

DIREITO CIVIL E NOVAS TECNOLOGIAS

*Contribuições à Comissão de Juristas responsável
pela atualização do Código Civil*

COORDENAÇÃO:

Daniel Dias
Fernando Antonio Tasso
Ivan Jacopetti do Lago
Juliana Domingues
Maria Gabriela Grings
Alexandre Kassama
Francisco Cavalcante de Sousa

AUTORES:

Alexandre Kassama
Aline Klayse dos Santos Fonseca
Amanda Smith Martins
Ani Karini Muniz Schierbert
Bruna Salgado Chaves
Carine Regina Serachi
Daniel Dias
Débora Araújo
Diogo Manganelli
Érica Bakonyi

Fabício Oliveira
Gustavo Prazeres
Ivan Jacopetti do Lago
João Sérgio Pereira
Jose Humberto Fazano Filho
Juliana Falci Cunha
Letícia Redis
Marcelo Chiavassa
Maria Gabriela Grings
Mariana Ruzzi

Marina Lucena
Nicolo Zingales
Nubia Ventura
Roberto Braga de Andrade
Rubem Konig
Tatiana Bhering Roxo
Vinícius Mozetic
Yuri Nabeshima

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Câmara Brasileira do Livro (CBL)

Direito civil e novas tecnologias: contribuições à Comissão de Juristas responsável pela atualização do Código Civil – 1ª ed. São Paulo: Legal Grounds *Institute*, 2024. – (Coletânea de artigos)

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-981979-2-6

1. Artigos - Coletâneas. 2. Direito Civil. 3. Direito - Leis e legislação. 4. Regulação. 5. Digitalização. 6. Responsabilidade civil.

Índices para catálogo sistemático: 1. Direito digital 34:004

Como citar: LEGAL GROUNDS INSTITUTE. **Direito Civil e Novas Tecnologias:** contribuições à Comissão de Juristas responsável pela atualização do Código Civil. São Paulo: Legal Grounds Institute, 2024. Disponível em: <https://bit.ly/45Ux436>. Acesso: em dd/mm/aaaa.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte. As opiniões emitidas em artigos ou notas assinadas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores.

2024 © Todos os direitos reservados.

COORDENAÇÃO:

| | |
|------------------------|-------------------------------|
| Daniel Dias | Maria Gabriela Grings |
| Fernando Antonio Tasso | Alexandre Kassama |
| Ivan Jacopetti do Lago | Francisco Cavalcante de Sousa |
| Juliana Domingues | |

DIREITO CIVIL E NOVAS TECNOLOGIAS:

**CONTRIBUIÇÕES À COMISSÃO DE JURISTAS
RESPONSÁVEL PELA ATUALIZAÇÃO DO
CÓDIGO CIVIL**

AUTORES:

| | |
|---------------------------------|--------------------------|
| Alexandre Kassama | Juliana Falci Cunha |
| Aline Klayse dos Santos Fonseca | Letícia Redis |
| Amanda Smith Martins | Marcelo Chiavassa |
| Ani Karini Muniz Schierbert | Maria Gabriela Grings |
| Bruna Salgado Chaves | Mariana Ruzzi |
| Carine Regina Serachi | Marina Lucena |
| Daniel Dias | Nicolo Zingales |
| Débora Araújo | Nubia Ventura |
| Diogo Manganelli | Paulo Emilio Dantas |
| Érica Bakonyi | Roberto Braga de Andrade |
| Fabício Oliveira | Rubem Konig |
| Gustavo Prazeres | Tatiana Bhering Roxo |
| Ivan Jacopetti do Lago | Vinícius Mozetic |
| João Sérgio Pereira | Yuri Nabeshima |
| Jose Humberto Fazano Filho | |

Copyright © LEGAL GROUNDS *INSTITUTE*
Rua Leopoldo Couto de Magalhães Júnior, 1098 | 4º andar, Itaim Bibi | São Paulo/SP
www.legalgroundsinstitute.com | E-mail: contato@legalgrounds.com.br

DIREÇÃO INSTITUCIONAL:

Juliano Maranhão
Ricardo Campos

COORDENAÇÃO:

Bianca Medalha Mollicone
Maria Gabriela Grings
Samuel Rodrigues de Oliveira

GESTÃO EXECUTIVA:

Francisco Cavalcante de Sousa

GESTÃO INSTITUCIONAL:

Bernardo de Souza Dantas Fico

GESTÃO FINANCEIRA:

Claudia Cerullo

PESQUISADORES:

| | |
|------------------------------------|-----------------------------------|
| Alexandre Gonçalves Kassama | Jéssica Guedes Santos |
| Amália Batocchio | José Humberto Fazano Filho |
| Amanda Cunha e Mello Smith Martins | Marina Giovanetti Lili Lucena |
| Ana Catarina de Alencar | Milton Pereira de França Netto |
| Ani Karini Muniz Schiebert | Roberto Althoff Konder Bornhausen |
| Bruno Farage da Costa Felipe | Sílvio Tadeu de Campos |
| Carolina Xavier Santos | Tatiana Bhering Roxo |

CONSULTORES:

| | |
|-------------------------|--------------------|
| Domingos Farinho | Mariana Avelar |
| Eugênio Bucci | Matthias Kettemann |
| Giovanni Sartor | Steffen Augsberg |
| Indra Spiecker | Thomas Vesting |
| Josie de Menezes Barros | Vanessa Boarati |

ESTAGIÁRIOS

Jaine Mendes dos Santos
Luiz Fernando Alfrediano
Marina Crivelli Simões
Raimundo Vinícius Silva de Arruda

CENTRO DE DIREITO CIVIL E NOVAS TECNOLOGIAS
DIREITO CIVIL E NOVAS TECNOLOGIAS: CONTRIBUIÇÕES À COMISSÃO DE JURISTAS
RESPONSÁVEL PELA ATUALIZAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

COORDENAÇÃO:

Daniel Dias
Fernando Antonio Tasso
Ivan Jacopetti do Lago
Juliana Domingues
Maria Gabriela Grings
Alexandre Kassama
Francisco Cavalcante de Sousa

AUTORES:

| | |
|---------------------------------|--------------------------|
| Alexandre Kassama | Juliana Falci Cunha |
| Aline Klayse dos Santos Fonseca | Letícia Redis |
| Amanda Smith Martins | Marcelo Chiavassa |
| Ani Karini Muniz Schierbert | Maria Gabriela Grings |
| Bruna Salgado Chaves | Mariana Ruzzi |
| Carine Regina Serachi | Marina Lucena |
| Daniel Dias | Nicolo Zingales |
| Débora Araújo | Nubia Ventura |
| Diogo Manganelli | Paulo Emilio Dantas |
| Érica Bakonyi | Roberto Braga de Andrade |
| Fabrcio Oliveira | Rubem Konig |
| Gustavo Prazeres | Tatiana Bhering Roxo |
| Ivan Jacopetti do Lago | Vinícius Mozetic |
| João Sérgio Pereira | Yuri Nabeshima |
| Jose Humberto Fazano Filho | |

COORDENAÇÃO INSTITUCIONAL E FINALIZAÇÃO:

Francisco Cavalcante de Sousa

REVISÃO:

Francisco Cavalcante de Sousa
Maria Gabriela Grings

CAPA:

Michell Ribeiro

AGRADECIMENTOS:

Comissão de Juristas responsável pela proposta de atualização e revisão do Código Civil no Senado Federal

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| SOBRE O LEGAL GROUNDS INSTITUTE | 9 |
| RESUMO EXECUTIVO | 11 |
| PROPRIEDADE INTELECTUAL: | 11 |
| HERANÇA DIGITAL: | 12 |
| CONTRATOS: | 12 |
| PROVAS DIGITAIS: | 12 |
| TOKENIZAÇÃO E REGISTRO: | 13 |
| RESPONSABILIDADE CIVIL: | 13 |
| DIREITOS DA PERSONALIDADE: | 13 |
| USO DA IMAGEM POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: | 13 |
| INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E ALGORITMOS: | 14 |
| SOBRE A COORDENAÇÃO | 17 |
| SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES | 20 |
| ASPECTOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS | 25 |
| INTRODUÇÃO | 25 |
| ABORDAGEM DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS SOBRE O TEMA | 26 |
| Natureza da proteção dos programas de computador. | 26 |
| Autoria de obras geradas por inteligência artificial | 27 |
| DIREITO COMPARADO | 29 |
| Natureza da proteção dos programas de computador. | 29 |
| Autoria de obras geradas por inteligência artificial. | 31 |
| CONCLUSÃO | 34 |
| DIREITO DAS SUCESSÕES E HERANÇA DIGITAL | 36 |
| INTRODUÇÃO | 36 |
| CONCEITO DE HERANÇA DIGITAL E A REGRA GERAL DE TRANSMISSIBILIDADE DOS BENS DIGITAIS | 39 |
| Desafio 01 | 40 |
| Desafio 02 | 41 |
| Desafio 03 | 42 |
| Conclusão Preliminar | 43 |
| A QUESTÃO DOS BENS MISTOS E O CASO DAS CONTAS DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS | 44 |
| SUGESTÕES REDACIONAIS COM VISTAS À ALTERAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL E LEGISLAÇÕES PERTINENTES: | 46 |
| JUSTIFICATIVA | 49 |
| DEFEITOS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS: DO “NUDGING” ILÍCITO | 51 |
| INTRODUÇÃO | 51 |
| ABORDAGEM DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS SOBRE O TEMA | 53 |
| DIREITO COMPARADO | 54 |
| CONCLUSÃO | 58 |
| REFERÊNCIAS | 60 |
| CONTRATO DE LOCAÇÃO POR APLICATIVO DIGITAL (ART. 579 E 580 DO CÓDIGO CIVIL) | 63 |
| INTRODUÇÃO | 63 |

| | |
|--|------------|
| SUGESTÃO DE MODIFICAÇÃO | 63 |
| JUSTIFICAÇÃO | 68 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 69 |
| PROVAS DIGITAIS | 71 |
| INTRODUÇÃO | 71 |
| ABORDAGEM DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS SOBRE O TEMA E REFLEXÕES | 72 |
| Da admissibilidade das capturas de tela (print screens/screenshots) e telas sistêmicas como meio de prova..... | 72 |
| Flexibilização do ambiente probatório, permeado por novas tecnologias: atualização das fontes de provas e reflexões sobre alterações de dispositivos do Código Civil. Tratamento dos requisitos da existência dos fatos jurídicos na parte relativa às provas com a identificação de cada meio de prova, em cotejo com o que as tecnologias têm a oferecer.... | 78 |
| Reflexões sobre a contribuição do Código Civil para a colheita de provas extrajudiciais. Validade de atos jurídicos em grupos vulneráveis ou vulnerabilizados | 87 |
| DIREITO COMPARADO | 90 |
| Da admissibilidade das capturas de tela (print screens/screenshots) e telas sistêmicas como meio de prova..... | 90 |
| Flexibilização do ambiente probatório, permeado por novas tecnologias: atualização das fontes de provas e reflexões sobre alterações de dispositivos do Código Civil. Tratamento dos requisitos da existência dos fatos jurídicos na parte relativa às provas com a identificação de cada meio de prova, em cotejo com o que as tecnologias têm a oferecer. | 100 |
| Reflexões sobre a contribuição do Código Civil para a colheita de provas extrajudiciais Validade de atos jurídicos em grupos vulneráveis ou vulnerabilizados | 102 |
| CONCLUSÃO | 105 |
| Conclusão e proposta (Carine): | 105 |
| Conclusões e hipóteses/propostas (João):..... | 107 |
| Conclusões e hipóteses/propostas (Nubia): | 108 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 109 |
| TOKENIZAÇÃO E REGISTRO | 112 |
| INTRODUÇÃO E JUSTIFICATIVA..... | 112 |
| CONCLUSÃO | 120 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 122 |
| RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES POR CONTEÚDO ILÍCITO DE TERCEIROS | 124 |
| INTRODUÇÃO E JUSTIFICATIVA..... | 124 |
| SUGESTÃO DE MODIFICAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL | 128 |
| INSERÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE DANO NO CÓDIGO CIVIL | 131 |
| INTRODUÇÃO | 131 |
| PROPOSTA LEGISLATIVA – Código Civil | 134 |
| USO DA IMAGEM, PROFILING E LGPD | 136 |
| INTRODUÇÃO | 136 |
| ABORDAGEM DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS SOBRE O TEMA | 138 |
| DIREITO COMPARADO | 138 |
| SUGESTÃO DE ARTIGOS: USO DA IMAGEM:..... | 139 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 141 |
| DIREITOS DA PERSONALIDADE..... | 142 |

| | |
|---|------------|
| INTRODUÇÃO | 142 |
| TUTELA GERAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. CLÁUSULA GERAL DE TUTELA DA PERSONALIDADE | 142 |
| CONTROLE DO FLUXO DE INFORMAÇÃO PESSOAL. TUTELA DO NOME, IMAGEM, VOZ E ATRIBUTOS EXISTENCIAIS. | 148 |
| DIREITO AO ESQUECIMENTO E DIREITO À DESINDEXAÇÃO. | 162 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 170 |
| A PROTEÇÃO DOS NEURODIREITOS NO BRASIL | 173 |
| INTRODUÇÃO | 173 |
| PL 1229/2021 | 175 |
| PEC 29/2023 | 176 |
| PROPOSTA LEGISLATIVA – Código Civil | 180 |
| PROPOSTA LEGISLATIVA - LGPD | 181 |
| ASSINATURA ELETRÔNICA: PROPOSTA DE NOVA REDAÇÃO PARA O ART. 219 DO CÓDIGO CIVIL | 183 |
| INTRODUÇÃO | 183 |
| ASSINATURA ELETRÔNICA QUALIFICADA | 185 |
| Equivalência funcional com a assinatura manuscrita | 188 |
| ASSINATURAS ELETRÔNICAS AVANÇADAS | 190 |
| Validade jurídica das assinaturas eletrônicas avançadas | 192 |
| JURISPRUDÊNCIA SOBRE ASSINATURAS ELETRÔNICAS | 193 |
| CONCLUSÕES | 196 |
| PROPOSTA DE NOVA REDAÇÃO PARA O ART. 219 DO CÓDIGO CIVIL | 198 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 199 |
| INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO À IMAGEM | 203 |
| INTRODUÇÃO | 203 |
| Para pessoas vivas no momento da mudança do Código Civil..... | 204 |
| Para pessoas falecidas antes de eventual mudança no Código Civil | 204 |
| INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E ALGORITMOS | 206 |
| INTRODUÇÃO | 206 |
| PREVISIBILIDADE EXPRESSA DE NÃO VIOLAÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE NO USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL..... | 206 |
| INDENIZAÇÃO EM FACE DE DISCRIMINAÇÃO ATRAVÉS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL | 207 |
| HIPÓTESES ILÍCITAS QUE JUSTIFICAM A RESCISÃO MESMO NOS CASOS EM QUE NÃO HÁ EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL | 207 |
| RESPONSABILIZAÇÃO CONTRATUAL..... | 208 |

SOBRE O LEGAL GROUNDS INSTITUTE

Fundado em 2020, o Legal Grounds *Institute* consolidou-se como um ator de relevância nos âmbitos público, privado, técnico-científico e terceiro setor no Brasil, com abrangência em todas as cinco regiões do país, além de estender sua influência a países como Alemanha, Estados Unidos, França e Portugal, por meio de seus representantes.

O Instituto se dedica à realização de projetos multidisciplinares na área de direito e digitalização e à condução de estudos aprofundados sobre políticas públicas relacionadas à comunicação social, educação em novas mídias, tecnologias digitais da informação e proteção de dados pessoais, tanto em âmbito nacional quanto internacional. Como um think tank, o Legal Grounds reúne mais de 100 especialistas, dentre eles professores, consultores, pesquisadores e advogados de destaque nas áreas em que atua, de forma voluntária, em projetos e grupos de pesquisa.

As iniciativas educativas e de disseminação do conhecimento promovidas pelo Legal Grounds, como eventos, cursos, seminários e redes sociais, já alcançaram digitalmente centenas de milhares de pessoas no Brasil e no mundo. Através dessas realizações, abertas ao público em geral, o Instituto amplia significativamente sua capilaridade, atingindo uma variedade de públicos, desde estudantes de graduação a reguladores e tomadores de decisão política.

O Legal Grounds tem desempenhado um papel fundamental na formulação de leis, na elaboração de notas técnicas em áreas multidisciplinares e no envolvimento em debates construtivos com gestores de políticas públicas e legisladores tanto no Brasil quanto na Europa, por meio do direito comparado. Suas áreas de atuação incluem a regulação de serviços digitais e inteligência artificial, a proteção de crianças e adolescentes em ambientes digitais, a saúde digital, a regulação de infraestrutura digital, as inovações econômicas e as tendências contemporâneas no âmbito do Direito Digital.

Desde sua fundação, o Legal Grounds mantém um compromisso sólido com valores fundamentais, como a democracia, a liberdade individual, os direitos humanos, a diversidade e integridade, a democratização do conhecimento, e a autodeterminação informacional, em um cenário de mercado guiado pela liberdade de iniciativa e inovação.

Frente aos desafios inerentes às tecnologias da informação e à crescente digitalização, o Legal Grounds assume o compromisso de enfrentá-los em

colaboração com organizações privadas, o Estado, instituições acadêmicas e a sociedade civil organizada. Nossa ambição é criar arquiteturas jurídicas de regulação que não apenas acompanhem o ritmo das mudanças, mas também assegurem de forma intransigente os valores democráticos e os direitos humanos, garantindo um ambiente digital onde a liberdade e a justiça prevaleçam.

Conheça mais sobre nosso trabalho em www.legalgroundsinstitute.com e em nossas redes sociais.

RESUMO EXECUTIVO

O desenvolvimento de novas tecnologias e a crescente digitalização da sociedade têm causado um impacto profundo e multifacetado em todas as esferas de nossas vidas, inclusive no campo do Direito Civil, especialmente na propriedade intelectual, herança digital, relações contratuais, responsabilidade civil, privacidade e proteção de dados, entre outros. Tais temas trazem desafios legais e questões éticas complexas que exigem um profundo debate.

Neste cenário, o Legal Grounds *Institute* foi formalmente convidado pelo Ministro Luís Felipe Salomão para contribuir com sugestões à Comissão de Juristas responsável pela proposta de atualização e revisão do Código Civil no Senado Federal. Por meio deste convite, foi formado o Centro de Direito Civil e Novas Tecnologias, um grupo de estudos e pesquisas voltado à discussão sobre os impactos da digitalização no Direito Civil, no contexto brasileiro, que realizou um chamamento público de interessados para contribuir no assunto¹.

O Centro de Direito Civil e Novas Tecnologias reúne pesquisadores e profissionais voluntários das cinco regiões do país, criteriosamente selecionados e interessados na realização de estudos e pesquisas avançadas, buscando fomentar o debate sobre a digitalização no Direito Civil brasileiro, produzir *reports* e contribuir para o avanço do conhecimento nesta área no contexto brasileiro, a partir do direito comparado e expertise em Direito Digital².

Internamente, o Centro de Direito Civil e Novas Tecnologias desenvolveu atividades de pesquisa e encontros de discussão entre setembro e dezembro do ano de 2023, na perspectiva do direito nacional e comparado, para promover o debate sobre a digitalização do Direito Civil, a partir dos eixos temáticos descritos a seguir.

PROPRIEDADE INTELECTUAL:

A evolução da digitalização e seu impacto na propriedade intelectual desencadearam mudanças substanciais no campo do direito civil. Com a proliferação de conteúdo digital e a facilidade de compartilhamento na era da internet, questões relacionadas aos direitos autorais, patentes e marcas estão constantemente em destaque. O

¹ LEGAL GROUNDS INSTITUTE. **Legal Grounds abre inscrições para Centro de Estudos em Direito Civil e Novas Tecnologias**. Disponível em: <https://legalgroundsinstitute.com/blog/legal-grounds-abre-inscricoes-para-centro-de-estudos-em-direito-civil-e-novas-tecnologias/>. Acesso em: 08 jul. 2024.

² Saiba mais em: LEGAL GROUNDS INSTITUTE. **Centro de Direito Civil e Novas Tecnologias**. Disponível em: <https://legalgroundsinstitute.com/blog/centro-de-direito-civil-e-novas-tecnologias/>. Acesso em: 08 jul. 2024.

desafio reside em encontrar um equilíbrio entre a proteção dos criadores e a promoção da inovação, considerando o acesso aberto à informação. Além disso, a disseminação global de obras intelectuais cria novos desafios na aplicação das leis de propriedade intelectual em um ambiente digital. Nesse contexto, é fundamental explorar como o direito civil se adapta a esse cenário em constante evolução, garantindo a proteção dos direitos intelectuais e o estímulo à criatividade.

HERANÇA DIGITAL:

Em um cenário cada vez mais dominado pela era digital, nossas interações, transações e até mesmo nossa herança têm se transformado no mundo virtual. Esse avanço, frequentemente referido como a Era da Informação, ampliou nossos limites em relação à conectividade e inovação e também deu origem a novos modelos para administrar ativos. Surge, assim, o conceito de patrimônio digital, um conjunto de bens e informações eletrônicas que, ao mesmo tempo em que potencializam oportunidades, também introduzem desafios sem precedentes na interseção entre tecnologia e direito. No Brasil, embora essa categoria emergente de bens seja um reflexo da globalização digital, ela ressoa de maneira única no cenário jurídico, apresentando dilemas que vão desde a sucessão do patrimônio digital até a proteção post mortem de dados e informações. Com a entrada em vigor da LGPD e os enunciados do Conselho da Justiça Federal, as fronteiras desse território ainda estão sendo mapeadas, necessitando de um olhar atento e reflexivo para equilibrar inovação, direitos individuais e prerrogativas legais em um ambiente digital em constante mudança. Surgem questões como a transmissibilidade dos bens digitais, modalidades de bens digitais (patrimoniais, existenciais e patrimoniais-existenciais), autonomia das plataformas, instrumentos de proteção do patrimônio judicial.

