correa, Nicholson Price e Miguel Kfouri Neto caracterizam o *Big Data* dessa maneira..
[7] SKIENA, Steven S. **The Data Science Design Manual**. Universidade de Idaho, 2017. Stony Brook. Disponível em: https://bit.ly/2PcuUJn. Data de acesso: 20 abr. 2021.

Nessa perspectiva, cabe destacar que os dados assumiram uma função central no cenário econômico contemporâneo. Essa relevância ficou evidente em uma publicação de 2017 da revista britânica *The Economist* intitulada: "*The world's most valuable resource is no longer oil, but data*"[8]. Ademais, a publicação também ilustrou a concorrência entre grandes empresas do mercado tecnológico, as quais protagonizam disputas constantes pelo domínio dos dados de seus usuários. Dessa forma, *Big Data* funciona como uma espécie de combustível para o funcionamento dessas empresas.

Para se ter uma ideia, o *Twitter*, em 2020, ganhou 319 usuários por minuto[9], algo que corresponde, proporcionalmente, a aproximadamente 167 milhões e meio por ano. Para se cadastrar, esses usuários precisaram apresentar uma série de dados, como o nome, idade, e-mail etc. Além disso, as mais diversas formas de interação dentro da rede social também produzem uma infinidade de dados. Assim, pode-se ter uma pequena noção da quantidade de informações que circula e está disponível na conjuntura atual.

Para a manipular o *Big Data*, são utilizados algoritmos por meio de Inteligência Artificial (IA). Esses algoritmos têm como base o cálculo de uma probabilidade e, quando aplicados a um determinado número de dados, permitem a solução de problemas de classes semelhantes. Uma vez que são coletados, vinculados e analisados, ocorrem os chamados *insights*, ou seja, a compreensão de determinado fator dentro de um contexto específico[10]. Desse modo, a IA produz algum resultado, que dependerá da sua finalidade e do motivo para o qual tal tecnologia foi programada.

---

[8] PARKINS, David. The world's most valuable resource is no longer oil, but data. **The Economist**. Disponível em: https://econ.st/3rywRhN. Data de acesso: 18 jul. 2021.

[9] AZEVEDO, Alexandre. Você sabe qual é a quantidade de dados gerados a cada minuto? **Aunica Interactive Marketing**, São Paulo, 25 de agosto de 2020. Disponível em: https://bit.ly/3ga6oTJ. Data de acesso: 25 abr. 2021.

[10] SKIENA, Steven S. **The Data Science Design Manual**. Universidade de Idaho, 2017. Stony Brook. Disponível em: https://bit.ly/2PcuUJn. Data de acesso: 20 abr. 2021.

A título de exemplo, em caso hipotético, um hospital que possui um grande banco de dados de seus pacientes pretende fazer um levantamento sobre o impacto da gripe nos indivíduos ao longo de um ano. Desse modo, por meio de IA, as informações são vinculadas e são obtidos *insights* acerca do modo de agir daquela doença. Em outras palavras, pode-se gerar informações como os períodos do ano em que haverá picos de demanda, os locais onde serão necessários um maior número de especialistas, os custos com medicamentos e equipamentos para a doença, dentre outros.[11]

Com tamanha importância, não é de se espantar que o *Big Data* possa ser utilizado em inúmeras áreas do conhecimento, como Antropologia, Economia, Finanças, Geografia, História, Linguística, Ciência Política, Psicologia, Saúde Pública e Comunicação de Massa[12]. Em especial na saúde - escopo deste trabalho - o *Big Data* é uma tecnologia que, se usada de forma correta, pode gerar possibilidades e oportunidades no desenvolvimento nesta área. Por exemplo, a IA, por meio do processamento dos grandes dados, é capaz de diagnosticar uma doença com muito mais rapidez e eficiência que um médico[13], beneficiando, na maioria dos casos, a recuperação do paciente. Para uma melhor compreensão da utilidade do *Big Data* na saúde, é preciso analisar três áreas que já tem o seu espaço na realidade brasileira e que podem ser exploradas ainda mais: medicina de precisão (*precision medicine*); prontuários eletrônicos do paciente; e internet das coisas (*internet of things*)[14].

---

[11] QUALIREDE. Big Data e saúde: a tecnologia a favor da medicina. **Qualirede gestão em saúde**. Disponível em: https://bit.ly/379svEg. Data de acesso: 27 jul. 2021.

[12] CHEN, Shu-Heng; YOU, Tina. Big Data in Computational Social Science and Humanities: An introduction. In: CHEN, Shu-Heng. YU, Tina. **Big Data in Computational Social Science and Humanities**. Taipei: 2018. p. 1-25. Disponível em: https://bit.ly/3weg7y7. Data de acesso: 20 abr. 2021.

[13] CHIAVEGATTO FILHO, Alexandre Dias Porto. Uso de big data em saúde no Brasil: perspectivas para um futuro próximo. **Epidemiol Serv. Saúde**, Brasília, v. 24, n. 2, p.325-332. 2015. Disponível em: https://bit.ly/3wdjMMH. Data de acesso: 20 abr. 2021.

[14] CHIAVEGATTO FILHO, Alexandre Dias Porto. Uso de big data em saúde no Brasil: perspectivas para um futuro próximo. **Epidemiol Serv. Saúde**, Brasília, v. 24, n. 2, p.325-332. 2015. Disponível em: https://bit.ly/3wdjMMH. Data de acesso: 20 abr. 2021.

A medicina de precisão consiste numa modalidade de tratamento que tem como característica a utilização de dados assertivos e individualizados dos pacientes, buscando compreender aspectos genéticos que tornam cada indivíduo único, diferentemente da medicina em geral, que é baseada em grandes médias. Por exemplo, um estudo recente verificou que o uso de novos anticoagulantes orais diminui em 19% o risco de acidentes vasculares cerebrais e eventos embólicos sistêmicos[15]. Isso significa que numa amostra de 100 pessoas, 19 delas foram beneficiadas com o efeito completo do remédio. E, para o restante (81%), o medicamento não foi eficiente. É nesse sentido que se evidencia a importância da medicina de precisão: seu objetivo é fazer com que todas as pessoas recebam o medicamento correto, de acordo com a sua necessidade, de modo a produzir o efeito esperado[16]. Se o anticoagulante não foi eficaz para todos os pacientes, é fundamental identificar quais são esses indivíduos e as suas peculiaridades. E, para que isso ocorra, é necessário o aumento das amostras de pesquisa e a utilização de *Big Data*.

No que diz respeito aos prontuários dos pacientes, a realidade brasileira é marcada pela utilização de documentos de diferentes naturezas em cada unidade de saúde, na maioria das vezes impressos em papel. Além disso, mesmo em locais onde são utilizados os prontuários eletrônicos, não há um uso integrado entre diferentes estabelecimentos de saúde, não existindo a possibilidade dos dados de determinado estabelecimento serem acessados por outros profissionais em uma unidade distinta. Contudo, num futuro próximo, a tendência é que haja a

[15] RUFF, Christian T et. al. Comparison of the efficacy and safety of new oral anticoagulants with warfarin in patients with atrial fibrillation: a meta-analysis of randomised trials. **PubMed**, [s.l]. 2013. Disponível em: https://bit.ly/3naPC8P. Data de acesso: 20 abr. 2021.

[16] CHIAVEGATTO FILHO, Alexandre Dias Porto. Uso de big data em saúde no Brasil: perspectivas para um futuro próximo. **Epidemiol Serviço Saúde**, Brasília, v. 24, n. 2, p.325-332. 2015. Disponível em: https://bit.ly/3wdjMMH. Data de acesso: 20 abr. 2021.

integração desses prontuários eletrônicos, algo que, aliado à utilização de *Big Data*, pode ser efetivo no diagnóstico e no tratamento dos pacientes[17].

Já a *internet* das coisas *(internet of things)* diz respeito à possibilidade de objetos de uso diário (*smartwatches*, celulares, geladeiras, dentre outros) se conectarem à rede. Sendo assim, estes seriam capazes de produzir uma grande e variada quantidade de dados, que podem ser analisados e interpretados por meio da Inteligência Artificial para os mais diferentes fins, gerando benefícios concretos aos seus usuários. A título de exemplo, no caso de idosos, se houver um sensor conectado à Internet no chão da casa, a queda repentina da pessoa pode enviar um alarme automático para o cuidador do idoso e, em uma situação crítica, também pode enviar um alarme para o próprio sistema de saúde. Outra possibilidade é o uso de objetos conectados ao corpo conhecidos como *wearables*, que são capazes de identificar a iminência de infartos e acidentes vasculares antes mesmo que o indivíduo os sinta[18]. Dessa forma, inúmeros dados são gerados e, se processados por ferramentas de IA, podem fornecer *insights* sobre formas de prevenção das doenças e uma melhor compreensão de como elas afetam cada indivíduo.

Portanto, a utilização do *Big Data* na área da saúde é de grande valia para o avanço da medicina. Em síntese, essa tecnologia possibilita diagnósticos cada vez mais rápidos de doenças; tratamentos personalizados; intercâmbio de informações entre as unidades de saúde; monitoramento de comportamentos e de estilos de vida que podem causar doenças, dentre outras utilidades. Ademais, é importante ressaltar que não se esgotam aqui as possibilidades do uso de *Big Data* na saúde, haja vista que se trata de uma tecnologia em constante evolução.

---

[17] CHIAVEGATTO FILHO, Alexandre Dias Porto. Uso de big data em saúde no Brasil: perspectivas para um futuro próximo. **Epidemiol Serviço Saúde**, Brasília, v. 24, n. 2, p.325-332. 2015. Disponível em: https://bit.ly/3wdjMMH. Data de acesso: 20 abr. 2021.

[18] CHIAVEGATTO FILHO, Alexandre Dias Porto. Uso de big data em saúde no Brasil: perspectivas para um futuro próximo. **Epidemiol Serviço Saúde**, Brasília, v. 24, n. 2, p.325-332. 2015. Disponível em: https://bit.ly/3wdjMMH. Data de acesso: 20 abr. 2021.

No Brasil, a área da saúde já lidava com o aumento da quantidade de dados. Entretanto, as ferramentas disponíveis para a análise dessas informações eram (e, na maior parte, ainda são) insuficientes[19]. Assim, com o avanço da pandemia do novo coronavírus no país, surgiu a urgente necessidade de haver mecanismos e ferramentas suficientes para lidar com diagnósticos e busca por informações instantâneas.

2. COVID 19: A NECESSIDADE DE SOLUÇÕES RÁPIDAS IMPULSIONOU A UTILIZAÇÃO DO *BIG DATA*

Por definição, pandemias são epidemias que se espalham numa velocidade muito rápida e praticamente incontrolável por vários países[20]. A Covid-19, que teve seu primeiro caso notificado no Brasil em fevereiro de 2020[21], causou milhares de mortes no país e alterou radicalmente aquilo que se considerava uma vida "normal", impondo à população novos hábitos e mobilizações para o seu controle.

Foi nessa conjuntura que mecanismos de compreensão e contenção da doença começaram a surgir. Visto que, em um primeiro momento, seus sintomas, efeitos e tratamentos eram desconhecidos, houve a necessidade de se utilizar ferramentas mais sofisticadas e capazes de coletar, tratar e gerar informações com maior rapidez. Além disso, outro ponto que dificultou os resultados de exames e

[19] GALVÃO, Adriana Benício; VALENTIM, Ricardo Alexandro de Medeiros. Desafios para os Avanços da Análise de Big Data na Saúde. In: Grandes desafios em saúde digital - Simpósio Brasileiro de Computação Aplicada à Saúde (SBCAS), 2019, Niterói. Anais Estendidos do Simpósio Brasileiro de Computação Aplicada à Saúde. Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação, 2019. p. 155-160. Disponível em: https://bit.ly/31vufFi. Data de acesso: 20 abr. 2021. p. 2.

[20] SCHUELER, Paulo. **O que é uma pandemia**. Fiocruz, Rio de Janeiro, 14 de outubro de 2020. Disponível em: https://bit.ly/2Sivel5. Data de acesso: 25 abr. 2021.

[21] DRESCH, Daniel; OLIVEIRA, Kelly. **Primeiro caso de covid-19 no Brasil completa um ano**. Agência Brasil, Brasília, 26 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://bit.ly/3xga9Ng. Data de acesso: 25 abr. 2021.

pesquisas foi o contágio rápido da doença e a impossibilidade de realização de exames laboratoriais e presenciais[22].

Com todos esses empecilhos causados pela pandemia da Covid-19, o *Big Data* e a Inteligência Artificial, por contarem com volume, variedade e velocidade muito grandes de dados, tornaram-se uma alternativa interessante no que concerne às pesquisas, ao tratamento e aos diagnósticos da doença. Levando isso em conta, alguns países passaram a utilizar essas ferramentas para o combate à pandemia, visando à eficiência desses instrumentos.

Na China, um *software* com algoritmos de IA, o qual faz uso de *Big Data,* é capaz de diagnosticar a Covid-19 em poucos segundos, a partir da análise da tomografia de tórax. Essa ferramenta realiza, com aproximadamente 90% de taxa de precisão, a análise de uma imagem tomográfica em 15 segundos. Consegue, de forma quase instantânea, a partir disso, distinguir entre pacientes infectados com o novo coronavírus e aqueles com pneumonia comum ou outra doença. Isso representa uma grande vantagem no enfrentamento da pandemia, principalmente considerando que os radiologistas, sem a utilização dessas tecnologias, precisam, de cerca de 15 minutos para ler essas imagens de pacientes com suspeita de Covid-19[23].

No Brasil, os algoritmos de IA e o *Big Data* vinham sendo usados, mesmo que em menor escala, para o diagnóstico e combate a outras doenças. Desde 2017, tem sido utilizado, no Hospital Mãe de Deus em Porto Alegre-RS, o "*Watson for Oncology*", uma unidade exclusiva de IA da conceituada IBM (*International Business Machines*)[24]. Essa ferramenta cognitiva analisa as informações do

[22] KFOURI NETO, Miguel; SILVA, Rodrigo., NOGAROLI, Rafaella. Inteligência artificial e big data no diagnóstico e tratamento da COVID-19 na América Latina. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 14, n.1, p. 149-178. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3w8OV43. Data de acesso: 20 abr. 2021.

[23] KFOURI NETO, Miguel; SILVA, Rodrigo., & NOGAROLI, Rafaella. Inteligência artificial e big data no diagnóstico e tratamento da COVID-19 na América Latina. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 14, n.1, p. 149-178. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3w8OV43. Data de acesso: 20 abr. 2021.

[24] Empresa em escala global que desenvolve soluções em IA

prontuário médico de um paciente e, ao relacionar com evidências médicas (artigos científicos e estudos clínicos), apresenta possibilidades de tratamento para pacientes com câncer[25].

Diante das situações impostas pelo contexto pandêmico, o Brasil também passou a se valer do *Big Data* para combater o coronavírus. O Hospital de Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), numa parceria com o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações (MCTIC) e diversas empresas, utilizou o algoritmo da empresa chinesa Huawei, por meio da plataforma RadVid-19[26], buscando "coletar exames de raio-x e de tomografia computadorizada de casos confirmados ou suspeitos de Covid-19, tornando-se, assim, um grande repositório de casos no país"[27].

O Hospital Israelita Albert Einstein (HIAE) é outro exemplo de utilização de *Big Data* durante a pandemia. O grupo *Big Data Analytics* do HIAE foi desafiado pelo momento conturbado e enfrentou dificuldades principalmente no começo da pandemia. A pouca quantidade de informações em relação à doença foi um empecilho para a utilização de uma tecnologia que depende de grande volume de dados. Não obstante os desafios, as equipes hospitalares do grupo definiram estratégias operacionais para a análise de dados nesse período. Baseando-se no

---

[25] KFOURI NETO, Miguel; SILVA, Rodrigo., & NOGAROLI, Rafaella. Inteligência artificial e big data no diagnóstico e tratamento da COVID-19 na América Latina. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 14, n.1, p. 149-178. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3w8OV43. Data de acesso: 20 abr. 2021. p. 155.

[26] "O RadVid-19 é uma ação entre os radiologistas brasileiros apoiados pelo CBR para coletar exames de raio X e tomografia confirmados ou suspeitos de COVID-19. A plataforma é um repositório de casos de COVID no Brasil, feita por uma ação conjunta dos radiologistas brasileiros e será aberta para aplicação de inteligência artificial para auxílio à decisão clínica, com a finalidade de tornar este diagnóstico mais preciso e, no caso de tomografia, automatizar dados quantitativos do acometimento da doença." (**RadVid-19**. Disponível em: https://radvid19.com.br/. Data de acesso: 12 jul. 2021).

[27] KFOURI NETO, Miguel; SILVA, Rodrigo., & NOGAROLI, Rafaella. Inteligência artificial e big data no diagnóstico e tratamento da COVID-19 na América Latina. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 14, n.1, p. 149-178. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3w8OV43. Data de acesso: 20 abr. 2021.

modelo ágil de gestão de projetos, conseguiu apresentar soluções para os problemas enfrentados e aplicar as análises em *Big Data* com sucesso[28].

Desse modo, diante de um momento de extrema necessidade, o *Big Data* foi e tem sido fundamental para ajudar a combater a pandemia. Contudo, a utilização da ferramenta não pode se exaurir nisso, pois os benefícios, tanto para médicos quanto para pacientes são notáveis e podem ser aproveitados para além desse cenário. Diante disso, a tendência é que o escopo da medicina se expanda:

> Nesse novo cenário, os cuidados da saúde deixam de estar essencialmente limitados ao tratamento das patologias (tarefa jamais abandonada, por certo) e passam a ter como foco a adoção de medidas destinadas a prevenir doenças (medicina preventiva) ou possibilitar a antecipação do seu diagnóstico (medicina preditiva). No que tange ao trato pessoal, o paciente é atendido de maneira tendencialmente mais individualizada (e menos padronizada, portanto), com base nos seus dados genéticos e de saúde (medicina personalizada)[29].

O *Big Data* na área da saúde também mostra-se efetivamente com um grande potencial de monitorar e combater epidemias de influenza, popularmente conhecida como gripe, de modo a operar e explorar as características dos pacientes[30]. Por outro lado, a breve explanação desses exemplos do uso de Inteligência Artificial e do *Big Data* num contexto de pandemia da Covid-19, além de ilustrar a eficiência e os benefícios dessas ferramentas, também evidencia importantes debates jurídicos. É a partir disso que se torna importante identificar os riscos gerados ao direito à privacidade dos pacientes.

---

[28] JUNIOR, Edson Amaro et al. Utilização de Inteligência Artificial em Saúde: lições aprendidas durante o enfrentamento ao surto de COVID-19. **Panorama Setorial da Internet**. [s.l.], n. 2, ano 2, p. 1-10 , ago. 2020.

[29] KFOURI NETO, Miguel; SILVA, Rodrigo., & NOGAROLI, Rafaella. Inteligência artificial e big data no diagnóstico e tratamento da COVID-19 na América Latina. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 14, n.1, p. 149-178. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3w8OV43. Data de acesso: 20 abr. 2021. p. 152.

[30] GALVÃO, Adriana Benício; VALENTIM, Ricardo Alexandro de Medeiros. Desafios para os Avanços da Análise de Big Data na Saúde. In: Grandes desafios em saúde digital - Simpósio Brasileiro de Computação Aplicada à Saúde (SBCAS), 2019, Niterói. **Anais Estendidos do Simpósio Brasileiro de Computação Aplicada à Saúde.** Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação, 2019. p. 155-160. Disponível em: https://bit.ly/31vufFi. Data de acesso: 20 abr. 2021.

3. O BIG DATA E OS RISCOS AO DIREITO À PRIVACIDADE DE TITULARES DE DADOS NA ÁREA DA SAÚDE

Não obstante o avanço do *Big Data* e os seus benefícios na área da saúde, demonstrar-se-á que a sua utilização pode afetar o direito à privacidade de pacientes e de sujeitos envolvidos nesse âmbito. Em princípio, faz-se relevante compreender que esse direito ganhou contornos diferentes na conjuntura contemporânea. Por conta disso, sua regulação é feita de maneira ainda mais específica e complexa, refletindo, inclusive, na criação de legislações específicas para isso.

Concebido no modelo clássico como o "direito de ser deixado só"[31], o qual refere-se à proteção da esfera individual e da proteção à vida íntima, o direito à privacidade foi entendido por um longo período somente referente a essa tutela da vida privada. Devido à Era Digital e às inovações dela advindas, este direito transcendeu a esfera da intimidade e passou a abranger a circulação dos dados pessoais. Nesse contexto, informações relacionadas à identificação do sujeito passaram a ser compreendidas como parte da esfera da privacidade, de modo que passa a ser definida como um direito ao controle do tratamento dos próprios dados pessoais[32].

No ordenamento jurídico brasileiro, esse direito está previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal[33] e no art. 21 do Código Civil[34]. Contudo, como aponta Anderson Schreiber[35], essa norma diz muito pouco para seu tempo, haja vista que

---

[31] BODIN DE MORAES, Maria Celina; QUEIROZ, João Quinelato. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, ano 20, 2019. p. 117.
[32] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
[33] 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.
[34] 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.
[35] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

o legislador teve como foco a definição clássica de privacidade, ao invés de se preocupar com as novas características pertencentes a esse direito. Por mais que o Código Civil tenha sido aprovado em 2002, o seu projeto data da década de 1970 e, por conta disso, não engloba direitos e desenvolvimentos desse grande intervalo de tempo[36]. Destarte, a tutela da privacidade na Era Digital, marcada por tecnologias como o Big Data, possuía lacunas. É por esses fatores que o legislador percebeu a necessidade da criação de lei específica para a temática.

A Lei nº 13.709/2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), é fruto do contexto da sociedade da informação, sendo uma necessidade frente aos desafios que as novas tecnologias têm apresentado. Inspirada e influenciada pela lei europeia de proteção de dados, a *General Data Protection Regulation* (GDPR), que entrou em vigor em 2018, a LGPD possui um entendimento singular no que se refere à regulação dessa temática. Nesse sentido, a lei brasileira, que começou a ter vigência em setembro de 2020, trouxe aspectos inovadores para a proteção de dados pessoais no cenário do país.

Na Lei, um ponto que reflete e exemplifica esses novos contornos do direito à privacidade é o fundamento da autodeterminação informativa[37]. Esse fundamento diz respeito ao controle que as pessoas naturais devem ter sobre os seus dados, revelando uma dimensão positiva do direito à privacidade[38]. Assim, em regra, o titular de dados pode decidir quais destes serão coletados, armazenados, utilizados e compartilhados, de forma que os agentes de tratamento de dados[39] não realizem nenhuma ação sem o consentimento daquele.

---

[36] TEPEDINO, Gustavo. **Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002**. Revista Forense, v. 364, 2002.

[37] Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: [...]II - a autodeterminação informativa.

[38] BODIN DE MORAES, Maria Celina; QUEIROZ, João Quinelato. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, ano 20, 2019, p. 118.

[39] Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: IX - agentes de tratamento: o controlador e o operador.

Na área da saúde, conforme expõe Sergio Deodato, a privacidade lida com dados pessoais que são recolhidos, registrados e usados pelos profissionais[40] e empresas do setor. Essas informações acerca dos pacientes se enquadram na categoria de dados sensíveis, apresentada pelo artigo 5º, II, da LGPD. Assim, de acordo com a definição legal, os dados sensíveis dizem respeito à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural[41]. Logo, torna-se compreensível que qualquer violação à privacidade no que diz respeito aos dados relacionados à saúde pode gerar danos consideráveis à vida de seu titular.

Outrossim, faz-se necessário destacar que o setor da saúde conta com um grande número de atores, os quais, muitas vezes, possuem interesses que não são congruentes. Desse modo, emergem as mais diversas situações envolvendo dados sensíveis, de um lado, na maioria delas, estão os titulares de dados buscando ter a privacidade garantida e, de outro, estão centros médicos, hospitais, clínicas, empresas de seguro de saúde e autoridades públicas fazendo uso irrestrito das informações dos titulares. Essas relações jurídicas na Europa, após a vigência da GDPR, fizeram com que esses grandes atores do setor da saúde se tornassem os mais multados no que diz respeito a situações envolvendo proteção de dados pessoais[42]. Logo, devido à escassa jurisprudência brasileira no que concerne a essa temática, serão utilizados exemplos europeus para ilustrar os riscos do *Big Data* ao

[40] DEODATO, Sergio. **Proteção de dados pessoais de Saúde**. Porto: Universidade Católica Editora, 2017.
[41] Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] II-sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.
[42] FILHO, Fernando José Monteiro Pontes et al. Saúde: o Setor mais multado pelo GDPR. **Pinhão e Koiffman advogados**, São Paulo. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3ylJ4JP. Data de acesso: 14 mai. 2021.

direito à privacidade dos pacientes e dos titulares de dados no setor da saúde, a fim de encontrar soluções no Direito brasileiro.

Esses problemas em relação à falta de proteção de dados podem ocasionar danos aos titulares, dentre os quais estão: discriminação a portadores de doenças notadamente evidenciadas pelo preconceito, como ocorre com os portadores de HIV; planos de saúde aumentando o preço na prestação de serviços a portadores de doenças crônicas, devido à demanda de maiores cuidados médicos; direcionamento extrapolado de produtos e medicamentos por parte de organizações farmacêuticas que identificam problemas e saúde específicos de potenciais clientes, dentre outros[43]. Nesse viés, impende apresentar e exemplificar os riscos da utilização de *Big Data* na área da saúde, com o fito de compreendê-los e visualizá-los em casos concretos, bem como relacioná-los com o ordenamento jurídico brasileiro.

3.1. TRATAMENTO INADEQUADO DOS DADOS

O tratamento de dados, previsto no art. 5º, X, da LGPD, pode ser entendido como todas as operações realizadas com informações de pessoas naturais, tais como: coleta, produção, armazenamento, utilização, reprodução, modificação, compartilhamento, eliminação, dentre outras. Assim, as diretrizes para um adequado tratamento de dados estão dispostas principalmente na LGPD. Entretanto, nem sempre esse processo é feito da maneira correta, configurando tratamento inadequado de dados, o qual se refere a situações em que as diretrizes previstas em lei, bem como as regras de governança não são seguidas. A principal forma de ocorrência dessas inadequações acontecem por meio do compartilhamento indevido de dados do âmbito da saúde.

[43] NASCIMENTO, João Carlos et al. Inteligência Artificial na saúde e a Proteção de Dados. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 14, n.1, p. 207-230, 2020.

3.1.1. COMPARTILHAMENTO INDEVIDO DOS DADOS MÉDICOS

Os agentes do setor da saúde não podem compartilhar dados pessoais de pacientes sem que estes tenham dado expressamente seu consentimento. Isso porque, como dispõe o art. 2º, I e II, da LGPD, a proteção de dados tem como fundamentos a já mencionada autodeterminação informativa e o respeito à privacidade. Por isso, é direito do titular exercer o controle sobre seus dados, cabendo a ele decidir acerca do compartilhamento ou não dessas informações. Entretanto, não são raros os casos em que os atores envolvidos no âmbito da saúde compartilham dados entre si e também em outras plataformas sem o devido consentimento do titular.

Isso se evidenciou, por exemplo, no Chipre. Um médico foi multado por ter publicado informações pessoais de um paciente no *Instagram* sem o consentimento deste[44]. No Brasil, casos semelhantes além de violarem a necessidade de consentimento expresso do titular previsto na legislação, especialmente no art. 7º, § 5º, da LGPD, também vão contra o disposto no art. 75, da Resolução nº 2217 de 2018 do Conselho Federal de Medicina. A Lei proíbe o compartilhamento de dados entre controladores sem o consentimento do titular de dados, enquanto a Resolução, norma deontológica voltada à classe dos médicos, veda que estes referiram-se a casos clínicos identificáveis e/ou exibam pacientes ou imagens que os tornem identificáveis em anúncios profissionais ou quando assuntos médicos forem veiculados na mídia em geral, mesmo com autorização do paciente.

Outro exemplo ocorreu na Bulgária, um centro médico transferiu, sem autorização ou consentimento do paciente, a consulta para outro centro

[44] FILHO, Fernando José Monteiro Pontes et al. Saúde: o Setor mais multado pelo GDPR. **Pinhão e Koiffman advogados**, São Paulo. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3ylJ4JP. Data de acesso: 14 mai. 2021.

médico[45]. Isso quer dizer que dados sensíveis foram expostos e disponibilizados a pessoas que o paciente sequer conhecia. Assim, os centros médicos foram multados e descobriu-se que o segundo centro médico era da filha do médico que originalmente o indivíduo havia agendado a consulta. No Brasil, casos semelhantes iriam de encontro a diretrizes previstas na LGPD, em especial o art 11, § 4º, que dispõe acerca da vedação da comunicação ou do uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica.

Além disso, outra questão preocupante é que, em alguns casos, torna-se difícil para o titular de dados ter consciência desse compartilhamento indevido, uma vez que não conhece ou tem contato próximo com os controladores dos inúmeros dados processados por essas tecnologias. Assim, a situação é agravada, pois esse distanciamento dificulta que o indivíduo tome medidas contra o compartilhamento inadequado.

3.2. FALTA DE CONTROLE DE ACESSO AOS DADOS:

Os mais diferentes atores do setor da saúde devem prezar pela criação de medidas de segurança e técnicas capazes de proteger os dados de acessos não autorizados. Essa disposição está presente no art. 46, da LGPD e pode ser efetivada por meio da implementação de regras de controle de acessos, sejam internos ou externos. Isso significa que dados sensíveis não podem ser acessados irrestritamente, cabendo ao agente de tratamento de dados estabelecer medidas que controlem o acesso aos dados. Porém, o que se vê na prática é que, tanto no Brasil, quanto no exterior, esses dados seguem desprotegidos, não havendo mecanismos de controle para sua proteção. E o fator que mais vem causando essa falta de controle de acesso aos dados da saúde é a curiosidade dos indivíduos.

---

[45] FILHO, Fernando José Monteiro Pontes et al. Saúde: o Setor mais multado pelo GDPR. **Pinhão e Koiffman advogados**, São Paulo. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3ylJ4JP. Data de acesso: 14 mai. 2021.

Na Holanda, dados sensíveis, que eram para ser restritos, de um paciente ex-participante de *reality show* foram acessados ilegalmente pelos funcionários de um hospital, após aquele dar entrada na emergência devido a uma tentativa de suicídio. Também na Europa, mas dessa vez em Portugal, vários profissionais, envolvendo psicólogos, nutricionistas e médicos, tinham acesso, por meio de registros falsos, a dados sensíveis dos pacientes. Isso porque havia no hospital somente 296 médicos e, no sistema de gerenciamento de perfis, existiam 985 médicos registrados[46]. Em ambos os casos houve sanções aos agentes de tratamento de dados da saúde. Se a situação houvesse ocorrido no Brasil, não seria diferente. Isso porque o Capítulo VIII da LGPD (Da Fiscalização) reserva uma série de dispositivos para a aplicação de sanções administrativas em caso de descumprimento da norma.

Não obstante a escassa jurisprudência brasileira acerca desse tema, já é possível encontrar, no Tribunal de Justiça de São Paulo, decisão que demonstra o risco da falta de controle de acesso aos dados, desta vez ocasionado por um sistema inseguro da Prefeitura Municipal de Barueri-SP:

> APELAÇÕES CÍVEIS. DANOS MORAIS. DANOS MATERIAIS. DIVULGAÇÃO DE PRONTUÁRIO MÉDICO. HIV. **Dados médicos do autor disponibilizados ao público no site da prefeitura mediante a simples inserção de seu CPF e sua data de nascimento, informações essas de fácil acesso. Ausência de senha de acesso que torna a informação, na prática, pública. O vazamento do prontuário médico do requerente (fls. 31/35), ao indicar ser ele portador do vírus do HIV, gerou situação embaraçosa e degradante no ambiente de trabalho.** A responsabilidade civil objetiva exige apenas a ocorrência do dano, a existência de nexo causal entre a conduta e este dano e a ausência de culpa excludente da vítima (art. 37, § 6º CF). O sigilo dos dados pessoais ganha contornos cada vez mais sensíveis, sendo matéria cada dia mais regulada na seara legislativa. Eventuais vazamentos de dados particulares são evidentes fatos geradores de danos, seja de ordem moral ou material, e o legislador tende a protegê-los, especialmente quando digam respeito aos direitos de personalidade. Art. 5º, X, Constituição Federal, art. 42 da Lei nº 13.709/2018 (LGPD) e art. 4º da Lei 13.787/2018. Danos morais configurados. Quantum indenizatório majorado. Danos materiais não configurados. Ausência de prova de nexo de causalidade entre a

[46] FILHO, Fernando José Monteiro Pontes et al. Saúde: o Setor mais multado pelo GDPR. **Pinhão e Koiffman advogados**, São Paulo. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3ylJ4JP. Data de acesso: 14 mai. 2021.

> exposição dos dados médicos e a efetiva demissão do autor. Honorários advocatícios readequados. Recurso do autor parcialmente provido. Recurso do réu desprovido[47].(grifo nosso)

Destarte, o risco causado pela falta de controle no acesso aos dados são evidentes, uma vez que os indivíduos, visando a interesses próprios, valem-se das fragilidades desses sistemas para satisfazer os seus interesses. Ademais, os danos causados ao titular de dados são indefinidos e variam de acordo com cada caso concreto. Todavia, independentemente do dano, é crucial que os agentes de tratamento de dados da saúde tomem medidas para evitar tais situações de constrangimento.

3.3. DESANONIMIZAÇÃO DOS DADOS E REIDENTIFICAÇÃO DE PESSOAS INDIVIDUAIS

O tratamento de dados deve ser pautado em alguns princípios previstos na LGPD, dentre os quais cabe destacar neste subtópico: transparência, segurança e prevenção[48]. Uma das maneiras de se efetivar esses princípios é por meio da anonimização ou da pseudoanonimização dos dados. A anonimização está prevista no art. 5º, VI, da LGPD e diz respeito à impossibilidade de se associar ou identificar um indivíduo por meio de algum dos seus dados. Já a pseudoanonimização está disposta no art. 13, §4º, da LGPD e refere-se à desassociação de um dado ao seu titular, não podendo este ser identificado, senão por meio de alguma informação adicional.

Em síntese, a finalidade dessas duas ferramentas é garantir a proteção de dados sensíveis, os quais, se relacionados aos seus titulares, causam danos à esfera

---

[47] TJSP; Apelação Cível 1016844-03.2020.8.26.0068; Relator (a): Heloísa Martins Mimessi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Barueri - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 05/07/2021; Data de Registro: 07/07/2021.

[48] Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: [...] VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

privada desses indivíduos. Consequentemente, no setor de saúde, o melhor caminho para se evitar danos é a anonimização e a pseudoanonimização de dados. No entanto, com o *Big Data*, aumentam e se intensificam as chances de reidentificação do indivíduo, pois relaciona-se uma grande quantidade de dados. Ademais, aumenta a complexidade e, assim, surgem dúvidas no que tange à eficácia da anonimização ou da pseudoanonimização. Isso faz com que o problema em torno desses já controversos conceitos da LGPD aumentem, o que, por consequência, torna a questão acerca de uma possível reidentificação de dados ainda mais discutível[49].

Nesse ínterim, percebe-se que as tecnologias que envolvem *Big Data* favorecem a descontextualização e a reorganização dos dados que estão sendo tratados. Se, por um lado, esse processo proporciona benefícios na área da saúde, por outro, torna-se mais fácil a ocorrência da desanonimização dessas informações e da reidentificação de pessoas individuais. Por conta dessas circunstâncias, afirma-se que o processo de anonimização, apesar de importante e necessário, não é irreversível e, dependendo da tecnologia que está sendo utilizada, pode-se desanonimizar tais dados[50]. É nesse ponto que surge o risco ao direito à privacidade dos pacientes.

Por exemplo, o art. 13, da LGPD, prevê que, sempre que for possível, deve-se anonimizar ou pseudoanonimizar os dados na realização de estudos em saúde pública. Contudo, a falta de protocolos uniformes e padronizados, bem como as negligências no processo de intercâmbio de dados faz com que aumente as chances de desanonimização desses dados[51]. Em caso hipotético, se uma

[49] SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; MOLINARO, Carlos Alberto. Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de big data. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, v. 13, n. 41, p. 183-212, jul./dez. 2019. Disponível em: https://bit.ly/31sZC35. Data de acesso: 20 abr. 2021

[50] RUIZ, Evandro Eduardo Seron. Anonimização, Pseudoanonimização e Desanonimização de Dados Pessoais. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Org.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei n. 13.709/2018**, com alteração da lei n.13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020. p. 102-123.

[51] SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; MOLINARO, Carlos Alberto. Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de big data. **Direitos**

entidade pública, a fim de coletar e mapear informações acerca da parcela da população com doenças sexualmente transmissíveis, realiza uma pesquisa médica para tal, é necessário manter o anonimato daqueles que participaram da pesquisa. Isso se justifica, pois, uma possível desanonimização desses dados causaria danos discriminatórios àqueles que cederam os dados.

3.4. PERDA DE CONTROLE DOS PRÓPRIOS DADOS

A autodeterminação informativa, um dos fundamentos da LGPD, sendo reflexo da manifestação positiva do direito à privacidade, garante aos titulares o controle e autonomia sobre as suas informações. No entanto, com o advento do *Big Data*, as atividades envolvendo os dados pessoais tornaram-se mais complexas. Nessa perspectiva, os atores que realizam tratamento de dados na área da saúde ainda cultivam a ideia de que se o titular cedeu os dados para o tratamento, esses dados agora pertencem ao agente de tratamento de dados. Por consequência, percebe-se que não estão preparados para lidar com as dificuldades desse novo contexto e com as disposições legais envolvendo a temática.

Exemplo disso são duas situações que ocorreram na Europa após a vigência da GDPR. Na primeira delas, um hospital do Chipre não disponibilizou o prontuário de um paciente que havia solicitado acesso ao documento. O hospital, mesmo alegando que o dossiê não tinha sido localizado, foi multado. O segundo exemplo ocorreu na Hungria: o paciente, ao exigir acesso aos seus dados pessoais, foi informado pelo hospital que deveria fazer o pagamento de uma taxa para tal. Assim como no primeiro caso, o hospital também foi multado por essa atitude[52].

A negação do acesso aos próprios dados, faz com que o titular de dados perca o controle sobre as suas informações, contrariando, assim, o fundamento da

---

Fundamentais e Justiça, Porto Alegre, v. 13, n. 41, p. 183-212, jul./dez. 2019. Disponível em: https://bit.ly/31sZC35. Data de acesso: 20 abr. 2021.

[52] FILHO, Fernando José Monteiro Pontes et al. Saúde: o Setor mais multado pelo GDPR. **Pinhão e Koiffman advogados**, São Paulo. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3ylJ4JP. Data de acesso: 14 mai. 2021.

autodeterminação informativa. Ademais, no Brasil, em casos semelhantes a esses, haveria tanto a violação do direito à privacidade do paciente, bem como de outras disposições da LGPD, assim como ocorreu na Europa em relação ao GPDR. Isso se verifica com os arts. 18 e 19 da LGPD que dispõem sobre uma série de dispositivos que preveem desde a possibilidade de requisição e de acesso aos dados por parte do titular, até a forma e o modo como isso deve ser feito, prevendo, de fato, a possibilidade de o sujeito de direito exercer a sua autodeterminação informativa.

Outro fator que também pode causar a perda de controle dos próprios dados pode ser percebido no exemplo do hospital chinês que utiliza IA para diferenciar pulmões que estão contaminados pela Covid-19 daqueles que apresentam pneumonia comum ou outras doenças[53]. Para fazer essa diferenciação, a máquina de IA utiliza grandes bancos de dados (*Big Data*) os quais possuem as imagens dos pacientes. Numa situação hipotética, se esses dados estiverem desanonimizados, caso em que aplica-se a LGPD, a utilização do *Big Data* configuraria não somente a perda de controle desses dados, mas também ilustraria incompatibilidade dos grandes dados com o princípio da finalidade, disposto no art. 6º, I, da LGPD. Isso porque deve ser apresentado ao titular, no momento da coleta de dados, todos os fins para os quais aqueles dados serão utilizados, algo que torna-se quase impossível devido às variedades de aplicações do *Big Data*[54].

---

[53] KFOURI NETO, Miguel; SILVA, Rodrigo., & NOGAROLI, Rafaella. Inteligência artificial e big data no diagnóstico e tratamento da COVID-19 na América Latina. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 14, n.1, p. 149-178. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3w8OV43. Data de acesso: 20 abr. 2021.

[54] A atual Lei de Proteção de Dados, em seu âmbito de aplicabilidade, está ligada à relação pessoal e identitária transcrita em dados, colocando especial ênfase nas finalidades específicas associadas. Para os grandes dados, destaque-se, é crucial compreender que as aplicações futuras não sejam previsíveis quando os dados são coletados e que a relação pessoal ou a relação com a saúde só podem ser produzidas retrospectivamente. Os dados armazenados para outros fins são, por sua vez, frequentemente avaliados para novos propósitos ou, de qualquer forma, os dados são coletados para fins não especificados. (SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; MOLINARO, Carlos Alberto. Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em

Dessa forma, o risco da perda de controle dos próprios dados, seja por falha tecnológica ou por responsabilidade do agente de tratamento de dados, são parte da utilização de *Big Data* na área da saúde. Por tudo isso, o que deve-se depreender em relação a esse risco na utilização de *Big Data* é a autonomia e o poder do titular sobre as suas informações.

3.5. INVASÃO DE DADOS E ATAQUES *HACKERS*

Apesar de a segurança dos dados médicos ser fundamental, é muito comum o risco de vazamentos devido a ataques *hackers*. Isso porque esses ataques - que consistem basicamente em um atentado contra um computador ou seus sistemas e redes - podem, por meio de uma invasão ao *software*, danificar os dados e roubar informações. Entretanto, percebe-se que a LGPD não dispõe acerca da temática, uma vez que o escopo da Lei está voltado para a responsabilização dos agentes de tratamento de dados, enquanto a responsabilização do invasor tende a se deslocar ao âmbito penal.

Nesse sentido, é alarmante a informação que aponta o Brasil como o país que mais recebe ciberataques na América Latina. Foram registrados cerca de 15 bilhões de ataques apenas nos três meses iniciais de 2020. Em um dos casos, os computadores do Hospital das Clínicas de Barretos, em São Paulo, foram hackeados e como consequência alguns atendimentos foram paralisados. Outro exemplo foi o vazamento na internet de uma lista com os dados pessoais de pacientes infectados pela Covid-19 no Paraná[55].

Assim, de acordo com o art. 46, da LGPD, cabe aos agentes de tratamento adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os

---

um contexto de big data. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, v. 13, n. 41, p. 183-212, jul./dez. 2019. Disponível em: https://bit.ly/31sZC35. Data de acesso: 20 abr. 2021. p. 197-198).

[55] KFOURI NETO, Miguel; SILVA, Rodrigo., & NOGAROLI, Rafaella. Inteligência artificial e big data no diagnóstico e tratamento da COVID-19 na América Latina. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 14, n.1, p. 149-178. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3w8OV43. Data de acesso: 20 abr. 2021.

dados pessoais de vazamentos e ataques. Além disso, o art. 44, da LGPD dispõe que caso essas medidas não sejam adotadas e ocorra uma violação da segurança dos dados, o controlador e/ou o operador terão que responder pelos danos causados.

3.5.1. FALHA NO PROCESSO DE COMUNICAÇÃO DO VAZAMENTO

O princípio da transparência, previsto no art. 6º, VI, da LGPD, deve, em tese, balizar a relação entre agentes de tratamento e titulares, de forma que aqueles devem garantir a estes informações claras, precisas e acessíveis sobre a realização do tratamento de dados. Em casos de invasões e consequentes vazamentos de dados, os agentes de tratamento devem, segundo o disposto no art. 48, da LGPD, comunicar os titulares sobre ocorrido, como forma de efetivar a relação de transparência entre ambos. No entanto, não é sempre que isso ocorre. Em alguns casos, titulares de dados não são notificados, ou são de maneira tardia, acerca da invasão e do consequente vazamento dos seus dados.

Por exemplo, na Hungria, um hospital foi multado por não cumprir o prazo de notificação de uma violação ocorrida. Para além disso, também foi descoberto durantes as investigações que o estabelecimento não adotava medidas organizacionais para uma correta proteção dos dados[56]. Neste caso, o hospital foi multado porque a GDPR estipula o prazo de 72h para a notificação acerca do vazamento de dados. No Brasil, a LGPD prevê que em caso de vazamento o operador e o controlador devem, em prazo razoável, comunicar a ocorrência do incidente tanto à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), quanto ao titular dos dados. Contudo, caberá à ANDP estipular qual o prazo para a emissão da notificação.

[56] FILHO, Fernando José Monteiro Pontes et al. Saúde: o Setor mais multado pelo GDPR. **Pinhão e Koiffman advogados**, São Paulo. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3ylJ4JP. Data de acesso: 14 mai. 2021

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *Big Data* revolucionou as formas de tratamento de dados e passou a proporcionar um enorme leque de possibilidades de análise dessas informações. Na saúde, ele se destaca em diversas frentes e pode ser explorado tendo em vista as suas principais características, que são a velocidade, o volume e a variedade. Ao combinar esses aspectos com os dados de pacientes e a aplicação por meio de Inteligência Artificial, pode-se potencializar diferentes áreas no tratamento de pacientes, tais como: medicina de precisão; internet das coisas; medicina preditiva; medicina preventiva e medicina personalizada.

Isso se dá por conta das possibilidades de interpretação, análise e cruzamento de dados proporcionadas por essas tecnologias. No Brasil, o uso de *Big Data* na saúde passou a ser constante e mais frequente devido à pandemia causada pela Covid-19, a qual demandou diagnósticos rápidos e tratamentos que fossem baseados em grandes análises de dados. Outrossim, as possibilidades do uso dessas ferramentas não se exaurem a esse contexto pandêmico e devem ser exploradas para além disso.

Para tanto, é necessário levar em consideração o respeito à privacidade dos pacientes e dos titulares de dados envolvidos no setor da saúde. Tendo como fulcro os novos contornos do direito à privacidade, manifestando-se tanto por meio da proteção de dados quanto em sua dimensão positiva pela autodeterminação informativa, percebe-se que os riscos à privacidade são eminentes. No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados trata da matéria e, apesar de não haver uma jurisprudência formada sobre a temática, é possível analisar casos concretos à luz do que dispõe essa legislação.

Concomitantemente a isso, a *General Data Protection Regulation* (GDPR) está em vigência há mais tempo do que a LGPD. Nesse sentido, pode-se extrair do contexto europeu que o setor da saúde foi o mais multado desde o início da aplicação da GDPR. A partir disso, os exemplos concretos que ocorreram na

Europa demonstraram os maiores riscos à privacidade dos pacientes e dos demais titulares de dados nesse âmbito. Há, assim, a evidência de riscos inerentes ao uso de *Big Data*: tratamento inadequado (ocorrendo principalmente por meio de compartilhamento indevido de dados) falta de controle de acesso, desanonimização e reidentificação de pessoas, perda de controle, invasão e ataques *hackers*, bem como a falha na comunicação de vazamento de dados.

Por tudo isso, é importante visualizar os desafios gerados pelo *Big Data* e perceber que seus benefícios, paradoxalmente, podem também afetar de modo negativo os indivíduos. Na área da saúde, como foi demonstrado, o *Big Data* é indispensável em variados aspectos. Por outro lado, é necessário também resguardar o direito à privacidade nos mais diversos setores da saúde, levando em consideração que os titulares possuem autonomia sobre os seus próprios dados e que, na conjuntura hodierna, dados pessoais sensíveis, devem ser tratados de maneira especial. Logo, o próximo passo é buscar equilíbrio e harmonia na relação entre *Big Data* e direito à privacidade dos pacientes, de modo a aproveitar os benefícios proporcionados pela utilização dos grandes dados e também a evitar violações no que tange a esse direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Alexandre. Você sabe qual é a quantidade de dados gerados a cada minuto? **Aunica Interactive Marketing**, São Paulo, 25 de agosto de 2020. Disponível em: https://bit.ly/3ga6oTJ. Data de acesso: 25 abr. 2021.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, 2016.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; QUEIROZ, João Quinelato. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD. **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 113-135, 2019.

CHEN, Shu-Heng; YOU, Tina. Big Data in Computational Social Science and Humanities: An introduction. In: CHEN, Shu-Heng. YU, Tina. **Big Data in Computational Social Science**

and Humanities. Taipei: 2018. p. 1-25. Disponível em: https://bit.ly/3weg7y7. Data de acesso: 20 abr. 2021.

CHIAVEGATTO FILHO, Alexandre Dias Porto. Uso de big data em saúde no Brasil: perspectivas para um futuro próximo. **Epidemiol Serviço Saúde**, Brasília, v. 24, n. 2, p.325-332, 2015.

COREA, Francesco. **An Introduction to Data**: Everything You Need to Know About AI, Big Data and Data Science. Venice: Springer, 2019.

DRESCH, Daniel; OLIVEIRA, Kelly. Primeiro caso de covid-19 no Brasil completa um ano. **Agência Brasil**, Brasília, 26 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://bit.ly/3xga9Ng. Data de acesso: 25 abr. 2021.

FILHO, Fernando José Monteiro Pontes et al. Saúde: o Setor mais multado pelo GDPR. **Pinhão e Koiffman advogados**, São Paulo. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3ooW0Ko. Data de acesso: 14 mai. 2021.

FINKELSTEIN, Maria Eugenia; FINKELSTEIN, Claudio. Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 9, n. 23, p. 284-301, 2019.

GALVÃO, Adriana Benício; VALENTIM, Ricardo Alexandro de Medeiros. Desafios para os Avanços da Análise de Big Data na Saúde. In: Grandes desafios em saúde digital - Simpósio Brasileiro de Computação Aplicada à Saúde (SBCAS), 2019, Niterói. **Anais Estendidos do Simpósio Brasileiro de Computação Aplicada à Saúde.** Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação, 2019, p. 155-160.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital:** transformação digital - desafios para o direito. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

JUNIOR, Edson Amaro et al. Utilização de Inteligência Artificial em Saúde: lições aprendidas durante o enfrentamento ao surto de COVID-19. **Panorama Setorial da Internet**. [s.l.], n. 2, ano 2, p. 1-10, ago. 2020.

KAMPAKIS, Stylianos. **The Decision Maker's Handbook for Data Science**: a Guide for Non Tecnical Executives. London: Managers and Founders, 2020.

KFOURI NETO, Miguel; SILVA, Rodrigo; NOGAROLI, Rafaella. Inteligência artificial e big data no diagnóstico e tratamento da COVID-19 na América Latina. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 14, n.1, p. 149-178, 2020.

KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena. **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais,, p. 445-463, 2019, v.1.

NASCIMENTO, João Carlos et al. Inteligência Artificial na saúde e a Proteção de Dados. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 14, n.1, p. 207-230, 2020.

OXFORD ENGLISH DICTIONARY. Big, adj. and adv. **Oxford English Dictionary**, Oxford, 2015. Disponível em: https://bit.ly/3n801SD. Data de acesso: 20 abr. 2021.

PARKINS, David. The world's most valuable resource is no longer oil, but data. **The Economist**. Disponível em: https://econ.st/3rywRhN. Data de acesso: 18 jul. 2021.

QUALIREDE. Big Data e saúde: a tecnologia a favor da medicina. **Qualirede gestão em saúde**. Disponível em: https://bit.ly/379svEg. Data de acesso: 27 jul. 2021.

REIS, Émilien Vilas Boas; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. O meio ambiente digital e o direito à privacidade diante do big data**. Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 17, n. 37, p. 145-167, 2020.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUIZ, Evandro Eduardo Seron. Anonimização, Pseudoanonimização e Desanonimização de Dados Pessoais. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Org.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei n. 13.709/2018,** com alteração da lei n.13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020.

RUFF, Christian T et. al. Comparison of the efficacy and safety of new oral anticoagulants with warfarin in patients with atrial fibrillation: a meta-analysis of randomised trials. **PubMed**, [*s.l. s.n*]. 2013. Disponível em: https://bit.ly/3naPC8P. Data de acesso: 20 abr. 2021.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; MOLINARO, Carlos Alberto. Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de big data. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, v. 13, n. 41, p. 183-212, jul./dez. 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHUELER, Paulo. O que é uma pandemia. **Fiocruz**, Rio de Janeiro, 14 de outubro de 2020. Disponível em: https://bit.ly/2Sivel5. Data de acesso: 25 abr. 2021.

SKIENA, Steven S. **The Data Science Design Manual**. Universidade de Idaho, 2017.

Stony Brook. Disponível em: https://bit.ly/2PcuUJn. Data de acesso: 20 abr. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. **Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002**. Revista Forense, v. 364, 2002.

O TRATAMENTO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À LUZ DA LGPD: A EFETIVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE

Isabela do Vale Almeida[1]
Pedro Lucas Moura de Almeida Cruz[2]

RESUMO: O Melhor Interesse da Criança e do Adolescente é um dos princípios norteadores que guiam a interpretação e o funcionamento do direito constitucional e direito civil brasileiros. Sua aplicação efetiva demonstra-se particularmente relevante quando o inserimos no contexto de hiperconectividade ao qual o público infanto-juvenil está submetido. Isso porque, apesar da sua extensa importância, são verificados alguns entraves para sua efetivação prática, dentre os quais destaca-se a falta de critérios que definam concretamente qual seu conteúdo, recorrendo-se sempre à casuística, tanto na jurisprudência quanto na doutrina tradicional. Nesse sentido, o presente artigo objetiva, em um primeiro momento, realizar uma retomada histórica do caminho percorrido pela legislação brasileira na matéria da proteção infanto-juvenil, desde o Brasil Império até o a consagração da Doutrina da Proteção Integral. Em um segundo momento, busca-se adentrar na questão envolvendo a presença das tecnologias no cotidiano de tal público, apontando o funcionamento das grandes empresas de tecnologia da informação, bem como os riscos decorrentes do tratamento de seus dados. Logo após, faz-se uma análise pormenorizada dos dispositivos da LGPD referentes ao tratamento de dados infantis, dispostos no Art. 14 e parágrafos, de modo a averiguar possíveis soluções e problemáticas deles decorrentes, e, por fim, aprofunda-se o debate quanto ao princípio do melhor interesse, realizando uma

[1] Graduanda em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais.
[2] Graduando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais.

investigação (i) jurisprudencial, da utilização do termo no STJ; e (ii) doutrinária, analisando as normativas internacionais sobre o tema; apresentando soluções no sentido de efetivar esse princípio, à luz das possibilidades oferecidas pela LGPD e em consonância às normativas internacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Criança e adolescente; Tratamento de dados; Melhor interesse.

INTRODUÇÃO

A proteção atualmente destinada a crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro nem sempre se verificou. Em verdade, se considerarmos o período entre 1824 e 1988, isto é, desde a primeira até a mais recente Constituição brasileira, o entendimento hodierno somente se institui com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, posteriormente reforçado pela edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990. Adotar a Doutrina da Proteção Integral, bem como guiar políticas públicas segundo o Princípio do Melhor Interesse da criança e do adolescente, representou um divisor de águas para as tratativas do tema. Todavia, não obstante os avanços na matéria constitucional, a genética oitocentista do Código Civil Brasileiro distancia-o da realidade, ao estabelecer um regime de incapacidades rígido e centralizado em torno do discernimento, desconsidera os novos desafios enfrentados por crianças e adolescentes.

Como bem assinala Caio Mário, "o instituto das *incapacidades* foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que era a *proteção* dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável"[3]. Entretanto, o que se verifica, na realidade é a adoção de um critério

[3] PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral de Direito Civil**, vol. I. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 230.

demasiadamente rígido, que privilegia a segurança jurídica em detrimento da adoção de parâmetros mais atentos à realidade construtiva da autonomia individual. Essas questões saltam à discussão quando inseridas no contexto de imersão quase completa da vida humana nas redes.

Nesse sentido, tendo em vista a urgência do tema da proteção de dados, editou-se a Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados. Dentre seus dispositivos, a Seção III, *Do Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes*, dispõe em um único parágrafo quais as diretrizes para a extração e tratamento dos dados do público infanto-juvenil, para tanto, menciona o princípio do melhor interesse, a autoridade parental na cessão do consentimento específico e destacado, o princípio da minimização dos dados e, por fim, a necessidade de tornar as informações acessíveis e inteligíveis pelos usuários.

Após o detalhamento acerca das bases lançadas pelo art. 14 da LGPD, abre-se, nesse artigo, uma discussão acerca de quais são os parâmetros estabelecidos pela jurisprudência e pela doutrina para a efetivação do melhor interesse, investigando, inclusive, se existem tais parâmetros. O objetivo, com isso, é identificar os entraves na sua aplicação concreta, buscando, dessa forma, apresentar possíveis caminhos para a proteção de dados de crianças e adolescentes segundo o parâmetro do melhor interesse.

Para alcançar tal objetivo, a metodologia utilizada será a de apresentar, em um primeiro momento, as bases da Doutrina da Proteção integral, bem como do Princípio do Melhor Interesse, suas especificidades e sua importância no cenário do direito brasileiro, com base em legislações, convenções vigentes e na doutrina. Parte-se desta contextualização inicial para uma análise acerca da vida humana hiperconcetada, sobretudo, a partir dos marcos teóricos trazidos por Shoshana Zuboff, os quais subsidiam o entendimento acerca do funcionamento das redes, da comercialização das experiências humanas, da predição e modificação

comportamental, e dos modelos de negócio baseados em dados, técnicas de perfilamento e tecnologias persuasivas.

Em seguida, na seara da discussão sobre o melhor interesse, trata-se da jurisprudência do STJ sobre o tema, investigando se existem e quais são os critérios utilizados para a aplicação desse princípio no âmbito da Corte. Além disso, realiza-se um panorama conceitual, através dos elementos tratados pela doutrina e normativas internacionais, sobretudo os Comentários Gerais nº 14 e nº 25 do Comitê dos Direitos da Criança da ONU sobre o tema.

Partindo-se para a parte final do trabalho, ancorado em todo o suporte teórico discutido, o artigo busca instigar a inteligência jurídica quanto à necessidade de uma abordagem ampla e multilateral na tratativa do assunto, bem como gestar ideias, ainda que muito embrionárias, sobre a utilização do melhor interesse como princípio no tratamento de dados de crianças e adolescentes.

1. CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO CENTRO DAS DISCUSSÕES

1.1 BREVE RETOMADA HISTÓRICA: A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO DIREITO BRASILEIRO

Ao traçar um breve histórico da proteção da infância e da adolescência no Brasil, nota-se que o tratamento jurídico-social dado aos pertencentes dessa faixa etária não seguiu um caminho homogêneo. Isso pois, a lente para observância desse grupo foi alvo de significativas transformações e correções ao decorrer dos séculos. Tal afirmação pode ser melhor elucidada quando pensamos no caráter contemporâneo de vocábulos amplamente utilizados no contexto hodierno, como o próprio termo "criança". Essa transição paradigmática é definida,

nos termos de Veronese[4], como "efetivos investimentos que, pouco a pouco, começaram a ser endereçados a essa fase do desenvolvimento humano".

Cumpre memorar, dentro dessa perspectiva historiográfica, que durante o Período Colonial brasileiro e ainda se estendendo à fase conhecida como Brasil Império, denominações como *meúdos, infantes* e *ingênuos* eram frequentes para se referir às crianças na América portuguesa[5]. Nessa conjuntura, a sociedade entendia que meninos a partir de catorze anos e meninas com mais de doze anos já estavam preparados para receberem o sacramento da eucaristia e se casarem, conforme previsto nas Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia.

Infere-se, destarte, que por muito tempo, os primeiros anos dos indivíduos corresponderam a uma etapa extremamente negligenciada, tratada como um momento passageiro. Assim, como o que realmente importava era a fase adulta, quanto mais rápido a infância passasse melhor seria. Por essa razão, as crianças eram vistas, conforme define Veronese[6], como adultos em miniatura, que necessitavam de maior intervenção disciplinar.

Tendo em vista ainda que, segundo a ótica da mentalidade coletiva da época mencionada, a infância era, então, nas palavras de Del Priore[7], um tempo sem maior personalidade e um mero momento de transição, aplicava-se o conceito de pátrio poder, o qual era exclusivo do pai e não era exercido em benefício do filho. Dessa maneira, os castigos físicos eram constantes e a educação não era voltada ao saber crítico, mas se configurava, na realidade, como um tipo de adestramento, o qual bastava a compreensão de noções básicas de leitura, escrita e conhecimento dos números, e, para as meninas, resumia-se a aprender a

[4] VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro. **Revista TST,** Brasília, vol. 79, no 1, jan/mar 2013, p. 38.
[5] PRIORE, Mary Del (Org.). **História das crianças no Brasil.** 7. ed., 1ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2013.
[6] VERONESE, op. cit., 2013, p. 38.
[7] PRIORE, op. cit., 2013.

bordar, costurar e, desde cedo, lidar com os afazeres domésticos, gerando uma repetição do ciclo das relações sociais.

Ulteriormente, mas ainda em um contexto de negligência quanto ao tratamento protetivo desses indivíduos, o Código de Menores de 1979, Lei nº 6697/79, consolidou a *doutrina da situação irregular*, impulsionando a cultura de internações para os definidos delinquentes e carentes. Com isso, a partir da ótica de que segregar era uma solução, a referida doutrina se tornou um discurso que esvaziou a relação da proteção, devido às práticas de atendimento verticalizadoras, centralistas, unilaterais e preconceituosas, visto que considerava as crianças e os adolescentes apenas como menores em suas situações de abandono ou em conflito com a lei[8].

Por outro lado, no âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos das Crianças[9], adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1959, simbolizou um marco no reconhecimento da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direito, estabelecendo, em seu princípio 2º, o gozo de sua proteção integral, em atenção ao seu melhor interesse[10].

Ainda analisando o panorama mundial, em 1989 a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (CIDC/1989), da ONU, ratificada por 196 países, inclusive pelo Brasil[11], inaugurou a intitulada *doutrina da proteção integral* que serviu de base para a formulação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Segundo o art. 2º da mencionada Convenção, é dever dos Estados Partes

---

[8] SAUT, Roberto Diniz. O direito da criança e do adolescente e sua proteção pela rede de garantias. **Revista Jurídica - CCJ/FURB**. ISSN 1982-4858, v. 11, no 21, p. 45 - 73, jan./jun. 2007, p. 46.

[9] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos das Crianças**, 1959. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da- crianca.html>. Acesso em: 09 jun. 2021.

[10] "A criança gozará proteção social e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança".

[11] BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 09 jun. 2021.

adotarem medidas efetivas visando protegê-los "contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares".

Nessa seara, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, peça estrutural para o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito no país, considerada elementar para garantir a noção de cidadania, sob a ótica dos direitos humanos, determina em seu art. 227 que:

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

No Brasil, a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o ECA, revogou o até então vigente Código de Menores de 1979 e trouxe, em sua base doutrinária, a proteção integral das crianças e adolescentes, de forma que esses indivíduos deixaram de ser objeto de proteção para se tornarem sujeitos de direitos. Para tanto, o estatuto transcorre acerca das condições necessárias ao desenvolvimento físico, mental, social, moral, espiritual em condições de liberdade e dignidade, a que todas as crianças têm direito. Com o fito de zelar pelos direitos da criança e do adolescente em cada município, o estatuto criou operadores de proteção, como o Conselho Tutelar, que apresenta o caráter de acompanhamento, orientação e encaminhamento[12].

A regra estatutária objetiva colocar em prática os dispositivos contidos na Constituição Cidadã de 1988 referentes às crianças e adolescentes, estabelecendo três sistemas de garantias[13]: o sistema primário, que diz respeito às

[12] POLETTO, Leticia Borges. **A (des)qualificação da infância: a história do Brasil na assistência dos jovens**, 2012, p. 8. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/anpedsul/9anpedsul/ paper/viewFile/1953/329>. Acesso em: 10 jun. 2021.
[13] MENESES, Elcio Resmini. **Medidas Socioeducativas: uma reflexão jurídico pedagógica.** 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 61.

políticas públicas, de atendimento à criança e ao adolescente; o sistema secundário, atrelado à proteção; e o sistema terciário, em que se localizam as medidas socioeducativas, decorrentes da prática do ato infracional.

Dentre os princípios da teoria da proteção integral, ressalta-se o reconhecimento das crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento, sendo considerados sujeitos de direitos que precisam de proteção especial e que devem ser titulares de todos os direitos previstos para os adultos e os específicos de pessoas em desenvolvimento. Observa-se, ainda, o *princípio da prioridade absoluta* que diz respeito à primazia das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesse, respeitando o que estabelece o art. 227 da Carta Magna brasileira e o art. 4º do ECA, que atribuem ao mundo adulto, na figura da família, sociedade e Estado, o dever de garantir a efetivação dos diversos direitos fundamentais referentes às crianças e adolescentes.

Consoante aos princípios supracitados, há que se mencionar, ainda, o princípio da convivência familiar, estabelecido no art. 19 do ECA, que visa, conforme discorre Vieira[14], garantir o direito de criar e manter vínculos afetivos saudáveis e necessários ao seu desenvolvimento, em especial os vínculos familiares, rompendo com a tradição de institucionalização.

Por fim, cita-se o princípio do melhor interesse, segundo o qual, deve-se propiciar o exercício dos seus direitos fundamentais, assegurando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação e aplicação das leis, solução de conflitos e elaboração de futuras normas[15]. O princípio do melhor interesse, contudo, ainda é um assunto sensível e carece, portanto, de uma revisão bibliográfica e jurisprudencial mais aprofundada, o que será explorado ao decorrer deste trabalho.

---

[14] VIEIRA, Marcelo de Mello. **Direito de crianças e de adolescentes à convivência familiar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 74.

[15] AMIN, Andréa Rodrigues. **Doutrina da Proteção Integral**. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos. 11. Ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2018, p. 69.

Conclui-se, nesse ponto, que o imenso debate acerca dos diversos aspectos da proteção da infanto-adolescência, sobretudo a partir da década de 1980, mostrou-se de suma importância para as reformas legislativas e conquistas observadas na atualidade no tocante à temática. Esse processo de transição de modelos deve ser entendido, nas palavras de Méndez[16], como um imenso laboratório para a democracia e para o direito. Isso pois, foi a partir da mobilização em torno da temática que foram introduzidos no texto constitucional os princípios básicos discutidos na esfera internacional no que tange aos direitos da criança e do adolescente[17].

1.2 O REGIME DE INCAPACIDADES E A DESCONSIDERAÇÃO DA AUTONOMIA PROGRESSIVA

Em que pese o significativo avanço legislativo na matéria, consagrando a Doutrina da Proteção Integral no âmbito das tratativas infanto-juvenis, a regulação da autonomia no âmbito normativo brasileiro é ambígua. Se, por um lado, dispositivos como o art. 227 da Constituição Federal, o art. 3º, bem como os arts. 15 e 71, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e o art. 2º, I do Estatuto da Juventude conferem aos tutelados o direito à construção da autonomia, à liberdade de expressão, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária; por outro, optou o legislador civil pela adoção de um parâmetro estritamente taxativo no que concerne à capacidade civil (nos arts. 3º e 4º do Código Civil), desconsiderando o processo construtivo da autonomia, tão importante para a discussão deste tema.

O critério etário de aferição do discernimento infanto-juvenil adotado pelo ecossistema jurídico brasileiro (qual seja: são *absolutamente incapazes* de exercer

[16] MÉNDEZ, Emílio García. **Infância, lei e democracia na América Latina.** Blumenau: Edifurb, 2001, p. 32.
[17] PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente.** Uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 22-23.

pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos; e *relativamente incapazes*, em relação a certos atos e à maneira de exercê-los, os maiores de 16 e menores de 18 anos) apresenta um parâmetro fixo e taxativo, a partir do qual a análise casuística, na qual é possível verificar os elementos fáticos particulares presentes da situação concreta e melhor definir uma solução, perde espaço em detrimento da segurança jurídica.

É válido pontuar que a discussão acerca do conjunto de fatores que conformam a personalidade humana, no interior de sua ampla dimensão subjetiva, é – antes de acadêmica – filosófica e, por que não, poética, não constituindo objeto desse artigo esgotar o assunto. Porém, é certo que, como destacam Hosni e Stancioli, trata-se de uma *construção*, que permeia tanto aspectos biológicos quanto sociais (ambiente), de modo que a rigidez do sistema brasileiro de incapacidades para crianças e adolescentes é a prova de "como o direito pode ser insensível à forma como nos desenvolvemos enquanto pessoas e enquanto cidadãos"[18].

Nesse sentido, as ferramentas que o Direito nos oferta, enquanto disciplina estritamente dogmática, aparentam-se insuficientes na empresa da análise integral e transversal do desenvolvimento infanto-juvenil. Ao contrário da taxativa letra da lei, segundo a qual "considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade" (Art. 2º, ECA), em outras áreas do conhecimento, dentre as quais destacamos a neurociência, um entendimento mais amplo e construtivista é possível. E assim é possível visualizarmos na realidade, afinal, a capacidade, o discernimento e a autonomia não se desenvolvem do dia para a noite, entre os 17 e os 18 anos, antes, residem em complexos processos neurológicos de

[18] HOSNI, D.S.S.; STANCIOLI, B. **Temas em neurodireito [livro eletrônico]** / coordenação Renato César Cardoso, Brunello Stancioli, Leonardo Martins Wykrota. 1.ed. Belo Horizonte: Editora Ampla, 2021, p. 44.

diferenciação celular, em conjunto ao convívio social em sentido amplo (no qual inserem-se processos educacionais, culturais, familiares etc.).

Os subsídios da neurociência, por exemplo, demonstram que "as diferentes regiões do cérebro de um adolescente, e as conexões funcionais entre elas, desenvolvem-se em linhas do tempo distintas, resultando em uma assimetria entre os diferentes sistemas cerebrais"[19], de tal forma que o desenvolvimento emocional frequentemente sobrepõe-se às regiões que coordenam a autonomia e o autocontrole, como o córtex pré-frontal. Nesse sentido, a título de exemplo,

> Os adolescentes têm maior probabilidade do que crianças ou adultos de se envolverem em comportamentos de risco (...). Estudos comportamentais, observando os componentes desse comportamento, apontam que os adolescentes são normalmente mais impulsivos do que os adultos e mais inclinados a buscar experiências novas e emocionantes, especialmente na presença de colegas. Adolescentes têm menor probabilidade de considerar as consequências futuras de seus atos ou de pesar os custos potenciais tanto quanto as recompensas previstas do que os adultos[20].

Paralelamente ao desenvolvimento biológico, as novas experiências sensoriais, afetivas e os estímulos ambientais aos quais estão submetidos esse grupo permitem uma modulação cerebral (neuroplasticidade), que consiste na "capacidade do cérebro de mudar em resposta ao ambiente"[21]. Por esse motivo, crianças e adolescentes estão em um constante estado de aprendizagem e especialização das funções cerebrais: em uns mais rapidamente, em outros, tardiamente.

---

[19] Tradução livre do original: (...) different regions of the adolescent brain, and the functional connections among them, develop along distinct timelines, resulting in asymmetry among different brain systems. CASEY, B.J.; et. al. **How Should Justice Policy Treat Young Offenders? A Knowledge Brief of the MacArthur Foundation Research Network on Law and Neuroscience**, 2017, p. 2. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2881607>. Acesso em: 20 jul. de 2021.

[20] Tradução livre do original: Adolescents are more likely than children or adults to engage in risky behavior (...). Behavioral studies looking at the components of this behavior point out that teens are typically more impulsive than adults and more inclined to seek out novel and exciting experiences, especially in the presence of peers. Adolescents are less likely than adults to consider the future consequences of their acts, or to weigh the potential costs as heavily as the anticipated rewards. Ibidem, p. 2.

[21] Ibidem, p. 2.

Inobstante a relevante contribuição científica, é impossível determinar critérios objetivos o suficiente, de modo que possam ser tomados como condições *a priori* para a verificação do discernimento de uma criança/adolescente. Isso decorre do fato de que nem sempre é nítida, na análise do caso concreto, a graduação do desenvolvimento das faculdades psíquicas do jovem. Ao adolescente, cujo estágio de desenvolvimento intelectual e fisiológico coloca-o em uma posição intermediária entre crianças e adultos, por exemplo, é permitida a criação de contas em redes sociais, ainda que, nesse ínterim, os processos (aceitação dos Termos de Uso, das Políticas de Privacidade e Cookies) sejam validados, na prática, por um consentimento juridicamente ineficaz, nos termos do art. 104 Código Civil[22]. Deste modo, como pontua Elora Raad Fernandes, "quando se trata de proteger os dados de adolescentes na Internet, não basta considerar apenas a idade de consentimento para o tratamento de dados. Isso, pois a capacidade de tomada de decisões não é algo desenvolvido individualmente"[23].

Essa questão esvazia-se de sentido se analisada somente à luz do sistema de incapacidades oitocentista adotado pelo Código Civil brasileiro, o qual, ainda que provisione três momentos relativamente à capacidade, pauta-se "pela qualidade do discernimento, como se este fosse uma qualidade de desenvolvimento linear e sempre crescente"[24], e com isso, desconsidera o fato, cuja verificação pode ser científica ou até mesmo prática, de que a autonomia é um processo construtivo.

---

[22] Art. 104**:** A validade do negócio jurídico requer: **I** - agente capaz; **II** - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; **III** - forma prescrita ou não defesa em lei.

[23] FERNANDES, E. R. Trabalho final do IV Grupo de Pesquisa ITS Rio: Tratamento de dados de adolescentes no Brasil e a necessária proteção de direitos por design, 2020, p. 3. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2020/10/Tratamento-de-dados-de-adolescentes-no-Brasil-e-a-necess%C3%A1ria-prote%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-por-design_Elora_Fernandes.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

[24] HOSNI, D.S.S.; STANCIOLI, B, op. cit., 2021, p. 59.

1.3 OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES À LUZ DA ERA DIGITAL

Como já explicitado, a doutrina da proteção integral significou um marco na história do direito das crianças e dos adolescentes no país, uma vez que rompeu com o antigo padrão da doutrina da situação irregular, produzindo mudanças de paradigmas jurídicos, jurisdicionais, políticos, sociais e pedagógicos com ênfase para as possibilidades operacionais de proteção pela rede de garantias[25].

No entanto, a despeito desse novo paradigma possibilitar a concreção dos termos previstos na Lei Fundamental brasileira em consonância ao ECA no que diz respeito à operacionalização plena da proteção de crianças e adolescentes, impera-se a análise de que os desafios para se efetivar a ideia de uma ampla rede protetiva são constantes. Dentre esses obstáculos, destaca-se a garantia da proteção desses indivíduos no ambiente digital.

O cotidiano marcado pela onipresença de dispositivos conectados, especialmente após o advento do *Big Data* e da Internet das Coisas (IoT)[26], tornou a população imersa no âmbito da tecnologia digital, fazendo com que as pessoas produzam dados ao utilizarem essas tecnologias[27], de modo que "todos os aspectos da experiência humana são reivindicados como suprimentos de matéria-prima e usado com a finalidade de serem transformados em dados comportamentais"[28], os quais, são essenciais para o funcionamento das próprias plataformas. Assim, tendo em vista que as crianças e adolescentes pertencentes a essa era informatizada já nasceram sujeitas aos impasses que podem advir da sociedade digital, demonstra-se necessária a criação de instrumentos jurídico-

---

[25] SAUT, Roberto Diniz. **O direito da criança e do adolescente e sua proteção pela rede de garantias**. Revista Jurídica, v. 11, n. 21, jan./jun. 2007, p. 46.

[26] "Os 'nativos digitais', ao contrário das gerações anteriores, têm seus dados tratados desde a concepção, por meio de exames de ultrassom digital, babás eletrônicas, objetos e brinquedos conectados, o que pode significar modificações profundas na vida dessas pessoas no futuro (FERNANDES, op. cit. 2020, p. 3).

[27] BOTELHO, Marcos César. A LGPD e a proteção ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**. ISSN 2318-5732, v. 8, no 2, p. 197-231. 2020, p. 198.

[28] ZUBOFF, Shoshana. A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder, 2020, p. 31. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

legislativos capazes de promoverem a proteção especial desse grupo que naturalmente já se encontra em uma posição de vulnerabilidade, garantindo, dessa forma, o respeito às bases principiológicas consagradas no plano internacional e previstas no texto normativo brasileiro.

Nesse sentido, a exposição da intimidade, bem como a produção massiva de dados, aliadas ao mencionado caráter de vulnerabilidade natural de crianças e adolescentes levaram à conferência de previsão específica na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)[29] no que se refere ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Contudo, conforme se buscará expor nos tópicos seguintes deste trabalho, a existência de um único artigo na LGPD direcionado ao tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes, o qual menciona que essa proteção deve ser realizada em atenção ao princípio do melhor interesse, não se mostra suficiente para esgotar as discussões em torno do assunto. Daí a necessidade de avaliar alguns parâmetros para a materialização das recomendações abarcadas pelo dispositivo normativo em comento.

2. PROTEÇÃO DE DADOS: BASES LEGAIS DA LGPD

2.1 A VIRTUALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E A MEDIAÇÃO PARENTAL NO ACESSO À INTERNET

A convivência globalizada, experimentada gradativamente a partir da segunda metade do século XX, revolucionou as formas de interação social a nível local e global. Inaugurou, nesse sentido, um modelo de vida intrinsecamente conectado, quer seja através de computadores, notebooks, celulares, ou então, mais recentemente, de geladeiras, televisões e dispositivos de assistência pessoal. Sem prejuízo, é possível afirmar que habitamos um espaço hiperconectado, dentro do qual é imprescindível aprendermos "a conviver de forma saudável,

[29] BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 14 jun. 2021.

intersubjetiva e sociocultural mediados pelas tecnologias" (CONTE e INÁCIO, 2019, p. 65). Não haveria de ser de outra forma para crianças e adolescentes.

Em termos contextuais, de acordo com a Pesquisa TIC Kids Online Brasil de 2019, realizada com 2.954 crianças entre 9 e 17 anos, e 2.954 pais ou responsáveis, "89% da população entre 9 e 17 anos era usuária de Internet no Brasil, proporção que equivale a cerca de 24 milhões de crianças e adolescentes na faixa etária investigada"[30]. Trata-se de um expressivo parâmetro, mas sobre o qual duas observações, ainda que breves, devem ser feitas: (i) o mapeamento do acesso à internet acompanha a histórica desigualdade inter-regional brasileira, pois, enquanto as regiões centro-oeste e sudeste apresentam, respectivamente, 96% e 98% das crianças e adolescentes com acesso à internet, esse número reduz drasticamente nas regiões norte e nordeste, onde o acesso alcança apenas 79% desse grupo; (ii) as desigualdades sociais, também e históricas e marcantes no país, acarretam em um acesso diferenciado entre jovens da mesma idade, porém, de condições econômicas distintas.

Não se trata, ao menos não nesse primeiro momento, de criticar a virtualização das relações sociais, mas sim, de constatar essa hiperconectividade à qual crianças e jovens, em especial, estão submetidos. Particularmente porque já "nascem em uma sociedade tecnológica hiperconectada, além de possuírem rápida atração e intimidade com os artefatos, através de computadores, do acesso à internet, videogames e telefones celulares"[31]. Intimidade essa que, muitas das vezes, é maior do que a do próprio responsável, o qual, pelo contexto de criação e socialização, não detém conhecimento suficiente para utilizar os serviços

[30] CETIC. Resumo Executivo TIC Kids Online Brasil 2019 [livro eletrônico] / Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, [editor]. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020, p. 3. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123093441/resumo_executivo_tic_kids_online_2019.pdf. Acesso em: 28 jun. 2021.

[31] CONTE, Elaine; INÁCIO, Cláudia O. A criança e as tecnologias. Trabalho de Conclusão de Curso; (Graduação em Pedagogia) - Universidade La Salle; Orientador: Elaine Conte, 2018, p. 67. Disponível em: http://repositorio.unilasalle.edu.br/bitstream/11690/1219/1/CAP%C3%8DTULO%206%20-%20a_crian%C3%A7a_e_as_tecnologias.pdf. Acesso em: 28 jun. 2021.

online de maneira adequada e, por conseguinte, não consegue orientar um uso saudável desses serviços.

Esse é um ponto basilar para a discussão, pois é justamente o consentimento parental, *específico* e *em destaque,* um dos elementos de legitimação para a extração e tratamento de dados pessoais de crianças, segundo a LGPD[32].

Demonstra-se sintomático, assim, que o consentimento para a exploração de dados infantis seja autorizado por aquele que, embora responsável, seja despossuído dos subsídios informacionais para a tomada de decisão. Confirma essa contradição a pesquisa TIC Kids, segundo a qual, um terço da população entre 9 e 17 anos prestou ajuda tecnológica aos pais ou responsáveis todos os dias ou quase todos os dias em 2019, sendo que, no contexto das classes C e DE, esse número é ainda maior[33]. Sinteticamente, pode-se afirmar que "a escolaridade dos pais ou responsáveis está associada à realização de ações de orientação e verificação das atividades realizadas on-line por seus filhos"[34].

Ainda em termos quantitativos, esse suporte parental desenvolve-se 77% ensinando "jeitos seguros de usar a internet com segurança", 57% sentam "junto enquanto a criança ou o adolescente usava a Internet, conversando ou participando do que estava fazendo" e 55% ajudam "a fazer alguma coisa na Internet que a criança ou o adolescente não sabia como fazer"[35].

2.2 TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À LUZ DA LGPD

Em face da Doutrina da Proteção Integral, o art. 14. *caput* consagra, alinhado à hermenêutica constitucional, bem como aos dispositivos fornecidos

[32] **Art. 14, § 1º:** O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.
[33] CETIC, op. cit., 2020, p. 4
[34] Ibidem, p. 6.
[35] Ibidem, p. 6.

pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e pela Convenção sobre os Direitos da Criança (art. 3º §1º), que o *tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse*. Esse *standard* principiológico, ainda que volátil quanto ao conteúdo e à forma de aplicação, constitui uma importante ferramenta na avaliação dos riscos e benefícios da atividade online de crianças e adolescentes, além de subsidiar materialmente a extensão do tratamento de seus dados.

Como já apontado, o §1º do art. 14 estabelece o consentimento *específico* e *em destaque*[36], fornecido por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal, como hipótese legítima para o tratamento de dados pessoais de crianças. A *especificidade* diz respeito à exposição clara e concreta dos objetivos almejados com o tratamento dos dados. Ou seja, deve haver um alinhamento entre a finalidade, a forma e a extensão dessa coleta. Já o *destaque* prevê a necessidade de que essas informações estejam apartadas, destacadas, de modo que a visualização seja acessível ao usuário.

Importante destacar que a figura dos adolescentes, jovens entre 12 e 18 anos no sistema jurídico brasileiro, restou fora do dispositivo, o que suscita dúvidas quanto aos objetivos do legislador, pois sua exclusão do texto legal permite uma hermenêutica ora mais expansível ora mais restritiva. Coadunamos com o

[36] "O consentimento do titular de dados pessoais consiste na manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento dos dados pessoais para uma finalidade determinada. (...) O consentimento só pode ser considerado livre, informado e inequívoco se levada em conta a finalidade da operação de tratamento de dados pessoais. A finalidade é muito mais do que um mero acessório do consentimento, é um dos princípios da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Por finalidade, entende-se o propósito informado à pessoa natural acerca das operações que serão realizadas para tratar os seus dados. A conjugação do consentimento com a finalidade faz com que seja possível assegurar que, primeiro, o agente responsável pelo tratamento de dados pessoais tenha se esforçado para deixar claro quais os propósitos para a coleta, armazenamento e uso dos dados do titular e que, segundo, a anuência desse titular seja feita da forma mais esclarecida quanto for possível" (ZAPPELINI, Thaís Duarte. **Guia de proteção de dados pessoais: crianças e adolescentes** / Thaís Duarte Zappelini. - São Paulo: CEPI-FGV Direito SP, 2020. p. 15-16).

posicionamento de Chiara de Teffé[37], segundo a qual, "é possível que se tenha optado por considerar jurídica e legítima situação de ampla aceitação social", tendo-se estabelecido uma espécie de exceção ao regime de incapacidades. Todavia, *pari passu*, observa-se o quanto essa abertura pode ser prejudicial ao usuário dos serviços, pois desconsidera o arcabouço axiológico adotado pela própria lei, da Doutrina de Proteção Integral, a qual, ainda que preveja a *construção* de autonomia e o respeito à *autodeterminação* do jovem adolescente, ampara-o sob os cuidados parentais por, justamente, condicioná-lo a uma situação de vulnerabilidade.

Destacam, assertivamente, nesse sentido, Hosni e Stancioli[38] que a "proteção", da doutrina da proteção integral, não é incompatível com a proposição da capacidade de fato para o adolescente, "uma vez que proteção não significa necessariamente substituição ou representação, mas possibilidade de desenvolvimento em ambiente saudável e protegido, considerada a possibilidade de exercício direto e pessoa de seus próprios direitos".

De lado os adolescentes, a lei prossegue no §3º do art. 14 acerca do tratamento de dados da criança sem consentimento prévio. Trata-se da hipótese em que o controlador, para a proteção da criança ou, então, para o contato com os pais/responsável legal, com vistas a buscar seu consentimento, realiza o tratamento de dados uma única vez, sem, entretanto, armazená-los ou repassá-los a terceiros, afora o previsto no §1º. Vale destacar que esse dispositivo recorre ao rol de possibilidades elencadas no art. 7º, dos *Requisitos para o Tratamento de Dados Pessoais*, o qual prevê outras bases legais para o tratamento de dados pessoais, para além do consentimento. No caso específico do tratamento de dados para a obtenção do consentimento parental, há de se recorrer ao art. 7º, II:

[37] TEFFÉ, Chiara de. **Tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes: considerações sobre o artigo 14 da LGPD**. *In:* A LGPD e o novo marco normativo no Brasil, 2018, p. 165. Belo Horizonte: Arquipélago Editorial, 2020.
[38] Ibidem, p. 46.

para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador. A coleta e o tratamento, portanto, devem respeitar o princípio da minimização da coleta de dados e restringir-se categoricamente à finalidade de obter o consentimento parental.

Adiante, no §4º do art. 14 a lei estabelece que, em jogos, aplicações de internet ou outras atividades, o controlador não deverá condicionar a participação dos usuários ao fornecimento de dados pessoais, além daqueles estritamente necessários ao funcionamento da atividade. Essa previsão busca combater a coleta de dados excessiva, primando uma política de proteção pautada no *princípio da minimização dos dados*, o que busca evitar a coleta de informações cujo tratamento pode revelar dados sensíveis altamente rentáveis para as plataformas e prejudiciais ao desenvolvimento infantil. Busca-se, ainda neste raciocínio, evitar as chamadas *políticas de tudo ou nada*, as quais condicionam o uso da plataforma à aceitação de todos os termos de uso por parte do usuário, "porque impõem condições do tipo 'é pegar ou largar' aos usuários, e estes as aceitam, quer gostem delas, quer não"[39].

Esses "acordos de termos de serviço" ou ainda "termos e políticas de privacidade", em vista da forma de contratação, são espécies de contrato de adesão, uma vez que impõem *cláusulas estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo*, nos termos do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor. Em linhas gerais, enquanto o contrato constitui um acordo de vontades entre duas partes "que negociam e estabelecem seu objeto através do pleno exercício da sua liberdade de contratar, tem seus traços fundamentais sensivelmente alterados"[40], os contratos de adesão, em decorrência do que se convencionou chamar de fatores de "despersonalização do contrato" (ausência

[39] ZUBOFF, op. cit., 2020, p. 64.
[40] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor** [libro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, não paginada.

de contato direto entre os contratantes, crescimento das empresas e a adoção de estruturas cada vez mais complexas de decisão pelas grandes corporações), sofrem uma uniformização dos termos contratuais, o que permite um melhor planejamento e mais vantagens para o controlador de dados[41]. Em suma, "restringem a vontade de um dos contratantes apenas à decisão de celebrar ou não o ajuste, mas sem nenhuma relevância para definição do seu conteúdo"[42].

Adiante, a lei estabelece um parâmetro aberto para a averiguação, por parte do controlador, do consentimento dos pais ou responsável legal da criança, devendo *realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento a que se refere o § 1º* (§5º). Em face disso, duas observações são importantes: (i) é necessário o estabelecimento de parâmetros objetivos em relação à qualidade do esforço empreendido pelo controlador de dados na busca pela verificação do consentimento, tarefa que pode restar à ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados) ou à jurisprudência, de modo a assegurar a proteção jurídica da criança, bem como o controlador de dados; (ii) além disso, cuidar para que os *esforços razoáveis* não se transformem em *esforços para além do necessário*, representando uma "carta branca" para a coleta e o tratamento de dados de crianças sem o consentimento devido, estabelecido pelo §1º[43].

Por fim, o § 6º disserta acerca do grau de acessibilidade das informações sobre o tratamento de dados (ex.: quais dados são coletado, como são tratados, mediante quais objetivos e sob que circunstâncias) aos pais e responsáveis, e às crianças. São adequadamente expostas, segundo o dispositivo, quando consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais

[41] Ibidem, n.p.
[42] Ibidem, n.p.
[43] "Desmembrando esta obrigação legal do responsável pelo tratamento de dados em duas partes, temos que: (i) os esforços razoáveis remetem àqueles adequados, mínimos, que refletem uma tentativa válida de acordo com os meios disponíveis no mercado, fazendo uso de meios idôneos e eficientes; e (ii) a verificação do consentimento em si remete à exigibilidade da ação do responsável pelo tratamento de realizar a checagem por meio de ferramentas de conferência" (Zappelini, Thaís Duarte. **Guia de proteção de dados pessoais: crianças e adolescentes** / Thaís Duarte Zappelini. - São Paulo: CEPI-FGV Direito SP, 2020. p. 15-16).

e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais, de forma a proporcionar a informação necessária à tomada de decisão, isto é, do fornecimento do consentimento (Art. 14, §6º). Interessante a preocupação do legislador em propiciar um ecossistema online bem informado, não somente para os responsáveis, mas também para os usuários.

Essa ponderação é relevante, pois, uma maior intimidade e capacidade de lidar com as novas tecnologias pode ser inversamente proporcional, em razão da idade, à capacidade de discernimento quanto aos riscos e consequências futuras. Esse é, mais uma vez, um ponto de intersecção útil entre direito e neurociência. Como já comentado, o amadurecer é um processo. Trata-se de um contínuo e gradual, ora mais acelerado ora menos, acúmulo de conhecimentos e experiências sociais, além de um maturar biológico. Na transição entre a infância e a adolescência, modificações cerebrais (detidamente, a mielinização do cérebro, aumentando sua "matéria branca" em detrimento de sua "matéria cinza") permitem o aperfeiçoamento de funções executórias e habilidades psicossociais, pois "conexões neurais mais eficientes no córtex pré-frontal são importantes para funções cognitivas elevadas – planejamento de futuro, sopesamento de riscos e benefícios e decisões complexas"[44].

Nesse sentido, é possível afirmar que, quando comparados a adultos, "adolescentes têm mais propensão a comportamentos de risco, são tipicamente mais impulsivos e têm dificuldade em considerar as consequências futuras de seus atos"[45]. Porém, em relação às crianças, adolescentes a partir dos 14, quando colocados em ambientes controlados, "possuem capacidades cognitivas semelhantes àquelas dos adultos, compreendidas estas como capacidades de

[44] Tradução do original: "More efficient neural connections within the prefrontal cortex are important for higher-order cognitive functions—planning ahead, weighing risks and rewards, and making complicated decisions, among others—that are regulated by multiple prefrontal areas working in concert" (STEINBERG, Laurence. **Should the Science of Adolescent Brain Development Inform Public Policy? Issues in Science and Technology**. Dallas: The University of Texas at Dallas, 2012, p. 68. [on line]. Disponível em: http://www.issues.org/28.3/steinberg.html#. Acesso em: 22 jul. 2021.).
[45] HOSNI, D.S.S.; STANCIOLI, B, op. cit., 2021, p. 50.

entender e racionalizar"[46], importantes no momento de concordar com termos de uso (fato que, na prática, é o que ocorre), identificar comportamentos mal-intencionados ou, ainda, controlar-se mediante um anúncio direcionado.

A acessibilidade quanto às informações sobre o tratamento de dados abre uma discussão, acessória ao objetivo desse artigo, acerca das plataformas desenhadas e aperfeiçoadas para o uso específico de crianças e adolescentes. Ambientes seguros, cuja própria formatação permite um maior controle parental, menores riscos às ameaças virtuais, além de estabelecerem políticas de tratamento de dados alinhadas com a ideia de não comercialização das experiências online, visando o melhor interesse da criança e a minimização dos dados[47].

Em suma, o arcabouço de bases legais trazidas pela Lei Geral de Proteção de Dados permite as seguintes conclusões: (i) a primeira possibilidade para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes é o consentimento *específico* e em *destaque* dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal; (ii) o tratamento dos dados pessoais de crianças e adolescentes deve sempre acompanhar e ser realizado sob o paradigma de seu melhor interesse; (iii) adotou-se do princípio da minimização de dados, restringindo a coleta de informações pessoais ao estritamente necessário para o funcionamento da atividade; (iv) excepcionou-se a coleta de dados pessoais sem o consentimento previsto no §1º mediante duas hipótese: (a) utilizar as informações para realizar o contato com os pais ou o responsável; ou (b) para a segurança da criança; (v) coaduna-se esse raciocínio ao disposto no §5º, da realização de todos os "esforços razoáveis" para a averiguação da qualidade do consentimento fornecido; e, por fim, (vi) priorização por um ecossistema online acessível, com informações

[46] Ibidem, 2021.
[47] INSTITUTO ALANA; INTERNETLAB. O direito das crianças à privacidade: obstáculos e agendas de proteção à privacidade e ao desenvolvimento da autodeterminação informacional das crianças no Brasil. Contribuição conjunta para o relator especial sobre o direito à privacidade da ONU. São Paulo, 2020, p. 31-32.

explícitas, claras e adequadas às características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário.

2.3. CAPTURA E TRATAMENTO DE DADOS: A ESTRUTURA DA VIGILÂNCIA

Apesar de constatação simples, as tecnologias da informação – aqui tomadas em seu sentido amplo – constituem elemento fundamental no processo de inserção social do indivíduo na contemporaneidade. Nesse sentido, o modelo de socialização mediado por tecnologias pode constituir, em larga medida, um assalto a certos atributos da personalidade, especialmente, em face da comercialização das experiências humanas, da predição e modificação comportamental, e dos modelos de negócio baseados em dados, técnicas de perfilamento e tecnologias persuasivas[48]. No tocante às crianças e adolescentes,

> O contexto hiperconectividade atual, no qual um número crescente de indivíduos e objetos vêm sendo continuamente conectados por meio de tecnologias digitais em rede, tem favorecido a chamada **datificação da infância**. Crianças e adolescentes passam a ser vistos não como pessoas, mas como um conjunto de dados, que pode ser explorado[49].

O funcionamento desse organismo econômico, denominado por Shoshana Zuboff[50] de "capitalismo de vigilância", caracteriza-se, sobretudo por reivindicar "de maneira unilateral a experiência humana como matéria-prima gratuita para a tradução em dados comportamentais", os quais, em parte retornam para o melhor funcionamento das plataformas, mas em larga medida conformam o chamado *superávit comportamental* (um complexo de informações adicionais e acessórias deixadas pelo usuário nas plataformas), que será comercializado em *mercados futuros comportamentais* (leilões de informações precisas, em razão da sua altíssima capacidade preditiva e modificativa do comportamento humano, com o objetivo de veicular propagandas direcionadas)[51].

---

[48] ZUBOFF, op. cit., 2020.
[49] ITS - Tratamento de dados de adolescentes no Brasil e a necessária proteção de direitos por design. DESTAQUE NOSSO
[50] ZUBOFF, op. cit., 2020.
[51] ZUBOFF, op. cit., 2020. p. 18-19.

Cabe aqui um breve ressalte: os pilares de vigilância do capitalismo não se conformaram por um acidente trágico do destino, antes, foram "conscientemente projetados para encorajar o uso constante e a superexposição daqueles que os utilizam, para que mais dados possam ser coletados e armazenados". É sim possível pensar e construir tecnologias alinhadas aos interesses de privacidade e autonomia do indivíduo, pois o *digital* permite-se sob diversas formas, a depender da lógica econômica que o anima[52]. Em termos definitivos, não se deve confundir os imperativos econômicos com as necessidades tecnológicas para o bom funcionamento das plataformas online[53].

Esse modelo de negócio, cuja capacidade preditiva afeta todos os usuários online, impacta mais severamente crianças e adolescentes, tendo em vista as vulnerabilidades preexistentes à atividade online. As possibilidades de intrusão à privacidade infanto-juvenil expandem-se exponencialmente após o contato com "mídias sociais, cookies de navegador, e-mail, mecanismos de busca, plataformas e aplicativos de vídeo, jogos, brinquedos e dispositivos conectados, plataformas e serviços educacionais, etc."[54]. A preocupação torna-se ainda mais profunda quando se considera a possibilidade do levantamento de dados pessoais referentes a crianças menores de 13 anos (parâmetro etário para o uso das principais redes sociais) por parte das companhias de anúncios digitais. Segundo Dylan Collins, CEO da companhia *SuperAwesome*, essas companhias "podem possuir, sozinhas, algo em torno de 70 milhões de informações diferentes sobre uma criança simplesmente por causa do sua navegação cotidiana"[55].

---

[52] Ibidem, p. 26.
[53] Ibidem, p. 27.
[54] INSTITUTO ALANA; INTERNETLAB. O direito das crianças à privacidade: obstáculos e agendas de proteção à privacidade e ao desenvolvimento da autodeterminação informacional das crianças no Brasil. Contribuição conjunta para o relator especial sobre o direito à privacidade da ONU. São Paulo, 2020, p. 19.
[55] Tradução livre do original: "(...) companies alone might have gathered somewhere north of 70 million different pieces of information on that child just because of their day to day browsing" (COMPANIES can gather over 70 million pieces of data from a child before they turn 13. NewsTalk,

Essas técnicas de captura e persuasão comportamental, possibilitadas pelo tratamento massivo de dados e pela lógica de mercado das *big techs*, afeta o desenvolvimento seguro e autônomo da criança. Afinal, não resta dúvida quanto à necessidade de um ambiente que resguarde a privacidade e a intimidade infantis para o desenvolvimento saudável e integral da criança, "promovendo a sua autoconfiança e o desenvolvimento da sua maturidade, permitindo-lhes experimentar e explorar diferentes dimensões de si próprios, na busca por sua identidade, sem o risco de vigilância ou exposição"[56].

Alinhado a esse entendimento, o Comentário geral n° 25 da ONU sobre os Direitos das Crianças em relação ao ambiente digital, recomenda aos Estados Partes a proibição, por lei, da prática do perfilhamento ou da publicidade direcionada para crianças para fins comerciais baseadas "em um registro digital de suas características reais ou inferidas, incluindo dados grupais ou coletivos, publicidade direcionada por associação ou perfis de afinidade"[57]. As práticas de perfilhamento, publicidade direcionada, conteúdo hiperselecionado, predição e modificação comportamental, apesar de atingirem a todos os usuários, atingem com maior impacto as crianças e adolescentes, causando-lhes danos existências, como "ansiedade, agressão, vício, compulsão e dependência de dispositivos, também diminuindo a criatividade, autonomia, memória, sono e educação das crianças"[58].

Merece destaque, ainda, o tratamento de dados biométricos e de geolocalização de crianças e adolescentes, os quais, podem apresentar

---

Dublin, 03 de set. de 2020. Disponível em: https://www.newstalk.com/news/child-protection-guidelines-data-1070935. Acesso em: 28 jun. 2021).

[56] INSTITUTO ALANA; INTERNETLAB, op. cit., 2020, p. 19.

[57] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentário geral n° 25 sobre os Direitos das Crianças em relação ao ambiente digital**. Comitê dos Direitos da Criança, 2021. Disponível em: https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/04/comentario-geral-n-25-2021.pdf. Acesso em: 12 jul. 2021.

[58] "O direito das crianças à privacidade: obstáculos e agendas de proteção à privacidade e ao desenvolvimento da autodeterminação informacional das crianças no brasil" (INSTITUTO ALANA; INTERNETLAB, op. cit., 2020, p. 23).

"ameaças à sua integridade física, mental e sexual, especialmente por meio de contatos não autorizados e maliciosos, ampliando o risco de abuso online e off-line"[59]. Esse fator reforça o entendimento acerca da necessidade de plataformas arquitetadas sob os parâmetros do melhor interesse da "segurança por design".

O caminho traçado pelas grandes corporações, entretanto, é diametralmente oposto. Guiadas pelo *imperativo de extração*, as grandes companhias investem na "expansão contínua da arquitetura de extração para adquirir matéria-prima em escala a fim de alimentar um dispendioso processo que gera produtos de predições que atraem e retêm mais clientes"[60]. Paralelo a isso, insistem no discurso – e no lobby[61] – de que a regulação legislativa é incapaz de acompanhar o ritmo de atualização das novas tecnologias e são uma forma de burocratização desnecessária.

4. PARÂMETROS DE MATERIALIZAÇÃO: A JURISPRUDÊNCIA SOBRE MELHOR INTERESSE E AS NORMATIVAS INTERNACIONAIS

4.1 O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

O melhor interesse é um princípio que, progressivamente, abandona a presença exclusiva na esfera privada (para a resolução de litígios em direito de família) para vincular o poder público no momento da tomada de decisão e da formulação de políticas públicas. As instituições públicas, em relação às iniciativas educacionais, culturais, sociais e comunitárias que efetivem a participação infantil na sociedade, sempre devem possuir, enquanto elemento norteador, o melhor

[59] Ibidem, p. 20.
[60] ZUBOFF, op. cit., 2020. p.155.
[61] "Google gasta mais do que nunca em um único trimestre tentando influenciar as eleições de funcionários em Washington". Tradução livre de: "Google spent the most it ever has in a single quarter trying to influence elected officials in Washington" (SHABAN, Hamza. **Google spent the most it ever has trying to influence Washington: $6 million. The Washington Post, Washington, 21 de jul de 2017. Disponível em: <**https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2017/07/21/google-spent-the-most-it-ever-has-trying-to-influence-washington-6-million/>. Acesso em: 14 jul. 2021).

interesse da criança. Nesse sentido, a Constituição Federal, em seu art. 227, afirma ser um dever da "família, da sociedade e do Estado" o cuidado, com absoluta prioridade, para com as crianças e adolescentes, raciocínio que coaduna com o entendimento levantado pela Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, quando menciona não somente as "instituições públicas e privadas", mas também os "tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos" (art. 3º, I).

Desta forma, o melhor interesse da criança, longe de ser um princípio exclusivo da matéria relativa à proteção de dados, abrange – como já mencionado – especialmente o Direito de Família, em questões relativas à guarda, adoção, tutela, visitação, poder familiar e paternidade[62]. Através de uma revisão bibliográfica-jurisprudencial, buscamos compreender quais parâmetros o STJ[63] utilizou para decidir os casos concretos, quando acionou tal princípio. Para tanto, analisamos os resultados do mecanismo de buscas do sítio do STJ e da revisão jurisprudencial sobre o tema, realizada por Marcello Vieira de Mello[64], o qual, por sua vez, utilizou-se dos métodos quantitativo e qualitativo, para repercutir os acórdãos declarados pela Corte.

O preenchimento material do conteúdo dos princípios jurídicos é uma tarefa legada ao tomador de decisões em face ao caso concreto. Essa discricionariedade dirigida ao juízo, entretanto, não significa arbitrariedade, uma vez que, mesmo sendo a lógica de aplicação dos princípios diferente daquela utilizada nas regras jurídicas[65], sua aplicação deve ser justificada por uma razoável

---

[62] VIEIRA, Marcello de Mello. O melhor interesse da criança e o direito à convivência familiar: estabelecendo parâmetros para análise do princípio a partir das decisões do STJ. *In:* O direito civil nos tribunais superiores [recurso eletrônico]: **Anais do V Congresso Mineiro de Direito Civil** / organizado por Marcelo de Mello Vieira, Mariana Alves Lara. 1. ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2020, p. 645.

[63] A interpretação do Art. 105 da Constituição Federal, permite afirmar que compete ao Superior Tribunal de Justiça a uniformização da interpretação da lei federal em todo o país, de modo a prestar solução definitiva aos casos civis e criminais, que não envolvam matéria constitucional.