CONTRATOS:

Seus elementos estruturantes, *res pretium et consensus*, devem ser estudados à luz das novas tecnologias da informação e da comunicação. Novas modalidades contratuais, baseadas em tecnologia de registros distribuídos, bem com novas formas de execução contratual, como os contratos inteligentes, são elementos que devem ser pesquisados para identificar possíveis aprimoramentos na lei material. Criptoativos, criptomoedas e meios de pagamento digital, por sua vez, passaram a desempenhar uma nova forma de cumprimento obrigacional, exigindo uma releitura dos elementos do negócio jurídico.

PROVAS DIGITAIS:

O processo digital e as tecnologias digitais relacionadas à prova do fato jurídico mudaram substancialmente a forma e a validade dos elementos de convicção produzidos no âmbito do processo civil. O uso da teleconferência, da criptografia e de tecnologias de registro distribuídos (DLTs) trouxeram nova forma para a confissão, o documento eletrônico, a declaração testemunhal e para as perícias.

TOKENIZAÇÃO E REGISTRO:

Entre as várias aplicações que se tem tentado dar à tecnologia do Blockchain se encontra a tokenização: a criação de representações digitais infungíveis de ativos, com vistas a sua negociação em ambientes eletrônicos. Esta operação enfrenta inúmeros desafios, em especial quando pretende ter por objeto bens sujeitos a registro em registros públicos, como se dá com os imóveis. A matéria ainda não foi tratada com profundidade pela legislação brasileira ou mesmo estrangeira. Já a jurisprudência tem tratado do tema em conjunto com o dos criptoativos em geral, notadamente em casos de fraude e responsabilização civil, ou de tentativa de penhora destes bens em processos de execução movidos contra seus titulares. Com isso, a matéria ainda depende de maior amadurecimento para que possa ser objeto de uma regulação abrangente no Código Civil.

RESPONSABILIDADE CIVIL:

A estrutura geral da responsabilidade civil no direito privado materializou os influxos da utilização das tecnologias da informação e comunicação nas relações jurídicas mediante a previsão de normas em legislações setoriais, concitando o intérprete a uma análise dialógica e em conformidade com a Constituição Federal. Questões como cyberbullying, discurso de ódio e difamação online trazem à discussão os limites da responsabilidade dos provedores de aplicação por conteúdo gerado por terceiros. A proteção de dados pessoais, por sua vez, trouxe aos Tribunais a discussão sobre a subsunção do dever de indenizar às regras da responsabilidade subjetiva ou objetiva, bem como sobre a imprescindibilidade do resultado naturalístico. No que diz respeito à correlação entre a indenização e a extensão do dano, uma das indagações diz respeito aos novos aspectos que devem ser considerados quando o ato ilícito é perpetrado, divulgado ou potencializado pelos meios digitais.

DIREITOS DA PERSONALIDADE:

A crescente digitalização e a disseminação de informações online têm um impacto profundo nos direitos da personalidade, um domínio fundamental do direito civil. À medida que os indivíduos navegam pelo cenário digital, questões relacionadas à privacidade, imagem, honra e reputação tornam-se cada vez mais prementes. A coleta indiscriminada de dados pessoais, a exposição nas redes sociais e os desafios cibernéticos destacam a necessidade de proteger eficazmente esses direitos. A velocidade de propagação de informações nas plataformas digitais traz também novas considerações sobre a dignidade e a intimidade das pessoas, exigindo uma adaptação das leis civis para equilibrar a proteção dos direitos individuais no ambiente digital.

USO DA IMAGEM POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL:

O uso da imagem por sistemas de inteligência artificial levanta questões complexas no âmbito do direito civil. À medida que a tecnologia avança, a capacidade de criar imagens sintéticas e manipuladas com grande realismo está se tornando uma realidade preocupante, como as *deep fakes*. Isso coloca em destaque desafios relacionados à violação dos direitos de imagem e à possibilidade de difamação,

quando imagens falsas são criadas e disseminadas. A determinação de responsabilidade legal, a proteção da reputação das pessoas e a preservação da integridade da informação tornam-se tópicos importantes para o debate.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E ALGORITMOS:

A interseção entre inteligência artificial, algoritmos e direito civil é um domínio de crescente importância e complexidade. Ao passo em que os sistemas de IA e os algoritmos desempenham um papel cada vez mais significativo em decisões e processos que afetam os direitos das pessoas, surgem desafios legais. Questões como transparência, discriminação algorítmica, responsabilidade e proteção da privacidade se tornam centrais neste âmbito. A adaptação do direito civil para lidar com essas complexidades requer uma revisão cuidadosa das regulamentações existentes que equilibre a inovação tecnológica com a proteção dos direitos individuais.

Com isso, nesta publicação, organizada por Daniel Dias, Fernando Antonio Tasso, Ivan Jacopetti do Lago, Juliana Domingues, Maria Gabriela Grings, Alexandre Kassama e Francisco Cavalcante de Sousa, que coordenaram os grupos de trabalho do Centro de Estudos de Direito Civil e Novas Tecnologias, reunimos as contribuições dos pesquisadores e pesquisadoras vinculados ao grupo, com o objetivo de subsidiar a atuação da Comissão de Juristas responsável pela atualização do Código Civil no Senado Federal, especialmente em sua subcomissão de Direito Digital.

As contribuições contidas neste relatório e elaboradas pelos pesquisadores vinculados ao grupo foram recebidas formalmente pela Comissão de Juristas no Senado Federal e todos os pesquisadores foram citados nominalmente no parecer da Subcomissão de Direito Digital da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL), como instituições e juristas ouvidos³.

Além da publicação deste relatório, o grupo do Legal Grounds *Institute* continuará a acompanhar e a elaborar novas propostas para o livro de Direito Digital durante o trâmite do anteprojeto no Congresso Nacional. Adicionalmente, o Centro de Direito Civil e Novas Tecnologias também está comprometido a mobilizar o debate público sobre os assuntos pertinentes, visando fomentar uma discussão ampla e inclusiva que envolva academia, sociedade civil, especialistas e legisladores, com o objetivo de

³ BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 1 – Subcomissão de Direito Digital da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (CJCODCIVIL)**. Brasília: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/34470bd2-bc45-4144-aa1c-7941d5488c0d>. Acesso em: 08 jul. 2024.

assegurar que a legislação proposta reflita adequadamente as necessidades e desafios do mundo digital contemporâneo.



SENADO FEDERAL
Secretaria-Geral da Mesa
Secretaria de Comissões
Coordenação de Comissões Especiais, Temporárias e Parlamentares de Inquérito

Ofício Circular nº2/2023– CJCODCIVIL

Brasília, 18 de setembro de 2023.

Assunto: Solicitação de sugestões da CJCODCIVIL-Senado Federal

Tenho a honra de comunicar a instalação e início dos trabalhos no dia 4 de setembro de 2023 da “*Comissão de Juristas com a finalidade de apresentar, no prazo de 180 dias, anteprojeto de Lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)*”, criada pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 11 de 2023, aditado pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 12 de 2023.

Considerando a relevância e o interesse geral dos temas relacionados ao Código Civil, com propósito de fomentar a participação da sociedade e especialistas, solicito o envio de sugestões para a Comissão por meio deste endereço eletrônico:

codcivil.sugestoes@senado.leg.br

As informações sobre as atividades da Comissão e as suas documentações podem ser encontradas no Portal do Senado Federal:

<https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2630>

Conto com a colaboração de todos os interessados e solicito que essas informações sejam amplamente compartilhadas para o bom êxito dos trabalhos desta Comissão.

Atenciosamente,

Ministro Luis Felipe Salomão
Presidente da CJCODCIVIL

Fonte: Ofício do Ministro Luis Felipe Salomão encaminhado ao Legal Grounds Institute (2023)

SOBRE A COORDENAÇÃO



Daniel Dias

Doutor em Direito Civil, na modalidade de doutorado-sanduiche, pela Universidade de São Paulo (2013- 2016), com período de pesquisa na Ludwig-Maximilians-Universität München (2014-2015), com bolsa concedida pelo Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD). Mestre em direito civil pela PUC-SP (2010-2012). Bacharel em Direito pela UFBA (2005-2009). Coordenador Acadêmico Adjunto da Pós-graduação Stricto Sensu e membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Regulação da FGV Direito Rio. Professor da graduação da FGV Direito Rio. Foi pesquisador visitante na Harvard Law School (2016-2017) e no Instituto Max-Planck de direito comparado e internacional privado em Hamburgo, na Alemanha (2015). Professor pesquisador do Centro de Pesquisas em Direito e Economia (CPDE).



Fernando Antonio Tasso

Juiz de Direito no Tribunal de Justiça de São Paulo. Doutor em Direito Empresarial. MBA em Gestão e Governança de Tecnologia da Informação. Membro da Comissão de Proteção de Dados da Corregedoria Nacional de Justiça. Membro do Comitê Consultivo de Dados e Proteção de Dados Pessoais do Conselho Nacional de Justiça. Membro do Grupo de Trabalho do Conselho Nacional de Justiça sobre inteligência artificial no Poder Judiciário. Coordenador de Direito Digital e do Núcleo de Estudos em Direito Digital da Escola Paulista da Magistratura.



Ivan Jacopetti do Lago

4º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo (SP). Bacharel, mestre e doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Pós-graduado pelo Centro de Estudos Notariais e Registrais da Universidade de Coimbra (CeNOR) e pela Universidade Autónoma de Madri (Cadri 2015). Coordenador Editorial do IRIB. Coordenador Acadêmico da ARISP. Professor de Direito Civil na FADITU.



Juliana Domingues

Professora de Direito Econômico da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP), mestre em Direito pela UFSC e doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Foi Procuradora-Chefe da Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, secretária Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública, presidente do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor e diretora do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. É cofundadora da Rede Women in Antitrust (WIA) e líder do Grupo de Pesquisa de Concorrência e Inovação da FDRP/USP.



Maria Gabriela Grings

Coordenadora do Legal Grounds Institute. Mestre e Doutora em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogada.



Alexandre Kassama

Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo e graduação em Direito pela Universidade de São Paulo. Atualmente é tabelião de notas no 27º Tabelionato de Notas da Capital São Paulo/SP. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos temas de direito civil; contratual; família e sucessões; tributário; agrário; imobiliário; notarial e registral.



Assistente de coordenação:

Francisco Cavalcante de Sousa

Gestor Executivo no Legal Grounds Institute. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Coordenador do Observatório do Direito à Educação da Universidade de São Paulo (USP). Membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Humanos, Desenvolvimento e Cotidiano (DHDC-UERN) e colaborador do Núcleo de Pesquisa em Memória Institucional e Direito à Informação (MIDI-UERN). Membro associado da Rede de Pesquisa Empírica em Direito (REED). Formado em Governança da Internet pela *South School on Internet Governance (SSIG)* e participante do Programa Youth, do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br). Foi bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e do Registro de Endereços da Internet para a América Latina e o Caribe (LACNIC 40). Ganhador do Prêmio Luiz di Souza e do Ceará Científico. Representou a Comissão Europeia no *One Young World Summit* e o Brasil na *Brazil Conference at Harvard & MIT* e no *Young Americas Forum*, da Cúpula das Américas.

SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES

Aline Klayse Fonseca: Membro-pesquisadora do Legal Grounds Institute. Docente em Direito no Instituto Federal do Pará. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Advogada na área cível e trabalhista. Membro da Equipe do Projeto no Projeto de Pesquisa Gênero e carreira acadêmica na Faculdade de Direito da USP: desafios e hierarquias sociais no ensino jurídico. Secretária Geral Adjunta Subseção OAB- MARITUBA (PA) e Presidenta da Comissão de Igualdade Racial e Direito Antidiscriminatório (OAB/PA Subseção Marituba).

Amanda Smith Martins: Advogada, com bacharelado e mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutoranda em Direito Internacional Privado pela mesma instituição. Pesquisadora no Legal Grounds Institute. Diretora no Instituto Brasileiro de Direito Internacional Privado. Coordenadora de Direito do Consumidor na Comissão de Privacidade e Proteção de Dados da OAB/SP. Autora de livros e artigos sobre Direito e Novas Tecnologias.

Ani Karini Muniz Schierbert: Doutoranda em Direito pela Humboldt-Universität zu Berlin (Alemanha) e pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) com ênfase em Direito Civil, Direito Digital e IA, mestre em Direito Alemão e Europeu e Prática Jurídica pela Humboldt-Universität zu Berlin (Alemanha) com enfoque em Direito Digital, Proteção de Dados e IA, pós-graduada em Direito Público pela Universidade Candido Mendes (UCAM-Centro), graduada em Direito pela UCAM-Centro, graduada em Letras (Língua e Literatura Alemã) pela Universidade Federal Fluminense (UFF), possui cursos de extensão em Direito Digital pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Goiás (ESMEG) e atualização em Direito Digital pela ESA/OAB-RJ. Docente convidada da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), advogada, pesquisadora no Legal Grounds Institute, membro colaboradora da Comissão de Inteligência Artificial da OAB/MG, membro associada da Robotics & AI Law Society (RAILS) e.V. (Alemanha); membro associada da International Association for Artificial Intelligence (IAAI).

Bruna Salgado: Membro-pesquisadora do Legal Grounds Institute. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Bacharela em Direito pela USP. Pós-Graduada em Compliance e Integridade Corporativa pela PUC/MG. Advogada. Professora de Direito Digital na Universidade de Uberaba - Uniube. Pesquisadora do Legal Grounds Institute, do Centro de Estudos Interdisciplinares em Direito e Inovação - UEMG, e do Grupo de Pesquisa Sistema de Justiça e Estado de Exceção - PUC/SP. Presidenta da Comissão de Direito Empresarial da 14ª Subseção da OAB/MG. Autora de artigos e capítulos sobre Direito e Novas Tecnologias.

Carine Regina Serachi: Membro-pesquisadora do Legal Grounds Institute. Formada com louvor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Pós-Graduação em Tecnologia pela Escola Politécnica da USP (Poli 2020), com foco em "Big data", decisões automatizadas e discriminação algorítmica. Experiência com pesquisa, investigação e compliance no âmbito judicial e regulatório. Ampla

experiência com resolução de conflitos, avaliação de dados e riscos em diversas áreas do direito, incluindo moderação de conteúdo, proteção de dados e assuntos juridicamente sensíveis.

Débora Araújo: Membro-pesquisadora do Legal Grounds Institute. Fellow of Information Privacy – IAPP; Certificações CIPP/E, CIPM – IAPP; Data Protection Officer certificada pela Universidade de Maastricht; Especialista em Direito da Economia e da Empresa – FGV/SP; Especialista em Direito Societário – Insper; Especialista em Direito Contratual – PUC/SP; Cursando LL.M em Privacidade, Cybersegurança e Gerenciamento de Dados, pela Universidade de Maastricht. Advogada

Diogo Manganeli: Membro-pesquisador do Legal Grounds Institute. Advogado, especialista em Direito Empresarial pela PUC-MG, mestre em Direito e Inovação pela UFJF e doutorando em Direito Civil pela UERJ. DPO na Lenovo Tecnologia e fellow da IAPP.

Érica Bakonyi: Membro-pesquisadora do Legal Grounds Institute. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em “Licitações e Contratos Administrativos”, pela UNISEB, e “MBA em Gestão da Segurança da Informação”, pela Infnet. Pesquisadora no Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS), da FGV Direito Rio, nos projetos “LGPD nos Tribunais (NEEC)” e “CyberBRICS”. Advogada, com atuação como consultora em projetos de adequação à LGPD e “DPO-as-a-service”. Coordenadora do Legal Hackers, capítulo do Rio de Janeiro, e do My Data BR.

Fabrcio Oliveira: Membro-pesquisador do Legal Grounds Institute. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais, com bolsa CNPq. Foi bolsista do Programa Professor Residente do IEAT da Universidade Federal de Minas Gerais. Orientador da área de Direito Civil na Divisão de Assistência Judiciária - DAJ da Universidade Federal de Minas Gerais, na qual também integra e co-coordena os projetos de extensão Pílulas Jurídicas (Direito Para Todos) e DAJ nas Escolas (Prática Jurídica Docente).

Gustavo Prazeres: Membro-pesquisador do Legal Grounds Institute. Advogado. Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia, onde desenvolve pesquisa focada na privacidade em ambientes de imersão digital. Formação complementar pela Harvard Law School e Berkman Klein Center em Copyright X. Professor da Faculdade Baiana de Direito e de cursos de pós-graduação.

João Sérgio Pereira: Membro-pesquisadora do Legal Grounds Institute. Formada com louvor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Pós-Graduação em Tecnologia pela Escola Politécnica da USP (Poli 2020), com foco em “Big data”, decisões automatizadas e discriminação algorítmica. Experiência com pesquisa, investigação e compliance no âmbito judicial e regulatório. Ampla experiência com resolução de conflitos, avaliação de dados e riscos em diversas áreas do direito, incluindo moderação de conteúdo, proteção de dados e assuntos juridicamente sensíveis.

José Humberto Fazano Filho: Doutorando e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Bacharel em Direito

pela Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI) com Intercâmbio Acadêmico na Universidade do Porto (Portugal). Formação complementar em Propriedade Intelectual pela Harvard Law School e Berkman Klein Center (EUA) no curso CopyrightX, em International Business Law pela Bucerius Law School (Alemanha) e em Privacidade e Proteção de Dados Pessoais pelo Data Privacy Brasil (DPBR). Tem experiência em Privacidade e Proteção de Dados Pessoais, possuindo certificações pelo DPBR e pela International Association of Privacy Professionals (IAPP).

Juliana Falci Cunha: Membro-pesquisadora do Legal Grounds Institute. Doutoranda em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Mestre em Direito Empresarial, Pós-graduada em Direito Empresarial, Direito Civil, Proteção de Dados etc. Graduada em Direito, Administração de Empresas e Tecnóloga em Processamento de Dados. Membro de Comissões da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo, Pará e Mato Grosso do Sul. Advogada e Consultora.

Letícia Redis: Membro-pesquisadora do Legal Grounds Institute. Advogada. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), pós-graduada em Direito Digital pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Marcelo Chiavassa: Membro-pesquisador do Legal Grounds Institute. Professor de Direito Civil e Direito Digital da Univ. Presbiteriana Mackenzie. Mestre (PUCSP) e Doutor (USP) em Direito Civil. Especialista em Direito Contratual (PUCSP). Especialista em Direito Civil italiano (Univ. Camerino). Pesquisador na área de direito privado e regulação de novas tecnologias. Membro do Instituto de Direito Privado e do Instituto Brasileiro de Responsabilidade Civil (IBERC). Advogado e Consultor jurídico.

Mariana Ruzzi: Membro-pesquisadora do Legal Grounds Institute. Advogada atuante na área de privacidade e proteção de dados. Mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF) e Bacharel em Serviço Social pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Certificada em Proteção de Dados pela EXIN e pela IAPP.

Marina Lucena: Doutoranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Bacharel em Direito pela UFJF, com período de intercâmbio acadêmico na Università degli Studi di Camerino, na Itália.

Nicolo Zingales: Advogado e professor da FGV Direito Rio. Membro do corpo docente permanente do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu da FGV Direito Rio. Doutor em Direito e Economia na Università Bocconi. Mestre em Direito pela Università di Bologna.

Nubia Ventura: Membro-pesquisadora do Legal Grounds Institute. Professora de Direito, Doutora e Mestre em Direito Processual Civil pela USP, graduada pela UNESP. Advogada. Pesquisadora nas áreas: Direitos sociais e coletivos, igualdade, acesso à justiça e tecnologia. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa "Acesso à justiça e litigância repetitiva", USP/CNPQ, vinculado a

Rede de Pesquisa Justiça Civil e Processo Contemporâneo (PROCNET). Associada da REED (Rede de Estudos Empíricos em Direito).

Paulo Emilio Dantas Nazaré: Membro-pesquisador do Legal Grounds Institute. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Procurador do Estado do Rio Grande do Sul (PGE/RS), onde também atua como Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais. Professor.

Roberto Braga: Membro-pesquisador do Legal Grounds Institute. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP, autor de artigos jurídicos, sócio fundador do escritório RBA Advogados com atuação preponderante no contencioso judicial cível/empresarial e arbitragens (1996-2019), especialista em Proteção de Dados Pessoais (desde 2019), portador das certificações DPO/EXIN e CDPO/BR/IAPP, Data Protection Officer – DPO da companhia subsidiária espanhola Hispamar Satélites S.A., consultor em projetos de adequação de organizações à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD.

Rubem Konig: Membro-pesquisador do Legal Grounds Institute. Advogado, graduado em Direito pela PUCRS. Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade La Salle/RS. Com Diploma in Legal Studies pela Birkbeck University of London. Pós-graduado em Direito Digital pela Uniritter/RS e Direito dos Negócios Imobiliários pela Fundação do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Atuação em Direito Civil e Novas Tecnologias com pesquisa acadêmica voltada para temas da Responsabilidade Civil, Inteligência Artificial e Proteção de Dados.

Tatiana Bhering Roxo: Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifício Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Sócia do Barra, Barros e Roxo Advogados. Advogada nas áreas Trabalhista e Privacidade e Proteção de Dados Pessoais. Professora Convidada nos cursos de pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora no curso de pós-graduação em Advocacia Trabalhista na Escola Superior da Ordem dos Advogados do Brasil de Minas Gerais (ESA OAB/MG). Membro da Comissão Especial de Direito do Trabalho da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo (OAB/SP)

Yuri Nabeshima: Membro-pesquisadora do Legal Grounds Institute. Mestre em Direito Internacional e Comparado, Especialista em Direito do Trabalho e Bacharela em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Pesquisadora visitante na Universidade de Tóquio e na Universidade de Shinshu, no Japão. Pesquisadora no Legal Grounds Institute. Membro efetivo da Comissão Especial de Tecnologia e Inovação da OAB/SP. Membro da Comissão de Inovação e Tecnologia do Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário - IBRADIM. Head de Inovação no VBD Advogados, com atuação voltada à tokenização de ativos.

ASPECTOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS

Bruna Salgado Chaves

INTRODUÇÃO

O advento de novas tecnologias impõe desafios ao tratamento de temas já tradicionais em propriedade intelectual, assim como provoca discussões sobre ativos e práticas antes não existentes. No contexto da atualização do Código Civil, é preciso recortar o lugar desses desafios em termos de legislação civilista geral. A eleição de ativos tidos como passíveis de proteção autoral ou como direitos de propriedade industrial remonta à idade média, e os termos gerais de seu tratamento legislativo são oriundos de consensos firmados em tratados internacionais. Ainda, pela diversidade, não há pretensão de codificação legal sobre a propriedade intelectual, cujos diferentes aspectos (essencialmente, direitos autorais e conexos, direitos industriais e direitos intelectuais *sui generis*) são objeto de legislações específicas.

Assim, busca-se identificar problemáticas relevantes em torno da propriedade intelectual em interseção com as novas tecnologias e, a partir disso, analisar, em perspectiva comparada, se há estrutura ou eixo comum, em termos de conceituação ou de espécies contratuais, passíveis de previsão no Código Civil.

Selecionam-se como objeto de análise: a) a natureza da proteção dos programas de computador; e b) a autoria de obras geradas por inteligência artificial;

A proteção dos programas de computador no Brasil - assim como nos Estados Unidos e na Europa - é autoral, de modo que não cabe a proteção patentária do programa de computador em si considerado. Contudo, desde o tratamento estabelecido na Lei nº 9.609/98, a aplicação industrial dos programas de computador e sua centralidade em modelos de negócio incentivaram maior interesse em proteção que outorgue exclusividade e privilégio temporário de sua utilização. Os softwares passam a ser utilizados como eixo da funcionalidade de itens como eletrodomésticos, veículos, entre outros dispositivos, assim como estruturam aplicações com funcionalidades práticas diversas, ainda que sem aplicação industrial, mas que representam soluções inovadoras a problemas cotidianos.

A pertinência de proteção patentária dos softwares, considerado esse recorte, é tema complexo e amplo, que não se pretende esgotar. Cumpre, nada obstante, identificar

se há novas orientações legislativas em perspectiva comparada e analisar se são passíveis de contemplação no Código Civil.

Por sua vez, softwares de inteligência artificial (IA) têm demonstrado as mais distintas funcionalidades, dentre as quais se recorta a criação de obras em seus variados tipos (criação de ilustrações, textos, obras musicais, recriação de identidade facial ou vocal de pessoas em obras audiovisuais e musicais, desenvolvimento de obras conforme estilos de determinados artistas, e outros debates sempre renovados). A diretriz tradicional dos direitos autorais aponta para que apenas pessoas naturais possam titularizar a condição de autoria, mas esses sistemas se demonstram capazes de atividade criativa, com referências exponenciais quando se aplica a mineração de dados e a exploração massiva de outras obras no treinamento da IA, que pode culminar na réplica de estilos artísticos de autores pessoas naturais. Também, parece necessário definir algum tipo de regulamentação sobre o uso dos produtos de IA, especialmente para direcionar o uso adequado pelas pessoas naturais, evitando-se apropriação, plágio e interferência na exploração econômica e artística de obras (no sentido legal), bem como para contemplar as formas de exploração de obras de atividade criativa de pessoa natural com uso de ferramentas e produtos finais de inteligência artificial.

O PL 2338/2023 já procura regulamentar o uso de inteligência artificial, abordando inclusive alguns aspectos de propriedade intelectual. Cumpre, neste trabalho, identificar se o debate comparado sobre autoria de obras oriundas de IA resulta em definições ou diretrizes de uso passíveis de contemplação no Código Civil.

ABORDAGEM DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS SOBRE O TEMA

Natureza da proteção dos programas de computador.

A natureza da proteção da propriedade intelectual sobre programas de computador como direito autoral, adotada no Brasil, é objeto de frequentes debates, havendo também experiências, internacionais, de proteção patentária a programas de computador, cujos resultados podem subsidiar o aprimoramento da diretriz brasileira. Os modos de proteção do software ganham novos contornos não só pela maior complexidade dos códigos, como pela alta dinamicidade e necessária liberdade criativa dos programadores, mas especialmente por desempenharem papel central na organização econômica.

A própria delimitação do programa de computador é desafiadora, sendo possível compreendê-lo em quatro dimensões: a) como ideia, sendo o software uma

construção matemática destinada a solucionar um problema também concebido em lógica matemática; b) como obra, visto que a linguagem de programação representa uma forma, derivada de atividade criativa, de representar o conhecimento informático; c) como produto, que pode ser consumido pelo usuário, desde que esteja fixado em termos próprios; e d) como funcionalidade, concentrando-se a abordagem sobre o resultado útil da ferramenta⁴. A experiência europeia de proteção patentária do software busca distinguir estas dimensões, excluindo do conceito de invenção o programa de computador quando “considerado como tal”, mas permitindo a interpretação do software como invenção em sua dimensão de funcionalidade, nos casos de se demonstrar resultado técnico novo, caso em que o objeto de proteção seria a “invenção implementada por programa de computador”, e não o software em si.

Para além do escrutínio da natureza deste ativo imaterial, o impacto econômico das diferentes abordagens é relevante, dado que a proteção patentária cria uma reserva de mercado e pode elevar os custos e riscos para a inovação, com as disputas judiciais em torno da exclusividade de exploração de um ativo que pode gerar funcionalidades e resultados distintos, assim como é formado, de forma cumulativa, por outros softwares⁵.

Embora o tema seja efervescente no âmbito dos pedidos administrativos ao INPI e debates acadêmicos, os tribunais brasileiros parecem não suscitar dúvidas ou caminhos práticos diversos do regime de proteção dos direitos autorais em relação aos programas de computador⁶.

Autoria de obras geradas por inteligência artificial

Os questionamentos e contribuições ao tema são mormente de ordem acadêmica, não havendo abordagem dos tribunais brasileiros em sentido distinto do já definido pela Lei nº 9.610/98, em que não se admite autoria de pessoas jurídicas ou entes que não sejam pessoas naturais. O tema, contudo, continua espinhoso, especialmente sob três aspectos: a) apropriação, por pessoas naturais, de obras oriundas de IA; b) uso, por IA, de obras protegidas para formação de seu acervo em banco de dados ou

⁴ MARANHÃO, J. S. A.. Programa de computador implementado por programa de computador?: a inventividade dos juristas e a liberdade dos programadores. *Revista Eletrônica do IBPII*, v. 7, p. 229-251, 2012, p. 230.

⁵ *Ibid.*, p. 231.

⁶ REsp n. 443.119-RJ, Terceira Turma, relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, DJ de 30.6.2003; REsp n. 768.783-RS, Terceira Turma, relator Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 22.10.2007; REsp. nº 1.911.383-RJ, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrigli, DJ de 28.09.2021.

mesmo para seu treinamento; e c) possibilidade de identificação de autoria na criação sem participação humana, ainda que haja intervenção no treinamento da IA.

Debates tangenciais se deram no âmbito do Recurso Especial nº 1.561.033, julgado pela Quarta Turma do STJ, em que a Google Brasil Internet Ltda. pretende o reconhecimento de plágio quanto à idealização de um novo formato gráfico para apresentação de resultados de buscas na rede mundial dos computadores. O acórdão é ementado nos seguintes termos:

DIREITO AUTORAL E PROPRIEDADE INDUSTRIAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS POR UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE OBRA. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. VIOLAÇÃO DE NORMA REGIMENTAL. NÃO CABIMENTO. IDEIA MATERIALIZADA EM ESBOÇO. DIREITO AUTORAL. AUSÊNCIA DE PROTEÇÃO. FORMATO NOVO. UTILIZAÇÃO COMERCIAL ADMITIDA. PLÁGIO AFASTADO. RECURSO PROVIDO.

1. Não se verifica a alegada violação do art. 535 do CPC/73, porque a eg. Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, todas as questões que lhe foram submetidas, declinando, de forma expressa e coerente, todos os fundamentos utilizados como razões de decidir. Não se confunde julgamento desfavorável, como no caso, com negativa de prestação jurisdicional ou ausência de fundamentação.

2. "O recurso especial é via inadequada para análise de portarias, resoluções, regimentos ou qualquer outro tipo de norma que não se enquadre no conceito de lei federal" (AgInt no AREsp 325.019/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 03/12/2018, DJe de 13/12/2018).

3. No caso dos autos, debate-se a utilização não autorizada, pela promovida, de formato gráfico concebido pelos promoventes, inicialmente apresentado em esboço de site idealizado para criar plataforma de conexão ágil e facilitada entre internautas, fornecedores, anunciantes e consumidores. Esse esboço fora levado pelos autores a prévio registro perante Cartório de Títulos e Documentos e, após apresentado à ré, teria sido por esta incorporado às suas ferramentas de busca, em formato gráfico semelhante, denominado "RODA MÁGICA", consistindo nisso o alegado plágio.

4. O ordenamento jurídico brasileiro protege as obras intelectuais, em regra, pela via dos Direitos de Autor, quando prevalece o interesse estético da obra; ou pela via dos Direitos de Propriedade Industrial, quando o interesse prevalente é utilitário (comercial ou industrial).

5. Os projetos e as ideias subjacentes não são objeto de proteção pelas regras de direito autoral, podendo ser reutilizados tanto para novas obras autorais como para fins industriais e comerciais (Lei 9.610/98, art. 8º).

6. Os formatos gráficos, resultado do "[...] conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa [...]" (Lei 9.279/96, art. 95), configuram desenho industrial, cuja proteção legal depende de registro perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

7. No caso dos autos, não se cogita de registro de desenho industrial, razão pela qual a obra intelectual sub judice não goza de proteção legal, impondo-se o afastamento da alegação de plágio.

8. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.561.033/RS, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 4/10/2022.)

Para tanto, foi necessário estabelecer se esse formato gráfico é compreendido como obra autoral, o que levaria também ao debate sobre a autoria ou titularidade por parte da Google. Nada obstante, demonstra-se que os tribunais brasileiros, ao abordar criações oriundas de pessoas jurídicas ou elaboradas em contexto comercial, ou de desempenho de atividade profissional, tendem a identificá-las como ideia ou projeto.

DIREITO COMPARADO

Natureza da proteção dos programas de computador.

Copyright Act vigente nos EUA data de 1976, com vigência a partir de 1978, emendada em 1980 pela Computer Software Copyright Act de 1980, para incluir a definição de "programa de computador" e restringir a possibilidade de se fazer cópias dos ditos programas. Embora os "programas de computador" não sejam expressamente mencionados dentre o rol de obras protegidas pela Copyright Act, sua proteção é reconhecida implicitamente a partir do §117 ("*Limitations on exclusive rights: computer programs*"⁷) da norma, em que se restringe a possibilidade de cópia, venda, reprodução ou adaptação de programas de computador. A diretriz adotada no Copyright Act define a proteção automática das obras, nos mesmos termos da legislação brasileira (e da Convenção de Berna), outorgando-se a proteção desde a fixação das obras - e programas de computador - em meio tangível (17 U.S.C. §102(a)⁸).

Por sua vez, é mais sensível a abordagem da possibilidade de proteção patentária de programas de computador. Enquanto a legislação brasileira exclua expressamente a

⁷ <https://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#117>

⁸ <https://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#102>

possibilidade de se considerar programas de computador em si como invenção ou modelo de utilidade⁹ - patenteáveis, portanto -, há possibilidade de patente da arquitetura do software e sua lógica, ou de softwares embarcados. Nesses casos, a concessão da patente está condicionada a que a arquitetura do software solucione um problema técnico de jeito novo e não óbvio a um técnico em programação¹⁰, reconhecendo-se o design da solução prática como invenção, e não o conjunto de instruções em linguagem codificada em si.

A possibilidade de proteção patentária de programas de computador também não é clara ou unívoca no cenário internacional. Nos Estados Unidos da América a possibilidade de patente do programa de computador em si também é expressamente vedada¹¹, em acepção que deriva de posicionamento já definido pelo U.S. Patent and Trademark Office nos anos 60. Decisão paradigmática da Suprema Corte se deu em 2014, no caso *Alice Corp. v. CLS Bank*¹², entendendo-se a impossibilidade de proteção patentária de softwares em que as reivindicações traduzam “ideias abstratas”, passíveis de implementação em computadores genéricos. É necessário, assim, que junto ao software exista algum elemento tangível que interaja com o software. Contudo, apesar de a terminologia “ideias abstratas” ser recorrente nas decisões da Suprema Corte, não há definição objetiva do que seria sua representação em termos práticos, de modo que as análises persistem caso a caso.

A importância da possibilidade de proteção patentária de programas de computador cresce com os novos desenvolvimentos industriais, em que softwares são aplicados ao funcionamento de diversos produtos, como eletrodomésticos e demais utilitários. Nesses casos, a outorga de patente protege não apenas a forma de expressão da ideia, como o conjunto de instruções em linguagem codificada, mas também a própria ideia, a concepção do design ou arquitetura do software responsável pelo resultado prático - o que já é abarcado pela sistemática brasileira, no sentido da proteção do software quando indissociavelmente combinado a hardware.

Autoria de obras geradas por inteligência artificial.

A questão da autoria de obras oriundas de programas de computador já foi aventada pelo Copyright Office dos Estados Unidos (USCO) em seu relatório anual de 1965, com

⁹ Restrição expressa do art. 10, V da Lei nº 9.279/96.

¹⁰ As patentes PI 0406210-8 (titular: Microsoft), PI 0906987-9 (titular: Google) e PI 0705942-6 (titular: Accenture) são exemplos de proteções reconhecidas pelo INPI a arquiteturas de software que implementem soluções inovadoras.

¹¹ Section 3(k) do Patents Act, de 1970.

¹² <https://www.bitlaw.com/source/cases/patent/Alice-Corp.html>

referência à dificuldade de estabelecimento da autoria de trabalhos “escritos” por programas de computador¹³. Então, defendeu-se que o fato de a obra ser produzida por entidade que não seja pessoa natural não deve significar, por si, a ausência de proteção por direitos autorais. A questão da autoria de obras oriundas de IA já havia sido abordada na Comissão Nacional em usos de Obras Autorais por Novas Tecnologias (tradução nossa de National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works - CONTU), mas na ocasião ainda se considerava distante a realidade de produção de obras por IA¹⁴, de modo que não houve aprofundamento nesse sentido.

Na contemporaneidade, já reforçada a necessidade premente da abordagem, o USCO editou o AI Registration Guidance, publicado em março de 2023¹⁵, reiterando a necessidade de autoria humana para que se considere a criação resultante como obra e passível de proteção por direitos autorais. Até a edição do Guia, a USCO também já havia reiterado essa posição em ao menos duas oportunidades: a) negativa do pedido de registro de ilustração em duas dimensões, intitulada “A Recent Entrance to Paradise”, e integralmente criada por IA, em que o requerente alegava inconstitucionalidade da exigência de autoria humana para proteção de obras¹⁶; e b) proteção limitada a obra produzida em autoria mista, sendo o conteúdo textual de autoria do indivíduo e, as ilustrações, de autoria de IA, caso em que se concedeu proteção estritamente ao texto escrito pelo autor, bem como à sua seleção e diagramação das imagens geradas por IA¹⁷.

Ainda assim, persistem as questões já aventadas: a) possibilidade de uso de obras protegidas no treinamento de IA; b) proteção autoral, em algum nível, a obras criadas por IA e a possibilidade de infração a autores pessoas naturais cujo estilo ou obras são copiadas; e c) condições de uso das criações oriundas de IA por pessoas naturais. Não há, nos EUA, definição federal estrita para esses debates, mas é

¹³ U.S. Copyright Office, Sixty-Eighth Annual Report of the Register of Copyrights for the Fiscal Year Ending June 30, 1965, at 5 (1966), [https:// www.copyright.gov/reports/annual/archive/ar1965.pdf](https://www.copyright.gov/reports/annual/archive/ar1965.pdf).

¹⁴ Segundo o relatório final, “the development of this capacity for ‘artificial intelligence’ has not yet come to pass, and, indeed, it has been suggested to this Commission that such a development is too speculative to consider at this time”. CONTU, Final Report of the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works (July 31, 1978), p. 44.

¹⁵ Copyright Registration Guidance: Works Containing Materials Generated by Artificial Intelligence, 88 FR 16190 (Mar. 16, 2023). Disponível em [https://copyright.gov/ ai/ai_policy_guidance.pdf](https://copyright.gov/ai/ai_policy_guidance.pdf).

¹⁶ Pedido de ID 1-3ZPC6C3, em que o USCP se fundamenta inclusive em diversos casos julgados pela Suprema Corte (e.g.: Mazer v. Stein, Goldstein v. California, Urantia Found v. Kristen Maaherra). U.S. Copyright Office Review Board, Decision Affirming Refusal of Registration of A Recent Entrance to Paradise p. 1 (Feb. 14, 2022), [https:// www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/ docs/a-recent-entrance-to-paradise.pdf](https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/a-recent-entrance-to-paradise.pdf).

¹⁷ U.S. Copyright Office, Cancellation Decision re: Zarya of the Dawn (VAu001480196) at 1 (Feb. 21, 2023), <https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-thedawn.pdf>.

justamente este o objeto de Consulta Pública (Notice of inquiry and request for comments) do USCO e do Congresso, aberta em 30 de agosto de 2023¹⁸.

No âmbito da União Europeia, enquanto o AI Act¹⁹ assume pioneirismo na regulação dos softwares de inteligência artificial, numa perspectiva baseada em gradações de risco, as questões ora colocadas não foram frontalmente abordadas, senão que as obrigações concretas de transparência podem ser utilizadas para melhor direcionar o uso de obras no treinamento da IA. Por sua vez, a Resolução nº 2020/2015 do Parlamento Europeu sobre os direitos de propriedade intelectual para o desenvolvimento de tecnologias ligadas à inteligência artificial defende uma abordagem por setor e por tipo das implicações das tecnologias de IA para a proteção da propriedade intelectual e, em termos gerais, apesar de não reconhecer condição plena de autoria às IAs e tampouco admitir que lhes seja conferida personalidade - como aventam propostas de formação de uma "personalidade eletrônica" -, entende pela necessidade de proteção de suas criações por direitos autorais:

16. Considera que as criações técnicas geradas por tecnologias da IA devem ser protegidas ao abrigo do quadro jurídico em matéria de DPI, a fim de incentivar o investimento neste tipo de criação e aumentar a segurança jurídica para os cidadãos e para as empresas, mas também para os inventores, uma vez que, neste momento, estes figuram entre os principais utilizadores das tecnologias de IA; considera que as obras produzidas de forma autónoma por agentes e robôs artificiais podem não ser elegíveis para proteção por direitos de autor, a fim de garantir a observância do princípio da originalidade, uma vez que este princípio está associado a uma pessoa singular e que o conceito de «criação intelectual» se refere à personalidade do autor; insta a Comissão a apoiar uma abordagem horizontal, baseada em dados concretos e neutra do ponto de vista tecnológico das disposições comuns e uniformes em matéria de direitos de autor aplicáveis às obras criadas por IA na União, caso estas obras sejam consideradas elegíveis para proteção por direitos de autor; recomenda que, caso se proceda sequer à atribuição da titularidade dos direitos, esta se limite a pessoas singulares ou coletivas que tenham criado legalmente a obra e, em caso de recurso a material protegido por direitos de autor, apenas se o titular dos direitos de autor tiver concedido autorização, a menos que se apliquem exceções ou limitações aos direitos de autor; salienta a importância de facilitar o acesso aos dados e a partilha de dados, bem como de dispor de normas abertas e de tecnologias de fonte aberta, e de, ao mesmo tempo, incentivar o investimento e fomentar a inovação;

18. Registra, no que diz respeito à utilização de dados não pessoais pelas tecnologias de IA, a necessidade de a utilização legal de obras, de outro material protegido e de dados conexos, nomeadamente conteúdos preexistentes, conjuntos de dados de elevada qualidade e metadados, ser avaliada à luz das regras em vigor em matéria de limitações e exceções à

¹⁸ <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2023-08-30/pdf/2023-18624.pdf>

¹⁹ https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF

proteção dos direitos de autor, como a exceção relativa à prospeção de textos e dados prevista na diretiva relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital; solicita uma maior clarificação no que se refere à proteção dos dados ao abrigo da legislação em matéria de direitos de autor e da potencial proteção de marcas e desenhos industriais de obras geradas de forma autónoma através de aplicações de IA; considera que a partilha voluntária de dados não pessoais entre empresas e setores deve ser promovida e basear-se em acordos contratuais justos, nomeadamente acordos de licenciamento; destaca as questões relacionadas com os DPI que se colocam devido à criação de falsificações profundas (deep fakes) baseadas em dados enganosos, manipulados ou simplesmente de baixa qualidade, independentemente de tais falsificações profundas conterem dados que possam estar sujeitos a direitos de autor; manifesta-se a preocupado com a possibilidade de uma manipulação em massa dos cidadãos que visa desestabilizar as democracias e apela a uma maior sensibilização e literacia mediática, bem como à disponibilização urgente de tecnologias de IA para verificar factos e informações; considera que os registos não pessoais e verificáveis dos dados utilizados em conformidade com as regras de proteção de dados ao longo do ciclo de vida das tecnologias assentes na IA podem facilitar a rastreabilidade da utilização de obras protegidas e, por conseguinte, proteger melhor os titulares dos direitos e contribuir para a proteção da privacidade, caso a obrigação de manter registos verificáveis seja alargada por forma a abranger os dados que contêm ou resultam de imagens e/ou vídeos que contêm dados biométricos; salienta que as tecnologias de IA podem ser úteis no contexto da aplicação dos DPI, embora tal requiera um controlo humano e uma garantia de que os sistemas de tomada de decisão assentes na IA sejam totalmente transparentes; salienta que os futuros regimes aplicáveis à IA contemplarão inevitavelmente requisitos que se apliquem à tecnologia de fonte aberta em concursos públicos e não poderão impedir a interconectividade dos serviços digitais; observa que os sistemas de IA são baseados em software e assentam em modelos estatísticos, suscetíveis de conter erros; salienta que os produtos gerados pela IA não devem ser discriminatórios e que uma das formas mais eficientes de reduzir os preconceitos nos sistemas de IA é assegurar, na medida em que o direito da União o permita, que a quantidade máxima de dados não pessoais seja disponibilizada para fins de formação e aprendizagem automática; insta a Comissão a refletir sobre a utilização de dados do domínio público para esse efeito;

19. Salienta a importância de que se reveste a implementação integral da estratégia para o mercado único digital com vista a melhorar a acessibilidade e interoperabilidade dos dados não pessoais na União; realça que a Estratégia Europeia para os Dados deve assegurar um equilíbrio entre, por um lado, o fomento do fluxo de dados, a concessão de um acesso mais alargado a estes dados e à sua utilização e partilha, e, por outro lado, garantir a proteção dos DPI e dos segredos comerciais, respeitando simultaneamente as regras em matéria de proteção de dados e de privacidade; salienta a necessidade de, neste contexto, avaliar se as regras da União em matéria de propriedade intelectual representam um instrumento adequado para proteger os dados, incluindo os dados setoriais necessários para o desenvolvimento da IA, recordando que, quando gozam de proteção por DPI, os dados estruturados, como as bases de dados, não podem normalmente ser considerados dados; considera que devem ser prestadas informações completas sobre a utilização dos dados protegidos por DPI, nomeadamente no contexto das relações entre as plataformas e as

empresas; congratula-se com a intenção da Comissão de criar um espaço único europeu de dados;

Abordagem mais concreta, especialmente quanto ao uso de obras e mineração de dados em treinamento de IA, é definida na Diretiva (UE) 2019/790 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de abril de 2019²⁰, sobre os direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital. Nessa norma o uso de obras para “reproduções e extrações para fins de prospecção de textos e dados” passa a ser concebido como hipótese de limitação aos direitos autorais, ressalvada a possibilidade de que o titular manifeste expressamente a reserva de suas obras para que não se dê a atividade de prospecção de textos e dados.