[64] VIEIRA, op. cit., 2020.

[65] As regras jurídicas aplicam-se no esquema "tudo ou nada", isto é, caso o suporte fático que a compõe seja preenchido pelas circunstâncias concretas, aplica-se esta e não aquela outra regra, cuja matéria remete a outra situação. Importante ressaltar que, diferentemente dos princípios,

ponderação de motivos, através dos quais se contextualizará a aplicação ao caso. Ou seja, os princípios não apresentam, como as regras, razões definitivas, mas sim, razões *prima facie*[66]. Atrelando esse entendimento à discussão do artigo, bem resume Marcelo de Mello Vieira quando diz que "sendo um princípio jurídico, o melhor interesse possui um conteúdo mínimo fixo, mas possui também certa flexibilidade que lhe permite se adaptar para atuar nas mais variadas situações possíveis que possam ocorrer de uma criança"[67].

Todavia, em sentido contrário, análise dos julgados permite inferir que o STJ não apresenta parâmetros – mínimos – próprios para a aplicação do princípio do melhor interesse, muito menos dirigem-se os entendimentos no sentido das normativas internacionais sobre o assunto, como o já citado Comentário Geral nº 14 da ONU.

A falta de um consenso jurisprudencial acerca dos critérios para a definição do melhor interesse da criança no âmbito das decisões judicias é uma grave questão, pois permite a utilização do termo como mero elemento retórico: um recurso ao qual se recorre para justificar uma decisão, sem preocupar-se, o juiz, em preenchê-lo com a concretude material necessária. Merece destaque, nesse sentido, "o fato de que em onze julgados o melhor interesse da criança foi apenas citado na ementa ou ao longo da decisão"[68], sem corresponder a qualquer argumentação posterior sobre os critérios de sua utilização, além de outras duas decisões, em que "foi apenas relembrado o caráter interpretativo do princípio, também não sendo feita nenhuma indicação sobre como ele foi compreendido no caso"[69].

---

regras conflitantes não coexistem no ordenamento jurídico, pois, o conflito entre suas normativas resolve-se no plano da validade, mediante a adoção da técnica da subsunção.

[66] FERNANDES, Bernardo G. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 292.

[67] VIEIRA, op. cit., 2020, p. 628.

[68] Ibidem, p. 649.

[69] Ibidem, p. 649.

Um caminho possível e adotado em sete oportunidade[70] foi aquele segundo o qual o princípio deve ser compreendido como "a efetivação dos direitos infanto-juvenis, justamente o núcleo duro do melhor interesse"[71]. Esse entendimento, porém, ainda é vago, porque pouco delimita materialmente quais direitos devem ser efetivados, uma vez que, em situações de litígio, há não só um, mas vários caminhos possíveis a serem tomados, todos eles com distintas propostas de efetivação de direitos. Esse é o grande dilema do tomador de decisão: encontrar, frente às possibilidades do caso, qual o melhor caminho para o presente e o futuro da criança. Além da segurança jurídica, a parametrização dos critérios de preenchimento do melhor interesse permite tornar essa análise mais objetiva e, cada vez menos, baseada nos critérios morais do juízo.

4.2 O MELHOR INTERESSE: PARÂMETROS TEÓRICOS E DIRETRIZES INTERNACIONAIS

Em conformidade ao que se buscou elucidar no presente artigo, o paradigma da hiperconectividade e da ultra informatização já é uma realidade latente inclusive, e talvez principalmente, para as crianças. Isso se comprova quando da análise de dados indicativos que apontam que elas são um terço dos usuários de internet em todo o mundo.[72] Nessa perspectiva e ainda em virtude do caráter de vulnerabilidade desses sujeitos, mostrou-se urgente a elaboração de estratégias capazes de tornar as tecnologias digitais mais seguras a esse público.

Atenta à necessidade de fornecimento de orientações acerca das medidas legislativas, de políticas e outras bases relevantes para garantir a proteção de crianças, a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio do Comitê dos

---

[70] Quais sejam: AgInt no AREsp. 890218/RJ, REsp. 1497628/DF, REsp. 1550166/DF, REsp. 916350/RN, REsp. 993458/MA, Resp. 1032875/DF.
[71] VIEIRA, op. cit., 2020, p. 647.
[72] NOGUEIRA, João Gabriel. UNICEF diz que 1 em cada 3 usuários na internet é uma criança. **Mundo conectado.** Florianópolis: 27 dez. 2017. Disponível em: https://mundoconectado.com.br/noticias/v/4353/unicef-diz-que-1-em-cada-3-usuarios-na-internet-e-uma-crianca. Acesso em: 22 jul. 2021.

Direitos da Criança, publicou, em março de 2021, o Comentário Geral nº 25 sobre os direitos da criança em relação ao ambiente digital.

Antes de adentrar nas recomendações e pontos-chave trazidos pelo referido comentário, é válido o apontamento de que a Convenção sobre os Direitos da Criança reconhece como crianças os indivíduos entre 0 a 18 anos. Desse modo, infere-se que o Comentário Geral abrange os direitos tanto de crianças quanto de adolescentes. Isso ocorre pois, no Brasil, o ECA define como crianças os indivíduos de 0 a 12 anos incompletos e como adolescentes os que estão na faixa etária de 12 a 18 anos.

O documento se propôs, em suma, a indicar as diretrizes elementares para os Estados a respeito do cumprimento de suas obrigações em promover e proteger os direitos e o melhor interesse da criança também no ambiente digital. Para tanto, cuidou de enfatizar que a Convenção sobre os Direitos da Criança, já anteriormente mencionada, deve ser aplicada igualmente ao contexto das novas tecnologias.

Assim, o Comentário Geral postulou alguns princípios responsáveis por fornecerem a lente através da qual deve ser observada a aplicação de todos os outros direitos previstos na Convenção. Devendo, portanto, servir como um norte para a determinação das medidas essenciais à efetivação dos direitos das crianças em relação ao ambiente digital.

O primeiro princípio, qual seja o da **não-discriminação**, exige que os Estados Partes assegurem que todas as crianças tenham acesso igual e efetivo ao ambiente digital de maneiras que sejam significativas para elas. Sendo assim, os Estados Partes devem ser chamados a adotar todas as posturas necessárias para superar a exclusão digital. Nesse tópico, insta destacar que outras formas de discriminação podem surgir quando processos automatizados que resultem em filtragem de informações, perfilamento ou tomada de decisões são baseados em

dados tendenciosos, parciais ou obtidos de forma injusta em relação a uma criança.

Em seguida, tem-se a menção ao **princípio do melhor interesse da criança**, conceito dinâmico que, como visto acima, requer uma avaliação adequada ao contexto específico. Para respeitá-lo, os Estados Partes precisam considerar todos os direitos das crianças, inclusive seu direito a buscar, receber e difundir informações, a receber proteção contra todo dano e a que suas opiniões sejam devidamente observadas.

O terceiro princípio relaciona-se ao **direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento.** Objetiva-se examinar os riscos atinentes ao conteúdo, contato, conduta e contrato, abrangendo, entre outras coisas, conteúdo violento e sexual, agressão cibernética e assédio, jogos de azar, exploração e abuso, incluindo exploração e abuso sexual, e a propagação ou incitação a atividades suicidas ou que ponham em risco a vida, inclusive por criminosos ou grupos armados designados como terroristas ou extremistas violentos. Torna-se imprescindível, assim, que os Estados Partes se atentem aos efeitos da tecnologia nos primeiros anos de vida, quando a plasticidade cerebral é máxima e o ambiente social, em particular as relações com as mães, pais e cuidadores, é crucial para moldar o desenvolvimento cognitivo, emocional e social das crianças.

O Comentário ressalta, ainda, a importância do **respeito pela opinião da criança,** tendo em vista que a utilização das tecnologias digitais pode contribuir na participação das crianças em nível local, nacional e internacional, fazendo com que suas vozes sejam ouvidas. Dessa forma, revela-se crucial que os Estados Partes desenvolvam legislação, políticas, programas, serviços e treinamentos sobre os direitos das crianças em relação ao ambiente digital, de modo que todas as crianças tenham seus pontos de vista respeitados.

O documento traz, por fim, a dimensão de análise do **desenvolvimento progressivo das capacidades**, tratando do processo de aquisição gradual de

competências, compreensão e agência por parte das crianças. Isso porque, os riscos e oportunidades associados ao engajamento das crianças no ambiente digital mudam dependendo de sua idade e estágio de desenvolvimento.

Em complemento às pautas principiológicas, o Comentário reconhece a influência e os impactos da comunicação mercadológica dirigida ao público infantil nas mídias e tecnologias digitais e recomenda, nesse sentido, que os Estados proíbam por lei a prática de publicidade direcionada com base em dados de crianças e adolescentes. Ademais, anuncia a obrigação também das empresas em atuarem na proteção de crianças no ambiente digital. No contexto pátrio, por exemplo, tal reconhecimento atrela-se ao artigo 227 da Constituição brasileira, o qual prevê a responsabilidade compartilhada entre famílias, Estado e toda a sociedade – incluindo o setor corporativo – em promover, com absoluta prioridade, os direitos das crianças.

Sem prejuízo aos elementos trazidos no Comentário n° 25, convém mencionar, em complemento, o conteúdo abarcado pelo Comentário Geral n° 14[73], também elaborado pelo Comitê dos Direitos da Criança da ONU, o qual disciplina sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja primacialmente tido em conta. O texto em questão se pauta na previsão disposta no art. 3º, parágrafo 1º, da Convenção sobre os Direitos da Criança, de que "todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança."

Nesse documento, o Comitê destaca que o interesse superior da criança é um conceito com natureza tripla, sendo um direito substantivo; um princípio jurídico fundamentalmente interpretativo; e uma regra processual. Dessa forma, a

[73] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentário geral n° 14 sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja primacialmente tido em conta**. Comitê dos Direitos da Criança, 2013. Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/cdc_com_geral_14.pdf. Acesso em: 12 jul. 2021.

aplicação plena do conceito do interesse superior da criança requer a avaliação de todos os elementos de uma situação concreta. Para isso, alguns passos devem ser seguidos: inicialmente, no contexto factual específico do caso, faz-se preciso observar quais os elementos relevantes para uma avaliação do interesse superior, determinar o seu conteúdo concreto, e ponderar a sua importância em relação aos outros elementos; em segundo lugar, é necessário seguir um procedimento que assegure as garantias legais e a aplicação adequada deste direito.

Ante as perspectivas expostas nos referidos Comentários e ainda considerando o fato do ambiente digital estar em constante evolução e expansão, nota-se que o caminho para se garantir a observância ao princípio do melhor interesse da criança e a sua efetiva proteção de dados passa pelos trilhos do incentivo à alfabetização digital. Consoante a essa educação digital de cunho emancipatório, mostra-se essencial a existência de um apropriado controle parental, baseado no amplo diálogo. Não resta dúvida que a privação ao uso não é um caminho adequado, pelo contrário, pode significar expressivo prejuízo ao desenvolvimento das capacidades intelectivas da criança e do adolescente, além de representar um retrocesso na matéria de efetivação do direito à cidadania digital. O inverso, qual seja, permitir um uso indiscriminado de aparelhos eletrônicos, redes sociais e jogos, é tão prejudicial quanto. Isso porque, além da vulnerabilidade que o tratamento de dados desses indivíduos pode fornecer ao próprio desenvolvimento de sua personalidade, do qual já tratamos, o uso excessivo desses dispositivos pode gerar transtornos de ansiedade, depressão, insegurança e cyberbullying[74].

[74] "Com relação aos efeitos negativos, são reportados: aumento de ansiedade e depressão, provocando dificuldades de sair de casa, se divertir, estudar e trabalhar; piora da qualidade do sono e aumento do cansaço crônico; piora na satisfação com a imagem corporal (...); cyberbullying, caracterizado como a prática ou o recebimento de atos de violência (...)" (NIC.BR/CETIC.BR. **Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC kids online Brasil 2018 [livro eletrônico]** / Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, [editor]. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2019, p. 56. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/216370220191105/tic_kids_online_2018_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021).

Deste modo, é bastante sugestiva a adoção de uma via intermediária, a qual, reconhecendo a importância da inserção no mundo digital, não desampare esses indivíduos da proteção jurídico-constitucional que possuem. Ou seja, a solução parece caminhar no sentido de uma bem orientada mediação parental e familiar, aliada à efetivação de políticas públicas de regulação de dados, bem como às iniciativas privadas de proteção dos usuários (como o *privacy by design* e o *privacy by default*), todas elas alinhadas ao princípio do melhor interesse. Esse é, sem dúvidas, apenas um dos caminhos possíveis, mas que consegue com suficiente eficiência bem mediar o convívio infanto-juvenil no ambiente digital, pois chama ao debate ao menos três atores a que se refere o art. 227 da CF, a família, a sociedade e o Estado.

Nesse sentido, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados deve estabelecer normativas padrões a serem seguidas pelos controladores de dados para a proteção online de crianças e adolescentes, tais como: (i) coleta de dados pessoais em respeito ao mínimo necessário para o funcionamento das plataformas e serviços (respeito ao princípio da minimização); (ii) intransmissibilidade dos dados pessoais de crianças e adolescentes – sobretudo os menores de 16 anos – sem prévia autorização parental, específica e em destaque, para tanto; (iii) implementação de estruturas de segurança online, as quais não prescindam de uma dinâmica de captação de dados que viole a privacidade do usuário, isto é, aliar privacidade e segurança, de modo a garanti-las integralmente sem prejuízo da outra; (iv) desenvolvimento de plataformas direcionadas, de ponta a ponta, ao público infanto-juvenil, através de processos de tratamento de dados cujos padrões de segurança e privacidade estejam alinhados com as diretrizes legais (a) do melhor interesse (art. 14, *caput*); (b) do consentimento parental específico e em destaque (art. 14, §1º); (c) da publicização de quais dados são coletados, bem como mediante quais processos e com quais objetivos (art. 14, §2º); (d) da proibição das políticas de privacidade do "tudo ou nada", que condicionam a

participação ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade (art. 14, §4º); e, por fim, (e) da necessidade de adequar as informações disponíveis sobre o tratamento de dados às características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou, inicialmente, contextualizar o leitor diante da perspectiva histórica da proteção da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro. Partiu-se, então, para uma abordagem acerca de pressupostos fáticos que indicam o caráter heterogêneo do tratamento jurídico-social dado aos pertencentes dessa faixa etária ao longo do tempo. Nesse momento, pretendeu-se demonstrar que o imenso debate no plano internacional acerca dos diversos aspectos da proteção da infanto-adolescência, sobretudo a partir da década de 1980, bem como a consolidação da doutrina da proteção integral, mostraram-se de suma importância para as reformas legislativas e conquistas observadas na atualidade no tocante à temática.

Em um segundo momento, as questões previamente estudadas, envolvendo o regime de incapacidades adotado pelo Código Civil pátrio, foram analisadas à luz da ideia de uma autonomia progressiva. Para tanto, cuidou este trabalho de evidenciar o caráter ambíguo e contraditório da regulação da autonomia no âmbito normativo nacional, ressaltando, inclusive, que o critério etário de aferição do discernimento infanto-juvenil adotado pelo ecossistema jurídico brasileiro apresenta um parâmetro fixo e taxativo. Na oportunidade, buscou-se induzir que a capacidade de tomada de decisões não é algo desenvolvido individualmente, logo, considerar somente a idade de consentimento para o tratamento de dados não se mostra uma estratégia sensata.

Em seguida, para findar o debate introdutório relacionado à posição de centralidade assumida pelos menores no contexto da era digital, foi sustentado

que a exposição da intimidade, bem como a produção massiva de dados, aliadas ao caráter de vulnerabilidade natural de crianças e adolescentes, levaram à conferência de previsão específica na Lei Geral de Proteção de Dados. Aduziu-se, no entanto, que a existência de um único artigo na lei em comento direcionado ao tratamento de dados pessoais desses sujeitos não se configura suficiente para esgotar a querela em torno do assunto.

Com efeito, a fim de se avaliar alguns parâmetros para a materialização das recomendações abarcadas pelo dispositivo normativo supracitado, foi dedicado um tópico para o levantamento de questões atinentes à virtualização das relações sociais e a mediação parental no acesso à internet. Dentro dessa perspectiva, apontou-se, de maneira crítica, a estrutura de vigilância utilizada hodiernamente na captura e tratamento de dados. Destacando, aqui, que as práticas de perfilhamento, publicidade direcionada, conteúdo hiperselecionado, predição e modificação comportamental atingem com maior impacto as crianças e adolescentes.

Em continuidade à análise da proteção de dados de crianças e adolescentes à luz da LGPD, foram levantados alguns parâmetros de materialização do dispositivo normativo. Para isso, foram evidenciadas as aplicações do princípio do melhor interesse com base em pesquisas jurisprudenciais e das normativas internacionais, com destaque aos comentários gerais publicados pelo Comitê dos Direitos da Criança, da ONU. Nesse ponto, dado o caráter complexo e controverso desse princípio, notabilizou-se que a ausência de um consenso jurisprudencial a respeito dos critérios para a definição do melhor interesse da criança no âmbito das decisões judiciais é um assunto sensível. Isso pois, o preenchimento material do conteúdo dos princípios jurídicos é uma tarefa legada ao tomador de decisões em face ao caso concreto.

Assim, sem a pretensão de esgotar o tema, o trabalho empenhou-se em apontar que o atendimento ao princípio do melhor interesse da criança, tal como

a efetiva proteção de dados desses indivíduos, exige uma alfabetização digital adequada associada a um controle parental responsável e apropriado. Para tal, propôs-se a demonstrar que faz-se imprescindível a elaboração e discussão de estratégias e normas a fim de promoverem a proteção dos menores em uma sociedade informatizada. Concluindo, por fim, que, apesar dos desafios encontrados para interpretar e concretizar o artigo 14 da LGPD, especialmente no tocante ao princípio do princípio do melhor interesse, é preciso pensar, a partir dele e, ainda, em consonância às normativas internacionais, possibilidades de assegurar a real proteção desse público.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. **Doutrina da Proteção Integral**. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos. 11. Ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2018.

BOTELHO, Marcos César. A LGPD e a proteção ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**. ISSN 2318-5732, v. 8, no 2, p. 197-231. 2020, p. 198

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm.

CASEY, B.J.; et. al. **How Should Justice Policy Treat Young Offenders? A Knowledge Brief of the MacArthur Foundation Research Network on Law and Neuroscience**, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2881607.

CETIC. Resumo Executivo TIC Kids Online Brasil 2019 [livro eletrônico] / Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, [editor]. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20201123093441/resumo_executivo_tic_kids_online_2019.pdf. Acesso em: 28 jun. 2021.

CONTE, Elaine; INÁCIO, Cláudia O. A criança e as tecnologias. Trabalho de Conclusão de Curso; (Graduação em Pedagogia) - Universidade La Salle; Orientador: Elaine Conte, 2018. Disponível em: http://repositorio.unilasalle.edu.br/bitstream/11690/1219/1/CAP%C3%8DTULO%206%20-%20a_crian%C3%A7a_e_as_tecnologias.pdf. Acesso em: 28 jun. 2021.

COMPANIES can gather over 70 million pieces of data from a child before they turn 13. NewsTalk, Dublin, 03 de set. de 2020. Disponível em: https://www.newstalk.com/news/child-protection-guidelines-data-1070935. Acesso em: 28 jun. 2021

INSTITUTO ALANA; INTERNETLAB. O direito das crianças à privacidade: obstáculos e agendas de proteção à privacidade e ao desenvolvimento da autodeterminação informacional das crianças no Brasil. Contribuição conjunta para o relator especial sobre o direito à privacidade da ONU. São Paulo, 2020.

FERNANDES, Bernardo G. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FERNANDES, E. R. Trabalho final do IV Grupo de Pesquisa ITS Rio: Tratamento de dados de adolescentes no Brasil e a necessária proteção de direitos por design, 2020. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2020/10/Tratamento-de-dados-de-adolescentes-no-Brasil-e-a-necess%C3%A1ria-prote%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-por-design_Elora_Fernandes.pdf.

HOSNI, D.S.S.; STANCIOLI, B. **Temas em neurodireito [livro eletrônico**] / coordenação Renato César Cardoso, Brunello Stancioli, Leonardo Martins Wykrota. 1.ed. Belo Horizonte: Editora Ampla, 2021.

MÉNDEZ, Emílio García. **Infância, lei e democracia na América Latina.** Blumenau: Edifurb, 2001.

MENESES, Elcio Resmini. **Medidas Socioeducativas: uma reflexão jurídico pedagógica.** 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor [libro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, não paginada.

NIC.BR/CETIC.BR. **Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC kids online Brasil 2018 [livro eletrônico]** / Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR, [editor]. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2019. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/216370220191105/tic_kids_online_2018_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.

NOGUEIRA, João Gabriel. UNICEF diz que 1 em cada 3 usuários na internet é uma criança. **Mundo conectado.** Florianópolis: 27 dez. 2017. Disponível em: https://mundoconectado.com.br/noticias/v/4353/unicef-diz-que-1-em-cada-3-usuarios-na-internet-e-uma-crianca. Acesso em: 22 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentário geral n° 14 sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja primacialmente tido em conta**. Comitê dos Direitos da Criança, 2013. Disponível em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/cdc_com_general_14.pdf. Acesso em: 12 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentário geral n° 25 sobre os Direitos das Crianças em relação ao ambiente digital.** Comitê dos Direitos da Criança, 2021. Disponível em: https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/04/comentario-geral-n-25-2021.pdf. Acesso em: 12 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos das Crianças**, 1959. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html. Acesso em: 12 jul. 2021.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente.** Uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral de Direito Civil**, vol. I. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

POLETTO, Leticia Borges. **A (des)qualificação da infância: a história do Brasil na assistência dos jovens**, 2012. Disponível em: http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/anpedsul/9anpedsul/paper/viewFile/1953/329. Acesso em: 20 jul. 2021.

PRIORE, Mary Del (Org.). **História das crianças no Brasil.** 7. ed., 1ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2013.

SAUT, Roberto Diniz. O direito da criança e do adolescente e sua proteção pela rede de garantias. **Revista Jurídica - CCJ/FURB**. ISSN 1982-4858, v. 11, no 21, p. 45 - 73, jan./jun. 2007.

SHABAN, Hamza. **Google spent the most it ever has trying to influence Washington: $6 million. The Washington Post, Washington, 21 de jul de 2017. Disponível em: <**https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2017/07/21/google-spent-the-most-it-ever-has-trying-to-influence-washington-6-million/>. Acesso em: 14 jul. 2021

STEINBERG, Laurence. **Should the Science of Adolescent Brain Development Inform Public Policy? Issues in Science and Technology**. Dallas: The University of Texas at Dallas, 2012. Disponível em: http://www.issues.org/28.3/steinberg.html#. Acesso em: 22 jul. 2021

VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro. **Revista TST,** Brasília, vol. 79, no 1, jan/mar 2013.

VIEIRA, Marcelo de Mello. **Direito de crianças e de adolescentes à convivência familiar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

VIEIRA, Marcello de Mello. **O melhor interesse da criança e o direito à convivência familiar: estabelecendo parâmetros para análise do princípio a partir das decisões do STJ**. *In:* O direito civil nos tribunais superiores [recurso eletrônico]: Anais do V Congresso Mineiro de Direito Civil / organizado por Marcelo de Mello Vieira, Mariana Alves Lara. 1. ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2020. Disponível em: https://3b40e513-a517-4792-bb5a-2701884f48e7.filesusr.com/ugd/22f22b_6baf969622d24f738cd71c60e9516801.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.

TEFFÉ, Chiara de. **Tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes: considerações sobre o artigo 14 da LGPD**. *In:* A LGPD e o novo marco normativo no Brasil, 2018. Belo Horizonte: Arquipélago Editorial, 2020.

ZAPPELINI, Thaís Duarte. **Guia de proteção de dados pessoais: crianças e adolescentes** / Thaís Duarte Zappelini. - São Paulo: CEPI-FGV Direito SP, 2020.

ZUBOFF, Shoshana. A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder, 2020. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS AGENTES DE TRATAMENTO DE DADOS: UMA ANÁLISE À LUZ DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS – LGPD

Geicimara Kelen Custódio Silva[1]
Jader Barbosa Moreira Filho[2]
Luiz Fernando da Silva Martins Mata[3]

RESUMO: Diante do cenário de novas tecnologias, no qual as pessoas estão cada dia mais expostas a novos riscos e desafios, crescem as demandas de responsabilização quanto à proteção de dados. Desse modo, o presente artigo pretende analisar a natureza jurídica da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, com o fito de esclarecer a controvérsia acerca do regime geral adotado. A partir de revisão bibliográfica, o trabalho, inicialmente, apresenta os novos paradigmas da responsabilidade civil no contexto contemporâneo, perpassa pelos agentes de tratamento de dados previstos na LGPD e analisa os *standards* de conduta dispostos na legislação. Nessa esteira, após apresentação do regime geral de responsabilidade civil da lei, discute-se as divergências na doutrina brasileira oriundas da falta de precisão legislativa no que tange à natureza jurídica da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados. Em um segundo momento, com base em um método dedutivo, o trabalho em questão visa a identificar, a partir da redação do diploma legal, que o regime adotado pela LGPD para os agentes de tratamento de dados é o da responsabilização subjetiva. Destarte, em regra, para que haja a responsabilização dos agentes de tratamento de dados, deve haver a comprovação do elemento culpa.

PALAVRAS-CHAVE: LGPD; Responsabilidade Civil; Tratamento de dados.

---

[1] Graduanda em Direito na Universidade Federal de Lavras.
[2] Graduando em Direito na Universidade Federal de Lavras.
[3] Graduando em Direito na Universidade Federal de Lavras.

INTRODUÇÃO

Na sociedade da informação, com o advento das novas tecnologias, o Direito Civil passou a lidar com novos desafios, os quais envolvem, principalmente, a proteção de dados. Nesse sentido, com o fito de se alinharem às diretrizes internacionais, os legisladores brasileiros voltaram-se à criação de uma lei que versasse sobre o tratamento[4] de dados pessoais. Desse modo, em agosto de 2018, surgiu a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, nº 13.709, que trata especificamente da proteção de dados pessoais.

No país, já existem outros diplomas que regulam, de maneira indireta, a proteção de dados, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei no 8.078/90), o Código Civil (Lei no 10.406/2002) e o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014). A LGPD, no entanto, foi a primeira que tratou com profundidade a temática, trazendo contornos e definições de elementos centrais à proteção de direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural - o que representou um eminente avanço em termos de legislação nacional.

A referida lei, para além da inovação que simboliza, trouxe em sua redação um dilema acerca de qual regime de responsabilidade civil deve ser adotado para os agentes de tratamentos de dados. Em função disso, surgiram posicionamentos doutrinários divergentes, dentre eles: o da responsabilidade objetiva, defendido por Cíntia Pereira Lima[5], Tarcísio Teixeira, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca Armeli[6],

---

[4] Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

[5] LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Agentes de Tratamento de Dados Pessoais (Controlador, Operador e Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais). In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Org.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei n. 13.709/2018**, com alteração da lei n.13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020.

[6] TEIXEIRA, Tarcísio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. Responsabilidade e Ressarcimento de Danos por Violação às Regras Previstas na LGPD: um Cotejamento com o CDC. In: LIMA, Cíntia

Danilo Doneda e Laura Schertel Mendes[7]; e o da responsabilidade subjetiva, sustentado por Gustavo Tepedino, Gisela Sampaio, Aline Terra,[8] Fernando Tasso,[9] Bruno Bioni e Daniel Dias.[10] Isso ocorre porque o legislador não explicitou qual seria a teoria adequada para responsabilizar os agentes que realizassem um tratamento irregular.

Importante contextualizar que, na fase contemporânea, o foco do instituto da responsabilidade civil tem sido orientado mais pelo imperativo de reparar um dano, e menos pela urgência em censurar seu responsável.[11] A tendência moderna da reparação dos danos tem sido construída por mecanismos que a desviam da responsabilidade individual.[12] Um exemplo de grande amplitude é, certamente, a legislação sobre acidentes no trabalho, a qual transfere, de modo geral, a responsabilidade ao empregador.

A revolução industrial e as inovações informacionais ao longo do século XX impuseram novas condições de vida aos indivíduos, tais como a urbanização e a inserção das máquinas na vida cotidiana. De tal modo, a era do maquinismo

> [...] trouxe consigo o aumento do número de acidentes, tornando cada vez mais difícil para a vítima identificar uma "culpa" na origem do dano e [...] surgiu, então, o impasse: condenar uma pessoa não culpada a reparar os

Rosa Pereira de (Org.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei n. 13.709/2018**, com alteração da lei n.13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020.

[7] MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. **Reflexões iniciais sobre** a **nova lei geral de proteção de dados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 120, 2018, p. 469–483.

[8] TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES,Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil**: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4.

[9] TASSO, Fernando. A. **A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor**. In: Cadernos Jurídicos: Direito Digital e proteção de dados pessoais. Ano 21, nº 53. São Paulo: 2020.

[10] BIONI, Bruno; DIAS, Daniel. Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 3, 2020. Disponível em: https://bit.ly/3xMva2M. Acesso em: 13 jul. 2021.

[11] NETO, Eugênio Facchini. Da responsabilidade civil no novo código. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 76, n. 1, 2010, p. 20

[12] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 12ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018, p. 373.

> danos causados por sua atividade ou deixar a vítima, ela também sem culpa, sem nenhuma indenização.[13]

À proliferação de inúmeros acidentes e à insuficiência do elemento culpa ao papel de indenizar um dano é atribuído o início da classificação da responsabilidade em objetiva e subjetiva. A discussão, nesse contexto, voltava-se à reparação do dano, ou seja, a um objetivo exterior - e não meramente interior e subjetivo, tal qual acontecia na teoria tradicional da culpa.[14] A responsabilidade objetiva desloca o seu fundamento para a teoria do risco, que será posteriormente analisada. O intuito, portanto, era contornar as complexas relações que surgiam e, ao mesmo tempo, acompanhar as demandas que delas emergiram.

Em uma perspectiva ampla, o artigo discute o modo como a evolução tecnológica, que tanto influenciou na formação do referido instituto, precisa acompanhar também as novas situações concretas e ser capaz de tutelá-las hoje. E, para além disso, debate como a imprecisão normativa presente na LGPD, quanto à responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados, suscita controvérsias e dificuldades na elaboração de um posicionamento consolidado sobre qual regime teria sido adotado. Tal fato, por sua vez, salienta a necessidade de lançar luz a essa disputa doutrinária ainda muito recente.

Objetiva-se, no primeiro tópico, apresentar os desafios enfrentados pela responsabilidade civil na era dos dados, sobretudo a partir da constatação de que o ambiente virtual apresenta novas situações que necessitam de proteção legal. Argumenta-se que as novas tecnologias trazem riscos que não são contemplados pelo regime tradicional de responsabilidade civil. O segundo tópico tem a finalidade de identificar os agentes de tratamento de dados previstos na LGPD e suas respectivas funções, em consonância com a análise de seus padrões técnicos de conduta dispostos no referido diploma. O terceiro tópico, marcadamente

[13] NETO, Eugênio Facchini. **Da responsabilidade civil no novo código.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 76, n. 1, 2010, p. 22-23
[14] NETO, Eugênio Facchini. **Da responsabilidade civil no novo código.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 76, n. 1, 2010, p. 23

argumentativo, preocupa-se em descrever de que forma a seção específica da LGPD trata a responsabilidade civil e o ressarcimento de danos. Por fim, são apresentados os embates doutrinários existentes, com o fito de compreender a responsabilização subjetiva como a melhor interpretação extraída da LGPD, traçando um paralelo com o Código Civil (2002).

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL DIANTE DA EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA NA ERA DOS DADOS

Os institutos do Direito Civil, em especial, o da Responsabilidade Civil, devem acompanhar as evoluções tecnológicas. Na era dos dados, ao operar uma simples rede social, as pessoas trocam informações, autorizam conexões e acabam cedendo os seus dados. Realizar uma compra na internet, acessar um software na nuvem, realizar *login* em uma página ou acessar arquivos que estejam hospedados no ambiente virtual são exemplos disso.

Uma das principais finalidades para a qual esses dados são utilizados é traçar um perfil comportamental dos usuários. Nesse viés, as redes sociais e as plataformas virtuais se valem dessas informações para atrair anunciantes e interessados em levar os seus produtos, serviços e/ou notícias ao público específico desejado por eles. Vale ressaltar que, em grandes proporções, o possuidor de tais dados pode ser capaz até mesmo de influenciar o cenário econômico, político e social de um país.[15] Tal desdobramento se deu, por exemplo, nas eleições dos Estados Unidos da América - EUA, em 2017, quando Donald Trump foi eleito. Naquela situação, os dados obtidos de usuários do Facebook e informações armazenadas foram utilizados para influenciar as pessoas a votarem nos candidatos ao pleito. Os usuários, prováveis eleitores de Donald Trump, eram

[15] FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais - Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro.** 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 23-52, p. 32.

bombardeados com postagens de cunho político, seja através de notícias falsas divulgadas em massa ou de informações negativas da candidata opositora ao ex-presidente norte-americano.[16]

Os dados alcançados por meio da rede conectada podem ser manipulados, tratados, construídos e até mesmo transformados, o que, em tese, representa um novo desafio para a responsabilidade civil, a qual deve se adaptar a essa nova dinâmica. Nesse contexto, há riscos de que o resultado alcançado com tal processamento seja utilizado para finalidades não autorizadas pelo titular - causando, por si só, dano a este. Isso acontece porque se trata de uma das modalidades de dano *in re ipsa*[17], ou seja, o dano decorre do próprio ato ilícito, por isso é presumido. Importante destacar que, de acordo com Carlos Nelson Konder:

> Nessa toada, o direito à privacidade supera o viés individual e passivo do tradicional "direito a ficar só", cunhado no final do século XIX para defender a esfera íntima contra as invasões da imprensa, para assumir novo papel, restabelecendo ao sujeito o controle sobre suas informações: passa-se do domicílio à rede, do sigilo à circulação, da proteção estática à proteção dinâmica, de um poder de exclusão a um poder de controle. Sob essa perspectiva de empoderamento, a privacidade desdobra-se no direito à autodeterminação informativa e no "espaço (inviolável) da liberdade de escolhas existenciais"[18].

Com a permanente evolução da tecnologia na sociedade da informação, o ambiente virtual passou a expor as pessoas a novos riscos, os quais são decorrentes do grande fluxo de dados que circulam, diariamente, em um universo digital e mudam de maneira constante e acelerada. No que diz respeito ao tratamento de dados, especificamente, um dos maiores riscos que o ambiente

---

[16] GODINHO, Adriano Marteleto; NETO, Genésio Rodrigues de Queiroga; TOLÊDO, Rita de Cássia de Morais. A responsabilidade civil pela violação a dados pessoais. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 3, n. 1, p. 1-23, jan./abr. 2020, p. 12.

[17] Dano *in re ipsa* "deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis ou facti*, que decorre das regras da experiência comum". (FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2012, , p. 83. Disponível em: https://bit.ly/3xFEZ2p. Acesso em: 13 jul. 2021.)

[18] KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018. *In:* TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, v.1, p. 262.

virtual apresenta são os chamados incidentes de segurança. Exemplo disso foram as tentativas não autorizadas de acesso que ocorreram em janeiro de 2014, na qual uma enxurrada de e-mails falsos convidava os usuários a baixarem uma versão atualizada do aplicativo de mensagens WhatsApp. No entanto, eram apenas sites que se disfarçavam como inofensivos e davam ao invasor acesso a um computador infectado, com o fito de roubar dados bancários dos usuários.[19]

Existem também os vazamentos de dados, os quais consistem na exposição de informações e dados a pessoas não autorizadas. Em abril de 2021, a revista *Business Insider* publicou uma reportagem expondo o vazamento de cerca de 533 milhões de dados pessoais (telefones, nomes completos, e-mails, datas de nascimento) oriundos de contas do Facebook.[20] Além disso, vale exemplificar, de acordo com Bruno Bioni, que a exploração dos dados sensíveis gera um risco de discriminação. Isso decorre da possibilidade de um tratamento desigual a pessoas ou até mesmo a grupos, por motivos relacionados às suas características pessoais como cor de pele, classe social, sexualidade, dentre outras peculiaridades do indivíduo[21]. Sua ocorrência pode ser individual ou coletiva, é o que acontece nas práticas discriminatórias de *geo princing*[22] e *geo blocking*[23].

Nesse sentido, Stefano Rodotà propõe reflexão sobre a crescente quantidade de informações pessoais que são coletadas por instituições públicas e privadas com o auxílio da tecnologia. Nas palavras do autor, é evidente que as instituições objetivam "a aquisição dos elementos necessários à preparação e gestão de programas de intervenção social, por parte dos poderes públicos, e o

---

[19] LANDIM, Wikerson. Os 12 principais incidentes com segurança da informação em 2014. **Tecmundo**, 2015. Disponível em: https://cutt.ly/PmPXU9q. Acesso em: 12 jul. 2021.
[20] HOLMES, Aaron. 533 million Facebook users' phone numbers and personal data have been leaked online. **Business Insider**, 2020. Disponível em: https://bit.ly/3yVn3Rz. Acesso em: 12 jul. 2021.
[21] BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2019, p. 85.
[22] *Geo princig*: consiste em modificar a lista básica de preços baseado na localização geográfica do comprador.
[23] *Geo blocking*: é a tecnologia responsável por restringir o acesso a um conteúdo da internet baseado na localização geográfica do usuário.

desenvolvimento de estratégias empresariais privadas" para obter controle sobre os cidadãos, conforme o viés político dominante ou comportamentos prevalecentes.[24] Reitera-se, então, que os dados também servem para fins de controle social, por isso, sua coleta e tratamento devem ser tutelados com a devida atenção.

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais elencou três categorias de dados que devem receber proteção: a dos dados pessoais, a dos dados anonimizados e a dos dados sensíveis. Segundo a LGPD, o dado pessoal é toda informação relacionada à pessoa natural que seja capaz de identificá-la ou torná-la identificável.[25] Ou seja, qualquer informação que auxilie na identificação de um indivíduo, como nome completo, número do RG ou CPF, endereço, além de fotografias, gravações de vídeo e áudio, e-mails, preferências de compras e dados bancários. O dado anonimizado, por sua vez, é conceituado como dado relativo ao titular que não seja capaz de identificá-lo, pois foi descaracterizado durante seu tratamento.[26] Assim, a LGPD evidencia, em seu art. 12, que a legislação não os considera dados pessoais para os fins desta Lei, salvo em casos em que o processo de anonimização for revertido.[27]

Por fim, os dados sensíveis fazem parte da categoria de informações que dizem respeito às preferências e opiniões essencialmente particulares, as quais compõem a esfera íntima do titular. São eles: origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso,

---

[24] RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância:** a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 28.

[25] Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

[26] Art. 5º, III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento.

[27] Artigo 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.

filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.[28]

Com base no exposto, diante de uma ampliação dos riscos propagados rapidamente por meio da rede virtual, é notório que a responsabilidade civil deve atuar aliada à proteção dos dados pessoais dos usuários, com o fito de salvaguardar interesses devidamente fundamentados na LGPD.[29] A responsabilização civil, portanto, surge como uma ferramenta necessária para adequar o desenvolvimento tecnológico à garantia de direitos civis no ambiente virtual.

É inegável que o cenário das novas tecnologias exige do instituto a tarefa de prevenir e compensar lesões a interesses existenciais e patrimoniais que venham a ser atingidos. A partir dos riscos envolvendo tratamentos de dados no ambiente virtual, a responsabilidade civil deve apresentar soluções a fim de esclarecer a problemática. Nesse contexto, surge a figura dos agentes de tratamento de dados, os quais são peças-chaves do processo tecnológico na conjuntura atual, e que requerem uma definição nítida de qual posição ocupam dentro do regime da responsabilidade civil.

2. AGENTES DE TRATAMENTO DE DADOS PREVISTOS NA LGPD

Os incisos VI e VII do art. 5º da LGPD preveem a existência dos agentes de tratamento de dados, são eles: controlador e operador.[30] A Lei também apresenta

[28] Art. 5° Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

[29] Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade; II - a autodeterminação informativa; III -a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV - à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

[30] Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

outro sujeito em seu texto: o encarregado.[31] Apesar de também ser importante no que concerne ao tratamento de dados, tal diploma normativo não o considera como um agente de tratamento.[32] Sendo o encarregado um funcionário ou um prestador de serviços do controlador, não se aplica a ele o regime de responsabilidade civil extraído dessa Lei.

Nessa esteira, se o encarregado for um funcionário do controlador, as leis trabalhistas serão aplicadas a ele no que tange à responsabilidade civil do empregado pelos danos causados ao empregador ao exercer suas funções. Em outra perspectiva, se for uma pessoa jurídica prestadora desse serviço, o contrato entre ela e o controlador será determinante para estabelecer as regras de responsabilidade entre as partes.[33] Como demonstrado, a análise da responsabilidade civil pressupõe a abordagem da estrutura e função do operador e do controlador.

2.1 CONTROLADOR

A definição de controlador estabelecida no inciso VI do art. 5° da LGPD é "pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais". Em outras palavras, é o sujeito de direito responsável por tomar todas as decisões em relação aos dados coletados, já que é o maior interessado no tratamento destes. Logo, é quem dita as diretrizes internas do que será feito com aquelas informações. Em virtude disso, é o principal responsável por quaisquer incidentes de segurança que venham a

VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador.

[31] Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: VIII - encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD);

[32] Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: IX - agentes de tratamento: o controlador e o operador.

[33] LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Agentes de Tratamento de Dados Pessoais (Controlador, Operador e Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais). In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Org.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei n. 13.709/2018**, com alteração da lei n.13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020. p. 279-296, p. 294

ocorrer com os dados que forem cedidos a ele. Ademais, é também incumbido por nomear quem será o encarregado.[34]

No cenário contemporâneo, os controladores são os sujeitos que, de certo modo, dependem dos dados de seus usuários e dessas informações fornecidas para que ofereçam seus serviços.[35] Um exemplo interessante ocorre quando um sujeito está procurando um produto para comprar, por exemplo, e, após visitas a sites de *e-commerce*, começam a surgir vários anúncios dessa mesma mercadoria em suas redes sociais.

Se você já pesquisou algum *smartphone* para comprar na internet, provavelmente se deparou, logo depois, com uma enormidade de anúncios desse produto em suas redes sociais. Essa estratégia é chamada de *Remarketing*[36] e é feita pelo Facebook: os consumidores, ao concordarem com os *cookies*[37] de um site comercial (neste caso, o controlador), estão aceitando ceder dados pessoais e preferências de consumo. Nesse sentido, a plataforma, por meio de anúncios personalizados, transfere as informações coletadas ao Facebook. Esses anúncios são ferramentas responsáveis por exibir, automaticamente, itens às pessoas de acordo com suas preferências. Assim, tendo como base seu banco de dados, anuncia os produtos nas redes sociais exatamente para potenciais compradores.

Pela incidência de tal realidade a muitos dados pessoais, o legislador vislumbrou a necessidade de estabelecer limites para este controle. Para isso, ao

---

[34] Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] VIII - encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD);

[35] LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Agentes de Tratamento de Dados Pessoais (Controlador, Operador e Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais). In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Org.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei n. 13.709/2018**, com alteração da lei n.13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020. p. 279-296, p. 291

[36] FACEBOOK. **Anúncios dinâmicos do Facebook:** faça o remarketing dos produtos do seu site. Disponível em: https://bit.ly/3knlS8k. Acesso em: 30 abr. 2021.

[37] Cookies são arquivos criados pelos sites que uma pessoa visita. Eles tornam sua experiência on-line mais fácil, economizando informações de navegação. Com os cookies, os sites podem manter seu login, lembrar suas preferências do site e fornecer conteúdo relevante localmente. (GOOGLE. **Limpar, ativar e gerenciar cookies no Chrome**. Disponível em: https://bit.ly/3xI6HLX. Acesso em: 30 abr. 2021).

longo do texto da LGPD, foram impostas obrigações que devem ser obedecidas pelos controladores de dados. Essas refletem desde o atendimento de requisições e o fornecimento de informações adequadas aos titulares dos dados pessoais (art. 18 e 20, respectivamente), até a elaboração de relatórios sobre a operação e tratamento dos dados (art. 38), além do dever de comunicar à autoridade nacional e aos titulares sobre a ocorrência de incidente de segurança (art. 48), dentre outras obrigações previstas na lei.

Percebe-se que a figura do controlador possui um grande poder sobre o tratamento dos dados pessoais. Por conta disso, alguns padrões de conduta devem ser seguidos, a fim de evitar possíveis violações a direitos de personalidade dos titulares dos dados. Assim, antes de analisar esses padrões, urge analisar a figura do operador de dados, a qual se relaciona diretamente com o controlador e possui suma importância na responsabilização civil por eventuais danos causados.

2.2 OPERADOR

O operador de dados está indicado no inciso VII do art. 5º da LGPD e é a "pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador". Nesse viés, pode-se dizer que é aquele que cumpre as ordens estabelecidas pelo controlador no que diz respeito ao tratamento de dados, devendo seguir não somente as diretrizes estipuladas pelo controlador, mas também as previsões legais sobre a matéria. É importante destacar que, caso a ordem do controlador tenha sido a execução de ato ilícito, cabe ao operador desobedecê-la. Do contrário, ele também terá responsabilidade no ato, conforme o art. 42, inciso I, da LGPD.[38]

[38] Art. 42, I - o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei;

O operador, outrossim, não possui um interesse direto pelos dados tratados, mas é responsável por tratá-los. Uma empresa de *call center*, enquanto operadora, contratada por um banco (controlador), somente poderá coletar informações de um cliente referentes ao negócio da instituição bancária. Tendo em vista que bancos precisam, em tese, de informações como nome, endereço, informações sobre movimentações financeiras, dentre outros dados pessoais, a empresa de *call center* não poderia coletar dados sobre a geolocalização do correntista, por exemplo, sem que houvesse uma específica finalidade.[39] Isso tudo, claro, dentro de uma situação hipotética.

É interessante notar que uma determinada empresa pode assumir tanto o papel de controlador quanto de operador. Percebe-se que não há uma pré-definição de que um empresa de um ramo específico será sempre controlador ou operador, mas tal apontamento será feito a partir das atividades desempenhadas no caso concreto. Diferentemente do caso de Remarketing, o *Facebook*, ao coletar, armazenar e decidir o que será feito com os dados de novos usuários, exerce a função tanto do controlador quanto do operador.

As obrigações concernentes ao operador estão diretamente relacionadas às ordens do controlador. Assim, de acordo com o art. 39 da LGPD, "o operador deverá realizar o tratamento segundo as instruções fornecidas pelo controlador, que verificará a observância das próprias instruções e das normas sobre a matéria". Cabe ressaltar que as instruções fornecidas pelo controlador devem estar em conformidade com a lei, pois, como já exposto, haverá responsabilidade solidária desses dois agentes em caso de violação legal.

Após breve exposição dos papéis desses dois agentes de tratamento de dados trazidos pela LGPD, fica evidente que a distinção entre controlador e

[39] Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

operador não está atrelada diretamente às atividades desempenhadas pelo empreendimento ou pelo nicho de seu mercado. Na verdade, está relacionada, sobretudo, ao tipo de interesse, controle e poder que a empresa terá sobre os dados coletados. Destarte, faz-se relevante a análise dos padrões de conduta que devem ser seguidos por esses agentes. A observação desses padrões demonstrará uma certa indicação de que a natureza jurídica da responsabilidade civil na LGPD é subjetiva.

2.3 *STANDARDS* DE CONDUTA DOS AGENTES DE TRATAMENTO DE DADOS

A LGPD, a fim de garantir uma efetiva proteção dos titulares dos dados, apresenta, em seu Capítulo VII (art. 46 a 51), intitulado "Da segurança e das boas práticas", uma série de deveres aos agentes de tratamentos. Esses deveres também são chamados de *standards*[40] e, em síntese, significam padrões de conduta que devem ser seguidos pelos agentes com a finalidade de garantir um correto tratamento de dados.

Anteriormente à análise desses padrões de conduta, faz-se relevante evidenciar o sentido de "segurança" e apresentar algumas funções da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Salienta-se a definição bastante ampla do termo indicada pelo legislador no inciso VII, art. 6º da LGPD, além da necessidade em estabelecê-la como um dos princípios das atividades de tratamento de dados pessoais. Nesse sentido, refere-se à "utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão".

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados, prevista pela LGPD e criada por meio da Lei nº 13.853 de 2019, é um órgão da administração pública federal

[40] TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil**: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4. p. 241.

que possui uma série de atribuições no que tange à proteção de dados pessoais. Para o objeto deste trabalho, as funções da ANPD que devem ser destacadas são: i) elaboração de diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade; ii) estímulo à adoção de padrões para serviços e produtos que facilitem o exercício de controle dos titulares sobre seus dados pessoais; iii) e edição de regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade.

Com relação aos *standards*, perceber-se-á que o texto da Lei não é muito específico ao tratar desses deveres, porém, há uma evidente indicação do caminho a ser seguido pelos agentes de tratamento de dados. Nesse sentido, o artigo 46 trata da exigência de se tomar medidas que sejam capazes de, efetivamente, mitigar os riscos aos quais os dados estão expostos durante o seu tratamento. Isso significa que, tanto o controlador quanto o operador, devem se valer de mecanismos concretos que atendam à segurança dos titulares dos dados, tendo em vista parâmetros como a confidencialidade, a integridade e a disponibilidade.[41]

No art. 46, § 1º, da LGPD, surge a figura da ANPD, a qual "poderá dispor sobre padrões técnicos mínimos para tornar aplicável o disposto em seu caput". Tal dispositivo estabelece que a autoridade nacional possui autonomia para dispor, em regulamentações, sobre as medidas a serem tomadas pelos agentes, considerando as características específicas dos dados e as possibilidades tecnológicas para executar as medidas de segurança. O art. 46, §2º, da LGPD, complementa essas informações e dispõe acerca da necessidade de que as ações sejam observadas em todas as fases de concepção do produto ou do serviço.

[41] MARTINS, Gabriel Magalhães; JÚ, José Luiz de Moura Faleiros. Segurança, Boas Práticas, Governança e Compliance . In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Org.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei n. 13.709/2018**, com alteração da lei n.13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020. p. 349-373. p. 350.

O artigo 47 da LGPD, por seu turno, reitera a imprescindibilidade de se garantir a segurança informacional dos dados, não somente nas fases de tratamento, mas também após o seu término. Destarte, os agentes e todos aqueles que venham a intervir na atividade devem prezar pela segurança das informações dos indivíduos, mesmo depois do esgotamento da relação contratual ou da finalidade para a qual eles foram coletados.

Outro dever de conduta aplicado aos agentes é a obrigação que o controlador possui de comunicar à ANPD e aos titulares sobre a ocorrência de incidentes de segurança que podem acarretar riscos ou danos relevantes. Tal previsão legal encontra-se no *caput* do art. 48 da LGPD e o controlador deve seguir uma variedade de indicações dispostas nos incisos do art. 48, §1º, da LGPD.[42] Ademais, o art. 48, §2º, da LGPD, discorre acerca da possibilidade da ANPD determinar que o controlador adote providências para mitigar ou reverter os efeitos do incidente. Medidas como essa objetivam evitar a ocultação de situações danosas - como incidentes de segurança, vazamento e/ou utilização indevida dos dados[43] - além de também estarem intimamente ligadas a uma possível responsabilização do controlador em caso de descumprimento.

Os deveres até aqui expostos representam grande importância no que tange ao adequado, seguro e correto tratamento de dados pessoais. Todavia, é a partir do artigo 49 e por meio da concretização na Seção II (Das Boas Práticas e da Governança) do Capítulo VII, que abarca os artigos 50 e 51 (esse último não é foco

[42] Art. 48, § 1º A comunicação será feita em prazo razoável, conforme definido pela autoridade nacional, e deverá mencionar, no mínimo: I - a descrição da natureza dos dados pessoais afetados; II - as informações sobre os titulares envolvidos; III - a indicação das medidas técnicas e de segurança utilizadas para a proteção dos dados, observados os segredos comercial e industrial; IV - os riscos relacionados ao incidente; V - os motivos da demora, no caso de a comunicação não ter sido imediata; e VI - as medidas que foram ou que serão adotadas para reverter ou mitigar os efeitos do prejuízo.

[43] MARTINS, Gabriel Magalhães; JÚ, José Luiz de Moura Faleiros. Segurança, Boas Práticas, Governança e Compliance . In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Org.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei n. 13.709/2018**, com alteração da lei n.13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020. p. 349-373. p. 356.

deste trabalho) da LGPD, que pode-se notar a presença de um elemento valioso no tratamento de dados pelos agentes: o *compliance*[44] digital. Este diz respeito a mecanismos e instrumentos de segurança utilizados para a gestão organizacional dos dados.[45] Inicialmente, o art. 49 da LGPD traz o dever de os sistemas de tratamento de dados pessoais serem estruturados de modo a "atender aos requisitos de segurança, aos padrões de boas práticas e de governança e aos princípios gerais previstos nessa Lei e às demais normas regulamentares". Logo depois, o art. 50 da LGPD dispõe:

> Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de 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.

Outrossim, nas alíneas do art. 50, §2º, da LGPD, o legislador impôs uma série de deveres[46] na implementação do programa de governança em privacidade e

---

[44] O estudo do compliance está necessariamente atrelado aos assuntos de governança corporativa, gestão de riscos, ética e moral. São vários pilares essenciais, dos quais Marcelo Crespo elenca oito: (i) tone from the top, ou seja, o exemplo advindo da alta administração; (ii) risk assessment ou a avaliação de riscos (e seu contingenciamento); (iii) os Códigos de Conduta e as Políticas corporativas, dos quais emanam os comandos que descreverão a cultura empresarial que se almeja propagar; (iv) os controles internos, ou seja, procedimentos capazes de diagnosticar, apurar e sanar não conformidades; (v) treinamentos e comunicações, para, de fato, propagar uma cultura concernente às políticas previamente definidas; (vi) os canais de denúncia, que abrem espaço comunicacional ao cascateamento de não conformidades; (vii) as investigações internas, que permitem descobrir desconformidades; (viii) a devida diligência (due diligence), já abordada em comentários anteriores e concernente à avaliação de todos aqueles com quem se trabalha para a realização das atividades da empresa. (MARTINS, Gabriel Magalhães; JÚ, José Luiz de Moura Faleiros. Segurança, Boas Práticas, Governança e Compliance . In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Org.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei n. 13.709/2018**, com alteração da lei n.13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020. p. 349-373. p. 360).

[45] MARTINS, Gabriel Magalhães; JÚ, José Luiz de Moura Faleiros. Segurança, Boas Práticas, Governança e Compliance . In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Org.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei n. 13.709/2018**, com alteração da lei n.13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020. p. 349-373. p. 359.

[46] § 2º Na aplicação dos princípios indicados nos incisos VII e VIII do caput do art. 6º desta Lei, o controlador, observados a estrutura, a escala e o volume de suas operações, bem como a sensibilidade dos dados tratados e a probabilidade e a gravidade dos danos para os titulares dos dados, poderá: I - implementar programa de governança em privacidade que, no mínimo: a)

no tratamento de dados. Logo, em síntese, o que pretende-se extrair da estipulação desses *standards* de conduta é a natureza jurídica da responsabilidade civil prevista na LGPD. Impõe-se diversos deveres e recomendações a serem seguidas pelos agentes de tratamento de dados, caso exista algum incidente de segurança, tendo a responsabilização que considerar tudo o que foi feito pela empresa para adequar-se aos padrões de conduta pré-estipulados.

Um exemplo da aplicação desses deveres previstos na LGPD é a Recomendação Conjunta[47] feita pela ANPD, pelo Ministério Público Federal, pela Secretaria Nacional do Consumidor e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica ao WhatsApp[48] e ao Facebook[49]. Isso ocorreu, porque a nova Política

---

demonstre o comprometimento do controlador em adotar processos e políticas internas que assegurem o cumprimento, de forma abrangente, de normas e boas práticas relativas à proteção de dados pessoais; b) seja aplicável a todo o conjunto de dados pessoais que estejam sob seu controle, independentemente do modo como se realizou sua coleta; c) seja adaptado à estrutura, à escala e ao volume de suas operações, bem como à sensibilidade dos dados tratados; d) estabeleça políticas e salvaguardas adequadas com base em processo de avaliação sistemática de impactos e riscos à privacidade; e) tenha o objetivo de estabelecer relação de confiança com o titular, por meio de atuação transparente e que assegure mecanismos de participação do titular; f) esteja integrado a sua estrutura geral de governança e estabeleça e aplique mecanismos de supervisão internos e externos; g) conte com planos de resposta a incidentes e remediação; e h) seja atualizado constantemente com base em informações obtidas a partir de monitoramento contínuo e avaliações periódicas.

[47] ANPD. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **Recomendação de 7 de maio de 2021**. Disponível em: https://cutt.ly/vnB29F2. Acesso em: 01 jun. 2021.

[48] (A) ao WHATSAPP INC: (I) proceder ao adiamento da vigência de sua Política de Privacidade enquanto não adotadas as recomendações sugeridas após as análises dos órgãos reguladores; (II) abster-se de restringir o acesso dos usuários às funcionalidades do aplicativo, caso estes não adiram à nova política de privacidade, assegurando-lhes a manutenção do atual modelo de uso e, em especial, a manutenção da conta e o vínculo com a plataforma, bem como o acesso aos conteúdos de mensagens e arquivos, pois configuraria conduta irreversível com potencial altamente danoso, inclusive aos direitos dos consumidores, antes da devida análise pelos órgãos reguladores competentes; (III) adotar as providências orientadas às práticas de tratamento de dados pessoais e de transparência, nos termos da LGPD, conforme Relatório nº 9/2021/CGF/ANPD e Nota Técnica nº 02/2021/CGTP/ANPD; (ANPD. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **Recomendação de 7 de maio de 2021**. Disponível em: https://cutt.ly/vnB29F2. Acesso em: 01 jun. 2021. p. 8.

[49] (B) Ao FACEBOOK MIAMI INC., ao FACEBOOK GLOBAL HOLDINGS III, LLC, ao FACEBOOK SERVIÇOS ONLINE DO BRASIL LTDA., sociedade empresária limitada que possui como únicas sócias as duas primeiras pessoas jurídicas citadas, e a quaisquer outras empresas do grupo FACEBOOK: (I) abster-se de realizar qualquer tipo de tratamento ou compartilhar dados recebidos a partir do recolhimento realizado pelo WhatsApp Inc. com base nas alterações da Política de Privacidade do aplicativo previstas para entrar em vigor no dia 15 de maio de 2021, enquanto não houver o

de Privacidade do aplicativo, divulgada em janeiro de 2021 e que entraria em vigor em 15 de maio de 2021, apresenta dispositivos que podem representar violações aos direitos dos titulares de dados pessoais.

Os novos termos da plataforma preveem que dados gerados a partir de interações com contas comerciais, como de lojas que oferecem serviços pelo WhatsApp, poderão ser utilizados pelas empresas para direcionar e personalizar anúncios no Facebook e no Instagram. Em tese, isso deixa em aberto se o Facebook pode ou não utilizar as mensagens do Whatsapp para quaisquer finalidades, já que:

> se o conteúdo das mensagens pode ser acessado pelo Facebook para fins que não estão claros, pode haver um prejuízo à legítima expectativa dos titulares de dados pessoais, que acreditam que o conteúdo das mensagens nunca é acessado.[50]

Pretende-se, com esse exemplo, demonstrar que a legislação e o órgão regulatório competente tendem a ser exigentes em relação à adoção de padrões de conduta, de medidas de segurança e de técnicas que garantam a privacidade dos titulares de dados pessoais. Por conta disso, será demandado um considerável esforço por parte dos agentes de tratamento de dados para estarem de acordo com as normas da LGPD. Nesse viés, se houver algum incidente de segurança ou utilização indevida de dados, como esses agentes serão responsabilizados? Até que ponto deve-se considerar a adequação por parte dos agentes aos *standards* de conduta estabelecidos? Para resolver tais controvérsias, a LGPD apresenta o seu regime geral de responsabilidade civil, o qual, como será demonstrado, carece de clareza no que tange à natureza jurídica.

---

posicionamento dos órgãos reguladores. (ANPD. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **Recomendação de 7 de maio de 2021**. Disponível em: https://cutt.ly/vnB29F2. Acesso em: 01 jun. 2021. p. 8).

[50] **Nota Técnica nº 02/2021/CGTP/ANPD:** Atualização da Política de Privacidade do WhatsApp. Brasília, Autoridade Nacional de Proteção de Dados, 2021, p. 13. Disponível em: https://bit.ly/3AZjN9n. Acesso em: 13 jul. 2021.

3. REGIME GERAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL NA LGPD

Em notícia histórica, o conceito de responsabilidade civil é, ainda, alvo de muitas disputas e não chegam os autores a um acordo quando tentam enunciá-lo.[51] No entanto, na dicção de Caio Mário da Silva Pereira, é possível afirmar que:

> [...] consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.[52]

Quanto ao seu fundamento, divide-se em subjetiva, quando há imprescindibilidade de culpa, e objetiva, quando não há necessidade desse mesmo elemento por parte do agente. Cumpre salientar que, em ambos os casos, se houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, estará a responsabilidade civil presente.[53]

Referente a isso, a despeito da ausência de uma expressa escolha do legislador quanto ao regime adotado, se subjetivo ou objetivo, a Lei Geral de Proteção de Dados não se olvida em trazer uma seção específica quanto à responsabilidade civil. Inserida no capítulo VI, denominado "Dos agentes de tratamento de dados pessoais", encontra-se a Seção III, a qual dispõe acerca "Da Responsabilidade e do Ressarcimento de Danos". Nesse sentido, além de refletir, claramente, influências do regulamento europeu, sendo composta por apenas quatro dispositivos (arts. 42 a 45), trata da responsabilidade e do ressarcimento de danos imputados aos agentes de tratamento.[54]

A LGPD, particularmente nesta seção, elenca uma série de condutas específicas a serem seguidas no tratamento de dados pelo agente e, em virtude

---

[51] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 12ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018, p. 10

[52] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 12ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018, p. 14

[53] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 12ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018, p. 14

[54] TASSO, Fernando. A. **A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor**. In: Cadernos Jurídicos: Direito Digital e proteção de dados pessoais. Ano 21, nº 53. São Paulo: 2020. p. 104.

disso, importa compreender de que forma são tratados a responsabilização e o dever de ressarcimento de danos. O art. 42 dispõe sobre a obrigatoriedade de reparar do controlador ou operador que, no seu exercício, causar dano patrimonial, moral e individual, além da possibilidade de dano coletivo[55], contanto que haja descumprimento à legislação que trata da matéria.

Nessa perspectiva, Gisela Sampaio da Cruz assegura que são utilizados apenas dois critérios para fundamentar a responsabilidade: o exercício da atividade de tratamento de dados e a violação da legislação de proteção de dados.[56] Assim, é possível estabelecer que o mero desempenho do tratamento de dados não é o bastante para que haja responsabilização.

Ademais, o art. 43 da LGPD é bem exemplificativo ao grafar sobre as situações nas quais os agentes de tratamento não serão responsabilizados. Dessa forma, são determinadas, em seu inciso II, aquelas em que "embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados". O legislador constitui, portanto, como requisito para a exclusão de responsabilidade, novamente, a não violação da lei - ainda que exista um nexo causal entre a conduta do agente e o dano causado.

Importa reiterar que a LGPD, diferentemente do Código de Defesa do Consumidor, teve suas únicas menções expressas à responsabilidade objetiva retiradas das versões subsequentes do projeto e, acrescentada ao caput do art. 42, a expressão "em violação à legislação de proteção de dados pessoais". Tal trecho denota a necessidade de uma inobservância do cumprimento dos deveres

[55] "[...] Corresponde à lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões - grupos, classes ou categorias de pessoas), os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade". (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 137).

[56] CRUZ, Gisela Sampaio da. **Responsabilidade civil da Lei de Proteção de Dados Pessoais**. In: Congresso Internacional de Responsabilidade Civil do IBERC, 3., 2019, São Paulo. Palestras [...]. [S. l.]: Iberc, 2019.

trazidos pela lei, o que aponta para uma responsabilidade fundada na culpa.[57] Além disso, o mencionado art. 43, II - e sua isenção de responsabilidade àqueles que provarem observância à legislação de proteção de dados - reforça sobremaneira essa incerteza normativa.

Em resumo, há uma posição imprecisa da LGPD, haja vista que, por um lado, não explicita sua escolha pela teoria subjetiva, tampouco descarta expressamente a opção objetiva, por outro, dedica uma seção específica a tratar sobre responsabilidade civil. Dessa forma, cumpre fundamentar adiante a interpretação à qual se filia esse artigo, de que o regime adotado para os agentes de tratamento de dados seja subjetivo.

3.1 DIVERGÊNCIAS NA DOUTRINA NO QUE TANGE À RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADA AOS AGENTES DE TRATAMENTO DE DADOS NA LGPD

Em função da incerteza normativa quanto ao regime geral adotado, surgem divergências na doutrina quanto à responsabilidade civil direcionada aos agentes de tratamento de dados. Formam-se duas correntes distintas, quais sejam: a que pleiteia um sistema baseado na responsabilidade objetiva; e aquela que defende o caráter subjetivo da responsabilidade civil, posição defendida neste trabalho.

Tais posições se propõem a fundamentar motivos que indicariam a opção do legislador, quer pela exigência do elemento culpa, quer pela sua prescindibilidade. Significa, então, que essa falta de exatidão gera, além das diferentes abordagens doutrinárias, problemas práticos na aplicação legal.

[57] SCHREIBER, Anderson. **Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021, p. 697.

Nesse viés, Cíntia Pereira Lima[58], Tarcísio Teixeira e Ruth Maria Guerreiro da Fonseca Armelin[59] argumentam que, em virtude da estrutura da lei e da previsão de excludentes de responsabilidade civil, a dos controladores e dos operadores é objetiva. Estes ainda fazem uma analogia com o Código de Defesa do Consumidor concluindo que, em função das inúmeras disposições semelhantes entre ambos, a LGPD tenha adotado também determinado regime. O inciso III do art. 43 da LGPD dispõe que os agentes de tratamento não serão responsabilizados quando provarem que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro. De tal modo, o inciso III, §3º, do art. 12 do CDC também assegura que não haverá responsabilização quando o fabricante, o construtor, o produtor ou importador provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Também é declarado, no inciso I do art. 43 da LGPD, a inexistência de responsabilização quando o agente de tratamento provar que não realizou a atividade que lhe é atribuída. De forma semelhante, o inciso I, § 3º, do art. 12 do CDC garante a ausência de responsabilidade quando o fabricante provar que não colocou o produto no mercado. Além dessa comparação entre ambos os diplomas, Danilo Doneda e Laura Schertel Mendes defendem que a atividade de tratamento de dados é, em si mesma, uma atividade de risco[60], logo, restaria aplicado o art. 927 do Código Civil (2002)[61], que garantiria a responsabilidade civil objetiva.

---

[58] LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Agentes de Tratamento de Dados Pessoais (Controlador, Operador e Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais). In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Org.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei n. 13.709/2018**, com alteração da lei n.13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020. p. 279-296. p. 291.

[59] TEIXEIRA, Tarcísio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. Responsabilidade e Ressarcimento de Danos por Violação às Regras Previstas na LGPD: um Cotejamento com o CDC. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Org.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei n. 13.709/2018**, com alteração da lei n.13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020. p. 297-326. p. 306.

[60] MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. **Reflexões iniciais sobre** a **nova lei geral de proteção de dados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 120, 2018, p. 469–483. p. 473.

[61] 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.

Para além das duas divergências sobre a natureza jurídica aplicada aos agentes de tratamento de dados, convém mencionar que há quem defenda a responsabilidade civil dos agentes de tratamentos de dados da LGPD como um "sistema especialíssimo", classificando-a como proativa.[62] Maria Celina Bodin de Moraes e João Quinelato de Queiroz[63] compreendem que o legislador não visou simplesmente ao ressarcimento ou à compensação dos danos causados, mas a preveni-los e a evitá-los, por parte dos agentes. Essa espécie de responsabilidade civil estaria pautada no inciso X do artigo 6º da lei[64], o qual dispõe acerca do princípio da responsabilização e da prestação de contas.

Nesse sentido, cabe destacar que: ainda que as empresas que realizam o tratamento de dados tenham a responsabilidade de identificar os riscos e aplicar medidas apropriadas para diminuí-los, tal fato não significa que o regime de responsabilidade civil seja "especialíssimo" ou proativo. Ou seja, não quer dizer que a obrigação de demonstrar cumpridas as normas de proteção de dados pessoais e sua eficácia seja exclusividade da responsabilidade civil proativa, como apontam os seus defensores. Isso fundamenta-se porque o dever de segurança é inerente à atividade de tratamento de dados e deve ser cumprido pelos agentes, mesmo sendo o regime da LGPD subjetivo para os operadores e controladores. Dentro deste, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, também

[62] MORAES, Maria Celina Bodin de; QUEIROZ, João Quinelato de. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGDP. *In*: **Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico.** Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, v. 3, p. 113-135, 2019. p. 126.

[63] MORAES, Maria Celina Bodin de; QUEIROZ, João Quinelato de. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGDP. *In*: **Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico.** Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, v. 3, p. 113-135, 2019. p. 126.

[64] Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: [...] X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

devem ser adotadas medidas eficazes que estejam em consonância com o dever geral de conduta dos agentes de tratamento.[65]

Noutro giro, posicionamento divergente, que será objeto de comprovação deste trabalho, defendido por Gustavo Tepedino, Gisela Sampaio e Aline Terra[66], além de Bruno Bioni e Daniel Dias[67], argumenta que a responsabilidade civil na LGPD é subjetiva. Resta analisar, por fim, essa natureza jurídica subjetiva, claramente ainda em disputa, e sua relação com o Código Civil.

3.2 NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADA AOS AGENTES DE TRATAMENTOS DE DADOS NA LGPD E O CÓDIGO CIVIL

Numa interpretação sistemática da Lei Geral de Proteção de Dados, e como será demonstrado neste tópico, a natureza jurídica da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados se mostra subjetiva - na contramão, portanto, da suposta previsão de que a responsabilidade dos agentes independe da comprovação de culpa. A necessidade de se comprovar o cumprimento de deveres por parte dos controladores e operadores de dados traz consigo um caráter subjetivo, conforme argumentado por Bruno Bioni e Daniel Dias.[68]

Os autores sustentam que a necessidade apresentada pela LGPD de violação à segurança dos dados, em termos de responsabilização, afasta uma

[65] MORAES, Maria Celina Bodin de. LGPD: um novo regime de responsabilização civil dito "proativo". Editorial à **Civilistica.com**. Rio de Janeiro: a. 8, n. 3, 2019. Disponível em: https://bit.ly/2SnUX1D. Acesso em: 5 fev. 2021. p. 126.

[66] TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES,Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil**: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4. p. 245.

[67] BIONI, Bruno; DIAS, Daniel. Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor. **Civilistica.com.** Rio de Janeiro, a. 9, n. 3, 2020, p. 7. Disponível em: https://bit.ly/3xMva2M Acesso em: 13 jul. 2021.

[68] BIONI, Bruno; DIAS, Daniel. Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 3, 2020, p. 7. Disponível em:https://bit.ly/3xMva2M. Acesso em: 13 jul. 2021.

natureza objetiva.[69] Nesse sentido, o legislador elencou uma série de critérios subjetivos, que dizem respeito às condições fáticas e às características dos agentes de tratamento. Isso fica evidente a partir das expressões "segurança que o titular dele pode esperar" e "técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado", ambas previstas no art. 44, caput e inciso III, da LGPD:

> Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais:
> [...] III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

Além disso, as excludentes de responsabilidade do artigo 43, inciso II, da LGPD, em tese, indicam uma adoção tipicamente relacionada à teoria subjetiva da responsabilidade civil. Isso porque determina que os agentes só não serão responsabilizados se, mesmo que houver o dano, não existir violação da legislação de proteção de dados. Nessa perspectiva, ao contrário, a doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja resultante dos elementos culpa, dano e nexo de causalidade, assenta-se na equação binária de dano mais autoria do evento danoso. Sem cogitar, portanto, imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo.[70]

Apesar das semelhanças com o Código de Defesa do Consumidor, não há um artigo específico, na LGPD, indicando que a responsabilidade dos agentes de tratamento de dados independe de culpa. Fato esse que vai de encontro ao argumento utilizado pelos autores Cíntia Pereira Lima[71], Tarcísio Teixeira e Ruth Maria

---

[69] BIONI, Bruno; DIAS, Daniel. Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 3, 2020, p. 7. Disponível em: https://bit.ly/3xMva2M. Acesso em: 13 jul. 2021.

[70] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 12ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018, p. 346.

[71] LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Agentes de Tratamento de Dados Pessoais (Controlador, Operador e Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais). In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Org.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei n. 13.709/2018**, com alteração da lei n.13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020. p. 279-296. p. 291.

Guerreiro da Fonseca Armelin[72], para defender a teoria objetiva. Somente o CDC contempla, de forma evidente, a responsabilidade objetiva pelo fato do produto e do serviço, na redação de seus arts. 12, 13 e 14.[73] Especificamente no *caput* do art. 12 e art. 14, o legislador faz uso da expressão "independente da existência de culpa" para se referir à reparação dos danos, o que indica a adoção da responsabilidade objetiva.[74]

No que se refere aos agentes de tratamento de dados, outro argumento por meio do qual se deve desconsiderar a tese da teoria objetiva, refere-se à diferença fundamental existente entre o inciso II do art. 43 da LGPD e o II, § 3º, do art. 12 do CDC. O dispositivo do CDC prevê que "o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste", ou seja, será analisada apenas a presença de um nexo de causalidade entre a conduta e o dano.[75]

O dispositivo da LGPD, por sua vez, determina que "os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem: II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados". Isso significa dizer que, se tais sujeitos

---

[72] TEIXEIRA, Tarcísio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. Responsabilidade e Ressarcimento de Danos por Violação às Regras Previstas na LGPD: um Cotejamento com o CDC. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Org.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei n. 13.709/2018**, com alteração da lei n.13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020. p. 297-326. p. 306.

[73] Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.
Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: [...].
Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[74] TASSO, Fernando. A. **A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor**. In: Cadernos Jurídicos: Direito Digital e proteção de dados pessoais. Ano 21, nº 53. São Paulo: 2020, p. 107.

[75] TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES,Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil**: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4. p. 243.

cumprirem com seus deveres e provarem que suas ações condizem com os *standards* de conduta estabelecidos pela legislação, não haverá responsabilização.

Desse modo, é importante compreender, a partir da LGPD, as hipóteses de responsabilização que envolvem os agentes de tratamento de dados. Conforme Gisela Sampaio e Rose Meireles,[76] é possível identificar duas situações de responsabilidade civil: a violação de normas jurídicas de proteção de dados e a violação de normas técnicas voltadas à segurança e proteção de dados pessoais. A primeira situação ocorre quando o agente deixa de observar a legislação e descumpre as obrigações impostas pela lei. Já a segunda acontece quando há uma omissão na adoção de medidas de segurança para o tratamento dos dados, ou seja, os agentes não fornecem a segurança devida ao titular do dado. Assim, serão responsabilizados os agentes de tratamentos que tiverem culpa comprovada, como determina o regime geral de responsabilidade do Código Civil, o qual, em regra, é subjetivo - fruto da conjugação entre o *caput* do art. 927 ao art. 186 desse diploma legal.[77]

A modalidade de culpa, *lato sensu*, quando se trata de responsabilidade civil subjetiva, decorre do ato ilícito provocado por ação ou omissão voluntária, seja por negligência, imprudência ou imperícia. Em linhas gerais, a negligência é a inobservância de um dever; a imprudência, por sua vez, é a assunção de um risco desnecessário; já a imperícia é falha técnica quando da ausência de

[76] GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Término do tratamento de dados. *In*. TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 236.

[77] 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.
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.

conhecimentos elementares ao exercício de uma atividade. Cabe destacar, além disso, que conforme Maria Celina Bodin de Moraes:[78]

> O conceito de culpa também se encontra em estado de indefinição no atual direito da responsabilidade civil. Originalmente, a culpa era apenas a situação contrária ao direito, porque negligente, imprudente, imperita ou dolosa, que acarretava danos aos direitos de outrem. Modernamente, todavia, diversos autores abandonaram esta conceituação, preferindo considerar a culpa o descumprimento de um standard de diligência razoável, diferenciando esta noção, dita 'normativa' ou 'objetiva', da outra, dita 'psicológica'.

Diante do exposto, é notório que a LGPD possui uma compatibilidade com o regime geral de responsabilidade civil contido no Código Civil. É possível chegar a tal conclusão baseando-se nos aspectos legislativos supracitados, em especial os contidos nos arts. 42 e art. 43, II, nos quais, respectivamente, o legislador mencionou as medidas de segurança e as excludentes de ilicitude referentes ao cumprimento das normas da LGPD.

No entanto, resta enfrentar o porquê do afastamento da aplicação da cláusula de responsabilidade objetiva - contida no art. 927, parágrafo único, do Código Civil - aos agentes de tratamento de dados. É necessário questionar se tal atividade normalmente desenvolvida pelo autor implica, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem nos termos do dispositivo. Cabe, para isso, analisar o que diz a teoria do risco que fundamenta essa natureza objetiva.

Apesar de haver diferentes teorias que se ocupam em conceituar a ideia de risco, o art. 927, em seu parágrafo único, esposa doutrina do risco-criado.[79] Para esta teoria, a responsabilidade deixa de ser a contrapartida de um proveito ou lucro particular, e torna-se a consequência inafastável da atividade em geral. Liga-se, portanto, a qualquer ato do homem que seja potencialmente danoso à esfera

[78] MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 95, n. 854, p. 21, dez. 2006.
[79] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 12ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018, p. 365.

jurídica de seus semelhantes. Uma vez concretizada tal potencialidade, surge a obrigação de indenizar.[80]

Inicialmente, é importante destacar, segundo Sérgio Cavalieri Filho, que há riscos que são razoáveis no cotidiano do homem moderno, sendo estes necessários e aceitáveis. Nesse sentido, conforme o autor, o art. 927, parágrafo único, do Código Civil não abarca atividades que podem se tornar perigosas, mas sim aquelas que possuem um risco inerente.[81] O risco criado se dá quando tais serviços, que ordinariamente não apresentam riscos superiores aos que deles são esperados, tornam-se perigosos em razão de haver alguma irregularidade.

Nesse sentido, o art. 44, II, da LGPD dispõe que:

> [...] o tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais: II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

Assim, da atividade de tratamento de dados se espera algum risco, entretanto, esse não é suficiente para enquadrá-la no art. 927, parágrafo único. Fundamenta-se tal tese a partir do disposto no Enunciado n. 448 da V Jornada de Direito Civil. Este prevê que, para a aplicação da teoria do risco, deve-se levar em conta critérios como a estatística e a prova técnica, visando a verificar se a atividade normalmente desenvolvida causa, por sua natureza, risco especial e diferenciado a outrem.[82] No mesmo sentido, o Enunciado n. 38, da I Jornada de Direito Civil, assegura que a responsabilidade fundada no risco da atividade configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano

---

[80] NETO, Eugênio Facchini. **Da responsabilidade civil no novo código**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, v. 76, n. 1, 2010, p. 24.

[81] FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2012, p.188. Disponível em: https://bit.ly/3xFEZ2p. Acesso em: 13 jul. 2021.

[82] Enunciado 488: A regra do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do CC aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência. (JORNADA DE DIREITO CIVIL, 5, 2012, Brasília - DF. **V Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2012.)

causar à pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.[83]

Por tudo isso, percebe-se que, ainda que a atividade normalmente desenvolvida pelos agentes de tratamento de dados ofereça um determinado grau de risco a outrem, só haverá responsabilização quando os riscos ultrapassarem um limite razoável que a própria LGPD espera e que os enunciados reiteram. Destarte, resta afastada a responsabilização objetiva, nos termos do art. 927, parágrafo único do Código Civil, de controladores e operadores. É certa, então, a imprescindibilidade de se verificar a existência de culpa do agente na promoção desse risco não razoável - o que não ocorre na doutrina do risco-criado, a qual se presta a responsabilizar o agente por riscos inerentes à sua atividade normalmente desenvolvida

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A grande evolução tecnológica implicou uma era de dados sem precedentes, e os operadores do direito são desafiados a identificar problemas e apresentar soluções aos novos desafios decorrentes da atual conjuntura. Com o instituto da responsabilidade civil não foi diferente. As novas relações jurídicas geraram a necessidade de criar e consolidar legislações capazes de lidar com os novos problemas e com as consequências ocasionadas por eles. Nesse sentido, a Lei Geral de Proteção de Dados foi elaborada com o objetivo de consolidar, no Brasil, um novo paradigma de proteção dos direitos dos titulares de dados.

Entretanto, a falta de precisão desse diploma legal no que tange ao regime de responsabilidade civil fez com que diferentes interpretações fossem extraídas do enunciado normativo disposto entre os artigos 42 e 45 da LGPD. Assim, a

[83] Enunciado 38: A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar à pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade. (JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1, 2002, Brasília - DF. **I Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2002.)

divergência entre importantes doutrinadores ficou evidente durante o exposto no trabalho. Todavia, o posicionamento de Gustavo Tepedino, Gisela Sampaio, Aline Terra, Fernando Tasso, Bruno Bioni e Daniel Dias, o qual defende a responsabilidade subjetiva dos agentes de tratamento de dados, apresenta o melhor caminho na interpretação da responsabilidade civil na LGPD.

A cláusula de responsabilidade civil objetiva do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, ensejada na ideia de risco-criado, resta afastada. Isso porque a própria LGPD dispõe sobre riscos que, dentro de uma razoabilidade, esperam-se do tratamento de dados. Assim, é necessária, conforme análise dos enunciados supracitados, a existência de riscos diferenciados que ultrapassem essa expectativa para suscitar responsabilização, a qual também dependerá da análise de culpa dos agentes.

A posição a partir da natureza subjetiva garante, em resumo, não somente uma efetiva responsabilização dos agentes de tratamento de dados caso ocorra incidentes de segurança, mas também valoriza e incentiva o cumprimento dos deveres por parte dos agentes. Esses deveres são os *standards* de conduta a serem seguidos pelo controlador e pelo operador, previstos na legislação, nas recomendações e regulamentações da ANPD, bem como num sistema de governança e *compliance* no âmbito interno da empresa.

Portanto, no que diz respeito à natureza jurídica da responsabilidade civil, objeto de discussão do artigo, a análise legislativa dos elementos da LGPD, em meio aos posicionamentos divergentes sobre o assunto, evidencia que a melhor interpretação da legislação é no sentido da responsabilidade subjetiva. Desse modo, os agentes de tratamento de dados serão responsabilizados levando em consideração a culpa que tiveram no incidente de segurança

No entanto, para que tal posicionamento seja consolidado e seja aplicado na prática, ainda há caminho a ser percorrido. Por tudo isso, a vigência recente da legislação ainda não possibilitou a formação de uma jurisprudência que possa

balizar um posicionamento a ser seguido pelos tribunais. Contudo, na doutrina, a opção mais consonante e fundamentada, a qual consegue colocar em harmonia a segurança dos titulares de dados e a devida responsabilização é a interpretação da responsabilidade civil tendo como natureza jurídica a subjetividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANPD. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **Recomendação de 7 de maio de 2021**. Disponível em: https://bit.ly/3B6PH3M. Acesso em: 01 jun. 2021.

ALABRICH, Bruno. O conceito de tratamento de dados pessoais e o acórdão Lindqvist, do Tribunal de Justiça da União Europeia. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**, Brasília, v. 31, n. 2, p. 1-8, 2019.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, 2016.

BEPPU, Ana Claudia; PAIVA, Tomás Filipe Schoeller Ribeiro. Os fundamentos legais para tratamento de dados pessoais: os incisos I e IX do Artigo 7º da Lei no 13.709/2018. *In:* BEPPU, Ana Claudia; PAIVA, Tomás Filipe Schoeller Ribeiro; BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. **Proteção de dados pessoais no Brasil:** uma nova visão a partir da Lei no 13.709/2018. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 101-122.

BIONI, Bruno; DIAS, Daniel. Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor. **Civilistica.com.** Rio de Janeiro, a. 9, n. 3, 2020, p. 7. Disponível em: https://bit.ly/3xMva2M. Acesso em: 13 jul. 2021.

BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2019, p. 85.

BRUNO, Marcos Gomes da Silva. Dos agentes de tratamento de dados pessoais. *In*: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

CAPANEMA, Walter Aranha. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 21, n. 53, p. 163-170, jan./mar. 2020.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A proteção de dados pessoais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena

Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 85 – 98.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

FACEBOOK. **Anúncios dinâmicos do Facebook**: faça o remarketing dos produtos do seu site. Disponível em: https://www.facebook.com/business/ads/dynamic-ads. Acesso em: 30 abr. 2021.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2012. Disponível em: https://bit.ly/3xFEZ2p. Acesso em: 13 jul. 2021.

FLETCHER, David. Internet of things. *In.* **BLOWERS, Misty (Ed.) Evolution of cyber technologies and operations to 2035.** Cham: Springer, 2015.

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais - Noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. *In:* TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro.** 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 23 - 49.

GOOGLE. **Limpar, ativar e gerenciar cookies no Chrome**. Disponível em:https://bit.ly/3xGNJoV. Acesso em: 30 abr. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** responsabilidade civil. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.59.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Término do tratamento de dados. *In.* TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

JIMENE, Camilla do Vale. Reflexões sobre privacy by design e privacy by default: da idealização à positivação. *In:* MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice (Coords.) **Comentários ao GDPR: Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1, 2002, Brasília - DF. **I Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2002.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 5, 2012, Brasília - DF. **V Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2012.

KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018. *In:* TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. **Lei geral de proteção**

de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 2019.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Agentes de Tratamento de Dados Pessoais (Controlador, Operador e Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais). In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Org.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados:** Lei n. 13.709/2018, com alteração da lei n.13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020, p. 279-296

LINDEN, Regina Ruaro; GLITZ, Gabriela Pandolfo Coelho. Panorama geral da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil e a inspiração no Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu. **Revista de Estudos e Pesquisas**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 340-356, jul./dez. 2019.

MARTINS, Gabriel Magalhães; JÚ, José Luiz de Moura Faleiros. Segurança, Boas Práticas, Governança e Compliance. In: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Org.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados:** Lei n. 13.709/2018, com alteração da lei n.13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020, p. 349-373.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. **Reflexões iniciais sobre** a **nova lei geral de proteção de dados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 120, 2018, p. 469–483.

MIRAGEM, Bruno. A lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1009, p. 1-35, nov. 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 95, n. 854, p. 11-37, dez. 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de; QUEIROZ, João Quinelato de. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGDP. *In*: **Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico.** Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, v. 3, p. 113-135, 2019.

NETO, Eugênio Facchini. **Da responsabilidade civil no novo código.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, v. 76, n. 1, 2010.

Nota Técnica nº 02/2021/CGTP/ANPD: Atualização da Política de Privacidade do WhatsApp. Brasília, Autoridade Nacional de Proteção de Dados, 2021. Disponível em: https://bit.ly/3AZjN9n. Acesso em: 13 jul. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 12ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018

POR que os serviços de inteligência dos EUA acham que a Rússia interferiu na eleição de Trump. **BBC,** Londres, 7 jan.2017. Disponível em:https://bbc.in/3g6DAeY. Acesso em: 30 jan. 2021.

RIELLI, Mariana Marques. O processo de construção e aprovação da Lei Geral de Dados Pessoais: bases legais para tratamento de dados em um debate multissetorial. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 39, n. 144, p. 7-14, nov. 2019.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância:** a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil.** 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 22, p. 45-69, abr./jun., 2005.

TASSO, Fernando Antonio. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, v. 21, n. 53, p. 97-115, jan./mar. 2020.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES,Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil:** responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4.

Grupo de Trabalho

NOVAS FRONTEIRAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DOS CONTRATOS

A PUBLICIDADE NO CONTEXTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS: RESPONSABILIDADE CIVIL DE INFLUENCIADORES DIGITAIS POR DIVULGAÇÕES EM SUAS REDES SOCIAIS[1]

Anna Luísa Braz Rodrigues[2]

Geicimara Kelen Custódio Silva[3]

RESUMO: Atualmente, é possível observar uma dinâmica social voltada para convívio e interação por meio de redes sociais. O mercado de consumo não está alheio a isso. Diante disso, o presente trabalho visa analisar a possibilidade de responsabilização de influenciadores digitais pela divulgação de produtos e serviços em suas redes sociais. Para atingir o fim proposto, a investigação teve cunho jurídico-dogmático e bibliográfico. A pesquisa ocorreu por meio de pesquisa na doutrina, julgados e legislação. Entendeu-se que os influenciadores digitais fazem parte da cadeia de consumo e, portanto, devem ser responsáveis por reparar eventuais danos decorrentes de sua atividade. Além disso, constatou-se que eles podem ser enquadrados na mesma categoria de responsabilidade que os fornecedores, uma vez que estão diretamente ligados à relação de consumo estabelecida a partir de suas divulgações. Assim, a pesquisa em questão se justifica, pois cabe a responsabilidade civil acompanhar a evolução tecnológica. Para que, desse modo, seja capaz de tutelar as relações de consumo que surgem no ambiente virtual. Portanto, conclui-se que é plausível a responsabilidade objetiva dos influenciadores digitais, nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Ao indicar produtos e serviços que motivam a escolha de seus seguidores para obter lucro, tais agentes de publicidade devem assumir os riscos do empreendimento.

PALAVRAS-CHAVE: influenciadores digitais; marketing de influência; responsabilidade civil.

[1] Trabalho orientado por Gustavo Pereira Leite Ribeiro (UFLA).
[2] Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto.
[3] Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Lavras.

INTRODUÇÃO

A publicidade na sociedade da informação gera uma grande circulação de ideias, mensagens, pessoas e mercadorias, além de ser responsável por criar novas relações sociais entre pessoas do mundo todo que se conectam em um universo cada vez mais digital. Isso, em ritmo acelerado, define interconexões entre os lugares de maneira síncrona e com aparatos técnicos, científicos e informacionais diacrônicos[4]. É nesse contexto que os recursos tecnológicos corroboram para a produção de novos comportamentos e necessidades. No cenário atual, surgem novos conceitos de educação, saberes, conhecimentos, identidades e até mesmo novas formas de relação[5].

Partindo desse pressuposto, é inegável que as redes sociais representam uma grande mudança na lógica de consumo e comunicação da sociedade, que passou a conter uma dinâmica tecnológica destacada. Um dos principais fenômenos desenvolvidos é dos influenciadores digitais, figuras que alcançam um grande público por meio de plataformas de comunicação e recebem valores para divulgar produtos e serviços. Eles são formadores de opinião capazes de modificar comportamentos e mentalidade de seus seguidores.

Os influenciadores digitais ganharam destaque como celebridades do mundo virtual[6]. É possível classificá-los como indivíduos que se valem das ferramentas e dos recursos das redes sociais para atingir um determinado público. Ademais, por se valerem de estratégias de comunicação, recursos visuais e

---

[4] Diacrônico: que está de acordo com sua evolução no tempo, baseado na evolução histórica. SANTOS, V. L. C; SANTOS, J. E. As redes sociais digitais e sua influência na sociedade e educação contemporâneas. **HOLOS**, Natal, a. 30, v. 6, 2015, p. 307-328. Disponível em: https://bit.ly/3w5El8a. Acesso em 30 de julho de 2021.

[5] SANTOS, V. L. C; SANTOS, J. E. As redes sociais digitais e sua influência na sociedade e educação contemporâneas. **HOLOS**, Natal, a. 30, v. 6, 2015, p. 307-328. Disponível em: https://bit.ly/3w5El8a. Acesso em 30 de julho de 2021.

[6] HENRIQUE, Maíra Moura Barros. Responsabilidade Civil das Celebridades Digitais na Publicidade do Instagram. **Cadernos Virtuais**, v. 1, n. 46, 2020, p. 1-27. Disponível em: https://bit.ly/2T2OxVE. Acesso em 30 de julho de 2021.

artísticos para influenciar pessoas, se tornaram modelos a serem seguidos. Eles ditam não apenas tendências, mas um estilo de vida para quem os acompanha[7].

O presente artigo valeu-se do método jurídico-dogmático e bibliográfico de pesquisa para tratar dos riscos da publicidade não identificada para os direitos do consumidor na sociedade da informação. De antemão, vale ressaltar que toda pessoa física ou jurídica que é destinatária final de produto ou serviço é tida como consumidor, nos termos do art. 2° do Código de Defesa do Consumidor. E que se equiparam "a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo", conforme o parágrafo único do mesmo artigo.

Assim, do ponto de vista do direito do consumidor, buscou-se compreender a responsabilidade civil dos influenciadores digitais pela divulgação de produtos ou serviços em suas redes sociais. A relevância da temática vem da necessidade de analisar a ilicitude da publicidade, tendo como base central o princípio da identificação contido no *caput* do art. 36 do Código de Defesa do Consumidor[8].

Portanto, o trabalho foi desenvolvido em quatro tópicos de discussão. No primeiro tópico, caberá apresentar a problemática da publicidade na era de influenciadores digitais. O segundo tópico, por sua vez, apresentará o marketing de influência de uma perspectiva nacional. Já o terceiro tópico explicará os princípios da publicidade e as diretrizes que devem ser seguidas por quem realiza propaganda, tendo como base as tratativas do Código de Defesa do Consumidor. Por fim, no último tópico de discussão, serão apresentados os motivos pelos quais a atividade do influenciador digital se equipara à atividade do fornecedor. Assim, acaba-se por enquadrá-los no mesmo regime de responsabilidade civil objetiva do Código de Defesa do Consumidor, que traz uma maior proteção ao consumidor.

---

[7] BARBOSA, Caio Cesar do Nascimento; SILVA, Michael Cesar; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 2, n. 2, 2019, p. 11.

[8] Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

1. OS INFLUENCIADORES DIGITAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CONTEXTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Os influenciadores digitais atuam no Facebook, no Instagram, no Tik Tok e outras redes sociais que fazem sucesso no universo digital. Espaços ocupados por "pessoas comuns" com quem dialogam em uma perspectiva de igualdade. Observa-se que, na atualidade, os veículos tradicionais de mídia não têm a mesma reputação que essas figuras, já que a proximidade com seus seguidores faz com que ganhem a confiança do público de suas redes sociais[9].

Assim, para que suas indicações pareçam cada vez mais confiáveis, os influenciadores de mídias sociais fazem uso da primeira pessoa (no caso dos blogs, Instagram, Twitter) e com isso criam uma aproximação entre o criador de conteúdo e seus públicos. É nesse contexto das novas tecnologias que se ergue o capital simbólico dos chamados influenciadores digitais, que são encarados como melhores amigos de seus seguidores[10].

Em 2019, o Ibope Inteligência realizou uma pesquisa para identificar alguns dados sobre os brasileiros e quantificar o quanto o Brasil está conectado. Atualmente, 70% das pessoas se qualificam como internautas. São 230 milhões de smartphones espalhados por 92% dos domicílios. Dentre esses, quantifica-se que, dentro de 149 milhões que possuem acesso à internet, 140 milhões são usuários do Instagram e 130 milhões são usuários do Facebook[11].

Ainda, pesquisas sobre como esses internautas interagem com influenciadores digitais foram feitas por meio de entrevistas com 2.000 pessoas. No grupo focal, identificou-se que 52% eram mulheres e 48% eram homens; 21% entre

---

[9] KARHAWI, Issaaf. Influenciadores digitais: o Eu como mercadoria. In: SAAD, Elizabeth; SILVEIRA, Stefanie (Org.). **Tendências em comunicação digital.** 21ª ed. São Paulo: ECA/USP, 2016, p. 46-47. Disponível em: https://bit.ly/2UqlMmz. Acesso em 30 de julho de 2021.

[10] KARHAWI, Issaaf. Influenciadores digitais: o Eu como mercadoria. In: SAAD, Elizabeth; SILVEIRA, Stefanie (Org.). **Tendências em comunicação digital.** 21ª ed. São Paulo: ECA/USP, 2016, p. 46-47. Disponível em: https://bit.ly/2UqlMmz. Acesso em 30 de julho de 2021..

[11] **IBOPE Inteligência**. O Brasil e os influenciadores digitais. 2019. Disponível em: https://bit.ly/3gwppyP. Acesso em 30 de julho de 2021.

16 e 24 anos, 27% entre 25 e 34 anos, 41% entre 35 e 54 anos e 11% com 55 anos ou mais; sendo 4% de classe A, 34% de classe B e 62% de classe C; e 50% do grupo localizado no Sudeste do país[12].

Nas respostas, 52% respondeu que seguia algum influenciador digital, de modo que quanto a ele foi possível identificar que a maioria se enquadra entre a classe A e B e a maioria tem entre 16 e 34 anos. As principais razões para seguir influenciadores digitais seriam conteúdo com informação relevante e ideias ou pensamentos parecidos. Quanto aos conteúdos mais populares, por sua vez, 41% apontou humor, 35% apontou saúde, 30% apontou gastronomia e culinária, 29% apontou cultura e entretenimento e 27% apontou beleza[13].

Além disso, 50% dos entrevistados revelou que costumam comprar produtos e serviços quando indicados por influenciadores, incluindo roupas, maquiagem, comida, eletrônicos, viagens, serviços estéticos, entre outros. Parte desses usuários, especificamente 35%, revelou já ter visitado algum lugar indicado por influenciadores[14].

Toda essa gama de pessoas conectadas, que faz parte da cultura digital, está sendo influenciada pelo uso frequente e pela constante evolução das mídias sociais. É fato que a rede social, por exemplo, facilita o contato com novas pessoas, seja por mensagens ou por ferramentas de explorar, seguir, comentar, curtir e reagir. A partir dessas interações, as pessoas compartilham experiências entre si e acabam por ajudar a criar costumes, além de uma linguagem própria para os meios sociais digitais[15].

---

[12] **IBOPE Inteligência**. O Brasil e os influenciadores digitais. 2019. Disponível em: https://bit.ly/3gwppyP. Acesso em 30 de julho de 2021.

[13] **IBOPE Inteligência**. O Brasil e os influenciadores digitais. 2019. Disponível em: https://bit.ly/3gwppyP. Acesso em 30 de julho de 2021.

[14] **IBOPE Inteligência**. O Brasil e os influenciadores digitais. 2019. Disponível em: https://bit.ly/3gwppyP. Acesso em junho de 2021.

[15] SANTOS, V. L. C; SANTOS, J. E. As redes sociais digitais e sua influência na sociedade e educação contemporâneas. **HOLOS**, Natal, a. 30, v. 6, 2015, p. 307-328. Disponível em: https://bit.ly/3w5El8a. Acesso em 30 de julho de 2021.

Dentre as redes sociais mais utilizadas pelos influenciadores digitais, uma das principais é o Instagram, que foi criado por Kevin Systrom e Mike Krieger e lançado em outubro de 2010. O intuito dos criadores foi elaborar um espaço digital onde os usuários pudessem compartilhar fotos, vídeos e até mesmo fazer transmissões ao vivo. Por meio dessa ferramenta, por exemplo, as pessoas desenvolveram o hábito de dividir seu cotidiano para amigos, familiares e até mesmo desconhecidos[16]

É prudente considerar que, para se vincular ao Instagram e outros sites, perfis são criados com cadastros completos que incluem informações básicas, como profissão, preferências, hábitos de vida. Esses dados servem para que se encontre novos contatos, mas também para uma ação programada dos grupos econômicos que visam ao lucro com a difusão de produtos que nem sempre são confiáveis nos ambientes de comunicação e informação virtuais[17].

Percebe-se, portanto, que há uma dinâmica dentro desse meio que, atualmente, volta-se para a publicidade. O compartilhamento de informações por parte de influenciadores pode até parecer orgânico, mas é fruto de um mercado específico que movimenta grandes volumes de valor financeiro. Como exemplo, temos a influenciadora Gabi Brandt, figura pública graças à participação em um "*reality show*" e que ganhou destaque em razão de um conturbado relacionamento com um milionário carioca. De acordo com informações, pela métrica CPM – custo por milhão de seguidores – Gabi Brandt cobra R$ 2.666,67 reais a cada milhão presente em suas redes sociais, que em maio de 2021 estavam acumulados em 6,4 milhões de seguidores[18].

---

[16] SANTOS, V. L. C; SANTOS, J. E. As redes sociais digitais e sua influência na sociedade e educação contemporâneas. **HOLOS**, Natal, a. 30, v. 6, 2015, p. 313. Disponível em: https://bit.ly/3w5El8a. Acesso em 30 de julho de 2021.

[17] SANTOS, V. L. C; SANTOS, J. E. As redes sociais digitais e sua influência na sociedade e educação contemporâneas. **HOLOS**, Natal, a. 30, v. 6, 2015, p. 307-328. Disponível em: https://bit.ly/3w5El8a. Acesso em 30 de julho de 2021.

[18] DIAS, Léo. De Gabi Brandt a Pavanelli: quanto as *web* celebridades cobram por post? **Site Uol**, 21 de março de 2020. Disponível em: https://bit.ly/3w17czN. Acesso em 30 de julho de 2021.

Entretanto, é prudente lembrar que diversos fatores influenciam os valores e não apenas os números fixos, que podem ser inversamente proporcionais em relação à influência causada nos seguidores. Bianca Andrade, youtuber e ex-BBB, cobra R$ 25.000 reais pela publicação de três stories publicitários, acumulando 15,8 milhões de seguidores em maio de 2021. Flávia Pavanelli, youtuber e atriz, cobra o mesmo valor por divulgações para seus 18,3 milhões de seguidores[19].

O próprio Instagram apresenta índices de interação, os quais servem de parâmetro do alcance das publicações. Assim, diante de toda relevância alcançada pelos chamados influenciadores digitais no mercado publicitário, questiona-se quais seriam suas imputações ao lidarem com o sistema publicitário. Além de quais são as possíveis responsabilidades jurídicas a serem atribuídas aos seus atos de publicidade[20].

É notório que a atuação dos influenciadores digitais nas mídias sociais traz consigo um novo desafio para os operadores do direito e para o instituto da responsabilidade civil. Cabe à responsabilidade civil regular a atuação nas redes sociais, principalmente no que diz respeito à identificação de mensagens publicitárias em suas publicações. Isso porque a atividade desenvolvida por influenciadores de mídias digitais exerce grande influência mercadológica em uma sociedade na qual os indivíduos vivem conectados virtualmente.

Acerca da publicidade realizada pelos influenciadores digitais, Paulo Vasconcelos Jacobina leciona que não é composta só pelo conteúdo, ou seja, o anúncio publicitário não traz, tão-somente, a informação sobre o produto ou serviço. Veicula-se também uma mensagem que busca despertar a necessidade de consumir na mente do consumidor. Com isso, a publicidade poderia ser definida como a arte de criar necessidades e muitas vezes não se detém em

[19] DIAS, Léo. De Gabi Brandt a Pavanelli: quanto as *web* celebridades cobram por post? **Site Uol**, 21 de março de 2020. Disponível em: https://bit.ly/3w17czN. Acesso em 30 de julho de 2021.
[20] DIAS, Léo. De Gabi Brandt a Pavanelli: quanto as *web* celebridades cobram por post? **Site Uol**, 21 de março de 2020. Disponível em: https://bit.ly/3w17czN. Acesso em 30 de julho de 2021.

considerações de ordem ética, moral ou social. No caso de não haver nenhum limite imposto, acaba se tornando um "vale tudo" para vender produtos ou serviços. Na maioria das vezes, os influenciadores digitais se aproveitam da inexperiência das crianças ou de outras classes de consumidores com baixa capacidade crítica[21].