A esse respeito, vale notar que a permissão de mineração de dados como hipótese de limitação aos direitos autorais tem como pioneira a Copyright Law do Japão (Lei nº 48, de 06 de maio de 1970)²¹, por alteração introduzida em 2009 a seu art. 47. A Copyright Law japonesa também regulamenta as hipóteses de uso de obras a partir de programas de computador, reconhecendo-lhes proteção em caso de uso inadequado, o que parece ser uma diretriz assertiva, ao menos quanto à regulamentação do uso de criações de IA por pessoas naturais (arts. 47-4 a 47-7 da Lei).

CONCLUSÃO

Mesmo se reconhecendo a relevância e necessidade de diretrizes legais mais assertivas aos temas ora levantados, identifica-se que também em outros ordenamentos jurídicos as questões são tangenciadas, com adoção de diretrizes, mas sem posição firme no sentido de alteração da natureza de proteção dos softwares, ou regras de identificação de autoria ou proteção autoral de criações oriundas de IA. Por sua vez, é de se reconhecer que a definição desses temas no Brasil carece de maturidade no âmbito jurisprudencial, assim como têm lugar, legislativamente, mais adequado em normas específicas, não se vislumbrando adequada a normatização a partir do Código Civil.

²⁰[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0790#:~:text=Diretiva%20\(UE\)%202019%2F790,relevante%20para%20efeitos%20do%20EEE.](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0790#:~:text=Diretiva%20(UE)%202019%2F790,relevante%20para%20efeitos%20do%20EEE.)

²¹ <https://www.cric.or.jp/english/clj/cl2.html>

DIREITO DAS SUCESSÕES E HERANÇA DIGITAL

Daniel Dias, Fabrício Oliveira, Juliana Falci Cunha e Marcelo Chiavassa

INTRODUÇÃO

A *tutela post mortem* dos bens digitais²², herança digital, não se encontra regulada pela legislação brasileira, tampouco pela legislação da maioria dos países, tendo em vista a contemporaneidade do assunto, o que tem gerado reflexões e debates dos mais diversos, não só em âmbito nacional, como internacional, tal qual se verifica, por exemplo, em Portugal²³ e na Alemanha²⁴.

No Brasil, de modo geral, as discussões doutrinárias têm se fixado em duas correntes distintas:

(1) não havendo disposição de última vontade pelo falecido, deve haver a transmissão irrestrita de toda a herança digital, independentemente de seu conteúdo; e

(2) não havendo disposição de última vontade pelo falecido, é necessária a diferenciação entre situações jurídicas existenciais e patrimoniais. No primeiro caso, não deverá ocorrer qualquer tipo de transmissão e, no segundo caso, deverá ocorrer regularmente a transmissão. Contudo, se o conteúdo possuir ao mesmo tempo traços

²² De acordo com Zampier (2017, p. 58-59), os bens digitais são “(...) fruto da verdadeira revolução tecnológica digital operada em nossa sociedade (...)”, se aproximando mais da natureza incorpórea, podendo ser, por exemplo, informações em um e-mail, numa rede social, em um blog, em contas de armazenamento de dados. Assim sendo, para o autor (2021, p. 44), de forma sintética os bens digitais são “(...) uma categoria de bens incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na Internet por um usuário, consistindo em informações de caráter pessoal que trazem alguma utilidade àquele, tenham ou não conteúdo econômico.”

ZAMPIER, Bruno. *Bens Digitais*. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017.

ZAMPIER, Bruno. Bens Digitais: em busca de um microsistema próprio. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (coord). *Herança Digital: Controvérsias e Alternativas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 42-53

²³ Vide art. 17 da Lei 58, de 8 de agosto de 2019. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=3118A0002&nid=3118&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=. Acesso em: 20 nov. 2023.

²⁴ Vide Julgamento do BGH III ZR 183/17, de 12 de julho de 2018, analisado na doutrina nacional pelas Doutoradas Laura Schertel Ferreira Mendes e Karina Nunes Fritz.

MENDES, Laura Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. *Case Report: Corte Alemã Reconhece a Transmissibilidade da Herança Digital*. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3383/pdf>. Acesso em: 15 nov. 2023.

existenciais e patrimoniais, a situação deverá ser analisada casualmente, no judiciário, podendo haver (ou não) a transmissão aos sucessores.²⁵

A título de *lege ferenda*, deve-se dizer que há muito o Congresso Nacional tem abordado o assunto, direta ou indiretamente. Com efeito, há pelo menos uma década, em cerca de duas dezenas de projetos legislativos, diversas são as problemáticas ventiladas e de igual sorte debatidas, tanto da Câmara dos Deputados, quanto do Senado Federal.

Para fins de melhor compreensão sobre a pauta legislativa no Brasil, dentre muitos outros, citamos como referência os seguintes Projetos Lei:

(i) PLC nº 4099/2012 - proposta era inserir o art. 1788, Parágrafo Único, CC, com a seguinte redação: “serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança”. Referido PL encontra-se atualmente arquivado;

(ii) PLC nº 1331/2015 - proposta era permitir aos familiares (cônjuges, ascendentes, e descendentes até terceiro grau de parentesco), a possibilidade de excluir da Internet dados de usuários já falecidos. Referido PL encontra-se atualmente arquivado;

(iii) PLC nº 3050/2020 - proposta visa inserir o art. 1788, Parágrafo Único, CC, com a seguinte redação: “serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de qualidade patrimonial, contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança”.

(iv) PLC nº 1689/2021 - proposta visa inserir os arts. 1791-A e 1.863-A, além de acrescentar o art. 1.857, Parágrafo 3º, todos do Código Civil, além de alterar o artigo 41 da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9610/98):

“Art. 1791-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 do 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.

²⁵ Para Zampier (2017, p. 74, 112), quando a informação inserida na Internet for capaz de gerar repercussões econômicas imediatas será considerado um bem digital patrimonial; quando for capaz de gerar repercussões extrapatrimoniais, será um bem digital existencial; mas quando estiver relacionada a questões tanto econômicas quanto patrimoniais, será tido como um bem patrimonial-existencial.

§3º. 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. 1857...

§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. 1.863-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.”

“Art. 41 da Lei 9.610/98. Os direitos patrimoniais do autor, incluindo suas publicações em provedores de aplicações de internet, perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.”

No entanto, até o momento não houve qualquer tipo de consenso parlamentar sobre os pormenores envolvendo a matéria, e nenhum dos projetos avançou de forma determinante, permanecendo o vácuo legislativo sobre o assunto.

Diante disso, entre os pontos que preliminarmente consideramos oportunos a serem melhor estudados para subsidiar eventual proposta ao Congresso Nacional, citamos:

- (i) disposição sobre o que se considera bens digitais transmitidos sucessoriamente, em configuração de verdadeira herança digital;
- (ii) disposição esclarecendo a aplicação de regras do direito digital aos bens digitais sucessoriamente transmitidos;
- (iii) disposição acerca de eventual acesso ao conteúdo das plataformas pelos sucessores e indicação do *modus* para tanto;
- (iv) disposição sobre eventual possibilidade de acesso ao conteúdo do autor da herança através de pedido administrativo realizado pelo inventariante;
- (v) disposição sobre indicação de acesso em vida, em testamento ou codicilo²⁶, em relação aos bens digitais, a herdeiro determinado pelo autor da herança;

²⁶ MAZZEI e FREIRE (2022, p. 43), ao tratar do codicilo como instrumento de planejamento sucessório da herança digital, afirmam que é “(...) inegável a aderência da herança digital (...)” ao analisar o art. 1.881 do Código Civil.

(vi) disposição sobre eventual mudança de arquitetura das redes sociais, dividindo-as em perspectiva sucessória em página central e chat, lado, de forma a limitar a sucessão apenas à página central, se assim se entender; e

(vii) disposição esclarecendo que, em havendo dúvidas sobre o tipo contratual por detrás do bem digital e consequentemente sobre sua transmissibilidade aos herdeiros, deve prevalecer a interpretação mais favorável ao consumidor.

Frente à rápida transformação tecnológica e à crescente importância dos bens digitais no cotidiano contemporâneo, contudo, foi necessário realizar uma análise mais aprofundada sobre o tema, objetivando apresentar ao Congresso Nacional algumas ponderações, com o intuito de oferecer subsídios para a formulação de propostas de alteração do Código Civil. Desta forma, aspiramos reduzir os atuais dilemas jurídicos e garantir um tratamento adequado e justo ao tema tendo em conta um mundo cada vez mais digitalizado e interconectado.

Diante deste quadro, passamos a tentar justificar a melhor solução jurídica a cada um dos problemas apresentados anteriormente.

CONCEITO DE HERANÇA DIGITAL E A REGRA GERAL DE TRANSMISSIBILIDADE DOS BENS DIGITAIS

Tradicionalmente, a herança é o conjunto de bens do *de cuius* que tenha conteúdo econômico, constituindo, assim, o seu patrimônio na acepção clássica da doutrina.

A mudança de paradigma do direito a partir do final da segunda guerra mundial, com a propriedade cedendo sua posição de eixo gravitacional do direito em detrimento da pessoa humana, tem trazido novos desafios e reflexões, especialmente no direito civil, com a crescente preocupação com a questão existencial do titular (pessoa). Isto tem feito com que institutos tradicionais e seculares do direito civil sejam reinterpretados, tal qual a própria noção de patrimônio, que para alguns passa a englobar também a somatória de bens jurídicos que não possuem valor econômico, como o nome e a imagem.

MAZZEI, Rodrigo; FREIRE, Bernardo Azevedo. O codicilo como instrumento de planejamento sucessório da herança digital. In: *Herança Digital: Controvérsias e Alternativas*, v. 2. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2022, p. 29-57.

Assim sendo, tem-se entendido que a herança digital²⁷ engloba “todos os conteúdos de contas, plataformas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança”.

A par destes recentes questionamentos e dúvidas doutrinárias, parece-nos que a melhor solução é garantir a transferência dos assim chamados ativos econômicos, como tradicionalmente ocorre no direito ocidental.

Desse modo, a herança digital seria “o conjunto de bens digitais dotados de valor econômico de titularidade de uma pessoa, assim compreendidos os criptoativos, direitos de propriedade intelectual, dentre outros que possuam finalidade econômica”.

Quanto aos chamados bens de natureza existencial, ou seja, aqueles que não possuem finalidade econômica, a tradição nos força a reconhecer que são partilhados livremente entre os herdeiros, que se apropriam deles por apreensão (fotos, cartas, diários, cadernos, plantas e objetos domésticos de valor sentimental).

A lógica no ambiente digital, entretanto, traz outras complicações. Com efeito, os bens de natureza existencial no âmbito digital seriam contas em plataformas que não possuem valor econômico, como, por exemplo, contas de e-mail, drive (arquivos em nuvem) e plataformas de mensagerias, além de redes sociais, dentre outras. Diante disso, emergem alguns desafios.

Desafio 01

O primeiro desafio aqui trazido diz respeito à própria possibilidade de acesso a este conteúdo pelos sucessores. É verdade que a morte extingue os direitos da personalidade, inclusive privacidade e intimidade, transferindo aos sucessores (legitimidade material e processual) a tutela da proteção da memória e dos restos mortais do falecido.

Diante disso, teoricamente seria possível defender que os sucessores tivessem acesso ao conteúdo de todo este conjunto de bens dito existenciais. Entretanto, isso não nos parece ser a melhor solução, na medida em que parece subverter a *ratio* do sistema. O direito de herança, bem como a legitimidade para zelar pelos direitos do falecido segue a lógica do assim chamado “interesse jurídico”.

²⁷ Para Garcia (2022, p. 35-36), a herança digital é “a sucessão *post mortem* do conteúdo digital (...), a qual tem sido objeto de preocupações não somente no Brasil, mas sim em todo o mundo, o que se deve ao fato de (...) maioria dos usuários não foram preparados ou sequer educados para se posicionar em vida acerca do seu valioso patrimônio digital.”

Vale dizer, o que é transferido aos sucessores são os bens que lhes projetam consequências jurídicas, devendo ficar de fora aqueles que não lhes trazem nenhum benefício concreto e, ao contrário, admitem atos emulativos. Estamos aqui expressamente falando da possibilidade de acesso a milhares de mensagens, e-mails e comunicações privadas, que pouco, ou nada nada, trazem benefício aos sucessores.

Não se trata de proteger a intimidade ou privacidade do falecido, na medida em que seus direitos da personalidade se extinguiram com a morte, mas sim de reconhecer a falta de interesse jurídico aos sucessores em ter acesso a este tipo de conteúdo, além de naturalmente preservar as comunicações com os terceiros que dela participam (remetentes e destinatários), sob pena de se permitir uma verdadeira devassa às comunicações privadas, o que traz consequências tanto no direito privado quanto no direito penal).

Isso não exclui, naturalmente, a possibilidade de demonstração do interesse jurídico por parte dos sucessores e que poderia ensejar o direito de acessar este tipo de conteúdo, mediante comprovação de indício de legitimidade, bem como indicação de plataforma e remetente/destinatário, de modo que o Poder Judiciário controle, caso a caso, o direito de acessar apenas determinados conteúdos e não o universo existencial do falecido.

Desafio 02

O direito civil naturalmente se subordina às normas de natureza constitucional. Dentre elas, vale colacionar o direito da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV, e art. 170, ambos da CF), tão caro na sociedade ocidental.

A livre iniciativa garante a liberdade para que as pessoas conduzam suas atividades econômicas sem interferências excessivas por parte do Estado. Dito isto, é necessário reconhecer que os provedores de aplicações de internet possuem liberdade em criar regras sobre seus modelos de negócio, desde que não violem outros preceitos legais.

Para aquilo que nos interessa, parece razoável reconhecer aos provedores de aplicações de internet de bens de natureza existencial o direito de estabelecerem pela possibilidade ou não de acesso aos sucessores em caso de falecimento/incapacidade de seu titular, bem como a forma que isso será feito, desde que expressamente previsto em seus termos de uso, reconhecendo que os termos de uso existentes no momento do óbito são aqueles que regem as relações entre os

envolvidos - vale dizer, posterior alteração nos termos de uso não tem o condão de modificar as regras existentes no momento da abertura da sucessão.

Se determinado indivíduo utiliza plataforma de e-mail/mensageria que possui regra de sucessão, então está ciente de que seus sucessores terão acesso àqueles conteúdos e, portanto, concorda com estas regras. Este comportamento estimulará o surgimento de plataformas que vedam tais acessos, de modo a termos um maior equilíbrio de oferta de produtos e serviços, trazendo maior maturidade e competitividade no ambiente digital.

Além disso, facultar o acesso aos sucessores envolve também uma questão econômica que não pode passar despercebida: o armazenamento de todos estes dados. Não se pode obrigar que a plataforma permita o acesso indiscriminado aos bens existenciais do falecido, na medida em que se imporia a ela o ônus perpétuo de arcar com os custos de armazenamento de todos estes dados, o que traz a ela maior risco econômico e também risco de segurança da informação e proteção de dados pessoais (quanto maior a base de dados, maior o risco jurídico).

Nesta linha, deve-se reconhecer a liberdade que os provedores de aplicações na internet possuem para definir as suas próprias regras de sucessão dos assim chamados bens de natureza existencial. Os termos de uso, com o devido respeito às normas de ordem pública, vinculam os seus usuários.

Desafio 03

Naturalmente que a regra de vedação de acesso pelos sucessores pode sucumbir diante de um provado legítimo interesse no acesso, como explicitado anteriormente (Desafio 01). Isso faz surgir o terceiro desafio, qual seja a necessidade de se impor um período de armazenamento do conteúdo destas contas pelo provedor de aplicações na internet.

Ao se permitir que o conteúdo seja imediatamente excluído com a ciência do óbito, isso poderia prejudicar o exercício legítimo de direitos pelos sucessores. Com isso, se faz necessário estabelecer um período obrigatório de guarda deste conteúdo.

Com base no dever de guarda dos logs previsto no Marco Civil da Internet, sugere-se o período de 1 (um) ano para guarda obrigatória do conteúdo das plataformas, tempo que parece ser suficiente para que os sucessores *postulem* judicialmente, e dentro dos requisitos previstos em lei, o acesso ao conteúdo que desejem.

Conclusão Preliminar

(i) a herança digital é “o conjunto de bens digitais dotados de valor econômico de titularidade de uma pessoa, assim compreendidos os criptoativos, direitos de propriedade intelectual, dentre outros que possuam finalidade econômica”;

(ii) reconhecer, em regra, a falta de interesse jurídico aos sucessores em ter acesso aos bens de natureza existencial do falecido, na medida em que se deve preservar as comunicações com as pessoas que dela participam (remetentes e destinatários), sob pena de se permitir uma verdadeira devassa às comunicações privadas, o que traz consequências tanto no direito privado quanto no direito penal;

(iii) isso não exclui, naturalmente, a possibilidade de demonstração do interesse jurídico por parte dos sucessores e que poderia ensejar o direito de acessar este tipo de conteúdo, mediante comprovação de indício de legitimidade, bem como indicação de plataforma e remetente/destinatário, de modo que o Poder Judiciário controle, caso a caso, o direito de acessar apenas determinados conteúdos e não o universo existencial do falecido;

(iv) naturalmente que a regra de vedação de acesso aos bens existenciais pelos sucessores pode sucumbir diante de um provado legítimo interesse no acesso, como explicitado anteriormente, o que traz a necessidade de se impor um período de armazenamento do conteúdo destas contas pelo provedor de aplicações na internet. Com base no dever de guarda dos logs previsto no Marco Civil da Internet, sugere-se o período de 1 (um) ano para guarda obrigatória do conteúdo das plataformas, tempo que parece ser suficiente para que os sucessores postulem judicialmente, e dentro dos requisitos previstos em lei, o acesso ao conteúdo que desejem.

(v) a livre iniciativa garante a liberdade para que as pessoas conduzam suas atividades econômicas sem interferências excessivas por parte do Estado. Dito isto, é necessário reconhecer que os provedores de aplicações de internet possuem liberdade em criar regras sobre seus modelos de negócio, desde que não violem outros preceitos legais;

(vi) os termos de uso válidos no momento da abertura da sucessão será aquele que determinará a possibilidade, ou não, de acesso aos bens de natureza existencial por parte dos sucessores;

A QUESTÃO DOS BENS MISTOS E O CASO DAS CONTAS DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

Tratada a regra geral tal qual designada no item (i) acima, compete um olhar um pouco mais aprofundado a respeito dos bens digitais de natureza mista, os quais possuem características tanto de exploração econômica, quanto de natureza existencial. Cite-se aqui, como exemplo, os nomes de domínio vinculados ao “.br”, de titularidade do registro.br (CGI.br) e as contas destinadas à publicidade nos diferentes provedores de aplicações de internet, em especial nas assim chamadas “redes sociais”.

Sobre os nomes de domínio, deve-se reconhecer a possibilidade de sucessão quando o sítio eletrônico possuir finalidade econômica, mediante requerimento administrativo ao “registro.br”. Para fins deste requerimento, o pedido deverá ser encaminhado com cópia do atestado de óbito e concordância expressa de todos os herdeiros necessários (caso o falecido não tenha indicado o titular em testamento), na forma da lei, além do CPF/CNPJ do novo titular para fins de registro na plataforma.

Quanto às plataformas destinadas à exploração de publicidade online e afins, deve-se admitir a sucessão com algumas ressalvas. Para melhor compreendê-las, convém rapidamente discorrer sobre regras de publicidade encontradas em nosso ordenamento jurídico.

Estabelece o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990):

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º 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.

§ 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.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Como se pode observar, o legislador veda a assim chamada publicidade enganosa, qualificada como aquela capaz de, por qualquer motivo, “induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços” (art.

37, §1º, CDC), além de estabelecer que também é ilícita a publicidade por omissão, como sendo aquela que “deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço” (art. 37, §3º, CDC), o que se dá por violação ao dever de informação (art. 6, inciso III, CDC).

O primeiro ponto é entender se a mudança do titular da conta pode ser enquadrado em alguma das práticas listadas como propaganda enganosa.

Com efeito, a função desempenhada pelo influenciador digital é a de passar credibilidade ao consumidor, fazendo com que o produto/serviço seja mais facilmente aceito no mercado, especialmente perante o seu público consumidor.

Desta forma, há que se reconhecer que eventual alteração de titularidade da conta, sem a inequívoca ciência do fato, seja por incapacidade ou óbito, pode sim ser enquadrada como publicidade enganosa, na medida em que pode induzir em erro o consumidor.

Não se trata, portanto, da vedação à sucessão, mas sim do imperioso dever de informação e boa-fé, de onde decorrem os princípios de lealdade e transparência, essenciais tanto na legislação civil, quanto consumerista.

Ainda a justificar esse cuidado com a sucessão destas contas virtuais, convém colacionar trechos do Guia de Publicidade para Influenciadores Digitais elaborado pelo CONAR²⁸.

A regra 1.2. do Guia deixa clara a responsabilidade dos influenciadores digitais em retratar, em seu depoimento, que a experiência pessoal seja genuína e contenha apresentação verdadeira do produto ou serviço anunciado. Ora, o cumprimento do dever de transparência por parte dos sucessores parece ser condição *sine qua non* para que o depoimento pessoal (mecanismo de convencimento) seja genuíno, na medida em que oferecido por um sucessor e não mais pelo antigo titular da conta.

Ainda neste tema, convém também ressaltar outra passagem do Guia do CONAR, assim transcrito:

“Em geral, os Influenciadores abordam temas de diversas naturezas, sendo o caráter orgânico do conteúdo produzido por cada um deles a base da relação de confiança entre os Influenciadores e seus seguidores. Por isso, sobressai a necessidade de que essa relação seja pautada pela transparência em todos os seus âmbitos, em especial no conteúdo de caráter publicitário, e de que sempre seja revelada a motivação da postagem quando difundida a partir

²⁸ CONAR. **Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais**. 2021. Disponível em: <http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf>. Acesso em 13.11.2023.

de interação com Anunciante e/ou Agência. Esclarecer essa relação promove, ao mesmo tempo, a correta e leal comunicação com o público, bem como o dever de ostensividade e identificação publicitária previsto no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.”²⁹

Como se pode observar, a análise do CONAR a respeito das relações entre influenciadores e consumidor parece correta ao afirmar que há uma base de confiança entre as partes, de tal modo que essa relação deve ser pautada pela transparência em todos os seus âmbitos.

Assim, neste item, propõe-se que:

(i) seja admitida a sucessão das plataformas mistas em geral, com observância aos pontos casuísticos abaixo;

(ii) em caso de sucessão de nomes de domínio, deverá ser formulado pedido administrativo ao “registro.br”, com a comprovação do óbito, do formal de partilha e do CPF/CNPJ do novo titular;

(iii) em caso de sucessão de plataformas destinadas à publicidade online, deve-se acrescentar eventual parágrafo ao artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, ou disposição correspondente, a fim de tornar obrigatória, nos termos da Lei, a informação ostensiva sobre a substituição do titular, por óbito ou incapacidade.

SUGESTÕES REDACIONAIS COM VISTAS À ALTERAÇÃO DO CÓDIGO CIVIL E LEGISLAÇÕES PERTINENTES:

1. Sucessão e Herança digital (arts. 1.784; 1.784-A; 1.784-B; 1.784-C; 1.784-D; 1.857, ambos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil; e art. 37, § 5º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor)

| SUGESTÃO DE MODIFICAÇÃO | | |
|--------------------------------|--------------------|-----------------------|
| | Texto Atual | Texto Sugerido |

²⁹ CONAR. **Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais**. 2021, p. 21. Disponível em: <http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf>. Acesso em 13.11.2023.

| | | |
|---------------------|---|---|
| Código Civil | <p>“Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”</p> | <p>“Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança, inclusive digital, transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”</p> |
| | <p>Não se aplica</p> | <p>“Art. 1.784-A. Entende-se por herança digital o conjunto de bens digitais dotados de valor econômico, assim compreendidos os criptoativos, os direitos de propriedade intelectual, dentre outros com finalidade econômica.</p> <p>Parágrafo único. A transmissão de bens sem finalidade econômica fica condicionada à demonstração de interesse jurídico, e se limitará apenas ao conteúdo vindicado.”</p> |
| | <p>Não se aplica</p> | <p>“Art. 1.784-B. Para o efeito previsto no parágrafo único do artigo anterior, cabe aos provedores de aplicações de internet o dever de manter o conteúdo das plataformas, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano.”</p> |
| | <p>Não se aplica</p> | <p>“Art. 1.784-C. Garante-se aos provedores de aplicações de internet liberdade de estipulação quanto à transmissão de bens sem finalidade econômica, respeitadas as demais disposições legais.</p> <p>Parágrafo único. Regula a transmissão constante do caput os termos de uso válidos no momento da abertura da sucessão.”</p> |
| | <p>Não se aplica</p> | <p>“Art. 1.784-D. Em havendo bens com finalidade mista, econômica e não econômica, dá-se a transmissão, desde que respeitado em caráter contínuo o dever de informação, na forma do art. 6º, inciso III, e do § 5º do art. 37, ambos da Lei nº</p> |

| | | |
|--|--|--|
| | <p>“Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.:</p> <p>.....</p> <p>§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.”</p> | <p>8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor.”</p> <p>“Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.:</p> <p>.....</p> <p>§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial ainda que o testador somente a elas se tenha limitado, respeitadas as disposições do Título I deste Livro.”</p> |
| <p>Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor</p> | <p>“Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.</p> <p>.....”</p> | <p>“Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.</p> <p>§ 5º. Em caso de sucessão de plataformas pessoais destinadas à publicidade online, é enganosa a publicidade que não informar em caráter contínuo ao consumidor o falecimento e a sua alteração de titularidade, com a indicação do responsável pela administração.</p> |

| POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E DOS ENUNCIADOS DAS JORNADAS DIANTE DOS DISPOSITIVOS OU DO TEMA | | |
|---|--|----------------|
| Jurisprudência | STF/STJ | Não se aplica. |
| Jornadas do Conselho da Justiça Federal | Jornadas de Direito Civil | Não se aplica. |
| | Jornadas de Direito Notarial e Registral | Não se aplica. |
| | Jornadas de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios | Não se aplica. |

JUSTIFICATIVA

O fim da pessoa natural e da personalidade jurídica não implica necessariamente a extinção dos suportes digitais que eram, em vida, titularizados pelo sujeito. Não é o fato da morte que vai, por exemplo, extirpar da realidade fática contas em redes sociais, mensagens privadas, fotos, vídeos, drives, “non fungible tokens”, dentre outros dados pessoais até então armazenados virtualmente. Em realidade, eles continuam existindo.

Evidencia-se, nesse passo, a seguinte questão: como definir e proceder com a sucessão dos ativos digitais do sucedendo, isto é, com sua herança digital? Trata-se, não se pode olvidar, de um grande desafio, mormente em virtude das complexidades próprias da arquitetura virtual. Com vistas a conferir ao referido questionamento respostas satisfatórias a nível dogmático, como também pragmático, pois, buscou-se privilegiar uma visão macroestrutural a respeito da sucessão em ambiente digital,

definindo, em primeiro lugar, a noção de bens digitais para, então, a partir disso, elencar as hipóteses de sucessão e não sucessão, o que se deu a partir do critério da economicidade, sem se esquecer de eventual interesse legítimo dos herdeiros em hipóteses, a princípio, de não sucessão; bem como da liberdade de iniciativa e do princípio da intervenção mínima no ecossistema econômico, permitindo-se aos provedores de aplicação de internet definir regras de sucessão de bens digitais sem natureza econômica, respeitadas as demais disposições legais.

Com isso, espera-se contribuir em direção ao aprimoramento do Código Civil e das legislações especiais pertinentes, na busca pela pacificação social sucessória também no meio digital.

DEFEITOS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS: DO “NUDGING” ILÍCITO

Érica Bakonyi e Nicolo Zingales

Resumo: O *nudge* é um mecanismo procedimental de estímulo ou de influência capaz de alterar o processo cognitivo dos indivíduos e, portanto, de tomada de decisões. A depender da finalidade e do contexto, a prática do *nudging* pode configurar tanto uma prática lícita, quanto ilícita. Face à capacidade de interferência substancial no processo volitivo de determinadas pessoas, assemelha-se à coação moral ou psicológica, um dos vícios dos negócios jurídicos previstos no Código Civil de 2002 (artigos 151 a 155), embora seja expressivamente mais brando (“influência suave”). Ante a complexidade temática e a premente necessidade defensável de regulamentação, o presente ensaio apresenta, de maneira sucinta e embrionária, (i) qual a abordagem dos tribunais brasileiros sobre o *nudge* no contexto privado, (ii) como o assunto é abordado na legislação estrangeira e, por fim, (iii) nas considerações finais, propõe um “teste de proporcionalidade e intrusão” da coação e do *nudge*, e uma reformulação do texto normativo do Código Civil de 2002.

INTRODUÇÃO

No atual contexto socioeconômico e político, de sociedade orientada por dados (data-driven), no qual se está sujeito à captura massiva de dados (concedidos ou não voluntariamente), com processamentos aptos a gerar perfilhamentos e previsões cada vez mais precisas, cria-se distância abissal entre os agentes de tratamento de dados e os seus respectivos titulares (assimetria de poder/informacional). Face às conclusões provenientes da economia comportamental, cuja premissa indica a racionalidade limitada dos indivíduos (THALER; SUSTEIN, 2008), tal desequilíbrio agrava-se pelas práticas de *nudging* (influências sutis através de arquiteturas de escolha) - ou, ainda, sob perspectiva mais gravosa, de *hypernudging*, técnica aprimorada por algoritmos (YEUNG, 2017). Ante o exposto, torna-se cogente refletir e, eventualmente, limitar a utilização deliberada desse recurso em defesa do polo (hiper)vulnerável.

O *nudge*, *per se*, é um mecanismo procedimental de estímulo ou de influência capaz de alterar o processo cognitivo dos indivíduos e, portanto, de tomada de decisões. A depender da finalidade e do contexto, a prática do *nudging* pode configurar tanto uma prática lícita, quanto ilícita (quando desconforme ao ordenamento jurídico, em especial ao princípio da boa-fé objetiva). Face à capacidade de interferência substancial no processo volitivo de determinadas pessoas, assemelha-se à coação moral ou psicológica³⁰, um dos vícios dos negócios jurídicos previstos no Código Civil de 2002 (artigos 151 a 155), embora de cariz expressivamente mais brando (“influência suave”), na medida em que não há o emprego da violência e da manipulação pelo medo.

A coação moral (psicológica, relativa ou *vis compulsiva*), assim como o *nudge*, incide sobre a cognição da vítima. Aquela, por sua vez, materializa-se como ameaça ou pressão injusta com o fim de forçar um indivíduo a praticar ato ou negócio jurídico de maneira que divirja de sua vontade interna. É o emprego da violência psicológica que caracteriza esse defeito jurídico. Para que se reconheça a capacidade de viciar a declaração da vontade, a coação, enquanto meio intimidativo, deve ser a causa determinante para o ato ou negócio jurídico (GONÇALVES, 2014). Como regra geral, a coação deve promover no paciente “fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou de seus bens” (art. 151, *caput*, do CC/02), excluindo-se a ameaça do exercício regular de um direito - então justa, proporcional e conforme o ordenamento jurídico -, e a ação em resposta ao simples temor reverencial ou à relação de subordinação (art. 153 do CC/02). A consequência jurídica imposta é a anulabilidade do negócio jurídico (artigo 171, inciso II, do CC/02).

³⁰ A coação poderá ser física ou moral. Pela coação física (absoluta ou *vis absoluta*) o autor do ilícito utiliza-se da força física para obter vantagem e, por não interferir no processo cognitivo e de escolha da vítima, gera, pela interpretação de alguns estudiosos, a nulidade do negócio jurídico (GOMES, 2007; DINIZ, 1997), ou, em razão da ausência de manifestação da vontade, a inexistência deste (GONÇALVES, 2014).

Perante o cenário descrito, será apresentada, de maneira sucinta e embrionária, (i) qual a abordagem dos tribunais brasileiros sobre o *nudge* no contexto privado, (ii) como o assunto é abordado na legislação estrangeira e, por fim, (iii) nas considerações conclusivas, propor-se-á texto normativo para eventual modificação do Código Civil de 2002.

ABORDAGEM DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS SOBRE O TEMA

No intuito de realizar o levantamento de processos provenientes dos Tribunais brasileiros sobre o tema, utilizou-se a plataforma de pesquisa “Juit.io”³¹ para operacionalizar as buscas por meio de inteligência artificial (jurimetria). Neste ambiente, manipularam-se as palavras-chave “nudge” OU “nudging” OU “arquitetura de escolha”, identificando-se somente dois processos. Ambos os casos analisados não se aplicam ao contexto do presente ensaio, haja vista que o *nudge* foi citado ou como um mecanismo utilizado pelo Poder Público a fim de promover determinado comportamento, ou como uma consequência de determinada posição oficial. Vejam-se. No primeiro processo identificado, um “Incidente De Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0048778-19.2019.8.16.0000”, interposto no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), mencionou-se em decisão de segunda instância e, em outra, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (publicadas em 02 de outubro de 2020 e 06 de setembro de 2022, respectivamente), argumento no qual se classifica a dispensa pela regularidade fiscal em processo de recuperação judicial como um *nudge* de incentivo econômico para que as empresas se conduzam de maneira prejudicial no âmbito da concorrência desleal (artigo 57, da Lei de Falências, combinado com as leis de regulamentação de parcelamento tributário do contribuinte em recuperação judicial, as Leis n.º 13.043/2014 (União) e da Lei estadual n.º 18.132/2004, do Estado do Paraná) (PARANÁ, 2020); e, no segundo, em decisão em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, Tema 1.013 (BRASIL, 2021), entendeu-se que a opção do Poder Público por garantir um percentual mínimo de

³¹ Disponível em: <https://juit.io/> , acesso em 18/11/2023.

produções locais funciona como uma condicionante não categórica e definitiva da arquitetura de escolhas, e que é uma política de difusão da cultura fomentada pelo *nudge*. Conquanto, em outro sentido, conforme exposto preteritamente, propõe-se um estudo acerca da prática do *nudging* como ferramenta utilizada no contexto privado, por conseguinte, como mecanismo capaz de alterar expressivamente o processo decisório daqueles sujeitos à sua prática (*nudgees*) o que, eventualmente, a elevaria a uma das hipóteses de vícios dos negócios jurídicos.

DIREITO COMPARADO

A tradução de *nudge* remete às palavras e expressões “influência”, “estímulo”, “incentivo moderado” ou “empurrãozinho”. O *nudge* é um aspecto da arquitetura de escolha que direciona os indivíduos a tomada de decisão em um determinado sentido, sem limitar ou prejudicar substancialmente esse processo volitivo, mantendo, destarte, opções alternativas e díspar em relação àquelas que se pretende estimular (ZINGALES; BAKONYI, 2022, p. 180-181).

Ciente da premente necessidade de limitar a utilização deliberada desse recurso em defesa do polo vulnerável, dedicou-se à pesquisa direcionada à identificação e ao cotejo de modelos regulatórios que prevejam a prática de *nudge* na seara privada. Como resultado desta, elencam-se os seguintes diplomas e entendimentos jurisprudenciais: (i) “Unfair Commercial Practices Directive” (EUROPE, 2005); (ii) “Digital Market Act” (EUROPE, 2020); (iii) “Digital Service Act” (EUROPE, 2022); (iv) “Artificial Intelligence Act”, ou “AI Act” (EUROPE, 2021); e, (v) a interpretação jurisprudencial para o conceito jurídico de “influência indevida” do Direito Civil inglês e alemão. Em que pese a ausência de previsão nominal (literal) de *nudge* nas legislações e doutrinas mencionadas, utilizaram-se elementos de sua definição para o seu reconhecimento, quais sejam, os verbos e o objeto da respectiva ação. Os verbos encontrados foram os atos ou a capacidade de “distorcer”, “prejudicar”, “manipular”, “enganar”, “dificultar”, “alterar” e “entravar”, dedicados à “liberdade de escolha”, à “consciência”, ao “comportamento”, à “capacidade decisória” e à “capacidade de manifestar consentimento”.

No “Unfair Commercial Practices Directive” (EUROPE, 2005), proíbem-se práticas comerciais desleais (artigo 5º) que, dentre as conceituações previstas, enumeram-se aquelas capazes de:

Distorcer ou for susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico, em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou que afecta, ou do membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores (artigo 5.2, “b”).

Inclusive, reforçam-se como práticas comerciais agressivas (artigo 5.4), aquelas passíveis de:

no caso concreto, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias, prejudicar ou for susceptível de prejudicar significativamente, devido a assédio, coacção – incluindo o recurso à força física – ou influência indevida, a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor médio em relação a um produto, e, por conseguinte, o conduza ou seja susceptível de o conduzir a tomar uma decisão de transacção que este não teria tomado de outro modo (artigo 8º).

De forma taxativa, a Diretiva elenca os elementos que devem ser analisados para determinar se uma prática comercial utiliza-se (ou não) de assédio, coacção ou influência indevida. Transcrevem-se aqueles que se aplicam à inteligência de *nudge*:

a) O momento e o local em que a prática é aplicada, a sua natureza e a sua persistência; (...) c) O aproveitamento pelo profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica de uma gravidade tal que prejudique a capacidade de decisão do consumidor, de que o profissional tenha conhecimento, com o objectivo de influenciar a decisão do consumidor em relação ao produto; d) Qualquer entrave extracontratual oneroso ou desproporcionado imposto pelo profissional, quando o consumidor pretenda exercer os seus direitos contratuais, incluindo o de resolver um contrato, ou o de trocar de produto ou de profissional; (...) (artigo 9º).

Nessa linha, o “Digital Market Act” (EUROPE, 2020), no Considerando 37, não somente orienta a vedação aos controladores de acesso operarem as suas interfaces em linha de uma maneira que “engane, manipule ou de outra forma distorça ou prejudique ativamente a capacidade dos utilizadores finais de darem livremente o seu consentimento” como, igualmente, impede a requisição, por mais de uma vez ao ano, do consentimento de utilizadores finais para as mesmas finalidades recusadas ou retiradas em oportunidade pretérita. De forma cogente, reforça a obrigatoriedade dos

requisitos mínimos determinados pela Diretiva (precisamente, nos artigos 5º, 6º e 7º), sublinhando a impossibilidade de utilização de “técnicas comportamentais” ou de “concepção de interfaces” que comprometam o efetivo cumprimento dessas obrigações (artigo 13.4), e proíbe que o exercício de direitos e a possibilidade de escolha pelos serviços essenciais das plataformas sejam prejudicados de alguma maneira em suas condições ou qualidade, ou que o onere de forma indevida:

nomeadamente mediante a oferta de escolhas ao utilizador final de forma não neutra, ou utilizando a estrutura, a concepção, a função ou o modo de funcionamento de uma interface de utilizador ou de parte dela para condicionar a autonomia, a tomada de decisões ou a livre escolha do utilizador final ou do utilizador profissional (artigo 13.6).

A título ilustrativo, como exemplos expressos acerca da vedação ao *nudge*, elencam-se os artigos 6.3, 6.5, 6.6 e 6.13 que, de forma geral, impõem que a concepção e a organização da interface em linha garantam o exercício de determinadas ações ou eleição de produtos e serviços sejam realizados de forma facilitada, equânime em termos de classificação, indexação e rastreamento, transparente e não discriminatória.

Similarmente, o artigo 25.1 do “Digital Service Act” (EUROPE, 2022) dispõe:

Os fornecedores de plataformas em linha não podem conceber, organizar ou explorar as suas interfaces em linha de forma a enganar ou manipular os destinatários do seu serviço ou de forma a distorcer ou prejudicar substancialmente de outro modo a capacidade dos destinatários do seu serviço de tomarem decisões livres e informadas.

Este Diploma enriquece a proteção contra as práticas de *nudging* face aos demais modelos normativos ao possibilitar, no artigo 25.3, que a Comissão emita diretrizes correlatas ao artigo anterior quando aplicado a práticas específicas. Menciona, portanto, (i) o ato de conceder destaque a determinadas opções ao sujeitar o destinatário do serviço a um processo decisório; (ii) solicitar de forma reiterada que o destinatário do serviço tenha determinado comportamento volitivo já manifesto em outra oportunidade (por exemplo, por intermédio da exibição de janelas instantâneas); e, (iii) agravar a forma de execução do procedimento de cancelamento de determinado serviço em comparação com aquela de sua subscrição.

O “Artificial Intelligence Act” (EUROPE, 2021) proíbe expressamente (i) a colocação em mercado ou em serviço, ou a utilização de sistema de inteligência artificial (IA) que utilize técnicas opacas (“subliminares”) que alterem a consciência de modo a “distorcer substancialmente” o comportamento ocasionando - ou podendo ocasionar - danos físicos ou psicológicos a sujeitos diretos ou indiretos deste sistema (artigo 5.1, “a”); e, (ii) a colocação em mercado ou em serviço, ou a utilização de sistema de inteligência artificial (IA) que “explore quaisquer vulnerabilidades de um grupo específico de pessoas associadas à sua idade ou deficiência física ou mental”, no intuito de “distorcer substancialmente” o seu comportamento ocasionando - ou podendo ocasionar - danos físicos ou psicológicos a sujeitos diretos ou indiretos deste sistema (artigo 5.1, “b”).

Diferentemente, no Direito Civil inglês, o conceito de influência indevida foi desenvolvido pelas Cortes de Equidade. Firmou-se doutrinariamente que quando houver um abuso da influência adquirida ou uma traição da confiança (KAY, 1859, p. 779 *apud* HADJIANI, 2002) que conduza a uma conduta aberrante e, portanto, “injusta, iníqua inescrupulosa” (COLLINS, 1997, p. 139 *apud* HADJIANI, 2002), o ato será anulável. Salienta-se que, em algumas situações, a jurisprudência inglesa presume a existência dessa relação de confiança. Citam-se, como exemplos, a relação entre o advogado e o cliente, o médico e o paciente, o sacerdote e o discípulo, o tutor e o tutelado, os pais e os filhos, entre outros (HADJIANI, 2002).