Partindo desse pressuposto, é importante compreender que quanto maior a exposição do consumidor ao conteúdo publicitário, maior é sua vulnerabilidade. Os mecanismos de recomendação utilizados pelos influenciadores digitais podem exercer influência sobre o comportamento de um potencial consumidor. Isso ocorre por meio de estímulos voltados a atingir o inconsciente dos indivíduos expostos à publicidade[22]. Com isso, a publicidade não sinalizada e de caráter subliminar acaba por limitar a escolha do consumidor, o que aumenta consideravelmente a sua situação de vulnerabilidade[23]. Vale ressaltar que a vulnerabilidade do consumidor está prevista no artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

O aumento da vulnerabilidade do consumidor na sociedade da informação é tratada na Resolução nº 39/248, de 16 de abril de 1985, na qual a Organização das Nações Unidas (ONU) reconhece abertamente que há uma

---

[21] JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Publicidade no direito do consumidor.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 95.

[22] TAMBARA, Isabelle Milla; BATISTA, Osvaldo Henrique Santos; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. A Proteção do Consumidor e as Técnicas de Neuromarketing no Comércio Eletrônico que Potencializam sua Vulnerabilidade. **Revista Direito Empresarial**, Belo Horizonte, ano 11, n.3, set./dez. 2014, p. 90.

[23] TAMBARA, Isabelle Milla; BATISTA, Osvaldo Henrique Santos; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. A Proteção do Consumidor e as Técnicas de Neuromarketing no Comércio Eletrônico que Potencializam sua Vulnerabilidade. **Revista Direito Empresarial**, Belo Horizonte, ano 11, n.3, set./dez. 2014, p. 90.

desigualdade na relação de consumo que coloca o consumidor em condição de vulnerabilidade[24]. Para isso, foi levado em consideração aspectos sociais e econômicos, uma vez que os consumidores muitas vezes enfrentam desequilíbrios em níveis educacionais e poder de barganha com quem realiza a publicidade do produto ou serviço. A entidade, na ocasião em que foi formulada a resolução, firmou o entendimento de que os consumidores devem ter o direito de acesso à produtos não perigosos, bem como o direito de promover a economia justa, equitativa e sustentável e o desenvolvimento social[25].

Os influenciadores digitais, ao utilizarem técnicas no consumo virtual que são desconhecidas ou incompreensíveis por parte dos consumidores, fazem com que eles se tornem suscetíveis a publicidade enganosa. A questão fundamental é que as ações publicitárias, sejam elas enganosas ou não, geram um capital econômico e agregam valor à atividade. Assim sendo, passa-se a debater a possibilidade de aplicação de responsabilidade civil a determinados atos[26].

Em suma, se as ações em redes sociais agregam para o influenciador digital um valor econômico, então é inegável que há uma responsabilidade em decorrência da influência social. A responsabilidade civil é consequência jurídica de uma ação ou omissão que gere ou tenha potencialidade de gerar dano.

Com base no exposto, como esperar que o consumidor se porte de maneira consciente diante da publicidade não identificada? Como bem afirma Orlando Celso da Silva Neto, "o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade"[27]. Quando esse bem é indicado

---

[24] ONU - Organização das Nações Unidas. **Resolução N°. 39/248**. Disponível em: ttp://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm. Acesso em 30 de julho de 2021.
[25] ONU - Organização das Nações Unidas. **Resolução N°. 39/248**. Disponível em: ttp://www.un.org/documents/ga/res/39/a39r248.htm. Acesso em 30 de julho de 2021.
[26] FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. A vulnerabilidade do consumidor e a exposição pública na internet. **Direito Mercantil, Direito Civil, Direito do Consumidor, Novas Tecnologias Aplicadas ao Direito**. Madrid, v. 1, n. 9, 2015, p. 82-85.
[27] NETO, Orlando Celso da. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 77-78.

por um influenciador digital, responsável por formar opinião, ditar tendências e influenciar pessoas, torna-se ainda mais capaz de convencer o público[28].

Afinal, é indispensável que o consumidor tenha consciência de que está diante de uma mensagem de caráter publicitário para que possa deliberar sobre seu potencial de convencimento. A publicidade não sinalizada e feita de maneira inadequada é um dos principais motivos para que o indivíduo incorra em erro ao adquirir um produto ou serviço. Diante desse cenário, o Direito precisa ser a salvaguarda dos direitos e garantias dos indivíduos nas relações de consumo quando compreendidas a partir da atuação dos personagens que realizam publicidade por meio do chamado marketing de influência[29].

2. O MARKETING DE INFLUÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O marketing de influência é uma abordagem que consiste em praticar ações publicitárias com o auxílio de indivíduos que exerçam influência ou liderança sobre potenciais clientes para uma determinada marca. Esse tipo de marketing é realizado nas redes sociais e pode funcionar por meio de parcerias, na qual a divulgação é feita em troca de produtos ou serviços[30].

A tendência já é uma realidade na era digital e a propaganda convencional perdeu força. Nos Estados Unidos, 59% dos gestores de marketing apostam no novo hábito de publicidade. Em setembro de 2014, a *Forbes* tratou da temática em um artigo denominado Calculating The True Size Of The Influencer Marketing Industry, de autoria de Mike Schmidt. O autor destacou que o marketing

---

[28] FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. A vulnerabilidade do consumidor e a exposição pública na internet. **Direito Mercantil, Direito Civil, Direito do Consumidor, Novas Tecnologias Aplicadas ao Direito**. Madrid, v. 1, n. 9, 2015, p. 76-101. p. 4.

[29] DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 62.

[30] POLITI, Cassio. **Marketing de Influência:** O que é e por que as marcas apostam nessa tendência? Comunique-se, 30 de janeiro de 2017. Disponível em: https://bit.ly/3crv4ou. Acesso em junho de 2021.

inspirado pela transmissão de informações entre pessoas gera mais que o dobro de vendas em comparação a propagandas oficiais em certos veículos[31].

Em 2020, o Correio Braziliense divulgou uma lista dos maiores influenciadores do mundo organizada pela Visual Capitalist, um site de investimentos canadense. A lista levou em conta número de seguidores e o engajamento em redes sociais como Instagram, Twitter e demais. Na ocasião, o jogador Neymar Jr. se classificou em 12º lugar e o youtuber Whindersson Nunes em 49º lugar[32].

Para além dos dados supracitados, uma pesquisa mais recente, realizada em 2020 pela Sprout Social, revelou que 74% dos consumidores têm suas decisões de compra influenciadas por suas redes sociais. Isso reforça ainda mais a importância de refletir sobre o marketing de influência, por ser uma ferramenta determinante na cadeia de consumo no cenário das novas tecnologias[33].

Assim, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 3º, § 1º e § 2º, respectivamente, produto e serviço são: todos os bens móveis ou imóveis, materiais ou imateriais; quaisquer atividades fornecidas no mercado de consumo, que podem ser ofertadas mediante remuneração de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. No que diz respeito à prestação de serviço, especificamente, é importante compreender que o rol de atividades que caracterizam prestação de serviço enumeradas pelo legislador no art. 3º, § 2º do Código de Defesa do Consumidor é apenas exemplificativo. Isso não exaure as possibilidades de atividades que se enquadram nessa modalidade.

---

[31] SCHMIDT. Mike. Calculating the true size of the influencer marketing industry. **Forbes**, 21 de agosto de 2020. Disponível em: https://bit.ly/3ptrxLw. Acesso em 30 de julho de 2021.
[32] OLÍMPIO, Victória. Whindersson Nunes entra para lista dos 50 maiores influenciadores do mundo. **Correio Braziliense**, 21 de maio de 2021. Disponível em: https://bit.ly/34UtInh. Acesso em 30 de julho de 2021.
[33] BARNHART, Brent. Tempo médio gasto diariamente em mídias sociais (dados mais recentes de 2020). **Sprout Social,** 25 de janeiro de 2021. Disponível em: https://bit.ly/3cXELve. Acesso em 30 de julho de 2021

De tal modo, é importante lembrar que o interesse da publicidade sempre foi criar a necessidade de consumir. Com isso, tornar-se influenciador digital virou um sonho para diversas pessoas devido aos grandes valores obtidos financeiramente. Não por acaso, diversos são os cursos de ensino para que se aprenda a alcançar padrões estéticos de publicidade ideais e aumentar números nas plataformas digitais, facilmente encontrados no YouTube, por exemplo[34].

Diariamente, com um simples clique na tela do celular, os influenciadores ganham dinheiro. Os cachês são proporcionais ao tipo de propaganda realizada, ao tempo de sua duração e ao alcance de suas postagens. Pesquisas demonstram que o conteúdo gerado pelos influenciadores tem dado 11 vezes mais resultados do que propagandas tradicionais[35]. Diante disso, é indispensável uma regulamentação adequada da atividade, de modo que os interesses dos consumidores sejam protegidos e a publicidade seja feita em consonância com as normas do sistema pátrio.

No Brasil, não há uma legislação específica sobre influenciadores digitais, mas estes devem estar sempre atentos ao que determina o Código de Defesa do Consumidor e às legislações sobre publicidade no país[36]. Além disso, quando se trata de influência digital é indispensável conhecer as iniciativas internacionais que incidem sobre o setor. Nos Estados Unidos, por exemplo, existem guias para o marketing de influência. A iniciativa de regulamentar o tema se deu após algumas empresas e influenciadores precisarem prestar esclarecimentos sobre sua atuação

---

[34] BARBOSA, Caio Cesar do Nascimento; SILVA, Michael Cesar; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 2, n. 2, 2019, p. 03-04.

[35] Marketing de Influência: Como funciona e porque apostar nessa tendência? **Lemon Flex**, 13 de janeiro de 2020. Disponível em: https://bit.ly/3w3qVia. Acesso em 30 de julho de 2021.

[36] Lei n.º 4.680/65; Decretos n.º 57.690/66, 2.262/97 e 4.567/02, que regulamentam o exercício da profissão de publicitário; Lei n.º 5.768/71; Decreto n.º 70.951/72, que dispõe sobre promoções comerciais e sorteios, prêmios e brindes; Lei federal n.º 5.197/67, que trata da utilização de animais da fauna silvestre em anúncios publicitários; Lei n.º 6.360/76; Resolução da Anvisa - RDC n.º 102/00, que versa sobre a publicidade de medicamentos; Lei n.º 9.279/96, que trata sobre propriedade industrial relativa a patentes e registro de marcas, dentre outras leis. (MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 267).

nas mídias sociais. A jurisprudência alemã, por sua vez, foi a responsável por criar padrões a serem seguidos por influenciadores digitais em postagens patrocinadas. Já o Reino Unido elaborou um guia para auxiliar influenciadores da área digital a identificar corretamente suas postagens que possuem patrocínio, evitando problemas jurídicos[37].

O Brasil, a exemplo dos países estrangeiros, elaborou um guia de orientações publicitárias para conteúdo comercial de redes sociais gerado por influenciadores. Embora não tenha força vinculante como norma jurídica, o ordenamento jurídico conta com o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, denominado Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais. Criado em 2019, pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), o guia orienta profissionais de publicidade no ambiente virtual. Esse documento não possui força normativa, pois não é um documento jurídico capaz de obrigar ou vincular a atividade publicitária. Visto que o CONAR funciona como um conselho fiscal que profere recomendações meramente indicativas, o órgão não possui poderes para julgar os casos dos quais recebem denúncias e nem para aplicar sanções[38].

O CONAR é uma organização não-governamental sem fins lucrativos, que tem como objetivo atuar como órgão judicante nos litígios éticos que dizem respeito aos conteúdos publicitários. Assim sendo, oferece assessoria técnica sobre ética publicitária aos seus associados, autoridades e consumidores, além de defender preceitos constitucionais da propaganda comercial[39].

O Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais desenvolvido pelo CONAR traz definições e recomendações para a publicidade digital, além de

---

[37] BARBOSA, Caio Cesar do Nascimento; SILVA, Michael Cesar; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v.2, n.2, 2019, p. 03-04.

[38] **CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA.** Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3zBOAZi. Acesso em 30 de julho de 2021.

[39] **CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA.** Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3zBOAZi. Acesso em 30 de julho de 2021.

diretrizes de órgãos internacionais. Trata especificamente de como deve ser feita a identificação de conteúdos publicitários nas redes sociais, os quais devem fazer uso de expressões como: "publicidade", "publi", "publipost", entre outros sinônimos[40].

Essas expressões precisam estar obrigatoriamente visíveis na publicação do conteúdo. Inclusive, isso pode ser feito com o uso de ferramentas de identificação fornecidas pelas redes sociais, como é o caso da ferramenta de parcerias pagas do Instagram. Ao invés de sinalizar as postagens publicitárias com hashtags no final da legenda, o influenciador digital pode marcar a parceria acima da publicação[41].

Recomendações como a supracitada servem para proteger os consumidores de possíveis abusos que possam vir a sofrer devido à atividade publicitária desenvolvida pelos influenciadores digitais. Nesse sentido, de acordo com o art. 15 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, todos os envolvidos na atividade publicitária, sejam anunciantes, agências publicitárias e outros profissionais da comunicação, devem respeitar os padrões éticos de conduta estabelecidos pelo referido diploma legal. Tal previsão tenta garantir que os parâmetros para uma publicidade não lesiva sejam respeitados[42].

Cabe destacar que, mesmo antes da existência do referido Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária já consagrava o princípio da identificação da mensagem publicitária. O princípio foi previsto no art. 28 do diploma legal, o qual

---

[40] OTTO, Isabella. Parceria paga: existe publicidade certa ou errada no Instagram? **Capricho.** Disponível em: https://bit.ly/2SgCe80. Acesso em 30 de julho de 2021.

[41] OTTO, Isabella. Parceria paga: existe publicidade certa ou errada no Instagram? **Capricho.** Disponível em: https://bit.ly/2SgCe80. Acesso em 30 de julho de 2021.

[42] Art.15. Os padrões éticos de conduta estabelecidos neste Código devem ser respeitados por quantos estão envolvidos na atividade publicitária, sejam Anunciantes, Agências de Publicidade, Veículos de Divulgação, sejam Publicitários, Jornalistas e outros Profissionais de Comunicação participantes do processo publicitário. **CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA.** Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3zBOAZi. Acesso em 30 de julho de 2021.

dispõe que "o anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação". Ademais, o referido código em seus artigos 9[43], 10[44] e 29[45] também traz disposições acerca da identificação de publicidade, vedando qualquer caráter subliminar que possa ser empregado para fazer propaganda velada[46].

Portanto, mesmo que o legislador brasileiro ainda não tenha se debruçado sobre a temática para criar previsões legais específicas, o que existe no ordenamento jurídico brasileiro é capaz de regular a publicidade dos influenciadores digitais. As normas de autorregulamentação publicitárias, juntamente com o Código de Defesa do Consumidor são responsáveis por orientar tais atores, mesmo que em um universo digital que está em constante evolução.

3. A PUBLICIDADE E SUA REGULAMENTAÇÃO PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A publicidade terá relevância jurídica para o direito em algumas situações específicas, como: 1) quando representar uma ferramenta de oferta de consumo, produzindo, com isso, efeito de vinculação do fornecedor, na condição de negócio jurídico unilateral; 2) quando desrespeitar os preceitos estabelecidos pelo

---

[43] Art.9° A atividade publicitária de que trata este Código será sempre ostensiva. § 1° – A alusão à marca de produto ou serviço, razão social do anunciante ou emprego de elementos reconhecidamente a ele associados atende ao princípio da ostensividade.§ 2°– O "teaser", assim entendida a mensagem que visa a criar expectativa ou curiosidade no público, poderá prescindir da identificação do anunciante, do produto ou do serviço.

[44] Art. 10° - A publicidade indireta ou "merchandising" submeter-se-á igualmente a todas as normas dispostas neste Código, em especial os princípios de ostensividade (art. 9°) e identificação publicitária (artigo 28).

[45] Artigo 29 - Este Código não se ocupa da chamada "propaganda subliminar", por não se tratar de técnica comprovada, jamais detectada de forma juridicamente inconteste. São condenadas, no entanto, quaisquer tentativas destinadas a produzir efeitos "subliminares" em publicidade ou propaganda. Parágrafo único - Este Código encoraja os Veículos de Comunicação a adotarem medidas ao seu alcance destinadas a facilitar a apreensão da natureza publicitária da ação de "merchandising".

[46] **CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA**. Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3y8ytl3. Acesso em 30 de julho de 2021.

Código de Defesa do Consumidor, caracterizando-se como publicidade enganosa ou publicidade abusiva; e 3) quando, apesar de não possuir os requisitos de um negócio jurídico unilateral de oferta, se apresentar como um contato social de consumo. Isso ocorre quando transmitem informações capazes de produzir nos consumidores expectativas legítimas que, em razão do princípio da boa-fé objetiva e da tutela da confiança, também impõem a eficácia vinculativa do fornecedor[47].

No âmbito do direito do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor estabelece princípios que devem ser observados por qualquer agente de propaganda ao desenvolver atividade publicitária, como: princípio da identificação da publicidade (art. 36, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor); princípio da vinculação contratual da publicidade (art. 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor); princípio da veracidade (art. 37, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor); princípio da inversão do ônus da prova (art. 38 do Código de Defesa do Consumidor); princípio da correção do desvio publicitário (art. 56, inciso XII, do Código de Defesa do Consumidor); e princípio da transparência da fundamentação publicitária (art. 36, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor).

De acordo com o princípio da identificação, a publicidade não deve ser feita de maneira subliminar, deixando sempre evidente que há um acordo financeiro entre a empresa responsável pelo que é divulgado e quem divulga. Assim sendo, as postagens publicitárias sem sinalização violam o disposto no art. 36 do CDC, que prevê o princípio em questão. Tal dispositivo determina que a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Isso porque, ao ocultar o caráter publicitário da postagem, o influenciador pode induzir o consumidor a erro[48].

---

[47] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 266.

[48] **CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA.** Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3zBOAZi. Acesso em 30 de julho de 2021.

Acerca do dispositivo supracitado, segundo Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias, percebe-se que o artigo tem por escopo impor ao fornecedor a manutenção da prova da veracidade das afirmações veiculadas, caso questionado pelos legítimos interessados. Dentre tais, encontra-se, em primeiro plano, o próprio consumidor que, por óbvio, não tem condições de levantar aqueles dados ou executar testes com os produtos[49].

O princípio da vinculação, por sua vez, diz respeito à força vinculante da informação veiculada pelo agente publicitário, seja ele fornecedor ou, como no caso em questão, influenciador digital. Previsto no art. 30 do Código de Defesa do Consumidor, determina que ao veicular uma informação ou publicidade, suficientemente precisa, por meio de qualquer forma de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que dela se vale, utiliza e integra o contrato que vier a ser celebrado. Por meio desse princípio, o consumidor possui garantias que estão previstas no art. 35 do Código de Defesa do Consumidor, conforme esse dispositivo:

> Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

De acordo com a autora já citada, o anunciante, ao se recusar a cumprir com a obrigação, abre um precedente e possibilita ao consumidor exigir o cumprimento forçado da oferta (art. 35, inciso I). Se não for possível, é possível aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente (art. 35, inciso II)[50].

---

[49] DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 68.
[50] DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 79.

Já o princípio da veracidade da publicidade é aquele que veda publicidade enganosa ou abusiva[51]. Esse princípio está previsto no Código de Defesa do Consumidor em seu art. 37:

> Art. 37 É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1° É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

A partir disso, entende-se que é vedado aos influenciadores digitais realizarem publicidade enganosa ou abusiva, assim como qualquer outro agente que trabalhe no meio publicitário ou na propaganda. A publicidade enganosa é qualquer informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, capaz de induzir o consumidor a erro. Pode ocorrer também por omissão quando se deixa de fornecer uma informação essencial sobre o produto ou serviço ao consumidor. Essa modalidade vedada no meio publicitário está prevista no art. 37, §1°, do Código de Defesa do Consumidor[52].

Já a publicidade abusiva é a que dissemina conteúdo discriminatório, que incita à violência, explora o medo ou a superstição, dentre outras coisas capazes de levar o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à própria saúde ou segurança, como disposto no §2º do referido artigo. A prática de qualquer uma dessas modalidades publicitárias irregulares, por inobservância das regras contidas no Código de Defesa do Consumidor, pode levar a uma responsabilização do influenciador digital[53].

Além disso, a partir do princípio da inversão do ônus da prova, a legislação garante que o ônus da prova da veracidade e com a correção da informação ou

---

[51] ALMEIDA, Aliete Marisa Teixeira de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo CDC. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). Doutrinas essenciais: direito do consumidor. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 41.
[52] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 266.
[53] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 266.

comunicação publicitária cabe a quem patrocina a publicidade. Esse fato não desobriga o consumidor supostamente lesado de provar o dano e a relação de causalidade existente entre o produto ou serviço com o dano sofrido por ele. A previsão legal de tal princípio está contida no art. 37, §1º, do Código de Defesa do Consumidor e também encontra amparo no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor[54]. Quando se trata de publicidade, a inversão do ônus da prova é obrigatória e não depende da discricionariedade do juiz[55].

No que tange ao princípio da correção do desvio publicitário, uma vez que ocorra publicidade enganosa ou abusiva, a mensagem corretiva deve ser veiculada pelo infrator no mesmo veículo de comunicação utilizado e com as mesmas características empregadas. O art. 56, inciso XII, do Código de Defesa do Consumidor dispõe que o fornecedor está obrigado a realizar a contrapropaganda.

A previsão legal do princípio da transparência da fundamentação publicitária, por sua vez, está no parágrafo único do art. 36 do Código de Defesa do Consumidor, o qual determina que o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem. Os anunciantes de produtos ou serviços devem promover uma publicidade coerente com a realidade e fundamentar a propaganda com dados fáticos, técnicos e científicos[56].

---

[54] Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

[55] ALMEIDA, Aliete Marisa Teixeira de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo CDC. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). Doutrinas essenciais: direito do consumidor. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 41.

[56] ALMEIDA, Aliete Marisa Teixeira de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo CDC. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). Doutrinas essenciais: direito do consumidor. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 41.

Por fim, é importante compreender que é um direito básico do consumidor, de acordo com o art. 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, receber a informação adequada e clara sobre o produto ou serviço. Assim sendo, a propaganda sempre deve estar acompanhada da especificação da quantidade correta com as características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como com alerta sobre os riscos que possam apresentar.

O marketing de influência, ao se valer dos influenciadores digitais para gerar engajamento para uma marca, acaba por conquistar a confiança dos consumidores. Sendo os influenciadores sujeitos parte da relação de consumo, esses atores devem respeitar a boa-fé objetiva que lhe é inerente, ou seja, devem agir sempre com lealdade e honestidade, sem deixar de observar as regras de conduta da área[57]. Isso porque a boa-fé objetiva é um princípio basilar do Direito do Consumidor, que está contido no art. 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, que trata da Política Nacional das Relações de Consumo e diz ser necessária uma:

> III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Além do princípio da boa-fé objetiva, os influenciadores digitais devem se atentar ao princípio da confiança. Tal princípio tem como fundamento um dever geral de conduta, de acordo com os usos e costumes da sociedade e com o que é esperado das partes. Esse princípio determina que a confiança é elemento inerente à relação de consumo. Por meio dela há uma expectativa sobre a

[57] POLITI, Cassio. **Marketing de Influência:** O que é e por que as marcas apostam nessa tendência? Comunique-se, 30 de janeiro de 2017. Disponível em: https://bit.ly/3crv4ou. Acesso em 30 de julho de 2021.

conduta de ambos os envolvidos, que possuem o dever de seguir um padrão de conduta coerente com a relação estabelecida[58].

Diante do exposto, é evidente que o Código de Defesa do Consumidor traz em sua redação uma série de princípios e diretrizes que devem ser seguidas por quem realiza publicidade. Uma vez que o influenciador digital realiza propaganda publicitária, deve também respeitar as normas de publicidade contidas na referida norma e nos demais diplomas normativos que tratam da temática. O próximo passo para refletir sobre a problemática envolvendo as propagandas realizadas pelos influenciadores digitais é compreender o regime de responsabilidade civil a ser aplicado aos influenciadores digitais nos casos de descumprimento dos parâmetros estabelecidos.

4. O REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADO AOS INFLUENCIADORES DIGITAIS: UM PARALELO COM OS FORNECEDORES

O argumento de Priscila Wândega Jezler traz a ideia de que a chave do sucesso da parceria com os fornecedores está na liberdade de criação dos influenciadores digitais[59]. O modo original e autêntico do conteúdo produzido pelos influenciadores digitais gera uma maior aceitação dos seguidores, que absorvem com facilidade a mensagem. É inegável que esses personagens presentes na rede social se envolvem diretamente com o produto e serviço objeto de sua publicidade, afinal as publicações publicitárias são veiculadas nos perfis dos influenciadores digitais que contam também com relatos pessoais e íntimos de sua

[58] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 266.
[59] JEZLER, Priscila Wândega. **Os influenciadores digitas na sociedade de consumo: uma análise acerca da responsabilidade civil perante a publicidade ilícita**. Trabalho de conclusão de curso de Graduação em Direito. Orientadora: Joseane Suzart Lopes da Silva. Faculdade de Direito.

vida. Por consequência, eles devem ser, ao lado do fornecedor anunciante, também responsáveis objetiva e solidariamente pelos anúncios ilícitos[60].

Desse modo, incide a solidariedade para que todos os participantes da estruturação e divulgação da atividade publicitária assumam os ônus decorrentes da atividade dos influenciadores digitais. Isso dá uma maior garantia ao consumidor, que passa a possuir uma maior possibilidade de acionar os sujeitos responsáveis e, consequentemente, alcançar a reparação de possíveis danos. Assim, havendo divulgações ilícitas, todos serão responsabilizados, sem prejuízo do direito de regresso do influenciador digital contra o fornecedor, no caso de este ser o responsável pelos defeitos que vieram da fabricação do produto[61].

É com base em argumentos como o supracitado que se defende a responsabilização dos influenciadores nos mesmos termos dos fornecedores. Atualmente, essa equiparação é feita entre influenciadores digitais e fornecedores de produtos ou serviços. Para elucidar melhor essa questão, vale ressaltar que, de acordo com o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor:

> Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviço.

Ao não esclarecerem a relação existente entre eles e seus contratantes quanto ao material publicitário presente em suas redes sociais, os influenciadores digitais poderão se vincular aos prejuízos que ocasionarão a terceiros, como visto anteriormente com o princípio da vinculação (art. 30 do Código de Defesa do

---

[60] JEZLER, Priscila Wândega. **Os influenciadores digitas na sociedade de consumo: uma análise acerca da responsabilidade civil perante a publicidade ilícita**. Trabalho de conclusão de curso de Graduação em Direito. Orientadora: Joseane Suzart Lopes da Silva. Faculdade de Direito.

[61] JEZLER, Priscila Wândega. **Os influenciadores digitas na sociedade de consumo: uma análise acerca da responsabilidade civil perante a publicidade ilícita**. Trabalho de conclusão de curso de Graduação em Direito. Orientadora: Joseane Suzart Lopes da Silva. Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia. Bahia, 2017, p. 54-55. Disponível em: https://bit.ly/3zE6jPL. Acesso em 30 de julho de 2021.

Consumidor)[62]. Dessa forma, se equiparam aos fornecedores e acabam também por se enquadrarem na previsão do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor:

> O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Nesse caso, trata-se de uma modalidade de responsabilidade civil objetiva por força da previsão legal, que se funda no defeito do produto ou na prestação do serviço oferecido no mercado. O fornecedor responde objetivamente, pois deve assumir os riscos do empreendimento, já que os ônus não podem ser transferidos aos consumidores[63].

Para melhor compreender a problemática, vale ressaltar que são elementos essenciais da responsabilidade civil: agente, dano e nexo de causalidade. Assim, a responsabilização seria pautada não só na averiguação da conduta e do dano, mas também na relação entre eles (nexo causal)[64]. Não necessitando, então, da comprovação de culpa[65]. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves:

> Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como "risco-proveito", que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); ora mais genericamente como "risco criado", a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo[66].

---

[62] FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. A vulnerabilidade do consumidor e a exposição pública na internet. **Direito Mercantil, Direito Civil, Direito do Consumidor, Novas Tecnologias Aplicadas ao Direito**. Madrid, v. 1, n. 9, 2015, p. 82-85.
[63] FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil.** 7ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2007, p. 162 - 163.
[64] FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. A vulnerabilidade do consumidor e a exposição pública na internet. **Direito Mercantil, Direito Civil, Direito do Consumidor, Novas Tecnologias Aplicadas ao Direito**. Madrid, v. 1, n. 9, 2015, p. 82-85.
[65] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** 6ª ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 266.
[66] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** responsabilidade civil. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, adotou a teoria do risco do empreendimento em sua sistemática. A base legal de tal teoria está no dever de segurança criado pelo art. 12, § 1º, e pelo art. 14 do Código de Defesa do Consumidor[67]. Vale ressaltar que antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, os riscos inerentes ao consumo eram suportados pela parte mais fraca. Posteriormente, com o advento do referido código, o consumidor passou a gozar de uma maior proteção jurídica e o fornecedor passou a ter que assumir os riscos inerentes a sua atividade. Tal fato trouxe um equilíbrio para a relação entre o fornecedor e o consumidor[68].

Partindo desse pressuposto, o influenciador digital ao realizar publicidade nas redes sociais atrai o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos produtos ou serviços postos à disposição dos consumidores em suas publicações. Acerca do assunto, Sérgio Cavalieri Filho leciona que o dever gerado pelo risco do empreendimento é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, assim como aos critérios de lealdade, seja diante dos bens e serviços ofertados, ou diante de quem se destinam as ofertas publicitárias. Seguindo esse entendimento, quem quer que realize atividade de divulgar, produzir ou comercializar produtos, deve responder pela qualidade e segurança dos produtos ou serviços ofertados ao público[69].

A adoção da teoria objetiva para solucionar casos envolvendo responsabilidade civil de influenciadores digitais fica nítida a partir de casos

---

[67]Art. 12, § 1º - O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – sua apresentação; II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi colocado em circulação.
Art. 14, § 1º - O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – o modo de seu fornecimento; II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi fornecido.
[68] FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 451. Disponível em: https://bit.ly/3xFEZ2p. Acesso em 30 de julho de 2021.
[69] FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil.** 7ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2007, p. 162 - 163.

concretos. Recentemente, em agosto de 2020, a influenciadora Virgínia Fonseca foi condenada a restituir o valor de um iPhone 8 Plus (R$ 2.639,90) a uma seguidora que comprou o aparelho na loja indicada pela figura pública em sua rede social. A autora da ação adquiriu o smartphone e depois descobriu que havia caído em um golpe[70].

A seguidora (autora) alegou que, em 12 de agosto de 2019, após uma publicação de Virgínia Fonseca acerca da venda de um Iphone 8 Plus, foi convencida a adquirir o produto. Isso pois, ao examinar o conteúdo publicitário, confiou na segurança e qualidade do serviço. Entretanto, depois de efetuar o pedido seguido do pagamento do produto, não recebeu o produto e percebeu que se tratava de um golpe que estava em curso no território nacional[71].

Diante disso, buscou solucionar o caso de modo extrajudicial solicitando o ressarcimento, no entanto, sem sucesso, optou por recorrer às vias judiciais. Sua defesa fundamentou o pedido na solidariedade[72] dos influenciadores digitais, bem como das redes sociais Instagram e Facebook. Os réus, por sua vez, pediram improcedência do pedido da autora. O Facebook alegou que é responsável apenas por apresentar a rede social ao público e não pelas publicidades contidas dentro da plataforma. Já a ré Virgínia se defendeu ao alegar que se tratava de um fato decorrente de culpa exclusiva da autora do processo, que teria assumido os riscos de comprar o aparelho sem verificar a fonte[73].

O juiz Rafael da Silveira Thomaz, do Juizado Especial Cível de Barra Mansa, entendeu que se tratava de responsabilização objetiva. Argumentou que, por se tratar de uma atividade habitual que gera lucros à influenciadora digital, há

[70] RODAS, Sérgio. Influenciadora digital responde por golpe dado por loja que indicou. **Consultor Jurídico**, 21 de agosto de 2020. Disponível em: https://bit.ly/3gl7jkC. Acesso em 30 de julho de 2021.
[71] RODAS, Sérgio. Influenciadora digital responde por golpe dado por loja que indicou. **Consultor Jurídico**, 21 de agosto de 2020. Disponível em: https://bit.ly/3gl7jkC. Acesso em 30 de julho de 2021.
[72] Art. 7º. Parágrafo único: Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.
[73] RODAS, Sérgio. Influenciadora digital responde por golpe dado por loja que indicou. **Consultor Jurídico**, 21 de agosto de 2020. Disponível em: https://bit.ly/3gl7jkC. Acesso em 30 de julho de 2021.

responsabilidade pela falha na compra do aparelho. Isso porque, na sua interpretação, ao expor produtos de terceiros à venda, a atividade desenvolvida pela autora do dano implica, por sua natureza, um risco paras os direitos de outrem[74]. No mesmo sentido, Paulo Jorge Scartezzini Guimarães defende que:

> A responsabilidade objetiva funda-se em um princípio de equidade, existente desde o direito romano, no sentido de que aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou pela desvantagem dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi onus ubi commoda, ibi incommoda*). Essa visão, ao nosso ver, é de extrema importância, pois nem todo dano causado obriga seu autor, independentemente da análise de culpa, a repará-lo. Só se aplicaria essa teoria quando o ofensor, com sua conduta, teve a possibilidade de obter uma vantagem, econômica ou não[75].

Assim, por serem os influenciadores digitais a ligação entre a marca ou empresa e o consumidor, é legítima a sua responsabilização. Justifica-se tal postura porque, afinal, os divulgadores de meios digitais obtêm vantagens econômicas com a relação de consumo e estão diretamente atrelados ao motivo da transação financeira, sendo cabível que respondam pelos riscos ou desvantagens dela resultantes. É dever do influenciador digital não divulgar no mercado digital produtos ou serviços com defeito que possam vir a ofender a segurança física, patrimonial, psíquica e jurídica do consumidor. É indispensável que haja uma garantia de idoneidade[76].

Dentro dos parâmetros de normalidade e de previsibilidade que correspondam às expectativas legítimas dos consumidores, seguem-se os termos do art. 8º do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 8º - Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

---

[74] RODAS, Sérgio. Influenciadora digital responde por golpe dado por loja que indicou. **Consultor Jurídico**, 21 de agosto de 2020. Disponível em: https://bit.ly/3gl7jkC. Acesso em 30 de julho de 2021.
[75] GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 198-199.
[76] BARBOSA, Caio Cesar do Nascimento; SILVA, Michael Cesar; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v.2, n.2, 2019, p. 03-04.

Assim como os fornecedores, os influenciadores devem respeitar as diretrizes de publicidade e propaganda, sob pena de responsabilização. As hipóteses de exclusão de responsabilidade civil aplicadas ao fornecedor e por analogia aos influenciadores digitais estão presentes no art. 14, § 3º, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece que o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Com isso, a responsabilidade só será afastada nos casos em que restar comprovado que o fornecedor não colocou o produto no mercado, que não existe defeito ou que o dano ocorreu por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro[77]. Os mesmos critérios devem ser levados em consideração na publicidade realizada pelos influenciadores em suas redes sociais, para afastar a hipótese de uma possível responsabilização.

Sublinha-se, principalmente, que, ao realizarem publicidade sem sinalizar, os influenciadores digitais já estão causando um prejuízo ao consumidor que deveria ter consciência do tipo de conteúdo a que está exposto. Isso porque, conforme Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, a simples veiculação da publicidade ilícita já gera dano a todos expostos a mensagem publicitária. Não é preciso, para que este se configure de fato, um dano patrimonial, pois a divulgação da publicidade ilícita, por si só, já gera dano a quem teve contato com ela. Se trata de uma das modalidades de dano in re ipsa[78], ou seja, o dano decorre do próprio ato ilícito e não se exige que o consumidor seja enganado efetivamente para ter direito de acionar a responsabilidade civil[79].

---

[77] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 244.
[78] Dano *in re ipsa* "deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis ou facti*, que decorre das regras da experiência comum". (FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10ª ed. São Paulo: Atlas S.A. 2012, p. 83. Disponível em: https://bit.ly/3xFEZ2p. Acesso em 30 de julho de 2021.)
[79] GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 199

As informações transmitidas ao consumidor devem ser livres de omissões e não podem gerar uma falsa segurança de consumir determinado produto ou serviço nos indivíduos. Como visto anteriormente, com base nos princípios da boa-fé objetiva e da confiança, a mensagem publicitária contida nas publicações dos influenciadores digitais em suas redes sociais deve ser coerente com a oferta. Os influenciadores digitais devem agir com lealdade e transparência, sendo obrigados a transmitir mensagens verídicas e completas, sob pena de serem responsabilizados objetivamente[80].

Com base no exposto, é notório que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor é o mais adequado para regular a atividade dos influenciadores digitais no Brasil, impedindo a publicidade velada e lesiva. Cabe aos influenciadores digitais arcarem com a solidariedade de toda a cadeia envolvida na atividade de consumo, conforme disposto no art. 7º, parágrafo único[81], e art. 25, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor[82]. Assim, como qualquer outro agente de publicidade que atua como facilitador do consumo, esses atores do meio digital estão subordinados às normas consumeristas.

Nesse sentido, visando reforçar a tese supracitada, vale ressaltar que, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> o direito consumerista pode ser utilizado como norma principiológica mesmo que inexista relação de consumo entre as partes litigantes porque as disposições do CDC veiculam cláusulas criadas para proteger o consumidor de práticas abusivas e desleais do fornecedor de serviços, inclusive as que proíbem a propaganda enganosa[83].

---

[80] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 266.

[81] Art. 7º.Parágrafo único: Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

[82] Art. 25, § 1º do CDC: Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

[83] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.552.550**. Recorrente: TV Ômega LTDA. Recorrido: Rádio e Televisão Bandeirantes LTDA. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Data de julgamento: Brasília, 01 de março de 2016. Data de publicação: Brasília, 22 de abril de 2016. Disponível em: https://bit.ly/2Vc0BF4. Acesso em 30 de julho de 2021.

Isso reforça a tese de que, mesmo não sendo o influenciador digital o fornecedor do produto ou serviço, há vínculo às normas que protegem o consumidor.

Os deveres que devem ser observados pelos fornecedores na produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços são os mesmos dos influenciadores ao fazerem divulgação em suas redes sociais. Ambos devem observar os princípios da publicidade e propaganda[84].

Em termos conclusivos, é preciso reafirmar que o consumidor deve ter acesso à informação necessária sobre as características do produto e do contrato e também sobre como isso afetará seu interesse pessoal e sua individualidade. O próprio direito à educação para o consumo compreende uma obrigação de que seja informado de maneira clara e acessível. Igualmente, o consumidor deve exercer adequadamente sua liberdade de optar entre as várias escolhas possíveis por entender ser a que melhor atende aos seus interesses. Já nessas colocações fica nítida a necessidade de debater a linguagem própria e volátil da propagandas virtuais, bem como a publicidade se submete a manipulações de direcionamento inerentes ao que determinam as plataformas[85].

A publicidade feita por influenciadores digitais precisa corresponder à expectativa legítima criada no consumidor, ou seja, devem ser verdadeiras as informações, qualidades, vantagens, atribuídas ao produto ou serviços, sob pena de responsabilização[86]. Desse modo, faz-se necessário respeitar os padrões de conduta recomendados no Código Brasileiro de Autorregulamentação

---

[84] MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 266.

[85] FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. A vulnerabilidade do consumidor e a exposição pública na internet. **Direito Mercantil, Direito Civil, Direito do Consumidor, Novas Tecnologias Aplicadas ao Direito**. Madrid, v. 1, n. 9, 2015, p. 82-85.

[86] HENRIQUE, Maíra Moura Barros. Responsabilidade Civil das Celebridades Digitais na Publicidade do Instagram. **Cadernos Virtuais**, v. 1, n. 46, 2020, p. 8. Disponível em: https://bit.ly/35DH7v8. Acesso em 30 de julho de 2021.

Publicitária. Os protocolos não representam meras burocracias e servem para orientar a atividade dos influenciadores.

As normas consumeristas atreladas à autorregulamentação da publicidade que tem valor recomendativo servem para atribuir valor normativo às regras que devem ser observadas pelos influenciadores digitais ao realizarem publicidade ou propaganda. Por isso, na ausência de uma legislação específica sobre marketing de influência, é indispensável conjugar tais disposições para prever responsabilização civil caso os padrões de conduta sejam desrespeitados[87].

Como bem destaca Anderson Shereiber:

> A definição de um padrão único de diligência e razoabilidade parece, de todo, incompatível com uma realidade complexa e plural, como a que caracteriza as sociedades contemporâneas. Daí fomentar-se, por toda a parte, um fenômeno que se poderia designar como fragmentação do modelo de conduta, ou seja, a utilização de parâmetros de comportamento específicos e diferenciados para as mais diversas situações[88].

Diante do exposto, é notório que o sistema de responsabilidade civil é capaz de contemplar os influenciadores digitais a partir do Código de Defesa do Consumidor. Entende-se que, mesmo que haja debates sobre uma possível tutela específica do marketing de influência, existem parâmetros suficientes para análise da responsabilização dos influenciadores digitais. As normas consumeristas devem servir de guia para os magistrados no julgamento de situações de fato envolvendo esses agentes, além de servir para fundamentar a doutrina especializada em marketing de influência[89].

---

[87] HENRIQUE, Maíra Moura Barros. Responsabilidade Civil das Celebridades Digitais na Publicidade do Instagram. **Cadernos Virtuais**, v. 1, n. 46, 2020, p. 8. Disponível em: https://bit.ly/35DH7v8. Acesso em 30 de julho de 2021.

[88] SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 4 ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 41

[89] BARBOSA, Caio Cesar do Nascimento; SILVA, Michael Cesar; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. **Revista IBERC,** Minas Gerais, v. 2, n. 2, p. 01-21, 2019, p. 03-04.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, compreende-se que as campanhas publicitárias realizadas no contexto de novas tecnologias apresentam um desafio pelo surgimento de um novo tipo de relação privada estabelecida no ambiente virtual. O marketing de influência mudou a lógica da publicidade e impulsionou o comércio online por meio da figura do influenciador digital, que movimenta diariamente um grande número de pessoas engajadas com seu conteúdo nas redes sociais.

Resta evidente, pois, que devido ao grande tráfego de informações causado pela circulação frequente de dados, a propaganda feita nesse meio possui um potencial de alcance muito maior do que aquele observado no comércio convencional. Cada vez mais, as empresas investem na contratação dos influenciadores digitais para criarem conteúdo em favor de suas marcas. Desse modo, o instituto da responsabilidade civil precisa acompanhar a evolução tecnológica para que seja capaz de tutelar as novas situações que despontam no ambiente virtual.

Quando se analisa o marketing de influência no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que não há uma legislação específica que trate da publicidade realizada por influenciadores digitais. No entanto, esses sujeitos devem estar atentos às diretrizes que orientam a publicidade como um todo no país, principalmente quanto à identificação de mensagem publicitária. Dessa forma, tais agentes de propaganda deverão cumprir o dever de lealdade e transparência que é fundamental nas relações de consumo. Afinal, no ambiente digital, o regime de responsabilidade civil deve buscar, para além da compensação ou reparação adequada dos danos, uma maior proteção do consumidor.

É inegável que, ao realizar publicidade de produtos e serviços nas redes sociais, os influenciadores se tornaram parte da cadeia de consumo. Por esse motivo, é justificável submetê-los ao regime de responsabilidade civil do Código de

Defesa do Consumidor e às suas diretrizes acerca da atividade publicitária. Isso pois, com o advento das novas tecnologias e o surgimento do marketing de influência, o consumidor ficou ainda mais exposto a estímulos que levam ao consumo. Assim sendo, os responsáveis pela publicidade devem responder por publicidade ilícita e não sinalizada, sejam eles fornecedores ou influenciadores digitais, já que ambos obtêm lucro perante a relação de consumo que se estabelece.

Ao traçar um paralelo entre a publicidade realizada pelos influenciadores digitais e a atividade desenvolvida pelo fornecedor, constata-se que elas se equiparam. O influenciador digital deve assumir o risco do empreendimento ao expor produtos e serviços aos seus seguidores para auferir lucro. O ônus da atividade não pode ser do consumidor que foi influenciado a consumir. O mesmo não pode se esquivar da obrigação de cumprir com os exatos termos da oferta realizada.

Portanto, cabe à responsabilidade civil atuar em defesa dos direitos e garantias dos consumidores e responsabilizar objetivamente os influenciadores digitais. Assim, mesmo em um universo conectado, as relações de consumo se mantêm equilibradas e em consonância com as normas de publicidade existentes no ordenamento jurídico brasileiro. As novas ferramentas, como as redes sociais, devem servir como facilitadoras do elo entre o consumidor e os agentes de publicidade, funcionando a favor do desenvolvimento adequado das relações de consumo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Aliete Marisa Teixeira de. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo CDC. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito do consumidor. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 393-444, 2011.

BARBOSA, Caio Cesar do Nascimento; SILVA, Michael Cesar; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 2, n. 2, p. 01-21, 2019.

BARNHART, Brent. Tempo médio gasto diariamente em mídias sociais (dados mais recentes de 2020). **Sprout Social**, 25 de janeiro de 2021. Disponível em: https://bit.ly/3cXELve. Acesso em 30 de julho de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.552.550**. Recorrente: TV Ômega LTDA. Recorrido: Rádio e Televisão Bandeirantes LTDA. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Data de julgamento: Brasília, 01 de março de 2016. Data de publicação: Brasília, 22 de abril de 2016. Disponível em: https://bit.ly/2Vc0BF4. Acesso em 30 de julho de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3y8ytl3. Acesso em 30 de julho de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais. 2020. Disponível em: https://bit.ly/3zBOAZi. Acesso em 30 de julho de 2021.

DIAS, Léo. De Gabi Brandt a Pavanelli: quanto as *web* celebridades cobram por post? **Site Uol**, 21 de março de 2020. Disponível em: https://bit.ly/3w17czN. Acesso em 30 de julho de 2021.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e Direito**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil.** 7ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2007. Disponível em: https://bit.ly/3BIZ7D5. Acesso em 30 de julho de 2021.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil.** 10ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012. Disponível em: https://bit.ly/3xFEZ2p. Acesso em 30 de julho de 2021.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. A vulnerabilidade do consumidor e a exposição pública na internet. **Direito Mercantil, Direito Civil, Direito do Consumidor, Novas Tecnologias Aplicadas ao Direito**. Madrid, v. 1, n. 9, p. 76-101, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** responsabilidade civil. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HENRIQUE, Maíra Moura Barros. Responsabilidade Civil das Celebridades Digitais na Publicidade do Instagram. **Cadernos Virtuais**. São Paulo, v. 1, n. 46, p. 1-27, 2020. Disponível em: https://bit.ly/35DH7v8. Acesso em 30 de julho de 2021.

IBOPE Inteligência. O Brasil e os influenciadores digitais. 2019. Disponível em: https://bit.ly/3gwppyP. Acesso em 30 de julho de 2021.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Publicidade no direito do consumidor.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

JEZLER, Priscila Wândega. **Os influenciadores digitais na sociedade de consumo: uma análise acerca da responsabilidade civil perante a publicidade ilícita**. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia. Bahia, 2017. Disponível em: https://bit.ly/3zE6jPL. Acesso em 30 de julho de 2021.

KARHAWI, Issaaf. Influenciadores digitais: o Eu como mercadoria. In: SAAD, Elizabeth; SILVEIRA, Stefanie (Org.). **Tendências em comunicação digital.** 21ª ed. São Paulo: ECA/USP, 2016, p. 38.

Marketing de Influência: Como funciona e porque apostar nessa tendência? **Lemon Flex**, 13 de janeiro de 2020. Disponível em: https://bit.ly/3w3qVia. Acesso em 30 de julho de 2021.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLÍMPIO, Victória. Whindersson Nunes entra para lista dos 50 maiores influenciadores do mundo. **Correio Braziliense**, 21 de maio de 2021. Disponível em: https://bit.ly/34UtInh. Acesso em 30 de julho de 2021.

OTTO, Isabella. Parceria paga: existe publicidade certa ou errada no Instagram? **Capricho.** Disponível em: https://bit.ly/2SgCe80. Acesso em 30 de julho de 2021..

POLITI, Cássio. Marketing de Influência: O que é e por que as marcas apostam nessa tendência? **Comunique-se**, 30 de janeiro de 2017. Disponível em: https://bit.ly/3crv4ou. Acesso em 30 de julho de 2021.

RODAS, Sérgio. Influenciadora digital responde por golpe dado por loja que indicou. **Consultor Jurídico**, 21 de agosto de 2020. Disponível em: https://bit.ly/3gl7jkC. Acesso em 30 de julho de 2021.

SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do Marketing**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, V. L. C; SANTOS, J. E. As redes sociais digitais e sua influência na sociedade e educação contemporâneas. **HOLOS**. Natal, a. 30, v. 6, p. 307-328, 2015. Disponível em: https://bit.ly/3w5El8a. Acesso em 30 de julho de 2021.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHMIDT. Mike. Calculating the true size of the influencer marketing industry. **Forbes**, 21 de agosto de 2020. Disponível em: https://bit.ly/3ptrxLw. Acesso em 30 de julho de 2021.

SPERANZA, Henrique de Campos Gurgel. Publicidade enganosa e abusiva. **Âmbito Jurídico**, 31 de outubro de 2017. Disponível em: https://bit.ly/2RvzxiC. Acesso em 30 de julho de 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Responsabilidade Civil. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INVESTIDORES DE VENTURE CAPITAL EM STARTUPS DE E-COMMERCE

Yasmim Soares Géo[1]

RESUMO: O presente trabalho tem como intuito perquirir a aplicação da responsabilidade civil em face dos investidores de venture capital em startups de e-commerce. Tendo em vista o crescimento dessa forma de investimento, bem como, o exponencial surgimento de comércios eletrônicos em decorrência da pandemia do COVID-20, mostra-se imprescindível tal discussão em decorrência das mudanças disponibilizadas pela Lei da Liberdade Econômica (nº 13.874/2019) no âmbito dos fundos de investimentos. Neste sentido, busca-se por meio deste artigo científico apresentar as vias de responsabilização na esfera cível aos investidores de uma via que está plenamente em voga tanto no setor econômico e jurídico nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; venture capital; e-commerce.

INTRODUÇÃO

De acordo com a pesquisa realizada pelo Comitê de Métricas da Câmara Brasileira da Economia Digital (camara-e.net), em parceria com o Neotrust, o e-commerce brasileiro registrou uma expansão de 73,88% no ano de 2020, dado extremamente significativo e impactante para a economia brasileira.[2] Tal

[1] Graduanda em Direito na Escola Superior Dom Helder Câmara.
[2] E-COMMERCE BRASIL. **E-commerce brasileiro cresce 73,88% em 2020, revela índice MCC-ENET.** E-Commerce Brasil, 02 de fevereiro de 2021 Disponível em:

expansão ocorreu devido a pandemia do Sars-CoV-2, com o isolamento social e as medidas de contenção do vírus. Os comércios que possuíam a sua atividade concentrada em lojas físicas, viram-se obrigados a adaptar para plataformas on-line, além de outros meios eletrônicos no intuito de permanecer lucrando.

Com a vasta movimentação e aporte aplicado ao varejo eletrônico desde o último ano os investimentos nessa área cresceram substancialmente, ocasionando em companhias extremamente bem-sucedidas, com receitas alcançando valores bilionários, no entanto, também observamos o fracasso de diversos negócios, e empresas nesse mercado, afetando a economia de modo vasto. Desta maneira, o presente trabalho tem como objetivo perquirir a responsabilidade desses investidores nas startups de e-commerce brasileiras, tendo em vista a relevância econômica e social desse ramo em âmbito nacional e internacional.

Utiliza-se, uma abordagem quantitativa, explicando as mudanças e evoluções no ordenamento jurídico brasileiro no tocante aos fundos de investimento. No que tange ao objetivo geral adota-se a pesquisa explicativa ao expor de modo breve o desenvolvimento dos fundos de investimentos, e dos comércios eletrônicos no plano nacional e internacional, além fatores que fomentaram os investimentos nas startups de e-commerce nos últimos anos, como supracitado é de suma relevância examinar tais fenômenos haja visto o impacto gerado. O método dedutivo é utilizado com o intuito de organizar o raciocínio ao apresentar dados e pesquisas que demonstram todo o alegado. Por fim, adota-se como marco teórico a obra Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais, organizada por Felipe Hanszmann e Lucas Hermeto.

<https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/e-commerce-brasileiro-cresce-dezembro/>. Acesso em: 27 julho de 2021.

1. BREVE HISTÓRICO DA REGULAMENTAÇÃO DOS FUNDOS DE INVESTIMENTOS

Os fundos de investimentos têm sua origem na Inglaterra, aproximadamente no século XIX, sendo que no Brasil observa-se o surgimento de tal figura apenas na metade do século XX, com o chamado fundo Crescinco. [3] O conceito de fundo de investimento está previsto no art. 1368-C do Código Civil, e pode ser brevemente definido como a reunião de recursos aportados por investidores, sendo administrados pela figura do gestor, que irá tomar decisões de determinados investimentos com essa receita dos cotistas.[4] Esses fundos movimentam valores bilionários e possuem um papel fundamental na economia brasileira, vez que facilitam a obtenção de recursos financeiros, auxiliando na expansão e continuidade das companhias, além de se apresentarem altamente valiosos para investidores, considerando a expertise do gestor dos fundos que culminam em um maior potencial de lucro, até mesmo inacessível para o cotista que age individualmente.

O chamado *venture capital* não é conceituado pelo Direito, contudo, se encaixa na modalidade de fundos de investimentos em participações (FIP). Em consonância com Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Vítor Mendes Costa Pinto:

> Os Fundos de Investimento em Participações, comumente conhecidos como "FIPs", são estruturas formadas com o objetivo de investir em companhias, sejam abertas ou fechadas, ou em sociedades limitadas. A lógica do investimento nos FIPs, de forma simplificada, é criar e capturar valor nos ativos que fazem parte de sua carteira, notadamente sociedades em estágio de desenvolvimento e com alto potencial de crescimento. [5]

---

[3] GAGGINI Schwarz, Fernando **"A trajetória dos fundos de investimentos no Brasil e a respectiva evolução regulamentar"** In *Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais.* org. HANSZMANN, Felipe; HERMETO Lucas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 6.

[4] OLIVA, Milena Donato; RENTERIA, Pablo, **"Notas sobre o regime jurídico dos fundos de investimentos"** In Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais. org. HANSZMANN, Felipe; HERMETO Lucas. Vol. V. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 13-20.

[5] TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PINTO, Vítor Mendes Costa. **A limitação da responsabilidade dos cotistas nos fundos de investimentos em participações:** novos caminhos. Atualidade em direito societário e mercado de capitais. org. HANSZMANN, Felipe; HERMETO, Lucas. Vol. V. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 91.

O *venture capital* é uma forma de investimento efetivado em empresas iniciantes que apresentam um potencial de crescimento, entretanto, devido à sua marcante característica de ser um investimento de alto risco, é necessário que o investidor seja qualificado, observando as exigências da Instrução 539/2013 da CVM[6], além da dificuldade de prever retornos, atributos que difere os FIPs dos demais fundos de investimentos. Ademais, os investimentos de venture capital são extensos temporalmente, já que a principal aposta consiste na obtenção de altos lucros em decorrência da futura valorização dessa companhia a partir da alienação da participação adquirida.

De acordo com acepção de Luiz Egydio Malamud Rossi:

> Na modalidade *venture capital* as empresas são iniciantes ou pequenas, mas com grande potencial de crescimento. Por esta razão, os investidores desta modalidade não destinarão recursos para segmentos que estejam maduros ou que apresentem crescimento vegetativo. Preferencialmente, as empresas-alvo são de setores da economia que ainda estão em fase de consolidação, sendo que estes surgem devido ao progresso tecnológico, alterações nos hábitos de consumo da sociedade e à evolução econômica. [7]

2. STARTUPS E O MERCADO DE E-COMMERCE

Em concordância com Erik Ries, podemos conceituar startup como uma instituição humana projetada para criar novos produtos e serviços sob condições de extrema incerteza.[8] Salienta-se que o surgimento das startups acompanhou a evolução e a expansão do acesso à internet, sendo uma empresa que está em estágio inicial, possui um perfil inovador contando principalmente com a tecnologia, com o precípuo de efetuar uma disfunção no mercado em que atua,

---

[6] BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Instrução CVM nº 539**, de 13 de novembro de 2013. Dispõe sobre o dever de verificação da adequação dos produtos, serviços e operações ao perfil do cliente. Disponível em: <http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst539.html>. Acesso em: 14 de julho de 2021.

[7] ROSSI, Luiz Egydio Malamud. **Manual de Private Equity e Venture Capital:** passos para atração de investidores e alocação de recursos. São Paulo: Atlas, 2010, p. 07

[8] RIES, Eric. **A startup enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas.** São Paulo: Lua de Papel, 2012, p. 26.

alterando drasticamente modos de vida, e de trabalho em escala global. As startups em geral possuem pouca receita, necessitando da ajuda financeira de investidores para aprimorar, e expandir o seu produto ou serviço ofertado, caso contrário podem encerrar suas atividades, como é a realidade refletida em uma pesquisa realizada nos Estados Unidos em 2019, cerca de 90% das startups falham, sendo que 21.5% falham no primeiro ano, e 30% no segundo ano de funcionamento. [9] Ao ser analisado o mercado de startups nos deparamos diversas possibilidades, como no setor financeiro e bancário, alimentício, transportes, e o mais importante para o presente trabalho, as startups no setor de comércio.

A expressão "e-commerce" é uma abreviação de *electronic commerce*, sendo a tradução literal "comércio eletrônico", e pode ser definida brevemente como a transações comerciais sendo efetuadas de modo online em todas as suas etapas. O e-commerce surgiu em 1960 nos Estados Unidos, nesse momento a tecnologia aplicada não era tão avançada como observamos atualmente, tratando-se apenas de uma rede de computadores que possibilita transações comerciais entre empresas. [10] Até 1990, e início dos anos 2000 temos exemplos de tecnologias arcaicas comparados aos padrões contemporâneos, contudo, eram referenciadas como revolucionárias. No Brasil contemplamos a presença da internet apenas em 1987, contudo, restrita a fins puramente acadêmicos e militares, sendo comercializada de fato em 1995, quando o Ministério das Comunicações e o Ministério da Ciência e Tecnologia decidiram autorizar o uso irrestrito das redes. [11] Apesar da internet estar "liberada" para todos os brasileiros, a instalação e manutenção dessas redes alcançaram valores exorbitantes, desta forma, por

[9] BRYANT, Sean. **How Many Startups Fail and Why?** Investopedia, 09 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.investopedia.com/articles/personal-finance/040915/how-many-startups-fail-and-why.asp>. Acesso em: 30 de julho de 2021.

[10] HACKEROTT, Guilherme Barzaghi **"Breve evolução histórica do e-commerce"** In Aspectos Jurídicos do E-commerce. org. HACKEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 1ª edição, 2021, p 03-13.

[11] UFMG. **História da Internet no Brasil.** Ufmg.br. Disponível em: <https://homepages.dcc.ufmg.br/~mlbc/cursos/internet/historia/Brasil.html>. Acesso em: 27 de julho de 2021.

consequência de um desenvolvimento tardio da internet, e ainda o seu alto custo, o e-commerce no Brasil também se restou prejudicado. De acordo com a E-commerce Brasil, a primeira loja online brasileira foi a chamada Booknet, criada por Jack London em 1995, que anos depois foi vendida para um grupo financeiro, e renomeada de Submarino. [12]

No tocante ao desenvolvimento do comércio eletrônico no século XXI, a curva de crescimento é exponencial, e não demonstra sinais de retrocesso, condizente lição de Guilherme Barzaghi Hackerott:

> (...) a Internet no Brasil experimentou um crescimento exponencial em número de usuários, podendo ser considerada a década do comércio eletrônico mobile. O que permitiu esse ininterrupto, crescente e espantoso crescimento no número de usuários e no faturamento foi o aumento do número de usuários de internet no país, em muito facilitado pela utilização de dispositivos portáteis e mais baratos, e a evolução de tecnologias e ações de marketing que proporcionam mais escalabilidade para negócios digitais. Nesse período foram ainda criadas uma série de ferramentas e recursos que potencializam a divulgação e, ao mesmo tempo, auxiliam as lojas virtuais a atingirem públicos cada vez mais específicos para o nincho em que atuam, portanto, mais fáceis de fidelizar.[13]

Em conformidade com dados divulgados pela Neotrust[14], havia uma previsão de queda para expansão do mercado de e-commerce nos primeiros meses de 2021, tendo em vista o início da vacinação em massa. Contudo, devido ao surgimento de novas variantes do COVID-19, além da segunda onda do vírus que atingiu assustadoramente os brasileiros, o desenvolvimento do varejo digital ainda se mostrou presente, sendo que no mês de março foi registrado o maior número histórico de transações nas e-commerce, perdendo apenas para novembro de 2020 que ocorreu a *blackfriday*. Nessa pesquisa foram registradas

---

[12] E-COMMERCE BRASIL. **Homenagem a Jack London: uma história de pioneirismo e inovação.** E-Commerce Brasil, 15 de agosto de 2016. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/homenagem-a-jack-london-uma-historia-de-pioneirismo-e-inovacao/>. Acesso em: 13 de julho de 2021.

[13] HACKEROTT, Guilherme Barzaghi **"Breve evolução histórica do e-commerce"** In Aspectos Jurídicos do E-commerce. org. HACKEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 1ª edição, 2021, p 14-15.

[14] NEOTRUST. **Relatório informativo e-commerce**. Disponível em: <https://www.neotrust.com.br>. Acesso em: 10 de julho de 2021.

78,5 milhões de compras online nos três primeiros meses do ano, ou seja, houve crescimento de 57,4% quando comparamos com o mesmo período no ano passado, gerando um valor de R$ 35,2 bilhões.

No mercado hodierno verificamos verdadeiras gigantes do e-commerce, como a famosa Amazon, que tem como fundador Jeffrey Preston "Jeff" Bezos, detentor de uma fortuna estimada em US$ 185,9 bilhões. A Amazon surgiu em 1994, como um site que comercializa apenas livros, mas almejava se tornar uma loja que "vende tudo", assim, em junho de 1996, a companhia recebeu um investimento de venture capital advindo da tradicional Kleiner Perkins no valor de U$ 8 milhões, e em 1997 realizou o seu IPO (INITIAL PUBLIC OFFERING).

De acordo com dados da Crunchbase, durante o primeiro trimestre de 2021 o valor investido em capital de risco bateu o incrível número de US$ 125 bilhões, sendo este um número 94% maior quando comparado com o primeiro trimestre de 2020, e um verdadeiro recorde de *funding* para as startups.[15] Podemos citar como exemplo desses investimentos a startup de e-commerce Nuvemshop, fundada em 2010, que em março deste ano recebeu um aporte de venture capital no valor de US$ 90 milhões, liderado pela Accel, uma empresa localizada na Califórnia que opera com capital de risco, contando com outras tradicionais companhias do mesmo ramo, quais sejam a Kaszek Ventures e a Qualcomm Ventures LLC.[16] A Nuvemshop tem atuação na América Latina, focando exclusivamente no Brasil, México e Argentina, entretanto, com o crescimento exponencial observado o objetivo é expandir para o mercado de outros países como Colômbia, Chile e Peru.

---

[15] FONSECA, Marina. **Venture capital e private equity batem recorde no mundo e no Brasil, e não só por causa da pandemia. Infomoney,** 10 maio de 2021. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/do-zero-ao-topo/venture-capital-e-private-equity-batem-recorde-no-mundo-e-no-brasil-e-nao-so-por-causa-da-pandemia/>. Acesso em: 24 de julho de 2021.

[16] RIGA, Matheus. BREAKING NEWS: **Nuvemshop recebe aporte de US$ 90 milhões em rodada série D**. Forbes, 22 de março de 2021. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2021/03/breaking-news-nuvemshop-recebe-aporte-de-us-90-milhoes-em-rodada-serie-d/>. Acesso em: 10 de julho de 2021.

Apesar dos casos supracitados possuírem um prospecto de êxito, nem todos os aportes de *venture capital* são sucedidos. Como o próprio nome sugere, é inegável que esse investimento de risco pode fracassar por diversos motivos, como ocorrido com a startup de e-commerce denominada Hubba. A startup Hubba foi fundada em 2011, em Toronto no Canadá, e possuía uma rede de mais de 40.000 empresas vinculadas, devido ao seu crescimento e desenvolvimento, em 2016 recebeu aportes bilionários de *venture capital* advindo de tradicionais investidores como o Goldman Sachs, Kensington Capital Partners e Social Capital. Em 2018 a Hubba se concentrou em marcas independentes, permitindo que os consumidores efetuassem as suas compras diretamente na plataforma, visando um aumento da receita em até U$ 100 milhões, e possivelmente realizar o seu IPO em 2021 [17]. Entretanto, devido a pandemia do COVID-19, e desavenças entre o CEO e fundador Ben Zifkin e os diretores da Hubba em decorrência da continuidade da empresa, em fevereiro de 2021 a startup de e-commerce anunciou que estava finalizando as suas atividades.[18]

3.RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FUNDOS DE INVESTIMENTOS

Sob o prisma da legislação dos fundos de investimentos, a regulamentação era realizada insatisfatoriamente pelas Leis nº 4.728, nº8.668/93, nº11.478/07 e nº13.043/14, ocasionando décadas de discussões jurisprudenciais e doutrinárias acerca de sua aplicação, bem como, qual seria a natureza jurídica desses fundos, surgindo teorias que afirmavam que se tratava de alguma espécie de condomínio, co propriedade, propriedade fiduciária, ou até mesmo uma sociedade. Com o advento da Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874) em 2019, além de inserir

[17] SILCOFF, Sean. **Goldman Sachs leads funding round for Toronto consumer products platform Hubba.** The Globe and Mail, 6 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.theglobeandmail.com/technology/goldman-sachs-leads-funding-round-for-toronto-consumer-products-platform-hubba/article33211382/>. Acesso em: 24 de julho de 2021.
[18] SOLTYS, Douglas. HUBBA TO SHUT DOWN. **Betakit,** 01 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://betakit.com/hubba-to-shut-down/>. Acesso em: 25 de julho de 2021.

disposições com o objetivo de melhorar o ambiente de negócios, e novas diretrizes hermenêuticas, alguns pontos incontroversos na regulação dos fundos de investimentos foram aperfeiçoados. Um desses assuntos é tratado no art. 1.368-C, regulando que os fundos de investimentos são constituídos sob a forma de condomínio de natureza especial[19], além de não usufruir da personalidade jurídica, uma evidente tentativa de cessar as constantes discordâncias da doutrina e jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro. Isto posto, não há espaço para a eventual aplicação das regras do condomínio geral no caso concreto, assim, com a caracterização de condomínios *sui generis* afastamos diversas contradições trazidas em decorrência da estrutura dos fundos de investimentos, e as disposições gerais dos condomínios reguladas pelo Código Civil, condizente com a análise de Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Vitor Mendes Costa Pinto:

> Para iniciar, os cotistas possuem cotas, representativas de uma fração econômica do patrimônio do fundo, e não podem exercer direitos diretamente sobre os ativos detidos pelo fundo. Não se aplica, portanto, o dispositivo segundo o qual o condômino pode usar a coisa, reivindicá-la de terceiro ou defender sua posse (art. 1.314 do Código Civil). Além disso, no caso de fundos fechados como os FIPs, os cotistas não têm a prerrogativa de solicitar a divisão do patrimônio antes do término do seu prazo de duração (art. 1320 do Código Civil).[20]

No tocante à responsabilidade dos investidores, destaca-se o art. 15 da Instrução Normativa 555/2014 da CVM que estabelece uma responsabilidade ilimitada aos cotistas dos fundos de investimentos, sem prejuízo da responsabilidade do administrador e do gestor.[21] O artigo 1.368-D do Código Civil, adicionado pela Lei nº 13.874/2019, instituiu a possibilidade de o regulamento de cada fundo de

[19] BRASIL. **Lei nº 13.874**, 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 20 de julho de 2021

[20] TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PINTO, Vítor Mendes Costa. **A limitação da responsabilidade dos cotistas nos fundos de investimentos em participações**: novos caminhos. Atualidade em direito societário e mercado de capitais. org. HANSZMANN, Felipe; HERMETO, Lucas. Vol. V. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 100.

[21] BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Instrução CVM nº 555**, de 17 de dezembro de 2014. Dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento e a divulgação das informações dos fundos de investimento. Disponível em: http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst555.html. Acesso em: 29 de julho de 2021

investimento indicar a limitação de responsabilidade dos investidores, ao valor proporcional à sua quota perante este fundo, desde que observadas as regulamentações da CVM sobre tal matéria. Cumpre-se ressaltar que para haver a limitação da responsabilidade como descrito na lei, é requisito essencial constar tal regra no regulamento do fundo de investimento, ademais, o § 1º do artigo 1.368-D do Código Civil ainda elucida que no caso de fundos constituídos sem tal previsão, a limitação da responsabilidade só incidirá nos fatos ocorridos após devida a mudança no regulamento.

Tal disposição mostra-se extremamente importante, tendo em vista o crescimento de investimentos realizados nos últimos anos, e principalmente em 2020, devido a pandemia do COVID-19, o momento para uma regulação que impõe maior segurança jurídica para os investidores, e até mesmo os empreendedores se mostra uma solução de alto valor para atrair recursos.

Ao ser analisado as estruturas jurídicas que são utilizadas na regulamentação do venture capital em nações onde o mercado de investimento é mais avançado e tradicional, como o Reino Unido e Estados Unidos, nos deparamos com a figura do *limited partnership,* que detém certa semelhança com a sociedade em conta de participação, regulada pelo Código Civil, sendo que o *general partner* seria a figura do sócio ostensivo, e o *limited partnership* o sócio participante, conforme elucidado por Leonardo Fernandes da Matta Ribeiro em sua dissertação de mestrado, sob orientação de Ary Oswaldo Mattos Filho:

> Os sócios de uma limited partnership pertencem a uma de duas categorias: limited partnerou general partner. A categoria do limited partner tem como principal característica a limitação de responsabilidade dos sócios que assim forem categorizados ao montante investido. O limited partner não deve participar da administração da sociedade para fruir da limitação de responsabilidade.
> O general partner, por sua vez tem como função justamente administrar a sociedade, assumindo responsabilidade ilimitada perante a sociedade.[22]

[22] RIBEIRO, Leonardo Fernandes da Matta. **A natureza condominial do fundo de investimento em participações**: FIP e a possibilidade de extinção do condomínio por exercício do direito potestativo do cotista. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito dos Negócios Aplicado e Direito Tributário Aplicado) - FGV - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016, pág. 41-42

No Reino Unido também está presente a estruturação jurídica dos fundos por intermédio das *limited partnership,* de acordo com as diretrizes americanas. Sendo a crucial diferença apenas a não adoção da personalidade jurídica, contudo, mantendo ainda a proteção dos patrimônios dos investidores. [23]

Após a sintética análise de sistemas jurídicos internacionais sobre a estruturação dos fundos de investimentos em participação verificamos que o Brasil deu um grande passo com a promulgação da Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874), principalmente no âmbito da responsabilização desses investidores, aproximando-se da sofisticação dos países com maiores investidores do mundo. Contudo, ressalta-se o tratamento dado à natureza jurídica dos FIPs, ou seja, a sucinta caracterização de "condomínio de natureza especial", sem maior estruturação do que seria de fato essa modalidade de condomínio. Além de não atribuir uma personalidade jurídica aos fundos, fato que ainda pode gerar controvérsias na doutrina, jurisprudência e no juízo arbitral, além de uma insegurança para os operadores de direito, e investidores, já que os cotistas possuem a sua limitação de responsabilidade, entretanto, os fundos não são dotados de personalidade jurídica, elemento basilar da autonomia patrimonial no ordenamento jurídico brasileiro.

4.CONCLUSÃO

Conclui-se, a parte do vigente estudo científico, que as startups no varejo digital irão apresentar constantes expansões, devido ao constante uso de novas tecnologias que incentivam o consumo bem, sendo que o COVID-19 foi apenas um acelerador de tal processo. Os fundos de investimentos como *venture capital* e *private equity* são instrumentos essenciais para a expansão do mercado,

[23] CARVALHO, Cesar Augusto Rodrigues de. **A natureza jurídica dos fundos de investimento em participações.** 2019. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 144-145.

obtenção de recursos financeiros para lançar algum produto ou serviço inovador do mercado, e que por consequência geram milhões de empregos, receitas e outros benefícios para a economia mundial. Portanto, a regulamentação de tais institutos devem ser tratada de maneira minuciosa, observando as partes envolvidas.

É necessário estabelecer diretrizes claras sobre como os investidores serão responsabilizados caso ocorra algum imprevisto, ou na pior das hipóteses, o perecimento dessas empresas que receberam investimentos, sem margens para eventuais conflitos na jurisprudência, doutrina ou juízo arbitral que possam gerar insegurança jurídica, como ocorreu nesse âmbito do direito durante décadas.

Frisa-se que deve haver uma regulamentação benéfica para todos os envolvidos, tendo em vista que os sócios das companhias necessitam de incentivo para explorarem a sua atividade, e ao mesmo tempo o investidor deve ser amparado com uma proteção maior. Como já exposto, o investimento em *venture capital* já possui o risco inerente, sendo que atribuir uma responsabilidade desmedida àqueles que utilizam esse recurso, poderia gerar um desencorajamento nos investidores, circunstância que refletiria diretamente na economia, e desenvolvimento das empresas de pequeno e médio porte que almejam ampliar a sua atividade.

Desta maneira, as mudanças na legislação trazida pela Lei da Liberdade Econômica inserida no ordenamento jurídico brasileiro em 2019, demonstram um verdadeiro progresso no tocante a legislação dos fundos de investimentos sob a ótica da responsabilização civil, inspirando-se em sistemas jurídicos tradicionais. Nesses países onde a busca para atrair investidores é constante, seguir esse exemplo da regulamentação dos fundos de investimentos mostra-se um artifício de estimado valor para o Brasil, já que ao alterar a legislação conforme demonstrado, a captação de receita que foi drasticamente afetada nos últimos anos poderá prosperar novamente, e impulsionar a economia brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Instrução CVM nº 539**, de 13 de novembro de 2013. Dispõe sobre o dever de verificação da adequação dos produtos, serviços e operações ao perfil do cliente. Disponível em: <http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst539.html>. Acesso em: 14 de julho de 2021.

BRASIL. **Lei nº13.874**, 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 20 de julho de 2021.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Instrução CVM nº 555**, de 17 de dezembro de 2014. Dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento e a divulgação das informações dos fundos de investimento. Disponível em: http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst555.html. Acesso em: 29 de julho de 2021.

CARVALHO, Cesar Augusto Rodrigues de**. A natureza jurídica dos fundos de investimento em participações**. 2019. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019, pág. 144-145.

E-COMMERCE BRASIL. **Homenagem a Jack London**: uma história de pioneirismo e inovação. E-Commerce Brasil**,** 15 de agosto de 2016 Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/homenagem-a-jack-london-uma-historia-de-pioneirismo-e-inovacao/>. Acesso em: 13 de julho de 2021.

E-COMMERCE BRASIL. **E-commerce brasileiro cresce 73,88% em 2020, revela índice MCC-ENET**. E-Commerce Brasil, 02 de fevereiro de 2021 Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/e-commerce-brasileiro-cresce-dezembro/>. Acesso em: 27 de julho de 2021.

FONSECA, Marina. **Venture capital e private equity batem recorde no mundo e no Brasil, e não só por causa da pandemia**. Infomoney, 10 maio de 2021. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/do-zero-ao-topo/venture-capital-e-private-equity-batem-recorde-no-mundo-e-no-brasil-e-nao-so-por-causa-da-pandemia/>. Acesso em: 24 de julho de 2021.

HACKEROTT, Guilherme Barzaghi "**Breve evolução histórica do e-commerce**" In Aspectos Jurídicos do E-commerce. org. HACKEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 1ª edição, 2021, p 03-15.

GAGGINI Schwarz, Fernando **"A trajetória dos fundos de investimentos no Brasil e a respectiva evolução regulamentar"** In *Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais.* org. HANSZMANN, Felipe; HERMETO, Lucas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 6.

NEOTRUST. **Relatório informativo e-commerce.** Disponível em: <https://www.neotrust.com.br>. Acesso em: 10 de julho de 2021.

OLIVA, Milena Donato; RENTERIA, Pablo, **"Notas sobre o regime jurídico dos fundos de investimentos"** In Atualidades em direito societário e mercado de capitais. org. HANSZMANN, Felipe; HERMETO, Lucas. Vol. V. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 13-20.

RIBEIRO, Leonardo Fernandes da Matta**. A natureza condominial do fundo de investimento em participações**: FIP e a possibilidade de extinção do condomínio por exercício do direito potestativo do cotista. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito dos Negócios Aplicado e Direito Tributário Aplicado) - FGV - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016, pág. 41-42

RIGA, Matheus. BREAKING NEWS: **Nuvemshop recebe aporte de US$ 90 milhões em rodada série D.** Forbes, 22 de março de 2021. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2021/03/breaking-news-nuvemshop-recebe-aporte-de-us-90-milhoes-em-rodada-serie-d/>. Acesso em: 10 de julho de 2021.

ROSSI, Luiz Egydio Malamud. **Manual de Private Equity e Venture Capital**: passos para atração de investidores e alocação de recursos. São Paulo: Atlas, 2010, p. 07.

SILCOFF, Sean. **Goldman Sachs leads funding round for Toronto consumer products platform Hubba.** The Globe and Mail**,** 6 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.theglobeandmail.com/technology/goldman-sachs-leads-funding-round-for-toronto-consumer-products-platform-hubba/article33211382/>. Acesso em: 24 de julho de 2021.

SOLTYS, Douglas. **HUBBA TO SHUT DOWN.** Betakit, 01 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://betakit.com/hubba-to-shut-down/>. Acesso em: 25 de julho de 2021.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; PINTO, Vítor Mendes Costa**. A limitação da responsabilidade dos cotistas nos fundos de investimentos em participações**: novos caminhos. Atualidade em direito societário e mercado de capitais. org. HANSZMANN, Felipe; HERMETO, Lucas. Vol. V. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 91-100.

UFMG. **História da Internet no Brasil**. Ufmg.br. Disponível em: <https://homepages.dcc.ufmg.br/~mlbc/cursos/internet/historia/Brasil.html>. Acesso em: 27 de julho de 2021.

A UTILIZAÇÃO DOS DRONES NA SOCIEDADE CIVIL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS REGULAMENTAÇÕES BRASILEIRA E ESTADUNIDENSE[1]

Guilherme Henrique Fazolo Silva[2]
Bianca Garbuio Mian[3]

RESUMO: É cada vez mais frequente a utilização de drones na sociedade civil. Diante disso, não raro, aparecem notícias de violações de direitos que se dão por intermédio dessa tecnologia. Assim, é necessária uma regulamentação eficaz para lidar com tais avanços e evitar essas infrações. Logo, propõe-se, nesse artigo, analisar se o direito civil brasileiro apresenta mecanismos capazes de solucionar o conflito entre indivíduos e drones, adotando-se a premissa de que a responsabilidade civil, através do seu caráter indenizatório, não tem sido suficiente. Para isso, foi realizada uma análise da legislação dos drones, seus comentários, bem como a revisão bibliográfica entre diversos pesquisadores. Utilizou-se, ainda, numerosas matérias jornalísticas para averiguar a complexidade e o uso contemporâneo dessa tecnologia perante a sociedade. Nesse sentido, objetiva-se examinar a utilização dos drones na sociedade civil, mediante uma perspectiva comparada entre as regulamentações do Brasil e dos Estados Unidos. Por meio deste, o objetivo pretendido é verificar se a responsabilidade civil em ambos os países se demonstra suficiente para lidar com os avanços tecnológicos de tal instrumento e seus eventuais danos e de qual maneira eles regulam essa tecnologia. Foi possível concluir que a responsabilidade civil por danos causados

[1] Trabalho orientado por Sthéfano Bruno Santos Divino (UFLA).
[2] Graduando em Direito na Universidade Federal de Lavras.
[3] Graduanda em Direito na Universidade Federal de Lavras.

por drones é insuficiente em ambos os países. Porém, os Estados Unidos apresentam mais instrumentos preventivos para implementar essa responsabilidade, enquanto o Brasil se mostra sem tais mecanismos para obtê-la.

PALAVRAS-CHAVE: Drones; Prevenção; Responsabilidade Civil.

INTRODUÇÃO

Os drones[4] estão constantemente presentes e populares na atualidade. Consequentemente, é cada vez mais frequente notícias de violações de direitos que se dão por intermédio dessa tecnologia. Diante disso, é essencial uma regulamentação capaz de lidar com tais avanços no intuito de evitar essas infrações decorrentes. Assim, propõe-se esse artigo como uma maneira de verificar até que ponto o próprio direito civil brasileiro apresenta mecanismos eficazes para possibilitar um convívio harmônico entre indivíduos e drones, adotando-se a premissa de que a responsabilidade civil, conforme é regulada, não tem sido suficiente.

Diante do exposto, o presente trabalho tem como propósito examinar a utilização dos drones na sociedade civil, mediante uma perspectiva comparada entre as regulamentações do Brasil e dos Estados Unidos. O objetivo foi analisar se a responsabilidade civil em ambos os países se demonstra suficiente para lidar com os avanços tecnológicos de tal instrumento e seus eventuais danos. Nessa concepção, serão apresentados de qual forma esses países regulam essa

[4] Conforme divulgado pelo site da Agência Nacional de Aviação Civil o termo "drone" é usado popularmente para descrever qualquer aeronave - e até mesmo outros tipos de veículos - com alto grau de automatismo. De uma forma geral, toda aeronave "drone" é um aeromodelo ou uma aeronave não tripulada remotamente pilotada (RPA). ANAC. **Agência Nacional de Aviação Civil**. Página Inicial. Gov, 1017. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/drones>. Acesso em 5 de maio de 2021.

tecnologia, aferindo seus principais desafios, semelhanças, particularidades, bem como os seus avanços. Para isso, foi realizada uma revisão bibliográfica entre diversos pesquisadores, além da análise das legislações dos drones e os comentários de estudiosos a respeito delas. Também, foi feito o uso de numerosas matérias jornalísticas para averiguar a complexidade e a utilização contemporânea dessa tecnologia.

Inicialmente, é discutida a evolução dos drones na sociedade civil. Nota-se que esse foi criado pela Alemanha com o intuito de ser utilizado como um instrumento para a Segunda Guerra Mundial, mas foi adquirindo popularidade no contexto do pós-guerra. Assim, tem-se propagado amplamente na sociedade civil, de modo a obter as mais diversas utilidades: como ferramenta de trabalho, meio recreativo, ou seja, expandiu além do um contexto exclusivamente militar. No entanto, apesar dessas finalidades, o drone pode ser usado, facilmente, com o intuito de violar direitos de terceiros, o que é viabilizado pelas lacunas presentes na legislação vigente.

Busca-se, adiante, apresentar como o Brasil tem regularizado tal tecnologia. O país possui três órgãos responsáveis pela regulamentação dos drones: Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA), e Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Esse último aprovou, em 2017, o Regulamento Brasileiro de Aviação Civil Especial (RBAC-E nº 94), o qual visa possibilitar que a sociedade faça o uso de drones com regras e normas, e que essas sejam eficazes para preservar a segurança física de terceiros. No entanto, a mesma preocupação não é vista em relação a evitar ameaças à privacidade, pois apenas as aeronaves com peso superior a 250 gramas necessitam ser cadastradas diante a ANAC, o que possibilita uma grande quantidade de drones sobrevoando no anonimato.

Ainda, no contexto brasileiro, são analisadas jurisprudências decorrentes de lesões de direitos por meio dos drones. Nesse cenário tem-se uma gama de casos

decorrentes pelo atraso de voos por conta de tais aeronaves, os quais resultaram em diversos transtornos para as partes lesionadas. Por conta disso, buscaram responsabilizar a companhia aérea pelo dano causado, a qual se esquivou da responsabilidade alegando que tal prejuízo foi ocasionado por caso fortuito. Diante do exame dos julgados nos tribunais, observou-se um pedido de indenização fundamentado na responsabilidade objetiva, o qual se justifica através do princípio da reparação integral do dano e se constitui como uma sanção econômica decorrente de uma lesão consumada. Aqui se acentua que a indenização deveria possuir um caráter pedagógico.

No entanto, o artigo apresenta que tal responsabilidade, por conta do avanço tecnológico dos drones, não é o melhor instrumento para promover tal caráter, o que se fundamenta diante de um grande anonimato por parte dos infratores. Logo, é necessário dar um passo além de modo a pensar em uma responsabilidade compartilhada, ou seja, um conjunto de atribuições entre os mais diversos atores envolvidos. Nessa lógica, tais atribuições serviriam como uma estrutura preventiva diante da responsabilidade civil, com o intuito de diminuir os riscos que os danos possam causar.

Ademais, é realizada uma análise comparativa com a legislação de drones nos Estados Unidos e como ocorre a aplicabilidade da responsabilidade civil. A escolha desse país se dá por diversas razões, entre elas que a regulamentação estadunidense sobre os drones é uma das mais pioneiras e consolidadas em todo o mundo. Além disso, o país conta com diversos esforços para a prevenção dos danos ocasionados por drones. A opção se justifica, ainda, ao se perceber a sua preocupação em aprimorar a legislação de tais aeronaves com diversas inovações, e acredita-se que isso pode ter reflexos no contexto brasileiro.

Assim, na análise comparativa entre Estados Unidos e Brasil é primeiramente discutido como a legislação estadunidense de drones é organizada, perpassando desde a agência responsável por regular essa tecnologia até as inovações mais

atuais dos ordenamentos de drones. Verifica-se que os drones são regulados, desde 2005, pela *Federal Aviation Administration* (FAA), a qual orienta que os voos de drones sejam conduzidos com um nível de segurança aceitável. Para tanto, é determinado um programa informativo de prevenção de acidentes além de inovações no ordenamento específico de drones que objetivam expandir a possibilidade de responsabilização caso um dano ocorra.

Em seguida, é debatido como se dá a responsabilidade civil estadunidense por danos causados por tais aeronaves, sendo explícito que, tal como no Brasil, essa questão apresenta lacunas. Logo, nessa parte é observado que os Estados Unidos não contam com uma legislação específica para os casos de acidentes gerados por essa tecnologia. Assim, para preencher essa lacuna são utilizados as leis gerais e os precedentes.

Dessa forma, conclui-se que a responsabilidade civil por danos ocasionados por drones é incipiente em ambos os países. Contudo, os Estados Unidos contam com mais instrumentos preventivos para implementar essa responsabilidade, enquanto o Brasil se mostra sem tais mecanismos para obtê-la de modo efetivo.

1. A UTILIZAÇÃO DE DRONES PELA SOCIEDADE CIVIL: PROBLEMÁTICAS CONTEMPORÂNEAS

Drone, conhecido como veículo aéreo não tripulado, é uma expressão originada nos Estados Unidos e reconhecida mundialmente. Na língua portuguesa, a tradução do termo significa "zangão", que se dá em decorrência do som peculiar emitido pelas aeronaves durante o voo, assemelhando-se ao zumbido produzido pelo inseto.[5]

[5] COSTA, Leonardo da Costa Priebe da; PETRY, Alexandre. Big Brother Is Watching You: Uma Análise Da Regulação Brasileira Sobre Drones No Tocante À Violação Da Privacidade. J**ustiça & Sociedade - Revista do Curso de Direito do IPA**, v. 3, n. 1, p. 9-44, 2018.

Segundo o regulamento da Agência Nacional da Aviação Civil (ANAC)[6] é possível identificar duas classes desses veículos aéreos não tripulados. A primeira definição presente no regulamento trata-se dos aeromodelos, os quais são intitulados como toda aeronave não tripulada com finalidade de recreação. Em contrapartida, outro conceito listado, refere-se às aeronaves remotamente pilotadas (RPA), sendo estas utilizadas para outros fins, não recreativos, como experimentais, comerciais ou institucionais.[7]

No que se refere a evolução dessa tecnologia, cabe destacar que os drones surgiram durante a Segunda Guerra Mundial, sendo uma criação da Alemanha com o objetivo básico de ser uma arma de detonação remota e com inspiração em bombas do tipo V-1. O primeiro drone era relativamente simples, pois voava apenas em linha reta e em velocidade constante, mas mesmo assim foi um sucesso, já que permitia ataques sem expor os soldados alemães a riscos diretos, além de serem usados para enviar alguma mensagem.[8]

A respeito do surgimento dessa tecnologia no contexto brasileiro, foi feita uma parceria entre o Centro Técnico Aeroespacial (CTA) e a Companhia Brasileira de Tratores (CBT) para desenvolver um drone. O projeto iniciou-se em 1982, mas foi arquivado antes do seu primeiro voo. No entanto, este projeto trouxe a atenção do mercado de drones no país, intensificando o investimento de outras empresas nessa tecnologia.[9]

---

[6] Trata-se da Resolução nº 419, de 2 de maio de 2017 (RBAC-E nº 94/2017), por meio da qual estabelece as condições para a operação de aeronaves não tripuladas no Brasil considerando o atual estágio do desenvolvimento desta tecnologia. BRASIL. **Agência Nacional de Aviação Civil**. Resolução nº 419, de 2 de maio de 2017. Regulamento Brasileiro da Aviação Civil Especial RBAC-E nº 94. Diário Oficial da União, seção 1, pág.52, 03 mai. 2017.

[7] ANAC. **Agência Nacional de Aviação Civil**. Página Inicial. Gov, 1017. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/drones>. Acesso em 5 de maio de 2021.

[8] BUZZO, Lucas. História dos Drones: do início aos dias de hoje**. O drone**, 2015. Disponível em: <https://odrones.com.br/historia-dos-drones/ >. Acesso em: 07 de junho de 2021

[9] AEROJR. A História dos Drones. **Aero Jr**., 2018. Disponível em: <https://aerojr.com/blog/drones-atraves-da-historia/ >. Acesso em: 07 de junho de 2021.

Dessa forma, pode-se dizer que os drones surgiram em um contexto militar, mas após o tempo de guerras eles continuaram a se desenvolver, o que levou a uma popularização deles entre a sociedade civil. Resultado desse desenvolvimento e popularização fez com que o Brasil se tornasse um dos países que mais importam essa tecnologia.[10]

Tem-se, assim, ocorrido uma ampliação na utilização de drones pelo uso de civis: em 2019, entre os meses de janeiro a junho, o crescimento foi de 15% de cadastros desse tipo de aeronave. E recentemente, em 2020, mesmo com a pandemia do novo coronavírus, o número de registros de drones aumentou 13%, no mesmo período do ano anterior.[11]

Tais aeronaves podem ser utilizadas para vários fins. Primeiramente, vale destacar que elas são uma importante ferramenta de fiscalização ambiental, uma vez que conseguem capturar imagens de áreas de preservação ambiental e assim detectar algum foco de desmatamento.[12]

Além disso, os drones têm entre suas finalidades o uso policial, para o combate de incêndios e proteção contra desastres. Eles, ainda, são usados pela sociedade civil como um meio de lazer ou como um instrumento de trabalho, tendo em vista filmagens profissionais feitas a partir de câmeras fixadas nesses mecanismos.[13] Portanto, o drone tem a capacidade de facilitar as mais variadas atividades desenvolvidas no meio social.

---

[10] AGRELA, Lucas. Brasil é 9º país que mais importa drones. **Exame**, 2015. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/brasil-e-9-pais-que-mais-importa-drones/>. Acesso em: 07 de junho de 2021.

[11] AMADO, Guilherme. Registros de drone manteve ritmo de 2019 mesmo na pandemia. **O Globo**, 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/epoca/guilherme-amado/registro-de-drones-manteve-ritmo-de-2019-mesmo-na-pandemia-1-24538648?%3Futm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=post >. Data de acesso: 08 de junho de 2021.

[12] PRIEBE, Leonardo da Costa; PETRY Alexandre Torres. Big Brother is watching you: uma análise da regulação brasileira sobre drones no tocante à violação da privacidade. **Justiça & Sociedade, Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista** – IPA, v. 3, n. 1, p. 12, 2018.

[13] SZIKORA, Veronika. **New Dangerous Practice on the Horizon? Legal Aspects of Drone Usage**. Faculdade de Direito de Novi Sad, p. 499-519. 2017. Disponível em:

Não obstante, tal tecnologia tem avançado progressivamente, sendo vista, até mesmo, como possibilidade de adquirir a função de entregadores de encomendas. A Amazon, por exemplo, desenvolve um projeto chamado "serviço PrimeAir" no qual os pacotes comprados no site seriam entregues por drones.[14]

O problema surge quando essa tecnologia começa a ser utilizada para fins diversos do inicialmente desenvolvido. Pode-se citar vários riscos decorrentes das atividades que utilizam drones.[15] Como, por exemplo, a interferência na comunicação, pois os sinais de comunicação dos veículos aéreos não tripulados (VANTs) podem interferir ou interromper as comunicações de telefones celulares, sinais de TV via satélite e outras redes de comunicações civis.[16]

Outro problema, muito frequente, tem sido em relação à privacidade. Isso se dá em decorrência da capacidade de determinados tipos de VANTs capturarem imagens de alta resolução e até mesmo térmicas.[17] Esse dispositivo pode facilmente invadir a propriedade privada de outrem. Exemplifica-se com o caso do vídeo que circulou pela plataforma de *streaming YouTube* que mostra um drone sobrevoando a "casa mais vigiada do Brasil", por meio do qual o responsável

---

<https://www.researchgate.net/publication/322878678_New_dangerous_practice_on_the_horizon_Legal_aspects_of_drone_usage >. Data de acesso 07 de junho de 2021.

[14] SZIKORA, Veronika. **New Dangerous Practice on the Horizon? Legal Aspects of Drone Usage**. Faculdade de Direito de Novi Sad, p. 499-519. 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/322878678_New_dangerous_practice_on_the_horizon_Legal_aspects_of_drone_usage >. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

[15] Geoffrey Christopher Rapp cita diversos riscos decorrentes das atividades que utilizam drones. Um primeiro dano a ser citado é o dano à terra, pois o próprio drone ou acessórios ou peças de componentes podem cair e gerar dano ao solo. Também, pode ocorrer colisões ar-a-ar na qual a falta de um piloto a bordo que possa observar outras aeronaves ou seu tamanho pequeno potencializam um risco significativo de tais aeronaves danificarem aeronaves civis, causando perda de propriedades e até mortes humanas. RAPP, Geoffrey Christopher. Unmanned Aerial Exposure: Civil Liability Concerns Arising from Domestic Law Enforcement Employment of Unmanned Aerial Systems**. North Dakota Law Review**, v. 85, n. 3, p. 624- 648, 2009.

[16] RAPP, Geoffrey Christopher. Unmanned Aerial Exposure: Civil Liability Concerns Arising from Domestic Law Enforcement Employment of Unmanned Aerial Systems. **North Dakota Law Review**, v. 85, n. 3, p. 624- 648, 2009.

[17] RAPP, Geoffrey Christopher. Unmanned Aerial Exposure: Civil Liability Concerns Arising from Domestic Law Enforcement Employment of Unmanned Aerial Systems. **North Dakota Law Review**, v. 85, n. 3, p. 624- 648, 2009.

que o controlava postou as filmagens em suas mídias sociais e tal invasão conta com mais de meio milhão de visualizações, sendo encaradas por muito como uma forma de entretenimento.[18]

Além disso, mais uma preocupação da privacidade é que feeds de vídeo não criptografados capturados por sensores ópticos de VANTs podem ser interceptados por particulares e estes podem expor tais imagens ao público. Os drones apresentam vulnerabilidades de segurança cibernética em toda sua cadeia de dados[19], o que facilita o acesso de hackers às informações coletadas por esse aparelho.

Logo, a partir do momento que uma tecnologia que era restrita para a utilização de militares passa a se popularizar na sociedade civil, de modo a ocasionar um desarranjo institucional, o próprio direito se encontra desafiado pelas mazelas promovidas pela evolução tecnológica.[20]

Em busca de apresentar uma resposta adequada a esse transtorno ocasionado pela evolução da tecnologia, países como Estados Unidos[21], Brasil e os integrantes da União Europeia[22] concentram sua atenção para regulamentar as atividades de drones. A responsabilidade civil é um foco de intensos debates em todos esses países e é sobre ela que se discute nos próximos dois tópicos deste artigo: primeiramente a perspectiva da responsabilidade civil pelo uso de drones

---

[18] DRONE, Eddy. Drone invade a casa do BBB. **Youtube**, 17/01/2021. Disponível em: <www.youtube.com/watch?v=ipcm78xSb1c >. Acesso em 6 de maio de 2021.

[19] VACEK, Joseph J. The Next Frontier in Drone Law: Liability for Cybersecurity Negligence and Data Breaches for UAS Operators. **Campbell Law Review,** v. 39, p. 135-164, 2017.

[20] BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias**.** Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo,** v. 273, p. 123, 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66659/64683> . Acesso em 05 de maio de 2021.

[21] 9II SECURITY. U.S. Drones Laws Overview of drones rules and regulations in USA by State. **Ut system**, 2019. Disponível em: <https://www.utsystem.edu/sites/default/files/offices/police/policies/USDroneLaws.pdf >. Acesso em 07 de junho de 2021.

[22] EUROPEAN PARLAMENT. Artificial Intelligence and civil law; liability rules for drones. **Euro parl**, 2018. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2018)608848>. Acesso em 07 de junho de 2021.

no contexto brasileiro e, em seguida, uma comparação com o ordenamento estadunidense.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS OCASIONADOS PELO USO DE DRONES: PERSPECTIVA BRASILEIRA

De antemão, destaca-se que a alta tecnologia dos drones com a sua frequente e crescente utilização mundial impôs a diversos países a necessidade de regulamentação jurídica.[23] Vista disso, o Brasil, através da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), aprovou, no dia 2 de maio de 2017, o Regulamento Brasileiro de Aviação Civil Especial (RBAC-E nº 94), complementando outros atos normativos já existentes, como do Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA) e da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).[24]

Tem-se, dessa forma, três órgãos responsáveis pela regulamentação dos drones: Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA), e Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), em que:

> Compete à ANATEL, de início, homologar todos os drones existentes no território nacional. Isso porque, para transmitir imagens, as aeronaves possuem transmissores de radiofrequência em seus controles remotos e, em alguns casos, no próprio veículo aéreo. Deste modo, a agência de telecomunicações busca evitar que os drones interfiram em outros serviços cruciais, a exemplo das comunicações via satélite. O DECEA, na condição de responsável pelo controle do espaço aéreo brasileiro, é o órgão que regula algumas questões práticas importantes atinentes às operações com drones, como, por exemplo, locais de proibição de voos, altura máxima permitida, condições para a realização das operações, dentre outras. Por

[23] "Obedecendo a essa ótica, os Estados Unidos elaboraram a Federal Aviation Administration (FAA); a Austrália regulamentou seu uso por meio da Civil Aviation Safety Authority (CASA) e a União Europeia o fez por meio da European Aviation Safety Agency (EASA)." PRUDKIN, Gonzalo. BREUNIG, Fábio. 2019. **DRONES E CIÊNCIA: Teoria e aplicações metodológicas** Volume I. Santa Maria: FACOS-UFSM. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/18774/DRONES%20e%20CIENCIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 2 de maio de 2021.

[24] PRUDKIN, Gonzalo. BREUNIG, Fábio. 2019. **DRONES E CIÊNCIA: Teoria e aplicações metodológicas** Volume I. Santa Maria: FACOS-UFSM. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/18774/DRONES%20e%20CIENCIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 2 de maio de 2021.

> fim, compete à ANAC regular os pontos gerais relativos às operações com drones no âmbito civil. Desta forma, é a agência de aviação civil o órgão principal no enfrentamento de questões cruciais relativas às aeronaves, como parâmetros de classificação e registro, e medidas de segurança.[25]

Tratando-se, especificamente, do regulamento nº 94 (RBAC-E 94)[26], esse visa possibilitar que a sociedade faça o seu uso com regras e normas, e que essas sejam eficazes para preservar a segurança de terceiros. Observa-se que ao longo de seu preâmbulo são elencadas as condições para a operação de aeronaves não tripuladas no Brasil, levando em consideração o atual estágio do desenvolvimento desta tecnologia. Vislumbra-se, ainda, o objetivo de promover um desenvolvimento sustentável e seguro para o setor, de modo a adotar algumas restrições operacionais.[27]

Logo, no início do regulamento, é apontado a distinção entre RPA e aeromodelo, o que está diretamente relacionada à finalidade que se destinará às aeronaves. No que se refere aos aeromodelos, os quais se destinam ao uso recreativo, observa-se que somente os equipamentos com peso máximo de decolagem acima de 250g precisam ser cadastrados na ANAC por meio do Sistema de Aeronaves não Tripuladas (SISANT)[28], e apenas nessa modalidade é necessário possuir seguros com cobertura de danos a terceiros[29]. Nota-se, ainda,

---

[25] COSTA, Leonardo da Costa Priebe da; PETRY, Alexandre. Big Brother Is Watching You: Uma Análise Da Regulação Brasileira Sobre Drones No Tocante À Violação Da Privacidade. **Justiça & Sociedade - Revista do Curso de Direito do IPA,** v. 3, n. 1, p. 9-44, 2018.

[26] BRASIL. **Agência Nacional de Aviação Civil**. Resolução nº 419, de 2 de maio de 2017. Regulamento Brasileiro da Aviação Civil Especial RBAC-E nº 94. Diário Oficial da União, seção 1, pág. 52, 03 mai. 2017.

[27] PRUDKIN, Gonzalo. BREUNIG, Fábio. 2019. **DRONES E CIÊNCIA: Teoria e aplicações metodológicas** Volume I. Santa Maria: FACOS-UFSM. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/18774/DRONES%20e%20CIENCIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 2 de maio de 2021.

[28] ANAC. Orientação para usuário de drone. **Alphavillemg**, 2017. Disponível em: <http://www.alphavillemg.com.br/wp-content/uploads/2018/08/orientacoes_para_usuarios-1.pdf>.
Acesso em 20 de maio de 2021.

[29] ANAC. Orientação para usuário de drone. **Alphavillemg**, 2017. Disponível em: <http://www.alphavillemg.com.br/wp-content/uploads/2018/08/orientacoes_para_usuarios-1.pdf>.
Acesso em 20 de maio de 2021.

que os pilotos não precisam de documento emitido pela ANAC e são considerados devidamente licenciados caso não pretendam voar acima de 400 pés (122 metros), bem como não é necessário registrar os voos.[30]

Em contrapartida, a respeito dos RPA é necessário possuir mais de 18 anos para pilotá-lo, além de possuir seguro com cobertura de danos a terceiros.[31] Tem-se, assim, uma grande negligência a respeito dos aeromodelos em comparação ao RPA, de modo que sua regulamentação pelo próprio ordenamento não leva em consideração os riscos que tais tecnologias são passíveis de ocasionar.

Em relação às restrições presentes no regulamento, em ambas modalidades de aeronaves, destaca-se: a impossibilidade de sobrevoar a distância inferior a 30 metros horizontais de pessoas não envolvidas e não anuentes com a operação, a proibição do transporte de pessoas, animais e artigos perigosos nas aeronaves e a vedação a operação autônoma de aeronaves não tripuladas.[32]

Observa-se ainda que o regulamento tem uma preocupação em evitar danos físicos que o aparelho pode causar a terceiros, os quais podem advir da queda da aeronave. A título exemplificativo, conforme discorrido, apenas aeronaves acima de 250 gramas destinadas ou não ao uso recreativo precisam ser cadastradas ou identificadas juntos à ANAC, exigindo-se seguro com cobertura de danos a terceiros[33], as demais ficam fora desse espectro normativo e não possuem

---

30 ANAC. Orientação para usuário de drone. **Alphavillemg**, 2017. Disponível em: <http://www.alphavillemg.com.br/wp-content/uploads/2018/08/orientacoes_para_usuarios-1.pdf>.
Acesso em 20 de maio de 2021.

31 ANAC. Orientação para usuário de drone. **Alphavillemg**, 2017. Disponível em: <http://www.alphavillemg.com.br/wp-content/uploads/2018/08/orientacoes_para_usuarios-1.pdf>.
Acesso em 20 de maio de 2021.

32 BRASIL. **Agência Nacional de Aviação Civil**. Resolução nº 419, de 2 de maio de 2017. Regulamento Brasileiro da Aviação Civil Especial RBAC-E nº 94. Diário Oficial da União, seção 1, pág.52, 03 mai. 2017.