No modelo alemão, tal conceito recebe tutela jurídica pela seção 138 (1) do BGB, que afirma: “Uma transação jurídica é inválida se contrariar a moral e os bons costumes” (tradução livre). Frisa-se que a Corte Suprema definiu como imoral (ou contrário aos bons costumes) aquilo que colide com o sentido de decência individual, por eles identificado como aquele orientado pelo entendimento do que é justo e do que é equânime (HORN, 1982, p. 86 *apud* HADJIANI, 2002).

De modo geral, a influência indevida será amparada pelo Direito Civil alemão quando houver a celebração de um contrato injusto em decorrência do abuso consciente de uma posição dominante, como, por exemplo, nas situações de

monopólio, nas que envolvam autoridades públicas, locatários, empregadores e bancários (HADJIANI, 2002). Assim como na Inglaterra, a comprovação da existência de uma desvantagem objetiva é cogente. Contudo, com tratamento jurídico distinto, o negócio jurídico será nulo, e não anulável.

Por fim, explorados os textos normativos e entendimentos jurisprudenciais supracitados, resta evidente a preocupação dos reguladores exógenos em disciplinar a utilização de mecanismos que, embora menos intrusivos, detém a capacidade de manipular o processo volitivo de determinados indivíduos, sobretudo daqueles pertencentes a grupos vulneráveis.

CONCLUSÃO

O *nudge* ilícito é um subterfúgio que demanda regulamentação. Pela leitura do Capítulo IV do Código Civil de 2002, referente ao defeito dos negócios jurídicos, não se identifica qualquer ato semelhante que permita eventual interpretação que proteja os indivíduos das práticas de *nudging*.

Quando perante o *nudge*, recomenda-se a realização de avaliação prévia de intrusão, ou, em outras palavras, de “teste de proporcionalidade” para compreender se a prática está em conformidade com o ordenamento jurídico. Nesse sentido, a proposição de análise do *nudging* deve se embasar em ao menos três elementos de legitimação, quais sejam, (i) expressar um benefício ao sujeito alvo (o *nudgee*), (ii) efetivar-se com transparência, e (iii) ser dotado de mecanismos facilitados para o exercício do “direito de rejeição/retirada” (*opt-out*) (ZINGALES; BAKONYI, 2022).

Na pretensão de cotejar os vícios do consentimento provocados pela coação moral e pelo *nudge*, elaborou-se a tabela abaixo para auxiliar na avaliação da respectiva proporcionalidade, bem como da validade do ato ou negócio jurídico praticado sob influência.

AVALIAÇÃO DE PROPORCIONALIDADE E DE ANULABILIDADE DE ATO OU NEGÓCIO JURÍDICO

| Parâmetros comparativos | Coação moral | <i>Nudge</i> |
|--|--|--|
| Do nível de influência | Deve ser a causa determinante do ato ou negócio jurídico. | Deve influir no processo de escolha correlato ao ato ou negócio jurídico. |
| Da gravidade | Deve ser grave (artigos 151, 152 e 153 do CC/02) - eventualmente associado à "violência". | Deve ser suave. |
| Das opções alternativas | Deve manter as possibilidades e opções de escolha. | Deve manter as possibilidades e opções de escolha. |
| Da consequência de não submissão | Deve constituir ameaça de prejuízo à pessoa ou a bens da vítima ou a pessoas de sua família, ou, em outras hipóteses, a ser submetido a avaliação judicial (artigo 151). | Deve gerar uma facilitação (menor esforço) do sujeito no processo de escolha |
| Do ordenamento jurídico | Deve ser ilícita ou injusta (artigo 153 do CC/02). | Deve ser ilícito ou injusto. |
| Do impacto sobre a vítima | Deve ser dispar em relação à vontade interna da vítima. | Deve gerar um prejuízo ao sujeito alvo (<i>nudgee</i>). |
| Do exercício do "direito de rejeição/retirada" (<i>opt-out</i>). | Não se aplica. | Ausência de mecanismos facilitados. |
| Da arquitetura de escolha | Não se aplica. | Deve representar arquitetura de escolha obscura ou opaca. |
| Da temporalidade do objeto ou do fator de influência | Deve estar atrelada a um dano atual ou iminente (artigo 151 do CC/02). | Não se aplica. |
| Do ameaça | Deve constituir ameaça de prejuízo à pessoa ou a bens da vítima ou a pessoas de sua família, ou, em outras hipóteses, a ser submetido a avaliação judicial (artigo 151). | Não se aplica. |

Tabela 1. Coação moral e *nudge*: Avaliação de proporcionalidade e de anulabilidade de ato ou negócio jurídico.

Face às semelhanças e divergências desses dois vícios, propõe-se a inclusão de artigo sobre o *nudging* e uma reformulação textual do artigo 152 do Código Civil de 2022, nos termos que seguem (com sugestões destacadas em vermelho):

Art. 152. Será considerada influência indevida ou injusta a utilização de qualquer estrutura ou mecanismo de oferta de escolha não neutra com o fim de viciar a liberdade de escolha, a capacidade de tomada de decisões, de declaração da vontade ou de realização de outro comportamento do destinatário final.

Parágrafo único. A influência indevida ou injusta deve conduzir ou ser capaz de conduzir o destinatário final a tomar uma decisão de transação que não tomaria em outras circunstâncias.

Art. 153 (Art. 152 - originalmente). No apreciar a coação e a influência indevida, ter-se-ão em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade dela.

É notório que o tema é complexo. O presente relatório representa uma iniciativa embrionária, de assunto sobre o qual os autores pretendem se debruçar e aprimorar nos próximos meses.

REFERÊNCIAS

ACQUISTI, Alessandro. Nudging privacy: the behavioral economics of personal information. *IEEE Secur. Priv.* 7, 6. 2009. p. 82-85.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral (tema 1.013): “São constitucionais os procedimentos licitatórios que exijam percentuais mínimos e máximos a serem observados pelas emissoras de rádio na produção e transmissão de programas culturais, artísticos e jornalísticos locais, nos termos do artigo 221 da Constituição Federal de 1988”, nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux (Presidente), vencido o Ministro Marco Aurélio. Plenário, 18.03.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). RE 1070522 / PE - PERNAMBUCO / Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: volume 1 – Teoria Geral do Direito Civil. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

EUROPE. The European Parliament and the Council of the European Union. Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act) (Text with EEA relevance). 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/1925>.

EUROPE. The European Parliament and the Council of the European Union. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts. 2021. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>.

EUROPE. The European Parliament and the Council of the European Union. Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act). 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32022R2065>.

EUROPE. The European Parliament and the Council of the European Union. Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive'). 2005. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32005L0029>

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HADJIANI, Armin. Duress and Undue Influence in English and German Contract Law: a comparative study on vitiating factors in common and civil law. Oxford U Comparative L Forum 1, 2002. Disponível em: <https://ouclf.law.ox.ac.uk>.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Incidente De Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0048778-19.2019.8.16.0000. 2ª Vara de Falências e Recuperação Judicial de Curitiba. Relator Desembargador Clayton De Albuquerque Maranhão. 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator Desembargador Clayton De Albuquerque Maranhão. 21.09.2020.

THALER, R. H., SUSTEIN, C. R. Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness. Editora Penguin Books. Londres, 2008.

YEUNG, Karen. 'Hypernudge': Big Data as a Mode of Regulation by Design. Information, Communication & Society (2017), p. 1-19.

ZINGALES, N.; BAKONYI, E. Aceitabilidade do nudging: a necessidade de uma resposta multidimensional. Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça, 16(1), 2022.

CONTRATO DE LOCAÇÃO POR APLICATIVO DIGITAL (ART. 579 E 580 DO CÓDIGO CIVIL)

Rubem Konig

INTRODUÇÃO

A evolução tecnológica e a crescente digitalização das atividades humanas têm conduzido a uma reformulação na forma como os contratos são firmados e gerenciados. A ascensão de plataformas de locação por aplicativos digitais, como o Airbnb, ilustra essa mudança paradigmática. Esse fenômeno, no entanto, não se encontra completamente contemplado pelo Código Civil (CC) em vigor, fazendo-se necessária uma revisão que considere as especificidades e nuances dos contratos eletrônicos. Isso garantiria que o direito permaneça atualizado e capaz de endereçar adequadamente as complexidades surgidas no ambiente digital.

Dentro desse contexto, a questão dos contratos de locação por aplicativo digital merece destaque. A liberdade do proprietário em gozar de seu imóvel, conforme sinalizado por decisões como a do Ministro Salomão, deve ser balanceada com as preocupações de segurança dos demais condôminos. Portanto, uma atualização no CC poderia contemplar diretrizes claras sobre essa modalidade de locação, possivelmente estabelecendo requisitos mínimos de segurança ou mesmo definindo limitações, sempre buscando o equilíbrio entre o direito de propriedade e a tranquilidade coletiva. Essa revisão poderia reduzir o número de demandas judiciais relacionadas ao tema, oferecendo uma solução mais harmônica e eficaz para a sociedade.

SUGESTÃO DE MODIFICAÇÃO

SUGESTÃO DE MODIFICAÇÃO

| | Texto Atual | Texto Sugerido (destacar de amarelo a inovação) |
|--------------|--|--|
| Código Civil | <p>CAPÍTULO V DA LOCAÇÃO DE COISAS</p> <p>Art. 565. Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.</p> <p>Art. 566. O locador é obrigado:</p> <p>I - a entregar ao locatário a coisa alugada, com suas pertencas, em estado de servir ao uso a que se destina, e a mantê-la nesse estado, pelo tempo do contrato, salvo cláusula expressa em contrário;</p> <p>II - a garantir-lhe, durante o tempo do contrato, o uso pacífico da coisa.</p> <p>Art. 567. Se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a que se destinava.</p> <p>Art. 568. O locador resguardará o locatário dos embaraços e turbações de terceiros, que tenham ou pretendam ter direitos sobre a coisa alugada, e responderá pelos seus vícios, ou defeitos, anteriores à locação.</p> <p>Art. 569. O locatário é obrigado:</p> <p>I - a servir-se da coisa alugada para os usos convencionados ou presumidos, conforme a natureza dela e as circunstâncias, bem como tratá-la com o mesmo cuidado como</p> | <p>“Art. 579 - Locação por Aplicativo Digital § 1º - Definição e Validade A locação de coisas, celebrada por meio de aplicativo digital, é modalidade de contrato válida e eficaz, desde que atendidos os requisitos legais estabelecidos neste Código.</p> <p>§ 2º Para fins deste artigo, entende-se por aplicativo digital qualquer plataforma, software ou sistema eletrônico que permita a celebração, gestão e execução de contratos que tenham por objeto a intermediação do uso, gozo e fruição de coisa não fungível”.</p> <p>“Art. 580. Observando-se as regras da legislação vigente, é permitida a locação de coisa não fungível realizada por meio de plataforma digital, definida no artigo anterior”.</p> |

se sua fosse;

II - a pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados, e, em falta de ajuste, segundo o costume do lugar;

III - a levar ao conhecimento do locador as turbações de terceiros, que se pretendam fundadas em direito;

IV - a restituir a coisa, finda a locação, no estado em que a recebeu, salvas as deteriorações naturais ao uso regular.

Art. 570. Se o locatário empregar a coisa em uso diverso do ajustado, ou do a que se destina, ou se ela se danificar por abuso do locatário, poderá o locador, além de rescindir o contrato, exigir perdas e danos.

Art. 571. Havendo prazo estipulado à duração do contrato, antes do vencimento não poderá o locador reaver a coisa alugada, senão ressarcindo ao locatário as perdas e danos resultantes, nem o locatário devolvê-la ao locador, senão pagando, proporcionalmente, a multa prevista no contrato.

Parágrafo único. O locatário gozará do direito de retenção, enquanto não for ressarcido.

Art. 572. Se a obrigação de pagar o aluguel pelo tempo que faltar constituir indenização excessiva, será facultado ao juiz fixá-la em bases razoáveis.

Art. 573. A locação por tempo determinado cessa de pleno direito findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso.

Art. 574. Se, findo o prazo, o locatário continuar na posse da

coisa alugada, sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação pelo mesmo aluguel, mas sem prazo determinado.

Art. 575. Se, notificado o locatário, não restituir a coisa, pagará, enquanto a tiver em seu poder, o aluguel que o locador arbitrar, e responderá pelo dano que ela venha a sofrer, embora proveniente de caso fortuito.

Parágrafo único. Se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade.

Art. 576. Se a coisa for alienada durante a locação, o adquirente não ficará obrigado a respeitar o contrato, se nele não for consignada a cláusula da sua vigência no caso de alienação, e não constar de registro.

§ 1º O registro a que se refere este artigo será o de Títulos e Documentos do domicílio do locador, quando a coisa for móvel; e será o Registro de Imóveis da respectiva circunscrição, quando imóvel.

§ 2º Em se tratando de imóvel, e ainda no caso em que o locador não esteja obrigado a respeitar o contrato, não poderá ele despedir o locatário, senão observado o prazo de noventa dias após a notificação.

Art. 577. Morrendo o locador ou o locatário, transfere-se aos seus herdeiros a locação por tempo determinado.

Art. 578. Salvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com

| | | |
|---|------------------------------------|---|
| | expresso consentimento do locador. | |
| Leis extravagantes conexas (indicar número da Lei ao transcrever o texto atual e o texto sugerido) | Lei 8.245/91 - Lei de Locações | Lei 8.245/91 - Lei de Locações |
| POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E DOS ENUNCIADOS DAS JORNADAS DIANTE DOS DISPOSITIVOS OU DO TEMA | | |
| Jurisprudência | STF/STJ | As principais discussões que versam em sede de jurisprudência giram em torno de que não poderia ocorrer a vedação da utilização do imóvel para locação por aplicativo digital, fundamentada no direito de uso, gozo e fruição do titular, nos termos do que dispõe os arts. 1.228 e 1.335 do Código Civil de 2002 e 19 da Lei 4.591/64 (Recurso Especial 1.819.075/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão). Além disso, o impedimento deste tipo de locação, poderia gerar restrição ao direito de propriedade (Recurso Especial 1.819.075/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão). Ainda que seja arguida a possibilidade de falta segurança na parte condominial, pelo trânsito de pessoas desconhecidas, entende-se que o direito de propriedade prevalece a esse debate, inclusive se regulada por leis esparsas, por se tratar de um direito fundamental (Art. 5º, XXII e XXIII, CF/88). |

| | | |
|--|--|--|
| Jornadas do Conselho da Justiça Federal | Jornadas de Direito Civil | Não aplicável. Não foi encontrada discussão a respeito da temática em âmbito das Jornadas de Direito Civil |
| | Jornadas de Direito Notarial e Registral | Não se aplica. Não foi encontrada discussão a respeito da temática em âmbito das Jornadas de Direito Notarial e Registral |
| | Jornadas de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios | Não se aplica. Não foi encontrada discussão a respeito da temática em âmbito das Jornadas de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios |

JUSTIFICAÇÃO

Em que pese não se tenha encontrado discussão relacionada ao tema nas Jornadas do Conselho da Justiça Federal, se observa que pode ocorrer o enfrentamento em termos de atualização no Código Civil.

Trata-se de uma temática relevante para proprietários ou possuidores de imóveis, que tenham coisas não fungíveis e que se sujeitem a serem utilizados para fins de locação, operacionalizada e viabilizada por meio de plataformas digitais. Destaca-se que o tipo de negócio jurídico gera renda ao locador, funcionalidade, praticidade e facilidade a quem utiliza a coisa e impostos (de renda e sobre serviço) que resulta no aumento de arrecadação fiscal e, teoricamente, com a captação destes recursos, reverte em proveito da sociedade. A ideia não é alterar ou ajustar cláusulas já existentes no CAPÍTULO V – DA LOCAÇÃO DE COISAS, mas acrescentar artigo de forma que possa alcançar uma parcela que é resultante da evolução tecnológica e a crescente digitalização das atividades humanas.

Quanto à essa espécie de contrato não há clara definição doutrinária, nem tem legislação específica no Brasil, diferindo-se daquelas espécies tradicionais de locação, regidas pela Lei 8.245/91. Assim, por não haver regulação própria e em decorrência da cada vez maior utilização deste tipo de negócio jurídico, encontra-se aqui fundamento para que se avalie a possibilidade da sua positivação, sujeita a debates mais aprofundados que se entenderem necessários.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIRBNB. O que é o Airbnb e como ele funciona? Disponível em: <https://www.airbnb.com.br/help/article/2503/o-que-%C3%A9-o-airbnb-e-como-ela-funciona>. Acesso em: 18 nov. 2023.

AIRBNB contribuiu com R\$ 2,5 bilhões ao PIB brasileiro em 2016, diz Fipe. G1, 10 out. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/airbnb-contribuiu-com-r-25-bilhoes-ao-pib-brasileiro-em-2016-diz-fipe.ghtml>. Acesso em: 20 nov. 2023.

AMIN & ARRAES. Direito de Vizinhança – Uso Nocivo da Propriedade. 2019. Disponível em: <http://aminearraes.com.br/direito-de-vizinhanca-uso-nocivo-da-propriedade/>. Acesso em: 17 nov. 2023.

ANDRADE PINTO, Luiz Fernando de. Direito de propriedade. Série aperfeiçoamento de magistrados, direitos reais. Rio de Janeiro, Emerj, 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/16/direitosreais_75.pdf. Acesso em: 19 nov. 2023.

ARONNE, Ricardo. Por uma nova hermenêutica dos direitos reais – das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Estudos e pareceres em direito privado. São Paulo: 2004.

GOMES, Orlando. Direitos Reais. 16a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro. v. 3: contratos e atos unilaterais. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direitos das coisas. Direito civil brasileiro. Vol. 5. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LIMA, Kethelin Camila Santos. Da (im)possibilidade de locação de imóveis nos condomínios edilícios por meio de plataformas digitais. 19f. 2020. Unicesumar - Universidade Cesumar: Maringá, 2020. Disponível em: <http://rdu.unicesumar.edu.br/handle/123456789/7097>. Acesso em: 20 nov. 2023.

MACHADO, Luiza Semensato; TABARELLI, Liane. Direito de propriedade e a locação residencial de imóvel em condomínio via airbnb: Apreciação da tendência jurisprudencial sobre a matéria Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2022/02/luiza_machado.pdf. Acesso em 19 nov. 2023.

MARTINS-COSTA, Judith. Os campos normativos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; TORRES, Heleno Teveira; CARBONE, Paolo (coord). Princípios do Novo Código Civil brasileiro: homenagem a Tulio Ascarelli. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

NADER, Paulo. Direito das coisas. Vol. 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das coisas. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, Cristiane Afonso Soares. O direito de propriedade sob o prisma da Constituição Federal de 1988. Revista Águia, 2012. In: SILVA, Cristiane Afonso Soares. O Direito de propriedade na Constituição Federal de 1988. Revista Águia, p. 93-95, 2012.

SIMÃO, José Fernando. Direito civil: contratos. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

STJ: Condomínio pode proibir aluguel por meio de plataformas digitais. Migalhas, 20 abr. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/344000/stj-condominio-pode-proibir-aluguel-por-meio-de-plataformas-digitais>. Acesso em: 20 nov. 2023.

PROVAS DIGITAIS

Carine Regina Serachi, João Sérgio Pereira e Nubia Ventura

Resumo: O presente relatório aborda a legislação e jurisprudência brasileiras no contexto das provas digitais, analisando o direito comparado e a necessidade de alteração do Código Civil. Foi evidenciada uma lacuna entre a evolução tecnológica e a persistência de meios de prova tradicionais, muitas vezes onerosos, que limitam a acessibilidade e liberdade probatória das partes. No entanto, sempre que possível, o aspecto de vulnerabilidade para fins de validade de determinado ato jurídico esteve presente nas reflexões dos pesquisadores. Para a realização deste trabalho, cada pesquisador trouxe dimensões particulares ao tema.

INTRODUÇÃO

Como caminho de reflexão, com fins propositivos, foram considerados os elementos essenciais da prova e da confiabilidade da prova digital: requisitos de validade, autenticidade e integridade.

Apesar da proposta unificada e dos debates em grupo, preferiu-se que cada pesquisador tivesse a liberdade de desenvolver o tema de forma individual, com seus enfoques particulares. A sobreposição de ideias, no entanto, foi evitada. A seguir, seguem os delineamentos de cada pesquisador:

- Carine: Da admissibilidade das capturas de tela (print screens/screenshots) e telas sistêmicas como meio de prova;
- João: Flexibilização do ambiente probatório, permeado por novas tecnologias: atualização das fontes de provas e reflexões sobre alterações de dispositivos do Código Civil. Tratamento dos requisitos da existência dos fatos jurídicos na parte relativa às provas com a identificação de cada meio de prova, em cotejo com o que as tecnologias têm a oferecer;
- Nubia: Reflexões sobre a contribuição do Código Civil para a colheita de provas extrajudiciais.