33 BRASIL. **Agência Nacional de Aviação Civil**. Resolução nº 419, de 2 de maio de 2017. Regulamento Brasileiro da Aviação Civil Especial RBAC-E nº 94. Diário Oficial da União, seção 1, pág.52, 03 mai. 2017.

uma fiscalização exigindo prevenções aos danos que possivelmente possam acontecer.

No entanto, a mesma preocupação não é vista em relação a evitar ameaças à privacidade, nesse sentido:

> O critério de peso para registro, na forma estabelecida pela ANAC em seu regulamento, leva em consideração apenas a preocupação com a segurança física das pessoas expostas às operações com drones, porquanto pressupõe que uma aeronave com peso inferior a 250 gramas não teria capacidade de causar maiores danos em eventual queda ou colisão. Contudo, à vista do cenário de redução cada vez maior do tamanho destas aeronaves, irrompe a preocupação com seu registro, notadamente em razão de seu potencial de utilização como ferramenta de violação da privacidade. Assim, até que se evolua na regulação da matéria, estes pequenos drones seguirão, preocupantemente, operando em total anonimato.[34]

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta lacunas no que se diz respeito a evitar danos civis em relação à violação de direitos fundamentais, como aqueles ligados à imagem e à privacidade. As restrições diante a lei são mais voltadas para evitar que ocorra um dano capaz de lesar a integridade física de terceiros e, caso esse dano venha se concretizar, será possível ressarcir a vítima, visto que é oferecido um seguro nesse sentido.

Nessa perspectiva, a respeito das aeronaves que necessitam de cadastro diante a ANAC, pode-se dizer que esta é a única forma de garantir que os controladores dos drones saiam do anonimato, permitindo com isso a identificação em eventuais episódios de violações a direitos.[35] O número de identificação gerado na certidão de cadastro deve estar acessível na aeronave ou em local que possa ser facilmente acessado, de forma legível e produzido em material não

[34] COSTA, Leonardo da Costa Priebe da; PETRY, Alexandre. Big Brother Is Watching You: Uma Análise Da Regulação Brasileira Sobre Drones No Tocante À Violação Da Privacidade. **Justiça & Sociedade - Revista do Curso de Direito do IPA**, v. 3, n. 1, p. 9-44, 2018.

[35] COSTA, Leonardo da Costa Priebe da; PETRY, Alexandre. Big Brother Is Watching You: Uma Análise Da Regulação Brasileira Sobre Drones No Tocante À Violação Da Privacidade. **Justiça & Sociedade - Revista do Curso de Direito do IPA,** v. 3, n. 1, p. 9-44, 2018.

inflamável.[36] No entanto, conforme observado, não são todos os drones que necessitam desse cadastro. Isso gera com que tenha uma grande quantidade desses aparelhos sobrevoando sem registros e consequentemente violando espaços de terceiros sem preocupação de serem responsabilizados, já que se encontram diante de um anonimato.

A respeito dessa violação de direitos por meio de tais aparelhos, cabe destacar um caso emblemático: um drone foi responsável por fechar o aeroporto de Congonhas - segundo maior aeroporto do Brasil - e consequentemente ocasionou o atraso de voos. Tal caso aconteceu pela primeira vez em 2017 e veio a se repetir em 2019, no mesmo aeroporto.[37] É válido ressaltar que as consequências do impacto de um drone com um avião são diversas, podendo até mesmo gerar a queda desta aeronave.[38]

Estimou-se que tal episódio poderia resultar em um prejuízo de mais de um milhão para as companhias aéreas, as quais tiveram de realocar voos e passageiros para outros aeroportos, bem como lidar com demais custos indiretos para os diversos públicos afetados.[39]

A situação decorrente do atraso de voos ocasionado por drone já foi pauta de julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio do Agravo em

---

[36] ANAC. Orientação para usuário de drone. **Alphavillemg**, 2017. Disponível em: <http://www.alphavillemg.com.br/wp-content/uploads/2018/08/orientacoes_para_usuarios-1.pdf>.
Acesso em 20 de maio de 2021.

[37] PINHORI, Marina; GALLO, Ricardo. Presença de drone no entorno de Congonhas fez aeroporto fechar por 20 minutos nesta terça. **G1**, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/01/09/presenca-de-drone-no-entorno-de-congonhas-fez-aeroporto-fechar-por-20-minutos-na-terca.ghtml>. Acesso em 01 de junho de 2021.

[38] ABEAR. Por que drones trazem riscos ao espaço aéreo?. **Abear**, 2019.Disponível em: <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/por-que-drones-trazem-riscos-ao-espaco-aereo/>. Acesso em 01 de junho de 2021.

[39] GLOBO. Drone sobre Congonhas pode causar prejuízo de mais de R$ 1 milhão, estima associação de empresas aéreas. **G1**, 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/drone-sobre-congonhas-causou-prejuizo-de-mais-de-r-1-milhao-estima-associacao.ghtml>. Acesso em: 01 de junho de 2021.

Recurso Especial (ARESp) nº 1764034 - SP (2020/0246753-5) [40]. Neste, a autora alega que pegou um voo de Goiânia com destino a São Paulo, mas o mesmo foi desviado para Campinas, o que gerou um atraso de 4 (quatro) horas com relação ao horário previsto de chegada, causando, assim, diversos transtornos. No julgado é possível observar que a parte levanta a questão da má prestação dos serviços de transporte contratados, bem como o pedido de indenização de danos morais.

Nesse sentido, o pagamento da indenização, por meio da responsabilidade objetiva, tem uma relação com o princípio da reparação integral do dano. Tal princípio está fundado na regra geral do artigo 927, *caput,* da codificação, pelo qual aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem será obrigado a repará-lo.[41] Logo, a reparação consiste em uma sanção econômica decorrente de um dano consumado, a qual é dita como um fundamento pedagógico:

> cuida-se de desestimular o ofensor à prática de condutas socialmente intoleráveis (prevenção especial) e, reflexamente, inibir atuações semelhantes por parte de todos os potenciais ofensores que se encontram em idêntica situação (prevenção geral). A condenação será pecuniária, mas dispensará a comprovação da concretização do dano, sendo suficiente a exposição de um número indeterminado de pessoas ao risco de uma atividade potencialmente lesiva e levianamente conduzida pelo agente.[42]

Apesar da pena ter a intenção desse caráter pedagógico no intuito de servir com uma medida que impede a prática de danos, ou seja, servir como um comportamento a ser adotado diante a sociedade, é necessário trazer para o debate até que ponto ela pode ser considerada suficiente por si só, sendo que existem danos que muitas vezes são cometidos por meio de anonimato.

---

[40] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº1764034 - SP (2020/0246753-5).** Agravante: Maria Isabel Ramos Saraiva Rocha. Agravado: Gol Linhas Aéreas S.A. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202002467535&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso em: 08 de junho de 2021.

[41] TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

[42] ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Chaves Cristiano; NETTO, Felipe Braga. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

No caso em análise, no propósito de se esquivar da obrigação, a ré demonstrou que o atraso se deu em virtude da existência de um drone sobrevoando o aeroporto de Congonhas, o que impediu a aterrissagem. Vista disso, foi levantado que o dano ocorreu por meio de caso fortuito, à medida que tal caso não poderia ter sido impedido pelo Aeroporto de Congonhas. Nesse sentido, a responsabilidade pelo atraso do voo não poderia ser imputada à ré, porque ela não podia evitar a existência de um drone sobrevoando o aeroporto de destino.

Casos semelhantes também já foram apreciados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio da Apelação Cível (AC) 1007694-33.2019.8.26.0003[43] e da AC 1007351-37.2019.8.26.0003[44]. Tais episódios não se resumem, apenas, a este estado, destaca aqui um drone que sobrevoou o Aeroporto Salgado Filho, localizado em Porto Alegre e o mesmo ocasionou em atrasos de voos, realocação de passageiros e os mais diversos danos, para ambas as partes.[45] Tal caso foi analisado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por meio do Recurso 71009045022.[46]

---

[43] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº1007694-33.2019.8.26.0003.** Apelante: Gol Linhas Aéreas S.A. Apelado: Rodrigo Vidolin. Relator: Jairo Brasil Fontes Oliveira. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?localPesquisa.cdLocal=3&processo.codigo=0300191O50000&processo.foro=3&uuidCaptcha=sajcaptcha_107088aabd1f4b9cbdebae3e6bcf45aa>. Acesso em: 08 de junho de 2021.

[44] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 1007351-37.2019.8.26.0003.** Apelante: Gol Linhas Aéreas S.A. Apelado: Camila Gourges Pereira. Relator: Paulo Pastore Filho. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0300188CR0000&processo.foro=3&processo.numero=1007351-37.2019.8.26.0003&uuidCaptcha=sajcaptcha_dbbb8128e8ab4c14b4ac71184862e29d>. Acesso em: 08 de junho de 2021.

[45] GAUCHAZH. Drone sobrevoa aeroporto Salgado Filho e causa suspensão de voos durante 35 minutos. **GZH**, 2019. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/porto-alegre/noticia/2019/02/drone-sobrevoa-aeroporto-salgado-filho-e-causa-suspensao-de-voos-durante-35-minutos-cjsgclnlo00gn01p8jbixa692.html>. Acesso em: 02 de junho de 2021.

[46] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Civil 71009045022**. Recorrente: Matheus Knorr. Recorrido: Gol Linhas Aéreas S.A. Relator: Dr. Roberto Carvalho Fraga. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Turmas%20Rec

Nesses três processos às partes autoras alegam ter sido prejudicadas pelo atraso ou cancelamento de voo, e responsabilizam a companhia aérea pelo dano causado, em que a mesma se esquivou da responsabilidade alegando que o dano foi ocasionado por caso fortuito, sendo este a presença de um drone nos arredores do aeroporto.

Sabe-se que as posições adotadas pelos tribunais são corretas e plausíveis, pois o responsável direto pelo dano ocasionado a tais vítimas se deu em decorrência do drone e consequentemente por um alguém que o conduzia. Logo, não teria por que a companhia aérea responder independente de culpa, sob pressão de conceitos como os de solidariedade, segurança e risco, como tem se justificado por diversos estudiosos do direito civil.[47]

Observa-se que o Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA), impõe restrições de pilotagem de drones em determinados espaços, entre eles é citado os aeroportos.[48] No entanto, em decorrência da facilidade do anonimato, tais equipamentos acabam sendo usados de maneira indevida, de modo a desconsiderar as limitações impostas pelos seus órgãos responsáveis. Tal anonimato tem facilitado com que o drone possa ser utilizado como uma ferramenta capaz de obstar o funcionamento de aeroportos e até mesmo como um meio de invadir a privacidade de terceiros.

Neste momento, busca-se dar um passo além, visando pensar a respeito de uma responsabilidade compartilhada, ou seja, um conjunto de atribuições entre os mais diversos atores envolvidos, como fabricante, vendedor, consumidor e os

---

ursais&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=71009045022&codEmenta=7706337&temIntTeor=true>. Acesso em: 08 de junho de 2021.

[47] ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: A reparação e a pena civil**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

[48] BRASIL. Comando da Aeronáutica. **Departamento de Controle do Espaço Aéreo**. PORTARIA DECEA Nº 112/DGCEA, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2018. Aprova a reedição da ICA 100-40, Instrução sobre "Aeronaves não tripuladas e o Acesso ao Espaço Aéreo Brasileiro". Boletim do Comando da Aeronáutica, n. 2, Rio de Janeiro, 22 de maio de 2020. Disponível em: <https://publicacoes.decea.mil.br/api//storage/uploads/files/75a09bfd-5e5d-4f9a-b4485ccd3fd4627a.pdf>. Acesso em 05 de maio de 2021.

órgãos públicos. Por exemplo, o fabricante teria a atribuição de em cada drone fabricado produzi-lo com um sinal específico que fosse possível identificá-lo, bem como acompanhado de um manual de "bom uso". Ao comerciante caberia realizar uma ficha de coleta de dados dos consumidores de modo a ter um controle de cada drone que é passado adiante, além de buscar saber qual a intenção do consumidor pela compra daquele equipamento, a qual poderia vir acompanhada com um termo de boa conduta assinado pela parte. Observa-se que na legislação brasileira atual:

> Nada é tratado em termos de imposições sobre obrigações por parte do comerciante ou fabricante de RPA no sentido de ter no seu modelo de RPA ofertado, mecanismo de registro de venda, registro de quem o adquiriu, de qual será a finalidade do uso por parte do comprador ou se o mesmo tem capacitação técnica para atuar como futuro Piloto Remoto.[49]

A respeito da responsabilidade e atribuição dos órgãos públicos, esses iriam atuar como fiscais. Tal atribuição é elencada no próprio regulamento (o RBAC-E nº 94), o mesmo alerta para o fato de que eventuais irregularidades serão passíveis de sanções previstas no Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) e nas demais legislações cíveis e penais existentes no ordenamento pátrio.[50] Todavia, desde a publicação do regulamento, não foi implementado qualquer sistema de fiscalização destas aeronaves.[51]

---

[49] CHAVES, Newton Duarte. **Aeronaves Remotamente Pilotadas e a Responsabilidade Civil e Penal: A Eficácia da Legislação Atual Brasileira Para Coibir O Emprego Irresponsável de Aeronaves Remotamente Pilotadas e a Segurança Operacional de Voo da Aviação Civil.** Tese (pós graduação em Gestão e Direito Aeronáutico.). Universidade do Sul de Santa Catarina Newton Duarte Chaves. Palhoça. P. 61. 2018. Disponível em: <https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/6836/TCC%20P%c3%b3s%20Graduacao%20NEWTON%20%20%20para%20envio%20RIUNI.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em 15 de maio de 2021.

[50] PRIEBE, Leonardo da Costa; PETRY Alexandre Torres. Big Brother is watching you: uma análise da regulação brasileira sobre drones no tocante à violação da privacidade. **Justiça & Sociedade, Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista** – IPA, v. 3, n. 1, p. 9-44, 2018.

[51] BENI, Eduardo Alexandre. Voo irresponsável de drones é um caso só de polícia? . **Piloto Policial**, 2017. Disponível em: <https://www.pilotopolicial.com.br/voo-irresponsavel-de-drones-e-um-caso-so-da-policia/>. Acesso em: 20 de maio de 2021.

Ainda, no caso em análise, em conjunto com as propostas oferecidas neste trabalho, suponha que se tal drone emitisse um sinal que identificasse a figura do fabricante a situação poderia ter sido facilmente resolvida, ou até mesmo poderia desencorajar a pilotagem de drones em locais proibidos, pois o piloto seria identificado. Ou seja, poderia dessa maneira servir como uma função preventiva diante a responsabilidade civil, com o intuito de diminuir os riscos que os danos possam causar. Nesse aspecto:

> "risco" é uma palavra que se refere ao futuro, ou seja, não há existência objetiva para ele. Mas há uma distinção entre "ameaça" e "risco". A ameaça é definida como algo que pode causar dano, e o risco é resultado da multiplicação da probabilidade pela ameaça.[52]

Quando nos encontramos diante de um risco, no sentido de não saber ao certo o que acontecerá, mas ser necessário reconhecer as suas probabilidades[53], é necessário repensar o direito e encarar novas soluções no intuito de que a sociedade não se sinta ameaçada pelo mau uso de um aparelho, em que o mesmo é encarado por muitos como uma ferramenta de *hobbie* ou até mesmo de trabalho. A intenção não é restringir o uso dessa tecnologia, mas sim que seja encarada de uma forma pacífica para se conviver em sociedade:

> Para enfrentar riscos e ameaças iminentes, de forma a antecipar certa carga de segurança social, o direito se acautela lançando mão dos princípios da prevenção e da precaução. Ambos se manifestam na atitude ou na conduta de antecipação de riscos graves e irreversíveis. O princípio da prevenção será aplicado quando o risco de dano for atual, concreto e real.[54]

Nesse aspecto a prevenção tem sido encarada, atualmente, como o cerne da responsabilidade civil contemporânea e por meio dela as novas tecnologias precisam ser vislumbradas:

> Por muito tempo essa responsabilidade moral se forjou na obrigação de reparar danos decorrentes de culpa. Mas aquele era o mundo das relações

[52] ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Chaves Cristiano; NETTO, Felipe Braga. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil.** 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.
[53] ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Chaves Cristiano; NETTO, Felipe Braga. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.
[54] ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: A reparação e a pena civil**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

> interindividuais. Atualmente, no amplo campo dos conflitos sociais e danos anônimos, atemporais e globais, o agente moral deliberará pela prevenção, como forma ética e virtuosa de comportamento. Esse é um caminho seguro para uma ordem jurídica que se queira justa.[55]

Como discorrido anteriormente, a legislação dos drones já adota caráter preventivo para evitar ou até mesmo mitigar que ocorra um dano físico. No entanto, o mesmo não é feito em relação ao dano da inviolabilidade de privacidade - seja de fotos alheias de terceiros ou de invadir propriedades, tais como aeroportos -. O que de certa forma faz com que tal aparelho seja visto com um risco diante a sociedade, de modo a deixar a comunidade desamparada. Observa-se com isso que a legislação tem muito a evoluir nesse sentido. Diante desse aspecto, a prevenção atrelada à responsabilidade civil pode ser vista como uma solução que se refere à evolução de novas tecnologias na sociedade.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS OCASIONADOS PELO USO DE DRONES: UMA PERSPECTIVA COMPARADA

Diante da situação de insuficiência legislativa no Brasil, objetiva-se realizar uma análise comparativa da legislação de drones com regulamentos estrangeiros, sendo o dos Estados Unidos o escolhido para tanto. A opção se justifica por diversas razões. Em princípio, destaca-se que a legislação estadunidense sobre drones é uma das pioneiras e mais consolidadas em todo o mundo. A respeito disso, outro ponto que motivou a opção por este país, foram os esforços dele para a prevenção dos danos ocasionados por drones. Por fim, a escolha também se deu pois se percebeu uma preocupação em aprimorar a legislação de drones a qual pode ter reflexos no contexto brasileiro.

Essa terceira seção é dividida nesta breve introdução para depois adentrar em como se aplica a legislação de drones nos Estados Unidos e, em seguida, especificar ainda mais nessa questão legislativa ao ser discutida a forma que a

[55] ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: A reparação e a pena civil.** 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

responsabilidade civil com o uso de drones é estabelecida. Finalmente, conclui-se que os Estados Unidos e o Brasil apresentam algumas semelhanças no trato de questões de responsabilidade civil pelo uso de drones, mas também substanciais diferenças, incluindo medidas que facilitariam a responsabilização em território brasileiro.

3.1 LEGISLAÇÃO DE DRONES DOS ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos, atualmente, o uso mais comum de aeronaves não tripuladas é pelo Departamento de Defesa. Isso se dá, pois, as operações deste país em outros países causam um grande aumento na demanda de drones. Por exemplo, apenas no Iraque, mais de 700 aeronaves não tripuladas são usadas para vigilância e entrega de armas. Além da utilização dos drones para patrulhar os mais de 3.000 quilômetros da fronteira EUA/México.[56]

Como resposta para essa utilização intensa, o drone, também chamado de aeronave não tripulada (UA), passou a ser regulado pela *Federal Aviation Administration* (FAA). Essa regulação começou em 16 de setembro de 2005, quando a FAA publicou o memorando AFS-400 UAS Policy 05-01 como uma diretriz para o uso de UAS no *U.S. National Airspace System* (NAS).[57]

Ao realizar essa regulamentação, a preocupação não era somente que as operações de aeronaves não tripuladas interferissem nas operações de aeronaves comerciais e aviação geral, mas também que poderiam representar um problema de segurança para outros veículos aerotransportados, pessoas ou propriedades no

[56] SABATINI, Nicholas. Unmanned Aircraft Operations in the National Airspace System. **Federal Aviation Administration**, 2007.Disponível em: <https://www.faa.gov/uas/resources/policy_library/media/frnotice_uas.pdf >. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

[57] SABATINI, Nicholas. Unmanned Aircraft Operations in the National Airspace System. **Federal Aviation Administration**, 2007.Disponível em: <https://www.faa.gov/uas/resources/policy_library/media/frnotice_uas.pdf >. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

solo. Assim, a orientação da FAA determina que as atividades de voos de drones devem ser conduzidas em um nível aceitável de segurança.[58]

Para aumentar este nível exigido, a atual regulação da FAA para operações de UAS não permite operar um drone no Sistema Nacional de Espaço Aéreo sem autoridade específica. Assim, para os drones operando como aeronave pública, a autoridade é o COA, já para os operados como aeronave civil, a autoridade são os certificados de aeronavegabilidade especiais e para modelos de aeronaves a autoridade é AC 91-57.[59]

Em 2016, a FAA publicou o *Summary of Small Unmaned Aircraft Rule* (part 107), o qual estabelece várias questões relativas à segurança operacional dos voos, além de uma aparente preocupação com a questão da privacidade. Assim, nesta publicação, estabeleceu-se que deve ser fornecido para os usuários de drones diretrizes de privacidade recomendadas como uma espécie de campanha educacional. A conscientização é realizada durante o processo de registro da aeronave, por meio do aplicativo móvel da FAA.[60]

O *Summary of Small Unmaned Aircraft Rule* conta com explicações objetivas sobre as limitações operacionais, a certificação e responsabilidades de piloto remoto em comando e os requisitos de aeronaves e aeromodelo[61]. Dessa forma, a partir dessa campanha educacional percebe-se a existência de uma

---

[58] SABATINI, Nicholas. Unmanned Aircraft Operations in the National Airspace System. **Federal Aviation Administration**, 2007.Disponível em: <https://www.faa.gov/uas/resources/policy_library/media/frnotice_uas.pdf >. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

[59] SABATINI, Nicholas. Unmanned Aircraft Operations in the National Airspace System. **Federal Aviation Administration**, 2007.Disponível em: <https://www.faa.gov/uas/resources/policy_library/media/frnotice_uas.pdf >. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

[60] PRIEBE, Leonardo da Costa; PETRY Alexandre Torres. Big Brother is watching you: uma análise da regulação brasileira sobre drones no tocante à violação da privacidade. **Justiça & Sociedade, Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista** – IPA, v. 3, n. 1, p. 35, 2018.

[61] FAA NEWS. Summary of small unmaned aircraft rule (part 107). **Federal Aviation Administration,** 2016. Disponível em: <https://www.faa.gov/uas/media/part_107_summary.pdf>. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

preocupação com o aspecto de disseminar informações para prevenção de danos por uso de drones.

Ademais, no final de 2020, houve mudanças na regulamentação de drones da *Federal Aviation Administration*. Primeiramente, foi estabelecido que os drones deverão ter a capacidade de transmitir sua identificação remota (*remote ID*) para organizações de segurança pública autorizadas, sendo um grande avanço para a integração completa dos drones no sistema aéreo estadunidense, como a própria FAA propôs em sua nota para a imprensa:

> Remote ID is a major step toward the full integration of drones into the national airspace system. Remote ID provides identification of drones in flight as well as the location of their control stations, providing crucial information to our national security agencies and law enforcement partners, and other officials charged with ensuring public safety. Airspace awareness reduces the risk of drone interference with other aircraft and people and property on the ground.[62]

Esta nova exigência é uma resposta a inúmeros relatos de incidentes envolvendo drones e segurança pública, pois o *remote ID* fornecerá informações sobre a identidade, localização e altitude do drone e sua estação de controle ou local de decolagem.[63] Com isso, em relação ao problema de drones interrompendo voos em aeroportos abordados na seção anterior, o *remote ID* pode ser uma solução, uma vez que identifica quem está operando a aeronave não tripulada para uma eventual responsabilização.

Outro exemplo para o uso do *remote ID* é nos casos de alguém capturar com drone fotos ou vídeos de uma pessoa de forma ilegal. Aqui, pela possibilidade do operador de drone ser identificado, ele pode ser responsabilizado por seus atos irregulares ou até desencorajado a invadir a privacidade de uma outra pessoa,

---

[62] FEDERAL AVIATION ADMINISTRATION. Press Release – U.S. Department of Transportation Issues Two Much-Anticipated Drone Rules to Advance Safety and Innovation in the United States.**Federal Aviation Administration**, 2020. Disponível em: <https://www.faa.gov/news/press_releases/news_story.cfm?newsId=25541 >. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

[63] FEDERAL AVIATION ADMINISTRATION. UAS Remote Identification Overview. **Federal Aviation Administration**, 2021. Disponível em: <https://www.faa.gov/uas/getting_started/remote_id/>. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

pois o drone contará com a sua identificação. Dessa forma, o *remote ID* pode ser uma resposta não só para danos físicos e patrimoniais, mas também morais e de privacidade.

Ademais, a introdução do *remote ID* também proporciona uma responsabilidade compartilhada entre os fabricantes de drones, pois estabelece que tais fabricantes devem produzir as aeronaves não tripuladas já com o sistema de *remote ID* instalado ou compatíveis com esse sistema. Em um primeiro momento, os fabricantes de drones precisarão cumprir totalmente com o *remote ID* até setembro de 2022. Todos os drones vendidos após esta data devem ser compatíveis com o Remote ID tendo como prazo até setembro de 2023.[64]

Outra alteração é relativa aos voos noturnos, nos quais é exigido que o drone tenha uma iluminação anticolisão, capaz de ser vista por pelo menos 3 milhas terrestres (4,8 km).[65]

A última mudança trata da certificação de pilotos. Anteriormente a essa alteração, os pilotos da Parte 107 tinham que passar em um teste de conhecimento recorrente a cada dois anos para manter sua aceitação. Mas a partir de março de 2021, não haverá mais a exigência de fazer um teste de conhecimento recorrente. Isso ocorre porque definiu-se que os detentores do certificado da Parte 107 irão concluir um curso de treinamento de segurança on-line a cada dois anos, sem exames ou taxas. [66]

Portanto, essa inovação facilita a certificação de pilotos de drones e, simultaneamente, reforça o aspecto da prevenção de dano por meio do uso da informação, já que agora é exigido a realização de um curso de pilotagem e não

---

[64] REVERDIAU, Greg. Part of the purpose is to allow for more complex operations in the future. **Next gov**, 2021. Disponível em: <https://www.nextgov.com/ideas/2021/02/faa-releases-remote-id-largest-regulatory-change-drones-years/172062/> . Data de acesso: 07 de junho de 2021.

[65] NIELSEN, R.L. Changes to FAA Drone Rules Worthy of Your Attention. **Agry.purdue**, 2021. Disponível em: < https://www.agry.purdue.edu/ext/corn/news/articles_21/Part107_0303.html >. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

[66] NIELSEN, R.L. Changes to FAA Drone Rules Worthy of Your Attention. **Agry.purdue**, 2021. Disponível em: < https://www.agry.purdue.edu/ext/corn/news/articles_21/Part107_0303.html >. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

um simples teste de conhecimento. Além desse curso ser gratuito, o que permite uma maior disseminação desse curso e suas informações.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO USO DE DRONES NOS ESTADOS UNIDOS

Como visto, a FAA fornece uma regulação para o uso de drones que tem como um de seus principais objetivos atingir um nível de segurança aceitável. Contudo, mesmo almejando a segurança, não há definido na legislação federal estadunidense a responsabilidade por violações nas operações de drones.[67]

Dessa forma, evidencia-se que apesar dos Estados Unidos ser um dos pioneiros na regulamentação de drones, ainda apresenta fragilidades em relação a ela. Isso se dá, uma vez que um corpo legal e regulatório para drones que seja satisfatório deve conter, necessariamente, uma forte estrutura de responsabilidade para esse tipo de aeronave.[68]

Entretanto, a questão que aqui se coloca é: se não há uma regulamentação escrita para a responsabilidade de drones, como ela está ocorrendo?

Geralmente, as leis de aviação existentes versam somente sobre casos civis e criminais de aeronaves tripuladas.[69] Evidencia-se, assim, que a legislação de aviação existente não se aplica aos drones. Diante desse fato, os governos estaduais e locais tentam equilibrar o interesse do desenvolvimento de drones com

---

[67] VACEK, Joseph J. The Next Frontier in Drone Law: Liability for Cybersecurity Negligence and Data Breaches for UAS Operators. **Campbell Law Review, Scholarly Repository Campbell University School of Law**,v. 39 p. 135-164, 2017.

[68] NUGRAHA,Ridha Aditya; JEYAKODI, Deepika e MAHEM, Thitipon. Urgency for Legal Framework on Drones: Lessons for Indonesia, India, and Thailand. **Indonesia Law Review**, p. 137-157, 2016. Acesso disponível: <https://media.neliti.com/media/publications/62455-EN-urgency-for-legal-framework-on-drones-le.pdf>. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

[69] NUGRAHA,Ridha Aditya; JEYAKODI, Deepika e MAHEM, Thitipon. Urgency for Legal Framework on Drones: Lessons for Indonesia, India, and Thailand. **Indonesia Law Review**, p. 137-157, 2016. Acesso disponível: <https://media.neliti.com/media/publications/62455-EN-urgency-for-legal-framework-on-drones-le.pdf>. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

os interesses dos proprietários de terras como uma maneira de preencher a lacuna deixada pelos regulamentos da aviação a respeito dos drones.[70]

Ademais, levando-se em consideração os danos que tais aparelhos podem ocasionar, como danos à propriedade, colisões, ataques cibernéticos, violações de privacidade e atos ilícitos. Por meio deles podem ser aplicadas as leis nacionais, as leis de responsabilidade civil ou cibernéticas para responsabilizar o operador de drone.[71]

Outro ponto relevante é que os precedentes[72] podem ser mais uma fonte para preencher a lacuna da responsabilidade por drones. Por exemplo, em um caso no qual se alega que a aeronave está invadindo a propriedade de terceiro, ainda não se tem definido se isso configura uma invasão e, caso seja configurada, não há definição de qual altura de voo constitui ou não tal ameaça ao direito. Além disso, para acentuar mais essa adversidade, nos EUA as leis de transgressão estaduais podem ser diferentes de Estado para Estado. Por exemplo, a lei comum de Wisconsin reconhece que uma invasão pode ser cometida sobre, abaixo ou acima da superfície da terra.[73]

No entanto, em 1946, a Suprema Corte dos EUA limitou a base para encontrar uma violação de propriedade privada em *United States v. Causby*. Em Causby, um criador de galinhas da Carolina do Norte, processou o governo dos

---

[70] FARBER, Hillary. Keep Out! The Efficacy of Trespass Nuisance and Privacy Torts as Applied to Drones. **University of Massachusetts School of Law**, v. 33:2, p. 359-409 (2017). Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/233916802.pdf >. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

[71] AHALT, Clare Feikert. Regulation of Drones: United Kingdom. **Library of Congress**, 2016. Disponível em: <https://www.loc.gov/law/help/regulation-of-drones/united-kingdom.php> Data de acesso: 07 de junho de 2021.

[72] Conceito de precedente: "Precedent refers to a court decision that is considered as authority for deciding subsequent cases involving identical or similar facts, or similar legal issues. Precedent is incorporated into the doctrine of stare decisis and requires courts to apply the law in the same manner to cases with the same facts. Some judges have stated that precedent ensures that individuals in similar situations are treated alike instead of based on a particular judge's personal views."-. LEGAL INFORMATION INSTITUTE. **Precedent**. Cornell Law School, 2020. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/precedent >. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

[73] STERBENZ,Christina Sterbenz. Should We Freak Out About Drones Looking in Our Windows?. **Business insider**, 2014. Disponível em: < http://www.businessinsider.com/privacy-issues-with-commercialdrones-2014-9 >. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

EUA argumentando que voos frequentes de aeronaves militares na pista adjacente assustavam seus pássaros e prejudicavam seu sustento. A Suprema Corte rejeitou a alegação do homem e decidiu que o direito de um proprietário só era válido até 83 pés no ar[74] (aproximadamente 25 metros). Assim, essa decisão pode ajudar a definir essa questão dos drones e uma eventual invasão à propriedade privada.

Também, a responsabilidade em relação a algum dano causado pela utilização do drone de forma inadequada segue os princípios da lei de negligência para a compensação dessa conduta arriscada. Por conseguinte, segundo à luz da lei de negligência, todos têm o dever de evitar riscos previsíveis de danos. Portanto, caso o operador de um drone viole este dever e sua conduta for a causa imediata dos ferimentos de outra pessoa, o operador poderá ser considerado responsável pelos ferimentos causados.[75]

Outra questão importante a mencionar sobre a questão da responsabilidade civil de drones é que nos Estados Unidos não é exigido ter um seguro para utilizar tal tecnologia[76], diferentemente do que ocorre no Brasil. Porém, especialistas indicam que é inevitável que a regulamentação federal inclua requisitos mínimos de seguro de drones no futuro[77], o que garantiria um maior cumprimento pecuniário de responsabilidades geradas eventualmente pela tecnologia em discussão.

---

[74] FRANK, Michael. Drone Privacy: Is Anyone in Charge?. **Consumer Reports**, 2016. Disponível em: <//www.consumerreports.org/electronics/drone-privacy-is-anyone-in-charge/>. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

[75] PERRIT, Henry; SPRAGUE, Eliot. Law Abiding Drones. **The Columbia Science & Technology Law Review**, v. XVI, p. 385-439, 2015. Disponível em: < http://www.movoaviation.com/images/Law_Abiding_Drones_PerrittSprague-Columbia_Sci._Tech._L._Rev...pdf >. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

[76] UAV COACH. Drone Insurance: A Step-by-Step Guide to Liability & Drone Hull Insurance. **UAV Coach**,2019. Disponível em: <https://uavcoach.com/drone-insurance-guide/#Required >.Data de acesso: 07 de junho de 2021.

[77] ZISS, Jonathan S. Drone Regulation Would Create Need for Liability Insurance. **Business Insurance**, 2014. Disponível em: <www.businessinsurance.com/article/00010101/STORY/311239999/Drone-regulationwould-create-need-for-liability-insurance>. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

A respeito do que foi exposto sobre a responsabilidade civil pelo uso de drones nos Estados Unidos, conclui-se que esta é uma área que não foi totalmente disciplinada. Contudo, é utilizado outras legislações que se ligam com o dano causado além dos precedentes para preencher as lacunas existentes na temática da responsabilidade pelo uso de drones.

Ainda, acentua-se que houve preocupações semelhantes de responsabilidade inicialmente quando tecnologias comuns como carros, aviões e helicópteros foram desenvolvidas e comercializadas. A partir disso, evidencia-se que o drone é uma nova tecnologia e, portanto, seu regulamento ainda está sendo construído e que edificar normas baseadas em outras é uma solução razoável, pois trabalha com aspectos que todo o sistema legislativo já está habituado, fornece uma resposta para uma lacuna e, ao mesmo tempo, cria precedentes para uma legislação específica de drones no futuro.

Comparativamente, em princípio, cabe destacar que a legislação brasileira de drones se mostra avançada em um aspecto em relação ao estadunidense: a exigência de seguro. Essa medida é plausível para o ressarcimento pecuniário nos casos de responsabilização de danos pela utilização de drones.

Contudo, os Estados Unidos possuem alguns mecanismos a mais que o Brasil em sua legislação dos drones, os quais permitem uma responsabilização civil mais efetiva. O *remote ID* é uma inovação que ao identificar quem está pilotando o drone permite que uma eventual responsabilidade civil seja efetivada, até mesmo no que se refere a mitigação do dano.

Nota-se também que essa identificação de responsabilidade é acompanhada de uma responsabilidade compartilhada com os fabricantes de drones, o que efetiva ainda mais o cumprimento dessa medida.

Os Estados Unidos contam ainda com um sistema preventivo de uso de drones por meio de uma campanha educacional. Assim, danos e,

consequentemente, a responsabilidade civil, podem ser evitados com essa medida informacional sobre o melhor uso dessa tecnologia. No entanto, destaca-se que a responsabilidade civil estadunidense é semelhante à brasileira na medida em que em ambos os países não existe uma legislação específica sobre essa matéria e tratam dessa responsabilidade da mesma forma: recorrendo a legislações civis gerais e adequando-as às situações da utilização e danos causados por drones.

4. CONCLUSÃO

Por meio do que foi exposto, observa-se que os drones, apesar de terem sido criados no século passado, como um instrumento de guerra, desenvolvido pela Alemanha nazista, o mesmo tem se popularizado na sociedade, a ponto de hoje ser encarado como uma ferramenta capaz de causar diversas lesões e ameaças de direitos. Desse modo, atualmente, os ordenamentos jurídicos de vários países encontram-se desafiados por essa tecnologia.

Vista disso, no Brasil, com o intuito de garantir um maior amparo perante a sociedade, bem como possibilitar o convívio dessa tecnologia com os indivíduos, o ordenamento brasileiro tem criado diversos órgãos responsáveis pela sua regulamentação. Contudo, notou-se que tais regulamentos não têm sido suficientes para evitar danos, o que se dá por meio de diversas lacunas presentes nas próprias legislações de drones.

Soma-se a essa insuficiência, o caráter que a responsabilidade civil brasileira adota na contemporaneidade, a qual por meio do viés indenizatório e compensatório não tem se transparecido suficiente para evitar lesões de direito. Vista disso, é necessário repensar tal caráter, de modo a intensificar o debate do princípio da prevenção aplicada à própria responsabilidade. Uma forma de aplicar tal princípio seria por meio de um conjunto de atribuições entre os mais

diversos atores envolvidos na utilização dos veículos aéreos não tripulados, como fabricante, vendedor, consumidor e os órgãos públicos.

No que diz respeito aos Estados Unidos, nota-se que a sua legislação de drones se encontra em um processo de evolução acentuada para se adequar às mais diversas situações de uso dessa tecnologia. Assim, mesmo que a FAA tenha começado a regular os drones em 2005, só recentemente, em 2020, surgiram regulações que integram efetivamente mecanismos capazes de aperfeiçoar a utilização dessa tecnologia e uma eventual responsabilização, como a *remote ID* e a responsabilidade compartilhada entre os fabricantes. Tais iniciativas colocam, em prática, o princípio da prevenção. Entretanto, o ordenamento estadunidense ainda apresenta lacunas no que se refere à regulamentação específica sobre a responsabilização civil de danos causados por drones e utiliza-se, dessa forma, a legislação comum, bem como os precedentes como remédios provisórios para essa situação.

Logo, conclui-se que tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos a responsabilidade civil por danos causados por drones é incipiente. Ambos os países ainda não apresentam um corpo legislativo capaz de estabelecer uma responsabilização específica para o uso dessa tecnologia. A diferença, porém, é que os Estados Unidos estão cada vez mais se valendo de mecanismos para verificar a responsabilização e isso não é observado, ainda, no território brasileiro. Portanto, por meio do exposto, reconhece-se a necessidade do Brasil se aprimorar neste campo da responsabilidade e, dessa forma, ser possível haver perspectivas de que essa lacuna legislativa se preencha futuramente.

REFERÊNCIAS

ABEAR. Por que drones trazem riscos ao espaço aéreo?. **Abear**, 2019. Disponível em: <https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/por-que-drones-trazem-riscos-ao-espaco-aereo/>. Acesso em 01 de junho de 2021.

AEROJR**.** A História dos Drones. **Aero Jr.**, 2018. Disponível em: <https://aerojr.com/blog/drones-atraves-da-historia/ >. Acesso em: 07/06/2021.

AGRELA, Lucas. Brasil é 9º país que mais importa drones. **Exame**, 2015. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/brasil-e-9-pais-que-mais-importa-drones/>.Acesso em 07 de junho de 2021

AHALT, Clare Feikert. Regulation of Drones: United Kingdom. **Library of Congress**, 2016. Disponível em: <https://www.loc.gov/law/help/regulation-of-drones/united-kingdom.php>. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

AMADO, Guilherme. Registros de drone manteve ritmo de 2019 mesmo na pandemia. **O Globo**, 2020. Disponível em <https://oglobo.globo.com/epoca/guilherme-amado/registro-de-drones-manteve-ritmo-de-2019-mesmo-na-pandemia-1-24538648?%3Futm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=post >. Data de acesso: 08 de junho de 2021.

ANAC. **Agência Nacional de Aviação Civil**. Página Inicial. Gov, 1017. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/drones>. Acesso em 5 de maio de 2021.

ANAC. Orientação para usuário de drone. **Alphavillemg**, 2017. Disponível em: <http://www.alphavillemg.com.br/wp-content/uploads/2018/08/orientacoes_para_usuarios-1.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2021.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias**.** Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas.**Revista de direito administrativo,** v. 273, p. 123, 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66659/64683> . Acesso em 05 de maio de 2021.

BENI, Eduardo Alexandre. Voo irresponsável de drones é um caso só de polícia?. **Piloto Policial,** 2017. Disponível em: <https://www.pilotopolicial.com.br/voo-irresponsavel-de-drones-e-um-caso-so-da-policia/>. Acesso em: 20 de maio de 2021.

BRASIL. **Agência Nacional de Aviação Civil.** Resolução nº 419, de 2 de maio de 2017. Regulamento Brasileiro da Aviação Civil Especial RBAC-E nº 94. Diário Oficial da União, seção 1, pág.52, 03 mai. 2017. Disponível em:

BRASIL. Comando da Aeronáutica. **Departamento de Controle do Espaço Aéreo.** PORTARIA DECEA Nº 112/DGCEA, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2018. Aprova a reedição da ICA 100-40, Instrução sobre "Aeronaves não tripuladas e o Acesso ao Espaço Aéreo Brasileiro". Boletim do Comando da Aeronáutica, n. 2, Rio de Janeiro, 22 de maio de 2020. Disponível em: <https://publicacoes.decea.mil.br/api//storage/uploads/files/75a09bfd-5e5d-4f9a-b4485ccd3fd4627a.pdf>. Acesso em 05 de maio de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº1764034 - SP (2020/0246753-5).** Agravante: Maria Isabel Ramos Saraiva Rocha. Agravado: Gol Linhas Aéreas S.A. Relator: Ministro Marco Buzzi. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src= 1.1.3 & aplicacao= processos.ea & tipoPesquisa= tipoPesquisaGenerica & num_registro=202002467535 > Acesso em: 08 de junho de 2021.

BUZZO, Lucas. História dos Drones: do início aos dias de hoje. **O drone**, 2015. Disponível em: <https://odrones.com.br/historia-dos-drones/ >. Acesso em 07 de junho de 2021.

CHAVES, Newton Duarte. **Aeronaves Remotamente Pilotadas e a Responsabilidade Civil e Penal: A Eficácia da Legislação Atual Brasileira Para Coibir O Emprego Irresponsável de Aeronaves Remotamente Pilotadas e a Segurança Operacional de Voo da Aviação Civil**. Tese (pós graduação em Gestão e Direito Aeronáutico.). Universidade do Sul de Santa Catarina Newton Duarte Chaves. Palhoça. P. 61. 2018. Disponível em: <https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/6836/TCC%20P%c3%b3s%20Graduacao%20NEWTON%20%20%20para%20envio%20RIUNI.pdf?sequence=2&isAllowed=y >. Acesso em 15 de maio de 2021.

COSTA, Leonardo da Costa Priebe da; PETRY, Alexandre. Big Brother Is Watching You: Uma Análise Da Regulação Brasileira Sobre Drones No Tocante À Violação Da Privacidade. **Justiça & Sociedade - Revista do Curso de Direito do IPA**, v. 3, n. 1, p. 9-44, 2018. DOI: http://dx.doi.org/10.15602/2525-3883/rjs.v3n1p9-44. Acesso em: 03 de abril de 2021.

DRONE, Eddy. Drone invade a casa do BBB. **Youtube**, 17/01/2021. Disponível em: <www.youtube.com/ ?v=ipcm78xSb1c >. Acesso em 6 de maio de 2021.

EUROPEAN PARLAMENT. Artificial Intelligence and civil law; liability rules for drones. **Euro parl**, 2018. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2018)608848>. Acesso em 07 de junho de 2021.

FAA NEWS. Summary of small unmaned aircraft rule (part 107).**Federal Aviation Administration**, 2016. Disponível em:

<https://www.faa.gov/uas/media/part_107_summary.pdf>. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

FARBER, Hillary. Keep Out! The Efficacy of Trespass Nuisance and Privacy Torts as Applied to Drones. **University of Massachusetts School of Law,** v. 33:2, p. 359-409 (2017). Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/233916802.pdf >. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

FEDERAL AVIATION ADMINISTRATION.Press Release – U.S. Department of Transportation Issues Two Much-Anticipated Drone Rules to Advance Safety and Innovation in the United States.**Federal Aviation Administration**, 2020. Disponível em: <https://www.faa.gov/news/press_releases/news_story.cfm?newsId=25541 >. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

FEDERAL AVIATION ADMINISTRATION. UAS Remote Identification Overview. **Federal Aviation Administration**, 2021. Disponível em: <https://www.faa.gov/uas/getting_started/remote_id/>. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

FRANK, Michael. Drone Privacy: Is Anyone in Charge?. **Consumer Reports**, 2016. Disponível em: <http://www.consumerreports.org/electronics/drone-privacy-is-anyone-in-charge/> . Data de acesso:07 de junho de 2021.

GAUCHAZH. Drone sobrevoa aeroporto Salgado Filho e causa suspensão de voos durante 35 minutos. **GZH**, 2019. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/porto-alegre/noticia/2019/02/drone-sobrevoa-aeroporto-salgado-filho-e-causa-suspensao-de-voos-durante-35-minutos-cjsgclnlo00gn01p8jbixa692.html>. Acesso em: 02 de junho de 2021.

GLOBO. Drone sobre Congonhas pode causar prejuízo de mais de R$ 1 milhão, estima associação de empresas aéreas. **G1**,2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/drone-sobre-congonhas-causou-prejuizo-de-mais-de-r-1-milhao-estima-associacao.ghtml>. Acesso em: 01 de junho de 2021.

NIELSEN, R.L. Changes to FAA Drone Rules Worthy of Your Attention**. Agry.purdue**, 2021. Disponível em: < https://www.agry.purdue.edu/ext/corn/news/articles_21/Part107_0303.html >. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

NUGRAHA,Ridha Aditya; JEYAKODI, Deepika e MAHEM,Thitipon. Urgency for Legal Framework on Drones: Lessons for Indonesia, India, and Thailand. **Indonesia Law Review**, p. 137-157, 2016. Acesso disponível: <https://media.neliti.com/media/publications/62455-EN-urgency-for-legal-framework-on-drones-le.pdf >. Data de acesso:07 de junho de 2021.

PERRIT, Henry; SPRAGUE, Eliot. Law Abiding Drones. **The Columbia Science & Technology Law Review**, v. XVI, p. 385-439, 2015. Disponível em: < http://www.movoaviation.com/images/Law_Abiding_Drones_PerrittSprague-Columbia_Sci._Tech._L._Rev...pdf >. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

PINHORI, Marina; GALLO, Ricardo. Presença de drone no entorno de Congonhas fez aeroporto fechar por 20 minutos nesta terça. **G1**,2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/01/09/presenca-de-drone-no-entorno-de-congonhas-fez-aeroporto-fechar-por-20-minutos-na-terca.ghtml>. Acesso em 01 de junho de 2021.

PRIEBE, Leonardo da Costa; PETRY Alexandre Torres. Big Brother is watching you: uma análise da regulação brasileira sobre drones no tocante à violação da privacidade. Justiça & Sociedade, **Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista** – IPA, v. 3, n. 1, p. 9-44, 2018.

PRUDKIN, Gonzalo. BREUNIG, Fábio. 2019. **DRONES E CIÊNCIA: Teoria e aplicações metodológicas** Volume I. Santa Maria: FACOS-UFSM. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/18774/DRONES%20e%20CIENCIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 2 de maio de 2021

RAPP, Geoffrey Christopher. Unmanned Aerial Exposure: Civil Liability Concerns Arising from Domestic Law Enforcement Employment of Unmanned Aerial Systems. **North Dakota Law Review**, v. 85, n. 3, p. 624- 648, 2009.

REVERDIAU, Greg. Part of the purpose is to allow for more complex operations in the future. **Next gov,** 2021. Disponível em: < https://www.nextgov.com/ideas/2021/02/faa-releases-remote-id-largest-regulatory-change-drones-years/172062/> . Data de acesso: 07 de junho de 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Civil 71009045022**. Recorrente: Matheus Knorr. Recorrido: Gol Linhas Aéreas S.A. Relator: Dr. Roberto Carvalho Fraga. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Turmas%20Recursais&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=71009045022&codEmenta=7706337&temIntTeor=true>. Acesso em: 08 de junho de 2021.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: A reparação e a pena civil**. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Chaves Cristiano; NETTO, Felipe Braga. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil.** 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

SABATINI, Nicholas. Unmanned Aircraft Operations in the National Airspace System. **Federal Aviation Administration**, 2007.Disponível em: <https://www.faa.gov/uas/resources/policy_library/media/frnotice_uas.pdf >. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

STERBENZ,Christina Sterbenz. Should We Freak Out About Drones Looking in Our Windows?. **Business insider**, 2014. Disponível em: < http://www.businessinsider.com/privacy-issues-with-commercialdrones-2014-9>. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº1007694-33.2019.8.26.0003.** Apelante: Gol Linhas Aéreas S.A. Apelado: Rodrigo Vidolin. Relator: Jairo Brasil Fontes Oliveira. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?localPesquisa.cdLocal=3&processo.codigo=0300191O50000&processo.foro=3&uuidCaptcha=sajcaptcha_107088aabd1f4b9cbdebae3e6bcf45aa>. Acesso em: 08 de junho de 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 1007351-37.2019.8.26.0003.** Apelante: Gol Linhas Aéreas S.A. Apelado: Camila Gourges Pereira. Relator: Paulo Pastore Filho. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0300188CR0000&processo.foro=3&processo.numero=1007351-37.2019.8.26.0003&uuidCaptcha=sajcaptcha_dbbb8128e8ab4c14b4ac71184862e29d>. Acesso em: 08 de junho de 2021.

SZIKORA, Veronika. **New Dangerous Practice on the Horizon? Legal Aspects of Drone Usage**. Faculdade de Direito de Novi Sad, p. 499-519. 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/322878678_New_dangerous_practice_on_the_horizon_Legal_aspects_of_drone_usage >. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil.** 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

UAV COACH. Drone Insurance: A Step-by-Step Guide to Liability & Drone Hull Insurance. **UAV Coach,** 2019. Disponível em: <https://uavcoach.com/drone-insurance-guide/#Required >.Data de acesso: 07 de junho de 2021.

VACEK, Joseph J. The Next Frontier in Drone Law: Liability for Cybersecurity Negligence and Data Breaches for UAS Operators. **Campbell Law Review**, Scholarly Repository Campbell University School of Law,v. 39 p. 135-164, 2017.

ZISS, Jonathan S. Drone Regulation Would Create Need for Liability Insurance. **Business Insurance**, 2014. Disponível em: <www.businessinsurance.com/article/00010101/STORY/311239999/Drone-

regulationwould-create-need-for-liability-insurance>. Data de acesso: 07 de junho de 2021.

9II SECURITY. U.S. Drones Laws Overview of drones rules and regulations in USA by State. **Ut system**, 2019. Disponível em: <https://www.utsystem.edu/sites/default/files/offices/police/policies/USDroneLaws.pdf >. Acesso em 07 de junho de 2021.

CONTRATOS INTERNACIONAIS INTELIGENTES NO COMÉRCIO: CONSIDERAÇÕES À LUZ DO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO

Isadora Camila Freire Marques[1]

RESUMO: A presente pesquisa pretende analisar a validade e efeitos do uso de contratos internacionais inteligentes no comércio. Investigando as bases teóricas e legislativas sobre o tema, indicando perspectivas dentro do contexto da quarta revolução industrial e o uso de novas tecnologias no campo contratual. Ademais o ordenamento jurídico brasileiro fora usado como paradigma na aplicação desse tipo contratual. A metodologia escolhida foi a qualitativa exploratória analisando as práticas atualmente utilizadas desse instrumento e posicionamentos doutrinários. Ademais, o método utilizado foi o dedutivo, visto que foram levantadas premissas para a utilização presente e futura desse instrumento tecnológico, já que a avaliação sobre a inserção de novas tecnologias no ramo contratual é essencial para a escorreita aplicação dos institutos jurídicos em conjunto com a evolução técnica.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos, sociedade digital, comércio internacional.

INTRODUÇÃO

As relações econômicas se desenvolvem por diferentes tipos de objetivos. Como exemplo temos a busca pelo aperfeiçoamento e o desenvolvimento, quando insere essa temática na comunidade internacional, as possibilidades para

[1] Graduanda em Direito na Escola Superior Dom Helder Câmara.

expansão e modificações se ampliam para diferentes economias, desenvolvendo-se diversos segmentos para o suporte e validade dessas trocas internacionais. As transações comerciais sejam diretas ou indiretamente afetam aspectos sociais e culturais. Por isso é natural a implementação de novas tecnologias para que se possa proporcionar uma maior integração entre os povos. Principalmente no que tange a comunicação e efetivação de acordos para uma maior internacionalização, observado princípios como boa fé e solidariedade.

Nesse contexto de pluralidades regionais a utilização de mecanismos que facilitem a comunicação e efetivem as obrigações contratuais é de extrema relevância, visto repercussões pré-contratuais e pós-contratuais. De tal forma, é imperioso debater sobre a viabilidade da utilização de contratos inteligentes ou *smarts contracts*.

O objetivo do presente trabalho é analisar sobre a validade jurídica de contratos inteligentes em contratos internacionais do comércio. Para tanto, investigar-se-á as bases teóricas e legislativas sobre o tema, indicando perspectivas dentro do contexto da quarta revolução industrial e o uso de novas tecnologias no campo contratual. Com fulcro nesse estudo, verificar-se-á sobre a aplicabilidade da utilização dos contratos inteligentes no âmbito das transações internacionais, bem como sua validade jurídica nacional.

Pretende-se demonstrar que os *smarts contracts* são aplicáveis, entretanto por contratos híbridos haja vista sua insegurança tecnológica, tendo em vista princípios norteadores do direito contratual brasileiro.

A metodologia escolhida será a qualitativa exploratória analisando as práticas atualmente utilizadas desse instrumento e posicionamentos doutrinários. Para tanto, o método utilizado será o dedutivo, visto que serão levantadas premissas para a utilização presente e futura a respeito dos contratos internacionais inteligentes em inserção com transações internacionais brasileiras.

A pesquisa a respeito sobre as novas formas de contratação no Brasil, em especial com investidores estrangeiros se faz necessária para promoção célere do mercado brasileiro e a nova economia mundial. Todavia deve-se ater ao ordenamento jurídico brasileiro para a análise de novos instrumentos para sua devida adequação e possibilidades assim de uma maior internacionalização da economia brasileira.

1.DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO: CONTRATOS INTELIGENTES

Os contratos inteligentes possuem suas próprias peculiaridades devendo ser analisado em conjunto com a tecnologia *blockchain.* Nessa seção será analisada algumas dessas especificações. Ademais o direito contratual brasileiro possui características indispensáveis para que os acordos estabelecidos tenham validade jurídica. Posto isso se apresentará considerações a respeito do possível uso dos contratos inteligentes com a tecnologia *blockchain* no direito contratual brasileiro.

1.1 O USO DA TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN* NOS CONTRATOS E OS CONTRATOS INTELIGENTES

A tecnologia *blockchain* pode ser definida por Borrelli como: "uma estrutura pública e descentralizada que realiza transações intricadas de forma muito ágil por meio de criptografia."[2] Sendo assim uma estrutura em cadeia que ocorre de forma descentralizada que proporciona a realização de transações correlacionadas por meio mais ágil através do uso de criptografia. Kiritschenko aponta que:

> A tecnologia apresentada em 2008 por Satoshi Nakamoto consiste em um sistema eletrônico *peer-to-peer*, ou seja, não há intermediários (*middleman*) nas transações realizadas. [...] O *blockchain* é um livro-razão digital que registra em ordem cronológica todas as transações realizadas no sistema, armazenando-as em blocos e acessíveis por todos. As premissas do sistema, seu grande chamariz, são sua inviolabilidade, rapidez, anonimidade e baixo custo, em razão da ausência de intermediários. Ele foi concebido para

[2] BORRELLI, Isabela. *Blockchain: o que é, como funciona e por que ele importa tanto — StartSe*. Disponível em: https://www.startse.com/noticia/nova-economia/tecnologia-inovacao/blockchain-o-que-e-e-como-funciona. Acesso em: 13 jun.2021, p.p.

> registrar cronologicamente todas as transações realizadas com *Bitcoin*, vez que apenas era possível registrar valores na plataforma. Entretanto, com a criação da plataforma *Ethereum* em 2015, abriu-se a possibilidade do registro de dados nos blocos, abrindo o leque de possibilidades do uso do *blockchain*[3].

Portanto, a tecnologia do *blockchain* vem se demonstrando um grande recurso para novas modalidades de transações no mundo. Apesar de inicialmente ter sido restrito a transações da criptomoeda *bitcoin,* os sujeitos econômicos pretendem e já expandem essa tecnologia para com outros tipos de transações por sua precisão cronológica, publicidade, celeridade, custo e sem intermediários.

O entendimento mínimo de como se efetiva essas transações se faz necessário, para a compreensão de como seus usuários se relacionam nesse meio e o que se busca para a utilização deste sistema posto a maior confiabilidade e agilidade em suas operações.

A celeridade é um dos requisitos indispensáveis para com um planeta hiper conectado, como também em um ambiente econômico como esse inserido nas redes mundiais. Atraindo investidores que buscam rapidez, inovação e segurança. A respeito do *blockchain* Sousa aponta que:

> O *Blockchain,* portanto, nada mais é que um bando de dados descentralizado que registra todas as transações realizadas por seus usuários dentro de uma cadeia criptográfica imutável. Sobre o assunto, Don e Alex Tapscott, autores do livro *Blockchain Revolution* , definem que *Blockchain* é um livro-razão (*ledger)* digital incorruptível de transações econômicas que podem ser programadas para registrar não apenas transações financeiras, mas praticamente qualquer item que possua valor[4]

Uma tecnologia com alto valor agregado, tendo vastas possibilidades para aqueles que a utilizam. Ademais devemos apontar os pilares em que essa tecnologia se baseia que segundo Sousa[5] são a comunicação *peer to peer* entre os usuários, direta, descentralizada, com possibilidade de pseudoanonimato,

---

[3] KIRITSCHENKO, Ana.*O uso do blockchain no comércio exterior.* Disponível em: https://ab2l.org.br/o-uso-do-blockchain-no-comercio-exterior/ . Acesso em: 12 maio de 2021, p.p.
[4] SOUSA, Lays Sales de. *Uma análise da validade dos Smart Contracts no direito brasileiro*. 2018. 65 f. Monografia (Graduação) Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018. p. 46
[5] Ibid., p. 47

registro dá cadeia ser inalterável e a possibilidade de programação das transações. Por conseguinte, um meio, com suas próprias diretivas que atrai os mais diversos tipos de transações pelo mundo inteiro podendo ter como a esquematização do funcionamento por Sousa:

> 1) Parte A envia uma mensagem para a rede informando da transação; 2) Parte B aceita a transação, transmitindo o aceite pela rede P2P; e 3) a rede de participantes conectadas às partes verifica a autenticidade dessas transações . Esse tipo de estrutura em cadeia chamada de *Blockchain* começou a ser usada apenas para as transações de bitcoin, posteriormente passou a ter infinitas utilidades , por exemplo, transferências de propriedade, como propriedade industrial, imóveis, identidades virtuais, créditos de carbono entre outros, e até, a realização de contratos inteligentes, *crowdfundings*, registros públicos, *supply chains* ou predição de mercado[6]

Posto essas considerações a respeito da tecnologia *blockchain,* que vem ampliando seu espectro de atuação nas mais diversas modalidades,como transferência de bens. Devemos assimilar a correlação dessa tecnologia com os contratos inteligentes ou *smart contracts,* nesse sentido Sousa afiança que: "O conceito de *Smart Contracts* foi utilizado pela primeira vez por Nick Szabo em uma série de artigos publicados no final da década de 90" [7] contudo pelo desenvolvimento tecnológico da época suas aplicações eram restritas a pequenas transações, como exemplificação do uso dos contratos inteligentes temos em Efing e Santos que:

> Simplificando, os *smart contracts* são criados na conhecida fórmula de programação computacional 'se x, então y', isto é, se implementada certa condição, será cumprida a prestação contraposta. Exemplo ilustrativo de *smart contract*, facilmente percebido, são as máquinas automáticas de venda de refrigerantes. Se, o contratante inserir a máquina o valor x, lhe será entregue o produto y. Ou seja, implementada a condição estabelecida pelo contratado (preço),que será lida pela máquina, em códigos computacionais, tem-se a contraprestação ao contratante (produto). [8]

---

[6] SOUSA, Lays Sales de. *Uma análise da validade dos Smart Contracts no direito brasileiro*. 2018. 65 f. Monografia (Graduação) Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018. p.45

[7] Ibid., p. 41

[8] EFING, Antonio Carlos; SANTOS ,Adrielly Pinho dos. *Análise dos Smart Contracts à luz do princípio da função social dos contratos no direito brasileiro*. Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, vol. 9, nº 2, ago/dez de 2018. p. 54

Os Contratos Inteligentes, portanto, surgiram antes da tecnologia *Blockchain,* com a premissa de utilização da programação para efetivação de uma condição pré-estabelecida em uma fórmula em códigos fixos. Em síntese com o uso do livro razão digital ocorreu uma aproximação ao conceito fim desse meio contratual. Conforme Ferraz[9] para que o contrato inteligente possa funcionar corretamente as partes estabelecem previamente as condições a serem cumpridas para efetivação do negócio jurídico, sendo as cláusulas contratuais regras que deverão ser programadas em um código autoexecutável, com confirmação das partes por meio de uma assinatura digital ou outra forma, após isso o cumprimento se torna autônomo e irreversível.

1.2 OS CONTRATOS INTELIGENTES E SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O conhecimento das novas formas de se realizarem pactos e suas estipulações são imprescindíveis para aqueles que atuam necessariamente com a regulamentação da comunicação. Dessa forma podemos realizar os seguintes apontamentos de Gomes: "a principal distinção entre os *Smart Contracts* e os demais contratos eletrônicos é a sua executabilidade automática" [10],isto é como apontado pelo autor um contrato que independe de terceiros para sua execução. Do mesmo modo temos em Lisboa e Junior que: "sobre a tecnologia *blockchain,* ela é autoexecutável, ou seja, o andamento contratual decorre de equações pré-estabelecidas"[11].

---

[9] FERRAZ, Robertson Novellino. As Tecnologias envolvendo os Contratos Inteligentes (Smart Contracts) e alguns dos impactos nos contratos.2019.66 f. Monografia (Graduação)- Faculdade de Direito, Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco,Recife,2019.p.50

[10] GOMES, Delber Pinto.*Contratos ex machina: breves notas sobre a introdução da tecnologia Blockchain e Smart Contracts.* Revista Electrónica de Direito, Porto, v.17, nº3, p.40-55, out. 2018. p.46

[11]LISBOA, Roberto Senise; JUNIOR, Anderson Ezequiel. *Smart Contracts e a insuficiência da obrigação clássica no uso de Blockchains*.In: Encontro Internacional do Conpedi,10., 2019, Valência – Espanha. Anais: X Encontro Internacional Do Conpedi Valência – Espanha direito, governança e novas tecnologias. Coordenadores: Aires José Rover; Fernando Galindo Ayuda; Adrian Todoli Signe – Florianópolis: CONPEDI, 2020, p.115-130, v.1. p.125

Por conseguinte, podemos observar uma reformulação do que se esperar de um contrato firmado entre particulares. Já que por sua aplicação autônoma, os contratos inteligentes com a tecnologia *blockchain* correlacionam-se diretamente com o princípio da *pacta sunt servanda*, sendo a força obrigatória entre as partes com o que está acordado deve ser cumprido.

Logo essa tecnologia se torna um instrumento altamente atrativo as partes, em um momento pré-contratual, por essa possibilidade de execução autônoma que irá atuar independente de fatores externos. Como resultado, fica evidente, que a utilização dessa tecnologia no direito dos contratos não abarcaria necessariamente a totalidade do objeto presente. Dessa maneira servindo para determinadas temáticas, sendo de grande utilidade para desfazimento de burocracias, dentro da conjuntura do negócio jurídico estabelecido. Assevera Moraes:

> Entretanto, a abordagem dos *smart contracts* não se mostra apropriada em todos os casos. Alguns direitos e obrigações são facilmente traduzíveis para a lógica de códigos computadorizados, em particular aqueles relacionado à troca de valores. Essas promessas são usualmente binárias por natureza e naturalmente traduzíveis para a linguagem de um *software*[12]

Para a devida utilização e efetivação dos contratos inteligentes, vale a ressalva, de que é necessária uma análise criteriosa de quais pontos contratuais poderão ser transpassados para linguagem da criptografia para sua autoexecutoriedade. Erros nesse estágio poderão acarretar demandas extras das partes e afetar um dos principais objetivos da utilização desse que seria a celeridade e segurança para com os contratantes.

Contudo apesar da extinção normal do contrato com a devida execução do acordado entre as partes. Poderá ocorrer outros eventos para a extinção do contrato como apontado por Maria Helena Diniz[13]existem causas de dissolução do

---

[12] MORAES, Vitor Silva de. *Contratos Internacionais e os Smart Contracts: entre a tradição e a inovação.* Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica. São Paulo, v.5, n°5, p.104-114,2019. p.112

[13] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 3:teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.*21. ed. São Paulo: Saraiva,2005,867p. p.174 a 177

contrato anteriores ou contemporâneas à sua formação como : a nulidade, condição resolutiva, direito de arrependimento além de causas extintivas do contrato supervenientes à sua formação como: resolução por inexecução voluntária do contrato, resolução por inexecução contratual involuntária, resolução por onerosidade excessiva, resilição bilateral ou distrato, resilição unilateral ou em casos específicos com a morte de um dos contratantes

Consequentemente pelas características dos contratos inteligentes as partes devem levar em consideração o ordenamento jurídico brasileiro como um todo. Tendo em vista, tais modalidades diversas para a extinção do contrato, com algumas podendo ser previstas e inseridas em formato de código no contrato, outras já não seriam possíveis o que provavelmente acarretaria um maior número de dissídios no judiciário. Não só como a necessidade também de especialistas para apreciarem o caso apresentado no contrato em concreto. Como efeito no momento de sua elaboração o contrato inteligente deve atender normas de ordem pública, boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Sobre os princípios gerais do direito contratual, com a finalidade para elucidação do objeto em estudo, por certo vale os apontamentos de Sílvio de Salvo Venosa[14] que sobre a temática aponta: "O ordenamento deve conferir à parte instrumentos judiciários para obrigar o contratante a cumprir o contrato ou a indenizar pelas perdas e danos"[15]. Portanto como há força obrigatória dos contratos indispensável a disciplina. O ordenamento preza por sua efetivação, contudo nas exceções apresentadas esses também deve conferir para com aqueles a possibilidade de obrigar a indenizar pelas perdas e danos.

O autor também tece considerações sobre o princípio da boa-fé objetiva nos contratos, com elucidação que sua aplicação decorre antes, durante e após o contrato em razão de seus efeitos "dever das partes de agir de forma correta

[14] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, volume* 2.5.ed. São Paulo: Atlas,2005,656p
[15] Ibid., p.406

antes, durante e depois do contrato, isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhes efeitos residuais."[16].Além de que no princípio ora em comento deve ser analisada as condições em que fora elaborado como elucidado por Venosa: "princípio da boa-fé dos contratantes, devem ser examinadas as condições em que o contrato foi firmado, o nível sociocultural dos contratantes , o momento histórico e econômico." [17] Com efeito a principiologia afeta diretamente os contratos inteligentes como qualquer outro meio.

Outrossim obedecer a ordem de validade do negócio jurídico estabelecido no art.104 do Código Civil de 2002[18].Além disso temos a instituição da declaração de direitos de liberdade econômica[19], com a positivação de uma intervenção mínima por parte do Estado e a inserção de uma excepcionalidade da revisão contratual. Portanto, tais características se tornam positivas para uma maior efetivação da realização da obrigatoriedade contratual.

Sendo indicativos para expansão da utilização dos contratos inteligentes nesse país visto que suas peculiaridades devem ser conhecidas antes de sua integração. Ademais discorríamos sob o aspecto da validade do negócio jurídico, todavia no que diz respeito ao aspecto formal têm-se previsão expressa de que esses podem ocorrer de forma livre, estabelecido nos artigos 107 e 108 do Código Civil.

Os Contratos Inteligentes são considerados contratos eletrônicos que segundo Sousa[20] posto o meio, momento da formação do pacto e a vontade dos

---

[16] Ibid., p.408
[17] Ibid., p.408
[18]BRASIL. Lei n°10.406 de 10 de janeiro de 2002.*Código Civil*. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm.Acesso em: 12 maio de 2021.
[19] BRASIL. Lei n° 13.874, de 20 de setembro de 2019. *Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm . Acesso em: 13 jun.2021
[20] SOUSA, Lays Sales de. *Uma análise da validade dos Smart Contracts no direito brasileiro*. 2018. 65 f. Monografia (Graduação) Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018. p. 37

contratantes, portanto com o progresso da tecnologia ocorre sua interferência em diversos meios e modelos e no direito contratual não seria diverso. Como se pode perceber na realidade do direito digital, nesse sentido afiança Ferraz:

> Na evolução dos contratos, a tecnologia interfere em algumas das teorias, permitindo a constituição de um novo formato. Assim, há que se enfrentar uma realidade onde a manifestação de vontade é realizada por um sistema, não mais humana; testemunhas são máquinas ou algoritmos, não mais pessoas; o meio de transação é digital, não mais com utilização do papel; o local de celebração é a internet, geograficamente distribuída; as datas estão registradas eletronicamente, dependendo dos fusos horários locais; a assinatura é digital, não envolvendo presença física em cartórios; a identidade das partes determinada por login e senha, certificado digital ou biometria.[21]

Dentro dos contratos eletrônicos podemos classificá-los segundo Leal como: "a) contratos eletrônicos intersistêmicos; b) contratos eletrônicos interpessoais; e c) contratos eletrônicos interativos" [22]. Portanto, os contratantes devem se ater a quais seriam as abordagens que seriam mais congruentes e benéficas para a validade jurídica de seu instrumento. Em conformidade com os contratos inteligentes no ordenamento jurídico brasileiro relacionado aos seus futuros efeitos, afirma Ferraz:

> A teoria dos *Smart Contracts* surgiu nos anos 1990, mas somente vinte anos depois encontrou seu verdadeiro potencial e benefícios. Trata-se de um programa de computador, escrito em linguagem computacional que uma determinada máquina pode interpretar e executar. Também constitui um acordo estabelecido entre as partes em formato de lógica de negócio que são automaticamente executados quando identificam-se determinadas condições. [23]

A automaticidade que se encontra nesse instrumento evidência modificações inerentes das relações. Deixando-se aspectos individualizantes e promovendo a uma maior automação entre relações humanas. Por conseguinte, promovendo uma maior segurança jurídica em objetos particulares.

---

[21] FERRAZ, Robertson Novellino. As Tecnologias envolvendo os Contratos Inteligentes (Smart Contracts) e alguns dos impactos nos contratos.2019.66 f.Monografia (Graduação)- Faculdade de Direito, Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco,Recife,2019.p.45

[22] LEAL,2007 apud SOUSA, Lays Sales de. *Uma análise da validade dos Smart Contracts no direito brasileiro*. 2018. 65 f. Monografia (Graduação) Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018. p.38

[23] FERRAZ, Robertson Novellino. As Tecnologias envolvendo os Contratos Inteligentes (Smart Contracts) e alguns dos impactos nos contratos.2019.66 f.Monografia (Graduação)- Faculdade de Direito, Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco,Recife,2019. p.48

Segundo Ferraz[24] o ordenamento jurídico brasileiro com a teoria dos contratos e as prestações jurisdicionais, não são favoráveis a implementação dos contratos inteligentes, sendo em um primeiro momento nesse país adequado a implementação da tecnologia *blockchain* pelas instituições financeiras que vem realizando investimentos nessa solução. Como exposto anteriormente o investimento na implementação da *blockchain* nesses setores é considerável. Indubitavelmente a reflexão da academia dos fatores que estejam ocorrendo no mundo tangível e suas possíveis implicações jurídicas é necessário.

No ordenamento jurídico brasileiro tem-se que o contrato inteligente não poderia ser empregado em sua totalidade pelo fator da imutabilidade desses contratos. Em virtude da necessidade de se buscar o judiciário em casos de alterabilidade seja qual for o fator externo que enseje essa necessidade de se quebrar o pactuado entre as partes. Logo tal modalidade é indicado na aplicabilidade em instrumentos que tenham uma menor complexidade e que os riscos de uma futura alteração sejam menores. Conforme Efing e Santos:

> Todas estas implicações jurídicas decorrentes da execução dos *smart contracts* não encontram no ordenamento brasileiro respostas prontas, exatamente pela complexidade técnica que envolve a temática, a qual não consegue ser acompanhada pela atividade legislativa e agrava a insegurança jurídica no âmbito dos negócios. Contudo, é sabido que o direito contratual brasileiro é permeado por princípios jurídicos que orientam e acima de tudo, suprem lacunas legislativas em relação à formação das avenças, o cumprimento e a resolução destas, de modo que, torna-se imprescindível a análise dos *smart contracts* sob a ótica das normativas principiológicas. [25]

Posto isto deve se levar em consideração as possíveis falhas e vícios que podem decorrer de negócios jurídicos e a relativa atualidade da temática no sistema jurídico brasileiro, sendo a forma livre do contrato uma diretiva

[24]Ibid., p.62
[25] EFING, Antonio Carlos; SANTOS, Adrielly Pinho dos. Análise dos Smart Contracts à luz do princípio da função social dos contratos no direito brasileiro. Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, vol. 9, nº 2, ago/dez de 2018. p. 56

estabelecida, com os contratos inteligentes não possuindo restrições legais expressas para sua aplicação. Nesse sentido Anjos:

> A tecnologia nos demonstra possibilidades de acesso a esses sistemas automatizados de desenvolvimento de executabilidade de transações e várias ferramentas atinentes a eles. Entretanto, não é possível afirmar que os contratos inteligentes irão substituir os contratos tradicionais, pelo menos não em sua totalidade.[26]

Entretanto entre os particulares o uso de contratos inteligentes no Brasil deve seguir os vetores estabelecidos como para outros tipos contratuais, para sua validade e produção de efeitos. Além da ressalva de que pela presença da insegurança tecnológica deve ocorrer sua formulação com uma maior rigidez, haja vista as probabilidades de intervenção, caso ocorra algum fato estranho ao negócio jurídico. Em resumo sendo necessária a intervenção de terceiros por vias jurisdicionais ou extrajudiciais para averiguação das medidas que deverão ser tomadas em sede de direito e de programação.

2. DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO

O direito internacional privado possui uma natureza híbrida, já que seu objeto de estudo está relacionado a situações singulares tanto no contexto interno como internacional. Em virtude disso os contratos de comércio e os sujeitos que os elaboram devem ter um enfoque particularizado. Por isso essa seção irá indicar considerações em relação a esse ramo do direito e os contratos internacionais do comércio.

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: CONEXÃO E CONTRATOS DE COMÉRCIO

O direito internacional privado possui características próprias, sendo necessário observar em qual sistema jurídico está inserido, já que sua aplicabilidade

[26] ANJOS, Nívea Quevedo dos. *Considerações sobre a aplicação dos contratos inteligentes no Brasil.* Disponível em: https://www.ibijus.com/blog/580-consideracoes-sobre-a-aplicacao-dos-contratos-inteligentes-no-brasil .Acesso em: 13 jun.2021. p.p.

pode ser diversa em sistemas como o Romano-Germânico e os de *common law*. Nesse sentido Cretella:

> Uma diferença marcante entre os contratos redigidos com base no Direito Romano-Germânico e os que seguem o estilo do *Common Law*, é que as cláusulas dos primeiros tendem a ser mais concisas, enquanto as dos últimos costumam ser extensas e bastante detalhadas.[27]

Além das peculiaridades que cada Estado pode oferecer deve-se observar costumes e tratados regionais. Posto que se trata de um direito altamente híbrido pela norma interna e internacional, a uniformização dos institutos nos mais diversos sistemas trata-se de uma matéria a parte, a ser observada no caso concreto. Pondera Mazzuoli:

> Dada a dificuldade prática (ou verdadeira impossibilidade) de estabelecimento de um Direito Uniforme para a resolução de todas as questões relativas aos conflitos de normas estrangeiras interconectadas, a solução até agora encontrada tem sido atribuir ao direito interno dos Estados a competência primária para a edição de normas indicativas.[28]

No Brasil o direito internacional privado se ocupou segundo Mazzuoli em: "disciplinar as relações normativas no espaço com conexão internacional, permitindo ao julgador aplicar corretamente a norma competente para a resolução da questão principal."[29] Deste modo a aplicação decorrerá da análise do caso em concreto por via da conexão, essa está disciplinada em grande medida na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro-LINDB[30] em seus artigos 7° a 19.Dentre esses elementos de conexão e outros decorrentes da doutrina podemos classifica-los conforme Mazzuoli[31] como a conexão pessoal, territorial ou reais, formais ou voluntárias. Nos contratos internacionais do comércio, por suas

---

[27] CRETELLA NETO, José. *Contratos Internacionais do Comércio*. Campinas, SP: Millennium Editora,2010,p. 667. p.24

[28] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira.*Direito Internacional Privado: curso elementar*. Rio de Janeiro: Forense,2015,275p. p.26

[29]Ibid., p.42

[30] BRASIL. Decreto-lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 13 jun.2021

[31] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira.*Direito Internacional Privado: curso elementar*. Rio de Janeiro: Forense,2015,275p.

especificidades, deverá se observar os instrumentos e condições, mas podemos indicar alguns modos de identificação da conexão, consoante Mazzuoli :

> São formais as conexões relativas aos atos jurídicos em geral, tais o lugar de sua celebração (*lex loci celebrationis),* o lugar de sua execução (*lex loci executionis*) e o lugar de sua constituição (*lex loci constitutionis*). Trata-se dos elementos de conexão que vinculam um ato jurídico a determinado sistema normativo: *locus regit actum*. Nesses casos, será o local – da celebração, execução ou constituição – que regerá o ato jurídico[32]

A conexão formal depende da *locus regit actum* para a sua classificação e vinculação, sendo assim de importância ímpar aos contratos internacionais do comércio. Portanto, a autonomia da vontade vigora em maior parte, do que em outros contratos haja vista os objetos em apreço. Desta maneira a conexão voluntária pode ser observada, caso a regulamentação de outro país ou outros países aceitarem tal princípio. Nesse sentido, afiança Mazzuoli:

> Boa parte da doutrina, contudo, entende que a 'autonomia da vontade como princípio deve ser sustentada não só como elemento da liberdade em geral, mas como suporte também da liberdade jurídica, que é esse poder insuprimível do homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que esse ato tenha objeto lícito'. Nesse sentido, entende-se que o art. 9º da LINDB não exclui a autonomia da vontade se a lei do país em que contraída a obrigação a admitir[33]

Sobretudo temos no artigo 7 da Convenção interamericana sobre direito aplicável aos contratos internacionais (1994), o seguinte:

> Artigo 7
> O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo.
> A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável. [34]

Como apresentações das possíveis diretivas que um juiz brasileiro poderá tomar para aplicar a conexão em um contrato internacional do comércio,

---

[32] Ibid., p.95
[33] Ibid., p.103
[34]ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção interamericana sobre direito aplicável aos contratos internacionais*: 17 de março de 1994.Disponível em: http://www.oas.org/juridico/portuguese /treaties/b-56.htm . Acesso em: 13 jun.2021

observando os limites como ordem pública estabelecidos no art.17 da LINDB[35] e o art.5° da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado (1979)[36].A respeito dos contratos internacionais do comércio e a escolha da lei aplicável, consoante Cretella:

> Em relação aos contratos internacionais, a escolha da lei aplicável (*choice of law*), a designação do foro (*jurisdiction;forum selection)* e medidas compensatórias ou indenizatórias (*remedies,* na formulação genérica anglo-saxônica) devem ser questões tratadas e acordadas com precisão pelos negociadores,o que permite minimizar riscos futuros, mediante a fixação antecipada de seus direitos e obrigações, bem como a opção por métodos para solucionar eventuais litígios[37]

Em suma devemos apontar nessa seção como pode se apreciar a lei aplicável nos contratos eletrônicos posto o meio da *internet* sendo imperioso indicar a Convenção sobre a lei aplicável às vendas de caráter internacional de objetos móveis corpóreos (1955) em seu artigo terceiro:

> Artigo 3º
> Na ausência da lei aplicável declarada pelas partes, conforme as condições previstas no artigo anterior, a venda é regulada pela lei interna do país onde o vendedor tem a sua residência habitual no momento que ele receber o pedido. Se o pedido é recebido por um estabelecimento do vendedor, a venda é regulada pela lei do país onde está situado este estabelecimento.
> No entanto, a venda é regulada pela lei do país onde o comprador tem a sua residência habitual, ou por aquela do país onde se localiza o estabelecimento que emitiu o pedido, se é neste país que o pedido foi recebido, seja pelo vendedor, seja por seu representante, agente, ou vendedor viajante.
> Caso se trate de um mercado de bolsa ou de uma venda por leilões, a venda é regulada pela lei interna do país onde se encontra a bolsa ou onde são efetuados os leilões.[38]

---

[35] BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 13 jun.2021

[36]ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção interamericana sobre normas gerais de direito internacional privado*: 08 de maio de 1979.Disponível em: https://www.oas.org/juridico/portuguese/ treaties/B-45.htm. Acesso em: 13 jun.2021

[37]CRETELLA NETO, José. *Contratos Internacionais do Comércio.* Campinas, SP: Millennium Editora,2010,p. 667,p. 244

[38] HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. *Convenção sobre a lei aplicável às vendas de caráter internacional de objetos móveis corpóreos*: 15 de junho de 1955.Disponível em: https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=31.Acesso em: 13 jun.2021

Além da Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (1980) em seu artigo 4.2:

> Artigo 4º
> Lei aplicável na falta de escolha[...]
> 2. Sem prejuízo do disposto no nº 5, presume-se que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país onde a parte que está obrigada a fornecer a prestação característica do contrato tem, no momento da celebração do contrato, a sua residência habitual ou, se se tratar de uma sociedade, associação ou pessoa colectiva, a sua administração central. Todavia, se o contrato for celebrado no exercício da actividade económica ou profissional dessa parte, o país a considerar será aquele em que se situa o seu estabelecimento principal ou, se, nos termos do contrato, a prestação deve ser fornecida por estabelecimento diverso do estabelecimento principal, o da situação desse estabelecimento.[39]

Em contratos eletrônicos nas situações que se apresentarem lacunas de vontades das partes, por qual será a lei aplicável, temos que na primeira ocorre uma sucessão de possibilidades como: a residência habitual do vendedor, o estabelecimento, o recebimento do pedido e especificidades de leilões e no segundo caso ocorre uma análise do contrato para se verificar a conexão mais estreita desse com a regulamentação de um país.

2.2 CONTRATOS INTERNACIONAIS NO COMÉRCIO

O contrato internacional pode expressar diferentes relações com os mais distintos pontos do planeta ou em sistemas regionalizados com suas especificidades. Influenciando diretamente como será elaborado e efetivado entre as partes e em seus efeitos. Sobre a temática afirma Cretella:

> Culturas, costumes, idiomas, moedas, regras cambiais, sistemas jurídicos, apresentam diferenças por vezes marcantes, que criam obstáculos adicionais aos negociadores, que também habitam e trabalham, em geral, em países diferentes. Essas diferenças se manifestam nos mecanismos e processos de elaboração e execução dos contratos.[40]

---

[39] COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. *Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais*:19 de junho de 1980.Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A41980A0934 .Acesso em:13 jun.2021

[40] CRETELLA NETO, José. *Contratos Internacionais do Comércio*. Campinas, SP: Millennium Editora,2010,p. 667, p.19

O entendimento da aplicação de cada tipo de contrato internacional e sua formulação são essenciais para com aqueles que os formulem, consoante a Cretella: "'contrato internacional' não é raro que a expressão designe, além de um conjunto de instrumentos de base para o estabelecimento das relações jurídicas e para o cumprimento das obrigações pelas partes" [41],caracterizando um conjunto de instrumentos para efetivação das vontades das partes. Assevera Moraes:

> No que concerne à diferenciação entre contrato no âmbito interno e contrato internacional, importa ressaltar que quando os elementos constitutivos do contrato (partes, objeto, lugar onde se pactua a obrigação, lugar onde deverá surtir seus efeitos) se originam e se realizam dentro dos limites geográfico-políticos de um único país, estamos situados no âmbito interno das obrigações. Inversamente, quando as partes contratantes tenham nacionalidades diversas ou domicílio em países distintos, quando a mercadoria ou o serviço objeto da obrigação seja entregue ou seja prestado além fronteiras, ou quando os lugares de celebração e execução das obrigações contratuais tampouco coincidam, estaremos no âmbito dos contratos internacionais[42]

Os contratos internacionais dispõem de peculiaridades a serem seguidas, a depender de distintos fatores, além de que apresentam diretivas para sua elaboração e efetivação, que segundo Boaviagem: "No trato das tendências unificadoras, presentes na seara do Direito Internacional, constituem-se princípios fundamentais: a liberdade contratual, a liberdade de forma (consensualismo) e a boa-fé" [43] Deste modo o procedimento na seara internacional apresenta balizas em sua aplicação variando conforme os sistemas jurídicos. Assegura Boaviagem:

> O princípio do consensualismo ou da liberdade de forma também marca presença em convenções internacionais, a exemplo da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – UNCITRAL (Viena, 1980), que admite até mesmo a prova testemunhal, forma também contemplada pelos Princípios do UNIDOIT como regra: 'ARTIGO 1.2 (Forma do Contrato) – Os princípios não impõem que o contrato, a declaração ou qualquer outro ato seja concluído ou

[41] Ibid., p.14

[42]MORAES, Vitor Silva de. *Contratos Internacionais e os Smart Contracts: entre a tradição e a inovação*. Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica. São Paulo, v.5,n°5,p.104-114,2019.p.107

[43] BOAVIAGEM, Aurélio Agostinho da. Sobre Princípios dos Contratos Internacionais de Comércio.*Revista Acadêmica Faculdade de Direito do Recife*,Recife, v.88, n.2,pg.63-81,jul./dez.2016. p.68

> provado por uma forma especial. O contrato poderá ser provado por quaisquer meios, inclusive por testemunhas.' [44]

Suas especificidades devem ser levadas a sério no momento de elaboração do contrato. Para a prevenção de eventuais efeitos contrários aos interesses dos negociantes que principalmente num contexto de comércio internacional buscam segurança e celeridade nos procedimentos atinentes às suas atividades. Aponta Cretella:

> Ora, ao celebrar um contrato internacional - na realidade, qualquer contrato, mas *especialmente* os internacionais- deve-se estar ciente de que existem elevados riscos, representados pelo surgimento de fatos ou circunstâncias impossíveis de prever antes da conclusão do acordo, e que tendem a agravar-se e a renovar-se com o decorrer do tempo, tornando a execução de algumas ou de todas as obrigações extremamente onerosa, e até mesmo impossível.[45]

Logo os riscos devem ser levados em consideração no momento da celebração do contrato internacional, na doutrina temos aqueles que afirmam a necessidade de uniformização do direito internacional privado visto a globalização e a afetação dessa no comércio para aprimorar o ajustamento e promover maiores ganhos ao setor, consoante Boaviagem:

> A globalização do comércio, que rompeu com a 'estrutura territorial-nacionalizada do Direito', impõe a uniformização das regras disciplinadoras dos contratos internacionais de comércio, para que se logre um efetivo espaço de relações econômicas, que permitam realizar as exigência da justiça e da equidade uniformização que deverá se apoiar em submissão aos princípios da autonomia da vontade (liberdade de contratar), na liberdade de forma (sem prejuízo da estandartização que, a rigor, com ela não conflita), na boa-fé (objetiva) e na *lex mercatoria* ('usos e práticas comerciais de aceitação geral' que permitam realizar as exigências da justiça e da equidade). [46]

A respeito dos contratos internacionais podemos apontar como mais uma de suas especificidades quando comparados a outros contratos o *hardship,* indicado por Cretella:

---

[44] Ibid., p.73

[45] CRETELLA NETO, José. *Contratos Internacionais do Comércio*. Campinas, SP: Millennium Editora,2010,p. 667,p.454

[46] BOAVIAGEM, Aurélio Agostinho da. Sobre Princípios dos Contratos Internacionais de Comércio.*Revista Acadêmica Faculdade de Direito do Recife*,Recife, v.88, n.2,pg.63-81,jul./dez.2016,p.77 a 78

> As circunstâncias da *hardship* implicam que a execução do contrato se torna excessivamente onerosa ou mesmo desprovida de utilidade, para uma ou para ambas as partes, mas será possível prosseguir e executar o contrato, contudo em patamar econômico mais elevado do que o original.[47]

O *hardship* se diferencia da teoria da lesão, posto suas particularidades nos contratos internacionais, já que segundo Cretella[48] o *hardship* está vinculado ao desequilíbrio desde o começo do contrato ou até mesmo antes de sua formação e a teoria da lesão se relaciona a fatos imprevisíveis e inevitáveis durante a execução. Dessa maneira Cretella afiança que:

> A resolução de pendências pela via judicial ou arbitral, além de custosa, é demorada e pode levar a um completo rompimento das relações entre as partes, condenando o contrato a tornar-se mero objeto de litígio, sem a construção ou a circulação das riquezas a que se propunha.[49]

Como exposto, os contratos são meios indispensáveis para a construção de relações comerciais, ainda mais no contexto do comércio internacional. Assim sendo alguns fatores são irrefutavelmente fora do alcance dos contratantes em prenunciar, entretanto a escorreita elaboração desse instrumento poderá auxiliar nas futuras diligências.

Cretella corrobora no sentido que: "A intensificação das relações econômicas transfronteiriças fez assomar a consciência da existência de uma sociedade mercantil universal, cuja constituição é inseparável de uma comunidade jurídica" [50]com vasta aplicação de instrumentos jurídicos com as mais diversas especificidades. Cada contrato internacional e seus casos em concreto são essenciais para aprimoramento da comunidade jurídica, que ao se obter êxito tem-se um maior estreitamento de mercados e sujeitos. Por consequência auxiliando no crescimento daqueles que exploram e aceitam os riscos de utilizarem esse meio no âmbito internacional.

---

[47] CRETELLA NETO, José. *Contratos Internacionais do Comércio*. Campinas, SP: Millennium Editora,2010,p. 667,p.476
[48] Ibid., p.480
[49]Ibid., p.457
[50]Ibid., p.240

3.OS CONTRATOS INTERNACIONAIS INTELIGENTES NO COMÉRCIO

As relações sociais, econômicas, jurídicas e culturais se modificaram exponencialmente depois do advento e democratização da internet. Permitindo uma maior interconexão entre os diferentes pontos do planeta, refletindo direta e indiretamente em diversos segmentos do mundo.

A respeito desse novo contexto enquadra-se a quarta revolução industrial, definida por Junqueira como: "integração entre o mundo digital através das redes, o mundo físico, que são as 'coisas' e o mundo biológico que são as pessoas, pode ser chamada de Quarta Revolução Industrial" [51]. Portanto, uma quebra entre aquilo que seria estritamente digitalizado e real gerando debates sobre o uso de dados e a segurança cibernética. Além de outras temáticas inseridas no campo jurídico e em outras ciências.

Ademais com a crise sanitária mundial do COVID-19, temos que as interações com o meio através dessas tecnologias obtiveram uma implantação e utilização mais acelerada, segundo Marr "A Covid-19 acelerou a adoção das tecnologias da 4ª Revolução Industrial, uma vez que as pessoas e empresas passaram a depender da computação em nuvem, inteligência artificial, velocidade da rede 5G, big data e muitos outros recursos."[52] Logo, com a maior utilização dos mais diversos meios tecnológicos, temos um nicho adequado para expansão dessa quarta revolução industrial no planeta. Dessa forma tecnologias como a *blockchain,* tornam-se instrumentos eficientes aos sujeitos que estão conectados. Posto que podem exercer seus acordos e efetivá-los de maneira mais célere e autônoma, haja vista uma tecnologia que proporciona maiores ganhos relacionados a eficiência e a segurança.

---

[51] JUNQUEIRA, Alexandre. *A Quarta Revolução Industrial e o Potencial Impacto da Indústria 4.0 sobre o Emprego.2020.*87f. Dissertação (Mestrado) em Economia Social, Escola de Economia e Gestão ,Universidade do Minho,2020,p.19

[52] MARR, Bernard. *Qual o impacto da Covid-19 na 4ª Revolução Industrial?.*Disponível em: https://forbes.com.br/forbes-tech/2020/12/qual-o-impacto-da-covid-19-na-4a-revolucao-industrial/. Acesso em: 13 jun.2021. p.p.

A aplicabilidade dos *smart contracts* em relações internacionais privadas com o Brasil, dependerá em grande medida dos objetos em discussão. Ainda que muito embora seja uma nova tecnologia para efetivação dos contratos pela via tecnológica, critérios econômicos, sociais e os diversos tipos de sistemas jurídicos devem ser levados em consideração no momento da escolha por essa via. Naturalmente essa advertência é necessária para aquele que elaborara o pacto visto que no Brasil existe diversas diretrizes contratuais para sua validade jurídica. Afirma Lisboa e Junior que:

> A sociedade internacional e os sistemas jurídicos de cada Estado não se encontram adequadamente adaptados juridicamente a essa nova realidade socioeconômica. Tal situação exige o repensar da teoria geral do contrato nos diversos sistemas jurídicos, inclusive o brasileiro.[53]

Com um contexto socioeconômico mundial que suporta alterações constantes, com alto índice de imprevisibilidade evidenciado pela revolução industrial ora em comento e a crise sanitária de COVID-19. O contexto do uso dos contratos inteligentes já vêm se difundindo a alguns anos provocando alterações em cadeias econômicas, modificando transações outrora morosas as partes. O comércio internacional necessita de instrumentos que promovam uma maior comunicabilidade entre ordenamentos jurídicos distintos. Com os contratos inteligentes se devidamente estruturados podendo atender esse intuito, portanto, um instrumento eficaz nas transações. Nesse sentido afiança Moraes:

> O comércio internacional, por suas particularidades, exige a intervenção de instrumentos normativos harmonizadores que amenizem ou subtraiam empecilhos oriundos da eventual incompatibilidade de diferentes ordenamentos jurídicos. Tais instrumentos constituem a principal característica do contrato internacional. [54]

---

[53]LISBOA, Roberto Senise; JUNIOR, Anderson Ezequiel. *Smart Contracts e a insuficiência da obrigação clássica no uso de Blockchains*.In: Encontro Internacional Do Conpedi,10.,2019,Valência – Espanha. Anais: X Encontro Internacional Do Conpedi Valência – Espanha Direito, Governança E Novas Tecnologias. Coordenadores: Aires José Rover; Fernando Galindo Ayuda; Adrian Todoli Signe – Florianópolis: CONPEDI, 2020,p.115-130,v.1 ,p.128

[54] MORAES, Vitor Silva de. *Contratos Internacionais e os Smart Contracts: entre a tradição e a inovação*. Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica. São Paulo, v.5,n°5,p.104-114,2019. p.105

Sendo assim o uso da tecnologia *blockchain* em contratos internacionais inteligentes é incentivada no âmbito internacional. Por outro lado, ainda é sugerido por especialistas que o uso dos contratos inteligentes deva se restringir a alguns quesitos que possam ser aplicadas por códigos, por conseguinte uma cadeia isolada dentro de um conjunto maior da relação contratual. Consoante, Moraes:

> Por essa razão é que, conforme sugerido por DE PHILIPPI e WRIGHT, concluise que a melhor alternativa é não depender de acordos baseados inteiramente em códigos, mas adotar *smart contracts* para registrar um conjunto limitado de obrigações como parte de uma maior e mais complexa relação contratual, dando origem a contratos[55]

Como exemplificação no âmbito internacional temos no agronegócio com uma empresa americana que se utilizou da tecnologia *blockchain* na venda de soja ao governo chinês, segundo Freitas: "A empresa americana *Louis Dreyfus Co.* utilizou a *blockchain* ao vender 60 toneladas de soja ao governo chinês e reduziu pela metade o tempo de processamento da transação, que durou uma semana ao invés de duas." [56] Apesar de uma das partes ser um Estado é indiscutível a celeridade da transação, posto isso o uso dos contratos internacionais inteligentes está sendo expandido para os mais diversos setores tendo em vista startups como apontado por Gomes:

> Um dos exemplos da aplicação desta tecnologia é a *Wave*. Esta *start-up Fintech* apresentou em 2016 o primeiro sistema integral de comércio internacional usando a tecnologia *Blockchain*. Destaca-se uma outra plataforma baseada na tecnologia *Blockchain*, que desenvolve operações através de *Smart Contracts*, denominada *Digital Trade Chain (DTC)*, produto de um consórcio entre sete instituições financeiras de âmbito mundial.[57]

O uso dos contratos inteligentes no comércio internacional está ganhando adeptos como a *Wave* e *DTC*. Entretanto um modelo estritamente burocrático, persiste, seja por questões aduaneiras ou até mesmo documental que poderiam com a utilização da *blockchain* nos contratos inteligentes provocar uma maior

---

[55]Ibid., p.113

[56] FREITAS,Tainá.*4 maneiras que a blockchain está revolucionando a agricultura.Disponível* em:https://www.startse.com/noticia/startups/agrotech/4-maneiras-que-blockchain-esta-revolucionando-agricultura . Acesso em: 12 maio de 2021. p.p

[57] GOMES, Delber Pinto. *Contratos ex machina: breves notas sobre a introdução da tecnologia Blockchain e Smart Contracts.* Revista Electrónica de Direito, Porto, v.17, nº3, p.40-55, out. 2018. p.53

celeridade ao processo e consequentemente propulsão nas negociações. Conforme Kiritschenko: "os ligados ao comércio exterior, que buscam reduzir ou até mesmo eliminar o uso de papéis e a burocracia envolvida nos processos de importação e exportação." [58] Representando uma evolução do sistema burocrático ao eficiente no âmbito internacional.

O comércio internacional não se encontra apartado das evoluções tecnológicas e modificações que possibilitem economia de tempo e dinheiro são bem-vistas. Afirma Cavalcanti que: "Havendo um progresso nesse sentido, toda a cadeia de suprimentos do comércio exterior se tornará menos complexa e morosa e, consequentemente, mais atrativa para os exportadores e importadores" [59] .Promovendo aos países que a eles se integrarem e aperfeiçoarem melhor, uma conquista no âmbito do comércio internacional. Os contratos internacionais poderiam obter ganhos significativos se aplicassem parcialmente essa modalidade.

Em virtude das particularidades dos contratos internacionais e pela imutabilidade dos contratos inteligentes o uso em sua totalidade não seria muito eficiente. A princípio seu uso parcial seria o mais indicado para com as partes, como exemplo temos as especificidades das cláusulas de *hardship*. Como elucidado por Moraes:

> as da cláusula de *hardship* podem encontrar dificuldades de serem implementadas em um contrato internacional que assume não a forma tradicional escrita, mas a forma de código eletrônico inserido em uma plataforma digital que permite a sua execução automática. [60]

Certamente essa é uma barreira a ser transpassada pelos contratos internacionais inteligentes do comércio. Já que nos contratos tidos como

---

[58] KIRITSCHENKO, Ana.*O uso do blockchain no comércio exterior.* Disponível em: https://ab2l.org.br/o-uso-do-blockchain-no-comercio-exterior/ .Acesso em: 12 maio de 2021. p.p

[59] CAVALCANTI,Lyssa. *Smart Contract aliado ao Comércio Exterior.* Disponível em: https://bitse.com.br/2018/08/24/smarties-contracts-aliados-ao-comercio-exterior/. Acesso em:14 jun.2021.p.p

[60]MORAES, Vitor Silva de. *Contratos Internacionais e os Smart Contracts: entre a tradição e a inovação.* Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica. São Paulo, v.5,n°5,p.104-114,2019. p.109

tradicionais a exemplificação e inserção de cláusulas como a apresentada pode ocorrer de forma mais elástica do que em um contrato autônomo. O Código Civil brasileiro[61] recepciona o *hardship* se considerarmos os artigos 474 a 480 com a Cláusula Resolutiva, Exceção de Contrato não Cumprido e a Resolução por Onerosidade Excessiva. Segundo Cretella:

> A grande maioria dos contratos é cumprida sem maiores problemas, pois há um genuíno interesse em que ambas as partes se beneficiem da riqueza gerada por eles. No entanto, uma infinidade de fatores podem surgir, muitos deles imprevisíveis e além da capacidade de controle das partes, e o contrato deverá regular essas matérias, seja incluindo causas específicas de adaptação (como as de reajustes do preço, por conta da inflação) ou genéricas, como as de força maior e de *hardship,* que enumeram eventos e circunstancias supervenientes de forma exemplificativa.[62]

Delber Pinto Gomes[63] aponta considerações sobre a situação desses contratos no quadro europeu e português. Com uma maior utilização dessa tecnologia no âmbito financeiro, apresentando-se uma falta de regulação nessa região. Demonstrando a atualidade da discussão por essas lacunas nesses sistemas com os contratos inteligentes. Deve-se, portanto, cautela dos aplicadores desses nos contratos internacionais. O aperfeiçoamento da tecnologia *blockchain* nos contratos traz muitas expectativas para os mais diversos setores econômicos em todo o mundo além de que sua imutabilidade atrai muitos investidores. Contudo também é uma das características que dificultam sua ampla utilização, entretanto isso não impede sua utilização no comércio exterior há alguns anos. De acordo com Gomes:

> o relatório da *World Trade Organization*, nos anos de 2015 e 2016 foram registadas a nível mundial transações em valores superiores a 10 biliões de USD, o que demonstra o enorme volume de capitais que são movimentados neste tipo de transações[64]

---

[61] BRASIL.Lei n°10.406 de 10 de janeiro de 2002.*Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm.Acesso em : 12 maio de 2021.
[62] CRETELLA NETO, José. *Contratos Internacionais do Comércio*. Campinas, SP: Millennium Editora,2010,667p. p.22
[63] GOMES, Delber Pinto. *Contratos ex machina: breves notas sobre a introdução da tecnologia Blockchain e Smart Contracts.* Revista Electrónica de Direito, Porto, v.17, n°3, p.40-55, out. 2018. p.49
[64]Ibid., p.52

Com as devidas considerações em sua aplicação entre as partes, os ganhos se relacionam com a "quebra" de meios estritamente burocráticos que atrasam as negociações internacionais. Ao se aplicar o uso dessa nova tecnologia otimiza-se as transações, aceitando seus riscos.

Portanto, quando se aplica contratos tidos como tradicionais e contratos inteligentes temos acordos híbridos, conforme Moraes:"acordos 'híbridos' que mesclam a linguagem tradicional contratual com *smart contracts* escritos em código."[65] Entretanto posto a implementação da *blockchain* em contratos internacionais, para seu aperfeiçoamento, vale a aplicação inicialmente de acordos híbridos. Uma vez que segundo Cretella: "as empresas capazes de adaptar-se melhor aos novos mecanismos comerciais e tecnológicos conseguiram manter-se em atividade."[66] Uma máxima que permeia o comércio seja ele em âmbito nacional ou internacional.

CONCLUSÃO

O direito não está isento das mudanças que ocorrem no mundo. O uso e ampliação de novas tecnologias em instrumentos e objetos que até outrora estavam estáticos e inanimados é uma realidade que se expande na área econômica. Por conseguinte, seu aperfeiçoamento e aprimoramento promoveram a inovação e a ressignificação de institutos arcaicos que ainda se fazem presente. Dessa forma na medida em que outros setores são afetados pelo meio jurídico esse também poderá ser influenciado, devendo se atualizar para efetivação de sua principiologia.

Os contratos inteligentes aliados a tecnologia *blockchain* oferecem a seus usuários, que aceitarem os riscos, um método eficiente para suas transações.

---

[65] MORAES, Vitor Silva de. *Contratos Internacionais e os Smart Contracts: entre a tradição e a inovação*. Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica. São Paulo, v.5,n°5,p.104-114,2019. p.113

[66] CRETELLA NETO, José. *Contratos Internacionais do Comércio*. Campinas, SP: Millennium Editora,2010,667p. p.456

Demonstrando o impacto da quarta revolução industrial nesse setor. Contudo apesar do grande avanço, posto que os contratos inteligentes surgiram antes da tecnologia em si, seu uso deve ser deliberado e devidamente analisado entre as partes. Levando em consideração quais as operações poderiam deixar a cargo de um instrumento autônomo e imutável.