ABORDAGEM DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS SOBRE O TEMA E REFLEXÕES

Da admissibilidade das capturas de tela (print screens/screenshots) e telas sistêmicas como meio de prova

Em sua maioria, principalmente onde há a inversão do ônus da prova ante a hipossuficiência do consumidor, há o entendimento de que capturas de tela (de sistemas internos de empresas) são tidas como prova unilateral e, por tal motivo, desconsideradas de ofício pelo Juízo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO - CONTRATAÇÃO DE PLANO TELEFÔNICO - CANCELAMENTO DO PLANO - COBRANÇA NÃO CESSADA - PAGAMENTO INDEVIDO - TELAS SISTÊMICAS - PROVA UNILATERAL - DANO MORAL CONFIGURADO - SENTENÇA REFORMADA. A apresentação de telas de sistema, por se tratarem de documentos unilaterais, não se presta a comprovar os fatos alegados. Na fixação do valor da compensação, imprescindível sejam levadas em consideração a proporcionalidade e razoabilidade. (TJ-MG - AC: 10000212014476001 MG, Relator: Marcos Henrique Caldeira Brant, Data de Julgamento: 09/02/2022, Câmaras Cíveis / 16ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/02/2022)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - TELAS SISTÊMICAS - DOCUMENTOS UNILATERAIS - DANO MORAL - CONFIGURADO - RECURSO DESPROVIDO. A juntada de cópias de telas sistêmicas e faturas mensais, produzidas unilateralmente sem qualquer outro elemento de prova não é suficiente para sustentar o alegado pela defesa. (TJ-MT 10019412020188110045 MT, Relator: SEBASTIAO BARBOSA FARIAS, Data de Julgamento: 28/09/2021, Primeira Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/09/2021)

A justificativa para tal recusa, por muitas vezes, reside tão-somente no fato da prova ser unilateral, ou seja, produzida pela empresa fornecedora dos serviços. Com isso, parte-se da premissa, ainda que a prova não tenha sido impugnada pela parte, de que a mesma é de fácil manipulação e, portanto, forjada³².

Nesse sentido, apesar de já haver previsão expressa no Código Civil³³ e no Código de Processo Civil³⁴ acerca da admissibilidade de reproduções eletrônicas ou

³² TJ-MG - AC: 10000220498620001 MG, Relator: Aparecida Grossi, Data de Julgamento: 20/07/2022, Câmaras Cíveis / 17ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 21/07/2022.

³³ Art. 225 CC. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, **quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas** de fatos ou de coisas **fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.**

³⁴ Art. 422 CPC. **Qualquer reprodução mecânica**, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica **ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida.**

de outra espécie como meio de prova, a necessidade de impugnação pela outra parte, principalmente nos Juizados Especiais, parece ser ignorada pelos magistrados, que acabam por desconsiderar a prova de ofício, desvirtuando o princípio do livre convencimento motivado³⁵. Isto porque, a motivação expressa ou escrita reside simplesmente no fato da prova ter sido produzida unilateralmente - o que por si só é fundamento insuficiente - e a motivação implícita acaba sendo a insegurança que tal meio de prova traz, ante a possibilidade (suposição não comprovada) de adulteração pela parte a quem a prova aproveita - em contrariedade à presunção de boa fé processual³⁶.

Apesar da previsão legal, o Poder Judiciário Goiano sentiu a necessidade de abordar expressamente o requisito de admissibilidade das telas sistêmicas, reforçando a necessidade de impugnação da parte contrária para que as mesmas sejam desconsideradas:

Súmula nº 18 da Coordenadoria do Sistema dos Juizados Especiais e Turmas Recursais: Telas sistêmicas, por si só, não são capazes de demonstrar relação obrigacional entre as partes, exceto se não impugnadas especificamente e se corroboradas com outros meios de provas.

Referida súmula prevê, de forma ampla, a necessidade de se produzir outras provas capazes de corroborar tais telas, ainda que estas não tenham sido impugnadas. Tal requisito, no entanto, esbarra no princípio da legalidade, vez que tanto o Código Civil, quanto o Código de Processo Civil exigem apenas a impugnação pela parte contrária. A corroboração³⁷, portanto, somente seria necessária após a impugnação, devendo então ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia (a qual, no entanto, é incompatível com o rito dos Juizados).

§ 1º As fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem, devendo, **se impugnadas**, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia.

³⁵ Art. 371 CPC. O juiz apreciará a prova constante dos autos, **independentemente do sujeito que a tiver promovido**, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. Art. 440 CPC. O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor. Art. 441 CPC. Serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica.

³⁶ Art. 5º CPC. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. Art. 369 CPC. **As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código**, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

³⁷ Art. 422, § 1º do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, há entendimentos minoritários admitindo as telas sistêmicas, especialmente quando são o único meio de prova cabível: o STJ³⁸ “admitiu telas sistêmicas sob o argumento de que seriam ‘bastante[s] para comprovar a pactuação, uma vez que o contrato é eletrônico, não havendo instrumento físico assinado pelo cliente, já que a assinatura também é eletrônica’”, bem como “reconheceu que ‘sendo informatizado o controle de contas, não se haveria mesmo de exigir da demandada outra forma de prova que não a reprodução dos dados presentes em seus computadores’”³⁹.

Portanto, a necessidade de corroboração por outros meios de prova precisa ser analisada com ressalvas, principalmente nas hipóteses em que a totalidade das informações são mantidas em registro sistêmico:

“Em recente julgamento ocorrido no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o julgador da 19ª Vara Cível da Capital (0185690-65.2021.8.19.0001), (...) afirmou textualmente que ‘a falta de apresentação do contrato assinado ou de gravação telefônica não gera, por si só, a presunção de que não houve a contratação. Isso porque é comum a contratação de serviços pelo consumidor sem a necessidade de assinatura de contrato’. Finalizou sua fundamentação asseverando que, nessa hipótese, ‘acolher a tese autoral significará jogar a escanteio todos os arquivos eletrônicos armazenados pelas empresas fornecedoras, além de partir de pressuposto que as empresas atuam de má-fé, adulterando informações em seus sistemas e nas faturas’”⁴⁰.

Ainda, “caso se trate de informações produzidas em meio exclusivamente eletrônico, assim as inseridas pelo preenchimento de um formulário digital, que têm possibilidade de vinculação ao seu autor, como aquelas resultantes de escrituração eletrônica de transações financeiras, ou mesmo geradas automaticamente por sistemas informatizados, para registro da sua utilização ou em função dela – desde ligações telefônicas, troca de mensagens, acesso a aplicações na internet, até dados de localização obtidos de dispositivos móveis utilizados no acesso etc. –, não haverá outro

³⁸ STJ; 2020/0222362-0; Rel. Humberto Martins, Data do julgamento: 03/12/2020. STJ; 2019/0299453-4; Rel. Antonio Carlos Ferreira, Data do julgamento: 30/06/2020.

³⁹ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/356253/da-admissibilidade-das-telas-e-registros-sistemicos-provas-juridicas>. Acesso em 11/10/2023.

⁴⁰ “Ademais, e considerando os grandes fornecedores litigantes junto ao Poder Judiciário, estamos tratando de empresas muitas delas: listadas em Bolsa de Valores; reguladas por agências governamentais; sujeitas à rigorosos regimes até internacionais de compliance; submetidas às regras da Lei Geral de Proteção de Dados; auditadas internamente e externamente; com regras claras de governança corporativa e anticorrupção; possibilidade de responsabilização criminal de gestores por atos de má prática empresarial. Não seria crível que todos esses exemplificativos sete pontos fossem desconsiderados no cotidiano empresarial para que fantasiosamente fossem produzidas evidências para tentar vencer demandas individuais de consumidores. Muito pelo contrário. A não aceitação de telas sistêmicas é que gerou um ambiente judicial para a propositura de demandas aventureiras, sem qualquer lastro probatório, e que confiando ‘lotericamente’ na inversão do ônus da prova abarrotou o Poder Judiciário em flagrante abuso ao direito de demandar”. Disponível em: <https://www.siqueiracastro.com.br/noticias/telas-sistemicas-servem-para-demonstrar-a-existencia-de-contratos-pela-internet/>. Acesso em 08/11/2023.

meio de prova possível e a informação deverá ser necessariamente extraída do banco de dados digital. Em tal situação, pode haver dúvida fundada a respeito da fidelidade da informação contida no banco de dados, sendo então necessário o esclarecimento pelo responsável pela base de dados quanto ao seu funcionamento e, assim, quanto ao crédito que possam merecer os dados por meio dele obtidos”⁴¹.

Ainda quanto à corroboração, a prática processual nos direciona aos outros meios de prova como instrumento de constatação da autenticidade e integridade das capturas de tela em geral:

“Tendo em vista que a maior parte da jurisprudência adota o entendimento de que as ‘prints de tela’ constituem documentos insuficientes para certificar a ocorrência de um fato, sobretudo quando desacompanhadas de outras provas, tem-se optado, na prática, por registrar os fatos ocorridos no meio digital através da ata notarial. (...) Há, no entanto, problemas de naturezas técnica e pragmática com esse meio de prova. (...) Isso porque: (i) é frequentemente lavrada sem o necessário cuidado quanto à veracidade dos fatos; (ii) os cartórios brasileiros, em sua maioria, não possuem preparo técnico e infraestrutura para atestar a veracidade do fato ou acontecimento no ambiente digital; e (iii) não são observados com rigor os requisitos essenciais à segurança da informação, sobretudo quanto à garantia de autenticidade de documentos digitais e aos procedimentos de validação. Sem essas garantias, não há como atribuir força probante aos conteúdos digitais lavrados em atas notariais, porquanto o ato do tabelião termina por assegurar, no máximo, a prova de existência do conteúdo que lhe foi apresentado, mas, de forma alguma é capaz de lhe provar a validade”⁴².

Por outro lado, como alternativa à ata notarial, já é possível a utilização de documentos e informações obtidos na internet e autenticados com o uso da plataforma Blockchain. “Em precedente inédito, a 5ª Câmara de Direito Privado, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2237253-77.2018.8.26.0000, embora não tenha enfrentado a questão de validade da prova preservada via blockchain, menciona a tecnologia, conforme referida pela parte, e reconhece, ao menos indiretamente, sua utilidade”⁴³.

41

Disponível

em:

https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/i_5_considera%C3%A7%C3%B5es_autenticidade.pdf?d=637250343071305756. Acesso em 11/10/2023.

⁴² “Na prática, o custo para lavratura da ata notarial tem se mostrado elevado em diversos estados brasileiros. Conforme verificado em pesquisa realizada nos cartórios do país, o valor da primeira folha de uma ata notarial pode chegar a R\$ 441,09 (São Paulo), caso em que a folha excedente custa R\$ 222,73. Além de custoso, o procedimento para lavratura de uma ata notarial tem se revelado demorado. Em algumas situações, sua elaboração pode levar cerca de três dias. E, em casos de medidas de urgência, por exemplo, essa morosidade pode inviabilizar a tutela do direito material carente de proteção. Disponível em: https://www.verifact.com.br/wp-content/uploads/2019/02/verifact_parecer_juridico_v.2.1.pdf. Acesso em 12/11/2023.

⁴³ Provas no direito digital [livro eletrônico] : conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie / Rennan Thamay e Mauricio Tamer. – 2. ed. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2022 (2.7.2).

Há, portanto, a preocupação com a adulteração interna, na origem e dentro do registro sistêmico, antes mesmo que a informação seja extraída na forma de *prints*; bem como a adulteração posterior, por softwares e aplicativos externos capazes de editar referidos *prints*. Nenhuma ata notarial ou preservação via Blockchain será capaz de atestar a veracidade da informação ali contida se a informação ali registrada já tiver sido adulterada anteriormente. Elas apenas garantirão a existência daquela informação naquele momento, respaldando-se contra posterior adulteração⁴⁴.

O problema, portanto, não é o *printscreen* de forma geral ou a captura de tela de sistema interno, mas sim a possibilidade de adulteração da informação, algo que não é novo no mundo das provas. Um documento escrito pode ser igualmente adulterado, não cabendo ao juiz desconsiderá-lo de ofício simplesmente pela possibilidade (suposição não comprovada) do mesmo ter sido fraudado, principalmente quando a outra parte não impugnou sua veracidade. Se assim não fosse, toda e qualquer prova produzida por uma das partes já nasceria sem valor, o que claramente viola o princípio da liberdade probatória, além do contraditório e da ampla defesa (isto porque, a maioria dos julgados acaba por desconsiderar a captura de tela fornecida pela parte Ré, fornecedores de produtos e serviços, mas o mesmo tratamento não é dado à parte Autora, a qual pode igualmente adulterar *prints*).

A presunção de adulteração pode, então, recair sobre toda e qualquer prova digital, não apenas *printscreens*⁴⁵, vez que as informações geradas exclusivamente em ambiente eletrônico podem ser editadas e, portanto, questionadas, independente da informação ter sido fornecida pela parte (Autor ou Réu) ou até mesmo por terceiro⁴⁶ (a quem a prova não aproveita). E fazer tal presunção acaba por se tornar

⁴⁴ “A fidedignidade da informação original não garante que o seu transporte para o processo conserve os mesmos atributos. É disso que se trata quando a lei exige o atestado, pelo emitente, que as informações conferem com o que consta na origem (art. 425, inc. V, do Código de Processo Civil), sujeitando-o assim a responsabilidade penal e civil, sem prejuízo da impugnação do documento em arguição de falsidade (NERY JÚNIOR; NERY, 2018, p. 1209)”. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/i_5_considera%C3%A7%C3%B5es_autenticidade.pdf?d=637250343071305756. Acesso em 11/10/2023.

⁴⁵ “Essa premissa é aplicável aos históricos de utilização de sistemas informáticos, denominados *logs*, que já foram considerados ‘registros digitais potencialmente adulteráveis, passíveis de erros gerados pelo sistema que os produz, como ocorre com qualquer sistema informático’ (MARCACINI, 2015, p. 471)”. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/i_5_considera%C3%A7%C3%B5es_autenticidade.pdf?d=637250343071305756. Acesso em 11/10/2023.

⁴⁶ “De fato, o **Marco Civil da Internet no Brasil, embora tenha disciplinado a requisição de dados aos provedores de conexão e aplicação, não cuidou da confiabilidade desses dados** e, potencialmente, as assertivas que embasam a crítica doutrinária são verdadeiras, como também **em relação a qualquer documento eletrônico**, sem que implementadas formas de garantia do seu conteúdo. Nada impede, porém, que na produção da prova se previnam tais riscos, seja com a **declaração do emitente**, expressamente prevista no art. 425, inc. V, do Código de Processo Civil, seja por meio de **prova pericial**, a persistir a dúvida”. Disponível em:

um retrocesso quando comparada com a evolução das novas tecnologias, onde cada vez mais o documento físico perde espaço.

Assim, embora haja receio dos tribunais brasileiros em admitir as capturas de tela e telas sistêmicas, a lei já previu a admissibilidade desse meio de prova. E a sua desconsideração somente ocorrerá quando impugnada a veracidade pela parte contrária:

Não havendo impugnação, a tela sistêmica é válida e capaz de atestar a ocorrência de um fato, especialmente quando todas as informações residem em banco de dados digital, sendo, portanto, o único meio de prova cabível.

Havendo a impugnação, deve então ser a parte instada a comprovar a autenticidade da tela sistêmica, seja por meio de prova testemunhal (declaração do emitente), perícia (quando cabível), ata notarial (quando acessível⁴⁷ e eficaz) ou qualquer outra nova tecnologia que venha a surgir com a evolução das novas tecnologias.

Considerando, assim, que a maioria dos julgados têm afastado um meio de prova legítimo, torna-se necessária previsão legal expressa admitindo as capturas de tela e telas sistêmicas, como forma de dar eficácia ao art. 225 do Código Civil, o qual já admite quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas como prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

Flexibilização do ambiente probatório, permeado por novas tecnologias: atualização das fontes de provas e reflexões sobre alterações de dispositivos do Código Civil. Tratamento dos requisitos da existência dos fatos jurídicos na parte relativa às provas com a identificação de cada meio de prova, em cotejo com o que as tecnologias têm a oferecer.

Questões necessárias à reflexão conduzem à necessidade de flexibilizar os meios de provas, uma vez que as fontes de tais provas sofreram transformações

https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/i_5_considera%C3%A7%C3%B5es_autenticidade.pdf?d=637250343071305756. Acesso em 11/10/2023.

⁴⁷ “A plataforma Verifact (...) viabiliza a captura técnica de fatos ocorridos ou retratados em websites ou aplicações, v. g., redes sociais, plataformas ecommerce, webmail, etc. Essa plataforma foi concebida para oferecer um alto nível de segurança, com medidas que buscam evitar fraudes no conteúdo capturado, justamente para que o resultado final seja um registro claro e passível de validação por meio de eventual perícia técnica do objeto da captura no ambiente digital - ao contrário do que ocorre, por exemplo, com a ata notarial e as prints de tela”. Disponível em: https://www.verifact.com.br/wp-content/uploads/2019/02/verifact_parecer_juridico_v.2.1.pdf. Acesso em 12/11/2023.

substanciais nos últimos anos.⁴⁸ A ideia é entender se é possível propor, de forma taxativa, que algumas situações corriqueiras - inclusive as já aceitas na prática - sejam validadas ou facilitadas.

Os Tribunais brasileiros e, igualmente, o Código de Processo Civil, em seu artigo 369, admitem a inserção da prova no processo, de forma ampla, exceto aquelas que sejam reconhecidas como “prova ilícita”. Nesse sentido, apenas à título ilustrativo, cito o seguinte julgado:

*“RECURSO ESPECIAL Nº 1.832.148 - RJ (2019/0137378-9) RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI RECORRENTE : GOIÁS REFRIGERANTES S/A ADVOGADOS : EURICO BARBOSA DOS SANTOS FILHO - G0012702 SILVERLENE OLIVA BARBOSA DOS SANTOS - G0023224 RECORRIDO : COCA COLA INDUSTRIAS LTDA RECORRIDO : THE COCA COLA COMPANY ADVOGADOS : PAULO PARENTE MARQUES MENDES - RJ059313 FELIPE BARROS OQUENDO - RJ163788 BÁRBARA ÂNGELA MOISÉS LEITÃO - RJ207599 JOSÉ ROBERTO DE ALMEIDA JUNIOR - RJ162697 INTERES. : INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL EMENTA RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. AÇÃO DE NULIDADE DE MARCA. RENÚNCIA AO REGISTRO. EFEITOS EX NUNC. PERDA DO OBJETO DA AÇÃO. INOCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO VERIFICADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. SÚMULA 7/STJ. EMBARGOS DECLARATÓRIOS REITERADOS. INTUITO PROTELATÓRIO. APLICAÇÃO DA MULTA DO artigo 1.026, § 2º, DO CPC/15. REEXAME DE FATOS. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA NÃO DEMONSTRADA.
[...]*

4. O entendimento consolidado do STJ acerca da interpretação do conteúdo normativo dos artigos 130 e 131 do CPC/73 (artigos 370 e 371 do CPC/15) aponta no sentido que compete ao juiz a direção da instrução probatória, apreciando livremente as provas produzidas a fim de formar a sua convicção, não havendo que se falar na violação desses dispositivos legais quando o juiz, sopesando todo o conjunto probatório produzido e carreado aos autos, julga a causa em sentido oposto ao pretendido pela parte, como no particular. Precedente.

5. O acórdão recorrido apresenta fundamentação adequada, tendo os julgadores reconhecido, à unanimidade, com base nas circunstâncias específicas dos autos, a necessidade de invalidação da marca JOCA COLA, em face da similitude existente com a marca das recorridas (COCA-COLA).

6. Não há nulidade processual quando o Tribunal julga integralmente a lide e soluciona a controvérsia em conformidade com o que lhe foi apresentado. O julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa de suas teses, devendo, apenas, enfrentar a demanda observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução.

7. A análise da insurgência quanto aos critérios orientadores da distribuição e da quantificação dos honorários sucumbenciais esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

⁴⁸ A exemplo do papel da tecnologia blockchain, em contratos inteligentes. Vide: WALCH, Angela. *Blockchain's Treacherous Vocabulary: one more challenge for regulators*, 2017.

8. Evidenciado, pelo Tribunal a quo, o propósito manifestamente protelatório na oposição de três embargos de declaração, é imperativa a aplicação da multa prevista no artigo 1.026, § 2º, do CPC/15.

9. A análise do dispositivo precitado demandaria, no particular, reexame do conjunto fático dos autos, o que é inviável em recurso especial, sob pena de violação da Súmula 7/STJ.

10. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.”

É preciso que partamos do entendimento de que o Código Civil, ao tratar do ambiente probatório, não tem a pretensão de examinar as questões sobre o prisma processual.

Com efeito, trata-se de comprovação relativa à existência do fato ocorrido no mundo da vida que, por se amoldar ao substrato normativo da hipótese de incidência, é reconhecido como “fato jurídico”. Assim sendo, o campo da validade e eficácia (artigo 104 do CC), a princípio, não seriam alvo de preocupação central do Código Civil, quando se tratar do campo processual.

A questão é que, por vezes, o próprio Código Civil ingressa em questões relacionadas à validade de determinada prova, a exemplo do disposto no artigo 228 que trata das pessoas que podem ser reconhecidas como testemunhas para a comprovação de fatos. Inclusive, nesse sentido, o caput do artigo 227 do CC foi revogado pelo Código de Processo Civil pelo fato de que se tratava de comprovação de elemento de validade de fato que não se coadunava no novo sistema, ou seja, limitar alguns tipos de prova à patamares de valores (dez salários mínimos).

Nesse sentido, o artigo 212 do CC deveria sofrer alterações para não enumerar meios de prova, mas explicitar regra semelhante ao CPC, artigo 369, deixando claro que se trata de comprovação da existência do fato para o direito, ou seja, do fato jurídico, para fins de direito material.

A afirmação acima não induz ao esvaziamento do capítulo que trata das “provas digitais” no Código Civil, pois os diversos meios de prova, como confissão, perícia também servem para tal finalidade, inclusive a disciplina de aceitar ou não novas formas de comprovação pela inserção da sociedade no ambiente digital.⁴⁹ É absolutamente possível que os envolvidos entabulem negócios processuais⁵⁰ que,

⁴⁹ SADIN, Éric. *La silicolonización del mundo. La irresistible expansión del liberalismo digital*. Buenos Aires: Caja negra, 2018.