A aplicabilidade dos *smart contracts* poderá ser efetivada, entretanto por acordos híbridos haja vista sua insegurança tecnológica, tendo em conta princípios norteadores do direito contratual brasileiro. Atentando que os contratos internacionais não estão inseridos em um direito uniforme, os riscos desses são altos pelas possibilidades de integração de diversos sistemas jurídicos e prazos que são estabelecidos nesses acordos.

Além da falta de elasticidade nos contratos inteligentes para adaptação principalmente com suas cláusulas de *hardship* pela sua executabilidade imutável. E levando em consideração as possibilidades de extinção do contrato no ordenamento jurídico brasileiro com a imutabilidade da modalidade poderia afetar a segurança jurídica. Posto isso, a parte interessada ao contrato inteligente deve ater um maior rigor em sua elaboração para se evitar ao máximo uma intervenção de terceiros por vias jurisdicionais ou extrajudiciais no contrato. Já que em caso de algum fato "estranho" deverá ocorrer medidas tanto no âmbito do direito quanto na de programação.

A partir das reflexões, conclui-se que os contratos internacionais inteligentes no âmbito comercial têm validade jurídica, se observarem as boas práticas internacionais, seguindo predisposições estabelecidas nos ordenamentos jurídicos que se inserem. Devendo seguir as diretivas necessárias para a sua validade e produção de efeitos. No Brasil será possível a aplicabilidade dessa tecnologia, desde que não afete a ordem pública e nem os critérios de aplicação da norma contratual para sua validade. O contrato internacional inteligente deve-se ater ao

ordenamento jurídico brasileiro, além da adequada escolha dos pontos a serem inseridos nesse contrato em específico.

Consequentemente se faz necessária a observação que os contratos internacionais inteligentes do comércio é uma modalidade progressista no ambiente contratual, que apresenta muitas lacunas para seu aprimoramento, principalmente no que tange a principiologia e regras contratuais. Contudo mesmo com essas incorreções essa modalidade está atraindo a atenção de diversos segmentos e investidores que como observado ao decorrer da explanação vem se estabelecendo continuamente em diversos sistemas jurídicos do mundo.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Nívea Quevedo dos. *Considerações sobre a aplicação dos contratos inteligentes no Brasil.* Disponível em: https://www.ibijus.com/blog/580-consideracoes-sobre-a-aplicacao-dos-contratos-inteligentes-no-brasil .Acesso em: 13 jun.2021

BORRELLI, Isabela. *Blockchain: o que é, como funciona e por que ele importa tanto — StartSe*. Disponível em: https://www.startse.com/noticia/nova-economia/tecnologia-inovacao/blockchain-o-que-e-e-como-funciona. Acesso em: 13 jun.2021

BRASIL.Lei n°10.406 de 10 de janeiro de 2002.*Código Civil*. Disponível em :http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm.Acesso em : 12 maio de 2021.

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. *Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm .Acesso em: 13 jun.2021

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 13 jun.2021

CAVALCANTI, Lyssa. *Smart Contract aliado ao Comércio Exterior*. Disponível em: https://bitse.com.br/2018/08/24/smarties-contracts-aliados-ao-comercio-exterior/. Acesso em:14 jun.2021

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. *Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais*:19 de junho de 1980.Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A41980A0934 .Acesso em:13 jun.2021

CRETELLA NETO, José. *Contratos Internacionais do Comércio*. Campinas, SP: Millennium Editora,2010,667p.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 3:teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*.21. ed. São Paulo: Saraiva,2005,867p

EFING, Antonio Carlos; SANTOS, Adrielly Pinho dos. *Análise dos Smart Contracts à luz do princípio da função social dos contratos no direito brasileiro*. Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, vol. 9, nº 2, ago/dez de 2018

FERRAZ, Robertson Novellino. *As Tecnologias envolvendo os Contratos Inteligentes (Smart Contracts) e alguns dos impactos nos contratos*.2019.66 f.Monografia (Graduação)- Faculdade de Direito, Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco,Recife,2019.

FREITAS, Tainá.*4 maneiras que a blockchain está revolucionando a agricultura*. Disponível em:https://www.startse.com/noticia/startups/agrotech/4-maneiras-que-blockchain-esta-revolucionando-agricultura . Acesso em: 12 maio de 2021

GOMES, Delber Pinto. *Contratos ex machina: breves notas sobre a introdução da tecnologia Blockchain e Smart Contracts*. Revista Electrónica de Direito, Porto, v.17, nº3, p.40-55, out. 2018

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. *Convenção sobre a lei aplicável às vendas de caráter internacional de objetos móveis corpóreos: 15 de junho de 1955.Disponível em: https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=31.Acesso em: 13 jun.2021*

JUNQUEIRA, Alexandre. *A Quarta Revolução Industrial e o Potencial Impacto da Indústria 4.0 sobre o Emprego.2020*.87f. Dissertação (Mestrado) em Economia Social, Escola de Economia e Gestão ,Universidade do Minho,2020

KIRITSCHENKO, Ana.*O uso do blockchain no comércio exterior*. Disponível em: https://ab2l.org.br/o-uso-do-blockchain-no-comercio-exterior/ .Acesso em: 12 maio de 2021

LISBOA, Roberto Senise; JUNIOR, Anderson Ezequiel. *Smart Contracts e a insuficiência da obrigação clássica no uso de Blockchains*.In: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI,10.,2019,VALÊNCIA – ESPANHA. Anais: X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS. Coordenadores: Aires José Rover; Fernando Galindo Ayuda; Adrian Todoli Signe – Florianópolis: CONPEDI, 2020,p.115-130,v.1

MARR, Bernard. *Qual o impacto da Covid-19 na 4ª Revolução Industrial?*. Disponível em: https://forbes.com.br/forbes-tech/2020/12/qual-o-impacto-da-covid-19-na-4a-revolucao-industrial/. Acesso em: 13 jun.2021

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito Internacional Privado: curso elementar*. Rio de Janeiro: Forense,2015,275p

MORAES, Vitor Silva de. *Contratos Internacionais e os Smart Contracts: entre a tradição e a inovação*. Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica. São Paulo, v.5,n°5,p.104-114,2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção interamericana sobre direito aplicável aos contratos internacionais*: 17 de março de 1994.Disponível em: http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm .Acesso em: 13 jun.2021

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção interamericana sobre normas gerais de direito internacional privado*: 08 de maio de 1979.Disponível em: https://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-45.htm. Acesso em: 13 jun.2021

SOUSA, Lays Sales de. *Uma análise da validade dos Smart Contracts no direito brasileiro*. 2018. 65 f. Monografia (Graduação) Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, volume 2*. 5.ed. São Paulo: Atlas,2005,656p.

OS CONTRATOS INTELIGENTES À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO[1]

Fernanda Marinho Antunes de Carvalho[2]

Resumo: A expansão da internet e a difusão das novas tecnologias proporcionam diversos novos desafios para o direito. Diante dessa nova realidade, os chamados contratos inteligentes desafiam a ciência jurídica, ao possibilitar que contratos sejam executados por intermédio da tecnologia *blockchain*. Em busca de sua natureza jurídica, este artigo irá analisá-los, verificando se esses novos instrumentos podem ser considerados contratos, na acepção clássica do termo, ou comportamentos sociais típicos. Pôde-se perceber a importância da determinação do nível de "autoexecutoriedade" dos contratos inteligentes, que pode ser forte ou fraca, para a sua definição como contratos e concluiu-se que a figura dos comportamentos sociais típicos não é adequada para a sua caracterização. Dessa forma, eventuais questões advindas dos contratos inteligentes poderiam ser resolvidas utilizando-se o enriquecimento sem causa pois estaria presente o ganho patrimonial sem lastro jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: contratos inteligentes; contratos; comportamentos sociais típicos.

[1] Trabalho orientado por Fabio Queiroz Pereira (UFMG).
[2] Mestranda em na UFMG.

INTRODUÇÃO

A internet revolucionou a maneira como se contrata ao possibilitar que contratos sejam realizados em meios eletrônicos, alterando a estrutura do direito contratual. A ideia de barganha, de discussão de cláusulas contratuais, dá lugar a contratos em massa e automáticos, dos mais diversos tipos e que desafiam a ciência jurídica. Este artigo irá analisar os chamados contratos inteligentes, termo que descreve um código computacional capaz de facilitar, executar e forçar o cumprimento de um acordo, por meio da tecnologia *blockchain,* em busca da sua natureza jurídica à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Objetiva-se averiguar se esses novos instrumentos podem ser considerados "contratos", na acepção clássica do termo ou comportamentos sociais típicos.

A temática será desenvolvida em três partes. A primeira será destinada à caracterização dos contratos inteligentes, explicando o seu funcionamento. Serão também abordadas as características da tecnologia *blockchain* e os diversos tipos de contratos inteligentes, dos mais simples, como as máquinas de vendas automáticas, aos mais complexos, imutáveis e inalteráveis. Já na segunda parte, será trabalhado o conceito de "contrato", conforme a teoria de Darcy Bessone, bem como de comportamentos sociais típicos, de acordo com as proposições de Karl Larenz. Por fim, com fundamento na teoria das fontes obrigacionais proposta por Fernando Noronha, serão examinadas as possíveis soluções para o correto enquadramento jurídico dos contratos inteligentes.

1. AS NOVAS FORMAS DE CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA

A internet revolucionou a maneira como se contrata ao possibilitar que contratos sejam realizados em meios eletrônicos, alterando a estrutura do direito contratual. A ideia de barganha, de discussão de cláusulas contratuais, dá lugar a contratos em massa e automáticos, dos mais diversos tipos. Surgem os chamamos contratos eletrônicos que também são chamados contratos virtuais, contratos

telemáticos, contratos pela Internet, contratos via Internet, dentre outros e, independentemente do *nomen iuris,* deve-se compreender e estudar a estrutura dessa nova maneira de contratar.

Ainda que não seja consenso a existência de um novo "gênero" contratual, de maneira que, para alguns, os contratos telemáticos devem ser tratados como qualquer outro contrato, é inegável que a contratação eletrônica veio abalar referências fundamentais utilizadas pela disciplina jurídica do contrato como *quem* contrata, *quando* contrata, *como* contrata e o *quê* contrata[3].

Recentemente, em maio de 2018, o STJ reconheceu a executividade de contrato de mútuo assinado digitalmente, por meio de criptografia assimétrica, em conformidade com a infraestrutura de chaves públicas brasileira. Nas palavras do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, "é possível extrair-se da legislação processual vigente a possibilidade de reconhecer executividade ao contrato eletrônico"[4]. O contrato eletrônico, desse modo, será considerado título executivo extrajudicial, detentor de força executiva, o que demonstra que a sua aplicabilidade está cada vez mais ampla.

Sob essa perspectiva, o que se tem chamado de "contratos eletrônicos" são contratos formados por meios eletrônicos de comunicação à distância, especialmente pela internet, sem necessariamente sugerir a formação de um novo gênero contratual[5]. É essencial, portanto, que esse contrato seja formado pela internet:

> um sistema transnacional de comunicação, operacionalizado por um conjunto de computadores interligados, permitindo a consulta, recepção e transmissão de dados (textos, sons e imagens), entre pessoas físicas e jurídicas e entre máquinas (sistemas auto-aplicativos), de um ponto a outro do planeta", como as modalidades de negociações foram rapidamente

[3]SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos**. Revista Brasileira de Direito Civil – IBDCivi**l, Rio de Janeiro, vol. 1, jul/set, 2014, p. 91
[4]Cf. REsp 1.495.920/DF, Relator Ministro Paulo Sanseverino, julgado em 15/05/2018.
[5]SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos**. Revista Brasileira de Direito Civil – IBDCivi**l, Rio de Janeiro, vol. 1, jul/set, 2014, p. 91.

modificadas, culminando na origem do comércio eletrônico ou "e-commerce[6].

Com a expansão e a difusão do acesso à internet, as possibilidades de utilização da rede para a contratação vêm se tornando cada vez mais amplas. Pode-se, entretanto, sumarizar as possibilidades de contratação em quatro maneiras diferentes: pode a contratação ser interpessoal, interativa, intersistêmica ou via contratos inteligentes.

As contratações interpessoais são caracterizadas pela necessidade de ação humana direta, envolvendo os momentos da oferta ou da proposta e o momento do aceite ou da contraproposta[7]. Nessa forma de contratação, normalmente são utilizadas correspondências eletrônicas, por meio de *chats* ou mensagens instantâneas, porém, a características essencial é que o meio eletrônico, que pode ser utilizado na fase pré-contratual, na formação do contrato, na execução ou na fase pós-contratual, seja utilizado como forma de comunicação entre as partes para que elas formalizem seus acordos de vontade[8]. Esses contratos podem ser simultâneos ou não simultâneos: os simultâneos são celebrados em tempo real, ou seja, a troca de mensagem ocorre ao mesmo tempo[9], como, por exemplo, em um *chat* do Facebook, enquanto nos não simultâneos há um decurso maior de tempo entre proposta e aceitação, como em uma negociação via *e-mail*.

Já os contratos chamados interativos são aqueles em que a sua formação ocorre com a interação de um agente (sujeito de direito) e um site, aplicativo ou outra forma sistêmica, normalmente caracterizando uma loja virtual de

[6]LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos**: validade jurídica dos contratos via internet. São Paulo: Atlas, 2007. p.14.
[7]REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos Eletrônicos**. Formação e Validade – aplicações práticas. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2018 p. 41.
[8]SALES, Lays. **Uma análise dos smart contracts no Direito Brasileiro.** p. 39. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/33934/1/2018_tcc_lssousa.pdf>
[9]BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos**: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 53-4.

determinado estabelecimento de uma sociedade empresária[10]. São também conhecidos como *clickwrap*[11] ou *contrato por clique* e ocorrem, por exemplo, quando o consumidor adquire um produto de um *site* de vendas, enviando uma ordem de compra que é disposta na tela do computador. Nesse momento, quando há a aceitação, forma-se o contrato que é equiparado a um contrato de adesão já que o consumidor não pode discutir as cláusulas contratuais de acordo com sua necessidade[12].Há, ainda, a contratação intersistêmica que ocorre quando são realizadas operações de compra e venda, por exemplo, de forma automatizada entre um distribuidor e o produtor[13].

Por fim, importante mencionar os chamados "*smart contracts*" ou "contratos inteligentes" que, muito além da mera possibilidade de contratação pela internet, funcionam por meio de uma criptografia descentralizada e são capazes de se auto executarem, desde que algumas condições pré-determinadas sejam cumpridas. Diz-se que um contrato é inteligente quando há uma parte do acordo capaz de se realizar automaticamente. Eles são capazes, por exemplo, de liberar um pagamento assim que as condições necessárias sejam atingidas e de se auto verificarem, avaliando se as condições do contrato estão sendo cumpridas[14].

A tecnologia, entretanto, faz com que esses contratos sejam imutáveis e inalteráveis possibilitando, ainda, que a identidade das partes seja preservada, por meio do uso da criptografia. A ideia por detrás dos *smart contracts* é a de que

---

[10]REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos Eletrônicos**. Formação e Validade – aplicações práticas. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 47.
[11]LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. op. cit., p.87
[12]LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 103.
[13]REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos Eletrônicos**. Formação e Validade – aplicações práticas. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 52.
[14]TEIXEIRA, Luiz; TAVARES, João**. BlockChain**: Dos Conceitos às Possíveis Aplicações, 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/327161498_Blockchain_Dos_Conceitos_as_Possiveis_Aplicacoes. Acesso em: 28 fev. 2019

existem partes operacionais em um contrato que podem ser automatizadas por um computador e executáveis por um código de inviolável[15].

Esses contratos são definidos por alguns como "máquinas autônomas", "contratos entre partes armazenados em um *blockchain",* ou "qualquer código computacional em um *blockchain*". As diferentes definições acerca do que são os contratos inteligentes, para Josh Stark, podem ser agrupadas em duas categorias: por vezes, o termo é utilizado para identificar uma tecnologia específica (o código que é armazenado, verificado e executado em um *blockchain),* o "contrato inteligente" como " código" e, por outras, o termo refere-se a uma aplicação específica desta tecnologia como um complemento ou, ainda, como um substituto dos contratos em sentido legal, o "contrato inteligente legal"[16].

Como códigos, os contratos inteligentes podem ser utilizados da maneira mais ampla possível: sua capacidade dependerá da linguagem computacional utilizada e da tecnologia *blockchain* que irá operá-lo. Sob essa ótica, segundo Tim Swanson, um contrato inteligente é um protocolo computacional, um algoritmo, capaz de se auto-executar, auto-verificar e auto-controlar[17].

Em um de seus artigos, "Formalizing and Securing Relationships on Public Networks", Nick Szabo, considerado o idealizador dos contratos inteligentes, explica, de maneira simples, o objetivo desses contratos: é que muitas cláusulas contratuais, como as de garantia, de delineação de propriedade, dentre outras, podem ser inscritas em um hardware ou software, de maneira a tornar o inadimplemento extremamente oneroso (ou, ainda, proibido)[18].

---

[15]CLACK, Christopher D.; BAKSHI, Vikram A., BRAINE, Lee**. Smart Contract Templates**: foundations, design landscape and research directions, 2017. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1608.00771> . Acesso em: 28 fev. 2019

[16]STARK, John. **Making sense of Blockchain Smart Contracts**, 2016. Disponível em: < https://www.coindesk.com/making-sense-smart-contracts> .Acesso em: 12 jul.2019.

[17]SWANSON, Tim. **Great Chain of Numbers**: a guide to Smart Contracts, Smart Property and Trustless Asset Managemen (English Edition). São Francisco: Amazon, 2014, p. 21.

[18]SZABO, NICK. **Formalizing and Securing Relationships on Public Network**, 1997. <http://ojphi.org/ojs/index.php/fm/rt/printerFriendly/548/469>. Acesso em: 26 fev. 2019

O autor compara os contratos inteligentes com as máquinas de venda automáticas: a máquina recebe a moeda e entrega o produto escolhido ao consumidor, por meio de um simples mecanismo. Tem-se, no exemplo de Szabo, um contrato de compra e venda executado perfeitamente, ainda que não da maneira mais tradicional.

Em outro exemplo, Nick Szabo considera um hipotético sistema de segurança digital para automóveis: um protocolo daria controle a uma chave criptografada que garantiria a propriedade para aquele que legalmente a detêm, baseado nos termos de um contrato. Assim, o carro tornar-se-ia inoperante a não ser que a resposta ao protocolo ocorresse de maneira completa, por seu real dono, prevenindo roubos. Caso o veículo esteja sendo utilizado para assegurar um crédito, poder-se-ia criar um inteligente protocolo de garantia: caso o dono do carro deixe que realizar os pagamentos, o contrato inteligente invocaria o protocolo que entregaria ao banco o controle das chaves do carro[19].

Szabo imaginou os contratos inteligentes na década de 90, porém, em 2009, eles se tornaram possíveis por meio de uma nova tecnologia chamada *blockchain* de modo que, atualmente, programadores são capazes de criar esse tipo de instrumento. A *blockchain,* ou "cadeia em bloco", em tradução literal, pode ser definida como um banco de informações e dados de qualquer conteúdo que possa ser convertido em criptografia, transmitido na internet na forma de um livro-razão, similar aos lançamentos contábeis [20].

Trata-se uma tecnologia emergente que oferece suporte distribuído confiável e seguro para realização de transações entre participantes que não necessariamente têm confiança entre si e que estão dispersos em larga escala

[19]SZABO, Nick. **The Ideia of Smart Contracts**, 1997. Disponível em: <https://nakamotoinstitute.org/the-idea-of-smart-contracts/> Acesso em: 15 jul. 2019.
[20]NAKAMOTO, S**. Bitcoin**: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. In: Bitcoin Org, 2008, p.2 Disponível em: https://bitcoin.org/bitcoin.pdf. Acesso em: 26 fev. 2019.

numa rede P2P (*peer-to-peer*)[21], um sistema criptográfico baseado em pares, também conhecido como sistema ponto-a-ponto que possibilita a transferência de qualquer dado sem a necessidade de um intermediário[22].

Nesse sistema, a razão é replicada em um grande número de idênticas data-bases, cada uma mantida por uma das partes interessadas. Quando há uma mudança em uma das cópias, todas as cópias são simultaneamente atualizadas[23] e a transação pode envolver contratos, criptomoedas, registros ou outras informações que compõe um novo bloco que é adicionado à cadeia já existente, de forma permanente e inalterável. Por isso, o potencial de transformação é imenso e aplicações estão surgindo a partir desta tecnologia em inúmeros setores: finanças, saúde, artes, governo, dentre outras[24].

A tecnologia contribui de forma inovadora para o desenvolvimento de aplicações e sistemas por algumas de suas principais propriedades: 1) descentralização: o sistema é executado através da confiança entre as partes, sem a necessidade de uma entidade intermediária confiável; 2) transparência e auditabilidade: todas as transações registradas no livro-razão são públicas, podendo ser verificadas e auditadas. 3) imutabilidade e irrefutabilidade: as transações registradas no livro-razão são imutáveis e, uma vez registradas, não podem ser refutadas. 4) privacidade e anonimidade: é possível oferecer

[21]**GREVE, F. et al. Blockchain e a Revolução do Consenso sob Demanda.** 2018. Disponível em: <http://www.sbrc2018.ufscar.br/wp-content/uploads/2018/04/Capitulo5.pdf> Acesso em: 20 jul. 2019.
[22]BASSOTTO, Lucas. P2P ou "peer-to-peer": Como funciona uma rede sem intermediários?. Disponível em: <https://cointimes.com.br/p2p-ou-peer-to-peer-como-funciona/> Acesso em: 20 ju. 2019.
[23]IANSITI, Marco; LAKHANI, Karim R. **The Truth about Blockchain**. Disponível em: <https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain>. Acesso em 20 jul. 2019.
[24]**GREVE, F. et al. Blockchain e a Revolução do Consenso sob Demanda**. 2018. Disponível em: <http://www.sbrc2018.ufscar.br/wp-content/uploads/2018/04/Capitulo5.pdf> Acesso em: 20 jul. 2019.

privacidade aos usuários sem que os terceiros envolvidos tenham acesso e controle dos seus dados[25].

Um tipo de criptomoedas, denominado *bitcoin,* foi a aplicação mais conhecidas da tecnologia, porém ela pode ser utilizada para a criação de diversos tipos de contratos inteligentes revolucionando, então, a maneira como pensamos o direito contratual. Como todas as transações são registradas em uma espécie de enorme caderno, os registos ficam salvos no computador de todos os usuários conectados à rede, o que torna impossível a invasão de *hackers*[26]. Para apagar uma transação, seria necessário apagar todo o histórico da rede, de todos os computadores de todos os usuários, o que não seria possível.

Por sua segurança, a tecnologia tornou-se atraente também para o direito contratual. A lógica computacional presente na *blockchain* permite que se programe todas as transações de maneira que o usuário pode adicionar condições que, cumpridas, desencadearão um negócio que automaticamente se realizará. A *Ethereum*, por exemplo, é uma plataforma que permite a qualquer um criar sua própria criptomoeda e utilizá-la para executar e pagar por contratos inteligentes. A plataforma foi imaginada pelo canadense Vitalik Buterin em 2013 e, em 2015, entrou online. A criptomoeda *Ethereum* tornou-se a segunda com maior valor de capitalização do mercado, perdendo apenas para o *bitcoin* [27] e, cada vez mais, usuários podem programar seus próprios contratos inteligentes.

Os "contratos inteligentes", conforme já conceituado acima, carregam consigo a denominação "contrato", porém, são detentores de peculiares características que ensejam questionamentos acerca de sua qualificação no ordenamento jurídico brasileiro Definir a sua natureza jurídica, portanto, significa

---

[25]**GREVE, F. et al.** Blockchain e a Revolução do Consenso sob Demanda. 2018. Disponível em: <http://www.sbrc2018.ufscar.br/wp-content/uploads/2018/04/Capitulo5.pdf> Acesso em: 20 jul. 2019.

[26]SALES, Lays**. Uma análise dos smart contracts no Direito Brasileiro**, p. 45. Disponível em: http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/33934/1/2018_tcc_lssousa.pdf

[27]O que é Ethereum? Disponível em: <https://foxbit.com.br/o-que-e-ethereum/>. Acesso em: 25 jul. 2019.

determinar se eles reúnem os requisitos necessários à formação de um contrato tradicional ou se constituem categoria jurídica diversa. A análise da questão perpassa, inicialmente, pela diferenciação entre os contratos tradicionais, legítimos negócios jurídicos bilaterais e os chamados contratos fáticos, aqueles derivados de condutas típicas e objetivas dos contratantes, sem a vinculação derivada de vontade[28].

2. CONTRATOS INTELIGENTES: CONTRATOS?

Os contratos inteligentes representam inovadoras maneiras de se pensar o direito contratual. Existem aqueles que, a despeito de seu funcionamento tecnológico, o caracterizam como contratos, em sentido tradicional. Darcy Bessone define o contrato, negócio jurídico bilateral, como o "acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de direito patrimonial"[29]. Orlando Gomes, ao cuidar do tema, traz duas acepções para o termo que poderia, portanto, ser usado em sentido amplo ou em sentido restrito. "No primeiro, designa todo o negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades. No segundo, o acordo de vontades é produtivo de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial"[30]. Em ambas as acepções, a vontade aparece como elemento essencial à sua formação: para que o contrato se aperfeiçoe, requer-se a existência de duas declarações, individualmente consideradas, válidas e eficazes e, ainda, coincidentes, ou seja, em consenso[31]. Consentimento, em sentido etimológico – *cum sentire* -, exprime o acordo de duas ou mais vontades[32] e o momento de formação do contrato, controverso entre diversos autores, é determinado através da fixação do instante em que se dá essa

[28]SIRENA, Hugo Cremonez. Direito dos Contratos: Relações Contratuais de Fato e o Princípio da Boa-fé. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n.5, p. 193-239, 2014.
[29]BESSONE, Darcy. **Do Contrato**: Teoria Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p 21.
[30]Gomes, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro, Forense. p. 9.
[31]Gomes, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro, Forense. p. 10,
[32]BESSONE, Darcy. **Do Contrato**: Teoria Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p.116..

conjugação[33]. A declaração de vontade pode ser expressa ou tácita, quando a lei não exigir a modalidade expressa (art. 432 do CC) e, até mesmo o silêncio pode representar uma manifestação volitiva, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem (art. 111 CC). Darcy Bessone, nesse sentido, distingue a manifestação de vontade em expressa e tácita:

> Classicamente, a manifestação de vontade distingue-se em expressa e tácita[34]. É expressa quando se exprime por palavras orais ou escritas, gestos ou sinais normalmente destinados à sua exteriorização. (...) Diz-se, então, que é tácita a manifestação quando a vontade deva ser inferida dos atos ou fatos que não comportam outra explicação[35].

Somado ao requisito volitivo, considerar os contratos inteligentes como negócios jurídicos bilaterais significa, também, submetê-los aos requisitos de validade previstos pelo artigo 104 do nosso Código Civil, quais sejam, o agente deve ser capaz, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma deve ser prescrita ou não defesa em lei. Assim, por exemplo, a validade de um negócio realizado por uma criança de 10 anos que, apoderando-se do cartão de crédito de sua mãe, adquire um jogo eletrônico e ganha uma relevante quantidade de moedas digitais pode ser impugnada e o dinheiro, devolvido[36]. Considerá-los contratos também significa dizer que sua formação se dá mediante proposta e aceitação. Pode-se pensar em uma situação em que as partes após a aceitação, entregam o conteúdo da avença a um programador que, então, utilizará da tecnologia para programar um contrato inteligente ou, ainda, em uma situação em que a parte responsável pela programação disponibilizará o programa para aceitação de pessoas indeterminadas do público em geral[37].

---

[33]PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – Vol. III. 21. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 82.

[35]BESSONE, Darcy. **Do Contrato**: Teoria Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 117.

[36]ANDRADE, Daniel de Pádua. COLOMBI, Henry. Smarc Contracts: por um adequado enquadramento no Direito Contratual Brasileiro. In: HAVES, Natália Cristina; COLOMBI, Henry (Orgs). **Direito e Tecnologia**: novos modelos e tendências (recurso eletrônico). CPorto Alegre, RS: Editora Fi, 2021. p. 26.

[37]ANDRADE, Daniel de Pádua. COLOMBI, Henry. Smarc Contracts: por um adequado enquadramento no Direito Contratual Brasileiro. In: HAVES, Natália Cristina; COLOMBI, Henry (Orgs).

As características basilares relativas aos contratos tradicionais, entretanto, podem, a priori, não ir de acordo com a utilização da tecnologia *blockchain*. O sistema de segurança pensado por Szabo, citado acima, por exemplo, é acionado através de um protocolo que seria capaz de tornar inoperante o veículo utilizado para assegurar um crédito. Assim que o dono deixasse de realizar os pagamentos, o contrato inteligente, auto executável, entregaria ao banco o controle das chaves. Nessa situação, o simples inadimplemento das prestações seria capaz de ensejar a perda da possibilidade de utilização do carro e, ainda que o dono do veículo não tenha manifestado sua vontade, junto ao banco, para que o contrato inteligente fosse celebrado, o seu comportamento teria sido suficiente para o nascimento da obrigação de devolver o carro.

Seria possível imaginar que o dono do carro, no momento de sua compra, havia assinado um contrato que previsse a instauração desse sofisticado sistema de segurança. Essa possibilidade, portanto, leva à hipótese de que esses contratos possam ser caracterizados como contratos de adesão, aqueles que não resultam do livre debate entre as partes vez que uma delas aceita tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra[38]. Nessa tipologia contratual, o que ocorre é que uma das partes acaba por aceitar, em bloco, cláusulas pré-estabelecidas, aderindo a uma situação contratual que se encontra definida, previamente, em todos (ou quase todos) os seus termos[39]. Em sua grande maioria, celebram-se em relações de consumo, sujeitando-se às regras do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Nesses contratos, não há fase de negociações preliminares, vez "o esquema contratual está pronto, devendo aceitá-lo integralmente quem se

---

Direito e Tecnologia: novos modelos e tendências (recurso eletrônico). CPorto Alegre, RS: Editora Fi, 2021. p. 26.

[38]PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – Vol. III. 21. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 58 p.

[39]GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 128 p.

proponha a travar a relação concreta"[40]. Observa Orlando Gomes que pode existir uma faixa, mais larga ou estreita, na qual cabem entendimentos prévios entre os contratantes o que, entretanto, costuma versar apenas acerca de dados pessoais, muitas vezes, dispensáveis[41]. Nesse diapasão, assim como ocorre com os contratos interativos, que são equiparados aos contratos de adesão, a sistemática dos contratos inteligentes poderia invocar a proteção inerente ao regime consumerista, afinal, a tecnologia *blockchain* dificilmente será operada por ambos os contratantes sendo provável que um programador cuide da operacionalização do contrato. É possível, entretanto, que o programador opere o sistema dos contratos inteligentes para ambas as partes o que afastaria sua classificação como contrato de adesão e leva ao questionamento inicial: poderia um contrato inteligente operado por meio da tecnologia *blockchain* ser considerado um contrato?

Conforme já mencionado, a tecnologia é formada por um sistema criptográfico em pares o que torna impossível o arrependimento em relação ao pactuado. O sistema é inviolável e o contrato pode ser de autoexecutoriedade fraca ou forte. No primeiro caso, apenas uma parte da prestação é realizada de forma automatizada e, no segundo, há a automação completa da *performance* do contrato inteligente[42]. À medida que a autoexecutoriedade torna-se forte, mais distantes esses contratos tornam-se dos contratos em sentido tradicional e nesse sentido, em contratos inteligentes de autoexecutoriedade forte, não seria possível pensar em mecanismos de resolução do contrato, por exemplo, por onerosidade excessiva, conforme dispõe o artigo 478 do nosso código civil. Caso *a prestação de uma das partes se tornasse excessivamente onerosa, com extrema vantagem*

---

[40]GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 133 p.
[41]GOMES, Orlando. **Contratos.** 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 133 p.
[42]ANDRADE, Daniel de Pádua. COLOMBI, Henry. Smarc Contracts: por um adequado enquadramento no Direito Contratual Brasileiro. In: HAVES, Natália Cristina; COLOMBI, Henry (Orgs). **Direito e Tecnologia**: novos modelos e tendências (recurso eletrônico). CPorto Alegre, RS: Editora Fi, 2021p. 22.

para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinário e imprevisíveis, nada se poderia fazer, vez que seria impossível reprogramar um código criptográfico disposto em um *blockchain.* As situações de caso fortuito ou força maior também enfrentariam dificuldades, vez que a inviolabilidade do referido código tornaria o inadimplemento praticamente impossível.

Sob essa ótica, ainda que seja possível cogitar da qualificação dos contratos inteligentes como "contratos", a maneira não convencional pela qual esses instrumentos são formados conduz a reflexões que ensejam a busca por uma nova categoria, capaz de melhor caracterizá-los. Passa-se então, a caracterizar as chamadas "relações contratuais de fato", para verificar se seria possível considerar os contratos inteligentes como manifestações desses comportamentos.

2.1 CONTRATOS INTELIGENTES COMO COMPORTAMENTOS SOCIAIS TÍPICOS

As relações contratuais de fato constituem relações aptas a ensejar a formação de uma relação obrigacional, porém, sem que esteja presente o elemento volitivo, ou seja, sem que duas pessoas declarem suas vontades para produzir efeitos jurídicos. A teoria foi incialmente apresentada por Gunter Haput, na Alemanha, em 1941, e seu objetivo era o de fornecer subsídios para explicar três situações das quais, não obstante aparentemente inexistir elemento volitivo em seu substrato, nasciam obrigações regidas pelas normas pertinentes às relações contratuais[43]. São elas: a) os deveres de cuidado e consideração pré-contratuais; b) a produção de efeitos de certas relações jurídicas fundadas em títulos nulos; c) as relações contratuais fáticas em virtude de uma obrigação de prestar social[44]

[43]PEREIRA, Fabio Queiroz. COLOMBI, Henry. Comportamento Social Típico como fonte de obrigações: análise e aplicabilidade na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Automar Marx (Orgs). **Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. P. 201.
[44]LARENZ, Karl. O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por meio de Comportamento Social Típico. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. II, n.1, pp.55-64, jan-jun 2006.

A teoria foi então desenvolvida por Karl Larenz, na década de 1950, que considerou errônea a reunião desses três fatos sob um conceito comum[45] já que, para o autor, seriam manifestações bastante diversas. Os estudos de Larenz, portanto, focaram em uma tipologia, as relações contratuais fáticas em virtude de uma obrigação de prestar social as quais o autor denominou "comportamentos sociais típicos". Assim, em suas palavras:

> O ponto de partida da teoria é, para Haupt assim como para os que a ele se seguiram, a observação de que na moderna circulação de bens em massa diversas prestações do mesmo tipo, especialmente prestações de transporte, são oferecidas publicamente de forma que qualquer um pode e tem a permissão de fazer uso de fato da prestação, sem que espere uma conclusão prévia de contrato.[46]

Larenz partiu de um caso real que foi julgado pelo BGH: na cidade de Hamburgo, parte de um terreno público foi declarada como estacionamento, mediante o pagamento de uma taxa obrigatória. O uso do estacionamento havia sido concedido a uma empresa em determinados horários do dia nos quais a área era identificada com placas que continham a inscrição "Taxa de estacionamento obrigatória e vigilância" e por faixas brancas. No caso analisado pelo tribunal alemão, o réu havia deixado o veículo por diversas vezes na área e, em todas elas, recusava-se ao pagamento e à vigilância. O BGH entendeu que a simples colocação do veículo no estacionamento, durante o período concedido à empresa, já tinha o condão de aperfeiçoar uma relação de direito privado: havia se formado uma relação obrigacional resultante de um comportamento social típico.

A relação descrita é de fato, ou seja, consubstancia-se nas condutas e fatos cotidianos, em "contatos sociais[47]" que são, em verdade, conceitos resgatados da

[45] LARENZ, Karl. O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por meio de Comportamento Social Típico. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. II, n.1, pp.55-64, jan-jun 2006.
[46]LARENZ, Karl. O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por meio de Comportamento Social Típico. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. II, n.1, pp.55-64, jan-jun 2006.
[47]SIRENA, Hugo Cremonez. Direito dos Contratos: Relações Contratuais de Fato e o Princípio da Boa-fé. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n.5, p. 193-239, 2014.

sociologia: compreenderiam contatos físicos, psíquicos, e físico-psíquicos[48]. Foi na doutrina de Haupt, entretanto, que o conceito foi relacionado ao problema das fontes das obrigações. Assim afirma Leandro Zanitelli:

> Em seu estudo, Haupt defende a idéia de que certas situações, nas quais não se pode vislumbrar a formação de um contrato, têm como conseqüência, não obstante, a produção de efeitos negociais típicos. Tratava-se de situações merecedoras de consideração e não tuteladas pela lei, que estavam a indicar insuficiências do regime contratual tradicional (...) na categoria dos contatos sociais foram incluídas, por Haupt, as hipóteses de culpa in contrahendo e o transporte por cortesia.

Clóvis do Couto e Silva elucida que o conceito é explicado por outras razões que não militam no plano sociológico, para justificar o nascimento de direitos e obrigações quando não existe contrato[49]. Considerando especificamente a teoria dos comportamentos sociais típicos, o que ocorre é algumas condutas são tão corriqueiras e naturalizadas que, por si só, teriam o condão de ensejar relações contratuais, a prescindir de um negócio jurídico a respaldá-las[50].

Esses comportamentos, entretanto, não podem ser confundidos com declarações de vontade tácitas, já que, nessas situações, a autonomia privada reside na decisão de realizar ou não uma determinada conduta de modo que a consequência do comportamento social típico independe da vontade do agente[51]. O termo "autonomia privada", todavia, é utilizado por Larenz em acepção ampliada, afinal, não revelaria o querer do agente, mas, tão somente, a

[48]ZANITELLI, Leandro Martins. A noção de contato social, da sociologia à teoria unitária das obrigações de C. do Couto e Silva. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/zanitel1.htm>.Acesso em: 20 set, 2019.
[49]SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como Processo**. São Paulo, Bushatsky, 1976. p. 89.
[50]PEREIRA, Fabio Queiroz. COLOMBI, Henry. Comportamento Social Típico como fonte de obrigações: análise e aplicabilidade na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Automar Marx (Orgs). **Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 201.
[51]LARENZ, Karl. O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por meio de Comportamento Social Típico. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. II, n.1, pp.55-64, jan-jun 2006.

sua cognoscibilidade em relação a determinados efeitos a serem ensejados por um comportamento[52].

Assim, efeito obrigatório do comportamento baseia-se, independentemente da expressão de vontade, no fato de que será entendido, de acordo com os usos do tráfego, como justificador de uma obrigação[53]. A irrelevância da expressão da vontade traduz duas importantes consequências a serem apreciadas nessas operações: a primeira é que a relação jurídica não poderá ser eivada de vícios, eis que não há, ali manifestada, vontade alguma. Por isso, não haveria que se falar em defeitos do negócio jurídico ou em incapacidade do agente.

A segunda diz respeito à *protestatio facto contraria* posto que uma outra declaração de vontade contraditória à inicial em nada influenciaria a regular constituição da relação. Assim, de acordo com acordo com Fabio Queiroz e Henry Colombi:

> Essa distinção é a característica mais acentuada dos comportamentos sociais típicos, lhe destacando do âmbito do negócio jurídico, pois marca de maneira mais enfática a irrelevância da vontade para o nascimento das relações contratuais nele baseadas[54].

Reconhecer os contratos inteligentes como comportamentos sociais típicos resultaria, portanto, na conclusão de que não seria possível falar em anulação desses contratos por vícios de consentimento ou, tampouco, alterar os termos declarados inicialmente. Tal conclusão parece adequar-se às peculiaridades conferidas pela tecnologia *blockchain:* protegida por uma criptografia

---

[52]PEREIRA, Fabio Queiroz. COLOMBI, Henry. Comportamento Social Típico como fonte de obrigações: análise e aplicabilidade na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Automar Marx (Orgs). **Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.p. 206.

[53]LARENZ, Karl. O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por meio de Comportamento Social Típico. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. II, n.1, pp.55-64, jan-jun 2006.

[54]FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Automar Marx (Orgs). **Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. 206 p.

descentralizada, essa nova maneira de contratar traduziria a impossibilidade de alteração do pactuado e, ainda, de inexecução da prestação, no caso dos contratos inteligentes de autoexecutoriedade forte.

3. A NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS INTELIGENTES: COMPORTAMENTOS SOCIAIS TÍPICOS OU CONTRATOS?

Reconhecer os comportamentos sociais típicos como relevantes ao direito traduz a importância da teoria para o estudo dos contratos inteligentes: peculiares maneiras de contratar, esse moderno uso da tecnologia *blockchain* desafia princípios basilares do direito contratual e enseja a busca por novas fontes aptas a caracterizar uma relação obrigacional. Qualificar esses novos e modernos contratos como comportamentos sociais típicos poderia, portanto, implicar consequências jurídicas importantes e significativas capazes de transformar a maneira como pensamos o direito contratual e compreendemos a influência da tecnologia em nosso ordenamento jurídico. Em busca do seu correto enquadramento jurídico, passa-se, então, ao estudo da teoria das fontes proposta por Fernando Noronha, uma concepção apta a enquadrar os comportamentos sociais típicos.

3.1 A TEORIA DAS FONTES PROPOSTA POR FERNANDO NORONHA

Fernando Noronha, ao tratar das fontes obrigacionais, as divide, inicialmente, entre obrigações autônomas e não autônomas[55]. Estas constituem as "relações obrigacionais que nascem no seio de relações jurídicas preexistente não obrigacionais, existindo apenas em função dessas relações"[56]. Aquelas constituem as "obrigações imediatamente criadas entre credor e devedor, independentemente de qualquer relação jurídica não obrigacional, de que

[55]NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**: Vol. I. São Paulo, 2003. p. 413.
[56]NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**: Vol. I. São Paulo, 2003. p. 414.

constituam desenvolvimento"[57]. Essas obrigações autônomas são consideradas pelo autor como "verdadeiras obrigações", ou "obrigações propriamente ditas, objeto de estudo do Direito das Obrigações.

Dentre as obrigações autônomas, o autor as divide em três categorias distintas, consideradas como a "tripartição fundamental": as obrigações negociais, de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa[58]. Para o autor, as "obrigações negociais" constituem a maior parte das obrigações que encontramos na vida real e são resultantes das relações econômicas entre os homens. Elas nascem dos negócios jurídicos e, através deles, as partes visam produzir efeitos jurídicos específicos. Considerando que essas obrigações têm por base um negócio jurídico, sejam eles contratos ou os negócios unilaterais, as obrigações negociais têm uma finalidade dinâmica, ou seja, elas promovem a produção e a distribuição de bens e serviços[59]. Já as obrigações em sentido estrito, de responsabilidade civil, constituem, para o autor, a segunda grande categoria de obrigações. Elas são resultantes da necessidade de se repararem os danos causados, em consequência da prática de atos ilícitos e estão dispostas nos artigos 186 e 927, *caput* do nosso código civil. Para Noronha, essas obrigações têm essencialmente uma finalidade estática, ou seja, visam a proteção da esfera jurídica de cada pessoa, através da reparação de danos por outrem causados[60].

A terceira categoria, por fim, consiste nas obrigações por enriquecimento sem causa, chamadas pelo autor de obrigações de restituição por enriquecimento sem causa ou, simplesmente, enriquecimento sem causa. Sua finalidade é remover do patrimônio os acréscimos patrimoniais indevidos porque deveriam ter acontecido noutro patrimônio[61]. O autor traz como exemplo as seguintes situações:

[57]NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**: Vol. I. São Paulo, 2003. p. 415.
[58]NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**: Vol. I. São Paulo, 2003. p. 419.
[59]NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**: Vol. I. São Paulo, 2003. p. 420.
[60]NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**: Vol. I. São Paulo, 2003. p. 420.
[61]NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**: Vol. I. São Paulo, 2003. p. 421.

> Um exemplo simples destas obrigações de restituição por enriquecimento sem causa, é aquele do escultor que transforma em estatueta um bloco de mármore, do qual de boa-fé se julga dono, e que terá que se restituir ao proprietário do bloco o valor deste. A estatueta é do artista, porque estava e boa-fé, mas o valor do bloco terá de ser reintegrado no patrimônio de quem era proprietário deste (arts. 1270 e 1271). Exemplo ainda mais significativo, porque mostra bem não ser a existência de um dano que está em causa, mas, antes, a existência injustificada de um acréscimo patrimonial, é aquele que se colhe do art. 181: se um menor vendeu uma jóia e o negócio vem a ser anulado, ele só será obrigado a restituir o preço que recebera, se a tiver dissipado, nada terá de pagar ao comprador, porque o seu patrimônio não registará acréscimo algum[62].

Tais obrigações têm uma finalidade estática, de defesa da esfera jurídica de cada pessoa, mas, também, dinâmica, pois visam transferir para um patrimônio acréscimos que aconteceram em noutro patrimônio, obtidos à custa deste[63]. No direito brasileiro, constituem enriquecimento sem causa o pagamento inválido feito a civilmente incapazes, a realização de benfeitorias por possuidor de boa-fé em coisas alheias, construções e plantações de matérias, entre outros[64].

3.2 OS COMPORTAMENTOS SOCIAIS TÍPICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Fabio Queiroz e Henry Colombi utilizam-se da teoria proposta por Fernando Noronha para apresentar uma concepção das fontes das obrigações apta a enquadrar os comportamentos sociais típicos. Os autores sugerem como fontes mediatas das obrigações a autonomia privada, a responsabilidade civil, a vedação ao enriquecimento sem causa e, por fim, as fontes das obrigações não autônomas, fundadas em uma relação jurídica preexistente[65]. A escolha da

[62]NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**: Vol. I. São Paulo, 2003. p. 422.
[63]NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**: Vol. I. São Paulo, 2003. p. 422.
[64]LÔBO, Paulo. **Direito civil**: obrigações. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.p. 306
[65]PEREIRA, Fabio Queiroz. COLOMBI, Henry. Comportamento Social Típico como fonte de obrigações: análise e aplicabilidade na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Automar Marx (Orgs). **Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 198.

"autonomia privada" como fonte substituiu a categoria que Fernando Noronha designou "obrigações negociais" vez que esta, por limitar-se aos negócios jurídicos, não seria apta a enquadrar os comportamentos sociais típicos. Posicionar os comportamentos sociais típicos, ao lado dos negócios jurídicos em uma categoria ampla denominada "autonomia privada", seria uma alternativa capaz de concretizar a concepção de Larenz e reconhecer esses comportamentos como gerados de obrigações. Conforme constataram os autores, entretanto, tal solução não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro vez que não há norma jurídica alguma a baseá-la[66]. É inegável, entretanto, que esses comportamentos não são irrelevantes para o direito de modo que poderiam, ao menos, ser adequados na categoria do enriquecimento sem causa[67]:

> Por sua natureza, o enriquecimento sem causa sempre irá atuar para evitar atribuições patrimoniais indevidas, tendo em vista seu caráter subsidiário, ou seja, este somente tem espaço quando todas as demais soluções do direito não se adequem à situação. Para além disso, faz-se também presente nas situações de comportamentos sociais típicos o seu pressuposto fundamental: a atribuição patrimonial sem lastro jurídico[68].

Considerando a relevância dos comportamentos sociais típicos para a compreensão dos contratos inteligentes, passa-se a conceituar o enriquecimento em causa para determinar se esses instrumentos poderiam representar situações de locupletamento indevido.

---

[66]PEREIRA, Fabio Queiroz. COLOMBI, Henry. Comportamento Social Típico como fonte de obrigações: análise e aplicabilidade na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Automar Marx (Orgs). **Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 211.

[67]PEREIRA, Fabio Queiroz. COLOMBI, Henry. Comportamento Social Típico como fonte de obrigações: análise e aplicabilidade na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Automar Marx (Orgs). **Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 212.

[68]PEREIRA, Fabio Queiroz. COLOMBI, Henry. Comportamento Social Típico como fonte de obrigações: análise e aplicabilidade na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Automar Marx (Orgs). **Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 213.

3.3 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

De acordo com Caio Mário, o instituto do enriquecimento sem causa entrou em nosso Direito Positivo pela porta do Projeto de Código de Obrigações de 1965, que o disciplinou com caráter autônomo nos artigos 889 e 890[69]. O Código de 2002 estabeleceu que: quem se enriqueceu à custa alheia fica obrigado a restituir o que indevidamente houver recebido, com a correção monetária dos valores, atualizados na data da restituição (Código Civil de 2002, art. 884). Ainda de acordo com o nosso código, se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restitui-la, se a coisa não mais subsistir, a restituição será pelo valor do bem na época em que foi exigido (art. 884).

O enriquecimento sem causa, em si, é fato jurídico *stricto sensu* e, de acordo com Paulo Lobo, são elementos do seu suporte fático: a) a obtenção do proveito, com aumento do patrimônio da pessoa; b) redução correspondente do patrimônio de outrem; c) inexistência de causa lícita para essa obtenção; d) erro de quem presta ou paga (para hipótese de pagamento indevido)[70].

Conceituado o enriquecimento sem causa, passa-se, então, ao seguinte questionamento: os contratos inteligentes podem ser considerados como comportamentos sociais típicos e, por consequência, podem ser enquadrados na categoria do enriquecimento sem causa? Ou seriam simplesmente uma nova maneira de contratar?

3.4 A NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS INTELIGENTES

Os contratos inteligentes, conforme explicitado acima, têm sua conceituação tão ampla quanto o próprio termo "contrato". Podem representar simples máquinas de vendas automáticas ou complexos instrumentos realizados

[69]PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. II –Teoria Geral das Obrigações. 29. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 275.
[70]LÔBO, Paulo**. Direito civil**: obrigações. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.p. 306

por intermédio da tecnologia *blockchain*. Para a determinação da sua natureza jurídica, o ponto nevrálgico parece estar na determinação de autoexecutoriedade, se é forte ou fraca. Se, para Henry Colombi e Daniel Andrade, o que diferencia um contrato inteligente de outras modalidades de contrato é apenas uma característica específica de seu objeto, uma prestação que detenha fatores de autoexecutoriedade, a sua intensidade pode ser determinante para a definição de sua natureza jurídica[71].

Em relação à autoexecutoriedade fraca, exemplificam os autores:

> no sistema de garantia do adimplemento, colocado como cláusula acessória a um contrato de financiamento para a compra e venda de um automóvel, que permite ao credor interromper o funcionamento do carro caso haja o inadimplemento das parcelas do financiamento. Essa modalidade de garantia foi recentemente regulamentada no estado de Nova Iorque por meio do Senate Bill 2484/2018, que reformou o Uniform Commercial Code daquele estado, impondo a necessidade de prévia notificação do devedor para que se pudesse realizar o desligamento automático. Há nesse contrato, claramente, um aspecto autoexecutável, que é a garantia incluída em uma cláusula acessória que ganha eficácia quando do inadimplemento da prestação principal de pagar a parcela do financiamento. Nos demais aspectos, no entanto, trata-se de um contrato de financiamento comum.

Em contratos de autoexecutoriedade fraca, portanto, parece claro que os contratos inteligentes podem ser considerados contratos, na acepção técnica do termo, quando estão presentes os elementos caracterizadores de um instrumento contratual, ou seja, quando há um negócio jurídico bilateral, um "acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de direito patrimonial"[72]. Nesse sentido, a determinação de uma garantia auto executável não teria o condão de modificar a natureza jurídica desse instrumento, mas, tão somente, tornaria peculiar a maneira como a garantia seria executada.

---

[71]ANDRADE, Daniel de Pádua. COLOMBI, Henry. Smarc Contracts: por um adequado enquadramento no Direito Contratual Brasileiro. In: HAVES, Natália Cristina; COLOMBI, Henry (Orgs). **Direito e Tecnologia**: novos modelos e tendências (recurso eletrônico). CPorto Alegre, RS: Editora Fi, 2021. p. 21.

[72]BESSONE, Darcy. **Do Contrato**: Teoria Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 21.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado na hipótese de, em um contrato de compra e venda, o controle das chaves do carro ser entregue mediante um protocolo computacional que prevê que "o controle será transferido para o vendedor quando houver a transferência bancária do comprador ao vendedor." Nessa situação, vê-se claramente um contrato que apenas detém uma peculiar característica em sua execução.

A questão, entretanto, torna-se mais complexa quando pensamos em instrumentos que parecem se assemelhar a um contrato, porém estão integralmente inseridos em um *blockchain*. Seria o caso, por exemplo, de um contrato de compra e venda realizado por meio de um código computacional, inserido em uma *blockchain,* tornando-se completamente imutável e inalterável. É possível imaginar diversas situações que colocariam em xeque o próprio conceito de "contrato", como, por exemplo, a impossibilidade de ser resolvido por onerosidade excessiva ou, ainda, de ser extinto por vícios do consentimento, já mencionadas nesse trabalho. A tecnologia, entretanto, ainda não possibilitou a criação desses contratos que, caso possam ser operacionalizados, representarão um verdadeiro desafio para o direito contratual. A aproximação com a figura contratual se daria apenas por ficção, vez que os contratos inteligentes de autoexecutoriedade forte, na verdade, não poderiam ser considerados "contratos", na acepção clássica do termo.

A figura dos comportamentos sociais típicos, entretanto, não parece adequada para caracterizar esses instrumentos que se assemelham aos contratos pois as obrigações derivadas desses comportamentos derivam de situações tão corriqueiras ou naturalizadas que, por si só, teria o condão de ensejar relações contratuais, a prescindir de um negócio jurídico[73]. As obrigações decorrentes

[73]PEREIRA, Fabio Queiroz. COLOMBI, Henry. Comportamento Social Típico como fonte de obrigações: análise e aplicabilidade na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Automar Marx (Orgs). **Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 201.

desses contratos inteligentes, por outro lado, seriam derivadas de um código computacional, auto executável e inalterável e seu efeito obrigatório não residiria no fato de que um determinado comportamento seria entendido, independentemente da expressão de vontade, mas, sim,[74]na impossibilidade de se descumprir as determinações inseridas em uma *blockchain*.

Assim como foi pensado para os comportamentos sociais típicos, eventuais questões jurídicas derivadas de contratos inteligentes realizados sem a anuência das partes ou eivados de vícios, poderiam ser resolvidas utilizando-se a figura do enriquecimento sem causa pois estaria presente o ganho patrimonial sem lastro jurídico. As inovações tecnológicas podem ter o condão de afastar a natureza jurídica contratual desses contratos inteligentes, porém, como o enriquecimento sem causa tem caráter subsidiário, poderia representar uma solução jurídica para as questões que estão por vir, algumas que já foram, inclusive, antevistas pelos estudiosos do direito contratual.

4. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, foi possível concluir que os contratos inteligentes representam singular desafio para a ciência jurídica. A utilização do termo "contrato", todavia, representa uma aproximação ficta com o direito contratual vez que esses novos instrumentos podem não caracterizar um "contrato", na acepção clássica do termo.

Nesse sentido, pôde-se perceber a importância da determinação do nível de "autoexecutoriedade" dos contratos inteligentes, que pode ser forte ou fraca. Em contratos de autoexecutoriedade fraca, há apenas uma peculiaridade em sua execução, de modo que é possível que os requisitos necessários para a caracterização da figura contratual estejam presentes, ou seja, é possível que se

[74]LARENZ, Karl. O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por meio de Comportamento Social Típico. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. II, n.1, pp.55-64, jan-jun 2006.

identifique um "acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de direito patrimonial"[75]. Em contratos de autoexecutoriedade forte, por outro lado, observou-se o distanciamento da figura contratual clássica vez que, nesses casos, toda a prestação estaria inserida em um *blockchain*, sendo impossível sua resolução por onerosidade excessiva, tampouco sua extinção por vícios do consentimento, o que colocaria em xeque a caracterização como contrato.

Pôde-se concluir, ainda, que a figura dos comportamentos sociais típicos também não é adequada para a caracterização dos contratos inteligentes, porquanto as obrigações derivadas dos contratos inteligentes são oriundas de um código computacional, auto executável e inalterável e seu efeito obrigatório não residiria no fato de que um determinado comportamento seria entendido, independentemente da expressão de vontade, mas, sim, na impossibilidade de se descumprir as determinações inseridas em uma *blockchain.* Por fim, concluiu-se que as eventuais questões advindas dos contratos inteligentes, poderiam ser resolvidas utilizando-se o enriquecimento sem causa pois estaria presente o ganho patrimonial sem lastro jurídico. Os contratos inteligentes totalmente inseridos em um *blockchain* logo serão realidade e estudá-los será cada vez mais necessário e indispensável.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Daniel de Pádua. COLOMBI, Henry. Smarc Contracts: **por um adequado enquadramento no Direito Contratual Brasileiro**. *In:* HAVES, Natália Cristina;

COLOMBI, Henry (Orgs). **Direito e Tecnologia**: novos modelos e tendências (recurso eletrônico). CPorto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

[75]BESSONE, Darcy. **Do Contrato**: Teoria Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 21.

BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores: peculiaridades jurídicas da formação do vínculo**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASSOTTO, Lucas. P2P ou "peer-to-peer": Como funciona uma rede sem intermediários?, 2018. Disponível em: <https://cointimes.com.br/p2p-ou-peer-to-peer-como-funciona/> Acesso em: 20 ju. 2019.

BESSONE, Darcy. **Do Contrato**: Teoria Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CLACK, Christopher D.; BAKSHI, Vikram A., BRAINE, Lee. **Smart Contract Templates: foundations, design landscape and research directions**, 2017. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1608.00771> . Acesso em: 28 fev. 2019

FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; NETO, Edgard Automar Marx (Orgs). **Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro, Forense.

GREVE, F. et al. Blockchain e a Revolução do Consenso sob Demanda. 2018. Disponível em: <http://www.sbrc2018.ufscar.br/wp-content/uploads/2018/04/Capitulo5.pdf> Acesso em: 20 jul. 2019.

IANSITI, Marco; LAKHANI, Karim R. **The Truth about Blockchain**. Disponível em: <https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain>. Acesso em 20 jul. 2019.

LARENZ, Karl. O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por meio de Comportamento Social Típico. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. II, n.1, pp.55-64, jan-jun 2006.

LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet**. São Paulo: Atlas, 2007.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: obrigações**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NAKAMOTO, S. Bitcoin: **A Peer-to-Peer Electronic Cash System**. In: Bitcoin Org, 2008, p.2 Disponível em: https://bitcoin.org/bitcoin.pdf. Acesso em: 26 fev. 2019.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**: Vol. I. São Paulo, 2003.

O que é Ethereum? Disponível em: <https://foxbit.com.br/o-que-e-ethereum/>. Acesso em: 25 jul. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – Vol. III. 21. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. II –Teoria Geral das Obrigações. 29. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos Eletrônicos. Formação e Validade** – aplicações práticas. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2018.

SALES, Lays. **Uma análise dos smart contracts no Direito Brasileiro.** Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/33934/1/2018_tcc_lssousa.pdf> .

SCHREIBER, Anderson. Contratos eletrônicos**. Revista Brasileira de Direito Civil – IBDCivi**l, Rio de Janeiro, vol. 1, jul/set, 2014

SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como Processo**. São Paulo, Bushatsky, 1976.

SIRENA, Hugo Cremonez. Direito dos Contratos: Relações Contratuais de Fato e o Princípio da Boa-fé. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n.5, p. 193-239, 2014.

STARK, John. Making sense of Blockchain Smart Contracts, 2016. Disponível em: < https://www.coindesk.com/making-sense-smart-contracts> .Acesso em: 12 jul.2019.

SWANSON, Tim. **Great Chain of Numbers: a guide to Smart Contracts**, Smart Property and Trustless Asset Managemen (English Edition). São Francisco: Amazon, 2014.

SZABO, NICK. **Formalizing and Securing Relationships on Public Network**, 1997. <http://ojphi.org/ojs/index.php/fm/rt/printerFriendly/548/469>. Acesso em: 26 fev. 2019.

SZABO, Nick. **The Ideia of Smart Contracts**, 1997. Disponível em: <https://nakamotoinstitute.org/the-idea-of-smart-contracts/> Acesso em: 15 jul. 2019.

TEIXEIRA, Luiz; TAVARES, João. **BlockChain: Dos Conceitos às Possíveis Aplicações**, 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/327161498_Blockchain_Dos_Conceitos_as_Possiveis_AplicacoesAcesso em: 28 fev. 2019

ZANITELLI, Leandro Martins. **A noção de contato social, da sociologia à teoria unitária das obrigações de C. do Couto e Silva.** Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/zanitel1.htm>.Acesso em: 20 set, 2019.

SMART CONTRACTS: DEFINIÇÕES, LIMITES E POSSIBILIDADES[76]

Gabriel Gonçalves Santos[77]

RESUMO: Neste trabalho, busca-se investigar um novo fenômeno jurídico-computacional: os *smart contracts* ou contratos inteligentes. Para tanto, na primeira parte, investigam-se os aspectos técnicos da tecnologia *blockchain*; na segunda, tenta-se definir os contatos inteligentes tanto do ponto de vista tecnológico (ser ou ontológico) quanto do ponto de vista jurídico (dever-ser ou deontólógico); na terceira, analisam-se os problemas apresentados por esses contratos e; por fim, na quarta e última parte do trabalho, exploram-se algumas medidas aos problemas identificados, propostas pela literatura especializada.

PALAVRAS-CHAVE: *Smart Contracts*; *Blockchain*; Novas Tecnologias.

INTRODUÇÃO

Neste artigo, buscar-se-á abordar um novo fenômeno contratual, que vem ocupando as mentes tanto de juristas quanto de cientistas da computação: os *smart contracts* ou contratos inteligentes.

O conceito foi pioneiramente proposto ainda em 1996, pelo jurista e cientista da informação Nick Szabo, em seu célebre artigo *Smart Contracts: Building blocks for digital markets*,[78] mas foi somente em 2008 que surgiu o meio técnico que,

[76] Trabalho orientado por Fábio Queiroz Pereira (UFMG).
[77] Mestrando em Direito na UFMG.
[78] SZABO, Nick. **Smart Contracts:** Building Blocks for Digital Markets. p. 01-23. 1996. Disponível em: https://www.alamut.com/subj/economics/nick_szabo/smartContracts.html. Acessado em: 10 set. 2019. p. 2.

posteriormente, possibilitou que a ideia deixasse o papel: a tecnologia *blockchain*.[79]

Há toda uma euforia, tanto por parte de governos quanto de atores privados, ao redor dos *smart contracts*. Propõe-se, por exemplo, seu uso desde em contratos de seguro, financeiros e de compra e venda até sua implementação na promissora indústria da internet das coisas.[80]

O desenvolvimento da tecnologia *blockchain* foi movido pelo desejo libertário de eliminar, da vida econômica, intermediários, como bancos e governos. Os *smart contracts*, que derivam dessa tecnologia, pretendem, da mesma maneira, suprimir a necessidade de os contratos serem executados por tribunais ou por qualquer outro ente. A performance seria, então, garantida por duas características que são próprias a esses contratos: após serem registados em uma *blockchain*, não podem ser modificados, seja pelas partes, seja mesmo pelo Poder Judiciário, e são executados automaticamente.[81]

Não obstante, paralelamente ao entusiasmo de alguns atores (governamentais e privados), os *smart contracts* geram igualmente enorme ansiedade, não só na literatura jurídica, mas, igualmente, na literatura computacional. Porque, no fim, a pergunta que se coloca é: pode realmente um contrato ser, tanto do ponto de vista fático quanto jurídico, independente do sistema legal?[82]

---

[79] CATCHLOVE, Paul. **Smart Contract:** A new era of contract use. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3090226. Acessado em: 11 mar. 2021. p. 1.
[80] BAMBARA, Joseph J.; ALLEN, Paul R. **Blockchain:** A practical guide to developing business, law and technology solutions. New York: McGraw-Hill Education, 2018. p. 37-54.
[81] CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry D.; PONCIBÒ, Cristina. **Smart Contract and Contract Law**. In: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 3-18. p. 5.
[82] DEMARTINI, Claudio; GATTESCHI, Valentina; LAMBERTI, Fabrizio. **Technology of Smart Contracts**. In: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 37-58. p. 53.

Neste artigo, tentar-se-á trazer alguns *insights* a esse questionamento – assim como a outros que lhe perpassa - sem se pretender, evidentemente, esgotar o tema.

A primeira parte do texto tratará, de maneira sucinta, do funcionamento da tecnologia *blockchain*, que, do ponto de vista técnico, viabiliza os *smart contracts*; na segunda, buscar-se-á defini-los tanto do ponto de vista tecnológico (ser ou ontológico) quanto do ponto de vista jurídico (dever-ser ou deontólógico); na terceira, analisar-se-á os problemas gerados por esses contratos e; por fim, na quarta e última seção, serão exploradas algumas medidas - que "fundem" o conhecimento jurídica com o estado da arte da ciência da computação - propostas pela literatura para superar os obstáculos identificados.

1. TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN*

A tecnologia *blockchain* está subjacente aos *smart contracts*. Em outras palavras, é ela o meio técnico que permite a existência dos contratos inteligentes.[83] Essa tecnologia surgiu em 2008, no auge da crise financeira, quando Satoshi Nakamoto - pseudônimo de alguém ou de um grupo anônimo - publicou o *white paper Bitcoin: A peer-to-peer electronic cash system*, que é a origem da famosa moeda digital bitcoin.[84]

Para se compreender os *smart contracts*, é necessário, como primeiro passo, analisá-los no plano do ser ou ontológico, *i. e.*, assimilar a tecnologia *blockchain*, [85] o que se buscará empreender nas subseções seguintes, ainda que suscintamente, dada a complexidade do objeto.

Blockchain *como Bitcoin*

[83] CATCHLOVE, Paul. **Smart Contract:** A new era of contract use. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3090226. Acessado em: 11 mar. 2021. p. 1.
[84] DEMARTINI, Claudio; GATTESCHI, Valentina; LAMBERTI, Fabrizio. **Technology of Smart Contracts**. In: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 37-58. p. 38.
[85] *Ibidem*.

Conforme Bambara e Allen, pode-se, sinteticamente, definir *blockchain* como "[...] um banco de dados que contempla uma cadeia de blocos de tamanhos fixos que incluem 1 de N transações, em que cada transação adicionada a um novo bloco é validada e então inserida no bloco". E, ainda conforme os autores, essa tecnologia também pode ser descrita como "[...] um livro-razão distribuído que registra transações entre duas partes de maneira eficiente e de uma forma verificável e permanente [...]".[86]

Na *blockchain* da Bitcoin, as transações - *e.g.* a transferência de X bitcoins de Alice para Bob - são agrupadas e, então, reunidas em um bloco.[87] Os blocos então vão sendo "encadeados": o posterior, denominado de "*child block*", conecta-se ao anterior, denominado de "*parent block*", pelo armazenamento do *hash* deste. Essa sequência por fim termina no primeiríssimo bloco da cadeia, que a inaugura: o "*genesis block*".[88]

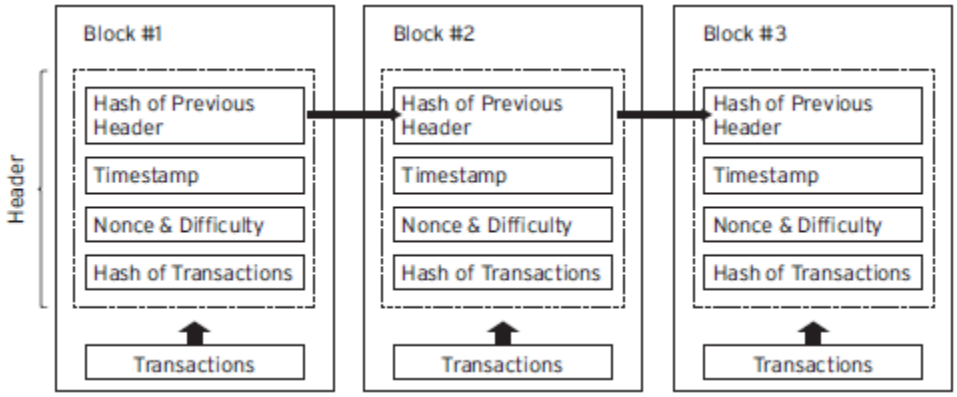
As funções *hashes* tratam-se, conforme Schneier, de "[...] pequenos pedaços de dados que podem servir para identificar objetos digitais muito maiores". Em outras palavras, atuam como verdadeiras "impressões digitais" de arquivos eletrônicos.[89]

Logo, em linhas gerais, pode-se dizer que uma *blockchain* funciona da seguinte maneira: N transações são reunidas em um bloco. Cada bloco (*child block*), então, refere-se ao anterior (*parent block*) por meio do armazenamento do *hash* deste, o que significa dizer que todo *parent block* é igualmente *child block* do anterior. Por meio da sucessão de blocos, constrói-se a "cadeia" ou "corrente", que se inicia no chamado *genesis block*.

---

[86] BAMBARA, Joseph J.; ALLEN, Paul R. **Blockchain:** A practical guide to developing business, law and technology solutions. New York: McGraw-Hill Education, 2018. p. 1-2.
[87] *Ibidem*. p. 1.
[88] ANTONOPOULOS, Andreas M. **Mastering Bitcoin:** Programming the open blockchain. Sebastopol: O'Reilly, 2017. p. 163.
[89] SCHNEIER, Bruce. **Secret & Lies:** Digital security in a networked world. Indianapolis: Wiley Publishing, 2000. p. 94.

Figura 1 - *Blockchain* da Bitcoin simplificada



Fonte: DE FILIPPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. Blockchain and the Law: The Rule of Code. Cambridge: Harvard University Press, 2018. p. 23.

O "encadeamento" dá-se, entretanto, não somente por meio do armazenamento do *hash* do bloco anterior. O que ademais ocorre é que o *hash* do *parent block* é computado no cálculo do *hash* do *child block*. Desse modo, se se quiser alterar as informações de um bloco qualquer e, consequentemente, de seu *hash*, todos os *hashes* dos blocos subsequentes deverão ser igualmente alterados. Esse recalculo de *hashes* de N blocos exige, todavia, um enorme poder computacional, o que inviabiliza tal manobra.[90]

De fato, o protocolo da *blockchain* propositalmente dificulta o cálculo do *hash* - que, ordinariamente, não é dispendioso – ao tornar obrigatório a resolução de um difícil problema matemático, denominado de "*proof-of-work*" (prova de trabalho)[91]. Tal *puzzle* baseia-se na seguinte propriedade matemática das chamadas *one-way functions*: há certos cálculos que são fáceis de serem

[90] ANTONOPOULOS, Andreas M. **Mastering Bitcoin:** Programming the open blockchain. Sebastopol: O'Reilly, 2017. p. 163-164.
[91] DE FILIPPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. **Blockchain and the Law:** The rule of code. Cambridge: Harvard University Press, 2018. p. 23.

efetuados em uma direção, mas difíceis de o serem na direção oposta, *e. g.* descobrir os fatores a partir do produto de dois grandes números primos.[92]

Esse processo é denominado de "*mining*" (mineração) e é efetuado pelos "*miners*" (mineradores). Estes são os participantes, ou, em outras palavras, os "*nodes*" (nós) da rede.[93] Qualquer pessoa pode ser um nó[94] e todos possuem a mesma cópia do livro-razão, *i. .e*, do registro das transações,[95] que é, justamente em razão dessa propriedade, denominado de livro-razão distribuído. Não há autoridade central nem hierarquia entre os nós, que são "pares" uns dos outros, iguais entre si. A essa arquitetura de rede, descentralizada e horizontalizada, dá-se o nome de *peer-to-peer* (P2P, ponto a ponto).[96]

Quando um dos mineradores, por meio da simples metodologia da "tentativa e erro", encontra o resultado da prova de trabalho, propaga-o pela rede. Cada nó então confere, individualmente, se a resposta está correta – tarefa que, em razão da característica das *one-ways functions*, é muito mais fácil que solucionar o problema. Se a resposta for positiva, o nó adiciona o novo bloco a sua cópia local da *blockchain*, atualizando-a. Se a maioria dos nós (regra dos 51%) também o fizer, então, presumivelmente, as novas transações são legítimas.[97]

---

[92] DE LEON, Daniel Conte; et al. **Blockchain:** Properties and misconceptions. Asia Pacific Journal of Innovation and Entrepreneurship. Bingley: Emerald Publishing. v. 11, n. 03, p. 286-300, Dez. 2017. p. 291.

[93] ANTONOPOULOS, Andreas M. **Mastering Bitcoin:** Programming the open blockchain. Sebastopol: O'Reilly, 2017. p. 139

[94] Na verdade, há três tipos de *blockchains*: públicas, consorciais e privadas. Apenas naquelas qualquer pessoa pode de fato ser um minerador. Esse foi o modelo visualizado pelos criadores da Bitcoin. Nas consorciais, os mineradores são pré-selecionados e a permissão para registrar na cadeia e/ou ler as transações pode ser pública ou privada. Já nas privadas, apenas uma única organização tem o poder de efetuar registros e a capacidade de ler as transações pode ser pública ou restrita. BAMBARA, Joseph J.; ALLEN, Paul R. **Blockchain:** A practical guide to developing business, law and technology solutions. New York: McGraw-Hill Education, 2018. p. 13-14.

[95] BAMBARA, Joseph J.; ALLEN, Paul R. **Blockchain:** A practical guide to developing business, law and technology solutions. New York: McGraw-Hill Education, 2018. p. 4.

[96] ANTONOPOULOS, Andreas M. **Mastering Bitcoin:** Programming the open blockchain. Sebastopol: O'Reilly, 2017. p. 139.

[97] DE FILIPPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. **Blockchain and the Law:** The rule of code. Cambridge: Harvard University Press, 2018. p. 23-24.

A natureza distribuída e o mecanismo de consenso da prova de trabalho fazem com que modificar a *blockchain* seja extremamente custoso, de maneira que – ao menos em tese - nenhum indivíduo tem, a sua disposição, poder computacional suficiente para hackeá-la. Ademais, por ser descentralizada, há diversas cópias do livro-razão espalhadas por milhares de computadores, distribuídos por todo o globo, o que torna factualmente impossível a uma instituição centralizada, *e. g.* um governo, derrubar em definitivo a rede, além de bastante improvável que todas as cópias se percam. O desenho técnico da *blockchain*, portanto, faz com que ela seja considerada *tamper-resistant*,[98] *i. e.*, altamente resistente a modificações, adulterações e a controles externos.

Mas toda rede descentralizada, e a *blockchain* não é exceção, possui um "calcanhar de aquiles": é o chamado ataque Sybill, também conhecido como "*51% attack*". Como não há autoridade central, há o risco de de usuários mal-intencionados criarem uma quantidade N de perfis – ou, de alguma forma, controlá-los – a ponto de terem, sob seu poder, mais de metade da capacidade de processamento da rede, o que lhes tornariam capazes de falsear o consenso,[99] adicionando transações fraudulentas e/ou excluindo as hígidas.

A resposta encontrada por Nakamoto a tal ponto fraco foi justamente a implementação da prova de trabalho, que se torna cada vez mais difícil, ou seja, gradativamente exige maior capacidade de processamento, na medida em que mais mineradores ingressam na rede. Mas não só. Há ainda a atribuição de uma compensação em *bitcoins* ao minerador que primeiro resolver uma prova de trabalho. Assim, os custos em tentar burlar os protocolos da rede tornam-se maiores que os benefícios, desincentivando comportamentos desonestos.[100]

---

[98] *Ibidem*. p. 35-37

[99] WERBACH, Kevin. **Trust, But Verify:** Why the blockchain needs the law. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2844409. Acessado em: 11 mar. 2021. p. 502-506.

[100] *Ibidem*.

Por fim, é importante salientar que *blockchain* e Bitcoin não são termos sinônimos, ainda que corriqueiramente assim sejam tratados. De fato, aquela nasceu para dar vida a esta, [101] mas há, todavia, uma miríade de outras possibilidades de aplicação da tecnologia (ademais de outras tantas criptoemoedas que surgiram posteriormente), como: títulos digitais, rastreamento de bens e pagamentos, internet das coisas, sistemas eleitorais,[102] e claro, relações contratuais.

Na próxima subseção, será analisada a plataforma Ethereum, que foi a primeira *blockchain* capaz de processar códigos mais sofisticados: os *smart contracts*.[103]

Ethereum

A Bitcoin, desde seu lançamento, apresentou alto crescimento e despertou grande entusiasmo de atores privados. Com o tempo, começou-se a imaginar novas moedas e outros usos para além da simples transferência de dinheiro virtual, mas logo os desenvolvedores se depararam com as limitações da plataforma.[104]

Entre os problemas identificados, tem-se a baixa escalabilidade da rede, que somente minera um bloco a cada 10 minutos, o que significa que a capacidade de processamento da Bitcoin é de cerca de 7 transações por segundo, muitíssimo inferior, por exemplo, ao sistema de cartão de crédito Visa, que, sozinho, processa, no mesmo intervalo, cerca de 10 mil transações.[105]

---

[101] FINCK. Michèle. **Blockchain**: Regulating the unknown. German Law Journal, vol. 19, n. 4, jul. 2018, p. 665-692. p. 668.
[102] *Ibidem*. p. 671-672.
[103] DE FILIPPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. **Blockchain and the Law:** The rule of code. Cambridge: Harvard University Press, 2018. p. 27.
[104] *Ibidem*.
[105] WERBACH, Kevin. **Trust, But Verify:** Why the blockchain needs the law. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2844409. p. 512. Uma das propostas para o problema da escalabilidade é a adoção de um novo mecanismo de validação, denominado de "*proof-of-stake*. Seu conceito é selecionar os mineradores entre os nós que têm as maiores quantias de criptomoeda, porque se presume que são eles os mais interessados em preservar a integridade da rede, porque, caso seja ela, de alguma maneira, violada, espera-se que o ativo perca valor de mercado. Com a limitação do processo de mineração a um grupo mais reduzido, busca-se aumentar a velocidade e, consequentemente, a escalabilidade da rede. DEMARTINI, Claudio;

Ademais, a linguagem de programação empregada pela Bitcoin não suporta outros tipos de transação além das financeiras, *i .e.*, das simples transferências de *bitcoins* entre partes quaisquer. [106]

Essas limitações estimularam o surgimento de propostas tanto para se alterar o protocolo da Bitcoin quanto de lançamento de novas plataformas, entre as quais se destaca a Ethereum, surgida em 2015.[107]

Entre suas singularidades, tem-se sua moeda digital ether e seu processo de validação, que leva cerca de 12 segundos. Mas o seu grande diferencial está em sua linguagem de programação, denominada de Solidity, que tem a característica de ser Turing-completa, o que permite à chamada Ethereum Virtual Machine (EVM) - a parte do protocolo que funciona como uma espécie de "máquina virtual descentralizada" - processar os *smart contracts*, e não apenas simples transferências de moedas, como a Bitcoin.[108]

Por fim, é interessante destacar que os *smart contracts* podem ser executados em outras plataformas, *e. g.* Axoni Core, Corda, Digital Asset Platform e Hyperledger Fabric,[109] mas a Ethereum é hoje o *player* dominante em matéria de *smart contract*[110], razão pela qual se optou por analisá-la em particular.

GATTESCHI, Valentina; LAMBERTI, Fabrizio. **Technology of Smart Contracts**. In: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 37-58. p. 41.

[106] DE FILIPPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. **Blockchain and the Law:** The rule of code. Cambridge: Harvard University Press, 2018. p. 27.

[107] *Ibidem*.

[108] *Ibidem*. p. 27-28.

[109] BAKSHI, Vikram A.; BRAINE, Lee; CLACK, Christopher Clack. Smart Contract **Templates:** Foundations, design landscape and research directions. Aug. 4, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/305779577_Smart_Contract_Templates_foundations_design_landscape_and_research_directions_CDClack_VABakshi_and_LBraine_arxiv160800771_2016/link/5924238ea6fdcc4443ff2f6a/download. Acessado em: 14 fev. 2021. p. 1.

[110] JACCARD, Gabriel Olivier Benjamin. **Smart Contracts and the Role of Law.** Jusletter IT. 23 nov. 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3099885. Acessado em: 11 mar. 2021. p. 3.

2. *SMART CONTRACTS*: DEFINIÇÕES

Na seção anterior, buscou-se explicar, ainda que resumidamente, a tecnologia que está subjacente aos *smart contracts*, qual seja, a *blockchain*. Dessa maneira, nas próximas subseções, será possível analisá-los tanto do ponto de vista do ser ou ontológico (como exatamente funcionam esses softwares?) quanto do ponto de vista do dever-ser ou deontológico (são eles de fato, para o direito, contratos?).

É interessante a distinção que Durovic e Janssen fazem entre os conceitos de "*smart contract code*" e de "*smart legal contract*": o primeiro refere-se ao código de computador que "[...] é armazenado, verificado e executado em uma *blockchain* [...]", em outras palavras, o plano do ser desse fenômeno jurídico-informacional; o segundo, por sua vez, é a junção de um *smart contract code* com a "[...] linguagem legal tradicional",[111] *i. e.*, quando o ser corresponde ao dever-ser, dando origem, dessa maneira, conforme a técnica jurídica, a um contrato no sentido legal.

Smarts Contracts *do Ponto de Vista Técnico: Ser*

De acordo com o pioneiro Szabo, a ideia básica por trás dos *smart contracts* é que "[...] muitas cláusulas contratuais (garantias reais, fiança, delimitações de direitos de propriedade, etc.) podem ser inseridas em hardware e software com que lidamos, de maneira a tornar oneroso o incumprimento (se desejável, proibitivo)", e conceitua esses contratos como "[...] um conjunto de promessas, especificado em forma digital, que inclui protocolos de acordo com os quais as partes cumprem suas promessas".[112]

---

[111] DUROVIC, Mateja; JANSSEN, André. **Formation of Smart Contracts under Contract Law**. *In*: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 61-79. p. 63.

[112] SZABO, Nick. **Smart Contracts:** Building blocks for digital markets. p. 01-23. 1996. Disponível em: https://www.alamut.com/subj/economics/nick_szabo/smartContracts.html. Acessado em: 10 set. 2019. p. 2.

Não obstante, pese o esforço precursor de Szabo, não há, na literatura, um consenso quanto ao conceito de contrato inteligente. Há dois pontos principais de divergência; se o uso da tecnologia *blockchain* é condição *sine qua non* e se há o emprego de inteligência artificial.

Quanto à primeira questão, Savelyev salienta que, caso se reduza os *smart contracts* à mera automatização contratual, então eles não representarão nenhuma novidade às já bem conhecidas máquina de vendas automáticas, ou mesmo a ancestral máquina grega Pneumatika, datada de 62 a.C., que liberava uma certa quantidade de "água sagrada" quando nela inserida uma peça de dracma.[113]

É interessante notar, ademais, que, de acordo com Borgogno, pese a definição original de *smart contract* não prever o uso dos livros-razões distribuídos – até porque, pode-se argumentar, essa tecnologia sequer existia - não os considerar, todavia, no conceito de *smart contract*, não permite compreender todo o interesse recente por eles: não seriam muito diferentes dos modelos de negócios de plataformas como a Amazon, a Netflix e o iTunes. [114]

De fato, o uso da tecnologia *blockchain*, que, como visto, tem a característica de ser *tamper-proof*, faz com que os *smart contracts* não precisem de terceiros de confiança – inclusive do Estado - para serem cumpridos, ou que as partes se conheçam. Tem-se, ao invés, o que alguns autores denominam de *trustless trust*, *i. e.*, a confiança passa a repousar não mais nas instituições ou nas pessoas, mas sim em códigos de computador.[115]

---

[113] SAVELYEV, Alexander. **Contract law 2.0:** 'Smart' contracts as the beginning of the end of classic contract law. Information & Communications Technology Law, 2017. Disponível em: https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600834.2017.1301036. Acessado em: 12 abr. 2021. p. 5-6. Dracma é uma antiga moeda grega.

[114] BORGOGNO, Oscar. **Usefulness and Dangers of Smart Contracts in Consumer Transactions**. In: In: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 288-310. p. 289.

[115] WERBACH, Kevin. **Trust, But Not Verify:** Why the blockchain needs the law. 2018. BERKELEY TECHNOLOGY LAW JOURNAL. vol. 33, n. 489. p. 490-552. Disponível em:

No que concerne a se há ou não o emprego de inteligência artificial, é interessante a diferenciação promovida por Casey e Niblett entre os *smart contracts* e o que eles denominam de *self-driving contracts*. Para os autores, aqueles têm como traço diferenciador o fato de a execução ser automática e a desnecessidade de intermediários. [116] Mas não são os contratos inteligentes efetivamente "inteligentes", porque seguem a lógica de "se x, então y", ou seja, todo o seu protocolo é previamente programado pelas partes, *ex ante*; toda a atividade do contrato é "mecânica".

Já os *self-driving contracts*, por sua vez, fazem uso de inteligência artificial e aprendizagem de máquina, de maneira que as partes, *ex ante*, somente definem os objetivos gerais que pretendem alcançar. O computador, a seu turno, "traduz" tais objetivos para "diretivas específicas", que são flexíveis e atualizadas a todo momento, conforme mudam as circunstanciais externas. Esses contratos seguem a lógica, portanto, de "dado o cenário x, a opção mais eficiente é y".[117]

Dessa maneira, parece ser razoável considerar que, nos *smart contracts*, a) não há o emprego (ao menos obrigatório) de IA e b) o uso da tecnologia *blockchain* é condição *sine qua non*. Na literatura, a definição de Caria parece compreender bem esse dois pontos, o que faz valer a pena reproduzi-la:

> Logo, podemos definir *smart contracts* descentralizados[118] como qualquer um acordo digital que é: (a) escrito em código de computador (portanto, um pedaço de software), (b) executado em uma *blockchain* ou DLTs[119]

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2844409. Acessado em: 11 mar. 2021. p. 499-500.

[116] CASEY, Anthony J.; NIBLETT, Anthony. **The Self-Driving Contracts**. The Journal of Corporation Law. Iowa City: The University of Iowa College of Law, vol. 43, n. 01, p. 01-33, 2017. p. 5.

[117] *Ibidem*. p. 2

[118] É descentralizado porque, conforme Caria, não há um banco de dados ou registro central. CARIA, Riccardo de. **Definitions of Smart Contracts:** Between law and code. In: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 19-36. p. 21.

[119] Caria explica que, comumente, *blockchain* e DLT (sigla em inglês para tecnologia de livro-razão distribuído) são usados como termos sinônimos. Esta foi a opção adota neste artigo. CARIA, Riccardo de. **Definitions of Smart Contracts:** Between law and code. In: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 19-36. p. 19.

> similares (portanto, descentralizado), e (c) executado automaticamente sem qualquer necessidade de intervenção humana (portanto, inteligente). (CARIA, Riccardo de. Definitions of Smart Contracts: Between law and code. In: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 19-36. p. 24)

Um exemplo de *smart contracts* é este apresentado por Catchlove:

Figura 2: Codificando para A Compra de Uma Propriedade Residencial[120]

```
Purchase of Residential Property {
        salePrice = $1,000,000
        purchaser = Mary Jones
        vendor = Peter Smith
        asset = 88 Smith Street, Brisbane
        expiryDate = 30 November 2017
    function exercise ( ) {
        If Message Sender = purchaser, and
        If Current Date < expiryDate, then
            purchaser send(salePrice) to vendor, and
            vendor send(asset) to purchaser
        }
}
```

Na figura, representa-se a programação de um contrato de compra e venda de um imóvel, onde se vê: as condições e algumas características da oferta (*salePrice*, *purchaser*, *vendor*, *asset*, *expiryDate*) e; um protocolo (*function exercise*) no qual se prevê que, se (*if*) o comprador (*purchaser = Mary Jones*) transferir ao vendedor (*vendor = Peter Smith*) a quantia acordada (*salePrice = $ 1,000,000*), antes do dia 30/11/17 (*expiryDate = 30 November 2017*), automaticamente, será transferida ao comprador a propriedade do imóvel (*asset = 88 Smith Street, Brisbane*).

[120] CATCHLOVE, Paul. **Smart Contracts:** A new era of contract use. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3090226. Acessado em 11 mar. 2021. p. 7.

Todavia, no exemplo apresentado acima, seria necessário, para o seu funcionamento: a) haver algum mecanismo de conexão entre a *blockchain* e o sistema cartorial ou; b) que o título de propriedade seja digital (*smart property*). [121]

A primeira hipótese é exemplo do que a literatura denomina de oráculo, *i. e.*, um provedor que fornece à *blockchain* dados que lhe são externo (*input*).[122] No caso, seria o registro da transferência do imóvel, o que inverteria o protocolo: o oráculo informaria (*input*) ao *smart contract* a ocorrência de tal registro e então transferiria automaticamente a quantia acordada (que ficou indisponível ao comprador a partir de firmado o contrato) ao vendedor.

A segunda hipótese, por sua vez, é exemplo do que se denomina de *smart property*, que é a intersecção entre os *smart contracts* e a internet das coisas.[123] No caso analisado, a escritura pública da residência seria digital, podendo mesmo estar registrada na própria *blockchain* - que não deixa de ser um banco de dados. Assim, uma vez transferida a quantia acordada, antes da data de expiração, transferir-se-ia, automática e digitalmente, a titularidade do imóvel.

Por fim, é importante salientar que, conforme de Filippi e Wright, podem existir o que denominam de "contratos híbridos". Em outras palavras, têm as partes a opção de registrar parte de um contrato por meio de um *smart contract* e parte em formas tradicionais. Ainda considerando o contrato da Figura 1, vê-se que, para as cláusulas referentes à execução, optou-se por um *smart contracts*; mas, se porventura houver cláusulas que contenham termos jurídicos indeterminados, *e. g.* "boa fé", não passíveis de serem expressos em linguagem de computador, há a possibilidade de se usar, para essas cláusulas, a forma escrita.[124]

---

[121] CATCHLOVE, Paul. **Smart Contracts:** A new era of contract use. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3090226. Acessado em 11 mar. 2021. p. 8.
[122] BAMBARA, Joseph J.; ALLEN, Paul R. **Blockchain:** A practical guide to developing business, law and technology solutions. New York: McGraw-Hill Education, 2018. p. 39.
[123] *Ibidem*. p. 42.
[124] DE FILIPPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. **Blockchain and the Law:** The rule of code. Cambridge: Harvard University Press, 2018. p. 76-77.

Smart Contract *do Ponto de Vista Jurídico: Dever-Ser*

Na literatura, tanto nacional quanto estrangeira, perdura a questão se são os *smart contracts* contratos na concepção legal. Analisando o problema do ponto de vista do *common law,* Landy, McKinney e Wilka afirmam que, para um *smart contract* ser legalmente vinculante, deve possuir todos os atributos exigidos a qualquer contrato: oferta, aceitação, consideração, mutualidade das obrigações,[125] capacidade das partes e objeto lícito.[126]

Mais especificamente quando à oferta e à aceitação, os autores reiteram que, aos *smart contracts*, serão exigidos os mesmos requisitos a que estão submetidos qualquer contrato. Por exemplo, quando se colhe o consentimento pela apresentação de um box contendo os termos contratuais, em que o contratante deve clicar em um aviso como: "aceito os termos de serviço", este deve ser satisfatoriamente chamativo.[127]

Já sob a ótica do ordenamento brasileiro, Guimarães e Castro buscam analisar a questão apoiando-se na clássica doutrina de Enzo Roppo,[128] que, em sua obra O Contrato, afirma que, a todo contrato, está associado um elemento

---

[125] De acordo com Werbach e Cornell, em um *smart contract*, não há realmente uma troca de promessas ou de obrigações, afinal, nada é deixado para se cumprir posteriormente, o que, não obstante, não é um impedimento para o seu reconhecimento como contrato no sentido legal, haja vista que nem todo contrato posterga sua execução para um momento futuro. WERBACH, Kevin; CORNELL. **Contracts *Ex Machina***. *Duke Law Journal*. Durham: Duke University School of Law. v. 67, n. 02, p. 313-382, Nov. 2017. p. 341. No direito brasileiro, há a figura dos contratos de execução imediata ou instantânea, como a compra e venda à vista, em que nada é deixado para ser executado posteriormente. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** Contratos. 3. vol. 19. ed. Revisor e Atualizador: Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 62.

[126] LANDY, Rachel; McKINNEY, Scott A.; WILKA, Rachel. **Smart Contracts, Blockchain, and the Next Frontier of Transactional Law**. Washington Journal of Law, Technology & Arts. 13. vol. apr. 1, 2018. p. 323. Os autores partem do pressuposto de que todos os últimos quatro atributos (consideração, mutualidade, capacidade e objeto lícito) são possíveis de estar presentes em um *smart contract*, e somente analisam mais detidamente os aspectos da oferta e da aceitação (formação): "nós discutiremos a formação dos contratos na Parte II infra. No resto desta Parte, assumiremos que o *smart contract* fora formado em conformidade com o regime legal aplicável". *Ibidem*.

[127] *Ibidem*. p. 326.

[128] CASTRO, Maria Clara Versiani; GUIMARÃES, Luíza Resende. **Afinal, *Smart Contracts* São Contratos?** Natureza jurídica a partir de uma leitura sociológica. *In*: CHAVES, Natália Cristina; COLOMBI, Henry (org.). Direito e Tecnologia: Novos modelos e tendências. Porto Alegre: Fi, 2021. p. 36-64. p. 37.

fático, qual seja, uma operação econômica (contrato-operação econômica). Mas contrato é, antes de tudo, um termo jurídico que possui, no plano lógico, autonomia. Pensar de maneira distinta, inclusive, implica, de acordo com o autor italiano, a impossibilidade de existir uma "ciência do direito".[129]

Não obstante, o conceito de contrato não é um fim em si mesmo, não existe por si só, mas se trata de uma formalização jurídico (contrato conceito-jurídico) que tem sempre em vista uma operação econômica. Trata-se de uma "veste jurídica" da operação econômica, que leva a incidir nesta, então, todo o universo próprio de conceitos e categorias que compõem o direito.[130]

Assim, Guimarães e Castro, apoiando-se na doutrina de Roppo, concluem que os *smart contracts* podem ser considerados como contratos no sentido jurídico, porque: a) a eles subjaz uma operação econômica, como pode ser atestado no exemplo da Figura 1; b) o direito dos contratos é regido pelo princípio da liberdade das formas; c) há manifestação de consentimento.[131]

Caria, do ponto de vista do direito italiano, chega muito próximo à conclusão de Guimarães e Castro (e sem citar o compatriota Roppo). Conforme o autor, naquele país, contrato é definido como um acordo entre duas ou mais partes que tem como objetivo estabelecer, regular ou extinguir uma relação legal que tenha dimensão econômica. São requisitos exigidos pela lei italiana: a) acordo de vontades; b) causa; c) objeto; e d) forma, quando prescrita em lei. Todas essas condições, afirma Caria, são facilmente atingíveis tanto por contratos tradicionais quanto pelos *smart contracts*.[132]

---

[129] ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 7-9.
[130] *Ibidem*. p. 9.
[131] CASTRO, Maria Clara Versiani; GUIMARÃES, Luíza Resende. **Afinal, *Smart Contracts* São Contratos?** Natureza jurídica a partir de uma leitura sociológica. *In*: CHAVES, Natália Cristina; COLOMBI, Henry (org.). Direito e Tecnologia: Novos modelos e tendências. Porto Alegre: Fi, 2021. p. 36-64. p. 52.
[132] CARIA, Riccardo de. **Definitions of Smart Contracts:** Between law and code. In: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 32.

Se se adota um conceito mais amplo, como o de Pereira, para quem "[...] contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direito",[133] ou seja, em que o elemento operação econômica não se faz presente, chega-se, naturalmente, as mesmas conclusões de Castro e Guimarães e de Caria, que partiram de definições de contrato mais estreitas.

Enfim, como bem explicam Durovic e Janssen, em um *smart contract*, há tanto oferta quanto aceitação, como em qualquer contrato: *e. g.* em uma plataforma como a Ethereum, um das partes publica o *smart contract* na rede - ou, em outras palavras, faz uma oferta pública - e uma outra parte, por sua vez, aceita-a.[134] Presente, então, a formação do consentimento nos *smart contracts*, que pouco se diferencia de um contrato qualquer firmado em ambiente digital.

Os *smart contracts* igualmente têm, repete-se, como constatado no exemplo da Figura 1, a capacidade de modificar relações jurídicas.

Por fim, o direito dos contratos é regido pelo princípio da informalidade, e sobre o tema, Durovic e Janssen afirmam que: "[a] liberdade contratual é um dos pilares da lei contratual e determina que as partes devem ser livres para registrar suas negociações em qualquer forma e em qualquer língua que desejarem". Podem até mesmo escolher um idioma morto, como o latim, e nada impede que optem pela linguagem de computador. Ademais, o direito inglês – e pode-se estender a conclusão à família romano-germânica – adaptou-se bem a novas formas de comunicação, como o telégrafo e o e-mail, e o mesmo deve ocorrer em relação aos *smart contracts*.[135]

---

[133] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** Contratos. 3. vol. 19. ed. Revisor e Atualizador: Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 7.
[134] DUROVIC, Mateja; JANSSEN, André. **Formation of Smart Contracts under Contract Law**. *In*: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 61-79. p. 67.
[135] *Ibidem*. p. 68-69.

O princípio da liberdade das formas é, de fato, característico deste tempo, diferentemente, por exemplo, do que ocorria no direito romano, impregnado pelo formalismo. Ou seja, o que em regra se exige, hodiernamente, é somente que o meio escolhido seja hábil para transmitir, de maneira clara ao destinatário, a mensagem do declarante.[136]

Este é o posicionamento adotado pelo direito brasileiro, estando o princípio da informalidade previsto no art. 107 do Código Civil. Desprezam-se rigorismos maiores, exceto para alguns tipos contratuais solenes, em que a forma é requisito de validade (*ad solemnitatem*), como no contrato de doação, quando não é ela de pequeno valor (art. 541 do CC).[137]

De tudo o que foi explanado, conclui-se que um *smart contract* pode ser visto como uma nova forma contratual, mais uma disponível às partes, tais quais a escrita e a oral. Moreira é preciso ao afirmar que "[...] um *smart contract* não é propriamente um contrato, mas um tipo 'inteligente' de instrumento contratual [...] [que, *e. g.*] substitui o instrumento de papel".[138]

A princípio, não parece haver óbice para o reconhecimento dos contratos inteligentes como uma nova forma contratual. Todavia, conforme se verá na próxima seção, eles apresentam enormes dificuldades, notadamente em razão de serem imodificáveis e de utilizarem linguagem de programação. Tais inconveniências podem até mesmo representar sérios impedimentos ao reconhecimento da legalidade dos *smart contracts*.

---

[136] ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. 96-97.

[137] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** Contratos. 3. vol. 19. ed. Revisor e Atualizador: Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 31-32.

[138] MOREIRA, Rodrigo. **Investigação Preliminar sobre A Natureza e Os Critérios De Interpretação dos *Smart Contracts***. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5111812/mod_resource/content/0/MOREIRA%20Uma%20investigação%20preliminar%20sobre%20a%20natureza%20dos%20smart%20contracts.pdf. Acessado em: 27 abr. 2021

3. LIMITAÇÕES DOS *SMART CONTRACT*

Conforme o que já foi exposto, pode-se dizer que são três as características principais de um *smart contract*: a) ser escrito em linguagem de programação; b) ser automático e; c) ser imodificável. Em razão delas, a literatura aponta como grandes vantagens dos contratos inteligentes: garantir, *ex ante*, a execução exata das obrigações, sem necessitar e permitir qualquer intervenção humana, seja das partes, seja do Poder Judiciário e; redução de custos, o que pode significar a abertura de novas oportunidades econômicas que até agora se mostraram inviáveis pela ausência do elemento confiança.[139]

A essa pretensa desnecessidade e impossibilidade de qualquer intervenção humana em um *smart contract*, seja para alterá-lo, seja para impedir sua execução, dá origem, de acordo com parte da literatura, a um novo "corpo legal", denominado *lex cryptographia*. Conforme de Filippi e Wright, trata-se de "[...] um conjunto de regras administradas por meio de *smart contracts* e organizações descentralizadas (e potencialmente autônomas)".[140] Busca-se preterir as regulações ordinárias e o sistema judicial em favor da "regulação por código [de computador]".[141]

Um caso interessante que exemplifica tal concepção foi a estratégia adotada pela Uber em Buenos Aires. O governo da capital argentina proibiu que as operadoras de cartão de crédito processassem transações da empresa, depois

---

[139] BORGOGNO, Oscar. **Usefulness and Dangers of Smart Contracts in Consumer Transactions**. Technology of Smart Contracts. *In*: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 288-310. p. 291-292.

[140] Tais organizações autônomas descentralizadas (DAO, na sigla em inglês) são, muito resumidamente, a junção de vários *smart contracts*, que formam uma organização administrada conforme regras e procedimentos predefinidos, não se recorrendo, portanto, a modelos de negócio tradicionais. DE FILIPPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. **Decentralized Blockchain Technology and The Rise of Lex Cryptographia**. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664. Acessado em: 14 dez. 2020. p. 15-16.

[141] DE FILIPPI, Primavera, WRIGHT, Aaron. **Decentralized Blockchain Technology and The Rise of Lex Cryptographia**. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664. Acessado em: 14 dez. 2020. p. 47-48

que esta violou regulações locais. Não obstante, a plataforma firmou uma parceria com a Xapo, serviço de cartão de crédito que utiliza bitcoin, tornando, portanto, impossível que a administração municipal impedisse os pagamentos.[142]

Evidentemente, para qualquer Estado, tentar burlar o ordenamento jurídico representa um problema a ser combatido permanentemente. E esse não é o único desafio que os *smart contracts*, a despeito dos benefícios apresentados, acarretam e que vêm preocupando tanto juristas quanto cientistas da computação.

Há, ademais, a grande diferença entre a linguagem natural – também chamada, nesse contexto, de *wet code* – e a linguagem de programação – por sua vez, denominada de *dry code*. Aquela possui uma série de nuances e possibilita interpretações subjetivas, diferentemente desta, que tem natureza objetiva e não permite múltiplas significações.[143]A linguagem de código não é adequada, por exemplo, a cláusulas contratuais que preveem termos jurídicos indeterminados, *e. g.* "boa-fé", "diligentemente", "o mais rápido possível", etc.[144]

Outrossim, nem sempre as partes desejam executar, na literalidade, o que foi previsto no instrumento contratual, e muitas das obrigações pactuadas são de fato construídas "na prática diária". Modificações e emendas são corriqueiramente bem-vindas em razão de mudanças nas circunstâncias fáticas, sendo da natureza dos negócios tal mutabilidade. Pode-se mesmo, em determinadas situações, tornar-se, do ponto de vista econômico, mais vantajoso

---

[142] WERBACH, Kevin. Trust, But Verify: Why the Blockchain Needs the Law. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2844409. Acessado em: 11/03/2021. p. 509. A América Latina, inclusive, em razão da desconfiança generalizada em relação aos sistemas político e financeiro, é a região que tem presenciado as adoções mais agressivas da bitcoin. *Ibidem*, p. 510.

[143] CANNARSA, Michel. **Contract Interpretation**. *In*: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 102-117. p. 111.

[144] DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina. **Smart Contracts**: Contractual and noncontractual remedies *In*: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 118-140. p. 120-121.

descumprir um determinado contrato, arcando-se com as indenizações, do que o cumprir.[145]

Na literatura nacional, Efing e dos Santos concluem que os *smart contracts* são incompatíveis com a função social dos contratos, norma principiológica positivada no art. 421 do CC e que busca sua fundamentação na própria CRFB/88. Os autores justificam tal conclusão alegando que nem mesmo diante de um flagrante prejuízo à coletividade uma ordem judicial seria hábil a obstar os efeitos de um *smart contract*.[146]

E eles não estão sozinhos quanto a considerar os contratos inteligentes incompatíveis com o direito brasileiro, ou mesmo antieconômicos. Divino, por exemplo, defende que o fato de serem eles a "perfeita expressão" do princípio *pacta sunt servanda* implica a necessidade de as partes preverem toda e qualquer hipótese econômica e jurídica que possa ocorrer, elevando sensivelmente os custos pré-contratuais. Além disso, a inflexibilidade apresentada pelos *smart contracts* é conflitante com institutos como a exceção de contrato não cumprido e a teoria da imprevisão. O uso dos contratos inteligentes, finaliza o autor, considerando o estado da arte da tecnologia, representa uma violação à autonomia privada, porque inviabiliza o exercício de direitos.[147]

Andrade e Colombi, por sua vez, concluem que tais contratos são incompatíveis com a teoria do adimplemento substancial, porque há uma

---

[145] BORGOGNO, Oscar. **Usefulness and Dangers of Smart Contracts in Consumer Transactions**. Technology of Smart Contracts. *In*: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 288-310. p. 293.

[146] EFING, Antônio Carlos; SANTOS, Adrielly Pinho dos. **Análise dos *Smart Contracts* à Luz do Princípio da Função Social dos Contratos no Direito Brasileiro**. Direito e Desenvolvimento: Revista do programa de pós-graduação em direito; mestrado em direito e desenvolvimento sustentável, João Pessoa, v. 9, n. 2, p. 49-64, ago./dez. 2018. Acessado em: https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/755 Disponível em: 11 mar. 2021. p. 61.

[147] DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. ***Smart Contracts***: Conceitos, limitações, aplicabilidades e desafios. RJLB, ano 4, n. 6, p. 2771-2808, 2018. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_2771_2808.pdf. Acessado em 11 mar. 2021. p. 2804-2805.

incongruência entre a "plasticidade jurídica" e a "rigidez inerente aos contratos inteligentes".[148] Castro e Guimarães, a seu turno, apontam que, paradoxalmente, a novidade tecnológica está mais próxima do paradigma contratual do séc. XIX do que da que vigora. As autoras sustentam que, se naquele tempo o princípio *pacta sunt servanda* possuía valor absoluto, na Contemporaneidade, a taxatividade das cláusulas de um *smart contract* é incompatível com institutos como a boa-fé objetiva e a função social do contrato.[149]

Já na literatura estrangeira, Janssen e Durovic salientam que são os *smart contracts* incapazes de se adaptar a mudanças nas circunstâncias fáticas, bem como que, mesmo que tenham objeto ilícito (*e. g.* venda de narcóticos), serão executados. Sustentam ainda que os objetivos dos contratos inteligentes e do direito contratual são diferentes: daqueles, garantir, *ex ante*, a performance contratual; deste, solucionar, *ex post*, disputas que porventura surjam entre as partes.[150]

Enfim, os problemas que esses contratos apresentam, então, passam pela sua natureza *tamper-proof* e pela sua automatização, o que os impossibilita de serem modificados ou interrompidos, seja pela vontade das partes – *e. g.* porque há lacunas ou o desejo de modificar alguma cláusula – seja em razão de uma ordem judicial – *e. g.* se o objeto for ilícito.

Um bom exemplo que ilustra os desafios apresentados pelos *smart contracts* é o já canônico caso da DAO.Link, lançada em 30/04/2016, na Ethereum. Tinha

---

[148] ANDRADE, Daniel de Pádua; COLOMBI, Henry. ***Smart Contracts*: Por um adequado** enquadramento no direito contratual brasileiro. *In*: CHAVES, Natália Cristina; COLOMBI, Henry (org.). Direito e Tecnologia: Novos modelos e tendências. Porto Alegre: Fi, 2021. p. 17-35. p. 31-32.

[149] CASTRO, Maria Clara Versiani; GUIMARÃES, Luíza Resende. **Afinal, *Smart Contracts* São Contratos?** Natureza jurídica a partir de uma leitura sociológica. *In*: CHAVES, Natália Cristina; COLOMBI, Henry (org.). Direito e Tecnologia: Novos modelos e tendências. Porto Alegre: Fi, 2021. p. 36-64. Disponível em: https://www.editorafi.org/079tecnologia. Acessado em: 24 mar. 2021. p. 61-62.

[150] DUROVIC, Mateja; JANSSEN, André. **Formation of Smart Contracts under Contract Law**. *In*: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 61-79. p. 73-76.

como objetivo arrecadar fundos para financiar projetos paralelos da plataforma e, em 28 dias, consegui coletar, em criptomoeda ether, o equivalente a $150 milhões.[151]

Se, no início, tudo parecia correr bem, essa sensação logo sedesvaneceu quando, em 14/06/2016, a DAO.Link sofreu um ataque hacker anônimo que desviou cerca de $40 a $50 milhões.[152] Aproveitou-se maliciosamente de uma "falha" nos códigos conhecida pelos programadores que, todavia, não imaginavam que um desfalque financeiro efetivamente poderia ocorrer. [153]

A solução encontra ao desvio milionário veio por meio de um *hard fork*:[154] com a ajuda da maioria dos mineradores, bifurcou-se forçosamente a cadeia de blocos, extirpando a sequência que continha a transação fraudulenta e a substituindo por uma nova, sem o desfalque.[155]

Essa saída, todavia, não parece ser viável em qualquer situação. Para se produzir um *hard fork*, é necessário o trabalho coordenado da maioria dos nós (51%), e é provável que no caso da DAO.Link se tenha conseguido esse consenso em razão do alto valor envolvido. Mas tal mobilização não se afigura como fácil de ser atingida, sendo inviável de ocorrer corriqueiramente. Trata-se, de fato, de uma medida extrema, pouquíssimo prática.[156] Dessa maneira, ainda paira a dúvida

---

[151] LIMA JÚNIOR, João Manoel de; PORTO, Antônio Maristrello; SILVA, Gabriela Borges. **Tecnologia Blockchain e Direito Societário:** Aplicações práticas e desafios regulatórios. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 56, n. 223, p. 11-29, jul.-set. 2019. p. 19.

[152] *Ibidem*.

[153] COSTA, José Augusto Fontoura; MARQUES, Leonardo Albuquerque**. Contratos Inteligentes, OAD e Nova Economia Institucional:** Perspectivas para a interpretação e aplicação de ajustes celebrados em computação descentralizada a partir de estudo de caso sobre a vulnerabilidade da codificação no ambiente Ethereum. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, ano 6, volume 18, p. 61-90, jan.-mar. 2019. p. 65.

[154] Conforme Allen e Bambara, *hard fork* é "[...] uma divisão na *blockchain* em que nós desatualizados não podem validar blocos criados por nós atualizados que seguem novas regras de consenso". BAMBARA, Joseph J.; ALLEN, Paul R. **Blockchain:** A practical guide to developing business, law and technology solutions. New York: McGraw-Hill Education, 2018. p. 87.

[155] BAMBARA, Joseph J.; ALLEN, Paul R. **Blockchain:** A practical guide to developing business, law and technology solutions. New York: McGraw-Hill Education, 2018. p. 220.

[156] Inclusive, no episódio do desvio envolvendo a DAO.Link, houve forte oposição de parte considerável da comunidade Ethereum ao *hard fork*, porque, conforme os que se opunham, a medida ia de encontro aos princípios político-filosóficos da plataforma. BAMBARA, Joseph J.; ALLEN,

sobre o que fazer na hipótese da adoção generalizada dos *smart contracts* para garantir, por exemplo, a efetivação de uma ordem judicial determinando a interrupção da execução de um contrato que tenha objeto ilícito.

4. MITIGANDO OS LIMITES DOS *SMART CONTRACTS*

Considerando os problemas identificados pela literatura, quais sejam, em resumo: a incompatibilidade entre as linguagens; a necessidade de promover alterações em face de mudanças nas circunstâncias externas; a incompatibilidade com os institutos da exceção de contrato não cumprido e do adimplemento substancial e; o poder-dever do Estado-juiz de efetuar o controle de legalidade, pode-se resumi-los, apesar de toda generalização apresentar limitações, em dois grandes problemas: a incompatibilidade entre as linguagens natural e computacional e a impossibilidade de se revisar ou de se interromper um *smart contract*.

Esses dois problemas são bastante complexos e não se pretende neste trabalho esgotá-los. Entretanto, tentar-se-á apresentar possibilidades que, se não e os resolve, ao menos, quiçá, mitiga-os a ponto de tornar os *smart contracts* viáveis legal e comercialmente.

Contratos Ricardianos

Um dos problemas apresentados pelos *smart contracts* é a linguagem de programação ser "*dry code*": códigos não têm a mesma gama de significados e nuances que a linguagem natural ("*wet code*"). Se por um lado se defende que tal característica limita a vagueza e as interpretações subjetivas dos contratos, ou, em outras palavras, consagra o princípio *pacta sunt servanda*, por outro, por outro, sustenta-se que toda essa inflexibilidade limita a adaptabilidade necessária aos

Paul R. **Blockchain:** A practical guide to developing business, law and technology solutions. New York: McGraw-Hill Education, 2018. p. 220.

contratos em face de mudanças circunstancias ou mesmo de alterações contratuais desejadas de comum acordo pelas partes.[157]

Uma possível resposta a esse problema é a adoção dos chamados "*ricardian contracts*", ou, em tradução livre, "contratos ricardianos". A ideia foi desenvolvida originalmente por Ian Grigg, ainda nos anos de 1990 - contemporaneamente a quando surgiu o conceito de *smart contract*, curiosamente. Conforme o autor:

> "Um contrato ricardiano pode ser definido como um único documento que é [...] c) legível por pessoas (como um contrato em papel), d) legível por programas [de computador] (analisável, como um banco de dados), e) assinado digitalmente, [...] g) aliado a um identificador único e exclusivo." (GRIGG, Ian. **The Ricardian Contract**. IEEE. Disponível em: https://ieeexplore.ieee.org/document/1319505. Acessado em: 11 mar. 2021. np.)

Trata-se de aparelhar um contrato escrito em linguagem natural (*wet code*) a um escrito em linguagem de programação (*dry code*), como um *smart contract*. Os contratos ricardianos baseiam-se em uma tríade: "código humano" (linguagem natural), código computacional (linguagem de máquina) e parâmetros (que são variáveis que conectam essas duas linguagens). Tanto no contrato escrito em linguagem natural quanto no que o é em linguagem computacional há o *hash* do outro, garantindo, assim, o aparelhamento dos contratos,[158] que se tornam, dessa maneira, na prática, um só documento.

Não obstante, de acordo com Bakshi, Braine e Clack, um contrato, do ponto de vista da ciência da computação, possui "aspectos operacionais" e "aspectos não operacionais". Os primeiros referem-se às partes do acordo que se pode (e, claro, que se deseja) automatizar, enquanto os segundos, aos que não se pode fazê-lo.[159] Por exemplo, termos legais complexos, tais quais "razoável", "se

---

[157] CANNARSA, Michel. **Contract Interpretation**. In: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 102-117. p. 106-111

[158] WERBACH, Kevin. **Trust, But Verify:** Why the blockchain needs the law. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2844409. Acessado em: 11/03/2021. p. 546

[159] BAKSHI, Vikram A.; BRAINE, Lee; CLACK, Christopher Clack. **Smart Contract Templates:** Foundations, design landscape and research directions. Aug. 4, 2016. Disponível em:

considerado" (por quem e quando?), "devidamente organizado", "jurisdição", talvez não possam ser traduzidos de maneira adequada para a linguagem de programação ou mesmo nem se deseje tal transposição.[160]

Assim, nem todo tipo de cláusula/informação contratual é possível de ser escrita em *dry code*. Mas, baseando-se nos contratos ricardianos, pode-se prever no contrato escrito em linguagem natural tudo o que não o foi no *smart contract*, *i. e.*, os "aspectos não operacionais", como detalhes sobre o que fazer em situações tais quais atraso humano ou corrupção de dados,[161] ou mesmo cláusulas que envolvam termos jurídicos indeterminados, como os exemplos apresentados acima. Aos contratos inteligentes destina-se, dessa maneira, os "aspectos operacionais" do contrato, *i. e.*, viáveis de serem automatizados, como os valores a serem transferidos e o exato momento em que se deve fazê-lo.

Templates

O uso de *templates* é uma possível medida para se reduzir os erros nos *smart contracts*, notadamente aos de programação, o que faria o uso dos contratos inteligentes, no futuro próximo, viável em larga escala, enquanto o domínio da tecnologia é uma habilidade excepcional.[162] Conforme proposta de Bakshi, Braine

---

https://www.researchgate.net/publication/305779577_Smart_Contract_Templates_foundations_design_landscape_and_research_directions_CDClack_VABakshi_and_LBraine_arxiv160800771_2016/link/5924238ea6fdcc4443ff2f6a/download. Acessado em 14/02/2021. p. 5.

[160] CLACK, Christopher. **Smart Contract Templates:** Legal semantics and code validation. Disponível em: http://www0.cs.ucl.ac.uk/staff/C.Clack/research/JDigitalBanking-Clack-AuthorPreprint.pdf. Acessado em 14/02/2021. p. 9.

[161] CATCHLOVE, Paul. **Smart Contract:** A new era of contract use. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3090226. Acessado em 11/03/2021. p. 16

[162] BORGOGNO, Oscar. **Usefulness and Dangers of Smart Contracts in Consumer Transactions.** Technology of Smart Contracts. *In*: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 288-310. P. 294. De acordo com Antonopoulos e Wood, já existem bibliotecas de *smart contracts*, *i. e.*, bancos de dados online em que se pode encontrar contratos inteligentes prontos para serem utilizados livremente. No que se refere à Ethereum, a mais famosa biblioteca é a OpenZepellin, na qual se pode encontrar uma gama de *smart contracts* largamente testados e, em alguns casos, já utilizados como *templates*. ANTONOPOULOS, Andreas M.; WOOD, Gavin. Mastering Ethereum: Implementing digital contracts. Sebastopol: O'Reilly, 2019. np.

e Clack, esses modelos auxiliariam em todo o ciclo de vida dos *smart contracts*,[163] ou seja, seriam úteis tanto na fase de negociação, quanto na celebração e, por fim, na execução.

Os autores baseiam-se na tríade dos contratos ricardianos: utilizam "parâmetros" para conectar um texto em linguagem legal (*legal prose*) a um programa correspondente. Um *template*, seria, dessa maneira, a representação eletrônica de um documento,[164] ou, conforme Moreira, a ligação entre os parâmetros, a linguagem legal e a linguagem computacional.[165]

Um *template* deve possuir tanto o texto legal (*i. e*., escrito em linguagem natural) quanto os parâmetros correspondentes, que, por sua vez, são constituídos por: um ID (um nome); por variáveis, como datas; e valores a serem inseridos. As partes podem customizar o *template*, e o contrato em linguagem natural deve dele ser derivado e conter os mesmos elementos, ainda que *template* e contrato em linguagem natural não precisem ser idênticos:[166]

---

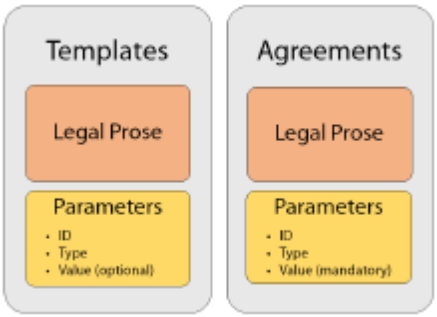
[163] BAKSHI, Vikram A.; BRAINE, Lee; CLACK, Christopher Clack. **Smart Contract Templates:** Foundations, design landscape and research directions. Aug. 4, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/305779577_Smart_Contract_Templates_foundations_design_landscape_and_research_directions_CDClack_VABakshi_and_LBraine_arxiv160800771_2016/link/5924238ea6fdcc4443ff2f6a/download. Acessado em: 14 fev. 2021. p. 1.

[164] *Ibidem*. p. 6-7.

[165] MOREIRA, Rodrigo. **Investigação Preliminar sobre A Natureza e Os Critérios de Interpretação dos *Smart Contracts***. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5111812/mod_resource/content/0/MOREIRA%20Uma%20investigação%20preliminar%20sobre%20a%20natureza%20dos%20smart%20contracts.pdf. Acessado em: 27 abr. 2021. np.

[166] BAKSHI, Vikram A.; BRAINE, Lee; CLACK, Christopher Clack. **Smart Contract Templates:** Foundations, design landscape and research directions. Aug. 4, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/305779577_Smart_Contract_Templates_foundations_design_landscape_and_research_directions_CDClack_VABakshi_and_LBraine_arxiv160800771_2016/link/5924238ea6fdcc4443ff2f6a/download. Acessado em: 14 fev. 2021. p. 6-7.

Figura: Contrato e *Template* correspondente



Fonte: *BAKSHI, Vikram A.; BRAINE, Lee; CLACK, Christopher Clack. Smart Contract Templates: foundations, design landscape and research directions. p. 7.*[167]

Conforme Moreira, sobre cada um dos três elementos mencionados:

> "Os parâmetros são os elementos que individualizam a operação e são fruto das negociações entre as partes, como objeto, preço e prazo. O código é o algoritmo que permitirá a execução das obrigações (no todo ou em parte) e a prosa é o contrato em linguagem humana. Assim, a parte insere determinados parâmetros, que devem ser, de um lado, convertidos em código para que sejam compreendidos e executados pelo computador e, de outro lado, resultem num instrumento contratual tradicional, escrito em prosa." (MOREIRA, Rodrigo. **Investigação Preliminar sobre A Natureza e Os Critérios de Interpretação dos *Smart Contracts***. np.)[168]

Um exemplo "primitivo" de *template* é o que permite a alteração de uma data. Esse *template* é chamado (ID) de *agreement date*, sua variável (*type*) é *date* (data) e o valor (*value*) é "16-mar-2016":[169]

---

[167] Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/305779577_Smart_Contract_Templates_foundations_design_landscape_and_research_directions_CDClack_VABakshi_and_LBraine_arxiv160800771_2016/link/5924238ea6fdcc4443ff2f6a/download. Acessado em: 14 fev. 2021.

[168] Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5111812/mod_resource/content/0/MOREIRA%20Uma%20investigação%20preliminar%20sobre%20a%20natureza%20dos%20smart%20contracts.pdf. Acessado em: 27 abr. 2021.

[169] BAKSHI, Vikram A.; BRAINE, Lee; CLACK, Christopher Clack. **Smart Contract Templates:** Foundations, design landscape and research directions. Aug. 4, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/305779577_Smart_Contract_Templates_foundations_design_landscape_and_research_directions_CDClack_VABakshi_and_LBraine_arxiv160800771_2016/link/5924238ea6fdcc4443ff2f6a/download. Acessado em 14/02/2021. p. 8.

Figura 3: *Smart Contract Template: Agreement Date*

dated as of 16-Mar-2016

```
{
  "id": "Agreement Date",
  "type": "Date",
  "value": "16-Mar-2016"
}
```

Fonte: *BAKSHI, Vikram A.; BRAINE, Lee; CLACK, Christopher Clack. Smart Contract Templates: foundations, design landscape and research directions. p. 8.*[170]

Assim, Bakshi, Braine e Clack buscam lançar a fundação técnicas de futuros *templates*. De acordo com Werbach, em um contexto de uso generalizado deles, advogados ainda teriam um papel tanto na customização dos contratos, a partir dos *templates*, quanto nas negociações dos termos contratuais, [171] que, no exemplo acima, seria a data, ou seja, a variável, a ser inserida no parâmetro.

Imutabilidade Relativa

Muito já se disse sobre a imutabilidade dos *smart contracts*, em razão do uso da tecnologia *blockchain*. Não obstante, como já demonstrado, um livro-razão distribuído pode ser modificado, caso haja o consenso da maioria dos minerados, por meio de um *hard fork*.[172] Mas essa não é uma opção viável em todos os cenários. É necessário mobilizar mais de metade da comunidade da rede, além de ser esperado que o processo de bifurcação em si seja longo e dispendioso. Todavia, há outras maneiras de modificar um *smart contract* sem que se precise adotar uma medida extrema como um *hard fork*.

Um contrato inteligente, de fato, não pode ser, em regra, modificado ou rescindido uma vez registrado na *blockchain*. Porém, é possível inserir funções com

---

[170] Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/305779577_Smart_Contract_Templates_foundations_design_landscape_and_research_directions_CDClack_VABakshi_and_LBraine_arxiv160800771_2016/link/5924238ea6fdcc4443ff2f6a/download. Acessado em: 14 fev. 2021.

[171] WERBACH, Kevin. **Trust, But Verify:** Why the blockchain needs the law. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2844409. Acessado em: 11/03/2021. p. 544.

[172] BAMBARA, Joseph J.; ALLEN, Paul R. **Blockchain:** A practical guide to developing business, law and technology solutions. New York: McGraw-Hill Education, 2018. p. 87.

o intuito de alterá-lo posteriormente ou mesmo que o destrua, desde que tais funções sejam pré-programadas, *i. e*, que o *smart contract* seja registrado na *blockchain* já contendo tais funções.[173]

Juels e Marino exploram tais possibilidades, partindo do pressuposto de que um contrato pode ser rescindido por direito (unilateralmente), por comum acordo (distrato) ou em razão de uma intervenção judicial.[174] Ainda conforme os autores, pode um contrato não ser completamente desfeito, mas somente modificado em alguma ou em várias cláusulas, seja unilateralmente, seja bilateralmente, seja judicialmente.[175]

Na plataforma Ethereum, um contrato pode ser deletado por meio da função "*selfdestruct*". Ela pode ser programa tanto para ser ativada por uma única parte (quando se trata das hipóteses de denúncia ou de rescisão por decisão judicial) ou por ambas as partes (distrato).[176]

Mas, se se pretender preservar o contrato, somente o modificando em determinados pontos, há três maneiras de fazê-lo. A primeira delas relaciona-se a termos que normalmente são tidos, no *smart contract*, como variáveis, por exemplo "preço" e "horas trabalhadas". Uma função "*set-type*" é capaz de atribuir novos valores a essas variáveis,[177] dando aos contratos inteligentes certa flexibilidade.

Nas hipóteses em que os termos contratuais, em um *smart contract*, não se relacionam a variáveis, podem eles ser ativados (*turn on*) ou desativadas (*turn off*). Mas para tanto, é necessário que as partes prevejam quais os termos que

---

[173] TJONG TJIN TAI, Eric. **Challenges of Smart Contracts:** Implementing excuses. *In*: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 80-101. p. 96.

[174] JUELS, Ari; MARINO, Bill. **Setting Standards for Altering and Undoing Smart Contracts**. In: Jose ALFERES, Julio; BERTOSSI, Leopoldo; FODOR, Paul ; GOVERNATORI; Guido; ROMAN, Dumitru. Rule Technologies. Research, Tools, and Applications: 10th International Symposium, RuleML 2016, Stony Brook, NY, USA, July 6-9, 2016. Proceedings. Suiça: Springer International Publishing, 2016. p. 151-166. p. 153.

[175] *Ibidem*. p. 156.

[176] *Ibidem*. p. 158

[177] *Ibidem*. p. 162.

possivelmente precisarão ser retificados, ou, no jargão da ciência da computação, mudados de estado (*on* e *off*).[178]

Há ainda uma segunda maneira de se modificar um *smart contract*: pela criação de um "contrato-satélite". Este captura alguns termos do "contrato central", no qual deverá haver variáveis que façam referência a endereços do contrato-satélite. Quando se deseja alterar um termo do contrato central, então basta que se forneça à variável o endereço do termo no contrato-satélite para o qual se deseja modificar.[179]

Por meio das técnicas aqui apresentadas, vê-se que é possível alterar ou mesmo rescindir um contrato inteligente, desde que tais opções sejam pré-programadas. Um ponto interessante a ser explorado talvez seja, por exemplo, tornar obrigatória, em todo contrato inteligente, uma função *selfdestruct* que possa ser ativada pelo Estado.

Tal opção, com absoluta certeza, traria acalorados debates político-filosóficos que fogem do escopo deste trabalho. Mas, de todo modo, como a *blockchain* é uma rede descentralizada, resta a dúvida sobre como uma obrigatoriedade como essa seria implementada, já que ao menos a opção de "derrubar" uma plataforma que não siga essa determinação parece estar fora do alcance técnico do Estado ou de qualquer agente privado.[180]

CONCLUSÃO

Os *smart contracts*, como visto, são um fenômeno complexo, que intersecciona o direito e a ciência da informação, o que torna fundamental que se estude o tema de maneira interdisciplinar.

---

[178] *Ibidem*. p. 163.
[179] *Ibidem*.
[180] DE FILIPPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. **Blockchain and the Law:** The rule of code. Cambridge: Harvard University Press, 2018. p. 36.

O primeiro passo é entendê-los do ponto de vista do ser ou ontológico, isto é, técnico. Assim, é salutar diferenciar *smart contracts* de outros fenômenos como uma máquina de vendas automática ou os *self-driving contracts*. E, como visto, a conclusão a que se chegou é que, em um *smart contratc*: a) não há o emprego (ao menos obrigatório) de IA e b) o uso da tecnologia *blockchain* é condição *sine qua non*.

Da perspectiva do dever-ser ou deontológica, pergunta-se se seriam os *smart contracts* contratos no sentido legal. Como bem apontado por Caria[181] e Castro e Guimarães,[182] dos pontos de vista dos direitos italiano e brasileiro, respectivamente, podem eles serem considerados contratos na concepção legal, já que se tem, subjacente, uma operação econômica e se encontra presente o elemento volitivo. E, naturalmente, mesmo se se considerar uma definição de contrato mais ampla, como a de Pereira, em que não se inclui o elemento econômico,[183] também não há, *a priori*, óbice ao reconhecimento dos contratos inteligentes como contratos.

Os *smart contracts* seriam assim uma nova forma ou instrumento contratual, como bem apontando por Moreira",[184] em consonância com o princípio da liberdade das formas, que perpassa os ordenamentos jurídicos modernos, [185] inclusive o brasileiro. [186]

---

[181] CARIA, Riccardo de. **Definitions of Smart Contracts:** Between law and code. In: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 32.

[182] CASTRO, Maria Clara Versiani; GUIMARÃES, Luíza Resende. **Afinal, *Smart Contracts* São Contratos?** Natureza jurídica a partir de uma leitura sociológica. *In*: CHAVES, Natália Cristina; COLOMBI, Henry (org.). Direito e Tecnologia: Novos modelos e tendências. Porto Alegre: Fi, 2021. p. 36-64. p. 52.

[183] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** Contratos. 3. vol. 19. ed. Revisor e Atualizador: Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 7.

[184] MOREIRA, Rodrigo. **Investigação Preliminar sobre A Natureza e os Critérios de Interpretação dos *Smart Contracts***. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5111812/mod_resource/content/0/MOREIRA%20Uma%20investigação%20preliminar%20sobre%20a%20natureza%20dos%20smart%20contracts.pdf. Acessado em: 27 abr. 2021

[185] ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. 96-97.

[186] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** Contratos. 3. vol. 19. ed. Revisor e Atualizador: Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 31-32.

Não obstante, é muito improvável, para dizer o mínimo, que os legisladores tenham considerado a hipótese de um contrato que, em razão de suas características no "mundo do ser", podem estar além do alcance do controle judicial, criando um novo corpo legal: a *lex cryptographia*.

A resposta a esse problema parece estar não só na literatura jurídica, mas, igualmente, na ciência da computação. Isto é, deve-se investigar se há meios técnicos para, se não encontrar uma "resposta definitiva" ao problema – se é que "respostas definitivas" existem para algum problema - ao menos mitigar os obstáculos apresentados pelos *smart contracts*.

Neste artigo, explorou-se três possíveis medidas: o uso de *templates*;[187] a programação de funções que permitem a "autodestruição", a inserção de novos valores em variáveis e a desativação, com possível substituição, de termos de um contato inteligente; [188] e a utilização da técnica dos contratos ricardianos.[189]

Não obstante, em razão da abrangência do tema, que envolve disciplinas complexas como direito e ciência da informação, são necessários ainda muitos outros estudos, que aprofundem nos temas aqui investigados, assim como analisem outros não abordados, para que se possa construir uma conclusão sólida sobre se há formas de efetuar o controle legalidade dos *smart contracts*.

---

[187] BAKSHI, Vikram A.; BRAINE, Lee; CLACK, Christopher Clack. **Smart Contract Templates:** Foundations, design landscape and research directions. Aug. 4, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/305779577_Smart_Contract_Templates_foundations_design_landscape_and_research_directions_CDClack_VABakshi_and_LBraine_arxiv160800771_2016/link/5924238ea6fdcc4443ff2f6a/download. Acessado em 14/02/2021. p.1.

[188] JUELS, Ari; MARINO, Bill. **Setting Standards for Altering and Undoing Smart Contracts**. In: Jose ALFERES, Julio; BERTOSSI, Leopoldo; FODOR, Paul ; GOVERNATORI; Guido; ROMAN, Dumitru. Rule Technologies. Research, Tools, and Applications: 10th International Symposium, RuleML 2016, Stony Brook, NY, USA, July 6-9, 2016. Proceedings. Suiça: Springer International Publishing, 2016. p. 151-166. p 158-ss.

[189] WERBACH, Kevin. **Trust, But Verify:** Why the blockchain needs the law. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2844409. Acessado em: 11/03/2021. p. 546

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Daniel de Pádua; COLOMBI, Henry. ***Smart Contracts*:** Por um adequado enquadramento no direito contratual brasileiro. *In*: CHAVES, Natália Cristina; COLOMBI, Henry (org.). Direito e Tecnologia: Novos modelos e tendências. Porto Alegre: Fi, 2021. p. 17-35.

ANTONOPOULOS, Andreas M. **Mastering Bitcoin:** Programming the open blockchain. Sebastopol: O'Reilly, 2017

ANTONOPOULOS, Andreas M.; WOOD, Gavin. **Mastering Ethereum:** Implementing digital contracts. Sebastopol: O'Reilly, 2019.

BAMBARA, Joseph J.; ALLEN, Paul R. **Blockchain:** A practical guide to developing business, law and technology solutions. New York: McGraw-Hill Education, 2018.

BAKSHI, Vikram A.; BRAINE, Lee; CLACK, Christopher Clack. **Smart Contract Templates:** Foundations, design landscape and research directions. Aug. 4, 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/305779577_Smart_Contract_Templates_foundations_design_landscape_and_research_directions_CDClack_VABakshi_and_LBraine_arxiv160800771_2016/link/5924238ea6fdcc4443ff2f6a/download. Acessado em 14/02/2021.

CLACK, Christopher. **Smart Contract Templates:** Legal semantics and code validation. Disponível em: http://www0.cs.ucl.ac.uk/staff/C.Clack/research/JDigitalBanking-Clack-AuthorPreprint.pdf. Acessado em 14/02/2021.

BORGOGNO, Oscar. **Usefulness and Dangers of Smart Contracts in Consumer Transactions**. Technology of Smart Contracts. *In*: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 288-310.

CANNARSA, Michel. Contract Interpretation. In: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). **The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 102-117.

CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry D.; PONCIBÒ, Cristina. **Smart Contract and Contract Law**. In: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 3-18.

CARIA, Riccardo de. **Definitions of Smart Contracts:** Between law and code. In: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 19-36.

CASEY, Anthony J.; NIBLETT, Anthony. **The Self-Driving Contracts**. The Journal of Corporation Law. Iowa City: The University of Iowa College of Law, vol. 43, n. 01, p. 01-33, 2017.

CASTRO, Maria Clara Versiani; GUIMARÃES, Luíza Resende. Afinal, ***Smart Contracts* São Contratos?** Natureza jurídica a partir de uma leitura sociológica. *In*: CHAVES, Natália Cristina; COLOMBI, Henry (org.). Direito e Tecnologia: Novos modelos e tendências. Porto Alegre: Fi, 2021. p. 36-64. jan.-mar. 2019.

CATCHLOVE, Paul. **Smart Contract:** A new era of contract use. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3090226. Acessado em 11/03/2021.

COSTA, José Augusto Fontoura; MARQUES, Leonardo Albuquerque. **Contratos Inteligentes, OAD e Nova Economia Institucional:** Perspectivas para a interpretação e aplicação de ajustes celebrados em computação descentralizada a partir de estudo de caso sobre a vulnerabilidade da codificação no ambiente Ethereum. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, ano 6, volume 18, p. 61-90.

DE FILIPPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. **Blockchain and the Law:** The Rule of Code. Cambridge: Harvard University Press, 2018.

DE FILIPPIcontract , Primavera; WRIGHT, Aaron. **Decentralized Blockchain Technology and The Rise of Lex Cryptographia.** Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664. Acessado em 14/12/2020.

DE LEON, Daniel Conte; et al. **Blockchain:** Properties and misconceptions. Asia Pacific Journal of Innovation and Entrepreneurship. Bingley: Emerald Publishing. v. 11, n. 03, p. 286-300, Dec. 2017.

DEMARTINI, Claudio; GATTESCHI, Valentina; LAMBERTI, Fabrizio. **Technology of Smart Contracts**. In: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 37-58.

DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina. **Smart Contracts:** Contractual and noncontractual remedies *In*: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain

Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 118-140.

DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. ***Smart Contracts*:** Conceitos, limitações, aplicabilidade e desafios. Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 4, n.6, p. 2771-2808, 2018.

DUROVIC, Mateja; JANSSEN, André. **Formation of Smart Contracts under Contract Law**. *In*: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 61-101.

EFING, Antônio Carlos; SANTOS, Adrielly Pinho dos. **Análise dos *Smart Contracts* à Luz do Princípio da Função Social dos Contratos no Direito Brasileiro**. Direito e Desenvolvimento: Revista do programa de pós-graduação em direito; mestrado em direito e desenvolvimento sustentável, João Pessoa, v. 9, n. 2, p. 49-64, ago./dez. 2018. Acessado em: https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/755 Disponível em: 11 mar. 2021.

FINCK. Michèle. **Blockchain:** Regulating the unknown. German Law Journal, vol. 19, n. 4, julho de 2018, p. 665-692.

JACCARD, Gabriel Olivier Benjamin. **Smart Contracts and the Role of Law**. Jusletter IT. 23 nov. 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3099885. Acessado em 11/03/2021.

JUELS, Ari; MARINO, Bill. **Setting Standards for Altering and Undoing Smart Contracts**. In: Jose ALFERES, Julio; BERTOSSI, Leopoldo; FODOR, Paul ; GOVERNATORI; Guido; ROMAN, Dumitru. Rule Technologies. Research, Tools, and Applications: 10th International Symposium, RuleML 2016, Stony Brook, NY, USA, July 6-9, 2016. Proceedings. Suiça: Springer International Publishing, 2016. p. 151-166

LANDY, Rachel; McKINNEY, Scott A.; WILKA, Rachel. **Smart Contracts, Blockchain, and The Next Frontier of Transactional Law**. Whashington Journal of Law, Technology & Arts. 13. vol. apr. 1, 2018.

LIMA JÚNIOR, João Manoel de; PORTO, Antônio Maristrello; SILVA, Gabriela Borges. **Tecnologia *Blockchain* e Direito Societário:** Aplicações práticas e desafios regulatórios. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 56, n. 223, p. 11-29, jul.-set. 2019.

MOREIRA, Rodrigo. **Investigação Preliminar sobre A Natureza e Os Critérios de Interpretação dos *Smart Contracts***. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5111812/mod_resource/content/0/MOREIRA%20Uma%20investigação%20preliminar%20sobre%20a%20natureza%20dos%20smart%20contracts.pdf. Acessado em: 27 abr. 2021

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** Contratos. 3. vol. 19. ed. Revisor e Atualizador: Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROPPO, Enzo. O Contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SCHNEIER, Bruce. **Secret & Lies:** Digital security in a networked world. Indianapolis: Wiley Publishing, 2000.

SAVELYEV, Alexander. **Contract law 2.0:** 'Smart' contracts as the beginning of the end of classic contract law. Information & Communications Technology Law, 2017. Disponível em: https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600834.2017.1301036. Acessado em: 12 abr. 2021.

SZABO, Nick. **Smart Contracts:** Building Blocks for Digital Markets. p. 01-23. 1996. Available at: <https://www.alamut.com/subj/economics/nick_szabo/smartContracts.html>. Access Sep. 10, 2019

TJONG TJIN TAI, Eric. **Challenges of Smart Contracts**: Implementing excuses. *In*: CANNARSA, Michel; DiMATTEO, Larry A.; PONCIBÒ, Cristina (org.). The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms. United Kingdom: Cambridge University Press, 2020. p. 80-101.

WERBACH, Kevin. **Trust, But Verify:** Why the blockchain needs the law. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2844409. Acessado em: 11/03/2021.

WERBACH, Kevin; CORNELL. **Contracts *Ex Machina***. *Duke Law Journal*. Durham: Duke University School of Law. v. 67, n. 02, p. 313-382, Nov. 2017.

Grupo de Trabalho

O IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS SOBRE AS SUCESSÕES E A PROTEÇÃO *POST MORTEM*

DIREITO SUCESSÓRIO E REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM: UMA ANÁLISE CIVIL-CONSTITUCIONAL[1]

Alex Souza da Silva[2]
Flávia Silveira Siqueira[3]
Marina Guimarães Rufato[4]

RESUMO: A reprodução assistida *post mortem* é a técnica que viabiliza a concepção de filhos após a morte de um dos genitores, a partir de células ou embriões criopreservados. Embora seja um avanço tecnológico relevante para a garantia do livre planejamento familiar, sua regulamentação é escassa, especialmente acerca dos direitos sucessórios. Portanto, o objetivo deste trabalho é demonstrar que, em função do princípio da igualdade entre os filhos, o filho concebido *post mortem* tem vocação hereditária legítima, bem como visa a defender a possibilidade do estabelecimento de prazo para sua concepção. A pesquisa é de cunho jurídico-dogmático, realizada a partir da busca de dados na doutrina, jurisprudência, e legislação, em especial na Constituição Federal e no Código Civil. Concluiu-se que a posição de herdeiro legítimo do filho concebido *post mortem* é inafastável, mesmo diante do princípio da coexistência. Diante disso, a petição de herança é o meio pelo qual o filho, se nascido após o fim do inventário, deve reivindicar seus bens, de modo que há um prazo prescricional de dez anos para sua proposição. Uma vez que não corre contra absolutamente incapazes, o prazo totaliza vinte e seis anos contados do nascimento, período no qual os demais herdeiros permanecem incertos sobre seus bens. Por isso,

[1] Trabalho orientado por Gustavo Pereira Leite Ribeiro (UFLA).
[2] Graduando em Direito na Universidade Federal de Lavras.
[3] Graduanda em Direito na Universidade Federal de Lavras.
[4] Graduanda em Direito na Universidade Federal de Lavras.

defende-se a criação de lei que regulamente a matéria e estabeleça prazo para a concepção do filho *post mortem*. Ainda, entendeu-se pela possibilidade de aplicação do ato jurídico perfeito como regulação provisória, apta a trazer segurança jurídica aos demais herdeiros enquanto não há regulamentação própria.

PALAVRAS-CHAVE: reprodução assistida *post mortem*; vocação legítima; igualdade entre os filhos.

INTRODUÇÃO

As técnicas de reprodução assistida dão às famílias um leque de novas possibilidades de concepção. A partir delas, é possível a superação da infertilidade, cria-se oportunidades para que pessoas homossexuais tenham filhos biológicos e, como será debatido no presente trabalho, viabiliza-se a realização da reprodução *post mortem* (após a morte) de um dos genitores. '

Para o Direito Civil, essa última opção representa situação inédita, visto que, antes do desenvolvimento da técnica, a possibilidade de se conceber um filho biológico após a morte de seu genitor não existia. Nunca foi, portanto, preocupação do legislador ordinário regular essa hipótese, bem como não foi considerada no momento de elaborar o regramento do direito sucessório. Uma vez possível a reprodução após a morte, surgem problemas relativos à sucessão desse filho: se há vocação hereditária e, se sim, se esta é testamentária ou legítima.

Assim, três posicionamentos se dividem em relação à integração ou não do filho concebido *post mortem* à legítima: (a) a limitação da sua vocação hereditária à previsão em testamento[5]; (b) o reconhecimento da vocação hereditária para

[5] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação:** o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; LÔBO, Paulo. Direito Civil: **Sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

sucessão legítima, se o filho for concebido dentro de determinado prazo após a morte[6] e; (c) a garantia da legítima ao filho sem qualquer condicionante[7].

O cerne do debate se localiza no art. 1.798 do Código Civil, que estabelece o princípio da coexistência, regra pela qual só podem ser herdeiros legítimos aqueles já nascidos ou concebidos no momento da morte do *de cujus*. Frente a isso, o objetivo do presente trabalho é defender que, apesar dessa disposição, o filho concebido *post mortem* possui vocação hereditária para sucessão legítima, já que integra o rol de herdeiros necessários, devido à sua condição de filho. Isso se dá em razão da inafastabilidade do princípio constitucional da igualdade entre os filhos, que assegura a igualdade de direitos sucessórios.

Assim, a pesquisa justifica-se, primeiramente, pelo fato de que novas tecnologias criam novas possibilidades, que por vezes permitem soluções para problemas reais do cotidiano, a exemplo da reprodução assistida. Entretanto, situações inovadoras podem trazer desafios para o Direito Civil, já que este deve tutelar essas circunstâncias, ainda que não estejam pormenorizadas na legislação. Somado a isso, uma vez que o direito à reprodução assistida *post mortem* (RAPM) deve ser assegurado pelo ordenamento, como será demonstrado, é preciso debater e estabelecer os contornos da sua regulamentação.

Em um primeiro momento, portanto, será defendido que a reprodução assistida *post mortem* integra a garantia do livre planejamento familiar. Isso significa que deve não apenas ser autorizada, como faz o art. 1.597 do Código Civil, mas que o ordenamento jurídico não pode estabelecer discriminações quanto a essa forma de entidade familiar, de forma a impor desincentivos a sua constituição.

Na segunda parte, será demonstrado que o entendimento pela exclusão do filho concebido após a morte de seu genitor da posição de herdeiro necessário se constrói sobre uma leitura isolada das regras sucessórias, que despreza a

[6] SCALQUETTE, Ana Claudia Silva. **Estatuto da reprodução assistida**. 2009. 348 p. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
[7] DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

incidência do princípio constitucional da igualdade entre os filhos. Nessa linha, propõe-se que o princípio da coexistência, positivado no art. 1.798 do Código Civil, não sustenta a exclusão do filho concebido *post mortem* da legítima, tendo em vista que, sobre ele, prevalece o referido princípio constitucional.

Na terceira parte do trabalho, enfrenta-se o principal problema acerca da vocação hereditária legítima do filho concebido *post mortem*: a insegurança jurídica dos coerdeiros já vivos ou concebidos no tempo da abertura da sucessão, que ficarão por tempo indeterminado incertos sobre a possibilidade do surgimento de um novo herdeiro apto a provocar a redivisão dos bens.

Diante disso, conclui-se pela necessidade de estabelecimento de um prazo, a ser estabelecido em lei, que limite o direito do genitor sobrevivente de realizar a concepção com o gameta ou embrião criopreservado. Embora esta seja a solução ideal, não é aplicável nas relações hodiernas, já que a normativa ainda não existe. Analisa-se, assim, os projetos de lei já em tramitação, de forma a averiguar suas propostas e o cabimento delas em consonância com a leitura sistemática do ordenamento proposta no trabalho.

A fim de enfrentar a lacuna legislativa atual sobre o tema, e garantir o direito à sucessão do filho, bem como à segurança jurídica dos demais herdeiros, a solução factível sugerida é a consideração do ato jurídico perfeito para evitar interferir nos bens dos coerdeiros. Ainda que não seja ideal como o prazo, mostra-se como uma solução provisória capaz de garantir tanto o direito sucessório do filho concebido *post mortem*, quanto a segurança jurídica dessa relação.

1 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM* (RAPM)

A reprodução assistida *post mortem* (RAPM) é a técnica que permite que pessoas sejam capazes de ter filhos utilizando gametas de um companheiro, companheira ou cônjuge já falecido, ou, ainda, embriões fecundados por células reprodutivas do *de cujus,* quando em vida. Esse procedimento só é possível devido

à possibilidade de criopreservação, pela qual o gameta ou embrião é submetido a baixíssimas temperaturas (-196ºC)[8] com o fim de preservar a viabilidade celular. Com essa técnica, é possível que as células sejam preservadas com todas as suas funções, em um estado latente, até que, após o descongelamento, seu desenvolvimento possa ser retomado[9].

As indicações para o uso dessa técnica podem advir dos mais variados motivos: tratamentos médicos que podem prejudicar a qualidade da produção de células reprodutivas, como a quimioterapia e radioterapia; dificuldades de colheita do material para realização posterior de reprodução assistida[10]; ou, ainda, é possível encontrar relatos de soldados que congelaram seu sêmen antes de irem para os campos de batalha[11], temendo a morte ou a infertilidade advindas de ferimentos. Além disso, no caso da criopreservação de óvulos, há a possibilidade de adiar a gravidez por meio da preservação da fertilidade por mais tempo[12]. Ainda, é aconselhável a preservação criogênica em face do risco de óbito por outras razões, quando existe a vontade de dar prosseguimento ao projeto parental feito em vida[13].

O primeiro caso jurídico sobre reprodução assistida *post mortem* no mundo data de 1984, na França. Após a morte do marido por câncer, a esposa iniciou ação judicial a fim de usar os gametas congelados do falecido para gestar um

---

[8] GEBER, Selmo. ROQUE, Matheus. HURTADO, Rodrigo. SAMPAIO, Marcos. **Guia de bolso de Técnicas de Reprodução Assistida.** São Paulo: Atheneu, 2016, p. 89.
[9] GEBER, Selmo. ROQUE, Matheus. HURTADO, Rodrigo. SAMPAIO, Marcos. **Guia de bolso de Técnicas de Reprodução Assistida.** São Paulo: Atheneu, 2016, p. 91.
[10] CRIOPRESERVAÇÃO de espermatozóides. **SPDM:** Reprodução humana. 13 nov. 2013. Disponível em: https://bit.ly/3fWAF7g. Acesso em: 31 mai. 2021.
[11] RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Principais técnicas de reprodução humana assistida. In: RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **Reprodução assistida post mortem:** a atribuição de direitos sucessórios aos filhos gerados após a morte de um dos genitores. 2016. 128 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016, p. 39-51.
[12] GEBER, Selmo. ROQUE, Matheus. HURTADO, Rodrigo. SAMPAIO, Marcos. **Guia de bolso de Técnicas de Reprodução Assistida.** São Paulo: Atheneu, 2016, p. 101.
[13] RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Principais técnicas de reprodução humana assistida. In: RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **Reprodução assistida post mortem:** a atribuição de direitos sucessórios aos filhos gerados após a morte de um dos genitores. 2016. 128 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016, p. 39-51.

filho. Entretanto, frente à mora do Poder Judiciário, os gametas já não estavam mais utilizáveis, o que impediu a gravidez[14].

Já no Brasil, a primeira ocorrência se assemelha com o acontecimento francês: o marido, face à necessidade de se submeter à quimioterapia - tratamento que poderia lhe acarretar a perda da fertilidade -, decidiu congelar seu sêmen. Apesar do tratamento, o paciente faleceu em decorrência da doença, e, buscando continuar o projeto parental do casal, a viúva ingressou com ação na Justiça, buscando impor ao laboratório a obrigação de entregar os gametas congelados. Diferentemente do desfecho estrangeiro, em julho de 2011 nasceu a primeira criança concebida após a morte do pai no país[15].

Embora a prática jurídica brasileira já tenha admitido a gestação após a morte de um dos genitores, as discussões ainda não encontraram um consenso. A doutrina não é pacífica quanto às repercussões jurídicas da RAPM, o que gera insegurança àqueles que almejam usufruir dessa técnica. Além disso, a legislação também é falha e a regulamentação, escassa. Esse assunto será aprofundado no tópico adiante.

1.1 REGULAMENTAÇÃO DA RAPM NO BRASIL

No Brasil, a reprodução assistida *post mortem* ainda não recebeu suficiente tratamento jurídico. Essa é a razão pela qual ainda existem relevantes lacunas que devem ser preenchidas pela doutrina e pela jurisprudência, a fim de que casos da matéria não recebam decisões incongruentes com os princípios basilares do Direito brasileiro. Destaca-se aqui a ausência de normas referentes aos direitos sucessórios no que concerne aos filhos concebidos após o óbito de um dos genitores, problemática que será enfrentada neste trabalho.

---

[14] MONTALBANO, Ana Carolina Oliveira. Inseminação *post mortem* e seus reflexos no direito de família e sucessões. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 19, n. 25, p. 9-34, 2012, p. 12.

[15] RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **Reprodução assistida post mortem:** a atribuição de direitos sucessórios aos filhos gerados após a morte de um dos genitores. 2016. 128 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016, p. 47.

Inicialmente, elenca-se que o Código Civil de 2002 cita o método uma única vez, no artigo 1.597, III, que estabelece a presunção de que os filhos concebidos por meio dessa técnica foram concebidos na constância do casamento:

> Art. 1.597: Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
> [...]
> III – Havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.

Nesse sentido, esse artigo configura expressa autorização do ordenamento jurídico brasileiro para a utilização da técnica. Como referência para a doutrina e aplicação prática desse inciso, a I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF), no Enunciado n. 106[16], compreende que:

> Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, **a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte**. (grifo nosso).

Em consonância com o CJF, a prática judicial tende a permitir o uso de material criopreservado para a reprodução assistida *post mortem*, o limitando, porém, à autorização do *de cujus*, expressa em vida, voltada especificamente para o uso *post mortem*. É o que se vê em julgado recente do Superior Tribunal de Justiça[17], de relatoria do ministro Marco Buzzi.

O caso diz respeito à viúva que, frente ao falecimento do marido, decide implantar dois embriões criopreservados pelo casal em vida. No entanto, figura como ré em ação proposta pelos filhos do *de cujus*, que entenderam que o procedimento seria ilegal ou abusivo, por ausência de autorização expressa específica para fins de implantação dos embriões após a morte.

A posição defendida neste trabalho, em consonância com o voto vencido do relator, é favorável à possibilidade de realização do procedimento, já que o

[16] CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado nº 106. **I Jornada de Direito Civil**. Brasília, [s.d]. Disponível em: https://bit.ly/3hrfCMl. Acesso em: 14 mai. 2021.
[17] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, **Recurso Especial** nº 1.918.421 - SP, Ministro Marco Buzzi, julgado em 08 de junho de 2021.

falecido outorgou, por meio de termo do próprio hospital, a custódia dos embriões à esposa em caso de óbito. Esse comportamento, aliado à inequívoca vontade de ter filhos biológicos com a ré, expressa em vida pelo falecido, seria suficiente para garantir à viúva o acesso ao procedimento.

Todavia, por maioria, a decisão da Corte é contrária a essa posição. O voto vencedor se posiciona por limitar o procedimento à autorização "inequívoca, expressa e formal"[18], e, na falta de um documento específico para este fim, o STJ não permitiu que o procedimento fosse levado a cabo.

A conclusão majoritária dos ministros do STJ encontra identidade com a regulamentação do Conselho Federal de Medicina (CFM), expressa por meio da Resolução CFM n. 2.294, de 27 de maio de 2021[19]. Assim, diz seu artigo VII: "É permitida a reprodução assistida *post mortem* **desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a)** para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente" (grifo nosso).

Entretanto, essa posição limita de maneira desarrazoada o acesso ao procedimento da RAPM. Isso porque, em se tratando do Conselho Federal de Medicina, em primeiro lugar, suas Resoluções são normas deontológicas, ou seja, estabelecidas pela própria classe dos médicos, de forma que só têm força coercitiva direcionada a essa categoria de profissionais[20]. Contudo, na prática, não é possível conceber o estabelecimento de obrigações e direitos que não afetam, de forma reflexa, a esfera jurídica de outros sujeitos relacionados, como a

---

[18] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, **Recurso Especial** nº 1.918.421 - SP, Ministro Marco Buzzi, julgado em 08 de junho de 2021.

[19] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 2.294/2021.** Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida - sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.168, publicada no DOU de 10 de novembro de 2017, Seção 1, pág. 73. Disponível em: https://bit.ly/3vqq4ao. Acesso em 15 jun. 2021.

[20] OLIVEIRA, Guilherme de. Auto-regulação profissional dos médicos. **Revista de Legislação e de Jurisprudência.** Coimbra, v. 134, n. 3923, 2001, pp. 34-40.

dos pacientes. Nesse caso, é fundamental perceber que esse órgão não pode restringir direitos que não estejam já limitados na forma da lei.

Em segundo lugar, ao exigir uma autorização "específica" para fins da RAPM, esse posicionamento deixa de considerar como válidas outras formas de manifestação de vontade, que não a declaração expressa, como a manifestação tácita, que advém de um comportamento positivo que expressa anuência[21]. Essa restrição viola diretamente o art. 107 do Código Civil, que prevê a liberdade de formas para declaração de vontade. Ademais, o art. 104 do mesmo código elenca como requisito de validade para os negócios jurídicos a forma "prevista ou não defesa em lei". Portanto, não sendo essa expressamente limitada por lei, não pode o ser por outros meios[22].

Como exposto, o posicionamento contrário - que aqui é julgado incompatível com o ordenamento - é assumido pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Conselho da Justiça Federal. Destaca-se que se trata de uma solução não compatível com a legislação ordinária, de forma que limita o acesso a um direito sem qualquer fundamentação legal. Evidencia-se, portanto, a necessidade de se criar uma legislação capaz de delimitar (ou não) a forma dessa manifestação de vontade.

Além disso, é possível compreender que a reprodução assistida *post mortem* só pode ser permitida uma vez que esteja de acordo com preceitos vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Isso se dá, não apenas em relação à legislação ordinária, mas, especialmente, é necessário conformidade com a Constituição Federal. Para isso, importa que o método seja contemplado por preceitos caros ao ordenamento, a citar o livre planejamento familiar. É o que se aprofunda no próximo tópico.

[21] LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** parte geral, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, v1 1, p. 116.
[22] LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** parte geral, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, v1 1, p. 115.

1.2 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM* COMO GARANTIA DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

Atualmente, entende-se que a reprodução assistida *post mortem* é garantida pelo direito ao livre planejamento familiar, que se encontra no rol de direitos fundamentados no princípio da liberdade. Este, segundo Paulo Lôbo[23],

> diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais[24], não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restringem profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas, quando não repercutem no interesse geral.

Por conseguinte, o livre planejamento familiar pode ser entendido como o espaço de atuação livre do casal, para que possa constituir seu nicho familiar da forma que melhor atenda seus interesses, sob a égide da pluralidade das famílias. Está positivado na Constituição Federal, em seu art. 226, §7º, que diz:

> Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Com o fim de regular esse dispositivo constitucional, foi promulgada a Lei nº 9.263/1996, que trata do planejamento familiar. O instrumento normativo o define, em seu artigo 2º, como o "conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.".

Importante destacar, para os fins deste trabalho, o art. 9º da mesma lei, o qual entende que "para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão

---

[23] LÔBO, Paulo. Princípios do Direito de Família. In: LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

[24] Antes da repersonalização do Direito, o que se tinha era uma estrutura patriarcal e rígida da família, que se baseava no domínio do homem e tinha fins especificamente patrimoniais de sucessão. Com o fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil, os contornos se tornam outros: a família se volta ao desenvolvimento pleno de seus membros, e se fundamenta, especialmente, no afeto e na solidariedade. (LÔBO, Paulo. Família brasileira: origens, repersonalização e constitucionalização. In: LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias, v. 5, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 15).

oferecidos **todos os métodos e técnicas de concepção** e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção" (grifo nosso). Por determinação legal, portanto, respaldada em dispositivo constitucional, é plausível defender que a reprodução assistida, em qualquer de suas modalidades, é compreendida pelo livre planejamento familiar.[25]

Ainda se regulamenta o instituto na forma do artigo 1.565, §2º do Código Civil, que prevê, de forma semelhante ao texto constitucional, que "o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas."

Tendo como parâmetro a constitucionalização do direito civil, é preciso compreender que as mudanças hermenêuticas que esse fenômeno trouxe impactaram especialmente no direito de famílias, refletindo diretamente na liberdade de forma para a constituição da entidade familiar[26]. Pela lógica adotada pela hermenêutica pós-repersonalização, entende-se que, em primeiro lugar, a posição de protagonismo nas relações intrafamiliares é da criança e do adolescente[27]. Isso se justifica porque essas pessoas estão em desenvolvimento, e, portanto, carecem de maior proteção dos pais, do Estado e da sociedade[28].

---

[25] LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

[26] O fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil alterou fortemente as relações familiares. Com a repersonalização, princípios como a autonomia e a igualdade passam a nortear também as relações familiares, não mais estando restritos às relações públicas. (BITTAR, Carlos Alberto. A Constituição de 1988 e o direito civil: os novos princípios fundamentais para o relacionamento privado. In: BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito Civil na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 15-27; e BITTAR, Carlos Alberto. O relacionamento familiar. In: BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito Civil na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 59-67).

[27] BODIN DE MORAES, Maria Celina. Instrumentos para a proteção dos filhos frente aos próprios pais. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018.

[28] SANCHEZ, Miguel Angel. **La patria potestad y la libertad de conciencia del menor.** Madrid: Tecnos, 2006. 3

Assim, respeitado esse princípio de proteção integral[29] da criança em primeiro lugar, nota-se que a função do direito ao livre planejamento familiar é garantir a livre escolha do casal ou indivíduo para constituir, realizar e finalizar suas próprias entidades familiares, encontrando limites na possibilidade de garantir cuidado aos membros em desenvolvimento - levando em consideração, inclusive, aquele porvir - e acesso a seus direitos.

Ressalta-se, ainda, que a estrutura da entidade familiar deve se adequar à sua função precípua, qual seja, a garantia do desenvolvimento pleno de seus membros. Dessa maneira, o ordenamento brasileiro rechaça qualquer discriminação, e resta ao Direito tutelar as mais diversas formatações da família que atenderem a estes fins.

É nesse sentido que se compreende que a possibilidade de realizar a RAPM integra o livre planejamento familiar[30]. Na condição de livre para definir os contornos familiares que se funcionalizam aos objetivos legítimos de sua família, o futuro genitor pode optar por continuar o projeto parental criado em vida, ainda que o outro já tenha falecido, tratando-se de uma manifestação livre de vontade de ambos.

Nesses termos, o planejamento familiar é feito em vida, entretanto, seus efeitos podem se produzir após a morte. Uma vez que o gameta ou embrião congelado só pode ser implantado pelo cônjuge sobrevivente mediante manifestação de vontade do *de cujus* em vida para tal, entende-se que o planejamento foi feito pelo casal de forma conjunta. É por isso, ainda, que se diz que o projeto parental é feito por ambos os futuros genitores, conscientes de suas decisões: enquanto o primeiro contribui com a criopreservação da célula

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

[30] LÔBO, Paulo. Direito de filiação. In: LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 217-240.

reprodutiva com autorização de uso após sua morte, o sobrevivente participa ativamente do processo de inseminação artificial e concepção. Só a partir das ações, positivas e conscientes, de ambos os genitores é que o filho poderá existir.

Diante disso, permitir a realização do projeto parental segundo a vontade dos sujeitos, de forma informada e livre de coerção, mas limitar os direitos sucessórios daquele que venha a nascer trata-se de um paradoxo jurídico infundado[31]. Tem pouco significado a garantia da liberdade de constituir família da forma que se entende mais adequada aos planos do casal, se o filho oriundo dessa escolha não terá seus direitos assegurados, o que configura uma garantia meramente formal. Na prática, haveria forte desincentivo para a utilização do método, limitando a liberdade de escolha dos genitores[32].

Dessa forma, defende-se que o filho concebido pelo procedimento *post mortem* deve ser reconhecido como sucessor com vocação legítima. Trata-se de garantia necessária de que esse filho tenha os mesmos direitos garantidos aos filhos já concebidos e/ou nascidos ao momento da abertura da sucessão. O contrário só pode ser defendido se enfrentado o princípio constitucional da igualdade entre os filhos, visto que esse tem como um de seus principais desdobramentos a igualdade sucessória[33]. Tratar-se-á melhor desse assunto adiante.

2 OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO FILHO CONCEBIDO VIA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

A partir das premissas estabelecidas, passa-se a análise da normativa referente ao direito sucessório. Questiona-se, nesse sentido, se o filho concebido após a morte do genitor poderá ser contemplado pela legítima, bem como

[31] RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Reprodução assistida post mortem e direitos sucessórios. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, Florianópolis, v. 6, n. 2, p. 20-40, 2020.
[32] TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. 2 ed. **Fundamentos do direito civil:** direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
[33] TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do direito civil**: direito das sucessões. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 72.

investiga-se a possibilidade do estabelecimento de prazo para que esse direito seja garantido.

Assim, à luz da Constituição, é necessária a análise de pontos primordiais: (a) é possível, à luz dos princípios constitucionais da igualdade entre os filhos e da segurança jurídica, não reconhecer a vocação hereditária para sucessão legítima a esse filho? (b) é possível estabelecer um prazo decadencial para o direito de conceber o filho pelo genitor sobrevivente? Essas questões serão debatidas nos próximos tópicos.

2.1 VOCAÇÃO HEREDITÁRIA DO FILHO CONCEBIDO POR RAPM: SUCESSÃO LEGÍTIMA OU TESTAMENTÁRIA?

Inicialmente, destaca-se que a doutrina não é pacífica quanto à vocação hereditária do filho concebido após a morte de um dos genitores. Assim, um primeiro posicionamento entende que tal filho herda apenas se estiver previsto no testamento, de modo que não é contemplado pela legítima[34]. A segunda posição[35], defendida neste trabalho, entende que é possível, e necessário, que o filho seja contemplado pela legítima.

O posicionamento pelo não reconhecimento da vocação hereditária para a sucessão legítima do filho concebido após a morte identifica-se com a proteção da segurança jurídica, em especial no aspecto correspondente à estabilidade das

[34] SCHNEIDER, Caroline; SARTORI, Ellen Carina Mattias. Das consequências sucessórias da concepção post mortem: o direito fundamental à herança e o princípio da segurança jurídica. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 01-23, 2015, p. 18.; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação:** o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, *apud* RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Reprodução assistida post mortem e direitos sucessórios. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, Florianópolis, v. 6, n. 2, p. 20-40, 2020.; LÔBO, Paulo. Direito Civil: **Sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

[35] TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do direito civil:** direito das sucessões. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021; LEITÃO, Camila Bezerra de Menezes. Da inseminação artificial homóloga post mortem e o direito sucessório. In: **Análise jurídica sobre direitos sucessórios decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem**. 2011. 92 p. Monografia (Especialista em Direito). - Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2011, p. 43-53; RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Reprodução assistida post mortem e direitos sucessórios. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, Florianópolis, v. 6, n. 2, p. 20-40, 2020.

normas jurídicas[36]. Assim, entende ser necessário evitar que os bens divididos a título de herança sejam passíveis de redivisão a qualquer tempo. Esse posicionamento se fundamenta na compreensão de que os herdeiros têm fundamentada expectativa do valor da herança que lhes é devido, e poderão ser surpreendidos pelo surgimento de novo filho a qualquer tempo, o que levará à revisão dos montantes herdados[37], ainda que após anos desfrutando dos bens.

Permitir tais hipóteses, segundo essa linha de pensamento, tornaria o direito das sucessões inconsistente, notadamente diante do princípio da *saisine*, previsto no art. 1.784 do Código Civil[38], e do princípio da coexistência, previsto no art. 1.798[39] do mesmo diploma legal. A *saisine* consiste em uma ficção jurídica, pela qual os bens do *de cujus* são automaticamente transmitidos a todos os herdeiros existentes no momento da morte. Uma vez que a transmissão independe do conhecimento daqueles que herdarão o patrimônio[40] (no caso de um filho que desconhece o pai, por exemplo), no momento da morte está determinado o número exato de sucessores - ainda que esse número não seja conhecido.

Por sua vez, o art. 1.798, prevê que "legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão". Em outros

[36] "O cidadão, por viver vinculado, desde o seu nascimento, aos fenômenos das relações jurídicas que o cercam [...] necessita, para alcançar o seu desenvolvimento em todos os setores de sua vida, que conviva com as regras jurídicas que a ele são impostas em condições de estabilidade." (ROTONDANO, Ricardo Oliveira. O princípio da segurança jurídica: uma reconstrução conceitual em face das teorias neoconstitucionalistas. **Revista Cientefico**, v. 16, n. 33, p. 35-52, 2016, p. 10.).

[37] SCHNEIDER, Caroline; SARTORI, Ellen Carina Mattias. Das consequências sucessórias da concepção post mortem: o direito fundamental à herança e o princípio da segurança jurídica. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 01-23, 2015, p. 18.

[38] Art. 1.784 do Código Civil: "aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários".

[39] Art. 1.798 do CC/02: Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

[40] TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do direito civil**: direito das sucessões. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 34.

termos, o Código Civil é explícito ao estabelecer que herdam aqueles já nascidos ou concebidos no momento da morte do *de cujus*[41].

Assim, o posicionamento identifica no art. 1.799, I, do Código Civil a única hipótese de herança para o filho concebido após a morte do genitor, visto estabelecer que pelo testamento podem ser chamados a suceder "os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão". Evidencia-se no dispositivo a possibilidade de que pessoa ainda não existente à época da morte seja contemplada pelo testamento. Para os defensores dessa posição, o artigo permite a interpretação de que o princípio da coexistência não se aplica ao testamento como um todo[42], de forma que essa seria a única forma para que o filho concebido após a morte herde[43].

Ainda, que este seria o meio apto a assegurar aos demais sucessores a ciência da possibilidade de concepção de um novo herdeiro[44]. Paulo Lôbo[45] argumenta que o princípio da coexistência é

> [...] o que melhor contempla a segurança jurídica, que estaria comprometida se os efeitos da partilha dos bens deixados ficassem em suspenso, a depender de futura e incerta concepção mediante técnicas de reprodução assistida, com evidente prejuízo para os herdeiros, os credores destes e terceiros adquirentes.

Todavia, para concluir sobre o papel do princípio da coexistência e sua relação com os filhos concebidos após a morte por meio da RAPM, é indispensável

---

[41] SCHNEIDER, Caroline; SARTORI, Ellen Carina Mattias. Das consequências sucessórias da concepção post mortem: o direito fundamental à herança e o princípio da segurança jurídica. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 01-23, 2015, p. 13.
[42] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 118.
[43] Nesse sentido que Caroline Schneider e Ellen Sartori defendem que "[...] a sucessão testamentária tem autorização legislativa expressa no artigo 1.799 e 1.800 do Código Civil, no qual o testador pode contemplar com parte de seu patrimônio os filhos concebidos por sua esposa havidos por fecundação artificial homóloga mesmo após a sua morte." (SCHNEIDER, Caroline; SARTORI, Ellen Carina Mattias. Das consequências sucessórias da concepção post mortem: o direito fundamental à herança e o princípio da segurança jurídica. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 01-23, 2015, p. 8.
[44] SCHNEIDER, Caroline; SARTORI, Ellen Carina Mattias. Das consequências sucessórias da concepção post mortem: o direito fundamental à herança e o princípio da segurança jurídica. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 01-23, 2015, p. 18.
[45] LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 83.

analisar sua função no ordenamento. Com isso, intenciona-se compreender por que o Código Civil estabelece essa previsão e, a partir disso, se ela veda a inclusão posterior de novo herdeiro necessário.

Para tanto, é preciso analisá-lo em conjunto com o princípio da *saisine*, previsto no art. 1.784 do Código Civil[46]. Evidente que não é possível transmitir bens, como se dá a transmissão automática após a morte, a uma pessoa não existente, ainda não concebida. Em razão disso é que Carlos Maximiliano[47], ainda sob o Código Civil de 1916, já falava sobre a função do princípio da coexistência, afirmando que "o nada não pode adquirir. A sucessão transmite-se no momento da morte; logo nesse momento é preciso haver sucessor, coexistirem hereditando e herdeiro, testador e legatário".

Nesse sentido, os bens só podem ser transmitidos imediatamente para aqueles que existem, de forma que o princípio da coexistência organiza racionalmente o direito sucessório e o processo de transmissão dos bens no momento da morte. Por essa ótica, a função da regra não inclui uma vedação à entrada posterior de novo herdeiro, ainda que uma simples leitura do art. 1.798 do Código Civil possa levar a conclusão diversa.

A partir dessa compreensão, passa-se à análise da aplicação do princípio da igualdade entre os filhos nessa hipótese. Consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227, § 6[48], o preceito compreende que todos os filhos devem ser tratados de maneira equivalente, de modo que possuem os mesmos direitos, oriundos essencialmente da relação paterno-filial. Portanto, os direitos sucessórios restam iguais, respaldados na condição de filho.

---

[46] Art. 1.784 do Código Civil: aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.
[47] MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. v. 1.
[48] "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Sua importância foi elevada pelo ordenamento em razão da tradição cultural e jurídica brasileira de diferenciação entre os descendentes devido à sua origem[49], em especial em relação àqueles concebidos fora do casamento ou adotivos, outrora considerados "não legítimos". Por consequência, lhes era negado o reconhecimento de paternidade, alimentos e direitos sucessórios[50]. Assim, afirma Carlos Bittar[51] que:

> Ruem, com esses princípios, todas as normas do Direito codificado ou extravagantes, que estabeleciam diferenciações entre os filhos, que, com isso, gozam de estatuto idêntico, tanto a nível familiar, como sucessório, coroando evolução processada na matéria.

Todavia, é necessário ler a afirmação do autor, escrita em 1990, com atenção para os avanços tecnológicos e os novos problemas postos ao Direito, a fim de garantir que não sejam criadas novas discriminações, para além das já superadas em relação à adoção e ao filho extraconjugal. A concepção realizada após a morte do genitor, e, por consequência, a possibilidade de discriminação desse filho em matéria sucessória, era ainda perspectiva distante à época da elaboração da Constituição. Isso não significa, contudo, que a igualdade entre os filhos não alcança essa nova realidade e não deva ser respeitada[52].

No mesmo sentido, o princípio da coexistência não havia, até a atualidade, representado um desafio para o direito das sucessões. Sendo a concepção após a morte agora uma possibilidade, expressamente permitida pelo ordenamento e tutelada sob a garantia do livre planejamento familiar, não se pode encarar o novo

---

[49] Maria Celina Bodin de Moraes, ao apresentar os impactos da Constituição no direito de família e das sucessões, destaca que a igualdade entre os filhos é fundada na concepção de que "aos filhos não cabe atribuir as consequências das ações praticadas por seus pais". (BODIN DE MORAES, Maria Celina. A família democrática. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 221).

[50] MARQUES, Cláudia Lima. Igualdade entre os filhos no Direito Brasileiro atual: direito pós-moderno? **Revista da faculdade de direito da UFRGS**, [s. v], n. 16, p. 21-40, 1999, p. 33.

[51] BITTAR, Carlos Alberto. O relacionamento familiar. In: BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito Civil na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 66.

[52] Sobre isso, Gustavo Tepedino destaca que "surgem a cada dia questões inovadoras, sequer cogitadas pelo legislador, muito distantes das previsões abstratas pretensamente capazes de regular o comportamento social." (TEPEDINO, Gustavo. Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e práxis. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 24, n. 1, p. 22-52, 2019, p. 35).

problema com os mesmos olhos do passado e aplicar de forma acrítica as mesmas regras. Em outros termos, a interpretação do dispositivo deve ser atualizada, ainda que seu texto não o seja.

Dessa forma, a interpretação aqui proposta leva em conta a totalidade do ordenamento, no sentido exposto por Pietro Perlingieri[53], de que:

> A solução de cada controvérsia deve ser dada não somente levando em consideração o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas à luz de todo o ordenamento, em particular dos seus princípios fundamentais, como escolhas de fundo que o caracterizam.

Há evidente diferença entre a tutela dos direitos relativos aos herdeiros legítimos e testamentários, visto que é estabelecida uma porcentagem mínima àqueles, intocável pela manifestação de última vontade. Tendo isso em vista, não é possível empregar o art. 1.798 do Código Civil enquanto vedação à inclusão do filho concebido por meio da RAPM, uma vez que sua aplicação resulta em clara violação do princípio da igualdade entre os filhos, relegando-o a uma proteção inferior, com seus direitos sucessórios condicionados, unicamente, à manifestação de vontade do genitor. Contrariando o citado entendimento de Pietro Perlingieri, tratar-se-ia de resolver a situação olhando unicamente para a letra da norma ordinária, a despeito dos princípios constitucionais relevantes.

Assim, deve-se observar que o previsto no testamento soma-se ao patrimônio sucedido pelo herdeiro necessário por vocação legítima, todavia, não pode ser a única condição para que o filho herde. Isso se dá em razão de que sua posição como sucessor com vocação legítima é atribuída pelo ordenamento jurídico em virtude de sua filiação, que é assegurada, juntos com todos os direitos decorrentes, ainda que ele seja concebido após a morte de um dos seus genitores.

Restando demonstrado que o filho concebido via RAPM deve ser reconhecido como sucessor legítimo, é necessário discutir as consequências desse reconhecimento. Nesses termos, a petição de herança demonstra-se como o meio apto para que esse filho possa requerer sua quota-parte na herança.

---

[53] PERLINGIERI, Pietro. **Direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 617

A petição de herança é o instrumento pelo qual o herdeiro legítimo ou testamentário pode reclamar o reconhecimento de seu direito sucessório, ainda que após a partilha, nesse último caso, mediante sobrepartilha. Assim, trata-se de pretensão do herdeiro não incluído na primeira divisão do espólio, contra quem possua indevidamente os bens da herança ou parte deles, com o objetivo de partilhá-los entre todos os sucessores legitimados do *de cujus*[54].

Assim, garante-se que o filho concebido após a morte não tenha seu direito sucessório reconhecido apenas formalmente, mas, de outro modo, que ele tenha recursos processuais para requerer, não apenas sua posição como herdeiro necessário, mas, também, a parcela da herança que lhe é devida.

Por possuir natureza patrimonial, é necessário ressaltar que a pretensão para requerer a quota-parte por esse instituto é temporalmente limitada, ou seja, prescreve em um período de 10 anos[55].

Em recente julgado[56], o STJ compreendeu que esse prazo tem termo inicial na abertura da sucessão, o que se aplica, naturalmente, aos herdeiros já nascidos ou concebidos nesse momento. Todavia, para o filho concebido *post mortem*, esse termo inicial não pode ser aplicado, sob pena de se estabelecer prazo prescricional contra uma pretensão inexistente, visto que o possível filho ainda não existe. A pretensão só passará a existir a partir do seu nascimento e da consequente presunção de filiação, estabelecida pelo art. 1.597, III do Código Civil.

Nesses termos, é preciso considerar ainda que o prazo prescricional da petição de herança começará a correr apenas quando este completar 16 anos, e não da abertura da sucessão. Isso porque, pelo regramento do Direito brasileiro, não correm prazos contra pessoas absolutamente incapazes. Nesses termos, tem-

[54] LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
[55] Nos termos da Súmula 149 do STF, "é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança". (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 149:** "é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança. Data de aprovação: Sessão Plenária do dia 13/12/1963).
[56] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, **Agravo em Recurso Especial** nº 479.648 - MS, Ministro Relator Raul Araújo, julgado em 10 de dezembro de 2019.

se que os demais herdeiros passarão a ter certeza de que seus bens não poderão ser questionados por uma possível concepção *post mortem* apenas após findo o prazo prescricional da petição de herança.

Alcançada a conclusão quanto à inafastável posição de herdeiro legítimo do filho concebido *post mortem* e da petição de herança como instrumento apto a integrá-lo na partilha ou sobrepartilha, é preciso considerar as repercussões dessa interpretação, especialmente para os direitos dos demais herdeiros. É nesse sentido que ganha importância os problemas relativos à segurança jurídica, cuja solução é diversa da negativa de direitos sucessórios ao filho, como será abordado na sequência.

2.2 O PROBLEMA DA SEGURANÇA JURÍDICA

Quanto à segurança jurídica, é necessário primeiramente compreender seu significado no ordenamento jurídico, especialmente sob a ótica da leitura civil-constitucional utilizada no presente trabalho. Ressalta-se, nos termos já discutidos em relação à leitura sistemática do ordenamento, que essa garantia não pode ser identificada no mero respeito à formalidade da elaboração e aplicação da regra ordinária[57].

Segundo Gustavo Tepedino, em função da interpretação sistemática do ordenamento, atenta aos princípios que lhe dão fundamento, a segurança jurídica "deve ser alcançada pela compatibilidade das decisões judiciais com os princípios e os valores constitucionais, que traduzem a identidade cultural da sociedade"[58]. Ainda segundo o autor, isso se evidencia com as novas tecnologias e as constantes situações juridicamente relevantes criadas e não pormenorizadas pela legislação

[57] Entendimento contrário levaria à submissão dos princípios constitucionais à previsão da regra ordinária. (PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 205).
[58] TEPEDINO, Gustavo. Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e práxis. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 24, n. 1, p. 22-52, jan./abr. 2019, p. 35.

infraconstitucional, as quais exigem do magistrado um esforço de interpretação que construa uma resposta coerente com a legalidade constitucional[59].

No mesmo sentido, Ricardo Rotondano[60] sintetiza:

> o futuro não deve ser um perpétuo prisioneiro do passado. A evolução do direito positivo nos leva à compreensão de que não é mais cabível a aplicação pura e irrestrita da lei – não importando seu conteúdo – simplesmente porque o seu procedimento de validação formal foi respeitado pelo órgão legislativo competente. A mais recente doutrina constitucional insere, dentro do conceito de segurança jurídica, uma série de novos elementos para que esta alcance sua finalidade dentro do ordenamento jurídico.

Portanto, a segurança jurídica não pode ser compreendida exclusivamente a partir de um viés formalista, priorizando o respeito à regra isolada a despeito das garantias fundamentais do ordenamento. Dessa forma, assegurar a legítima ao filho em decorrência do princípio da igualdade é também expressão de segurança jurídica. A partir dessa compreensão, esse preceito se torna mais um elemento que advoga pela defesa da legítima ao filho concebido por meio da RAPM, tendo em vista a necessidade de assegurar a garantia da igualdade entre os filhos.

Todavia, justifica-se a preocupação com a situação dos demais herdeiros. Não se pode perder de vista que o próprio direito à herança é constitucionalmente tutelado[61], de modo que é desejável, jurídica e socialmente, que os coerdeiros não fiquem por anos à espera da concepção, que pode ocorrer a qualquer momento após o fim do processo de partilha. A segurança jurídica, no seu aspecto de estabilidade e previsibilidade das normas e das relações dela decorrentes, é fundamental para que o sujeito se desenvolva em todos os setores de sua vida, o que inclui a certeza em relação ao futuro do patrimônio herdado.

---

[59] TEPEDINO, Gustavo. Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e práxis. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 24, n. 1, p. 22-52, 2019, p. 34-35.
[60] ROTONDANO, Ricardo Oliveira. O princípio da segurança jurídica: uma reconstrução conceitual em face das teorias neoconstitucionalistas. **Revista Cientefico**, v. 16, n. 33, p. 35-52, 2016, p. 39.
[61] Art. 5, XXX da Constituição Federal: "é garantido o direito de herança."

Sendo assim, é necessário encontrar uma solução que maximize, na hipótese aqui discutida, tanto a garantia da igualdade entre os filhos, quanto a previsibilidade da herança dos descendentes já existentes. Por essa razão, defende-se a possibilidade de se estabelecer prazo para a utilização das células ou embriões criopreservados com o fim de reprodução após a morte do genitor.

Entende-se que esta é a opção ideal na medida em que não é possível, pelas conclusões já alcançadas, limitar o direito sucessório daquele concebido por meio da RAPM, ao estabelecer, por exemplo, um prazo a partir do qual o filho não mais integrará a legítima. Nas palavras de Raphael Ribeiro[62], tal prazo "parece apenas deslocar temporalmente a controvérsia sucessória ora analisada, [visto que] decorrido o prazo sugerido, continuará a se admitir uma classe de filhos com tratamento sucessório de segunda categoria". Com a limitação à concepção, e não ao direito sucessório, evita-se essa crítica, pois em nenhum momento o filho perderá sua posição de herdeiro legítimo.

Todavia, permite-se o questionamento quanto às consequências de uma possível concepção feita após o prazo fixado para que fosse realizada. Isso porque, quando se trata de regrar a reprodução assistida, não se pode apenas impor o limite temporal sem que se identifique consequências para sua inobservância, especialmente porque afetam diretamente os interesses da criança concebida. Diante dessa hipótese, entende-se que os bens dos demais herdeiros não podem estar disponíveis a qualquer tempo para atender à legítima desse filho. Se assim fosse, estaria desconfigurado qualquer propósito para a fixação do prazo, dada sua função de estabelecer um momento a partir do qual os herdeiros estejam seguros da impossibilidade de posterior alteração dos bens herdados em razão da concepção.

[62] RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Reprodução assistida post mortem e direitos sucessórios. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, Florianópolis, v. 6, n. 2, p. 20-40, 2020, p. 32-33.

Por isso, entende-se que na hipótese de realização do procedimento da RAPM após o prazo previsto em lei, apenas o genitor deverá arcar com as consequências patrimoniais de sua escolha, e não os demais herdeiros. Estes não podem ser penalizados e os direitos sucessórios do filho gerado não podem ser afetados. Em outros termos, o genitor será o responsável por garantir ao filho o valor correspondente à sua quota-parte na herança.

Esta seria, portanto, a solução ideal para o impasse entre os direitos sucessórios do filho concebido *post mortem* e a segurança jurídica dos seus coerdeiros. Por um lado, estariam plenamente garantidos os direitos sucessórios do filho. Por outro, os herdeiros estariam cientes do prazo para que o genitor realize o procedimento de reprodução assistida, previsto em lei, a partir do qual estariam seguros de que não poderia haver a concepção de um novo herdeiro apta a provocar a redivisão dos bens herdados.

Todavia, uma vez que não há regulamentação específica da concepção *post mortem* no ordenamento brasileiro, não há, atualmente, designação de prazo próprio. Diante disso, cabe analisar os projetos de lei em andamento no Congresso Nacional brasileiro, a fim de avaliar sua compatibilidade com as conclusões aqui construídas.

2.2.1 PRAZOS NOS PROJETOS DE LEI

Em pesquisa dos projetos cadastrados nos portais da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o termo "reprodução assistida", foram identificados 13 projetos de lei (PLs) que tratam, com diferentes graus de detalhamento, sobre a reprodução assistida *post mortem*[63]. Serão comentados o PL 7701/2010 e o PL 4892/2012, visto que são os únicos a apresentarem propostas

[63] Os projetos de lei analisados foram: PL 3638/1993; PL 2855/1997; PL 1135/2003; PL 1184/2003; PL 2061/2003; PL 7701/2010; PL 3977/2012; PL 4892/2012; PL 115/2015; PL 7591/2017; PL 9403/2017; PL 1218/2020; PL 4178/2020.

de prazo relativas ao procedimento e aos direitos sucessórios do filho concebido pela técnica.

Destaca-se, todavia, que dentre os projetos analisados, cinco dispõem apenas sobre a necessidade de autorização do cônjuge falecido para a utilização de seu gameta ou do embrião[64]. Todos os demais (oito) tratam dos direitos sucessórios do filho concebido pela RAPM[65] e, dentre eles, nenhum limita seus direitos à previsão testamentária, ou seja, todos explicitam a igualdade de direitos sucessórios com os demais filhos.

Inicia-se então a análise dos prazos propostos com o PL 7701/2010. O projeto propõe acrescentar ao Código Civil um artigo 1.597-A, em que se leria:

> Art. 1.597-A: A utilização de sêmen, depositado em banco de esperma, para a inseminação artificial após a morte do marido ou companheiro falecido, somente poderá ser feita pela viúva ou ex-companheira com a expressa anuência do marido ou companheiro quando em vida, e até trezentos dias após o óbito.

Além de estabelecer a necessidade de anuência expressa do falecido, o projeto propõe a fixação de prazo de trezentos dias, contados a partir da data da morte, para a realização da concepção. A princípio, a natureza do prazo está de acordo com o que aqui foi proposto, ou seja, que o prazo limite a concepção, e não os direitos sucessórios do filho. Exemplifica, portanto, a possibilidade de afastar a crítica já mencionada de que a fixação de prazo apenas deslocaria temporalmente a controvérsia e manteria a possibilidade de um filho de segunda categoria.[66]

Todavia, o projeto deixa de ser o ideal para a situação na medida em que limita a reprodução *post mortem* à utilização de sêmen. Sem razão aparente, a proposta exclui as hipóteses de congelamento do óvulo, bem como a utilização de embriões criopreservados. Ainda que após uma hipotética aprovação do

---

[64] São eles: PL 3638/1993; PL 2855/1997; PL 1135/2003; PL 2061/2003 e; PL 3977/2012.
[65] São eles: PL 1184/2003; PL 7701/2010; PL 4892/2012; PL 115/2015; PL 7591/2017; PL 9403/2017; PL 4178/2020 e; PL 1218/2020.
[66] RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Reprodução assistida post mortem e direitos sucessórios. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, Florianópolis, v. 6, n. 2, p. 20-40, 2020, p. 32-33.

projeto tal interpretação seja estendida por meio da doutrina e de entendimento jurisprudencial, um texto melhor construído evitaria o problema.

Além disso, a construção do artigo, quando permite apenas à "viúva ou ex-companheira" realizar a RAPM a partir do sêmen criopreservado, restringe o procedimento à uma relação heterossexual. Dessa forma, a pessoa que compunha uma relação homossexual, e deseja ter filhos por meio da técnica, teria seu direito limitado.

Hipótese diferente é posta pelo PL 4892/2012, chamado de "Estatuto da Reprodução Assistida". O projeto é o mais completo em tramitação a tratar sobre a reprodução assistida, e traz diversas disposições sobre a reprodução *post mortem*. Em primeiro lugar, e ao contrário do PL 7701/2010, explicita em seu art. 35[67] que qualquer pessoa pode se utilizar da técnica, podendo ser feita com óvulo, espermatozóide ou embrião já formado.

Ainda, os artigos 35 e 36[68] do projeto estabelecem de forma detalhada a necessidade de autorização do cônjuge falecido e de anuência da pessoa destinatária do gameta ou embrião, prevendo a forma e o conteúdo necessários para o ato. Nesses termos, a disposição findaria as discussões já apresentadas em relação à forma da autorização e à sua delimitação por meio da Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Quanto aos direitos sucessórios, no capítulo "VI - Dos Direitos Patrimoniais e Pessoais das Pessoas Nascidas pelo Emprego das Técnicas de Reprodução Assistida", prevê o projeto de lei 4892/2012 que:

---

[67] Art. 35 do PL 4892/2012: É permitido o uso de material genético de qualquer pessoa, seja óvulo, espermatozoide ou embrião já formado, após a sua morte, desde que haja manifestação específica, em documento escrito, dado por ela em vida, para o uso do seu material biológico criopreservado, descrevendo: I a pessoa que deverá gestar o ser já concebido, em caso de embrião; II – a quem deverá ser destinado o gameta, seja óvulo ou espermatozoide, e quem o gestará após a concepção. Parágrafo único: A pessoa escolhida como destinatária deverá dar sua anuência ao documento.

[68] Art. 36 do PL 4892/2012: Não serão permitidas a coleta e a utilização de material genético daquele que não consentiu expressamente, ainda que haja manifestação uníssona de seus familiares em sentido contrário.

> Art. 58. Todas as pessoas nascidas com a utilização de técnicas de reprodução humana assistida terão os mesmos direitos e deveres garantidos ao filho concebido naturalmente, nos termos do artigo 227, § 6.º da Constituição Federal de 1988, sendo vedada qualquer forma de discriminação.
>
> Art. 59. Tratando-se de fecundação post mortem, garantir-se-á o direito sucessório do descendente, caso a gravidez ocorra em até 3 anos da abertura da sucessão do genitor que autorizou expressamente a utilização de seu gameta ou embrião criopreservado.
> § 1º As partes que se submeterão aos procedimentos de reprodução assistida serão informadas clara e expressamente quanto à condição apresentada no caput, no termo de consentimento informado, antes de se submeterem ao tratamento.
> § 2º Caso haja material genético congelado de pessoa que tenha deixado autorização expressa para sua utilização, nos termos desta lei, será aberta sucessão provisória ou condicional até que transcorra o prazo de 3 anos ou que, dentro desse período, se constate a gravidez do descendente biológico da pessoa falecida.
> § 3º Transcorrido o prazo previsto ou nascido o filho a sucessão passará a ser definitiva.
> § 4º O previsto neste artigo não exclui o direito de petição de herança, nos termos do Código Civil.

O capítulo inicia, portanto, explicitando a igualdade de direitos sucessórios entre os filhos nascidos por qualquer técnica de reprodução assistida com os demais. Por sua vez, prevê o art. 59 *caput*, §2º e §3º que, em caso de gametas ou embriões congelados, em que há autorização expressa do cônjuge falecido para sua utilização, será aberta sucessão provisória, que se tornará definitiva com o fim do prazo ou com o nascimento do filho em questão. Nota-se, portanto, a aplicação de instituto originalmente aplicado à sucessão do ausente (art. 26 a 39 do Código Civil).

Nesse sentido, estabelece o prazo de três anos para que o cônjuge sobrevivente se utilize do material congelado, de forma que o filho gerado dentro do prazo passaria a integrar o inventário e haveria a divisão dos bens sem maiores entraves. Assim, a legislação incentivaria a concepção no prazo estabelecido, evitando os problemas relativos ao surgimento de novo herdeiro legítimo a qualquer tempo posterior ao fim do inventário. Reforça essa intenção o fato de o art. 59, §1º do projeto de lei impor a necessidade de que o casal que queira aceitar

a possibilidade do procedimento seja informado sobre o prazo previsto para a sucessão definitiva.

Todavia, diante da igualdade de direitos sucessórios, como o próprio art. 58 do projeto em questão reconhece, o findar do prazo não poderia extinguir tal direito. Por isso, seu art. 59, §4° estabelece que o fim dos 3 anos não excluiria o direito de petição de herança, ou seja, de que o filho gerado após o prazo (logo, após a sucessão definitiva) ingresse com a petição de herança para ter seus bens garantidos, já que seu direito à legítima não seria extinto.

Por essa razão, o PL 4892/2012 também não é ideal para a solução do problema da segurança jurídica. O prazo posto para a sucessão definitiva mantém o problema de que, sendo o filho concebido a qualquer tempo após a morte, inclusive após o prazo, os bens de todos os herdeiros responderiam ao seu direito à legítima.

Na prática, há pouco incentivo para que o genitor se atente ao prazo, que uma vez findado sem que tenha ocorrido a concepção não traz qualquer segurança aos demais herdeiros de que seus bens não serão revistos posteriormente, por meio da petição de herança. Desse modo, a segurança quanto à impossibilidade de que os bens herdados sejam questionados só se estabeleceria com a prescrição do prazo da petição de herança, nos termos já apresentados no tópico 2.1. Ou seja, 26 anos após o nascimento do novo herdeiro.

Diante disso, mantém-se a posição de que a legislação deve não apenas fixar prazo para a concepção, mas estabelecer que se o genitor sobrevivente realizá-la após seu fim, somente seus bens responderão pela legítima do novo herdeiro. Dessa forma, estariam preservados os direitos sucessórios dos demais herdeiros, bem como o do filho concebido *post mortem*. Não há, portanto, projeto de lei em tramitação hoje apto a resolver os problemas aqui postos.

2.3 O USO DO ATO JURÍDICO PERFEITO COMO SOLUÇÃO PARA A SEGURANÇA JURÍDICA E A TUTELA DO DIREITO DE HERDAR DO FILHO FUTURO

Como já verificado, não há no ordenamento jurídico brasileiro atual instituto capaz de regrar os contornos da reprodução assistida *post mortem,* especialmente no que concerne aos direitos sucessórios do filho concebido por meio da técnica. Sendo necessário elaborar disposição legislativa para tutelar a matéria, é certo que, até que se aprove qualquer projeto de lei, ou se crie novos, atentos aos problemas já ressaltados, a relação jurídica estabelecida a partir do procedimento da RAPM não pode ficar sem qualquer regulamentação.

É fundamental, dessa forma, identificar solução factível que possa garantir a segurança jurídica, bem como o direito do filho à legítima. Por isso, a partir da consideração tanto da tutela da vocação hereditária do filho concebido via RAPM por sucessão hereditária, quanto do direito de herdar dos demais sucessores, passa-se a análise do instituto do ato jurídico perfeito. Ressalta-se que a solução proposta é provisória, não ideal, uma vez que não é suficiente para tutelar plenamente nem a segurança jurídica dos coerdeiros, nem os direitos sucessórios do filho concebido após a morte. Como já dito, é indispensável que o Poder Legislativo opere no sentido de garantir a solução mais justa, conforme os preceitos do Direito brasileiro.

Segundo o art. 6º, § 1º da LINDB, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, "reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou". Trata-se, portanto, de um instituto cuja função é garantir a segurança jurídica, tutelado, inclusive, por norma constitucional, no artigo 5º, XXXVI da CF/88[69]. Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Junior[70],

> A doutrina da irretroatividade [na qual se insere o ato jurídico perfeito] serve ao valor da segurança jurídica: o que sucedeu já sucedeu e não deve, a

[69] "Art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;".
[70] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** Técnica, decisão, dominação. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 252.

> todo momento, ser juridicamente questionado, sob pena de se instaurarem intermináveis conflitos. Essa doutrina, portanto, cumpre a função de possibilitar a solução de conflitos com o mínimo de perturbação social.

Aplicado à situação analisada neste trabalho, o ato jurídico perfeito protegerá aqueles atos já consumados, sob a égide da lei, não podendo ser questionados no momento em que o filho concebido *post mortem* requerer sua quota-parte. Assim, o espólio será dividido entre os herdeiros existentes ao momento da abertura da sucessão, conforme determina o princípio da coexistência (art. 1.798 do Código Civil). A partir desse evento, com a titularidade dos bens passada a cada sucessor, estes terão todos os direitos relativos à propriedade.

Uma vez nascida com vida a criança concebida por meio do procedimento de reprodução póstuma, esta terá direito a herdar, reconhecida sua vocação hereditária legítima, já que sustenta a condição de filho, em igualdade de condições com os demais. Assim, a fim de resguardar a segurança jurídica, aplica-se, nesse caso, o princípio do ato jurídico perfeito: aqueles atos já consumados no momento da sobrepartilha - solicitada por meio da petição de herança - se mantêm, permitindo que não sejam questionados os bens já totalmente incorporados à vida dos herdeiros, ou mesmo já alienados. Dessa maneira, bens que ainda não foram submetidos a quaisquer atos, seja de gozo, venda, aluguel, ou outros, poderão ser novamente divididos, de modo a contemplar o direito de herdar do filho póstumo.

Assim, os atos negociais praticados pelos herdeiros em conformidade com a lei até a concepção por RAPM do filho e herdeiro necessário, não são desfeitos. As consequências dos atos são definitivas, e seu sujeito praticante não tem a obrigação de devolver os bens ao filho concebido após a divisão do espólio, vez que ao tempo de sua conduta o coerdeiro não existia e a ação foi legal.

Embora a aplicação desse princípio seja uma possibilidade existente no ordenamento atual, a solução não é suficiente para garantir ao filho póstumo o acesso material ao seu direito de herdar. Isso porque, ao momento da

sobrepartilha, o patrimônio pode ter sido em parte inviabilizado, ou já não estar mais disponível como um todo. Assim, o filho concebido após a morte, ainda que tenha o *status* de herdeiro, não conseguiria, materialmente, acesso à sua quota-parte, pois nada devem a ele os coerdeiros existentes ao tempo da partilha. Na prática, portanto, em razão da escolha do genitor, o filho concebido após a morte poderia receber uma parte inferior comparado a outros sucessores, ou ainda, não receber nada.

Por outro lado, ainda, não se consegue garantir a segurança jurídica. Isso, em razão de que não se limita um prazo para que o filho possa requerer a sua quota-parte, de modo que o patrimônio dos coerdeiros pode, sempre, ser submetido à uma sobrepartilha. Vale ressaltar que o prazo prescricional da petição de herança só passa a correr a partir dos 16 anos desse filho, de modo que durante todo esse período a estabilidade da herança dos coerdeiros não está garantida.

Por isso não se elimina a necessidade do estabelecimento de prazo para a concepção, que impute ao patrimônio do genitor o encargo de responder pela legítima do filho concebido após seu fim. Desse modo, seria contemplado não só o direito de herdar da criança concebida por meio da RAPM, como também a segurança jurídica necessária à partilha dos bens.

3 CONCLUSÃO

Como visto, a reprodução assistida após a morte de um dos genitores representa para o direito sucessório um complexo desafio interpretativo. Considerando que esta possibilidade era inexistente há pouco tempo, não está considerada pelas regras sucessórias brasileiras, o que poderia levar à conclusão equivocada de que o filho não será contemplado pela legítima.

Contudo, essa situação interpretativa, cada vez mais comum diante das rápidas inovações tecnológicas, exige uma análise mais profunda, levando em conta a complexidade do ordenamento centrada na garantia dos direitos

constitucionalmente assegurados. Com base nisso, chegou-se às seguintes conclusões:

a) A opção pela utilização da técnica da reprodução assistida *post mortem* é direito dos genitores, com base na garantia ao livre planejamento familiar. Como consequência, não basta apenas a autorização do ordenamento para a realização do procedimento, mas deve ser garantido a esse filho a plenitude dos direitos conferidos aos descendentes. Do contrário, haveria um desincentivo a esse modelo de constituição de família, e, portanto, injustificada discriminação de entidades familiares.

b) Diante do princípio constitucional da igualdade entre os filhos, o princípio sucessório da coexistência, positivado no art. 1.798 do Código Civil, não é fundamento suficiente para afastar a vocação sucessória legítima do filho concebido após a morte. Isso se dá tanto em razão de sua função no ordenamento, que não configura vedação à consideração posterior de novo herdeiro, quanto diante da necessidade de atualizar sua interpretação frente a novas tecnologias e novos problemas postos ao Direito. Diante disso, o filho concebido por meio da RAPM é contemplado pela legítima.

c) A garantia de segurança jurídica aos demais herdeiros não é um elemento que leva ao não reconhecimento da posição de herdeiro legítimo do filho concebido *post mortem*. Não deve, contudo, ser arbitrariamente desconsiderada. Por isso, é necessário estabelecer um prazo para a concepção utilizando o gameta ou embrião criopreservado. Justifica-se tal opção pela impossibilidade de que os coerdeiros fiquem indefinidamente incertos sobre a possibilidade de redivisão dos bens.

d) Em análise dos projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal que trazem disposições relativas à reprodução assistida *post mortem*, identificou-se dois com propostas de prazo. Contudo, nenhum deles resolve os problemas aqui postos. Apesar de propor prazo para a

concepção, o PL 7701/2010 exclui injustificadamente a RAPM realizada com óvulos ou embriões congelados. Por sua vez, o PL 4892/2012 estabelece prazo durante o qual a sucessão seria provisória, aguardando a concepção do filho concebido. Contudo, não há impedimentos para a concepção após o prazo, de modo que não há influência sobre a segurança jurídica dos demais herdeiros.

e) Identificou-se no ato jurídico perfeito, constitucionalmente tutelado enquanto expressão da segurança jurídica, solução provisória que evita o transtorno gerado aos herdeiros já existentes no momento da abertura da sucessão.

f) Embora seja de aplicação viável para as relações atuais, o ato jurídico perfeito não é capaz de tutelar de maneira plena nem a segurança jurídica, nem os direitos sucessórios do filho concebido por meio da RAPM. Isso porque, em primeiro lugar, não garante aos coerdeiros um prazo a partir do qual seus bens deixarão de estar sujeitos a uma sobrepartilha, de modo que, para garantir sua titularidade, é necessário incorporá-los, de alguma forma, a sua vida, para que seja tutelado pelo princípio. Por outro lado, o ato jurídico perfeito também não é capaz de garantir que, materialmente, o filho concebido postumamente terá acesso à sua quota-parte, já que não resguarda materialmente o direito de herdar, uma vez que o acesso do filho concebido após a morte aos bens que compunham o espólio é condicionado pelo comportamento - natural e legítimo - dos demais herdeiros.

Evidencia-se, portanto, que à medida em que novas tecnologias colocam novos problemas para o Direito Civil, torna-se necessário um trabalho interpretativo que leve em conta a função dos institutos e o impacto dos princípios constitucionais relevantes na sua interpretação. Este é um caminho imprescindível para que se encontre a solução mais coerente com as garantias fundamentais do ordenamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Heloísa Helena; ALMEIDA, Vitor. Novos rumos da filiação à luz da Constituição da República e da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros. **civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 1-26, 2021.

BAIG, Irene Santolaria, FERNÁNDEZ, Francisca Ramón. Determinación de lá filiación y derechos sucesorios en lá reproducción humana asistida post mortem en España. **Revista Anales**, Valência, v. 17, n. 50, p. 81-108, 2020.

BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito Civil na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A família democrática. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado nº 106.** I Jornada de Direito Civil. Brasília, 2002. Disponível em: https://bit.ly/3hrfCMl. Acesso em: 14 mai. 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado nº 267.** III Jornada de Direito Civil. Brasília, [*s.d*]. Disponível em: https://bit.ly/3wh9St8. Acesso em: 13 jun. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 2.294/2021**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida - sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.168, publicada no DOU de 10 de novembro de 2017, Seção 1, pág. 73. Disponível em: https://bit.ly/3vqq4ao. Acesso em 15 jun. 2021.

CRIOPRESERVAÇÃO de espermatozoides. **SPDM: Reprodução humana**. 13 nov. 2013. Disponível em: https://bit.ly/3fWAF7g. Acesso em: 31 mai. 2021.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito:** Técnica, decisão, dominação. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GEBER, Selmo. ROQUE, Matheus. HURTADO, Rodrigo. SAMPAIO, Marcos. **Guia de bolso de Técnicas de Reprodução Assistida**. São Paulo: Atheneu, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito das sucessões. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LEITE, Tatiana Henriques. HENRIQUES, Rodrigo Arruda de Holanda. Bioética em reprodução humana assistida: influência dos fatores socioeconômico-culturais

sobre a formulação das legislações e guias de referência no Brasil e em outras nações. **Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 31-47, 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARQUES, Cláudia Lima. Igualdade entre os Filhos no Direito Brasileiro atual: direito pós-moderno? **Revista da faculdade de direito da UFRGS**, Porto Alerge, [s.v], n. 16, p. 21-40, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. 1.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito.** 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MONTALBANO, Ana Carolina Oliveira. Inseminação post mortem e seus reflexos no direito de família e sucessões. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 19, n. 25, p. 9-34, 2012.

OLIVEIRA, Guilherme de. Auto-regulação profissional dos médicos. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, v. 134, n. 3923, p. 34-40, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **Direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Reprodução assistida post mortem e direitos sucessórios. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, Florianópolis, v. 6, n. 2, p. 20-40, 2020.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **Reprodução assistida post mortem:** a atribuição de direitos sucessórios aos filhos gerados após a morte de um dos genitores. 2016. 128 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

ROTONDANO, Ricardo Oliveira. O princípio da segurança jurídica: uma reconstrução conceitual em face das teorias neoconstitucionalistas. **Revista Cientefico**, v. 16, n. 33, p. 35-52, 2016.

SCALQUETTE, Ana Claudia Silva. **Estatuto da reprodução assistida**. 2009. 348 p. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

SCHNEIDER, Caroline; SARTORI, Ellen Carina Mattias. Das consequências sucessórias da concepção post mortem: o direito fundamental à herança e o princípio da segurança jurídica. **Revista de Direito de Família e Sucessão**, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 01-23, 2015.

STJ proíbe implantação de embriões após morte de um dos cônjuges. **Migalhas.** 08 jun. 2021. *[s.l.]*.Disponível em: https://bit.ly/2SobF0H. Acesso em 09 jun. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, **Agravo em Recurso Especial** nº 479.648 - MS, Ministro Relator Raul Araújo, julgado em 10 de dezembro de 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, **Recurso Especial** nº 1.918.421 - SP, Ministro Marco Buzzi, julgado em 08 de junho de 2021.

TEPEDINO, Gustavo. Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e práxis. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 24, n. 1, p. 22-52, 2019.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Fundamentos do direito civil:** direito das sucessões. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. 2 ed. **Fundamentos do direito civil:** direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

EXISTE VIDA (DIGITAL) APÓS A MORTE, MAS NEM TODOS QUEREM IR PARA LÁ: A INSUFICIÊNCIA NA IMPLEMENTAÇÃO DA AUTORREGULAMENTAÇÃO DO FACEBOOK SOBRE O PERFIL DO USUÁRIO FALECIDO[1]

Amanda Nunes Sousa[2]
Ana Clara Landim de Santana[3]
Isabela Maria Soares Silva[4]

RESUMO: O Facebook conta atualmente com aproximadamente 3 bilhões de usuários, muitos destes já falecidos. O perfil nesta rede social, enquanto um bem digital de caráter existencial, integra a herança digital de seu titular. Contudo, a transmissão de seu acesso aos herdeiros não deve ocorrer de maneira irrestrita, vez que esta pode causar uma violação a deveres jurídicos traçados com base na autodeterminação do usuário. Nesse ínterim, o presente artigo tem por objetivo identificar as falhas na implementação das alternativas oferecidas pelo Facebook para o destino do perfil após a morte. Para tanto, empreendeu-se pesquisa bibliográfica, voltada à compreensão da transmissão de bens digitais existenciais na doutrina, jurisprudência, bem como nas disposições presentes na legislação civil. Além disso, também foi realizada coleta de informações nas páginas da plataforma Facebook. Assim, foi possível verificar que muito embora as propostas desta rede social para a autorregulamentação do perfil por seu titular sejam um avanço, essas alternativas não oferecem meios suficientes para a determinação de deveres jurídicos de não ingerência no perfil do usuário falecido.

PALAVRAS-CHAVE: Facebook; herança digital; deveres de não ingerência.

---

[1] Trabalho orientado por Gustavo Pereira Leite Ribeiro (UFLA).
[2] Graduanda em Direito na Universidade Federal de Lavras.
[3] Graduanda em Direito na Universidade Federal de Lavras.
[4] Graduanda em Direito na Universidade Federal de Lavras.

INTRODUÇÃO

No Brasil, a herança do *de cujus* pode ser constituída por bens materiais e imateriais, inclusive os digitais. Contudo, a transmissão destes aos herdeiros é por vezes limitada, como no caso de determinados bens digitais existenciais ou híbridos. Isso porque esses bens, progressivamente inseridos na Internet pelo usuário, apresentam um conteúdo constitutivo de sua identidade digital.

Assim, com a vida cada vez mais digitalizada, mantém-se no ambiente *online* informações que repercutem interesses existenciais os quais não podem ser acessados irrestritamente. Parte desse conteúdo pode estar presente nas redes sociais, como é o caso do Facebook. Nesta rede social, as primeiras alternativas para a regulamentação dos perfis dos usuários após a morte são recentes, consolidando-se atualmente em dois caminhos: a exclusão da conta ou a sua transformação em um memorial. Apesar de promissoras, essas medidas apresentam insuficiências em sua execução, principalmente se analisadas sob a perspectiva de eventuais violações à autodeterminação do usuário com o acesso de terceiros às informações ali inseridas.

Nesse contexto, o objetivo deste trabalho é identificar as falhas na implementação das alternativas oferecidas pelo Facebook para o destino do perfil após a morte. Para tanto, em um primeiro momento, busca-se explicar por que o perfil do Facebook é classificado como um bem digital existencial integrante da herança digital do *de cujus*. Em seguida, ao analisar a destinação que este bem recebe após a morte do usuário, o trabalho visa explicitar que a autodeterminação do titular sobre o destino dos dados inseridos em seu perfil é o fundamento para a atribuição de deveres legais de não ingerência na vida privada. O tópico seguinte, por sua vez, visa apresentar as alternativas fornecidas por esta plataforma para a destinação dos perfis após a morte. Finalmente, são traçadas críticas à forma de implementação dessas alternativas, o que afeta o exercício da autodeterminação do usuário para dispor sobre o destino de seu perfil após a morte.

Para a execução do trabalho, foi empreendida uma investigação de caráter jurídico-dogmático, a partir de literatura nacional e estrangeira. Para tanto, foi realizado um levantamento bibliográfico de artigos científicos disponíveis nas plataformas *Google Scholar* e Portal de Periódicos da Capes, bem como teses e livros encontrados na rede mundial de computadores. Além disso, realizou-se coleta de informações nas páginas disponibilizadas pela plataforma do Facebook, quais sejam Padrões da Comunidade, Central de Ajuda, Termos da plataforma Facebook e o blog Sobre o Facebook.

As informações inseridas no universo cibernético são um reflexo da autodeterminação do usuário, a qual deve ser o fundamento para a criação de deveres de não ingerência na escolha realizada pelo internauta quanto ao destino de seus dados. No espaço virtual, o usuário consolida uma identidade digital ao inserir informações que dizem respeito a sua individualidade e intimidade.

Afasta-se, portanto, a reprodução das tradicionais regras do direito sucessório na transmissão do bem existencial em comento. Isso porque, se aplicadas, essas normas iriam de encontro aos deveres jurídicos de não ingerência na esfera de liberdade dos usuários, ao conceder acesso irrestrito de terceiros a questões de foro íntimo. Não obstante a relevância do avanço da autorregulamentação do Facebook, a implementação dessa política é feita de forma pouco eficiente, o que implica a necessidade de a plataforma rever a execução das alternativas disponibilizadas aos usuários. Junto a isso, defende-se que o Facebook, como um bem digital existencial, deve receber a devida atenção do legislador, tendo em vista a inexistência de regulamentação jurídica específica sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro.

1. O PERFIL NA REDE SOCIAL FACEBOOK COMO UM BEM DIGITAL EXISTENCIAL

O Facebook foi inicialmente desenvolvido por estudantes da Universidade Harvard, em 2004, com a intenção de conectar os alunos da instituição. Com

quase 3 bilhões de usuários ativos, 30 milhões somente no Brasil[5], é uma rede social que permite aos usuários a publicação de fotos, vídeos e textos em sua linha do tempo.[6] Além disso, é possível adicionar amigos e criar grupos de variadas categorias, como vendas, trabalho e estudo. A comunicação acontece por meio de curtidas, comentários e compartilhamentos das postagens de páginas e dos amigos. Em um aspecto mais privado, é dada ao usuário a oportunidade de realizar uma conversa direta com outro perfil por meio de mensagens de texto, de voz ou chamadas de vídeo.

Tal como outras diversas redes sociais existentes, o Facebook permite ao usuário a criação de um perfil no qual é possível relatar experiências pessoais e interagir não apenas com amigos e família, mas também com desconhecidos.[7] Para a criação de um perfil online, normalmente são exigidos determinados dados pessoais, como e-mail[8] e até mesmo o número ou a foto de algum documento de identificação pessoal.[9] Assim, essa conta se constrói com base nas informações inseridas pelo titular no decorrer de seu uso e opera enquanto um diário digital personalíssimo, com o compartilhamento de histórias e experiências, fotos, vídeos e postagens.

Por esse motivo, o perfil no Facebook pode ser entendido enquanto um bem digital que integra o patrimônio virtual do titular e não da plataforma. Esse patrimônio é constituído mediante a reunião de todos os bens digitais armazenados

---

[5] BRASIL é o 3º país com maior número de usuários do Facebook. **Portal R7**, São Paulo, 2019. Disponível em: https://bit.ly/3u3aEbb Acesso em: 18 mai. 2021.

[6] Tradução da expressão "timeline", a associação deste termo a um perfil de rede social diz respeito à ideia de que "cada perfil de usuário cresce como uma linha do tempo à medida que os usuários enviam fotografias, histórias, atualizações de status e outras informações". (MCCALLING, Damien. Facebook after death: an evolving policy in a social network. **International Journal of Law and Information Technology**, Oxford, v. 22, nº 2, pp. 107-140, ago. 2014. p. 109.)

[7] LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **A tutela dos bens tecnodigitais:** possíveis destinos frente à incapacidade e morte do usuário. 2016. 231 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, p. 50

[8] FACEBOOK. **Como faço para criar uma conta**. Central de ajuda. Disponível em: https://bit.ly/3iU7t3P. Acesso em: 21 jun. 2021

[9] MERCADO LIVRE. **Criar uma conta pessoal.** Crie sua conta. Disponível em: https://bit.ly/3j41V73. Acesso em: 21 jun. 2021

no espaço cibernético que possuem como característica em comum a existência em um ambiente informatizado. Os dados que o constituem são progressivamente inseridos na Internet pelo usuário, são exemplos desses bens o perfil no Facebook, as criptomoedas, as nuvens de armazenamento de dados, dentre outros. Assim, uma vez que a informação armazenada na Internet é intangível fisicamente, a corporeidade não se apresenta como uma característica de tais bens.[10]

É possível compreender os bens digitais sob três dimensões: a patrimonial, a existencial e a híbrida. Na primeira, o bem é dotado de um viés econômico, como é o caso das milhas aéreas e das moedas digitais. Já aqueles de aspecto existencial representam a manifestação da personalidade do indivíduo, a exemplo dos perfis em redes sociais que não repercutem interesses patrimoniais. A natureza personalíssima desta modalidade é demonstrada a partir de elementos como fotos e troca de mensagens. Finalmente, existem ainda aqueles bens que, embora existenciais, também possuem repercussões patrimoniais. São os denominados bens híbridos, representados pelos perfis comerciais em redes sociais e as contas de influenciadores digitais, por exemplo.[11]

Com o falecimento do titular desse patrimônio virtual, surgem questionamentos acerca da transmissão desses bens aos herdeiros, tal como previsto pelo princípio da *saisine*. Assim, uma das soluções apresentadas pela doutrina para a regulamentação na ausência de normas específicas[12] é a reprodução das tradicionais regras do direito sucessório. Isso porque a

[10] LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **A tutela dos bens tecnodigitais:** possíveis destinos frente à incapacidade e morte do usuário. 2016. 231 p. Dissertação (Mestre em Direito). Pontíficia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. p. 72.

[11] LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **A tutela dos bens tecnodigitais:** possíveis destinos frente à incapacidade e morte do usuário. 2016. 231 p. Dissertação (Mestre em Direito). Pontíficia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016. p. 72.

[12] Na tentativa de regulamentação, o Congresso Nacional já realizou cinco propostas de projetos de lei. Três deles encontram-se arquivados. Estão em tramitação os Projetos de Lei nº 5.820/2019 e 6.468/2019. O primeiro busca conceituar a herança digital e a possibilidade de testar sobre ela por meio de um codicilo eletrônico. O segundo, por sua vez, retoma as ideias de um projeto já arquivado (PL nº 4.827 de 2012) e estabelece a transmissão de todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais, que foram titularizados pelo falecido, aos herdeiros.

patrimonialidade do bem digital híbrido se assemelha àquela presente no bem material, o que permitiria a sua integração à herança e a sua transmissão aos herdeiros com a morte da pessoa natural.[13] Contudo, essa resposta não parece ser a mais adequada em relação aos bens digitais existenciais. É o caso do perfil do Facebook, classificado como bem digital existencial, se constitui com base nos conteúdos de domínio pessoal-patrimonial produzidos e inseridos pelo usuário, e, como consequência, integra a herança digital do *de cujus*.

Evidentemente, o conteúdo presente no perfil do Facebook engloba um arcabouço de dados personalíssimos, os quais não podem ser acessados pelos herdeiros ao seu modo e desejo, sem que o titular tenha expressamente consentido. Isso se deve ao caráter privado da rede social em comento, o que cria uma expectativa de sigilo e confidencialidade das informações ali contidas. Presume-se que ao definir uma senha para realizar o *login* no perfil, o usuário não espera que terceiros adquiram conhecimento das informações ali inseridas, pois são dados de natureza sigilosa, restringidos e controlados pela pessoa que o armazenou naquele perfil.[14] Para além disso, a presença de uma chave de acesso potencializa a dimensão do privado, de modo que "há uma restrição onde alguém tem um nível de acesso mais profundo que outra pessoa".[15]

Assim, com o acesso aos dados do perfil da rede social, os herdeiros poderiam descobrir informações confidenciais, as quais o titular possuía uma expectativa de que seriam mantidas em segredo. Tal conhecimento tem potencial para, inclusive, afetar a privacidade de terceiros que se comunicavam com o falecido pela rede social. Aqui, nota-se verdadeira violação aos direitos da

---

[13] CARVALHO, Gabriel Honorato de; LEAL, Lívia Teixeira. Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas: reflexões a partir do caso Gugu Liberato. **Revista Brasileira de Direito Civil,** Belo Horizonte, v. 23, p. 155-173, jan./mar. 2020. p. 158.

[14] LEAL, Lívia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. **Revista Brasileira de Direito Civil,** Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018, p. 187

[15] PEIXOTO, Erick Lucena Campos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Os desafios da compreensão do direito à privacidade no sistema jurídico brasileiro em face das novas tecnologias. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 6, n. 2, p. 389-418, 2020. p. 400

personalidade da pessoa que permanece viva e merece tutela pelo ordenamento jurídico.[16]

Portanto, o perfil no Facebook, enquanto forma expressão de interesses existenciais, pode ser entendido como parte integrante da herança digital. Contudo, a transmissão do acesso ao perfil do *de cujus* aos herdeiros deve ser limitada, ante a existência de deveres jurídicos traçados com base na autodeterminação do titular das informações inseridas na conta. É este o fundamento que o próximo tópico buscará apresentar, a fim de ensejar a defesa da proteção dos dados e informações pessoais da ingerência de terceiros mesmo após a morte de seu titular.

2. (IN)EXISTÊNCIA APÓS A MORTE: DEVERES DE NÃO INGERÊNCIA COMO JUSTIFICATIVA DA INTRANSMISSIBILIDADE DO PERFIL DO USUÁRIO DO FACEBOOK

Com os mais diversos canais de comunicação *online* à disposição, as pessoas puderam compartilhar dados pessoais umas com as outras a nível global. Com efeito, todas as informações coletadas na rede consolidam uma verdadeira pegada digital dos usuários que deixam "rastros" ao fazer uso da Internet para as mais diversas atividades, desde o trabalho, aos estudos e ao entretenimento.[17] Isso acontece em virtude de tantas fotos, vídeos e postagens armazenadas, as quais possibilitam a manutenção da presença do indivíduo no ambiente virtual. Nessa perspectiva, quando da morte de um indivíduo, as redes sociais trazem uma nova visão ao luto, a exemplo do Facebook.

Há um redimensionamento da memória que se tem de alguém: para além da mera lembrança de amigos e familiares, é possível contar com todo o conteúdo

[16] CARVALHO, Gabriel Honorato de; LEAL, Lívia Teixeira. Propostas para a regulação da herança digital no direito brasileiro. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). **Direito Civil e tecnologia**, Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 379-394., p. 387

[17] SOUSA, Ana Claúdia. Herança digital *post mortem*. **Revista Fórum de Direito Civil - RFDC,** Belo Horizonte, n. 19, p. 49 - 65, set./dez. 2018. Disponível em: https://bit.ly/3cXQoRl. Acesso em: 18 mar. 2021. p. 57.

que ela deixou online. A ideia de manter a pessoa viva na realidade virtual faz com que os familiares busquem acessar as informações inseridas na rede o que teria como justificativa a preservação da identidade familiar e a manutenção da ancestralidade. Contudo, evidentemente, a morte do corpo físico não implica o fim do corpo eletrônico[18], o que consolida a necessidade de proteger os dados inseridos no ambiente virtual.

Parte considerável da doutrina tem defendido a existência de uma extensão do direito à privacidade que justificaria, então, a sua proteção após a morte. É o exemplo de Lívia Leal e Gabriel Honorato[19], para quem o acesso almejado pela família ocasionaria uma ofensa à privacidade de quem morreu. Os autores apontam que a proteção ao referido direito não deve ser conferida apenas em vida para evitar eventuais violações. Por considerarem a personalidade, em seu viés objetivo, um bem juridicamente relevante, argumentam que ainda após a morte de seu titular ela deva ser tutelada.[20]

Essa compreensão elástica da continuidade *post-mortem* dos direitos da personalidade teria razão de ser no teor dos artigos 12[21] e 20[22] do Código Civil. Por

---

[18] Para Stefano Rodotà o corpo eletrônico se forma com base nas "informações que nos dizem respeito, e que representam nossa identidade para todos aqueles que as usam eletronicamente, estão espalhadas num número crescente de bancos de dados nos mais diversos lugares do mundo; nossos rastros eletrônicos são constantemente acompanhados e guardados. O novo direito global deve tratar de um "indivíduo planetário", de um "corpo distribuído no espaço". RODOTÀ, Stefano, "Globalização e direito" (lecture), Tradução de Myrian de Filippis, Rio de Janeiro, março de 2003. p. 5.

[19] CARVALHO, Gabriel Honorato de; LEAL, Lívia Teixeira. Propostas para a regulação da herança digital no direito brasileiro. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). **Direito Civil e tecnologia**, Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 379-394., p. 387

[20] LEAL, Lívia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. **Revista Brasileira de Direito Civil,** Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018. p 193

[21] Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

[22] 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

meio deles, a legislação confere legitimidade processual aos familiares, que tem por escopo a proteção de eventuais ofensas a esses direitos que possam ocorrer mesmo com a morte do titular. Ambos os dispositivos partem do pressuposto de que essas pessoas teriam melhores condições e maior interesse na preservação da memória do *de cujus*. Nesta perspectiva, a atuação dos familiares não buscaria somente reivindicar a compensação em face de situações danosas ou de ameaça de dano, "mas sim agir de forma ativa para preservação e manutenção de sua memória".[23]

Ocorre que tal interpretação é incompatível com a leitura conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro, especialmente o artigo 6º do Código Civil, de que a personalidade se encerra com a morte da pessoa natural. Frente à inexistência da personalidade, não há fundamento para a proteção da privacidade do internauta após sua morte. É um desdobramento lógico a conclusão de que não há de se falar em titularidade de direitos, inclusive os personalíssimos após a morte. No entanto, o acesso às informações do *de cujus* contidas na rede, em especial no perfil do Facebook, não pode acontecer arbitrariamente.

A privacidade no âmbito do direito digital é prerrogativa que todo usuário tem de exercer controle sobre seus próprios dados. Dada a relevância de sua tutela para a proteção da dignidade humana, não se justifica que a extinção da personalidade, em decorrência da morte, faça cessar os deveres de não ingerência de outros particulares na esfera individual do sujeito, seja ela física seja digital. No ordenamento jurídico brasileiro a tutela de uma situação jurídica, para além da garantia de direitos, pode ocorrer também a partir da atribuição de deveres.[24]

---

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.

[23] COLOMBO, Cristiano; GOULART, Guilherme Damasio. Direito póstumo à portabilidade de dados pessoais no ciberespaço à luz do direito brasileiro. In: POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot et al (Org.). **Políticas, internet e sociedade**, Belo Horizonte: Iris, 2019. p. 55-68. p. 62.

[24] SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Honra e imagem do morto? Por uma crítica à tese da sobrevida dos direitos da personalidade. **Revista de informação legislativa**,

A alternativa compatível com o ordenamento é, portanto, a criação de um dever jurídico que seja imposto em face de toda coletividade. Entende-se que à família é atribuída uma legitimação processual para atuar "na defesa da não infração de deveres que se refiram à 'figura' do morto".[25] Assim, é criada em torno da pessoa que faleceu uma situação jurídica que visa a solidificação de espaços de não ingerência.

> Não é preciso ver reconhecido ao morto, ou à sua família, direitos da personalidade para reconhecermos uma esfera de não liberdade infringida por alguém. O morto pode ser o referencial de uma posição jurídica, consubstanciada em dever jurídico e violada por alguém.[26]

Haja vista as particularidades do perfil do Facebook enquanto bem digital existencial parte da herança digital, não existe a possibilidade de transmissão do acesso à conta aos herdeiros. Em vida, a restrição às informações contidas no perfil desta rede social encontra guarida no direito à privacidade. Com a morte, este deixa de ser um fundamento de proteção, logo, é necessário definir espaços de não ingerência que criem balizas para a atuação dos herdeiros, deveres que precisam ser traçados pelo usuário dentro da própria plataforma.

> A premissa para construção de um espaço virtual sustentavelmente mais sólido e seguro perpassa pela autodeterminação de cada usuário quanto aos seus conteúdos digitais, permitindo-se que estes tenham a plena autonomia (e certeza de sua concretude) quanto ao destino que será concedido àqueles dados pessoais sensíveis, que refletem a mais íntima personificação do usuário.[27]

Para garantir a não ingerência de terceiros, são criados deveres oponíveis a estes a partir da noção de autodeterminação e da expectativa de sigilo e

---

Brasília, v. 44, n. 175, p. 117-123, 2007. Disponível em: https://bit.ly/3ihBI4h Acesso em: 12 abr. 2021. p. 122.

[25] SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Honra e imagem do morto? Por uma crítica à tese da sobrevida dos direitos da personalidade. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 44, n. 175, p. 117-123, 2007. Disponível em: https://bit.ly/3ihBI4h Acesso em: 12 abr. 2021. p. 122.

[26] SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Honra e imagem do morto? Por uma crítica à tese da sobrevida dos direitos da personalidade. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 44, n. 175, p. 117-123, 2007. Disponível em: https://bit.ly/3ihBI4h Acesso em: 12 abr. 2021. p. 122.

[27] CARVALHO, Gabriel Honorato de; GODINHO, Adriano Marteleto. Planejamento sucessório e testamento digital: a proteção dinâmica do patrimônio virtual. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 171-191., p. 179.

confidencialidade delimitados pelo utente da rede social, ainda em vida. Tais deveres jurídicos são pautados também na liberdade da pessoa em delimitar o grau de publicidade que deseja conferir a seus dados e informações.

Assim como o direito à herança é prerrogativa prevista no art. 5º, inc. XXX[28] da Carta Magna, a liberdade[29] está prevista no mesmo rol de direitos fundamentais, o que provoca uma situação na qual nenhum desses direitos é absoluto. Se por um lado aquele garante aos herdeiros a transmissão dos bens da pessoa falecida, este enquanto liberdade de testar concretiza a autonomia do sujeito em relação à disposição de seus bens, ressalvada a legítima. Esta tem como fundamento o preceito constitucional da função social, aplicado, inclusive, no âmbito da sucessão, o que afasta um entendimento puramente individualista.[30]

Superados os pressupostos meramente patrimoniais da autonomia da vontade, anteriores à Constituição de 1988, também se torna possível dispor sobre bens extrapatrimoniais.[31] Frente a não valoração econômica dos bens digitais existenciais, já que apresentam tão somente características personalíssimas, torna injustificável limitar a autodeterminação de seu titular. Dessa forma, é livre e plena a disposição da pessoa sobre a destinação de seu perfil no Facebook após a morte.

---

[28]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: [...] XXX - é garantido o direito de herança.

[29] 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: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

[30] LÔBO, Paulo. Direito constitucional à herança *saisine* e liberdade para testar. In: **Famílias: pluralidade e felicidade:** Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. Araxá, p. 35 - 46, 2013. Disponível em: https://bit.ly/3vIBs1p Acesso em: 10 jun. 2021. p. 36.

[31] SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 177.

No Brasil, ainda não é consolidada uma cultura de decidir, ainda em vida, o destino do patrimônio após a morte, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial. Soma-se a isso a inexistência de regras sobre a transmissão da herança digital, em especial os bens digitais existenciais. O que dificulta a solução de relações jurídicas no âmbito da herança digital.[32] Como alternativa, é necessário compreender que o direito de realizar disposições de última vontade constituem-se como uma expressão da personalidade do sujeito por se tratar de um ato que somente pode ser concretizado por anseio único e individual do testador. É a partir da tomada de decisão, das escolhas que cada sujeito faz sobre a própria existência, dentro dos parâmetros de legalidade, que se afirma como dono de si mesmo.[33]

Dessa forma, da mesma maneira que o ordenamento jurídico brasileiro confere a devida proteção às manifestações previamente realizadas como o testamento, também devem ser validadas àquelas expressadas nas plataformas digitais no que concerne ao bem ali armazenado. É o caso da escolha do titular, realizada na plataforma, sobre a destinação do perfil no Facebook após seu falecimento.[34] A autodeterminação do usuário para versar sobre bens digitais existenciais é justamente o fundamento para se criar parâmetros de não interferência de terceiros.

---

[32] MENDES, Laura Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. Case report: corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. **Revista de Direito Univille,** Porto Alegre, v. 15, n. 85, p. 188-211, 2019. Disponível em: https://bit.ly/3f0LpT0. Acesso em: 18 mar. 2021. p. 191

[33] QUINN, Gerard. Rethinking personhood: new directions in legal capacity law and policy or how to put the shift back into paradigm shift. **An Ideas Paper**, Vancouver, p. 1-21, abr. 2011. Disponível em: https://bit.ly/3xGJ1XA. Acesso em: 20 mai. 2021, p. 14.

[34] NEVARES, Ana Luiza Maia. Testamento virtual: ponderações sobre a herança digital e o futuro do testamento. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira (Coord.) **Herança digital**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

3. ENTRE A HOMENAGEM E A EXCLUSÃO DO PERFIL: A AUTORREGULAMENTAÇÃO DA REDE SOCIAL FACEBOOK

Pela sua origem jovial, lidar com a morte de um usuário não foi uma preocupação imediata do Facebook.[35] A partir da popularização da plataforma, emergiram demandas por regulamentação a pedido de amigos e familiares de pessoas que faleceram e deixaram um perfil na rede. Nesse contexto, a primeira solução ofertada pelo Facebook foi a remoção da conta, após trinta dias da notificação da morte à plataforma, período durante o qual amigos da pessoa falecida ainda poderiam escrever mensagens e postar no perfil.[36]

O primeiro caso a alcançar os tribunais estadunidenses foi o de Loren Willians. Aos 22 anos de idade, Loren morreu em um acidente de motocicleta em 2005 e sua mãe, Karen, ao saber que o filho tinha um perfil repleto de mensagens e memórias na rede social, solicitou ao Facebook que não o apagasse. Ao mesmo tempo, a genitora obteve a senha da conta por meio de um amigo do jovem, porém, após alguns logins, a conta foi desativada. Perante o Tribunal do Condado de Multnomah, no Estado do Oregon, o Facebook defendeu que permitir o acesso de Karen à conta seria violar a noção de privacidade presente na Política da plataforma. Ainda assim, após as negociações, a mãe obteve um acordo e uma ordem judicial para que pudesse acessar a conta por um período de 10 meses.[37]

Esse emblemático episódio acabou por gerar diversas discussões sobre a suposta solução de 30 dias. Como foi possível recuperar o acesso à conta mesmo após o perfil ter sido desativado, evidenciou-se que os dados inseridos na plataforma não eram excluídos de forma permanente. Além disso, embora seja compreensível que pais saudosos queiram ter acesso a informações como fotos e

---

[35] MCCALLING, Damien. Facebook after death: an evolving policy in a social network. **International Journal of Law and Information Technology**, Oxford, v. 22, nº 2, p. 107-140, ago. 2014, p. 108.
[36] MCCALLING, Damien. Facebook after death: an evolving policy in a social network. **International Journal of Law and Information Technology**, Oxford, v. 22, nº 2, pp. 107-140, ago. 2014, p. 117.
[37] PITKIN, James. Access denied: A Beaverton woman's fight for her dead son's website ends in a first-of-a-kind lawsuit against Facebook.com. **Willamette Week**, [online], jan. 2017. Disponível em: https://bit.ly/33VidX2. Acesso em: 17 mai. 2021.

mensagens de seus filhos, possibilitar tal atividade parece ir na contramão do objetivo pelo qual é requerida uma senha do usuário. Mais do que isso, a própria disponibilização do perfil para os amigos, somente durante esse prazo, começaria a ser questionada.

Em abril de 2007, o Massacre de Virginia Tech, Universidade do Estado da Virgínia, nos EUA, deixou 33 mortos, a maioria jovens estudantes.[38] Em seguida, os universitários e apoiadores deram início a uma campanha para que o Facebook não removesse os perfis das vítimas. Nestes, se encontravam muitas mensagens de luto e apoio aos familiares, tendo se tornado, em pouco tempo, verdadeiros memoriais. Diferentemente das esporádicas solicitações judiciais dos pais, a pressão da maior parte do público da rede social - os jovens - transformou diretamente a política do site. Os estudantes participavam, afinal, da construção de seus próprios perfis, de maneira conjunta a seus amigos, e a possibilidade de perder esses vínculos digitais sofreu resistência.[39] Por isso, o Facebook apresentou uma nova possibilidade: a transformação do perfil do usuário falecido em um memorial permanente.

O memorial é um lugar no qual outros membros da rede social podem compartilhar lembranças da pessoa que faleceu. Após a notificação da morte por amigos ou familiares à plataforma, a expressão "Em memória de" aparece acima do nome do usuário. O objetivo é relembrar que essa conta constitui um espaço para mensagens póstumas e, de acordo com o Facebook, ajudar a protegê-la contra tentativas de login e atividade fraudulenta. As diferentes possibilidades de compartilhamento de mensagens, fotos, dentre outras homenagens irão depender das configurações de privacidade da conta.[40] Isso porque, ao utilizar o site, a

[38] SCHILDKRAUT, Jaclyn. Media and massacre: A comparative analysis of the reporting of the 2007 Virginia Tech shootings. **Fast Capitalism**, Arlington, v. 9, nº 1, p. 11-132, jan. 2012.
[39] MCCALLING, Damien. Facebook after death: an evolving policy in a social network. **International Journal of Law and Information Technology**, Oxford, v. 22, nº 2, pp. 107-140, ago. 2014, p. 118-19.
[40] FACEBOOK. **Padrões da comunidade**: Perfil memorial. 2021. Disponível em: https://bit.ly/3wlV6Bo. Acesso em: 18 mai. 2021.

pessoa pode escolher se realiza suas postagens de modo público (com todos os demais usuários), de forma restrita a seus amigos na rede ou ainda especificamente com outros sujeitos por ela selecionados.

Após a conversão em memorial, o perfil não mais aparece na função "Pessoas que talvez você conheça"[41], nem nos lembretes de aniversário.[42] Destaca-se, mais uma vez, que é proibido o login na conta por parte de outros usuários.[43] Outro importante aspecto do perfil-memorial é a possibilidade de o usuário escolher um contato herdeiro para administrá-lo após a sua morte. Esse administrador, que deve ser amigo da pessoa na rede social e só pode ser escolhido por pessoas maiores de dezoito anos, tem poderes limitados, são eles: escrever uma publicação, que será exibida no topo do perfil transformado em memorial (por exemplo, para compartilhar uma mensagem final em seu nome ou fornecer informações sobre o funeral); ver publicações, mesmo que você tenha configurado sua privacidade como Somente eu; aceitar novas solicitações de amizade; decidir quem pode ver e publicar homenagens no espaço a elas destinado; excluir publicações de homenagens; alterar quem pode ver as publicações em que você está marcado; remover suas marcações publicadas por outra pessoa.[44]

Também pode o titular do perfil conceder permissão ao seu contato herdeiro para baixar um arquivo de todas as informações por aquele

---

[41] A plataforma apresenta ao usuário "sugestões de amigos", com base nas atividades do usuário e amigos em comum.

[42] TŪBAITĖ-STALAUSKIENĖ, Asta. Data protection post-mortem. **International Comparative Jurisprudence**, v. 4, nº 2, p. 97-104, nov. 2018, p. 101.

[43] Na Central de Ajuda da rede social, é possível encontrar a seguinte afirmativa: "Não podemos fornecer as informações de login da conta de outra pessoa, mesmo nessas circunstâncias. Entrar na conta de outra pessoa viola as políticas do Facebook". **Como faço para informar ao Facebook sobre o falecimento de uma pessoa ou sobre uma conta que precisa ser transformada em memorial?** *In*: Central de Ajuda [online]. Disponível em: https://www.facebook.com/help/150486848354038/?ref=share. Acesso em: 18 mai. 2021.

[44] FACEBOOK. **O que é um contato herdeiro e o que ele pode fazer com minha conta do Facebook?** Central de ajuda. Disponível em: https://www.facebook.com/help/legacycontact. Acesso em: 17 mai. 2021.

compartilhadas na plataforma. Todavia, ele não possui permissão para acessar a conta ou ver as mensagens privadas do falecido, tampouco alterar as configurações de privacidade das postagens por ele selecionadas.[45] Finalmente, caso o titular não tenha selecionado um contato herdeiro, o perfil não será administrado ativamente por ninguém após a notificação para transformação em memorial.

A outra opção apresentada aos usuários é a possibilidade de apagar de maneira permanente a sua conta após a morte. Nessa hipótese, todas as mensagens, fotos, publicações, comentários, reações e informações compartilhadas serão permanentemente removidos, sem possibilidade de recuperação ou de se reativar a conta. Tais disposições parecem solucionar os questionamentos anteriores, sobre o caráter definitivo da exclusão dos dados do usuário[46], como no caso de Loren Willians. Vale destacar que, se o dono do perfil não selecionar a opção de excluir a conta permanentemente, ela será transformada em memorial assim que a plataforma tomar ciência do falecimento, não sendo possível sua alteração.[47] O silêncio implica, de acordo com as normas da plataforma, anuência para memorial.

---

[45] HARBINJA, Edina. Post-mortem privacy 2.0: theory, law, and technology, International Review of Law, Computers & Technology. **International Review of Law, Computers & Technology**, Londres, v. 31, nº 1, p. 26-42, fev. 2017, p. 36.

[46] No entanto,é possível que essa seja uma solução tão apenas aparente. De acordo com a Central de ajuda do Facebook, o processo de exclusão de uma conta pode levar até 90 dias. Caso o usuário tenha realizado a solicitação em vida, poderá, antes de completados 30 dias, optar pelo cancelamento do pedido de exclusão. Após esse prazo, a conta e todas as informações serão excluídas permanentemente e não será possível recuperá-las. Enquanto esses dados são excluídos, se tornam inacessíveis a outros usuários da rede social. Contudo, a plataforma destaca ainda ser possível que cópias das informações do usuário permaneçam após os 90 dias em armazenamento de backup, utilizado para recuperação em caso de desastre, erro de software ou outro evento de perda de dados. Também é possível que o Facebook mantenha informações do utente para questões como problemas legais, violações de termos de uso ou esforços de prevenção de danos. Assim, restam dúvidas quanto ao tempo em que esses dados salvos em backup ficarão disponíveis e quais os critérios para a sua manutenção pela plataforma. FACEBOOK. **Desativando ou excluindo sua conta**. Central de Ajuda. Disponível em: https://www.facebook.com/help/250563911970368/?helpref=hc_fnav. Acesso em 19 jun. 2021.

[47] FACEBOOK. **O que acontecerá com minha conta do Facebook se eu falecer?** Central de Ajuda. Disponível em:https://bit.ly/3hyCwkp. Acesso em: 17 mai. 2021.

É notável a evolução destes dois caminhos quando comparados à antiga janela de 30 dias. Por isso, no próximo tópico é destacada a relevância das respostas proporcionadas pelo Facebook e como elas vão ao encontro da proteção do usuário e do conteúdo deixado por ele na rede social após sua morte. Ao mesmo tempo, na busca pelo aperfeiçoamento da tutela jurídica garantida a essa situação, são apontadas críticas relacionadas à implementação das referidas soluções.

4. (NÃO) LI E CONCORDO: A INEFICIÊNCIA DA REDE SOCIAL FACEBOOK EM GARANTIR A AUTODETERMINAÇÃO DO USUÁRIO SOBRE O DESTINO DO SEU PERFIL

É o titular do perfil quem decide livremente como deve se dar o acesso aos seus dados armazenados no ambiente virtual. Nas hipóteses em que a pessoa manifesta suas vontades em vida, torna-se mais simples compatibilizar seus desejos com o sistema sucessório vigente.[48] Por esse motivo, o modelo da rede social Facebook é bem-vindo, na medida em que coloca à disposição do usuário o direito de escolher sobre o destino do seu perfil depois da morte. Ao estabelecer manifestação prévia da vontade sobre os dados - sobretudo pessoais - que insere na plataforma, é a pessoa que decide e autodetermina sobre o seu corpo eletrônico.[49] A intransmissibilidade do acesso deste bem digital existencial pelos herdeiros ganha então contornos a partir dos deveres de não ingerência criados de acordo com o exercício, em vida, da autonomia e liberdade do utente.

Demonstra a adequação do modelo ofertado pelo Facebook com o ordenamento jurídico nacional o julgado da Apelação Cível nº 1119688-66.2019.8.26.0100 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. No caso, a apelante buscava o restabelecimento do perfil do Facebook de titularidade de sua filha

[48] MENDES, Laura Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. Case report: corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. **Revista de Direito Univille,** Porto Alegre, v. 15, n. 85, p. 188-211, 2019. Disponível em: https://bit.ly/3f0LpT0. Acesso em: 18 mar. 2021. p. 210.
[49] RODOTÀ, Stefano, "Globalização e direito" (lecture), Tradução de Myrian de Filippis, Rio de Janeiro, março de 2003.

falecida, que foi excluído pela plataforma sem aviso prévio. Ocorre que a autora somente tomou conhecimento da exclusão da conta, pois frequentemente a acessava munida do usuário e senha. Importante mencionar que a titular do perfil havia manifestado na plataforma o interesse de excluir a sua conta depois de sua morte.

O Tribunal defendeu que nas situações existenciais no âmbito virtual "prevalece a lógica de proteção assentada nos direitos da personalidade, como a privacidade e identidade, que são direitos pessoais e intransmissíveis"[50], e negou o pedido. Na decisão, foi destacado que, embora seja compreensível o anseio da mãe de manter viva a memória da filha no meio virtual, bem como interagir com amigos e familiares a partir dele como forma de conforto, deve prevalecer a vontade manifestada em vida pela exclusão dos registros. Ademais, ainda que a falecida não tivesse manifestado seu desejo pela exclusão da conta, tal medida poderia ter sido adotada pela plataforma, porque o acesso de um terceiro com usuário e senha do titular viola os seus termos de uso e justifica a remoção do perfil. Foi firmado entendimento de que "inexistente manifestação de vontade do titular neste particular, sobressaem os termos de uso dos sites, quando alinhados ao ordenamento jurídico".[51]

Muito embora o modelo ofertado pelo Facebook seja vanguardista e coerente com o ordenamento jurídico brasileiro, a sua implementação ainda possui falhas que prejudicam a garantia do direito à autodeterminação do usuário. É perceptível a ausência de mecanismos eficazes para que o utente possa definir os limites do dever de não ingerência em seu perfil após a morte, por dois principais

[50] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (31ª Câmara de Direito Privado). **Apelação cível** nº 1119688-66.2019.8.26.0100. Apelante: Elza Parecida Silva de Lima Amorim. Apelado: Facebook Serviços Online do Brasil LTDA. Relator: Des. Francisco Casconi. São Paulo, 9 de março. 2021. Disponível em: https://bit.ly/3bFSHcj Acesso em: 18 mai. 2021. p. 8.

[51] SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (31ª Câmara de Direito Privado). **Apelação cível nº** 1119688-66.2019.8.26.0100. Apelante: Elza Parecida Silva de Lima Amorim. Apelado: Facebook Serviços Online do Brasil LTDA. Relator: Des. Francisco Casconi. São Paulo, 9 de março. 2021. Disponível em: https://bit.ly/3bFSHcj Acesso em: 18 mai. 2021. p. 9.

motivos: a rede social adota procedimentos pouco eficientes para informar seus usuários sobre as funcionalidades memorial e exclusão; e tais opções possuem formato que limita demasiadamente o poder de eleição do usuário.

Nesse sentido, um primeiro aspecto passível de crítica é a confusa disposição na plataforma das regulamentações quanto à destinação do perfil após o falecimento do usuário. Além de difícil localização, as informações não se encontram reunidas de forma a facilitar o entendimento sobre o futuro dos dados pessoais ali inseridos, quanto aos poderes concedidos ao contato herdeiro ou mesmo informar como e quem pode notificar a rede social sobre o falecimento de um usuário. É possível identificar ao menos quatro páginas distintas dentro do próprio Facebook, com várias subpáginas, cujo acesso é necessário para obter maiores informações: Padrões da Comunidade, Central de Ajuda, Termos da plataforma Facebook e o blog Sobre o Facebook.

Agrava esse problema o pouco conhecimento que as pessoas têm acerca das opções de memorial ou exclusão ofertadas pela rede social. Uma pesquisa realizada em 2015 pela YouGov[52] questionou adultos que utilizam a internet sobre qual acreditavam ser a destinação do conteúdo de seus perfis no Facebook: 36% pensavam que após seu falecimento o próprio Facebook herdaria o conteúdo, enquanto 27% dos entrevistados não souberam responder.[53] Por isso, Medlock propõe que as informações acerca do memorial sejam reunidas em um só local[54]. Todavia, tal sugestão pode ser estendida à totalidade do conteúdo sobre o tratamento do perfil após a morte, a partir de uma apresentação conjugada, didática, de fácil acesso e com o devido destaque que a informação enseja.

---

[52]YouGov é uma empresa internacional, sediada no Reino Unido, focada na pesquisa de mercado baseada na internet. Cf. https://yougov.co.uk/

[53] FACEBOOK. **Widespread confusion over who owns online accounts after death**. 2015. Disponível em: https://bit.ly/3gnGyM4. Acesso em: 14 jun. 2021.

[54] MEDLOCK, Kyle. C**hoosing your fate?: memorialisation, deletion and the undead on Facebook**. 2020. 47 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Artes). School of Humanities, Languages and Social Science, Griffith University 2020, p. 28.

Outro desafio diz respeito à inefetiva publicidade do Facebook para advertir o usuário tanto sobre as alternativas disponíveis para regulamentação do perfil após a morte, quanto sobre eventuais modificações em seus termos de uso. Os avisos são feitos por meio da função "notificações", mas outras inúmeras atividades também são assim anunciadas, o que faz com que, muitas vezes, tal conteúdo se perca ou deixe de ser observado. Desse modo, a plataforma confere à divulgação da funcionalidade pouquíssima relevância. Além disso, se contenta com a aceitação tácita do usuário quanto a eventuais atualizações dos seus termos de uso e política de privacidade, responsáveis por estabelecer os parâmetros desta decisão. Sem garantir a ciência expressa dos titulares do perfil, o site acaba por contribuir para a contínua desinformação do usuário sobre o destino de seus dados.

Ademais, após a notificação acerca de uma eventual atualização, os termos outrora vigentes desaparecem e não são mais acessíveis aos usuários.[55] Daí ser gerada também certa insegurança jurídica, na medida em que eventuais conflitos entre plataforma e usuário provavelmente serão disciplinados por termos de uso que foram aceitos de forma tácita e despercebida por este, sem que haja possibilidade de eventual consulta e negociação Mais que isso, ainda que fosse possível ao usuário acompanhar as mudanças nas regras da plataforma, há que se considerar que "mesmo para uma pessoa com razoável capacidade técnica e jurídica, negociar as disposições e políticas exige um esforço considerável"[56].

Por conseguinte, o Facebook poderia tornar obrigatória a demonstração de conhecimento do usuário em relação às alternativas disponíveis. Dessa forma, a prévia opção pela exclusão ou transformação do perfil em um memorial no futuro seria requisito para a criação da conta, tal como são exigidos outros

[55] MCCALLING, Damien. Facebook after death: an evolving policy in a social network. **International Journal of Law and Information Technology**, Oxford, v. 22, nº 2, pp. 107-140, ago. 2014, p. 115.
[56] MCCALLING, Damien. Facebook after death: an evolving policy in a social network. **International Journal of Law and Information Technology**, Oxford, v. 22, nº 2, pp. 107-140, ago. 2014, p. 113.

elementos, como a data de nascimento e um endereço de e-mail válido. Também para os usuários que já possuem uma conta na plataforma, tal decisão poderia ser exigida em prazo específico, sob pena de perda de certas funcionalidades ou mesmo impossibilidade de acesso. Tais questionários deveriam ainda acompanhar sempre as transformações regulamentares da rede social, de maneira a informar o que mudou e solicitar nova anuência de seus membros.

Especificamente quanto aos perfis memoriais, também é possível identificar algumas lacunas e defeitos em sua execução. Em primeiro lugar, pode-se apontar a impossibilidade de o usuário estabelecer limites mais ou menos específicos em relação ao papel do administrador de seu perfil após a morte. A plataforma oferece uma lista inegociável dos poderes do contato herdeiro e, por conseguinte, o titular da conta não tem a opção de selecionar ações com as quais gostaria ou não de consentir. A liberdade de escolha do usuário é suprimida, o que prejudica a delimitação dos limites do dever de não ingerência de terceiros sobre os seus dados no futuro, após sua morte.

Ainda que a decisão sobre os poderes do contato herdeiro fosse feita de forma restrita, como a partir de uma lista de checagem, a rede social poderia conceder maior poder ao usuário sobre o tipo de informação e conteúdo que deseja manter disponível em seu perfil. As configurações de privacidade relativas às postagens contemporâneas, ainda que orientem o contato herdeiro sobre as preferências da pessoa falecida, podem deixar de refletir suas concepções sobre memória e continuidade de sua pegada digital após a morte. É o receio que demonstrou Logan, de 35 anos, que designou sua irmã enquanto contato herdeiro. Entrevistado por pesquisador da Universidade Griffith, em Queensland, Austrália, o contador disse que:

> Por exemplo, se eu morri e minha irmã herdou a minha conta e a usou para postar algo com o que eu realmente não concordo ou que não me representa - poderia ser algo tão simples quanto postar uma foto desfavorável, que eu não gosto - então a conta se tornaria menos um

> legado ou uma representação de quem eu fui e como utilizava o Facebook.[57]

Também o fato de não haver exigência do Facebook sobre renovações periódicas pode se tornar problemático. Os relacionamentos são cíclicos e, por vezes, a pessoa pode se desentender seriamente com um amigo ou familiar designado enquanto seu contato herdeiro. Se não relembrada dessa decisão, o acesso a seu conteúdo poderá ser concedido a alguém com quem não possui mais qualquer vínculo. Nessa lógica, defende McCalling que os usuários devem ser solicitados pela rede social a rever suas escolhas regularmente e que estas não devem configurar uma mera renúncia acrescentada às diversas condições de serviço.[58] Com efeito, a exigência deve ser o mais visível e vinculante possível, a fim de implementar a vontade real do utilizador do website.

Em segundo lugar, a presunção de que a pessoa detentora de um perfil no Facebook, que não opta especificamente por sua exclusão após a morte, deseja que este seja transformado em um memorial aparenta ser um pouco rasa. Não é porque se compartilhou com alguém enquanto vivo que, por padrão, existe o desejo de que outros continuem a compartilhar em seu perfil, a partir do eu-digital que permanece no ambiente virtual. A morte, fato futuro e certo a todas as pessoas, está afinal permeada de diferentes valores, aspectos culturais, crenças religiosas e filosofias de vida, que influenciam diretamente nos interesses daquele que faz disposições prévias da vontade relativas aos seus bens, inclusive os digitais.[59]

A ideia da continuidade do corpo eletrônico ou de aspectos da identidade disponibilizados pelo usuário enquanto a plataforma perdurar pode ser, nesse ínterim, desconfortável para algumas pessoas. Como forma de amenizar esse

---

[57] MEDLOCK, Kyle. C**hoosing your fate?: memorialisation, deletion and the undead on Facebook**. 2020. 47 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Artes). School of Humanities, Languages and Social Science, Griffith University 2020, p. 34.

[58] MCCALLING, Damien. Facebook after death: an evolving policy in a social network. **International Journal of Law and Information Technology**, Oxford, v. 22, nº 2, pp. 107-140, ago. 2014, p. 139.

[59] MCCALLING, Damien. Facebook after death: an evolving policy in a social network. **International Journal of Law and Information Technology**, Oxford, v. 22, nº 2, pp. 107-140, ago. 2014, p. 127.

problema, semelhantemente à questão do contato herdeiro, o Facebook poderia permitir mais escolhas ao usuário, como tornar uma conta disponível um número fixo de anos após a morte, por exemplo.[60] Nem todos querem ser imortalizados na rede mundial de computadores e supor o contrário é ignorar o fato de que muitos usuários desconhecem as opções ofertadas pela rede social ou sequer refletiram sobre a destinação de sua conta após seu falecimento.[61]

Em terceiro lugar, a rede social veda a possibilidade de usuários menores de 18 anos fazerem a escolha por um contato herdeiro. Isso é preocupante, haja vista que a idade mínima exigida para criação de um perfil na plataforma é de 13 anos[62] e, embora seja menos frequente, crianças e adolescentes também podem morrer. A atual resposta do Facebook foi permitir que pais desses jovens solicitem sua designação como contato herdeiro destas contas[63], o que nem sempre garante a vontade do público juvenil. Certamente, não se ignora que especial atenção deva ser destinada ao público adolescente, mas a autonomia e privacidade desses seres em desenvolvimento também seria preservada.[64]

Ainda sobre esse aspecto, cumpre ressaltar que a idade mínima para testar no Brasil é de dezesseis anos, conforme estabelece o parágrafo único do art. 1860 do Código Civil. Se o direito aceita disposições prévias da vontade sobre bens

---

[60] MCCALLING, Damien. Facebook after death: an evolving policy in a social network. **International Journal of Law and Information Technology**, Oxford, v. 22, nº 2, pp. 107-140, ago. 2014, p. 139.

[61] MEDLOCK, Kyle. C**hoosing your fate?: memorialisation, deletion and the undead on Facebook**. 2020. 47 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Artes). School of Humanities, Languages and Social Science, Griffith University 2020, p. 33.

[62] A restrição se encontra disposta nas políticas do site. C.f: FACEBOOK. **Como denuncio uma criança menor de 13 anos no Facebook?** Central de Ajuda. Disponível em: https://www.facebook.com/help/157793540954833. Acesso em: 18 mai. 2021.

[63] A alteração foi disponibilizada em 2019 pela rede social. Cf: FACEBOOK. **Making It Easier to Honor a Loved One on Facebook After They Pass Away**, About Facebook, abr. 2019. Disponível em: https://bit.ly/2UFcS4D. Acesso em: 18 mai. 2021.

[64] Não é intento deste trabalho debruçar-se sobre as diversas nuances dos limites entre autoridade parental e privacidade de crianças e adolescentes na internet. Sobre o tema, recomenda-se a leitura de: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar: 2009 e MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Autoridade parental e privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 20, n. 2, 2015, p. 507-508.

materiais e imateriais desses sujeitos, sua inviabilidade quanto aos bens digitais não parece estar de acordo com o ordenamento jurídico vigente. Uma vez preenchidos os requisitos legais de idade e discernimento, ao adolescente deveria ser garantido o direito de nomear aquele(a) que melhor lhe aprouver, enquanto seu contato herdeiro. A opção de escolher um administrador caminha ao lado do direito personalíssimo à autodeterminação e ao planejamento sucessório. Conquanto os bens digitais existenciais, via de regra, não são passíveis de transmissão, a exceção está justamente quando o titular - seja adulto ou adolescente - opta por designar um herdeiro deste conteúdo.

> (...) os bens digitais personalíssimos poderiam (ou deveriam) ser excluídos da órbita virtual no momento que a plataforma digital tomasse ciência do óbito, eis que, por se tratar de bens sensíveis, que se enquadram em uma reserva de privacidade exclusiva do titular – é inegável a existência de limites da privacidade até mesmo entre familiares –, não deveriam mais existir ante a partida da única pessoa que sobre eles poderiam ter os direitos de usar, gozar e fruir. A exceção a esta regra, de igual modo, se daria quando ainda em vida o titular atestasse o interesse em transferir tais conteúdos aos seus herdeiros ou a pessoas por ele especificadas, medidas estas que poderiam ser adotadas através das técnicas e ferramentas permitidas ao planejamento sucessório.[65]

É perceptível que as regras do Facebook ainda não oferecem resposta a todos os desafios ao estabelecimento de critérios do dever de não ingerência dos demais usuários ao perfil daquele falecido. Ainda que algumas soluções a esses desafios já estejam sendo ofertadas pela doutrina e pela jurisprudência, há de se questionar sobre a própria insuficiência de normas criadas tão somente pela plataforma. A tutela de bens digitais existenciais e personalíssimos - como são os dados pessoais na rede social - carece, em razão de sua importância, de tratamento específico no ordenamento jurídico nacional. Evidentemente, é de suma importância delimitar os fundamentos legais para a atuação jurisdicional, a fim de evitar disparidades na solução de temas tão sensíveis.

[65] CARVALHO, Gabriel Honorato de; LEAL, Lívia Teixeira. Propostas para a regulação da herança digital no direito brasileiro. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). **Direito Civil e tecnologia**, Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 379-394, p. 179.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre os principais desafios apresentados pelo chamado direito digital, destaca-se a sucessão dos bens digitais. Aqueles de caráter existencial e os híbridos são os que mais geram discussões quanto à sua transmissão aos herdeiros após a morte do *de cujus*. Isso porque, possuem como principal característica a presença de conteúdos particulares de seu titular, que poderiam não só ameaçar o direito deste em manifestar previamente a sua vontade em relação à transmissibilidade desses bens após sua morte, mas também a privacidade de terceiros que trocaram informações online com o falecido.

É nesse contexto que particular atenção deve ser direcionada às redes sociais, em especial à plataforma Facebook. Com muitos elementos existenciais, o perfil na rede tem sido auto-regulado por seus próprios desenvolvedores. São duas as destinações hoje disponibilizadas aos usuários para ter efeito após a sua morte: a) a transformação do perfil em um memorial; b) ou a sua exclusão definitiva. Ocorre que esses caminhos, conquanto em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, apresentam falhas bastantes significativas em sua implementação. É possível apontar as seguintes fragilidades:

i) Falta de unicidade na apresentação das informações: não há reunião das informações em um só local. Foram identificadas ao menos quatro páginas diferentes dentro da própria plataforma que dispunham sobre as configurações de privacidade para a situação do falecimento do usuário. Isso evidencia que, de fato, os indivíduos encontram dificuldades na tentativa de auto-regulamentarem o destino de seus dados e estabelecer limites ao acesso destes por parte de terceiros;

ii) Falta de publicização das constantes atualizações na política do site: quando o termos de uso e outras normas do Facebook são alteradas, o usuário é notificado na mesma seção em que recebe outras diversas informações, e o aviso, por muitas vezes, se perde. Além disso, com a atualização das regras, é difícil

localizar as anteriores e compreender o que foi, de fato, modificado. Assim, acaba por gerar grande insegurança jurídica na relação Facebook-usuário.

iii) Os poderes do contato-herdeiro são elencados de maneira fechada e inegociável: o Facebook ao permitir que o usuário nomeie um "amigo" para exercer essa função, o faz estabelecendo poderes pré-determinados. Há uma evidente restrição no direito do usuário em autodeterminar os limites do acesso de terceiros ao seu perfil após a morte. Ao inflexibilizar a atuação do contato herdeiro, restam prejudicadas as balizas do dever de não ingerência sobre um bem digital existencial.

iv) Não há obrigatoriedade de optar sobre a destinação da conta para acessar a plataforma, tampouco a exigência de renovações periódicas: o Facebook não impõe ao usuário a necessidade de decidir sobre o que deverá ser feito ao seu perfil após seu falecimento. Nesse sentido, a escolha poderia ser requisito para acessar à rede social, de forma a evitar posteriores conflitos e sua judicialização. Também a obrigatoriedade de revisões periódicas dentro de um prazo pré-determinado poderia evitar que o titular da conta se esqueça de quem nomeou enquanto contato-herdeiro, bem como confirmar sua escolha.

v) O silêncio do usuário implica em anuência quanto à criação de um memorial: esse entendimento é superficial, na medida em que a escolha de compartilhar em vida não significa que a pessoa deseja a permanência de seus dados online após a sua morte. Tal imposição também desconsidera que muitos usuários sequer têm ciência da possibilidade de versar sobre a destinação de seus perfis após o seu falecimento. Assim, a inexistência de disposições deve ser entendida como um dever de não ingerência completo, isto é, a intransmissibilidade do acesso dos herdeiros ao bem digital em questão.

vi) Apenas pessoas maiores de dezoito anos podem designar um contato-herdeiro: Tal disposição vai na contramão dos poderes concedidos aos relativamente incapazes no Brasil, que já possuem capacidade para testar. Se

aptos a elaborar disposições prévias da vontade em relação a bens materiais e imateriais que não os digitais, parece incoerente afirmar que o mesmo não poderia ser feito em relação ao conteúdo compartilhado no Facebook. Mais do que isso, a classificação etária da plataforma é de 13 anos e adolescentes também devem ter sua autonomia respeitada.

A tutela da privacidade se encerra com a morte, eis que esta significa o fim da personalidade da pessoa natural. No entanto, é primordial regulamentar situações jurídicas complexas e em constante ascensão, como é o caso da exclusão ou manutenção do perfil do usuário falecido na plataforma Facebook. As soluções hoje ofertadas pela rede social podem sim ser consideradas um avanço, sobretudo quando perceptível o atraso da legislação civil específica sobre a matéria.

Ainda assim, há de se questionar a legitimidade de entes privados para dispor tão livremente sobre aspectos preciosos ao ordenamento jurídico, como é a autodeterminação dos sujeitos, a herança e a sua transmissibilidade, a tutela da privacidade de terceiros e a criação de deveres jurídicos. Finalmente, mesmo os caminhos disponíveis apresentam, como demonstrado, defeitos em sua execução e podem ser aprimorados. A herança digital, sobretudo quanto aos bens existenciais, demanda a devida atenção do legislador brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.847 de 2012.** Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: https://bit.ly/3cUY2xj Acesso em: 25 mai. 2021

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.820 de 2019.** Dá nova redação ao art. 1.881 da Lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil. Brasília, Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: https://bit.ly/3iyw9yw Acesso em: 25 mai. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6.648 de 2019.** Altera o art. 1.788 da Lei n.º10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, para dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança. Brasília, Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: https://bit.ly/3v7Uga9 Acesso em: 25 mai. 2021.

BRASIL é o 3º país com maior número de usuários do Facebook. **Portal R7**, São Paulo, 2019. Disponível em: https://bit.ly/3u3aEbb Acesso em: 18 mai. 2021.

CALDAS, Luana Maria Figueiredo de Lima, MORAIS, Rosângela Maria Rodrigues Medeiros Mitchell de. Herança digital: bens virtuais como patrimônio sucessório. **Revista de Estudos Jurídicos,** Natal, n. 3. p. 121-151, jan./dez. 2019.

CARVALHO, Gabriel Honorato de; GODINHO, Adriano Marteleto. Planejamento sucessório e testamento digital: a proteção dinâmica do patrimônio virtual. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 171-191.

CARVALHO, Gabriel Honorato de; LEAL, Lívia Teixeira. Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas: reflexões a partir do caso Gugu Liberato. **Revista Brasileira de Direito Civil,** Belo Horizonte, v. 23, p. 155-173, jan./mar. 2020.

CARVALHO, Gabriel Honorato de; LEAL, Lívia Teixeira. Propostas para a regulação da herança digital no direito brasileiro. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). **Direito Civil e tecnologia**, Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 379-394.

EDWARDS, Lilian; HARBINJA, Edina. Protecting Post-Mortem Privacy: Reconsidering the Privacy Interests of the Deceased in a Digital World. **Cardozo Arts & Entertainment Law Journal**, New York, v. 32, n. 1, p. 102-147, 2013.

FACEBOOK. **Como faço para criar uma conta**. Central de ajuda. Disponível em: https://bit.ly/3iU7t3P. Acesso em: 21 jun. 2021

FACEBOOK. **Como denuncio uma criança menor de 13 anos no Facebook?** Central de Ajuda. Disponível em: https://bit.ly/2UEG8Zi. Acesso em: 18 mai. 2021.

FACEBOOK. **Desativando ou excluindo sua conta**. Central de Ajuda. Disponível em: https://bit.ly/3AUaxUb. Acesso em 19 jun. 2021.

FACEBOOK. **Making It Easier to Honor a Loved One on Facebook After They Pass Away**, About Facebook, abr. 2019. Disponível em: https://bit.ly/36vKTHh. Acesso em: 18 mai. 2021.

FACEBOOK. **Widespread confusion over who owns online accounts after death**. 2015. Disponível em: https://bit.ly/3gnGyM4. Acesso em: 14 jun. 2021.

FACEBOOK. **O que acontecerá com minha conta do Facebook se eu falecer?** Central de Ajuda. Disponível em: https://bit.ly/2UHPd3w. Acesso em: 17 mai. 2021.

FACEBOOK. **O que é um contato herdeiro e o que ele pode fazer com minha conta do Facebook?** Central de ajuda do Facebook. Disponível em: https://bit.ly/3i4tKcZ. Acesso em: 17 mai. 2021.

FACEBOOK. **Padrões da comunidade**: Perfil memorial. 2021. Disponível em: https://bit.ly/3wlV6Bo. Acesso em: 18 mai. 2021.

HARBINJA, Edina. Post-mortem privacy 2.0: theory, law, and technology. **International Review of Law, Computers & Technology**, Hatfield, v. 3, n. 1, p. 26-42, 2017.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **A tutela dos bens tecnodigitais:** possíveis destinos frente à incapacidade e morte do usuário. 2016. 231 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

LEAL, Lívia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. **Revista Brasileira de Direito Civil,** Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018.

MCCALLING, Damien. Facebook after death: an evolving policy in a social network. **International Journal of Law and Information Technology**, Oxford, v. 22, nº 2, pp. 107-140, ago. 2014.

MEDLOCK, Kyle. **Choosing your fate?: memorialisation, deletion and the undead on Facebook**. 2020. 47 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Artes). School of Humanities, Languages and Social Science, Griffith University 2020.

MENDES, Laura Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. Case report: corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. **Revista de Direito Univille,** Porto Alegre, v. 15, n. 85, p. 188-211, 2019. Disponível em: https://bit.ly/3f0LpT0. Acesso em: 18 mar. 2021.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MORAES, Maria Celina Bodin de. Autoridade parental e privacidade do filho menor: o desafio de cuidar para emancipar. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 20, n. 2, 2015, p. 507-508.

MERCADO LIVRE. **Criar uma conta pessoal.** Crie sua conta. Disponível em: https://bit.ly/3j41V73. Acesso em: 21 jun. 2021

NEVARES, Ana Luiza Maia. Testamento virtual: ponderações sobre a herança digital e o futuro do testamento. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira (Coord.) **Herança digital**. Indaiatuba: Foco, 2021.

PEIXOTO, Erick Lucena Campos; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Os desafios da compreensão do direito à privacidade no sistema jurídico brasileiro em face das novas tecnologias. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 6, n. 2, p. 389-418, 2020.

PITKIN, James. Access denied: A Beaverton woman's fight for her dead son's website ends in a first-of-a-kind lawsuit against Facebook.com. **Willamette Week**, Portland, jan. 2017. Disponível em: https://bit.ly/33VidX2. Acesso em: 17 mai. 2021.

QUINN, Gerard. Rethinking personhood: new directions in legal capacity law and policy or how to put the shift back into paradigm shift. **An Ideas Paper**, Vancouver, p. 1-21, abr. 2011. Disponível em: https://bit.ly/3xGJ1XA. Acesso em: 20 mai. 2021.

RODOTÁ, Stefano. **A vida da sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano, "Globalização e direito" (lecture), Tradução de Myrian de Filippis, Rio de Janeiro, março de 2003.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Honra e imagem do morto? Por uma crítica à tese da sobrevida dos direitos da personalidade. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 44, n. 175, p. 117-123, 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (31ª Câmara de Direito Privado). **Apelação cível** nº 1119688-66.2019.8.26.0100. Apelante: Elza Parecida Silva de Lima Amorim. Apelado: Facebook Serviços Online do Brasil LTDA. Relator: Des. Francisco Casconi. São Paulo, 9 de março. 2021. Disponível em: https://bit.ly/3bFSHcj Acesso em 18 mai. 2021.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SCHILDKRAUT, Jaclyn. Media and massacre: A comparative analysis of the reporting of the 2007 Virginia Tech shootings. **Fast Capitalism**, Arlington, v. 9, n. 1, p. 11-132, jan. 2012.

SOUSA, Ana Claúdia. Herança digital *post mortem*. **Revista Fórum de Direito Civil,** Belo Horizonte, n. 19, p. 49 - 65, set./dez. 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar: 2009.

TRANSMISSIBILIDADE DO ACERVO DIGITAL DO DE CUJUS: DA NATUREZA JURÍDICA DO ACERVO DIGITAL À SUA DESTINAÇÃO[1]

Vitória Néris da Silva[2]

RESUMO: A partir da contextualização da sociedade em rede, o artigo busca analisar qual a natureza jurídica do acervo digital, a fim de que seja possível lhe atribuir destinação: se integrará o acervo hereditário ou se, para tanto, necessitará de disposição expressa quando em vida. Por meio de levantamento bibliográfico especializado, o qual ensejou na descrição de posicionamentos doutrinários antagônicos, bem como da análise de casos, que incitaram a discussão a respeito da transmissibilidade do acervo digital do falecido, no Brasil e no mundo, são apresentadas duas possíveis respostas à omissão do legislador. A primeira de que o acervo digital poderia ser apreendido enquanto patrimônio, portanto, objeto do Direito das Sucessões e passível de sucessão *mortis causa*. Já a segunda, de que o acervo digital tratar-se-ia de uma situação jurídica existencial, tutelada pelo Direito da Personalidade e, por conseguinte, dependente de disposição expressa de seu titular, quando em vida, para ensejar sua transmissibilidade. A partir da análise de ambas as acepções doutrinárias, conclui-se que, como o legislador não consegue antever as novas situações fáticas decorrentes dos avanços tecnológicos para oferecer resposta específica, as normas principiológicas vigentes no ordenamento jurídico, conjuntamente com o papel desempenhado pela doutrina, podem servir de fonte para a obtenção de tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva.

PALAVRAS-CHAVE: Transmissão. Acervo digital.

---

[1] Trabalho orientado por Ana Carla Harmatiuk Matos e Carlos Eduardo Pianovski.
[2] Pós-Graduanda em Direito das Famílias e Sucessões.

INTRODUÇÃO

O cotidiano do ser humano, sobretudo entre o final do século XX e início do século XXI, foi substancialmente modificado em decorrência dos desdobramentos de uma quebra drástica de paradigma, a qual teve como principal característica a inserção de um novo protagonista nas relações humanas: a Internet.

Com este novo elemento, mudou-se o alcance informativo. Passou-se a permitir, pela primeira vez, a comunicação de muitos com outros muitos, em um alcance global.[3] Não apenas a propagação da informação intensificou-se drasticamente, como as relações humanas assumiram nova forma, em especial, a partir da ascensão das redes sociais.

Quem aderiu à nova logística de interação humana, passou a travar conversas, compartilhar textos, fotos, vídeos, firmar negócios, realizar transações financeiras, tudo por intermédio da rede mundial de computadores. O que antes era compreendido como ambiente privado, passou a ser também local de interesse público, proporcionando uma linha cada vez mais tênue entre ambas as esferas. Deixa-se de delimitar, com facilidade, o que diz respeito ao usuário da plataforma e o que diz respeito ao acesso global que a rede proporciona. As informações transmitidas e compartilhadas através da utilização da Internet ganharam prestígio. Basta um aperto de botão para que elas se propaguem mundo afora.

Todavia, e quando o titular de uma conta no *Facebook*, por exemplo, na qual estão armazenadas suas fotos, vídeos, conversas, falece? Ou quando o titular de uma conta de e-mail, na qual estão armazenados seus dados bancários digitais, falece? Para onde iria todo este acervo digital? Veja-se que não há resposta imediata a essas perguntas em nenhuma legislação vigente no Brasil. O legislador, ainda que muito bem-intencionado, não consegue antever todas as possíveis

[3] CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 7.

nuances decorrentes dos avanços tecnológicos. E entre as mais variadas nuances, está a qualificação e destinação do acervo digital, quando seu titular falece.

Com o intuito de conferir algumas possíveis respostas a estas perguntas, o presente trabalho estrutura-se sobre dois grandes eixos. Em um primeiro momento analisa-se o acervo digital como integrante do acervo hereditário e, portanto, objeto do Direito das Sucessões. Neste primeiro capítulo, são exibidas as características da sociedade de rede, bem como esboçados alguns dos seus problemas, entre eles, o de identificar qual a natureza jurídica do acervo digital e, a partir de tal verificação, como atribuir-lhe destinação.

Delimitado o dilema a ser tratado, são abordados casos que incitaram a discussão da temática, tanto no Brasil quanto no mundo. Entre os casos narrados, discorre-se de maneira mais meticulosa, a decisão proferida pelo Tribunal Federal alemão, *Bundesgerichtshof*, na qual reconheceu-se, pela primeira vez, a transmissibilidade do acervo digital aos sucessores. Ao término do primeiro ponto, são enumerados entendimentos os quais conferem ao acervo digital, a partir do ordenamento jurídico vigente, apreensão jurídica patrimonial.

Já na segunda grande estrutura, analisa-se o acervo digital enquanto situação jurídica existencial, aproximando-se de uma projeção do Direito da Personalidade. A fim de criar coerência lógica ao ponto, adentra-se em uma antessala, na qual indaga-se a existência (ou não) de um direito da personalidade *post mortem*. Apresentadas possíveis respostas à mencionada pergunta, são analisados quais os fundamentos jurídicos contundentes para que se possa defender, a partir do ordenamento jurídico vigente, justa proteção ao direito da personalidade do falecido. Por fim, delimita-se o objeto de estudo ao acervo digital disposto na rede, com o intuito de que se verifique, quando em conflitos atinentes aos termos de uso, manifestação de vontade do usuário e ordenamento jurídico vigente, qual deve prevalecer.

1. ACERVO DIGITAL INTEGRANTE DO ACERVO HEREDITÁRIO: OBJETO DO DIREITO DAS SUCESSÕES

1.1. A SOCIEDADE DE REDE E OS PROBLEMAS DELA DECORRENTES

A Internet é um marco histórico para a mudança da forma como as pessoas se relacionam.[4] A "sociedade da informação",[5] inserida em inédito contexto mundial, marcada pela troca intensa de informações, presenciou a mudança da interação, criação e produção de conteúdos digitais. E aqui, quando se refere ao termo "conteúdo", deve-se remeter a "todo e qualquer segmento de informação", englobando um texto, imagem, som ou dado, "posteriormente difundido por meio de dispositivos computacionais pela rede mundial".[6]

O usuário, perceba-se, deixou de ser mero espectador do conteúdo digital, para tornar-se autor. Com o advento da *Web 2.0*, os usuários não mais são sujeitos passivos e inertes à corrente de conteúdos digitais constantemente produzidos.[7] Em especial, com a ascensão das redes sociais, tornaram-se sujeitos ativos, criadores de conteúdos digitais, os quais cruzam continentes e percorrem oceanos em questão de milésimos de segundos. Grande parte das atividades diárias realizadas por pesquisadores, estudiosos e trabalhadores requer a utilização da Internet - necessidade esta intensificada em virtude da infeliz pandemia do Coronavírus. Como seguimento, demasiado frequentes tornaram-se as trocas de e-mails, os

---

[4] ALMEIDA, Juliana Evangelista. **Testamento digital**: como se dá a sucessão dos bens digitais. Porto Alegre: Fi, 2019, p. 19.

[5] "As Tecnologias da Informação estão por trás de vários desenvolvimentos tecnológicos recentes: computadores, telefonia, telefone celular. etc. Seu maior impacto, no entanto, gerado pela conexão de computadores em rede. A Revolução das Tecnologias da Informação é também conhecida por outros nomes como, por exemplo, Revolução Digital, Revolução da Microeletrônica, e Revolução Informacional". NICOLACI-DA-COSTA, Ana Maria. Revoluções tecnológicas e transformações subjetivas. **Revista Psicologia: Teoria e Pesquisa**, Brasília, v. 18, nº 2, p. 193-202, mai./ago. 2002, p. 195.

[6] LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens digitais**. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017, p. 27.

[7] O'REILLY RADAR. **Web 2.0: Compact Definition?** 2005. Disponível em: <http://radar.oreilly.com/2005/10/web-20-compact-definition.html>. Acesso em: 28 de ago. 2020.

compartilhamentos de dados e os *uploads* de *E-books*, fotos e vídeos nas "nuvens", por exemplo.

Poder-se-ia pensar que, os e-mails, dados, *E-books*, fotos, vídeos e demais arquivos compartilhados na rede, a serem chamados no presente trabalho de "acervo digital",[8] não detêm tamanha relevância aos seus usuários. Entretanto, respeitadas as diversas opiniões, essa precoce percepção pode fazer-se incorrer em flagrante erro. Observa-se que a dimensão do valor financeiro atribuído ao acervo digital já foi objeto de pesquisa realizada entre 8 e 13 de dezembro de 2011, a pedido da empresa de segurança informática *McAfee*:

> A MSI Internacional entrevistou 323 consumidores brasileiros sobre o valor financeiro que atribuem aos seus ativos digitais. Foram avaliados downloads de música, memórias pessoais (como fotografias), comunicações pessoais (e-mails ou anotações), registros pessoais (saúde, finanças e seguros), informações de carreira (currículos, carteiras, cartas de apresentação, contatos de e-mail), passatempos e projetos de criação. Disso constatou-se que: o valor total atribuído pelos brasileiros entrevistados aos arquivos digitais é R$ 238.826,00. Os entrevistados indicam que 38% dos seus arquivos digitais são insubstituíveis, o que significa que o valor do seu patrimônio insubstituível é R$ 90.754,00.[9]

Obviamente que, com o transcurso de aproximadamente 9 anos desde a pesquisa, houve desvalorização monetária sobre a cifra atribuída. Porém, o que se verifica, de 2011 a 2020 foi uma intensificação da utilização da Internet[10] e, como

---

[8] Marco Aurélio de Faria Costa Filho define o acervo digital como o conjunto de bens de potencial valor econômico armazenados virtualmente. No presente trabalho, utilizar-se-á seu conceito. Frisa-se que o acervo detém potencial valor econômico. Ou seja, o que o define não é o seu valor econômico, mas sim a sua potencialidade. FILHO, Marco Aurélio de Faria Costa. **Patrimônio digital**: reconhecimento e herança. Recife: Nossa Livraria, 2016, p. 30.

[9] FILHO, Marco Aurélio de Faria Costa. Herança digital: valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. n. 09, p. 190, 2016. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/152/143>. Acesso em: 28 ago. 2020.

[10] Pesquisa do TIC Domicílios 2019, lançada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br), por meio do Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br) do Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br), constatou que o Brasil conta com 134 milhões de usuários de Internet, mais especificamente, 74% da população com 10 anos ou mais. "Pela primeira vez na série histórica da pesquisa, mais da metade da população vivendo em áreas rurais declarou ser usuária de Internet, chegando a 53%, proporção inferior à verificada nas áreas urbanas (77%). No recorte por classe socioeconômica, também houve avanço no percentual de usuários das classes DE, que passou de 30% em 2015 para 57% em 2019". Importante, todavia, consignar que cerca de 47 milhões de brasileiros seguem desconectados.

consequência do acúmulo de arquivos digitais, atribui-se mais e mais valor, não apenas emocional, mas também financeiro ao acervo digital.

Ao longo da vida, o usuário que escreve dado artigo acadêmico, por exemplo, pode decidir qual destinação dará a ele. Escrito em um documento no *Word* ou no *GoogleDrive*, o usuário decidirá se o manterá no anonimato, se o submeterá a alguma revista acadêmica, se o compartilhará - também pela rede - com seus colegas de pesquisa, por exemplo. Entretanto, e quando o autor do artigo acadêmico falece? Caberia ao Direito das Sucessões apreendê-lo como um patrimônio, capaz de integrar a herança e, portanto, transmissível aos familiares? Ou se estaria violando o direito da personalidade do falecido?

A lacuna normativa existente ao tratamento jurídico do acervo digital após o falecimento do seu titular vem, indiscutivelmente, proporcionando à iniciativa privada certo protagonismo. Algumas plataformas digitais acabaram, elas próprias, criando disposições em seus termos de uso.[11] Contudo, a conduta demonstra-se suficiente para transpor a omissão legislativa, não obstante cada provedor possa versar da forma como melhor lhe aprouver? Poderiam os termos de uso também confrontar os princípios do ordenamento jurídico pátrio, transgredindo, de igual modo, a intimidade e a privacidade do falecido e de terceiros? Não poderiam os termos de uso conflitar com as manifestações de vontade do usuário quando em vida?

Em meio a todos os questionamentos, não é espantoso que a questão já tenha batido às portas do Poder Judiciário Brasileiro. Mas não apenas. Cabe menção a um caso, em especial, do Tribunal Federal alemão, *Bundesgerichtshof*,

---

CENTRO DE ESTUDOS SOBRE AS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO (CETIC.br). **Três em cada quatro brasileiros já utilizam a Internet, aponta pesquisa TIC Domicílios 2019**. Disponível em: <https://cetic.br/pt/noticia/tres-em-cada-quatro-brasileiros-ja-utilizam-a-internet-aponta-pesquisa-tic-domicilios-2019/>. Acesso em: 28 de ago. 2020.

[11] LEAL, Lívia Teixeira. **Internet e morte do usuário**: propostas para o tratamento jurídico *post mortem* do conteúdo inserido na rede. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 2.

o qual, ao se reconhecer pela transmissibilidade do acervo digital do falecido, fez emergir novos argumentos ainda não esgotados pela doutrina brasileira.

1.2. CASOS QUE INCITARAM A DISCUSSÃO SOBRE A TRANSMISSIBILIDADE DO ACERVO DIGITAL NO BRASIL E NO MUNDO

Recentemente, Elza Aparecida Silva de Lima Amorin ajuizou uma Ação de Obrigação de Fazer, pleiteando o acesso aos dados e informações que levaram ao apagamento do perfil de sua filha, já falecida, na plataforma *Facebook*. Sucedeu que, após o falecimento da titular da conta, a recorrente passou a utilizar-se do perfil da filha para recordar fatos pretéritos e interagir com amigos e familiares. Contudo, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que a recorrente não poderia ter acesso aos dados lá existentes. Isto porque, a despeito da possibilidade da usuária poder decidir sobre o destino da conta na própria plataforma, esta não o fez, quando em vida, prevalecendo, assim, os termos de uso e serviço do *Facebook*.[12]

Infelizmente, até o momento, não há notícia de julgamentos sobre a matéria no STJ. Há um caso em particular, contudo, na Alemanha, que merece maior destaque. O Tribunal Federal alemão, *Bundesgerichtshof* - corte responsável pelo julgamento de questões à luz da legislação infraconstitucional -, decidiu, em *leading case*, pela transmissibilidade do acervo digital da falecida aos seus sucessores, conferindo aos pais da titular da conta no *Facebook* acesso à plataforma.

O caso remonta ao ano de 2011, quando a falecida, à época com 14 anos, cadastrou-se na plataforma *Facebook*, com o consentimento de seus pais. Em 2012, a adolescente foi atropelada por um trem em uma estação de metrô de Berlim, evento que culminou na sua morte. Entretanto, as circunstâncias do

[12] TJSP, AP nº 1119688-66.2019.8.26.0100, Rel. Des. Francisco Casconi, 31ª Câm. Dir. Priv., j. 09/03/2021; DJe 11/03/2021.

ocorrido não estavam esclarecidas, uma vez que existia suspeita de suicídio.[13] A fim de descobrir a verdade, os pais tentaram entrar na conta da filha, na plataforma todavia, sem êxito. Ciente do falecimento da titular, o *Facebook* já havia transformado a conta em questão em um memorial, impossibilitando, deste modo, o seu acesso. O *Facebook* justificou sua conduta afirmando prezar pela proteção aos direitos do usuário falecido, bem como dos terceiros com os quais a usuária teve contato, sob pena de violação ao direito à privacidade de ambos.

Em virtude do exposto, os pais - que também figuravam como réus em Ação Indenizatória proposta pelo condutor do trem - ajuizaram ação contra o *Facebook*, almejando a obtenção do acesso à conta de sua filha. Em primeiro grau, o juízo julgou procedente o pedido dos autores, entendendo que a herança digital do falecido pertencia a seus herdeiros.[14] Recorreu-se da decisão e esta foi reformada pelo *Kammergericht*. Compreendeu o Tribunal Estadual de Berlim que o acesso ao conteúdo existente na conta da falecida violaria o sigilo das telecomunicações dos terceiros com os quais havia trocado mensagens.[15] Apesar de assim decidir, o juízo de segundo grau reconheceu que as pretensões e obrigações relacionadas a um contrato são transmissíveis aos sucessores, quando do falecimento de seu titular, a despeito da pouca clareza jurídica quanto à transmissibilidade de bens com conteúdo personalíssimo.

Irresignados, os autores recorreram ao *Bundesgerichtshof*, que no ano de 2018, reformou a decisão impugnada, reconhecendo o direito ao acesso da conta de titularidade da falecida, bem como de todo o conteúdo nela armazenado.[16] E quais os fundamentos jurídicos para a reforma?

---

[13] MENDES, Laura Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. Case Report: corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, v. 15, n. 85, p. 188-211, jan./fev. 2019, p. 192-193.
[14] *Ibidem*, p. 193.
[15] MENDES, Laura Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. Case Report: corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, v. 15, n. 85, p. 188-211, jan./fev. 2019, p. 194.
[16] *Ibidem*, p. 194.

Diversos foram os fundamentos jurídicos utilizados pelo Tribunal Federal. O primeiro deles foi o princípio da sucessão universal, disposto no § 1922, inc. 1 BGB, o qual preconiza que "todas as relações jurídicas do falecido transmitem-se aos sucessores, exceto as que se devam extinguir pela sua natureza, por força de lei, acordo ou pela vontade do autor da herança".[17] Deste modo, por meio do princípio da *saisine*, quando da abertura da sucessão, os sucessores, de imediato, tornam-se titulares das relações jurídicas, previamente, de titularidade do falecido.

E, no que se refere ao contrato firmado entre a usuária e o *Facebook*, para o *Bundesgerichtshof*, não seria diferente. Os pais, neste caso, teriam passado a assumir a posição jurídica antes desempenhada pela filha, na relação contratual firmada para com a plataforma.[18] Como sucessores da relação jurídica e então, titulares de direito e deveres, passaram os pais a gozar da pretensão de acesso à conta e ao conteúdo digital lá armazenado - fosse este conteúdo de natureza patrimonial ou pessoal -, uma vez que não houve manifestação da usuária, quando em vida, em sentido diverso.[19]

Ademais, reputou o Tribunal Federal que a cláusulas contratuais que determinam a transformação automática da conta em memorial, previstas nos termos de uso da plataforma seriam abusivas e, destarte, nulas. Isto porque as cláusulas vedariam o acesso dos sucessores à conta - mesmo daqueles sucessores com senha para tanto - e alterariam unilateralmente o papel a ser desempenhado pela plataforma na relação contratual.[20] Consoante o Tribunal Federal, o principal dever obrigacional do *Facebook*, para o cumprimento da relação contratual é possibilitar, aos seus usuários, acesso à conta e ao conteúdo lá armazenado.[21] Ao

---

[17] *Ibidem*, p. 194.
[18] *Ibidem*, p. 195.
[19] NWB DATENBANK. Disponível em: <https://datenbank.nwb.de/Dokument/Anzeigen/741207/>. Acesso em: 25 de set. 2020.
[20] MENDES, Laura Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. Case Report: corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, v. 15, n. 85, p. 188-211, jan./fev. 2019, p. 196.
[21] *Ibidem*, p. 196.

tornar obrigatória a transformação da conta em memorial, a plataforma modifica radicalmente o seu dever principal, imputando à parte contratante em manifesta situação de desvantagem desproporcional, o que é proibido pelo § 307, inc. 2 do BGB.

Ainda, o *Bundesgerichtshof* afastou o argumento do *Facebook* de que a natureza do seu dever obrigacional seria personalíssima. Ao reconhecer que as prestações devidas aos usuários não se diferenciam umas às outras, reiterou o Tribunal Federal que o dever principal é uno, qual seja, o de possibilitar acesso à conta e ao conteúdo lá armazenado.

Refutou também o argumento, quiçá, considerado o mais contundente: não se estaria violando o direito de personalidade da falecida, bem como de terceiros que com ela trocaram mensagens ou outros arquivos digitais?[22] A primeira razão pela qual o argumento não se sustentou, segundo o Tribunal Federal, foi a de que o usuário não poderia expectar que o sigilo permanecesse, para após a sua morte, se nesse sentido não dispôs quando em vida.[23]

A segunda razão foi a de que o *Facebook* não tem como assegurar que a pessoa titular da conta a qual a mensagem foi dirigida, de fato, seja a única a tomar conhecimento de seu conteúdo. Assim como as cartas, é impossível que a plataforma e até mesmo o emissor consigam assegurar que o destinatário da mensagem e o titular da conta sejam a mesma pessoa.[24] Novamente, o dever obrigacional da plataforma é assegurar, aos seus usuários, acesso à conta e ao conteúdo lá armazenado, e não garantir que a mensagem enviada seja unicamente lida pelo titular da conta. Para o *Bundesgerichtshof*, o risco assumido por uma pessoa que envia uma carta é o mesmo risco assumido por um usuário

[22] NWB DATENBANK. Disponível em: <https://datenbank.nwb.de/Dokument/Anzeigen/741207/>. Acesso em: 25 de set. 2020.
[23] MENDES, Laura Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. Case Report: corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, v. 15, n. 85, p. 188-211, jan./fev. 2019, p. 198.
[24] *Ibidem*, p. 199.

que envia uma mensagem a outro. Deste modo, estando o usuário ciente da existência do mencionado risco durante a sua vida, ciente está que o risco permanece após a sua morte.[25]

Um dos últimos argumentos enfrentados pelo *Bundesgerichtshof* foi o de que se estaria a violar o direito à proteção de dados da falecida, bem como de terceiros com quem trocou mensagens ou demais arquivos digitais.[26] Desta vez, optou por adotar entendimento pacífico consignado no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, do Parlamento Europeu e do Conselho, nº 27, o qual preconiza serem os ditames de proteção de dados pessoais aplicáveis apenas aos vivos. Portanto, afastou-se o direito de proteção de dados às pessoas falecidas.

1.3. COMO O ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE PODE ATRIBUIR AO ACERVO DIGITAL UMA APREENSÃO JURÍDICA PATRIMONIAL?

Ao se falar na destinação de fotos, arquivos, senhas, vídeos e perfis, após a morte do seu titular, é natural de se pensar em uma lógica de transmissão de patrimônio *mortis causa*. Se compreendidos como o conjunto de bens de potencial valor econômico armazenados virtualmente,[27] razoável cogitar que, dispondo-os em testamento, prevaleça a última vontade do *de cujus*. E, não dispondo-os, necessária a vocação hereditária. Todavia, a conclusão pode ser demasiada simplória dada a complexidade jurídica do objeto em questão. A fim de que se possa verticalizar a discussão a respeito da natureza jurídica do acervo digital, passarão a ser expostos fundamentos que podem confirmar sua lógica patrimonial, bem como, eventualmente, infirmá-la.

---

[25] *Ibidem*, p. 198.
[26] *Ibidem*, p. 203.
[27] FILHO, Marco Aurélio de Faria Costa. **Patrimônio digital**: reconhecimento e herança. Recife: Nossa Livraria, 2016, p. 30

Pablo Malheiros da Cunha Frita, João Ricardo Brandão Aguirre e Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto, ao se utilizarem do conceito de Paulo Lôbo,[28] entendem que o acervo digital poderia ser compreendido como bem móvel imaterial, com fulcro no art. 82 do CC, "são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social". Seriam bens móveis imateriais, eis que teriam utilização econômica ou não pelas pessoas humanas e pelos entes despersonalizados, o que, segundo os autores, permitiria que sítios eletrônicos, músicas, filmes, livros, por exemplo, pudessem ser transmissíveis por meio da partilha de bem do falecido.[29]

Na mesma toada, o acervo digital disposto em rede, na qualidade de "energia armazenada", nos termos do art. 83, inc. I do CC, poderia ser compreendido como um bem móvel suscetível de movimento próprio, com fulcro no art. 82 do CC. E, "tendo arquivos digitais como energia armazenada, é possível considerar o acervo digital como um conjunto de bens móveis para efeitos legais".[30] Há ainda, quem acredite que o CC, ao inovar, estendendo o conceito de bens móveis à energia de valor econômico (CC, art. 81, inc. I), estaria enquadrando também os arquivos digitais à categoria, vez que, em computadores, a energia armazenada seria de monta econômica.[31]

---

[28] Paulo Lôbo entende que "bens são todos os objetos materiais ou imateriais que podem ser suscetíveis de apropriação ou utilização econômica pelas pessoas físicas ou jurídicas". No contexto, para ele, incluem-se tantos os bens materiais, quanto os imateriais. Ao conceito trazido, não estão incluídos, todavia, os bens jurídicos de modo amplo, ou seja, todos aqueles que o direito entende imperioso tutelar. Menciona-se que, para ele, "o direito da personalidade é um bem jurídico". (LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.)

[29] FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; AGUIRRE, João Ricardo Brandão; PEIXOTO, Maurício Muriack de Fernandes e. Transmissibilidade do acervo digital de quem falece: efeitos dos direitos da personalidade projetados *post mortem*. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba. v. 10, n. 19, p. 564-607, jul./dez. 2018, p. 579.

[30] FILHO, Marco Aurélio de Faria Costa. Herança digital**:** valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. n. 09, p. 187-215, 2016. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/152/143>. Acesso em: 28 ago. 2020.

[31] ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de direito virtual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.195.

Contudo, veja-se que o art. 91 do CC dispõe que "constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico". O dispositivo não fundamentaria, de forma satisfatória, a lógica patrimonial, pois permitiria a constatação de que só "os arquivos digitais dotados de tal valor devem fazer parte de tal partilha".[32] Ou seja, acervo digital não dotado de algum valor econômico, não seria partilhado.

E, pela leitura da própria definição do acervo digital trazida, sendo o acervo digital o conjunto de bens de potencial valor econômico armazenados virtualmente, imprópria a afirmação de que todo e qualquer acervo digital está sujeito à sucessão *mortis causa* e, portanto, à partilha, eis que existente acervo digital alheio ao potencial econômico. O que se pode interpretar, então, do art. 91 do CC, à luz do que a doutrina conceitua enquanto acervo digital, é a necessária distinção de tratamento entre o acervo digital patrimonial e o que, em dada medida, projeta um direito existencial do falecido.

A lógica patrimonial vem sendo tão insistentemente defendida que, ao se pesquisar sobre a temática, não é raro encontrar termos como "herança digital", "legado digital", ou até mesmo "patrimônio digital".[33] Situação que, fomenta ainda mais a apreensão jurídica do acervo digital enquanto patrimônio, aduzida por muitos, como equivocada.

Lilian Edwards e Edina Harbinja, ao mesmo momento em que reconhecem que os bens digitais apresentam valor econômico, também reconhecem a existência dos bens com valor pessoal, isentos de valor econômico. Para os autores, bens digitais de categoria econômica seriam os nomes de domínio de grande estima para uma marca, enquanto os bens digitais sem valor econômico seriam as

[32] FILHO, Marco Aurélio de Faria Costa. Herança digital: valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. n. 09, p. 189-190, 2016. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/152/143>. Acesso em: 28 ago. 2020.
[33] LEAL, Lívia Teixeira. **Internet e morte do usuário**: propostas para o tratamento jurídico *post mortem* do conteúdo inserido na rede. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 38.

fotos, por exemplo.[34] Porém, trazer à tona apenas o tratamento jurídico patrimonial não é suficiente. O direito à privacidade do titular do acervo digital, e também dos terceiros que com ele se comunicaram, a partir de uma leitura restritiva do acervo digital, pode acabar incorrendo em violações.

Exibe-se compreensível que quando em vida, o titular de qualquer acervo digital nutra certa expectativa de privacidade. Sérgio Branco é preciso ao argumentar que se o titular do acervo digital desejasse que seus familiares ou terceiros tomassem ciência do seu conteúdo, assim teria feito ou disposto, quando em vida. Prova desta afirmação seria o cadastramento de senhas para o acesso dos arquivos digitais.[35] Ou ainda, poderia o titular ter disposto em testamento, caso assim desejasse, nos termos do art. 1.857, §2º do CC.

Nada obstante, não poderia tal expectativa ser rompida, a partir de uma acepção jurídica semelhante à enunciada pelo *Bundesgerichtshof*? Ou seja, a de que, como nas cartas, nos diários, o emissor da mensagem assume um risco consciente de que o leitor da mensagem e o titular da conta a qual a mensagem foi enviada podem não ser a mesma pessoa? Poderia a expectativa de privacidade defendida por Sérgio Branco ser relativizada, e a mesma solução conferida às cartas e aos diários ser aplicada?

Estas são algumas das possíveis interpretações, bem como indagações a respeito de como o ordenamento jurídico pátrio poderia atribuir ao acervo digital uma apreensão jurídica patrimonial. Ao se aplicar estritamente a lógica patrimonial, todo e qualquer acervo digital acaba por se tornar objeto da partilha, vez que o patrimônio, neste caso, é transmissível aos sucessores do falecido, sejam eles herdeiros legítimos ou herdeiros testamentários, quando do falecimento do seu titular. Entretanto, quando se reconhece que o acervo digital não apresenta valor

[34] EDWARDS, Lilian; HARBINJA, Edina. Protecting Post-mortem Privacy: reconsidering the privacy interests of the deceased in a digital world. **Cardozo Arts & Entertainment Law Journal**, v. 32, nº 1, p. 83-129. 2013, p. 106.
[35] BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na Internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 110.

econômico, estando muito mais conexo à própria personalidade do seu titular, este diz respeito a aspectos personalíssimos,[36] quiçá merecedores de diversa tutela jurídica. E, justamente em decorrência da marcante distinção entre as situações jurídicas do acervo digital, passar-se-á, no próximo ponto, a enfrentar como fundamenta-se sua acepção existencial.

2. ACERVO DIGITAL ENQUANTO SITUAÇÃO JURÍDICA EXISTENCIAL: PROJEÇÃO DO DIREITO DA PERSONALIDADE

2.1. EXISTE DIREITO DA PERSONALIDADE *POST MORTEM*?

Antes da verticalização sobre a apreensão jurídica do acervo digital enquanto situação jurídica existencial e, por conseguinte, projeção do direito da personalidade, necessário adentrar em uma antessala, a fim de que se possa responder: existe um direito da personalidade da pessoa falecida? A partir das possíveis soluções apresentadas à pergunta ora formulada será possível adentrar à discussão sobre eventual violação à direitos da personalidade do falecido, quando da transmissão de seu acervo digital.

O art. 11 do CC é categórico ao afirmar que "os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis". E, justamente por isso, extinguir-se-iam com a morte do titular "não sendo objeto de sucessão, não integrando o acervo sucessório por ele deixado".[37] O que se poderia concluir é que o acervo digital enquanto situação jurídica existencial não integraria, de modo algum, a herança.[38] Contudo, conferindo-se uma lógica patrimonial ao acervo digital, indistintamente, estariam os sucessores *mortis causa* observando o direito à privacidade do

[36] ALMEIDA, Juliana Evangelista. **Testamento digital**: como se dá a sucessão dos bens digitais. Porto Alegre: Fi, 2019, p. 38.
[37] CARVALHO, Luiz Paulo Viera de**. Direito das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 38.
[38] MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 143.

falecido? O mero contato dos sucessores com o conteúdo existente no acervo digital não estaria violando o direito à intimidade e à proteção dos dados pessoais do falecido, bem como de terceiros? Porém, antes mesmo de cogitar-se responder as proposituras enunciadas, há que se questionar: haveria fundamento jurídico para que se permita tutelar o direito da personalidade do *de cujus*?

Ana Luiza Maia Nevares aduz ser possível a aquisição de direitos por ocasião da morte, sem que necessariamente, isto implique a ocorrência de sucessão. Para ela, os "sucessores ou as pessoas designadas pelo legislador adquirem o direito de agir diante das mesmas *causa mortis*, ou seja, em virtude do falecimento de seu titular originário".[39]

Evidente que não se está a negar que para o direito brasileiro, a morte é medida da personalidade civil da pessoa humana, como preconiza o art. 6º do CC, havendo uma correlação entre o fim da personalidade civil e a morte física.[40] Diante da leitura do dispositivo mencionado faz-se possível aduzir o fim da personalidade com a morte, condicionando-se os bens à transmissibilidade imediata, com fulcro no princípio de *saisine*. Porém, os recentes episódios exibidos na sociedade em rede vêm desafiando os legisladores, juristas e pesquisadores.

Observa-se que os parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 do CC asseguram aos legitimados, "cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau" e "cônjuge, os ascendentes ou os descendentes", respectivamente, o direito de pleitearem a proteção dos direitos da personalidade daquele já falecido, quando lesados ou ameaçados. Paulo Lôbo, seguindo tal lógica, sustenta a transeficácia dos direitos da personalidade. Para ele, embora os direitos da personalidade extinguirem-se com a pessoa, "pode haver a

[39] NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento**: tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 126.
[40] BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civi**l. São Paulo: Red Livros, 2001, p. 159.

transeficácia deles, *post mortem*, de modo que a defesa seja atribuída a familiares, como no caso da lesão à honra do morto."[41]

E, para se ir além, há quem defenda propriamente uma extensão dos direitos da personalidade após a morte do seu titular. É o caso de Diogo Leite de Campos, ao aduzir que os sucessores não estariam zelando por um interesse próprio, mas sim por um interesse do falecido, de modo que a sua personalidade jurídica se estenderia para depois de sua morte, se prolongando no tempo.[42] Nesse sentido, Gustavo Tepedino, não obstante reconheça que a morte implica na extinção dos direitos da personalidade, suscita que certos interesses permanecem resguardados sob sua tutela, como os relativos à imagem, ao nome, à autoria, à sepultura e ao cadáver do falecido.[43]

Veja-se que, pela teoria clássica, a relação jurídica tem como parâmetro a intersubjetividade, ou seja, o vínculo entre dois ou mais sujeitos estabelecido em decorrência de um objeto,[44] o que permite afirmar que "os direitos da personalidade não seriam transmissíveis, extinguindo-se com a morte".[45] Assim, a tutela dos direitos da personalidade, após a morte do seu titular somente poderia se justificar quando ocorresse: (i) uma violação aos direitos do familiar morto, aproximando-se da ideia de um direito que atinge a família como instituição; (ii) reflexos *post mortem* dos direitos da personalidade; (iii) legitimidade processual dos

[41] LÔBO, Paulo. Danos morais e direitos da personalidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4445/danos-morais-e-direitos-da-personalidade>. Acesso em: 20 out. 2020.
[42] CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, n. 67, p. 129-223, 1991.
[43] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 35.
[44] SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de bio-direito**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 74.
[45] LEAL, Lívia Teixeira. **Internet e morte do usuário**: propostas para o tratamento jurídico *post mortem* do conteúdo inserido na rede. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 53.

familiares para pleitear a tutela ou; (iv) a titularidade coletiva para tutelar os direitos da personalidade, em virtude de um interesse público.[46]

Críticas foram tecidas à teoria clássica da transmissibilidade dos direitos da personalidade. Orlando Gomes afirmou que não haveria coincidência necessária entre a relação humana e a relação jurídica,[47] o que impossibilitaria que a pessoa fosse reduzida a mero elemento da relação jurídica.[48] Pietro Perlingieri, reconhecendo a possibilidade de existência de situações que dispensam a intersubjetividade, propôs uma teoria da situação jurídica subjetiva. Nela, o sujeito seria elemento acidental e externo da relação, posto que o que passaria a ser tutelado seria um centro de interesses.[49]

Deste modo, há fundamentação jurídica coerente e refinada para que se possa propor uma proteção à tutela dos direitos da personalidade do falecido, superando-se uma análise restritivamente estrutural da personalidade, a qual anseia pela sua proteção apenas no aspecto negativo.[50] A fim de que se leve em consideração tanto o seu viés subjetivo, como capacidade para ser sujeito de direitos, como o seu viés objetivo, ou seja, enquanto bem juridicamente relevante merecedor de tutela jurídica,[51] há fundamento para que, mesmo após a morte do

---

[46] SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de bio-direito**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 83. SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Honra e imagem do morto? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 44, nº 175, p. 117-123, jul./set. 2007, p. 119.

[47] GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21 ed. Atualizado por Edvaldo Brito e Reginaldo Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 75.

[48] MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 115.

[49] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 115.

[50] TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa da parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil**. Estudos na perspectiva civil-constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. XXIII.

[51] TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 27.

titular do acervo digital, a personalidade enquanto valor, ainda possa perdurar como objeto de tutela do ordenamento jurídico.[52]

Entretanto, o rol de legitimados para pleitear a tutela dos direitos da personalidade é infeliz, uma vez que o legislador presume que interessados sempre serão os sucessores.[53] A legislação civilista poderia e, talvez, deveria ter evitado tal coincidência, posoto que os direitos da personalidade não merecem um tratamento patrimonial, como se coisas fossem, a partir de uma lógica de transmissibilidade por herança.[54] De semelhante opinião compartilha Elimar Szaniawski, ao afirmar que poder-se-ia propor, para transpor a literalidade do parágrafo único do art. 12 do CC, sob a ótica do interesse, a inclusão da busca pelo direito à proteção da personalidade do morto a todos os interessados.[55]

Ao considerar-se que muitas das espécies de acervos digitais do falecido, tais como perfis nas redes sociais, fotos, vídeos, e-mails, "agregam aspectos relevantes ligados aos direitos à imagem, à privacidade e à honra do usuário, o tratamento sucessório, muitas vezes não se mostra compatível".[56] A partir da premissa de que há fundamento jurídico para proteção à tutela dos direitos da personalidade do falecido, há de se questionar como o ordenamento jurídico, ora vigente, poderia fazê-lo? Seria, o mero reconhecimento de um possível direito da personalidade *post mortem* traduzido na extirpação de toda e qualquer apreensão patrimonial ao acervo digital do *de cujus*? Ou haveria ainda, algum espaço para discussão da natureza jurídica do acervo digital, no caso concreto?

---

[52] MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 162.
[53] LEAL, Lívia Teixeira. **Internet e morte do usuário**: propostas para o tratamento jurídico *post mortem* do conteúdo inserido na rede. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 56
[54] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 156.
[55] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 183.
[56] LEAL, Lívia Teixeira. **Internet e morte do usuário**: propostas para o tratamento jurídico *post mortem* do conteúdo inserido na rede. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 57.

2.2. QUAL A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE *POST MORTEM* CONFERIDA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE?

Interessantes pontos de partida para a análise da proteção do direito da personalidade *post mortem* são a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, este internalizado pelo Brasil por meio do Decreto nº 592/92. Veja-se que o direito à privacidade é tratado no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como no art. 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, os quais consignam ditames muito semelhantes.

Ao que se possa eventualmente questionar, a escolha de invocar matéria concernente aos Direitos Humanos não é despretensiosa. Explica-se que tal decisão tem como justificativa demonstrar que os Direitos Humanos exibem-se, na contemporaneidade, como uma alavanca epistemológica e hermenêutica para a apreensão do Direito, em observância ao que preconiza o controle de convencionalidade.[57]

Como consequência da crise do paradigma jurídico tradicional, fez-se necessário que a cultura jurídica latino-americana não mais adotasse um modelo piramidal da ordem jurídica, o qual teve seu maior referencial teórico Hans Kelsen. Passou-se a adotar um modelo de trapézio, "com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica",[58] e não mais apenas a Constituição, que compunha o modelo piramidal da ordem jurídica. Deste modo, a partir da adoção do modelo de trapézio, o qual possibilitou maior integração entre a ordem constitucional - incluindo seus feixes principiológicos que permeiam as normas infraconstitucionais - e a ordem internacional, plausível a consignação da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, na presente exposição.

---

[57] PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogos entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 19, p. 67-93. jan./jun. 2012, p. 90.
[58] *Ibidem*, p. 69.

No que tange ao ordenamento interno, o direito à privacidade é expresso no inc. X do art. 5º da CF. Evidente que a tutela adequada às situações que se apresentam na sociedade de rede não se exibe em tempo suficiente ao ritmo do desenvolvimento tecnológico, o que culmina na necessidade de reinterpretação do ordenamento civil vigente, à luz da Constitucionalização do Direito Civil, sem prejuízo de qualquer direito fundamental. Neste momento, é necessário tecer breves comentários sobre a corrente doutrinária denominada "Constitucionalização do Direito Civil".

Os avanços tecnológicos e a mudança das interações humanas sempre estiveram à frente do caminhar legislativo.[59] Tal descompasso fez e, ainda faz com que os intérpretes do Direito precisem realizar um esforço interpretativo para que, não obstante a lacuna normativa, seja possível conferir alguma segurança jurídica às relações.[60] Assim, cabe ao intérprete do Direito - e não mais ao legislador - integrar o sistema jurídico, ao ponderar o caso concreto,[61] para que haja compatibilidade entre os avanços tecnológicos e a efetiva tutela da pessoa humana.[62]

Compreendida como a incidência de princípios constitucionais para o âmbito do direito privado,[63] a Constitucionalização do Direito Civil busca "transformar o direito civil clássico em um instrumento de emancipação das

[59] INIESTA, Javier Belda; SERNA, Francisco José Aranda. El paradigma de la identidad: hacia una regulación del mundo digital. **Revista Forense**, v. 422, 2016, p. 182.
[60] LEAL, Lívia Teixeira. **Internet e morte do usuário**: propostas para o tratamento jurídico *post mortem* do conteúdo inserido na rede. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 31.
[61] TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa da parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil**. Estudos na perspectiva civil-constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. XXI.
[62] TEPEDINO, Gustavo. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 419, ano 110, p. 77-96, jan./jun. 2014, p. 95-96.
[63] LEAL, Lívia Teixeira. **Internet e morte do usuário**: propostas para o tratamento jurídico *post mortem* do conteúdo inserido na rede. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 33.

pessoas e de transformação social, rumo a uma comunidade mais justa e solidária",[64] ao encontro do que dispõe o inc. I do art. 3º da CF.

O que se sustenta é uma transição da predominância da racionalidade estatal para a priorização das relações humanas, acompanhada por uma nova leitura dos princípios do direito privado. Esta releitura, portanto, seria realizada a partir do papel de centralidade da CF.[65] E nesse sentido, seria equivocado não fazer consignar que a corrente doutrinária traz aos holofotes o papel central do princípio da dignidade da pessoa humana ao direito privado.[66] Prova disso é a impossibilidade de se fazer, "na contemporaneidade, (...) uma análise mais ampla dos direitos da personalidade desvinculada de um exame de proteção da dignidade humana e dos direitos a ela correlatos".[67]

Para Luiz Edson Fachin, haveria três atuações constitutivas do Direito Civil a examinar-se; uma primeira formal, uma segunda substancial e por fim, uma prospectiva. Para esta análise, interessa apenas a terceira atuação, a qual seria uma dimensão propositiva e transformadora, atuante na construção de significados.[68] Esta pode suceder em cenários de lacunas, como integração diante da situação que se apresente sem texto, seja constitucional ou infraconstitucional,[69] à exemplo do que se vislumbra no presente caso.

---

[64] KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 1, p. 193-213, jan./abril. 2015, p. 194.

[65] PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 162.

[66] "O reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações interprivadas é, talvez, o cerne da denominada constitucionalização do Direito Civil. A Constituição deixa de ser reputada simplesmente como uma carta política, para assumir uma feição de elemento integrador de todo o ordenamento jurídico - inclusive do Direito Privado". FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 105.

[67] FACHIN, Luiz Edson. Análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: fundamentos, limites e transmissibilidade. **Revista jurídica**, São Paulo, v. 55, n. 362, p. 43-60, dez. 2007, p. 45.

[68] FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil**: sentidos, transformações e fim. Renovar: Rio de Janeiro, 2015, p. 9

[69] *Ibidem*.

Portanto, ciente do descompasso entre norma e realidade fática, deve o intérprete do Direito, a partir da necessária integração do sistema jurídico, utilizar-se de legislações que tragam linhas ou princípios os quais possam servir de parâmetro para uma futura normatização.[70] E felizmente, está em vigor a Lei nº 12.965/2014, também conhecida como "Marco Civil da Internet".

Ao regulamentar questões sobre o desenvolvimento da personalidade (art. 2, inc. II), o Marco Civil da Internet, em seus incs. do art. 3º disciplina sobre os princípios da liberdade de expressão, da proteção da privacidade e dos dados pessoais. Em seu corpo normativo, a Lei nº 12.965/2014 apresenta distintos princípios e parâmetros para o aprimoramento da tutela dos direitos da personalidade. Nota-se que o inc. I do seu art. 7º dispõe sobre a "inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Ainda, o inc. II do mesmo art. assegura o "sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei".

E não é só. O art. 7º é de tamanha relevância para a compreensão da extensão da proteção do direito à privacidade que, ainda determina, em seu inc. VIII, que informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais somente poderão ser usadas para as finalidades se justificadas, não vedadas pela legislação ou que estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso.

Evidente que, para coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, necessário o consentimento expresso do usuário, nos termos do inc. IX do art. 7º do Marco Civil da Internet, prevendo-se a exclusão dos dados fornecidos quando do término da relação entre as partes, conforme o seu inc. X. Todavia, poder-se-ia interpretar a morte como uma hipótese de extinção do

[70] BODIN, Maria Celina de Moraes. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conceito normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 132.

consentimento? Como não é mais possível a revogação do consentimento, seria plausível fazer cessar o fornecimento dos dados pessoais do seu titular?

Inclusive, o conteúdo do referido dispositivo foi objeto do Projeto de Lei nº 1.331/2015, ora arquivado. Almejava-se determinar a legitimidade para a exclusão dos dados pessoais do falecido, a qual se restringiria ao cônjuge, ascendentes e descendentes, aproximando-se da lógica patrimonial conferida ao acervo digital.

Conquanto houvesse uma previsão expressa para a exclusão dos dados pessoais do falecido, isto não seria suficiente para solucionar todas as dúvidas decorrentes da disposição. Precisamente, formula Lívia Teixeira Leal: como restaria o tratamento dos dados pessoais do falecido que deixou, em vida, manifestação de vontade externalizando sua intenção de manter seu perfil em dada rede social? Estaria correto admitir que, também poderiam os legitimados, ainda assim, requerer a exclusão dessa conta, contrariando o desejo do *de cujus*? Para a autora, a resposta seria negativa, ao considerar que deva prevalecer a última vontade da pessoa do falecido.[71]

Ademais, o Marco Civil da Internet, em seu art. 10 dispõe que "a guarda e a disponibilização (...) de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas". Porém, os §§1º e 2º do art. preveem exceções ao dispositivo, mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.

E não apenas o Marco Civil da Internet permite a leitura autônoma do direito à privacidade dos dados pessoais, como também a Lei Geral de Proteção dos Dados (LGPD), Lei nº 13.709/18.

O fornecimento de consentimento, como "manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais

[71] LEAL, Lívia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018, p. 189.

para uma finalidade determinada" (art. 5º, inc. XIII), na qualidade de requisito essencial ao tratamento dos dados pessoais, novamente, se exibe (art. 7º, inc. I). Portanto, a dúvida de Lívia Teixeira Leal demonstra-se mais do que pertinente, posto que questiona o que ocorreria com essa manifestação após a morte do titular dos dados, "haveria a revogação desse consentimento ou este só ocorreria se a revogação *post mortem* fosse expressamente apontada pelo titular? Haveria a transferência de titularidade dos direitos relativos à proteção dos dados para os herdeiros?"[72]

Soma-se ao já esclarecido que a mais nova legislação em matéria de proteção de dados apresenta como seu objetivo principal primar pela dignidade dos titulares de dados e seus direitos básicos relacionados à autodeterminação informativa,[73] nos termos do no art. 2º, inc. I. A privacidade, antes lida meramente sob sua dimensão negativa - acreditando-se que a proteção somente seria assegura por meio da abstenção - passou a ser lida sob sua dimensão positiva, a ser, neste contexto, também denominada "autodeterminação informativa", a qual exige do legislador e dos agentes de tratamento de dados atuação na proteção das garantias atinentes à circulação de dados pessoais.[74] Para Rodotà, trata-se do "direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular".[75]

---

[72] LEAL, Lívia Teixeira. **Internet e morte do usuário**: propostas para o tratamento jurídico *post mortem* do conteúdo inserido na rede. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 51.
[73] FRAZÃO, Ana. Objetivos e Alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 99.
[74] MORAES, Maria Celina Bodin de; QUEIROZ, João Quinelato de. Autodeterminação informativa e responsabilidade proativa: novos instrumentos da tutela da pessoa na LGPD. In: **Proteção de dados pessoais**: privacidade versus avanço tecnológico Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2019, p. 118.
[75] RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**: a privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Laura Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15.

Há quem diga que a LGPD possa ser compreendida por meio de cinco principais eixos temáticos,[76] sendo o eixo dos princípios e dos direitos do titular determinante para a análise da "herança digital". O citado eixo irradiado pela legislação exibe por finalidade proporcionar instrumento para garantir o controle de dados usados por terceiros, alheios à titularidade dos dados. Não apenas, a LGPD enumera uma série de princípios, a fim de promover balizas suficientes para a plena observância e integral atendimento aos direitos fundamentais do usuário cedente dos seus dados.[77] E aqui, interessante consignar que o *caput* do art. 6º dispõe, expressamente, sobre a aplicação do princípio da boa-fé. Em tema de proteção de dados, não haveria como cogitar a transmissibilidade da herança digital apartada do princípio, destarte.

E a legislação vai além ao conferir aos usuários o direito ao livre-desenvolvimento da personalidade, da cidadania e da dignidade. Dessa maneira, resta claro que "o objetivo da LGPD é o de conferir uma ampla proteção ao cidadão e às situações existenciais mais importantes que são afetadas pelo tratamento de dados".[78] O que se poderia interpretar, assim, seria a qualificação do direito de proteção de dados como verdadeiro direito fundamental autônomo,[79] como já sustentava Laura Mendes[80] e como reconheceu a Min.ª Rosa Weber, quando do julgamento de Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6387:

---

[76] MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 120. ano 27, p. 469-483, nov./dez. 2018, p. 471.
[77] Ibidem, p. 474.
[78] FRAZÃO, Ana. Objetivos e Alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 102.
[79] RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**: a privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Laura Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 18-19.
[80] MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça**, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018. p. 188.

> A afirmação de um direito fundamental à privacidade e à proteção de dados pessoais deriva, ao contrário, de uma compreensão integrada do texto constitucional lastreada (i) no direito fundamental à dignidade da pessoa humana, (ii) na concretização do compromisso permanente de renovação da força normativa da proteção constitucional à intimidade (art. 5º, inciso X, da CF/88) diante do espraiamento de novos riscos derivados do avanço tecnológico e ainda (iii) no reconhecimento da centralidade do Habeas Data enquanto instrumento de tutela material do direito à autodeterminação informativa. [81]

E, de maneira muito semelhante ao inc. X do art. 7º do Marco Civil da Internet, versa o § 5º do art. 8º da LGPD, ao determinar que o consentimento para tratamento de dados pode ser revogado a qualquer momento, desde que manifestado expressamente pelo titular. O que determina o dispositivo permite a interpretação de que, caso o titular dos dados manifeste, em vida, anseio pela exclusão dos mesmos para após a sua morte, faz-se lógico o cumprimento de sua última vontade. Tratar-se-ia de uma revogação expressa do consentimento, condicionada ao evento morte.

2.3. CONTEÚDOS DISPOSTOS NA REDE, TERMOS DE USO, MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO USUÁRIO E O ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE

Como nenhuma legislação vigente no país versa, expressamente, sobre o destino do acervo digital disposto em rede, - e aqui, faz-se, o recorte exclusivo do arquivo digital disposto na rede - necessário apresentar algumas respostas trazidas em decorrência da conformação da realidade fática.

Cabe mencionar, primeiramente, que muitas plataformas, justamente em função da lacuna normativa sobre o tema, acabam por tomar a iniciativa de fornecer, em seus termos de uso, orientações sobre como os dados de seus usuários seriam ou poderiam ser tratados, quando do evento morte. Todavia, da conduta proativa das plataformas digitais, podem emergir algumas situações: (i) conflitos entre a manifestação de vontade da pessoa e o ordenamento jurídico; (ii) conflitos entre os termos de uso dos provedores e a manifestação de vontade deixada pelo

[81] STF, ADI 6387 MC-Ref, Minª. Relª. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 07/05/2020, DJe 12/11/2020.

usuário quando em vida e; (iii) conflitos entre os termos de uso e o ordenamento jurídico.[82]

Lívia Teixeira Leal, a partir da diferenciação da situação jurídica do acervo digital, traz relevantes propostas aos aludidos embates. Primeiro, entende que quando do conflito entre a manifestação de vontade da pessoa e o ordenamento jurídico vigente, aquela não deveria prevalecer. Justifica sua posição ao arguir que "o exercício da autonomia existencial não é absoluto, devendo encontrar-se em consonância com os demais valores jurídicos tutelados pelo ordenamento, não podendo prevalecer quando violar preceitos de ordem pública".[83] E vai além, ao sustentar que a manifestação de vontade do falecido poderia violar o direito da personalidade de terceiro que, no exemplo de divulgação de conversas em plataformas digitais, nutria expectativa quanto à manutenção do sigilo.[84]

Todavia, não goza o testador de plena liberdade para testar, desde que respeitada a legítima, com fulcro no §1º do art. 1.857 do CC? Então, não poderia a última manifestação de vontade prevalecer sobre o que determina a sucessão legítima? Veja-se que tal compreensão pode incorrer em violação ao princípio da autonomia privada. Enquanto faculdade que pode ser exercida tanto de maneira egoísta, quanto de forma empática, desde que respeitada a legítima, não se poderia cogitar uma prevalência da autonomia privada sobre o que determina o ordenamento vigente?

E quando há dissenso entre os termos de uso dos provadores e a manifestação de vontade deixada pelo usuário, quando em vida?

Uma vez que o STJ reconhece a incidência do CDC nas relações entre usuários e provedores,[85] firmadas por meio de um contrato de adesão - no qual a

---

[82] LEAL, Lívia Teixeira. **Internet e morte do usuário**: propostas para o tratamento jurídico *post mortem* do conteúdo inserido na rede. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 122.
[83] *Ibidem*, p. 122.
[84] *Ibidem*, p. 123.
[85] STJ, REsp 1582981/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. 3ª T., j. 10/05/2016, DJe 19/05/2016. STJ, REsp 1193764/SP, Rel. Min.Nancy Andrighi, 3ª T., j. 14/12/2010, DJe 08/08/2011.

parte contratante adere às condições gerais estabelecidas pela parte contratada, ciente de que está impossibilitada de apresentar, previamente, qualquer resistência ao que determinam suas cláusulas,[86] exceto se comprovado abuso de direito - entende-se que, no que tange aos conteúdos de caráter patrimonial, devem os termos de uso prevalecer, desde que interpretados em favor dos usuários,[87] com fundamento no art. 47 do CDC.

E, por vezes, os termos de uso da plataforma acabam por conferir maior tutela ao direito à privacidade do que o próprio usuário, ao modelo do que impõem tanto o *Facebook*[88] quanto o *Instagram*.[89]

A despeito do anseio em proteger o consumidor, o questionamento formulado quando da apresentação do primeiro conflito - entre a manifestação de vontade do falecido, quando em vida, e o ordenamento jurídico - subsiste. Ou seja, não deveria a manifestação de vontade prevalecer, em detrimento dos termos de uso, uma vez que o único óbice do ordenamento jurídico vigente ao regular exercício da autonomia privada é a observância da legítima?

Por fim, no que tange eventual incompatibilidade entre os termos de uso e o ordenamento jurídico vigente, plausível que sejam afastadas as condições de uso disciplinadas pela plataforma, por meio da manifestação do Poder Judiciário,[90] sob risco de incorrer em violação aos preceitos constitucionais e

---

[86] FILHO, Marco Aurélio de Faria Costa. **Patrimônio digital**: reconhecimento e herança. Recife: Nossa Livraria, 2016, p. 51.

[87] LEAL, Lívia Teixeira. **Internet e morte do usuário**: propostas para o tratamento jurídico *post mortem* do conteúdo inserido na rede. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 123.

[88] Quando as pessoas se responsabilizam pelas próprias opiniões e ações, nossa comunidade se torna mais segura e responsável. Por isso, você deve: Abster-se de compartilhar sua senha, dar acesso à sua conta do Facebook a terceiros ou transferir sua conta para outra pessoa (sem nossa permissão). FACEBOOK. **Termos de Serviço**. Disponível em: <https://www.facebook.com/terms>. Acesso em: 20 set. 2020.

[89] Você não pode tentar comprar, vender ou transferir qualquer elemento de sua conta (inclusive seu nome de usuário) ou solicitar, coletar ou usar credenciais de login ou selos de autenticidade de outros usuários. INSTAGRAM. **Termos de Uso**. Disponível em: < https://www.facebook.com/help/instagram/581066165581870>. Acesso em: 20 set. 2020.

[90] LEAL, Lívia Teixeira. **Internet e morte do usuário**: propostas para o tratamento jurídico *post mortem* do conteúdo inserido na rede. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 124.

infraconstitucionais. Inclusive, a respeito, o STJ já se pronunciou no sentido de que, cientes os provedores da ocorrência de violação às normas legais, estes devem adotar as medidas necessárias para que cesse a lesão, sob pena de responderem pelos danos decorrentes.[91]

Estas são algumas das possíveis respostas, bem como questionamentos, por ora formulados pelos doutrinadores e pelos órgãos jurisdicionais sobre os conflitos entre o que determinam os termos de uso, o ordenamento jurídico e a manifestação de vontade do usuário, no que se refere ao destino do acervo digital disposto em rede, quando da morte do seu titular.

CONCLUSÃO

O Direito posto não conseguiu, tampouco conseguirá acompanhar as transformações decorrentes dos avanços tecnológicos. Há que se reconhecer que a tecnologia permanecerá fornecendo ao Direito circunstâncias fáticas antes inimagináveis. E justamente tal descompasso, somado à insegurança jurídica trazida pela lacuna normativa quanto à discussão a respeito da transmissibilidade do acervo digital do *de cujus*, fizeram com que o tema tratado no presente artigo ganhasse tamanha relevância.

Veja-se que para uma breve exposição de alguns dos pontos que circundam o tema foi necessário invocar distintos ramos do Direito: Direito das Sucessões, Direito Constitucional, Direito da Personalidade, Direito do Consumidor e Direitos Humanos. Demasiado pretensioso seria afirmar que a única e adequada solução para a transmissibilidade do acervo digital do falecido estaria consubstanciada no Direito das Sucessões. De igual modo, ambicioso seria sustentar a existência de uma apreensão jurídica mais robusta, capaz de fornecer respostas ao problema da natureza jurídica e da destinação do acervo digital do falecido.

[91] *Ibidem*.

Todavia, cabe ao legislador estudar a viabilidade de editar normas abertas e principiológicas, as quais, zelando pela perfeita harmonia entre os ditames constitucionais e infraconstitucionais, concedam ao jurisdicionado, durante o lapso temporal entre o surgimento do dilema e a publicação de uma norma específica, a promoção de tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva. De igual relevância desfruta o doutrinador o qual deve, ao se deparar com o descompasso entre a realidade fática vivenciada pela sociedade e a tutela conferida pela Direito posto, repensar os institutos clássicos. A fundamentação jurídica consignada nas decisões e votos proferidos pelos juízos de primeiro grau, Tribunais e Cortes Superiores provém - e muito - do arcabouço teórico fornecido pela doutrina.

Não obstante a lacuna normativa e a timidez com que o tema é abordado, há espaço para que em um futuro, os doutrinadores possam debruçar-se cada vez mais sobre o tema, os legisladores, quando da apresentação de Projetos de Lei, possam atentar-se às minúcias do dilema, e os jurisdicionados possam receber tutela jurisdicional cada vez mais justa, adequada e efetiva. Não seria este o propósito final a ser alcançado pela participação dos três personagens citados? Ambicionar um horizonte no qual todos desfrutem de maior previsibilidade, usufruam de maior segurança jurídica e obtenham tutela jurisdicional mais adequada? Espera-se que este artigo tenha contribuído para o nascer de tal horizonte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Juliana Evangelista. **Testamento digital**: como se dá a sucessão dos bens digitais. Porto Alegre: Fi, 2019.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civi**l. São Paulo: Red Livros, 2001.

BODIN, Maria Celina de Moraes. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conceito normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição,**

direitos fundamentais e direito privado. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na Internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direitos da personalidade**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, nº. 67, 1991.

CARVALHO, Luiz Paulo Viera de. Direito das sucessões. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CENTRO DE ESTUDOS SOBRE AS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO (CETIC.br). **Três em cada quatro brasileiros já utilizam a Internet, aponta pesquisa TIC Domicílios 2019**. Disponível em: < https://cetic.br/pt/noticia/tres-em-cada-quatro-brasileiros-ja-utilizam-a-internet-aponta-pesquisa-tic-domicilios-2019/>. Acesso em: 28 ago. 2020.

EDWARDS, Lilian; HARBINJA, Edina. Protecting Post-mortem Privacy: reconsidering the privacy interests of the deceased in a digital world. **Cardozo Arts & Entertainment Law Journal**, v. 32, nº 1, p. 83-129. 2013.

FACEBOOK. **Termos de Serviço**. Disponível em: <https://www.facebook.com/terms>. Acesso em: 20 set. 2020.

FACHIN, Luiz Edson. Análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: fundamentos, limites e transmissibilidade. **Revista jurídica**, São Paulo, v. 55, n. 362, p. 43-60, dez. 2007.

_____. **Direito Civil**: sentidos, transformações e fim. Renovar: Rio de Janeiro, 2015.

_____. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____.; FRUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FILHO, Marco Aurélio de Faria Costa. Herança digital**:** valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de**

Pernambuco. n. 09, p. 187-215, 2016, Disponível em: < https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/152/143>. Acesso em: 28 ago. 2020.

_____. **Patrimônio digital**: reconhecimento e herança. Recife: Nossa Livraria, 2016.

FRAZÃO, Ana. Objetivos e Alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; AGUIRRE, Joao Ricardo Brandão; PEIXOTO, Maurício Muriack de Fernandes e. Transmissibilidade do acervo digital de quem falece: efeitos dos direitos da personalidade projetados *post mortem*. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba. v. 10, n. 19, p. 564-607, jul./dez. 2018.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21 ed. Atualizado por Edvaldo Brito e Reginaldo Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

INIESTA, Javier Belda; SERNA, Francisco José Aranda. El paradigma de la identidad: hacia una regulación del mundo digital. **Revista Forense**, v. 422, 2016.

INSTAGRAM. **Termos de Uso**. Disponível em: < https://www.facebook.com/help/instagram/581066165581870>, Acesso em: 20 set. 2020.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR,** Curitiba, v. 60, n. 1, p. 193-213, jan./abril. 2015.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens digitais**. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017.

LEAL, Lívia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018.

_____. **Internet e morte do usuário**: propostas para o tratamento jurídico *post mortem* do conteúdo inserido na rede. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

LÔBO, Paulo. Danos morais e direitos da personalidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4445/danos-morais-e-direitos-da-personalidade>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. **Direito civil**: parte geral. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 120. ano 27, p. 469-483, nov./dez. 2018.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça**, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018.

_____.; FRITZ, Karina Nunes. Case Report: corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, v. 15, n. 85, p. 188-211, jan./fev, 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de; QUEIROZ, João Quinelato de. Autodeterminação informativa e responsabilidade proativa: novos instrumentos da tutela da pessoa na LGPD. In: **Proteção de dados pessoais**: privacidade versus avanço tecnológico Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2019.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento**: tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NICOLACI-DA-COSTA, Ana Maria. Revoluções tecnológicas e transformações subjetivas. **Revista Psicologia: Teoria e Pesquisa**, Brasília, v. 18, nº 2, p. 193-202, mai./ago. 2002.

NWB DATENBANK. Disponível em: < https://datenbank.nwb.de/Dokument/Anzeigen/741207/>. Acesso em: 25 de set. 2020.

O'REILLY RADAR. **Web 2.0: Compact Definition?** 2005. Disponível em: <http://radar.oreilly.com/2005/10/web-20-compact-definition.html>. Acesso em: 28 ago. 2020.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

_____. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogos entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 19, p. 67-93. jan./jun. 2012.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**: a privacidade hoje. Trad. Danilo Doneda e Laura Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de direito virtual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Honra e imagem do morto? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 44, nº 175, p. 117-123, jul./set. 2007.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de bio-direito**. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

STF, ADI 6387 MC-Ref, Minª. Relª. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 07/05/2020, DJe 12/11/2020.

____, REsp 1582981/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. 3ª T., j. 10/05/2016, DJe 19/05/2016.

____, REsp 1193764/SP, Rel. Min.Nancy Andrighi, 3ª T., j. 14/12/2010, DJe 08/08/2011.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____.; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Crise de fontes normativas e técnica legislativa da parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil**. Estudos na perspectiva civil-constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Liberdades, tecnologia e teoria da interpretação. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 419, ano 110, p. 77-96, jan./jun. 2014.

TJSP, AP nº 1119688-66.2019.8.26.0100, Rel. Des. Francisco Casconi, 31ª Câm. Dir. Priv., j. 09/03/2021; DJe 11/03/2021.

TUTELA *POST MORTEM* DIGITAL DE PERFIS EXPLORADOS ECONOMICAMENTE: UMA PROPOSTA DE ARQUITETURA DE REDE PARA O INSTAGRAM

Fabrício Manoel Oliveira[1]
Fernanda Marinho Antunes de Carvalho[2]
Giuliana Alves Ferreira de Rezende[3]

RESUMO: A internet proporciona novas dinâmicas de interação e comunicação, e tem lançado grandes desafios para a ciência do direito. Um desses desafios concerne à herança digital, composta de bens digitais, dentre eles as contas de redes sociais, em especial o Instagram, que, frequentemente, têm valoração econômica. Em tais hipóteses, nota-se, com efeito, uma tensão entre a proteção dos direitos de personalidade do falecido, especialmente a privacidade, a intimidade e a vida privada, e o direito à sucessão *causa mortis* por parte dos herdeiros (direito à herança), considerando-se a pretensão de continuação da exploração econômica de *publiposts*. Diante disso, o presente artigo busca compreender se é possível conciliar o direito fundamental à herança e as expectativas de privacidade do falecido e de terceiros, sem que se recorra a uma tutela jurisdicional. Para tanto, recorre-se à metodologia jurídico dogmática, em perspectiva teórica-pluridisciplinar, com raciocínio hipotético-dedutivo. Conclui-se que, para harmonizar os mencionados interesses, a arquitetura do Instagram deveria permitir a separação do que compõe a atividade pública (*feed,* vídeos etc.), que poderá ter conteúdo econômico, do que compõe a atividade privada

[1] Mestrando em Direito. Graduado em Direito na UFMG, com bolsa CNPq.
[2] Mestranda em Direito na UFMG.
[3] Bacharel em Direito na UFMG.

(*chat*), de caráter existencial. Assim, em caso de falecimento do usuário, somente estaria sujeita à transmissão a parte pública da rede, não a parte privada.

PALAVRAS-CHAVE: Instagram; Arquitetura de rede; Herança Digital.

INTRODUÇÃO

Como instância (re)organizadora da vida social e da experiência humana, a internet, tecido de nossas vidas[4], tem proporcionado novas dinâmicas de interação e comunicação com o outro e com o mundo[5], à luz de influxos experienciais, simbólicos ou não, dos mais diversos, alterando a esfera privada do sujeito contemporâneo e até mesmo a distribuição de poder dentro da sociedade[6]. Esse novo paradigma, ao criar possibilidades e perspectivas até então inéditas na história, por via oblíqua acaba por lançar grandes desafios para a ciência do Direito, que precisa, em certa medida, adequar-se para acompanhar todas as transformações sociais[7], no sentido de fornecer "estruturas jurídicas de resposta"[8] assazes a satisfazer tais demandas.

---

[4] CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 7.

[5] CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 10.

[6] RODOTÀ, Stefano.Persona, libertà, tecnologia: note per una discussione. **Diritto e questioni pubbliche**, n° 5, 2005, p. 27.

[7] De acordo com Stefano Rodotà, é necessário que a reflexão a respeito de tal questão esteja centrada em escopos capazes de fazer frente à inovações científicas e tecnológicas, que se encontram em contínuo desenvolvimento. Isso para que se seja "[...] en consecuencia, capaz de restituir al derecho un papel adecuado en la edad de la técnica. La necesidad de dar ese paso es aún más apremiante porque la innovación científica y tecnológica se ha vuelto portadora de una mutación incesante, que no puede ser gobernada mediante el seguimiento legislativo tradicional. Es indispensable, entonces, privilegiar instrumentos <<prospécticos>>, como lo son, justamente, aquellos vinculados con una normativa por principios; en cambio, la construcción de una disciplina basada en *fattispecie* cerradas presupone un derecho que interviene al final de un ciclo, que desciende al caer la tarde, para seleccionar y racionalizar intereses y situaciones que ya se han consolidado". RODOTÀ, Stefano. Derecho, Ciencia y Tecnologia: Modelos y decisiones de regulación. **Revista de la Facultad de Derecho**, n° 57, 2004, p. 107.

[8] AMARAL, Francisco. Autonomia Privada. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**. Brasília, Vol. 9, pp. 25-31, 1999, p. 26.

Um desses desafios consiste em como lidar com dados e principalmente contas e perfis digitais (herança digital) daquelas pessoas que faleceram, mormente na hipótese de serem explorados economicamente, tendo em vista a ausência de regramento específico sobre a matéria. Enfocando-se tão somente o Instagram, uma das maiores e mais influentes redes sociais do mundo[9], a qual movimentou cerca de US$ 20 bilhões de dólares em 2019[10], não são poucos os perfis de pessoas falecidas, notadamente celebridades e influenciadores digitais, que seguem fazendo postagens e congregando seguidores mesmo após a morte. Nesse sentido, Gabriel Honorato e Lívia Teixeira Leal citam os casos de Gugu Liberato, Gabriel Diniz, Jorge Fernando, Reginaldo Rossi, Hebe Camargo, Mr. Catra e Cristiano Araújo[11].

Em tais hipóteses, nota-se, com efeito, uma tensão entre a proteção dos direitos de personalidade do falecido, especialmente a privacidade, a intimidade e a vida privada, haja vista a transversalidade dos dados, informações e mensagens pessoais constantes em tais perfis, e o direito à sucessão *causa mortis* por parte dos herdeiros (direito à herança), considerando-se a pretensão de continuação da exploração econômica de *publiposts*. Diante desse cenário, partindo do pressuposto de que inexistem óbices quanto à possibilidade de transmissão sucessória do perfil do Instagram[12], guia o presente trabalho o seguinte problema: é possível se evitar a violação do conteúdo privado do *de cujus*, afeto

---

[9] G1. **Instagram faz 10 anos como uma das maiores redes sociais do mundo e de olho no TikTok, para não envelhecer**. Globo. Economia e Tecnologia. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/10/06/instagram-faz-10-anos-como-uma-das-maiores-redes-sociais-do-mundo-e-de-olho-no-tiktok-para-nao-envelhecer.ghtml>. Acesso em: 14.06.2021.

[10] ISTO É. **Instagram fatura US$ 20 bilhões com anúncios em 2019. Disponível em: <**https://www.istoedinheiro.com.br/instagram-fatura-us-20-bilhoes-com-anuncios-em-2019/>. Acesso em: 14.06.2021.

[11] HONORATO, Gabriel; LEAL, Lívia Teixeira. Exploração Econômica de Perfis de Pessoas Falecidas: reflexões jurídicas a partir do caso Gugu Liberato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Vol. 23, 2020, p. 155-173

[12] Não se problematiza, portanto, aspectos que giram em torno da (eventual) não transmissibilidade do perfil do Instagram.

a direitos da personalidade, como mensagens, fotos e dados trocados, em um perfil em que haja exploração econômica, quando da transmissibilidade aos seus sucessores, sem que se recorra ao Poder Judiciário para tanto? Tendo como referencial teórico a teoria da arquitetura de rede proposta no Brasil por Marcel Leonardi[13], toma-se como hipótese que isso só se faz possível caso haja uma diferenciação *a priori* entre a página central da rede social, Instagram, e o messenger ou *chat* onde são feitas as comunicações privadas do indivíduo, tal qual ocorre com o app Facebook e o app Facebook Messenger[14] em *móbiles*. Estudo esse que se justifica em virtude da ausência, até o presente momento, de uma solução definitiva para o imbróglio, que ainda permanece em disputa no cenário jurídico.

1. A INTERNET E AS REDES SOCIAIS COMO (RE)CONFIGURADORAS DA EXPERIÊNCIA HUMANA

1.1. Internet, redes sociais e o mundo virtual contemporâneo

O conhecimento acerca dos riscos imanentes à modernização não foi suficiente para qualquer tipo de arrefecimento no desenrolar histórico contemporâneo[15]. Os avanços tecnológicos impulsionaram, naturalmente, os

[13] LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 125-146.
[14] O app Facebook exerce todas as funções da rede social, mas exige a instalação de um app específico para comunicação com outros usuários no *chat* da rede social, o app Facebook Messenger.
[15] "Cuanto más intensamente crecen los peligros en el proceso de modernización, cuanto más patentemente están amenazados valores centrales de la generalidad y cuanto más claramente se toma conciencia de esto, tanto más profundamente es conmovido el tejido de poder y de competencias en la relación entre economía, política y opinión pública, y tanto más probable es que bajo la presión del peligro inminente se redefinan responsabilidades, se centralicen las competencias de actuación y se cubran todos los detalles del proceso de modernización con controles y planificaciones burocráticas. De
hecho, en el reconocimiento de los riesgos de la modernización y con el crecimiento de los peligros contenidos en ellos se consuma un poco de cambio del sistema. Pero esto no sucede en la figura de una revolución manifiesta, sino silenciosa, como consecuencia del cambio en la conciencia de

debates jurídicos e, diante de novos desafios, o direito civil passou a enfrentar, no século XXI, uma miríade de dilemas.

Se a internet representa um dos principais avanços tecnológicos da humanidade, tal caracterização perpassa pela forma como alterou radicalmente o nosso comportamento: hodiernamente, boa parte da interação humana ocorre por meio dela[16]. Plataformas como o Facebook, o Instagram, o Tik-Tok, o Youtube, dentre outras, passaram a integrar o dia a dia dos seus usuários, que compartilham detalhes de suas vidas, de sua rotina, de suas famílias e, por vezes, utilizam-nas como principal instrumento de trabalho.

Sob essa ótica, para Marcel Leonardi, a utilização e a dependência de serviços e facilidades oferecidos pela Internet modificaram radicalmente o comportamento humano[17]. A afirmativa do autor é confirmada pelos dados da nova edição do Global Digital Reports que, em 2021, mostrou que os usuários de internet já representam 4,6 bilhões de pessoas (o que explicita um aumento de 7,3% em relação ao relatório de 202o) e que o tempo médio diário que um usuário passa online é de 6 horas e 58 minutos. Os dados são alarmantes: a cada segundo, 15,5 pessoas ingressam em alguma plataforma de rede social[18].

Ainda de acordo com o relatório, o Brasil ocupa o terceiro lugar no ranking de permanência de usuários em suas redes sociais, com uma média de 3 horas e 42 minutos por usuário. Parece, portanto, inegável que essa nova forma de interação social vem modificando, consideravelmente, o comportamento humano.

Diante dos avanços tecnológicos, novos mecanismos capazes de processar e transmitir informações em uma quantidade e velocidade nunca antes

---

todos, como cambio sin sujeto, conservando las élites y el viejo orden". BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998, p. 87.

[16] LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 27-28.

[17] LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 28.

[18] HOOTSUITE. **The Global State of Digital 2021**. 2021. Disponível em: <https://www.hootsuite.com/resources/digital-trends>. Acesso em: 15.07.2021.

imaginadas foram criados. Os relacionamentos sociais já não mais encontram obstáculos físicos distanciais[19]. Está-se diante de uma verdadeira sociedade da informação, esta considerada por Bruno Bioni "o (novo) elemento estruturante que (re)organiza a sociedade, tal como o fizeram a terra, as máquinas a vapor e a eletricidade, bem como os serviços, respectivamente, nas sociedades agrícolas, industrial e pós-industrial"[20].

Diante das mais diversas possibilidade de interação, em tempo real, por meio de mensagens, videochamadas, áudios, dentre tantas outras possibilidades de comunicação, passa-se a se verificar uma nova compreensão (mais abreviada) da relação entre tempo-espaço[21].

Ocorre que as tantas informações que os usuários inserem em suas redes sociais ali permanecem após a sua morte, modificando até mesmo a forma como o luto é vivenciado. Se, há tanto, o homem sonha com a imortalidade e clama pela infinitude de sua vida, hodiernamente, as redes sociais permitem o prolongamento da existência do referido "corpo eletrônico". No perfil, podem residir diversas informações daquele usuário: suas fotos, seus vídeos, seus gostos, suas viagens, bem como mensagens por ele trocadas com terceiros.

Pode-se pensar, ainda, na possibilidade da morte de alguém que utiliza suas redes sociais como fonte de trabalho, de modo que esse perfil poderá permanecer lucrativo mesmo após a morte do usuário. Isso porque, conforme apontam Maria Celina Bodin e Chiara Teffé, a rede social virtual pode figurar como um modelo de negócio bastante rentável:

> Cabe lembrar que a rede social virtual configura como um modelo de negócio bastante rentável, embasado em conceitos como visibilidade, vigilância, identidade e indexação. Sua estrutura apresenta duas fases principais. Em primeiro lugar, visa-se alcançar uma massa crítica de usuários

[19] BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio De Janeiro: Forense, 2020, p. 4-5.
[20] BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio De Janeiro: Forense, 2020. p. 5.
[21] BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio De Janeiro: Forense, 2020. p. 5.

> e, posteriormente, parte-se da exploração e a monetização da rede sociais, por meio da venda de espaços para a publicidade, da comercialização de produtos (como publicações patrocinadas) e da "venda" de perfis, cadastros e dados pessoais de seus usuários[22].

No Instagram, tal possibilidade é manifesta.

1.2. O Instagram e a Sucessão Digital

O instagram tornou-se um dos aplicativos mais utilizados no mundo. A verdade é que o sucesso do aplicativo foi, ainda em seu surgimento, percebido pelo CEO e fundador do Facebook, Mark Zuckerberg: com apenas 551 dias de fundação, o aplicativo criado por Mike Krieger e Kevin Systrom foi adquirido por Zuckerberg por aproximadamente 1 bilhão de dólares[23]. Em 2018, de acordo com a estimativa da Bloomeberg Intelligence, o valor do aplicativo aumentou em torno de 100 vezes, chegando a 100 bilhões de dólares[24].

Diante desses números, a aquisição do Instagram é considerada por muitos o investimento do século[25]. Os termos de uso da plataforma enunciam seu propósito: "fortalecer os seus relacionamento com as pessoas e com as coisas que você adora"[26]. O serviço é composto pelos seguintes aspectos, de acordo com o referido termo: oferecer oportunidades personalizadas de criar, conectar, comunicar, descobrir e compartilhar; promover um ambiente seguro, inclusivo e positivo; desenvolver e usar tecnologias que nos ajudam a servir consistentemente

---

[22] TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BODIN DE MORAES, Maria Celina. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil, análise a partir do Marco Civil da Internet. **Revista Pensar**, Vol. 22, n° 1, 2017, p. 122.

[23] G1. **Facebook anuncia a compra do Instagram**. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2012/04/facebook-anuncia-compra-do-instagram.html>. Acesso em: 15.07.2021.

[24] TECMUNDO. **Instagram já vale 100 vezes mais do que quando foi comprado pelo Facebook.** 2018. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/redes-sociais/131646-instagram-vale-100-comprado-facebook.htm>. Acesso em: 15.07.2021.

[25] TECMUNDO. **Instagram já vale 100 vezes mais do que quando foi comprado pelo Facebook.** 2018. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/redes-sociais/131646-instagram-vale-100-comprado-facebook.htm>. Acesso em: 15.07.2021.

[26] INSTAGRAM. **Termos de Utilização**. Centro de Ajuda - Políticas e denúncias. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/help/instagram/581066165581870>. Acesso em: 15.07.2021.

nossa crescente comunidade; fornecer experiências consistentes e contínuas em outros produtos das empresas do Facebook; garantir acesso ao serviço; conectar você com marcas, produtos e serviços de maneiras importantes para você; pesquisa e inovação.

As possibilidades mostram-se amplas e o Instagram parece possibilitar uma nova forma de interação do usuário com o mundo: se Foucault referia-se ao panóptico como o olho que tudo vê[27], atualmente a vigilância governa-se pelo sinóptico, afinal, tudo é visto por todos e tornamo-nos agentes e objetos da nossa própria vigilância.

Se, por um lado, a plataforma permite uma nova forma de conexão entre os usuários sem que seja necessário realizar qualquer pagamento para a sua utilização, lado outro, é extremamente lucrativa. Isso se justifica, ainda de acordo com os termos de uso, pela possibilidade de que o Instagram mostre aos usuários anúncios que foram pagos por empresas e organizações que pagaram ao aplicativo para serem promovidas.

A plataforma pode, ainda, ser utilizada pelo usuário como forma de trabalho, e cada *post* pode se tornar valioso: o ator e ex-lutador Dwayne Johnson cobra cerca de 1 milhão de dólares por post patrocinado em seu perfil e o jogador Neymar chega a cobrar 704 mil dólares para divulgar marcas em sua conta[28]. Esses são apenas alguns exemplos de um novo mercado que cresce junto ao Instagram e, cada vez mais, o aplicativo é utilizado de forma econômica por ser usuários.

Ainda que um perfil seja rentável, pode-se pensar em um conteúdo personalíssimo, que envolve mensagens privadas, fotos compartilhadas, dentre tantas outras manifestações do corpo digital do indivíduo. O conteúdo patrimonial, contudo, não pode ser ignorado e, diante de números tão expressivos, um

[27] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 2019-250.
[28] TECHTUDO. **The Rock lidera lista de famosos que mais cobram por posts no Instagram.** Globo, 2020. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2020/07/the-rock-lidera-lista-de-famosos-que-mais-cobram-por-posts-no-instagram.ghtml>. Acesso em: 15.07.2021.

importante aspecto deve ser analisado: como o Instagram regulamenta as atitudes a serem tomadas quando há a morte do usuário? O seu perfil poderá ser transmitido aos seus herdeiros? Eles terão direito aos valores produzidos pela conta?

Em seus termos de uso, o aplicativo não é claro quanto à possibilidade de transmissibilidade do conteúdo patrimonial do perfil aos herdeiros do *de cujus*. Há a possibilidade de que o perfil se transforme em memorial e, nesse caso, o Instagram tentará "evitar que as referências às contas transformadas em memorial apareçam no Instagram de forma que possa incomodar os amigos ou familiares da pessoa falecida. Além disso, tomamos medidas para garantir a privacidade dessa pessoa protegendo a conta dela". Tais medidas, todavia, não são especificadas nos termos.

Há, ainda, a possibilidade de que os familiares próximos solicitem a remoção da conta do ente querido e, para tanto, o Instagram exige provas do parentesco, como: a certidão de nascimento da pessoa falecida; a certidão de óbito da pessoa falecida; ou a comprovação, de acordo com a legislação local, de que se é o representante legal da pessoa falecida ou de seu espólio.

Diante do exposto, pergunta-se: é possível pensar em uma transmissibilidade do conteúdo patrimonial de um perfil do Instagram, respeitando seu conteúdo privado? Passa-se, então, à análise da regulamentação normativa da proteção *post mortem* digital.

2. REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO *POST MORTEM* DIGITAL

A morte é um fato jurídico *stricto sensu*[29], e, como tal, acarreta diversos efeitos na dimensão existencial e patrimonial do direito. Para adequar esses efeitos à sua vontade, o indivíduo pode indicar, em vida, como deseja que seus herdeiros

[29] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo II. Bens. Fatos Jurídicos. Campinas: Bookseller, 2000, p. 91.

procedam tanto em relação ao que tenha natureza patrimonial quanto ao que tenha natureza extrapatrimonial (art. 1.857, §2º, Código Civil).

Existindo deliberação expressa acerca do destino do perfil do Instagram em testamento, legado ou codicilo, por parte de seu titular, não restam dúvidas sobre como deve se dar a sucessão digital: vez que os bens incorpóreos também compõem o acervo transmissível hereditariamente[30], tal determinação deve ser seguida *in totum, salvo* se comprometer, de alguma forma, direitos da personalidade de terceiro[31]. É dizer, a vontade do *de cujus* representa uma lei suprema dentro da sucessão testamentária, desde que sejam respeitas as regras formais e materiais delimitadas previamente pela legislação[32].

Exemplos dessa axiologia estão presentes no *caput* e § 2º do artigo 1.857 do Código Civil (capacidade para testar e validade de disposições testamentárias de caráter não patrimonial); no inciso III do artigo 1.814 do Código Civil (exclusão da sucessão de herdeiro ou legatário que tente, de alguma forma, obstar a livre disposição do ato de última vontade); no artigo 1.881 do Código Civil (estipulação de codicilos), no artigo 77, § 2º, da Lei n. 6.015/1973 (orientação para cremação); no artigo 1.899 do Código Civil (na hipótese de ser a cláusula testamentária suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegurar a observância da vontade do testador), dentre outros.

---

[30] "O acervo hereditário compõe-se de tudo de que o decujo era titular na data do falecimento, sejam corpóreos ou incorpóreos os bens". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo LV. Direito das Sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 407.
[31] HONORATO, Gabriel; LEAL, Lívia Teixeira. Exploração Econômica de Perfis de Pessoas Falecidas: reflexões jurídicas a partir do caso Gugu Liberato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Vol. 23, 2020, p. 163-164.
[32] VILLEGAS, Rafael Rojina. **Compendio de Derecho Civil**: bienes, derechos reales y sucesiones. 41ª ed. México: Editorial Porrúa, 2018, p. 323.

Nesse sentido, pois, é que se pode realizar um planejamento sucessório de tal conteúdo virtual, que segundo Gonçalves de Oliveira contará em média com seis fases diversas[33], como apresentado na figura abaixo:

Figura 1: Planejamento da Herança Digital (Fonte: Oliveira, 2015)

No entanto, a situação se torna problemática quando inexiste deliberação expressa sobre o destino do perfil do Instagram. Considerando a ausência de previsão normativa específica acerca da sucessão de dados, contas e perfis digitais (herança digital), tem-se aplicado ao caso usualmente as normas relativas à sucessão legítima.

Na sucessão legítima, há um chamamento de natureza supletiva, pautado na listagem das pessoas especificadas em lei, que aponta quem deve ser chamado à sucessão, o que ocorre em virtude da ausência de manifestação do *de cujus*[34]. O objeto da sucessão legítima é o patrimônio do falecido, entendido

[33] OLIVEIRA, Jaime Gustavo Gonçalves de. **Luto Digital**: Plataformas para a Gestão da Herança Digital. Dissertação (Mestrado em em Engenharia e Gestão de Sistemas de Informação). Escola de Engenharia da Universidade do Minho, Braga, 2015.
[34] ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: Sucessões. 5ª ed., revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 330-332.

como "conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente"[35]. Contudo, a transferência operada *causa mortis* não envolve uma completa mutação subjetiva de todas as relações jurídicas titularizadas pelo falecido[36]: na dimensão existencial, a morte põe fim à pessoa (art. 6º, Código Civil), de forma que direitos de personalidade e obrigações personalíssimas, titularizados em vida, não integram o patrimônio e não são transmitidos com a herança (art. 11, Código Civil).

Vale ressaltar, nesse sentido, que os direitos da personalidade, em especial a privacidade, a vida privada e a intimidade[37], são essenciais ao ser humano e compõem a própria personalidade, de sorte que, sem eles, não existiria a pessoa enquanto tal[38]. Nos termos de Menezes Cordeiro, dizem respeito à esfera mais íntima dos seres humanos, compondo a individualidade de cada um, e opõem-se ou podem opor-se a interesses organizados dos mais diversos[39].

Para além e de forma autônoma ao direito à privacidade, vida privada e intimidade, contudo, está também o direito à proteção dos dados pessoais como categoria de direitos da personalidade, conforme defendido por Bruno Bioni[40].

O fim da pessoa e a intransmissibilidade dos seus direitos de personalidade, no entanto, não implica a extinção dos suportes físicos ou digitais que eram, em vida, protegidos por esses direitos. Não é o fato da morte que vai, por exemplo, extirpar da realidade fática as contas em redes sociais, mensagens privadas e os

---

[35] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Teoria Geral do Direito Civil. V. 1. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 327.
[36] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**: Direito das Sucessões. V. 6. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 45.
[37] Além dos dois mencionados direitos da personalidade, Caio Mário da Silva Pereira elenca como direito da personalidade, a título de exemplificação, o direito à vida, ao próprio corpo, à integridade física e moral, à identidade, ao nome, a imagem, dentre outros. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direitos da Personalidade. **Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, n° 6, 1994, p. 118.
[38] DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana, 2004, p. 23-25.
[39] MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Tratado de Direito Civil**: Parte Geral - Pessoas. Vol. IV. 4ª ed., revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2016, p. 102-103.
[40]BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019 [Livro eletrônico], p. 101.

dados pessoais ali inscritos. Eles continuam existindo, resta saber se compõe ou não a legítima.

Na tentativa de resolver essa problemática e, de forma geral, a *tutela post mortem* dos dados e perfis digitais, a doutrina brasileira tem se fixado em duas correntes distintas: a primeira delas defende que, não havendo disposição de última vontade pelo falecido, deve haver a transmissão irrestrita de toda a herança digital, independentemente de seu conteúdo[41]. Por outro lado, a segunda delas entende que, não havendo disposição de última vontade pelo falecido, é necessária a diferenciação entre situações jurídicas existenciais e patrimoniais para saber se deverá (ou não) a herança digital ser transmitida. Caso o conteúdo seja eminentemente existencial, não deverá ocorrer qualquer tipo de transmissão. Caso o conteúdo seja eminentemente patrimonial, deverá ocorrer a transmissão. De outra banda, se o conteúdo possuir ao mesmo tempo traços existenciais e patrimoniais, a situação deverá ser analisada casualmente, podendo haver (ou não) a transmissão aos sucessores[42].

Quanto à primeira corrente, podem ser realizadas algumas reflexões. De saída, a solução de conceder ao herdeiro acesso irrestrito ao perfil desconsidera qualquer expectativa de privacidade, seja do falecido em vida, seja de terceiros, ainda vivos, em relação às comunicações. Essa objeção, a princípio, poderia ser contornada na medida em que outros bens, sobre os quais têm-se em vida uma expectativa de privacidade, são transmissíveis *causa mortis*. É o caso, por exemplo, de cartas, eminentemente bilaterais, entregues irrestritamente aos herdeiros quando da morte do autor (art. 740, §4º, CPC).

---

[41] A título de exemplo, cite-se: GRECO, Pedro Teixeira Pinos. Sucessão de Bens Digitais: quem tem medo do novo?. **Revista Síntese de Direito de Família**, Vol. 113, 2019, pp. 1-28.

[42] A título de exemplo, cite-se: LEAL, Lívia Teixeira. Internet e Morte do Usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Vol. 16, 2018, p. 181-197; HONORATO, Gabriel; LEAL, Lívia Teixeira. Exploração Econômica de Perfis de Pessoas Falecidas: reflexões jurídicas a partir do caso Gugu Liberato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Vol. 23, 2020, p. 155-173; LEAL, Lívia Teixeira. **Internet e Morte do Usuário**: propostas para o tratamento jurídico post mortem do conteúdo inserido na rede. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018, p. 101-103.

A comparação com as cartas, no entanto, não é completamente simétrica. O fluxo de cartas trocadas ao longo de uma vida no passado é certamente irrisório perto do número de mensagens trocadas atualmente pelos usuários de redes sociais. Não seria surpresa se essas informações compiladas conseguissem oferecer um panorama absoluto das atividades, sentimentos e opiniões dos usuários, seja em texto, imagem, voz ou vídeo. A intensidade com que a internet afetou as comunicações humanas pode ser um argumento para afastar a equiparação às soluções mais tradicionais.

Uma segunda objeção volta-se aos dados pessoais sensíveis, que podem estar contidos nos cadastros ou nas conversas do usuário falecido e poderiam ser acessados pelos herdeiros indiscriminadamente. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) não explicita sua aplicação aos dados de pessoas mortas, mas recorrentemente atrela a proteção dos dados à figura da "pessoa natural" (vide art. 1º, art. 5º, I, II e V, art. 17 e outros). O Código Civil é claro ao afirmar que a existência da pessoa natural se encerra com a morte (art. 6º), pelo que também se poderia ter por encerrada a proteção dos dados pessoais sob a LGPD. Reforçando esse entendimento, a *General Data Protection Regulation*, normativa europeia que inspirou a legislação brasileira, explicitamente afasta a aplicação aos dados de pessoas falecidas[43], recomendando aos Estados a elaboração de uma normativa específica sobre a matéria. Atenta-se, no entanto, para o fato de que a morte do usuário não afasta o fato de que suas contas contém dados sensíveis que ainda podem, concretamente, ser submetidos a tratamento. Deixar esses dados desprotegidos não parece uma solução adequada.

A segunda corrente elege o direito à privacidade como ponto pivotal da internet, a ser objeto de tutela inclusive para além da vida do usuário. A primeira vista, pode parecer simples a distinção entre situação jurídica existencial e

[43] UNIÃO EUROPEIA. **Regulação nº 2016/679.** General Data Protection Regulation. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>. Acesso em 27.06.2021, preâmbulo, item 27.

patrimonial: são patrimoniais os direitos que têm objeto avaliável pecuniariamente, enquanto são não patrimoniais, ou existenciais, os que escapam a essa avaliação econômica, como os direitos de personalidade[44].

A simplicidade dessa conceituação, todavia, não atende a situações limítrofes complexas. Tomemos como exemplo a situação do "garoto-propaganda", muito comum na televisão e, atualmente, também muito frequente nas redes sociais. Para além da autorização de exploração da dimensão econômica do direito à imagem, muitas empresas incluem nos contratos as cláusulas de comportamento, determinando que a pessoa "não realize condutas em sua vida pessoal que possam ser reputadas moralmente duvidosas, de maneira a prejudicar o alto renome da marca que é vendida"[45]. Ainda que esta relação tenha claro caráter econômico, também tem características existenciais, já que trás como elemento relevante para o contrato aspectos da vida privada do indivíduo. Se um influencer digital, que seja "garoto-propaganda" de uma determinada marca, vem a falecer, suas mensagens pessoais ainda poderiam ser relevantes para fins de verificação do cumprimento da cláusula de comportamento. Como fazer, então, a diferenciação proposta pela segunda vertente?

Noutro giro, a arquitetura do Instagram, e de outras redes sociais, não foi planejada para separar o que seria patrimonial do que seria existencial: uma conta pessoal monetizada pode ser utilizada simultaneamente como fonte de renda e plataforma de comunicações privadas. Uma vez falecido o usuário, para que os herdeiros tenham acesso à rede social, e aos proveitos econômicos dela decorrentes, bastará inserir *login* e senha. Esse procedimento, no entanto, conferir-

[44] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Teoria Geral do Direito Civil. V. 1. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 57.
[45] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. KONDER, Carlos Nelson. Situações Jurídicas Dúplices: continuando o debate controvérsias sobre a nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. *In* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Org.). **Contratos, família e sucessões.** Diálogos Interdisciplinares. São Paulo: Editora Foco, 2018, p. 144.

lhes-á acesso a todas as funcionalidades da conta, inclusive às que envolvem situações não patrimoniais, como as conversas particulares, tornando inefetiva a diferenciação doutrinária proposta.

Por fim, não sendo simples definir, *ex ante*, o que será ou não considerado patrimonial, situações *sui generis* serão provavelmente relegadas ao judiciário, que decidirá sobre o acesso dos herdeiros à conta. Disso pode decorrer o engessamento e a paralisia das atividades econômicas vinculadas ao perfil, que, pela dinâmica imanente às atividades mercadológicas, não pode se subsumir aos imperativos da burocracia e morosidade típicos de um ambiente judicial sem que seja prejudicada.

Evidencia-se, nesse passo, uma questão acerca da proteção *post mortem* dos dados pessoais dos indivíduos: como proteger o objeto de transmissão, sem abarcar também aquilo que é eminentemente privado e, portanto, insuscetível de ser transmitido?

3. UMA PROPOSTA DE ARQUITETURA DE REDE EM PERFIS DO INSTAGRAM EXPLORADOS ECONOMICAMENTE: ENTRE UMA TUTELA *POST MORTEM* DE DIREITOS DA PERSONALIDADE DO *DE CUJUS* E O DIREITO SUCESSÓRIO DO(S) HERDEIRO(S)

Não foram poucos os projetos que buscaram tutelar tal questão. Desde 2012, doze propostas legislativas foram intentadas, tanto na Câmara dos Deputados, quanto no Senado Federal[46]. Apesar da diversidade quanto à forma

[46] O Projeto de Lei n° 4.847, apresentado em 2012 pelo então Deputado Marçal Filho (PMDB/MS), procurou modificar o livro V (Do Direito das Sucessões) do Código Civil, nele inserindo o Capítulo II-A (Da Herança Digital), no qual constavam os artigos 1.797-A, 1.797-B e 1.797-C, *in verbis*: "Art. 1.797-A. A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes: I – senhas; II – redes sociais; III – contas da Internet; IV – qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido. Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos. Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro: I - definir o destino das contas do falecido; a) - transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou; b) - apagar todos os dados do usuário ou; c) - remover a conta do antigo usuário". BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 4.847/2012**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563396>. Acesso em: 24.06.2021. Justificou-se na ausência de regulamentação específica da matéria, e na premente necessidade de se resguardar, de forma pormenorizada, o direito dos herdeiros no gerenciamento dos dados, contas e perfis digitais do *de cujus*, que passaram a compor o que se denominou de "herança digital". BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 4.847/2012**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563396>. Acesso em: 24.06.2021. Tal projeto, no entanto, foi apensado ao Projeto de Lei n° 4.099/2012 e, consequentemente, arquivado, e isso sem que houvesse tipo de discussão relevante acerca da temática. O Projeto de Lei n° 4.099, apresentado também em 2012, de autoria do então Deputado Jorginho Melo (PSDB/SC), além das modificações que lhe foram apensadas, como explicitado acima, buscou a inclusão de um parágrafo único no artigo 1.788 do Código Civil, *in verbis*: "Parágrafo único. Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança". BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 4.099/2012**. Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "institui o Código Civil". Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>. Acesso em: 24.06.2021. Justificou-se, de igual sorte, na ausência de regulamentação específica da matéria, além de suscitar a existência de decisões judiciais díspares, proporcionando-se insegurança jurídica e eventualmente injustiças no universo jurídico. Malgrado receber parecer favorável na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania pelo Relator, Deputado Onofre Santo Agostini (PSD/SC), foi arquivado em função do fim da legislatura, sem que gerasse maiores debates e/ou repercussões. Por sua vez, o Projeto de Lei n° 1.331, apresentado em 2015 pelo então Deputado Alexandre Baldy (PSDB/GO), mais restritivo, buscou alterar o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) apenas e tão somente para permitir, por familiares do *de cujus*, a solicitação de exclusão de seus dados pessoais da rede, conforme se nota da proposta de alteração da redação do inciso X do artigo 7º desta última: "Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ou, em se tratando de morto ou de ausente, a requerimento do cônjuge, dos ascendentes
ou dos descendentes, até o terceiro grau, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei". BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 1.331/2015**. Altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 - Marco Civil da Internet, dispondo sobre o armazenamento de dados de usuários inativos na rede mundial de computadores. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1227967>. Acesso em: 24.06.2021. Foi emendado para permitir que tal solicitação pudesse ser feita virtualmente, sem a necessidade de qualquer tipo de demanda judicial, desde que o pedido se desse com a instrução de certos documentos, bem como para determinar um prazo para que fosse acatada. Assim como o Projeto de Lei n° 4.099/2012, recebeu parecer favorável na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania pelo Relator, Deputado Marcos Rogério (DEM-RO), mas foi arquivado em virtude do fim da legislatura. De outra banda, o Projeto de Lei n° 8.562, apresentado em 2017 pelo então Deputado Elizeu Dionízio (PSDB/MS), buscou resgatar a integralidade textual do Projeto de Lei n° 4.847/2012, sem qualquer acréscimo ou inovação. Mas, também, melhor sorte não teve, foi apensado ao Projeto de Lei n° 7.742/2017. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 8.562/2017**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2151223>. Acesso em: 24.06.2021. O Projeto de Lei n° 7.742, apresentado em 2017 pelo então Deputado Alfredo Nascimento (PR/AM), além das modificações que lhe foram apensadas, como explicitado acima, buscou a inclusão do artigo 10-A ao Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), a fim de dispor, em

específico, sobre a destinação das contas virtuais de titulares falecidos, *in verbis*: "Art. 10-A. Os provedores de aplicações de internet devem excluir as respectivas contas de usuários brasileiros mortos imediatamente após a comprovação do óbito. § 1º A exclusão dependerá de requerimento aos provedores de aplicações de internet, em formulário próprio, do cônjuge, companheiro ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive. § 2º Mesmo após a exclusão das contas, devem os provedores de aplicações de internet manter armazenados os dados e registros dessas contas pelo prazo de 1 (um) ano, a partir da data do óbito, ressalvado requerimento cautelar da autoridade policial ou do Ministério Público de prorrogação, por igual período, da guarda de tais dados e registros. § 3º As contas em aplicações de internet poderão ser mantidas mesmo após a comprovação do óbito do seu titular, sempre que essa opção for possibilitada pelo respectivo provedor e caso o cônjuge, companheiro ou parente do morto indicados no caput deste artigo formule requerimento nesse sentido, no prazo de um ano a partir do óbito, devendo ser bloqueado o seu gerenciamento por qualquer pessoa, exceto se o usuário morto tiver deixado autorização expressa indicando quem deva gerenciá-la". BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 7.742/2017**. Acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2139508>. Acesso em: 24.06.2021. Diferentemente dos projetos anteriores, no entanto, a proposta contou com pormenorizações não apenas acerca do requerimento, mas também sobre a manutenção provisória dos dados pelos provedores de aplicação de internet, e permanente do perfil, na existência do oferecimento de tal serviço. Em que pese ter recebido parecer favorável na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática pelo então Deputado José Rocha (PR/BA), relator, foi arquivado diante do fim da legislatura. Em 2019 dois projetos foram apresentados. O primeiro deles, o Projeto de Lei n° 5.820, de autoria do então Deputado Elias Vaz (PSB/GO), buscou conferir um tratamento simplificado à matéria, enquadrando a "herança digital" na categoria dos codicilos, manifestação de última vontade, de forma simplificada, inferior, em relação ao testamento, versando sobre bens de pequeno valor. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo LIX. Direito das Sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 293-299. Para tanto, esquadrinhou alterar a redação do artigo 1.881 do Código Civil, que passaria a contar com a seguinte redação, *in verbis*: "Art. 1.881. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante instrumento particular, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, bem como destinar até 10% (dez por cento) de seu patrimônio, observado no momento da abertura da sucessão, a certas e determinadas ou indeterminadas pessoas, assim como legar móveis, imóveis, roupas, joias entre outros bens corpóreos e incorpóreos. §1º A disposição de vontade pode ser escrita com subscrição ao final, ou ainda assinada por meio eletrônico, valendo-se de certificação digital, dispensando-se a presença de testemunhas e sempre registrando a data de efetivação do ato. §2º A disposição de vontade também pode ser gravada em sistema digital de som e imagem, devendo haver nitidez e clareza nas imagens e nos sons, existir a declaração da data de realização do ato, bem como registrar a presença de duas testemunhas, exigidas caso exista cunho patrimonial na declaração. §3º A mídia deverá ser gravada em formato compatível com os programas computadorizados de leitura existentes na data da efetivação do ato, contendo a declaração do interessado de que no vídeo consta seu codicilo, apresentando também sua qualificação completa e das testemunhas que acompanham o ato, caso haja necessidade da presença dessas. §4º Para a herança digital, entendendo-se essa como vídeos, fotos, livros, senhas de redes sociais, e outros elementos armazenados exclusivamente na rede mundial de computadores, em nuvem, o codicilo em vídeo dispensa a presença das testemunhas para sua validade. §5º Na gravação realizada para fim descrito neste dispositivo, todos os requisitos apresentados tem que ser cumpridos, sob pena de nulidade do ato, devendo o interessado se expressar de modo claro e objetivo, valendo-se da fala e vernáculo Português, podendo a pessoa

com deficiência utilizar também a Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS) ou de qualquer maneira de comunicação oficial, compatível com a limitação que apresenta". BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 5.820/2019**. Dá nova redação ao art. 1.881 da Lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2228037>. Acesso em: 24.06.2021. A proposta, contudo, encontra-se sujeita à apreciação conclusiva pelas comissões do Congresso Nacional, sem qualquer previsão de andamento. O segundo deles, o Projeto de Lei n° 6.468,
do então Senador Jorginho Mello (PL/SC), apenas resgata, *in totum*, os termos do Projeto de Lei n° 4.099/2012, apresentado anos antes na Câmara dos Deputados. De igual modo ao supracitado projeto, encontra-se em trâmite, aguardando a designação de novo relator - em virtude de o Senador Rodrigo Pacheco (DEM/MG) ter deixado os quadros da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania -, sem qualquer previsão de andamento. BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n° 6.468/2019**. Altera o Código Civil para determinar a transmissão aos herdeiros de todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140239>. Acesso em: 24.06.2021. Em 2020, foram dois os projetos apresentados, ambos pelo então deputado Gilberto Abramo (Democratas/MG). O Projeto de Lei n° 3.050 tão somente resgata na íntegra o Projeto de Lei n° 4.099, apresentado em 2012 pelo então Deputado Jorginho Melo (PSDB/SC). BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 3.050/2020**. Altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2254247>. Acesso em: 25.06.2021. E o Projeto de Lei n° 3.501, assim como o anterior, apenas resgata *in totum* outro projeto anterior, qual seja o Projeto de Lei n° 7.742, apresentado em 2017 pelo então Deputado Alfredo Nascimento (PR/AM). BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 3.051/2020**. Acrescenta o art. 10-A à","(Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2254248>. Acesso em: 25.06.2021. Em 2021, até o momento foram três os projetos apresentados, todos na Câmara dos Deputados. O Projeto de Lei n° 1.689, da então deputada Alê Silva (PSL/MG), buscou realizar alterações tanto no Código Civil, quanto a Lei de Direitos Autorais (Lei n°a Lei nº 9.610/1998), disciplinando aspectos da sucessão relativos à direitos autorais, dados pessoais e demais publicações e interações do *de cujus* em provedores de aplicações de internet. Quanto à primeira legislação, buscou incluir em seu bojo o artigo 1.791-A, o parágrafo § 3º no artigo 1.857 e o artigo 1.863-A, *in verbis*: "Art. 1.791-A Incluem-se na herança os direitos autorais, dados pessoais e demais publicações e interações do falecido em provedores de aplicações de internet. § 1º O direito de acesso do sucessor à página pessoal do falecido deve ser assegurado pelo provedor de aplicações de internet, mediante apresentação de atestado de óbito, a não ser por disposição contrária do falecido em testamento. § 2º Será garantido ao sucessor o direito de, alternativamente, manter e editar as informações digitais do falecido ou de transformar o perfil ou página da internet em memorial. § 2º [sic] Morrendo a pessoa sem herdeiros legítimos, o provedor de aplicações de internet, quando informado da morte e mediante apresentação de atestado de óbito, tratará o perfil, publicações e todos os dados pessoais do falecido como herança jacente, consignando-os à guarda e administração de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância. Art. 1.857. § 3º A disposição por testamento de pessoa capaz inclui os direitos autorais, dados pessoais e demais publicações e interações do testador em provedores de aplicações de internet. Art. 1863-A O testamento cerrado e o particular, bem como os codicilos, serão válidos em formato eletrônico, desde que assinados digitalmente com certificado digital pelo testador, na forma da lei". BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 1.689/2021**. Altera a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre perfis, páginas contas, publicações

e os dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2280308>. Acesso em: 25.06.2021. Quanto à segunda legislação, buscou alterar o artigo 41, para que constasse com a seguinte redação: "Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor, incluindo suas publicações em provedores de aplicações de internet, perduram por setenta anos contados de 1° de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil". BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 1.689/2021**. Altera a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre perfis, páginas contas, publicações e os dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2280308>. Acesso em: 25.06.2021. Tal projeto aguarda a elaboração de parecer por parte do Relator na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI), sem qualquer previsão. O Projeto de Lei n° 1.144, de autoria da então deputada Renata Abreu (PODE-SP) buscou tratar de forma geral dos dados pessoais inseridos na internet após a morte do usuário, realizando alterações tanto no Código Civil, quanto no Marco Civil da Internet (Lei n° nº 12.965/2014). No tocante ao Código Civil, buscou-se a alteração do parágrafo único do artigo 12 e do artigo 20, bem como a inclusão do artigo 1.791-A, *in verbis*: "Art. 12. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge ou o companheiro sobrevivente, parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau, ou qualquer pessoa com legítimo interesse. Art. 20. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção as pessoas indicadas no parágrafo único do art. 12. Art. 1.791-A. Integram a herança os conteúdos e dados pessoais inseridos em aplicação da Internet de natureza econômica. § 1º Além de dados financeiros, os conteúdos e dados de que trata o caput abrangem, salvo manifestação do autor da herança em sentido contrário, perfis de redes sociais utilizados para fins econômicos, como os de divulgação de atividade científica, literária, artística ou empresária, desde que a transmissão seja compatível com os termos do contrato. § 2º Os dados pessoais constantes de contas públicas em redes sociais observarão o disposto em lei especial e no Capítulo II do Título I do Livro I da Parte Geral. § 3º Não se transmite aos herdeiros o conteúdo de mensagens privadas constantes de quaisquer espécies de aplicações de Internet, exceto se utilizadas com finalidade exclusivamente econômica". BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 1.144/2021**. Dispõe sobre os dados pessoais inseridos na internet após a morte do usuário. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2275941>. Acesso em: 25.06.2021. No que cinge ao Marco Civil da Internet, buscou-se a inclusão do artigo 10-A, nos seguintes termos: "Art. 10-A. Os provedores de aplicações de internet devem excluir as contas públicas de usuários brasileiros mortos, mediante comprovação do óbito, exceto se: I – houver previsão contratual em sentido contrário e manifestação do titular dos dados pela sua manutenção após a morte; II – na hipótese do § 1º do art. 1.791-A da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). § 1º O encarregado do gerenciamento de contas não poderá alterar o conteúdo de escritos, imagens e outras publicações ou ações do titular dos dados, tampouco terá acesso ao conteúdo de mensagens privadas trocadas com outros usuários, ressalvado o disposto no § 3º do art. 1.791-A da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). § 2º Os legitimados indicados no parágrafo único do art. 12 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), poderão pleitear a exclusão da conta, em caso de ameaça ou lesão aos direitos de personalidade do titular dos dados. § 3º Mesmo após a exclusão das contas, devem os provedores de aplicações manter armazenados os dados e registros dessas contas pelo prazo de 1 (um) ano a partir da data do óbito, ressalvado requerimento em sentido contrário, na forma do art. 22". BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 1.144/2021**. Dispõe sobre os dados pessoais inseridos na internet após a morte do usuário. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2275941>. Acesso

de *approach* de cada uma delas, que por isso mesmo impede qualquer tipo de tratamento unitário, é rara a preocupação com o conteúdo de mensagens privadas constantes de perfis digitais, ou mesmo com a proteção de dados e da privacidade do *de cujus* e de terceiros, pauta que só apareceu com mais ênfase em um único projeto[47]. De uma banda, isso revela os rumos que têm tomado a maioria das discussões; de outra, a necessidade de se aprimorar o debate em outra(s) frente(s).

Em sendo assim, é necessário pensar em como isso poderia se dar sem que houvesse a violação de direitos da personalidade do *de cujus* e também de terceiros[48]. Por um lado, existem autores, como Stefano Rodotà, que apontam para o fato de que nossa representação social é cada vez mais confiada a informações

---

em: 25.06.2021. Tal projeto ainda encontra-se em tramitação, aguardando o parecer conclusivo das comissões da Câmara dos Deputados. O Projeto de Lei n° 410, de autoria do então deputado Carlos Bezerra (MDB/MT), apenas resgata textualmente a proposta constante no Projeto de Lei n° 7.742, apresentado em 2017 pelo então Deputado Alfredo Nascimento (PR/AM), com pequenas alterações, a primeira delas no tocante ao prazo de preservação das informações do *de cujus* pelos provedores de aplicações de internet, e a segunda sobre a manutenção de contas em aplicações de internet, in verbis: "Art. 10-A. Os provedores de aplicações de internet devem excluir as respectivas contas de usuários brasileiros mortos imediatamente após a comprovação do óbito. § 1o A exclusão dependerá de requerimento aos provedores de aplicações de internet, do cônjuge, companheiro ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive. § 2o Mesmo após a exclusão das contas, devem os provedores de aplicações de internet manter armazenados os dados e registros dessas contas pelo prazo de dois anos, a partir da data do óbito, ressalvado requerimento cautelar da autoridade policial ou do Ministério Público para a guarda de tais dados e registros. § 3o As contas em aplicações de internet poderão ser mantidas, mesmo após a comprovação do óbito do seu titular, sempre que essa opção for deixada como ato de última vontade pelo titular da conta, desde que indique a quem deva gerenciá-la". BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 410/2021**. Acrescenta artigo à Lei do Marco Civil da Internet – Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, a fim de dispor sobre a destinação das contas de internet após a morte de seu titular. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2270016>. Acesso em: 25.06.2021.

[47] Sobre o tema, ver o já mencionado Projeto de Lei n° 1.144/2021. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 1.144/2021**. Dispõe sobre os dados pessoais inseridos na internet após a morte do usuário. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2275941>. Acesso em: 25.06.2021.

[48] Ou seja, como proteger a privacidade do usuário em uma era em que há apenas a morte do corpo físico, reverberando no ciberespaço o corpo digital? Como realizar a tutela *post mortem* dos dados pessoais do falecido, garantindo aos herdeiros a transmissibilidade de todo o conteúdo patrimonial daquele perfil?

espalhadas numa multiplicidade de bancos de dados e aos "perfis" assim construídos. Somos, ante esse imenso fluxo informacional, mais e mais conhecidos por meio dos dados que nos dizem respeito, um verdadeiro "corpo eletrônico"[49]:

> Pessoa e corpo eletrônico já pertencem naturalmente à dimensão global. As informações que nos dizem respeito, e que representam nossa identidade para todos aqueles que as usam eletronicamente, estão espalhadas num número crescente de bancos de dados nos mais diversos lugares do mundo [...][50].

Nessa linha, não é despiciendo inferir que a nossa personalidade projeta-se na Web e os usuários tornam-se o que postam, o que conversam, o que opinam, o que representam, nos mais diversos espaços virtuais[51]. No mundo digital, já não existem mais barreiras. Os usuários passam a existir, também, na rede mundial de computadores.

É dizer, o perfil virtual passa a integrar e compor as gramáticas da pessoalidade do próprio sujeito, usuário da rede social. Realidade e virtualidade se fundem em um único bloco. Por isso mesmo, uma sucessão integral, indiscriminada e indistinta sobre todo o conteúdo do perfil não parece adequada, vez que desconsidera direitos personalíssimos (do *de cujus* e de terceiros), que mesmo postumamente não podem ser maculados.

Vale lembrar que historicamente os direitos da personalidade emergiram em um contexto complexo, mas, desde sua gênese, e pela primeira vez, passou-se a estar diante de atributos inseparáveis da pessoa humana, isso a ponto de se dizer que, se não existissem, a pessoa já não mais seria pessoa[52], como adiantado outrora.

---

[49] RODOTÀ, Stefano. **Globalização e Direito.** Palestra proferida pelo Professor Stefano Rodotà. Rio de Janeiro, 11 de março de 2003. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4314.pdf/ GlobalizacaoeoDireito.pdf>. Acesso em: 20.06.2021.

[50] RODOTÀ, Stefano. **Globalização e Direito.** Palestra proferida pelo Professor Stefano Rodotà. Rio de Janeiro, 11 de março de 2003. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4314.pdf/ GlobalizacaoeoDireito.pdf>. Acesso em: 20.06.2021.

[51] "Atualmente, há uma clara sobreposição entre o que ocorre online e offline: a Rede aumenta e facilita a vida social no mundo físico, em vez de substituí-lo". LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 130.

[52] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 5.

Em nosso país, eles foram introduzidos pelo Código Civil de 2002, que a eles dedicou um capítulo inteiro[53]. Entre os artigos 11 e 21, o nosso código regula o direito ao corpo, ao nome, à honra, à imagem e à privacidade. Tem-se, finalmente, um compromisso da legislação civil com uma gama de direitos, algo conclamado há algum tempo pela doutrina nacional. No que tange especificamente à proteção *post mortem* do conjunto de dados/informações do indivíduo, o direito à privacidade ganha especial contorno ante às mudanças proporcionadas pela internet.

Conforme aponta Stefano Rodotà, a privacidade apresenta-se como uma noção dinâmica e que estabeleceu uma estreita relação entre as mudanças determinadas pela tecnologia da informação[54]. Outrora definida como "o direito a ser deixado só", hodiernamente, prevalecem definições funcionais da privacidade[55]:

> [...] que, de diversas formas, fazem referência à possibilidade de um sujeito conhecer, controlar, endereçar, interromper o fluxo das informações a ele relacionadas. Assim a privacidade pode ser definida mais precisamente, em uma primeira aproximação, com o direito de manter o controle sobre as próprias informações[56].

É dizer, esse novo direito da personalidade[57] tem como função tutelar a esfera privada da pessoa, daí sua importância na contemporaneidade, por promover a proteção de toda sorte de dados pessoais virtuais relativos ao próprio sujeito, sua exposição *online* e *offline* enquanto usuário da rede mundial de computadores, até mesmo posteriormente ao seu falecimento.

---

[53] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 12.
[54] RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 92.
[55] "[...] ainda que [tal constructo] continue a abranger um aspecto essencial do problema e possa (deva) ser aplicada a situações específicas". RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 92.
[56] RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 92.
[57] BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio De Janeiro: Forense, 2020, p. 56.

Por outro lado, não se pode perder de vista que o direito à herança encontra-se programaticamente previsto na Constituição Federal de 1988, mais especificamente em seu art. 5º, inciso XXX[58], incluso no Título II, concernente aos direitos e garantias fundamentais, como relembram Tepedino, Nevares e Meireles[59], representando importante pilar da estrutura organizacional não só do Direito Civil, mas da sociedade. De acordo com os autores, com isso se assegura a não apropriação dos bens de um sujeito, pelo Estado, posteriormente ao seu falecimento, salvo nas hipóteses legais (relativas à herança vacante). Dessa forma, garante-se a transmissibilidade sucessória do conteúdo patrimonial do de cujus aos seus sucessores[60]. Nas palavras dos próprios autores, "o direito de herança constitui-se em corolário do direito à propriedade privada (CR, art. 5º, caput, XXII e XXIII). De fato, a sucessão causa mortis encontra fundamento em dois institutos do Direito Civil, a saber, a propriedade e a família"[61].

Segundo explica Ascensão, a vida social exige ares de continuidade, isto é, não suporta imobilismos, sendo o papel do Direito Sucessório, em toda sua extensão, justamente o de permitir a continuidade possível, a partir de uma perspectiva institucional, ao descontínuo, à interrupção provocada pela morte[62].

Diante de todas essas questões, equalizar, sem qualquer tipo de imbróglio, as duas referidas dimensões, levando em consideração as particularidades próprias do Instagram, que opera em uma plataforma única, integrada, e isso em

---

[58] "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: XXX - é garantido o direito de herança;" BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27.06.2021.

[59] TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Fundamentos do Direito Civil**: direito das sucessões. 7º Vol. 2. edª. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 24-25.

[60] TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Fundamentos do Direito Civil**: direito das sucessões. 7º Vol. 2. edª. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 24-25.

[61] TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Fundamentos do Direito Civil**: direito das sucessões. 7º Vol. 2. edª. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 25.

[62] ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: Sucessões. 5ª ed., revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 11.

todas suas funções, não parece, a princípio, possível. Afinal, no campo sucessório sempre se relegaria ao poder Judiciário o ônus decisório sobre o acesso. E, em se optando por ele, em uma eventual ponderação de interesses, ainda assim seria a privacidade do *de cujus,* direito fundamental, violada em sua totalidade.

Contudo, não se pode olvidar que as discussões envolvendo plataformas e provedores têm ocupado começado a caminhar não somente no sentido de buscar a proteção da esfera privada em face de um agente externo, sem desconsiderar aspectos de natureza social, mas, mais do que isso, têm começado a "entra[r] em cena agora a própria tecitura organizacionacional do poder, re-significada pela própria infra-estrutura da informação como componente fundamental"[63]. Isto significa, dentre outras leituras possíveis, que o arranjo que se encontra no esteio de aplicativos e sites, isto é, a infra-estrutura na qual estão assentados, bem como seu esquadro de utilidades, ferramentas e funções, passam a ser questionados.

Marcel Leonardi, neste ínterim, propõe um estudo interdisciplinar, que enfoque não apenas uma visão tradicionalista, misoneísta, mas que abranja aspectos próprios da arquitetura atual da Internet, seus constitutivos fundamentais[64]. Isso porque, para ele, "a efetividade da tutela de direitos no âmbito da Internet depende, necessariamente, da capacidade de regulação da Rede pelo sistema jurídico"[65]. Após explicar a incorretude constante na metáfora da "internet como um lugar", como um ciberespaço, haja vista que isso nos passa uma ideia de que ela representa um local livre, apartado dos territórios físicos, uma espécie de estado de natureza hobbesiano, e não apenas uma certa forma de usar infraestruturas existentes, apresenta o autor quatro correntes sobre o *modus* de regulação da internet, sobre a forma de dirimir conflitos na rede[66].

---

[63]RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Pineiro. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade da informação. **Direito, Estado e Sociedade**, nº 36, 2010, p. 180.
[64]LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 125-146.
[65]LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 125.
[66]LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 125-146.

A primeira delas defende uma ideia de autorregulamentação, ou seja, do estabelecimento de regras e princípios pelos próprios participantes, os quais tutelariam todas as relações ali travadas. Não haveria, nesse passo, qualquer tipo de interferência estatal, tampouco poder coercitivo do Estado. No entanto, para ele "o modelo de autorregulação, porém, não se sustenta[ria] em larga escala: além dos problemas inerentes à adesão e ao desligamento dos participantes às normas conforme sua própria conveniência, evidentemente não há uma 'subcultura online monolítica, única, mas sim um ecossistema de subculturas, algumas frívolas, outras sérias'"[67]. No atual estado da arte, com milhões e milhões de acessos e novos usuários a cada minuto, bem como a utilização da internet para a prática de atos ilícitos, de fato, seria inviável qualquer ausência de regulação[68].

A segunda delas defende a ideia de um direito do ciberespaço, uma regulamentação do cotidiano virtual - o qual seria apartado do direito tradicional -, tendo como pano de fundo tratados e convenções internacionais. Para essa corrente, a regulação tradicional, calcada na noção de soberania nacional e barreira física, não seria efetiva na internet. Em sendo assim, deveriam os governos trabalhar juntos, em parceria, para criar um ambiente adequado aos usuários, mormente a partir de consensos e da criação de novas instituições, ainda não existentes. De acordo com o autor, todavia, tal proposta (globalmente negociada) também não se sustentaria, haja vista o multiculturalismo e as particularidades das populações: "há valores sociais radicalmente diferentes no mundo moderno, inclusive em um mesmo país, afigura-se praticamente impossível encontrar uma regulação única para definir o que é lícito ou não no âmbito global da Internet"[69].

A terceira delas defende que à internet seja aplicada analogicamente a legislação tradicional, ordinária, os institutos consagrados no Direito, os quais seriam

[67]LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 135.
[68]LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 135.
[69] LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 138.

assazes para resolver todos os conflitos, assim como se dá no mundo não virtual. Tem em seu cerne metáforas como a comparação do ciberespaço a um território internacional autônomo, ao espaço e até mesmo aos oceanos, atraindo em cada caso a aplicação de um direito particular, como é o caso do Direito Marítimo, por exemplo. Ocorre que, como explica o autor, apesar de ser possível aplicar algumas dessas metáforas ao Direito, em casos pontuais, sua utilização constante revela não apenas o risco de generalização e comparação indevidas, mas também o desconhecimento das infraestruturas de hardware e software que se encontra no esteio de todo o processo tecnológico: "[...] utilizar sempre a mesma analogia para a Internet significa desprezar suas múltiplas utilidades e ignorar a hermenêutica jurídica"[70].

A quarta delas defende uma abordagem mista, uma operação do sistema jurídico conjuntamente com a própria arquitetura da internet, ou seja, uma atuação síncrona na direção de oferecer respostas mais adequadas às atividades praticadas na Internet, isso porque o entendimento acerca de um objeto demanda uma compreensão fundamental de sua estrutura compositiva, de sorte que a propositura de um modelo que desconsidere tais características não pode ser, de forma alguma, frutífera. "É imperioso, portanto, compreender certas características da Internet e suas implicações jurídicas para tratar da tutela de direitos no âmbito da Rede"[71]. Como salienta, a arquitetura de rede da internet, bem como outros fatores, condicionam a forma como será regulada, daí a necessidade de não deixar escapar da análise tal dimensão material, fática[72].

Para compreendê-la melhor, assinala o autor dois conceitos elementares: o princípio *end-to-end* e as imperfeições regulatórias. No que cinge ao primeiro, deve-se ter em mente que

> A Internet foi desenvolvida com base no princípio end-to-end (e2e), ou fim-a-fim, modelo para a criação de redes informáticas: redes simples e

[70] LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 146.
[71] LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 150.
[72]LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 150-152.

> aplicativos inteligentes, interagindo entre si. Isso quer dizer que os equipamentos informáticos que fazem a Internet funcionar executam apenas funções muito simples, necessárias para várias finalidades diferentes (principalmente transmitir pacotes de dados de sua origem ao seu destino), enquanto que funções mais complexas, exigidas por aplicativos específicos, são realizadas pelas máquinas que acessam a Rede. Assim, a complexidade e a inteligência ficam nas extremidades da Rede, e ela se limita a transmitir dados[73].

E mais,

> As vantagens técnicas do princípio end-to-end são óbvias. Em primeiro lugar, como os aplicativos são executados em computadores nas extremidades da Rede, novos aplicativos apenas precisam ser conectados à Rede para funcionar: nenhuma mudança é necessária nos computadores dentro da Rede. Em segundo lugar, tendo em vista que seu design não é otimizado para nenhuma aplicação em particular, a Rede está aberta para inovações e usos imprevistos. [...] Em terceiro lugar, como esse design representa uma plataforma neutra – no sentido de que o proprietário da Rede não pode favorecer alguns pacotes de dados em detrimento de outros – a Rede não pode discriminar inovações[74].

Não há na rede mundial de computadores, deve-se insistir, qualquer tipo de controle central, mas sim um conjugação de agentes e de interações, extremamente imbricadas.

Em relação ao segundo, sustenta o autor a existência de três déficits ou imperfeições regulatórias, vinculadas diretamente às características de sua arquitetura original, as quais impedem uma regulação efetiva: a falta de informações sobre os usuários, a falta de informações sobre a localização dos usuários e a falta de informações sobre a conduta dos usuários[75].

> Em síntese, na arquitetura original da Internet, não há uma vinculação necessária entre a identidade, a localização e a conduta de um determinado usuário ao endereço IP por ele utilizado. Essas três "imperfeições", consideradas em conjunto, dão a falsa impressão de que a Internet não pode ser regulada: se não há uma maneira de saber quem alguém é, onde ele está, nem o que fez ou está fazendo, o sistema jurídico – que é dependente dessas informações para exercer sua força coercitiva – parece perder sua efetividade[76].

---

[73]LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 152.
[74]LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 153.
[75]LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 156.
[76]LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 156-157.

Todavia, em que pese a arquitetura de rede da internet não dispor *ex ante* de todas essas informações, em conjunto, isso não implica uma fatídica ou determinística ausência de regulação, pelo contrário, para o autor, relembrando Lessig, esta sempre pode se dar através de quatro modalidades: o direito (por meio da inibição de comportamentos, por exemplo, com a fixação de sanções), as normas sociais (por meio de sanções sociais, inibições de comportamentos dissonantes, por exemplo), o mercado ("os entraves do mercado existem em razão de uma elaborada estrutura de leis e normas sociais definindo o que pode ser comprado e vendido e de que maneiras isso deve ser feito"[77]), e a arquitetura (na medida em que as características de certas armações restringem ou facilitam condutas)[78].

Em se tratando em específico da regulação pela arquitetura e da internet, assim como podem ser construídas lombadas nas proximidades de escolas, um arranjo arquitetônico que possui o fito de evitar o tráfego de veículos em alta velocidade[79], na internet várias estruturas condicionam (ou não) condutas, e de igual sorte podem ser construídas:

> Nenhuma dessas [outras] modalidades, porém, gera efeitos tão imediatos, ou influencia tão diretamente a regulação da Internet, quanto a arquitetura. O hardware e o software que compõem a Rede – seu "código" – constituem um conjunto de entraves que permitem, proíbem e inibem certas condutas, funcionando de modo automatizado, até que sejam reprogramados para operar de modo diverso; assim sendo, a organização do conjunto da infraestrutura física e lógica que compõe a Internet determina normativamente o seu funcionamento. Dito de outra forma, a regulação por arquitetura na Rede é o 'fenômeno de produção de efeitos jurídicos em função de intercâmbio de eventos originados em sistema tecnológico'[80].

Determinadas barreiras e constructos podem ou não ser erigidos, espaços podem se contrair ou expandir, a depender do que é programado, ou posto como orientação de programação. "Isso porque o 'código' não é encontrado na

[77]LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 161.
[78]LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 158-170.
[79]LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 162.
[80]LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 172.

natureza, mas sim criado pelos homens; como tal, seu modo de ser reflete certas escolhas"[81]. É dizer, "o 'código' da Internet, portanto, pode permitir ou proibir certas condutas, inibindo comportamentos de acordo com sua programação. Pode, também, proteger certos valores, ou torná-los inexequíveis"[82].

Isso faz com que seja possível alterar injunções até mesmo nos provedores de internet, modificando disposições de conduta e a forma de operar de certos dispositivos, nos casos em que isso se fizer necessário. Não se trata, *ipsis litteris*, de uma licença irrestrita de remodelamento, mas de uma forma de visualização de um horizonte, um horizonte em que há o afastamento de uma posição estática, imutável, como se houvesse um estado natural ou uma natureza da internet[83], em direção a uma posição maleável, pautada em lapidações, adequações de estruturas arquitetônicas do *mainstream* vigente até então.

Nessa linha de intelecção, a hipótese de propor uma clivagem *a priori,* de cariz arquitetônico, entre a página central do Instagram e o messenger ou chat onde são feitas as comunicações privadas do indivíduo, e limitar a sucessão apenas àquela, parece fazer sentido, e possibilitar que se evite todo o imbróglio narrado nos tópicos anteriores. Isso porque tal divisão operacional, em que se passa a ter duas plataformas distintas, uma vinculada diretamente ao aspecto conversacional e à troca de toda sorte de conteúdo privado, tal como mensagens, fotos e dados, afeta ao signo da existencialidade, à direitos da personalidade, portanto, e outra vinculada diretamente à todas as outras funções próprias do aplicativo, seu cerne conteudístico, tal como o compartilhamento público de fotos, inclusive as de cunho econômico (*publiposts*), afeta ao signo da patrimonialidade, portanto, facilita a restrição, de forma bem delimitada, indene de qualquer tipo de dúvidas, do alcance do escopo sucessório, esvaziando eventuais ingerências na esfera privada do *de cujus* por parte dos sucessores.

---

[81]LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 172.
[82]LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 173.
[83]LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 173.

Utilizando-se como base esse tipo de arquitetura, previne-se problemas: primeiro, porque em vida o titular do Instagram saberá, plenamente, que seus sucessores não terão acesso à plataforma de conversação; segundo, porque se evita o recurso ao Judiciário, o que é um benefício não apenas em relação à morosidade, mas também em virtude da ausência de um critério único para determinar se devem (ou não) os herdeiros suceder em relação ao perfil.

Vale lembrar, nesse sentido, que tal conceito estrutural não é nenhuma novidade nas redes, muito pelo contrário, o próprio Facebook, como adiantado, já o pratica com o app Facebook e o app Facebook Messenger. É bem verdade que essa funcionalidade só se dá nos próprios aplicativos, e caso seja acessada por meio de *móbiles*, não valendo para *logins* em computadores ou em navegadores de *móbiles*. Mas, apesar disso, pode inspirar uma mudança significativa na forma de estruturação do Instagram, que deve ser estendida em integralidade a todos os formatos de acesso, nos moldes expostos. Trata-se de uma proposta de reconfiguração social, de alteração em essência da estrutura do aplicativo, que, ainda que não usual, é de extrema relevância em relação à questão aqui debatida. Nesse sentido, não se deve perder de vista que

> Certamente, a Internet existe de uma determinada forma; no entanto, o modo como a Internet é, hoje, não representa o modo como ela deve ser, sempre. Não há um modo único de ser para a Internet, nenhuma arquitetura singular define sua 'natureza'. Ou seja, não há impedimentos naturais à modificação de sua arquitetura, caso isso seja necessário para a consecução de determinados objetivos. Em outras palavras, a Internet é dinâmica, e a substituição dos padrões e protocolos que compõem sua arquitetura é possível. Há, inclusive, precedente nesse sentido, referente à implementação de melhorias técnicas da Rede: a substituição gradual do protocolo de comunicação NCP pelo TCP/IP[84].

[84] LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 174.

4. CONCLUSÃO

A internet representa um dos principais avanços tecnológicos da humanidade, e isso não apenas em virtude de ter alterado radicalmente diversas estruturas imanentes à sociedade, mas também por ter provocado reações até mesmo em nosso comportamento, gerando novas dinâmicas de interação e comunicação com os outros e com o mundo, novas formas de sociabilidade, de subjetivação. Essas novas formatações de mundo, contudo, têm gerado grandes desafios à ciência do Direito, que em muitos momentos transparece certa dificuldade em acompanhá-las, ainda que parcialmente.

Um desses desafios consiste em como lidar com dados e principalmente contas e perfis digitais (herança digital) daquelas pessoas que faleceram, mormente na hipótese de serem explorados economicamente, tendo em vista a ausência de regramento específico sobre a matéria. É o caso, por exemplo, do Instagram, objeto do presente estudo.

Em tais hipóteses, nota-se desde o início uma tensão entre a proteção dos direitos de personalidade do falecido, especialmente a privacidade, a intimidade e a vida privada, haja vista a transversalidade dos dados, informações e mensagens pessoais constantes em tais perfis, e o direito à sucessão *causa mortis* por parte dos herdeiros (direito à herança), considerando-se a pretensão de continuação da exploração econômica de *publiposts*.

Na tentativa de resolver essa problemática e, de forma geral, a *tutela post mortem* dos dados e perfis digitais, a doutrina brasileira tem se fixado em duas correntes distintas: a primeira delas defende que, não havendo disposição de última vontade pelo falecido, deve haver a transmissão irrestrita de toda a herança digital, independentemente de seu conteúdo. E, por outro lado, a segunda delas entende que, não havendo disposição de última vontade pelo falecido, é necessária a diferenciação entre situações jurídicas existenciais e patrimoniais para saber se deverá (ou não) a herança digital ser transmitida. Caso o conteúdo seja

eminentemente existencial, não deverá ocorrer qualquer tipo de transmissão. Caso o conteúdo seja eminentemente patrimonial, deverá ocorrer a transmissão. De outra banda, se o conteúdo possuir ao mesmo tempo traços existenciais e patrimoniais, a situação deverá ser analisada casualmente, podendo haver (ou não) a transmissão aos sucessores.

Ocorre que, na prática, nenhuma delas resolve em definitivo a problemática envolvendo perfis do Instagram explorados economicamente. A primeira porque permite que tenham os herdeiros acesso indiscriminado ao conteúdo privado do falecido na rede virtual, violando qualquer expectativa de privacidade, seja do falecido em vida, seja de terceiros, ainda vivos, em relação às comunicações, bem como desconsidera em integralidade a proteção singular conferida aos dados sensíveis. A segunda porque considera incomplexa ou desintricada, de fácil apreensão, a distinção entre situações jurídicas existenciais e patrimoniais, de sorte que a simplicidade dessa conceituação não atende a situações limítrofes complexas. Ainda, não se pode olvidar que a arquitetura do Instagram, e de outras redes sociais, não foi planejada para separar o que seria patrimonial do que seria existencial. E, por fim, relega ao poder Judiciário o ônus decisório sobre o acesso, causando não apenas insegurança jurídica, já que a definição se mantém movediça, incerta, sem qualquer métrica ou parâmetro previamente delimitado, fora o fato de que isso causa o engessamento e a paralisia das atividades econômicas vinculadas ao perfil, em virtude da morosidade própria ao Judiciário.

Em função da constatação desses *gaps* da dogmática diante da materialidade da vida, buscou o presente estudo dar um passo atrás e trabalhar com uma construção jurídica pregressa, de formatação arquitetural, e não posterior, como usualmente se tinha.

Nesse sentido, tomando como ponto de partida a teoria da arquitetura de rede proposta no Brasil por Marcel Leonardi, que vislumbra a internet não como um

constructo estático, de semblante imutável, mas como uma certa forma de usar um conjunto de infraestruturas existentes, foi possível pensar a alteração de injunções na constituição da própria plataforma, no sentido de propor uma clivagem *a priori,* de cariz arquitetônico, entre a (i) página central do Instagram e o (ii) messenger ou chat onde são feitas as comunicações privadas do indivíduo, limitando a sucessão apenas àquela.

Importa em fazer, *mutatis mutandis*, o mesmo que ocorre com o app Facebook e o app Facebook Messenger em móbiles: o app Facebook exerce todas as funções da rede social, mas exige a instalação de um app específico para comunicação com outros usuários no chat da rede social, o app Facebook Messenger.

Utilizando-se como base esse tipo de arquitetura, soluciona-se a questão e previne-se problemas: primeiro, porque em vida o titular do Instagram saberá, plenamente, que seus sucessores não terão acesso à plataforma de conversação; segundo, porque se evita o recurso ao Judiciário, o que é um benefício não apenas em relação à morosidade, mas também em virtude da ausência de um critério único para determinar se devem (ou não) os herdeiros suceder em relação ao perfil. Trata-se, com efeito, de uma proposta de reconfiguração social, de alteração em essência da estrutura do aplicativo, que, ainda que não usual, é de extrema relevância e pode mudar a forma de se lidar não só com o Instagram, mas até mesmo de pensarmos os próprios aplicativos e provedores de internet e sua interface com os arquétipos regulatórios, com o Direito.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Autonomia Privada. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**. Brasília, Vol. 9, pp. 25-31, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: Sucessões. 5ª ed., revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio De Janeiro: Forense, 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 1.144/2021**. Dispõe sobre os dados pessoais inseridos na internet após a morte do usuário. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2275941>. Acesso em: 25.06.2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 1.331/2015**. Altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 - Marco Civil da Internet, dispondo sobre o armazenamento de dados de usuários inativos na rede mundial de computadores. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1227967>. Acesso em: 24.06.2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 1.689/2021**. Altera a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre perfis, páginas contas, publicações e os dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2280308>. Acesso em: 25.06.2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 3.050/2020**. Altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2254247>. Acesso em: 25.06.2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 3.051/2020**. Acrescenta o art. 10-A à","(Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2254248>. Acesso em: 25.06.2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 4.099/2012**. Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "institui o Código Civil". Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>. Acesso em: 24.06.2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 4.847/2012.** Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563396>. Acesso em: 24.06.2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 410/2021**. Acrescenta artigo à Lei do Marco Civil da Internet – Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, a fim de dispor sobre a destinação das contas de internet após a morte de seu titular. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2270016>. Acesso em: 25.06.2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 5.820/2019**. Dá nova redação ao art. 1.881 da Lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2228037>. Acesso em: 24.06.2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 7.742/2017**. Acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2139508>. Acesso em: 24.06.2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 8.562/2017**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2151223>. Acesso em: 24.06.2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27.06.2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 27.06.2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em 27.06.2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n° 6.468/2019**. Altera o Código Civil para determinar a transmissão aos herdeiros de todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140239>. Acesso em: 24.06.2021.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987.

G1. **Facebook anuncia a compra do Instagram**. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2012/04/facebook-anuncia-compra-do-instagram.html>. Acesso em: 15.07.2021.

G1. **Instagram faz 10 anos como uma das maiores redes sociais do mundo e de olho no TikTok, para não envelhecer**. Globo. Economia e Tecnologia. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/10/06/instagram-faz-10-anos-como-uma-das-maiores-redes-sociais-do-mundo-e-de-olho-no-tiktok-para-nao-envelhecer.ghtml>. Acesso em: 14.06.2021.

GRECO, Pedro Teixeira Pinos. Sucessão de Bens Digitais: quem tem medo do novo?. **Revista Síntese de Direito de Família**, Vol. 113, 2019.

HONORATO, Gabriel; LEAL, Lívia Teixeira. Exploração Econômica de Perfis de Pessoas Falecidas: reflexões jurídicas a partir do caso Gugu Liberato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Vol. 23, 2020.

HOOTSUITE. **The Global State of Digital 2021**. 2021. Disponível em: <https://www.hootsuite.com/resources/digital-trends>. Acesso em: 15.07.2021.

INSTAGRAM. **Termos de Utilização**. Centro de Ajuda - Políticas e denúncias. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/help/instagram/581066165581870>. Acesso em: 15.07.2021.

ISTO É. **Instagram fatura US$ 20 bilhões com anúncios em 2019. Disponível em: <**https://www.istoedinheiro.com.br/instagram-fatura-us-20-bilhoes-com-anuncios-em-2019/>. Acesso em: 14.06.2021.

LEAL, Lívia Teixeira. Internet e Morte do Usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Vol. 16, 2018.

LEAL, Lívia Teixeira. **Internet e Morte do Usuário**: propostas para o tratamento jurídico post mortem do conteúdo inserido na rede. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

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

MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Tratado de Direito Civil**: Parte Geral - Pessoas. Vol. IV. 4ª ed., revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2016.

OLIVEIRA, Jaime Gustavo Gonçalves de. **Luto Digital**: Plataformas para a Gestão da Herança Digital. Dissertação (Mestrado em em Engenharia e Gestão de Sistemas de Informação). Escola de Engenharia da Universidade do Minho, Braga, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direitos da Personalidade. **Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, n° 6, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**: Direito das Sucessões. V. 6. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral do Direito Civil. V. 1. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo LIX. Direito das Sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo LV. Direito das Sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo II. Bens. Fatos Jurídicos. Campinas: Bookseller, 2000.

RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade de Vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. Derecho, Ciencia y Tecnologia: Modelos y decisiones de regulación. **Revista de la Facultad de Derecho**, n° 57, 2004.

RODOTÀ, Stefano. **Globalização e Direito.** Palestra proferida pelo Professor Stefano Rodotà. Rio de Janeiro, 11 de março de 2003. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4314.pdf/ GlobalizacaoeoDireito.pdf>. Acesso em: 20.06.2021.

RODOTÀ, Stefano. Persona, libertà, tecnologia: note per una discussione. **Diritto e questioni pubbliche**, n° 5, 2005.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Pineiro. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade da informação. **Direito, Estado e Sociedade**, n° 36, 2010.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TECHTUDO. **The Rock lidera lista de famosos que mais cobram por posts no Instagram.** Globo, 2020. Disponível em: **<**https://www.techtudo.com.br/noticias/2020/07/the-rock-lidera-lista-de-famosos-que-mais-cobram-por-posts-no-instagram.ghtml>. Acesso em: 15.07.2021.

TECMUNDO. **Instagram já vale 100 vezes mais do que quando foi comprado pelo Facebook.** 2018. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/redes-sociais/131646-instagram-vale-100-comprado-facebook.htm>. Acesso em: 15.07.2021.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; BODIN DE MORAES, Maria Celina**.** Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil, análise a partir do Marco Civil da Internet. **Revista Pensar**, Vol. 22, n° 1, 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. KONDER, Carlos Nelson. Situações Jurídicas Dúplices: continuando o debate controvérsias sobre a nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Org.). **Contratos, família e sucessões**. Diálogos Interdisciplinares. São Paulo: Editora Foco, 2018.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Fundamentos do Direito Civil**: direito das sucessões. 7º Vol. 2. edª. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulação nº 2016/679**. General Data Protection Regulation. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>. Acesso em 27.06.2021.

VILLEGAS, Rafael Rojina. **Compendio de Derecho Civil**: bienes, derechos reales y sucesiones. 41ª ed. México: Editorial Porrúa, 2018.