⁵⁰ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 148, jun.2007.

por exemplo, aceitem documentos eletrônicos como existentes e válidos para determinados fins, sem que isso tenha implicações judiciais, necessariamente (desde que não se configurem como provas ilícitas). Os tribunais vêm validando tais elementos probatórios, como se observa abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Exoneração de alimentos – Pai x filha maior – Tutela antecipada indeferida – Insurgência do alimentante – Alegação de que: i) não tem condições de pagar os alimentos; ii) sofre de esquizofrenia; iii) tem idade avançada; iv) seus medicamentos são caros; v) a agravada atingiu a maioridade cível e vive em união estável – Cabimento – Agravada que não contestou a ação principal – Prints do facebook da agravada que revelam que ela vive em união estável há pelo menos um ano e que está grávida – AGRAVO PROVIDO (TJ-SP - AI: 21871769320208260000 SP 2187176-93.2020.8.26.0000, Relator: Miguel Brandi, Data de Julgamento: 27/10/2020, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/10/2020).

APELAÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA - –MENSAGENS ELETRÔNICAS- E-MAILS - –PROVA DO NEGÓCIO E DO VALOR DA DÍVIDA. A apresentação de mensagens eletrônicas (e-mail) em que as partes se referem à realização dos serviços e ao valor do débito, havendo reconhecimento da validade da cobrança, é documento hábil a embasar a monitória, especialmente se não questionada sua idoneidade pela parte contrária quando oportunizada manifestação sobre os mesmos. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJ-GO: 04565452120158090051, Relator: ORLOFF NEVES ROCHA, Data de Julgamento: 06/11/2018, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 06/11/2018).

Não obstante, também é possível perceber que o E. Superior Tribunal de Justiça, em relação à alguns procedimentos especiais, como a ação de busca e apreensão, não aceita o envio de e-mails para a comprovação da mora (elemento de direito material) ao devedor fiduciante:

“CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. BUSCA E APREENSÃO REGIDA PELO DECRETO-LEI Nº 911/1969. MODIFICAÇÃO INTRODUZIDA NO DECRETO-LEI Nº 911/1969 PELA LEI Nº 13.043/2014. FINALIDADE DE FACILITAR A COMPROVAÇÃO DA MORA PELO CREDOR E DE DESBUROCRATIZAR O PROCEDIMENTO. SIMPLES ENVIO DE CARTA REGISTRADA COM AVISO DE RECEBIMENTO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA PARA PERMITIR QUE A CONSTITUIÇÃO EM MORA OCORRA MEDIANTE ENVIO DE E-MAIL AO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE. MODALIDADE NÃO AUTORIZADA PELO LEGISLADOR. CIÊNCIA INEQUÍVOCA A RESPEITO DO RECEBIMENTO, LEITURA E CONTEÚDO QUE DEMANDARIA ATIVIDADE INSTRUTÓRIA INCOMPATÍVEL COM O RITO ESPECIAL DO DECRETO-LEI Nº 911/1969.

1- Ação ajuizada em 22/04/2022. Recurso especial interposto em 25/07/2022 e atribuído à Relatora em 01/09/2022.

2- O propósito recursal consiste em definir se, em ação de busca e apreensão regida pelo Decreto-Lei nº 911/1969, é admissível a comprovação da mora do réu mediante o envio da notificação extrajudicial por correio eletrônico (e-mail).

3- É inadmissível o recurso especial ao fundamento de violação ao art. 10, § 1º, da MP 2-200-2/2001, uma vez que o acórdão recorrido não emitiu juízo de valor a respeito do referido dispositivo legal e não houve a oposição de embargos de declaração na origem.

Aplicabilidade da Súmula 211/STJ.

4- Se é verdade que, na sociedade contemporânea, tem crescido o uso de ferramentas digitais para a prática de atos de comunicação de variadas naturezas, não é menos verdade que o crescente uso da tecnologia para essa finalidade tem de vir acompanhado de regulamentação que permita garantir, minimamente, que a informação transmitida realmente corresponde aquilo que se afirma estar contida na mensagem e de que houve o efetivo recebimento da comunicação pelo seu receptor.

5- Antes da modificação proporcionada pela Lei nº 13.043/2014, o art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 911/1969 exigia a comprovação da mora ocorresse por carta registrada expedida pelo Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor.

6- Após a alteração do Decreto-Lei nº 911/1969 causada pela Lei nº 13.043/2014, passou-se a permitir que a comprovação da mora pudesse ocorrer mediante o envio de simples carta registrada com aviso de recebimento, sequer se exigindo, a partir de então, que a assinatura constante do aviso fosse a do próprio destinatário.

7- A expressão "poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento" adotada pelo legislador reformista deve ser interpretada à luz da regra anterior, mais rígida, de modo a denotar a maior flexibilidade e simplicidade incorporadas pela Lei nº 13.043/2014, mas não pode ser interpretada como se a partir de então houvessem múltiplas possibilidades à disposição exclusiva do credor, como, por exemplo, o envio da notificação por correio eletrônico, por aplicativos de mensagens ou redes sociais, que não foram admitidas pelo legislador.

8- Descabe cogitar a possibilidade de reconhecer a validade da notificação extrajudicial enviada somente por correio eletrônico porque teria ela atingido a sua finalidade, na medida em que a ciência inequívoca de seu recebimento pressuporia o exame de uma infinidade de aspectos relacionados à existência de correio eletrônico do devedor fiduciante, ao efetivo uso da ferramenta pelo devedor fiduciante, a estabilidade e segurança da ferramenta de correio eletrônico e a inexistência de um sistema de aferição que possua certificação ou regulamentação normativa no Brasil, de modo a permitir que as conclusões dele advindas sejam admitidas sem questionamentos pelo Poder Judiciário.

9- A eventual necessidade de ampliar e de aprofundar a atividade instrutória, determinando-se, até mesmo, a produção de uma prova pericial a fim de se apurar se a mensagem endereçada ao devedor fiduciante foi entregue, lida e se seu conteúdo é aquele mesmo afirmado pelo credor fiduciário, instalaria um rito procedimental claramente incompatível com os ditames do Decreto-Lei nº 911/1969.

10- Não se conhece do recurso especial por dissídio jurisprudencial quando ausente o cotejo analítico entre os acórdãos recorrido e paradigmas.

11- Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não-provido. (REsp n. 2.022.423/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25/4/2023, DJe de 27/4/2023.)"

Considerando os objetivos de composição do grupo, uma das diretrizes é apenas promover alterações em legislações extravagantes se absolutamente necessárias àquelas propostas no Código Civil. Nesse sentido, não se faz necessária alteração relativa a ambientes da legislação extravagante de busca e

apreensão, por exemplo. O cotejo com os meios de prova constantes nos artigos 213 e seguintes (até o 232 do CC), provavelmente serão alterados em sua redação, tão somente para atualizar ao novo contexto de sociedade da tecnologia e informação e em rede que operamos.

Nesse sentido, os principais meios de prova dispostos no CC merecem ser mantidos em espécie. Para a adequação acima mencionada, afirmo que há um artigo em específico que poderia ser considerado como mote central para os demais: o artigo 225 do CC, assim disciplinado:

“Artigo 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.”

A natureza jurídica das provas digitais ainda é alvo de discussão. Para alguns, prova documentada.⁵¹ Para outros, nova fonte e meio de prova atípica.⁵² Não obstante o artigo esteja situado em ambiente da prova documental, é possível que seja ampliado, em sua ontologia, para todos os demais meios de prova (confissão, perícia, testemunhal), desde que se afirme os elementos essenciais para admissão da existência da prova digital, no âmbito jurídico: a autenticidade (origem, contexto e autoria), integridade (não adulteração de seu conteúdo) e preservação (no direito processual penal, o que se tem da ideia de cadeia de custódia).

De forma geral os requisitos exigidos são: (1) os documentos e conversas devem ser obtidos por meio lícito; (2) não podem sofrer adulteração por qualquer meio artificioso; (3) devem ser coletados com o uso de metodologia científica (cientificidade da prova e cadeia de custódia). Nesse sentido, os Tribunais afirmam elementos para que seja considerada, por exemplo, a possibilidade de atos processuais, como a citação por whatsapp:

“RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM HABEAS CORPUS. CITAÇÃO POR WHATSAPP. VALIDADE DO ATO CONDICIONADA À CERTEZA DE QUE O RECEPTOR DAS MENSAGENS TRATA-SE DO CITANDO. PREJÚZO CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO.1. Embora não haja óbice à citação por WhatsApp, é necessária a certeza de que o receptor das mensagens trata-se do Citando. Precedente: STJ, HC 652.068/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS

⁵¹ SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A prova digital: um breve estudo sobre seu conceito, natureza jurídica, requisitos e regras de ônus da prova. *Revista TST*, São Paulo, vol.88, n. 2, abr./jun.2022.

⁵² LEMOS, Diego Fontenele; CAVALCANTE, Larissa Homs; MOTA, Rafael Gonçalves. A prova digital no direito processual brasileiro. *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará*, Fortaleza, ano 13, n. 1, jan./jul. 2021.

JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/08/2021, DJe 30/08/2021. 2. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu julgado no qual consignou que, para a validade da citação por Whatsapp, há "três elementos indutivos da autenticidade do destinatário", quais sejam, "número de telefone, confirmação escrita e foto individual" (HC 641.877/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, julgado em 09/03/2021, DJe 15/03/2021). Na hipótese, todavia, nenhuma dessas circunstâncias estão materializadas ou individualizadas, inequivocamente. 3. A Oficiala de Justiça, ao atestar o cumprimento da citação, limitou-se a consignar que contactou o Recorrente por ligação telefônica, oportunidade em que foi declarado o "desejo na nomeação de Defensor Público para acompanhar a defesa e confirmou o recebimento da contrafé, a qual foi deixada em sua residência quando da diligência". Todavia, não há a indicação sobre se o número no qual atesta ter realizado a citação é do Recorrente. 4. O prejuízo à ampla defesa foi devidamente declinado pela Defensoria Pública Estadual, a qual, em sua inicial, ressaltou que não teve êxito em contatar o Réu, que não estava cientificado da acusação (STJ, HC 699.654/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/11/2021, DJe 25/11/2021; v.g.). 5. Recurso provido para anular a citação e todos os atos posteriores que dependam do devido conhecimento dos termos da acusação pelo Citando, sem prejuízo, todavia, da tramitação regular da causa após a concretização da citação que certifique validamente a identidade do Réu, assegurada a observância do art. 357 do Código de Processo Penal.(RHC n. 159.560/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 3/5/2022, DJe de 6/5/2022.)"

Em termos de reconhecimento da existência de assinatura eletrônica meio para comprovação de atos jurídicos, é possível utilizar a modificação promovida no CPC, no parágrafo quarto do artigo 784 para intercambiar ao Código Civil:

CPC: "Art. 784. § 4º Nos títulos executivos constituídos ou atestados por meio eletrônico, é admitida qualquer modalidade de assinatura eletrônica prevista em lei, dispensada a assinatura de testemunhas quando sua integridade for conferida por provedor de assinatura." (NR)

No sentido acima, é o artigo 215, § 5º do CC que deve ser adequado à essa nova realidade:

CC: "Artigo 215 § 5º Se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos duas testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade"

Possível, portanto, reconhecer que o parágrafo foi cumprido, se a assinatura das testemunhas se der de forma eletrônica, de acordo com a novel legislação processual.

Na sequência de análises, não devemos olvidar o artigo do CC que abre grande espaço para exercício da cidadania digital no campo material: O artigo 228, § 2º é um grande exemplo de avanço de uso de recurso de tecnologia assistiva para pessoas com deficiência. Foi incluído pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Faz-se necessário que o artigo seja ampliado em sua redação para permitir tecnologia assistiva para a inclusão de demais grupos vulneráveis a partir dessa redação. Embora existam poucas decisões impondo ou determinando tal inclusão, quando não for possível à pessoa participar ou entender, minimamente, o ato, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios possui ações que se utilizam, por exemplo, do VLibras:

“As ferramentas de tradução automática que utilizam avatares são exemplos dessas tecnologias. Elas transformam texto ou voz em gestos que são executados pelos avatares.

Entre elas, está o VLibras, que traduz textos do português para a Língua Brasileira de Sinais – Libras e pode ser baixado gratuitamente, inclusive em smartphones.

O VLibras é usado pelo TJDFDT para tornar os textos da sua página de internet acessíveis para pessoas surdas.

No entanto, ele não substitui a atuação dos profissionais intérpretes. O TJDFDT disponibiliza intérpretes de Libras tanto para vídeos, como para atendimentos, audiências, sessões de julgamento, eventos e transmissões ao vivo.

O TJDFDT acredita que o respeito à diversidade é solo fértil para o desenvolvimento de ideias inovadoras e garantia de uma Justiça acessível a todas as pessoas.

É um exemplo que pode ser acessado pelo link: <https://www.tjdft.jus.br/acessibilidade/publicacoes/sementes-da-inclusao/tecnologias-assistivas-2013-o-que-e-isso> Acesso em 14 nov. 2023.

Outrossim, embora entenda que a questão da eficácia das provas não deveria ser tratada, necessariamente, nesse capítulo do Código Civil, é inevitável (até mesmo pelo comando constitucional de vedação à provas ilícitas, que não se verifique a validade, sob esse prisma). Portanto, conforme já afirmado, para fins de adequação aos problemas que pretendemos enfrentar, o informativo n. 763 do E. Superior Tribunal de Justiça oferta análise sobre parâmetros de confiabilidade das provas digitais. Embora se relacione à questão penal, é possível identificar pontos que se aplicam a forma e modo de utilização das provas digitais no âmbito dos fatos jurídicos. Há decisões tanto da 5ª como da 6ª Turmas do STJ debatendo pontos relativos ao aplicativo de mensagens Whatsapp e sua validade no processo

(geralmente, penal). Podemos citar, como exemplo, o RHC 67.379 em que, considerando a inviolabilidade da intimidade e vida privada, decretou a ilegalidade das provas consistentes em informações contidas em aparelho celular (sigilo telefônico), a partir de mensagens arquivadas no referido aplicativo, obtidas sem autorização judicial. Igualmente, discute-se a possibilidade de espelhamento de mensagens pelo WhatsApp Web, questões que serão melhor detalhadas pela Carine.

Possível, igualmente, destacar alguns Enunciados relativos às Jornadas que corroboram o nosso objetivo de promover a flexibilização do ambiente probatório, desde que garantida a segurança necessária para obtenção de sua autenticidade, integridade e cadeia de custódia (isolamento, coleta e preservação da origem, contexto, identificação correta dos interessados e datas relacionadas aos fatos que se pretendem comprovar como jurídicos):

II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios - Enunciado 8
A sentença arbitral poderá ser enviada por correio eletrônico ou transmissão eletrônica ao endereço designado ou autorizado pela parte destinatária.

I Jornada de Direito Processual Civil - Enunciado 31
A compatibilização do disposto nos arts. 378 e 379 do CPC com o art. 5º, LXIII, da CF/1988, assegura à parte, exclusivamente, o direito de não produzir prova contra si quando houver reflexos no ambiente penal.

I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios - Enunciado 36
Para estimular soluções administrativas em ações previdenciárias, quando existir matéria de fato a ser comprovada, as partes poderão firmar acordo para a reabertura do processo administrativo com o objetivo de realizar, por servidor do INSS em conjunto com a Procuradoria, procedimento de justificação administrativa, pesquisa externa e/ou vistoria técnica, com possibilidade de revisão da decisão original.

II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios - Enunciado 43
É de se fomentar a criação de procedimento extrajudicial visando à materialização de título hábil a ensejar o registro imobiliário para o alcance da propriedade plena em decorrência de contrato preliminar de promessa de compra e venda, registrado ou não, dispensando, facultativamente, a via judicial.

II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios - Enunciado 52
É necessária a oferta de cursos de capacitação frequentes e atuais pelas Escolas Superiores das Instituições do Sistema de Justiça e de outros órgãos da Administração Pública, bem como a exigência de inclusão nas provas de concurso de acesso às carreiras, de matéria versando sobre a desjudicialização de conflitos e sobre o acesso à justiça célere, eficiente e desburocratizado por meio das demais formas de composição dos litígios.

I Jornada de Direito Notarial e Registral - Enunciado 70
A prova escrita da celebração de um negócio jurídico pode ser complementada por ata notarial que reproduza diálogos por meio de aplicativos e redes sociais, nos termos do art. 227, parágrafo único, do Código Civil.

II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios - Enunciado 76
A convenção processual que prevê a produção antecipada de prova, seguida de mediação ou negociação entre as partes, na forma de cláusulas escalonadas, contribui para a eficiência

processual e segurança jurídica, aumentando as chances de êxito dos métodos autocompositivos.

II Jornada de Direito Processual Civil - Enunciado 128
Exceto quando reconhecida sua nulidade, a convenção das partes sobre o ônus da prova afasta a redistribuição por parte do juiz.

II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios - Enunciado 129
As partes, se assim desejarem e manifestarem expressamente, poderão se submeter à mediação em qualquer fase do procedimento arbitral ou judicial, independentemente da suspensão do procedimento.

III Jornada de Direito Civil - Enunciado 157
O termo "confissão" deve abarcar o conceito lato de depoimento pessoal, tendo em vista que este consiste em meio de prova de maior abrangência, plenamente admissível no ordenamento jurídico brasileiro.

III Jornada de Direito Civil - Enunciado 158
A amplitude da noção de "prova plena" (isto é, "completa") importa presunção relativa acerca dos elementos indicados nos incisos do § 1º, devendo ser conjugada com o disposto no parágrafo único do art. 219.

IV Jornada de Direito Civil - Enunciado 297
O documento eletrônico tem valor probante, desde que seja apto a conservar a integridade de seu conteúdo e idôneo a apontar sua autoria, independentemente da tecnologia empregada.

IV Jornada de Direito Civil - Enunciado 298
Os arquivos eletrônicos incluem-se no conceito de "reproduções eletrônicas de fatos ou de coisas" do art. 225 do Código Civil, aos quais deve ser aplicado o regime jurídico da prova documental.

Pondero que os Enunciados que se encontram em **negrito** dizem respeito às disposições expressas do Código Civil e apontam, exatamente, para os objetivos propostos por nosso Grupo de Estudos e Trabalho de Provas Digitais.

Reflexões sobre a contribuição do Código Civil para a colheita de provas extrajudiciais. Validade de atos jurídicos em grupos vulneráveis ou vulnerabilizados

Aproveitando a acertada e detalhada diferenciação entre a função do capítulo de "provas" para o direito material e para o direito processual feita pelo João, (início do item 1.2) além da parcimônia que mudanças legislativas desse nível devem conter (até mesmo pela orientação geral dos coordenadores), o debate proposto pelos colegas e disposto acima traz pontos de equilíbrio e convergência do grupo.

No entanto, a título de utilização deste espaço de construção conjunta para caminharmos em hipóteses normativas, propõe-se uma espécie de reflexão radical a respeito do que poderia ser colocado no Código Civil neste ponto, inflacionando o aspecto da importância do tema “provas” para o próprio direito material.

A ponto de trazer alguma distensão no debate, trago uma frase de José Carlos Moreira Alves, sobre o Projeto do Código Civil em Vigor (2002). Em suas palavras: “com referência à prova, considerou-se que essa essencialmente se faz em juízo”. Ou seja, há o reconhecimento de que sua regulação se dá pelo processo civil. Mas ainda completa o autor, participante dos debates normativos à época: “Mas como também há necessidade muitas vezes de prova extrajudicial, manteve-se a sua disciplina no Projeto, [...]”.⁵³

Neste sentido, este documento já traz inúmeras situações em que a jurisprudência, a doutrina, enunciados, falam sobre a flexibilização das formas das provas em espécie.

Mas a discussão sobre provas extrajudiciais ainda pode ser melhor formulada, e o Código Civil teria parcela a contribuir nessa tendência de modernização e compatibilização com anseios de processualistas, que implicaria em mudanças já pensadas pelo anteprojeto do CPC/2015.

Em texto de autoria de Zulmar Duarte Oliveira Junior, Luiz Dellore e de Marcelo Machado⁵⁴, o Código de Processo Civil cogitou a indispensabilidade da presença do juiz no momento de produção de prova testemunhal, que poderia ser colhida e gravada pelas partes. De acordo com os autores, essa seria uma opção interessante sob vários pontos de vista, mas principalmente pelo tempo que o próprio Poder Judiciário (e, conseqüentemente, as partes), ganhariam, pois não existiria mais limitações de tempo e espaço próprias ao órgão judicial e as partes poderiam escolher locais de mais fácil acesso para realização do ato. No entanto, a ideia ficou reduzida à possibilidade de convite extrajudicial (intimação realizada por advogado) para as testemunhas participarem da audiência judicial (art. 455, CPC).

Complementando esta ideia - produção de prova testemunhal de forma extrajudicial DURANTE o trâmite processual -, com a presente no rito americano do *discovery*, é possível entender que a prova de um ato jurídico pode ser feita antes mesmo do ingresso de uma ação judicial. Em nosso direito pátrio, a regra geral é que haja a propositura de uma ação (já com os documentos essenciais à demanda), a

⁵³ ALVES, J. C. M. A Parte geral do Projeto do Código Civil. Revista CEJ, v. 3, n. 9, p. 5-11, 10 dez. 1999.

⁵⁴ <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/309233/desjudicializacao-da-prova-testemunhal-terceirizacao-na-colheita-de-provas>

fase de saneamento do processo (em que o juiz declara os pontos controvertidos e as provas necessárias) e, a instrução processual (com a colheita de demais provas que não a documental). Por fim, há a fase decisória, com a sentença do juiz. A possibilidade de produção de provas antes da fase instrutória é possível por meio da “produção antecipada de provas”, disposta nos arts. 381 a 383 do CPC/2015. No entanto, embora colhida de forma antecipada, e contendo elementos de apoio no sistema americano, a prova deve ser colhida de forma judicial, sendo uma verdadeira ação, ou segundo Freddie Didier, “é uma ação que se esgota na produção de prova - tão somente”.⁵⁵

Neste sentido, indaga-se se não seria útil um procedimento que i) não dependesse de ação judicial prévia para ser realizado ii) pudesse servir como termômetro para as partes entrarem com a ação judicial pertinente, caso percebam, depois da colheita do depoimento da testemunha, que não há subsídio para enfrentamento de uma ação judicial baseada unicamente nesta prova, se for o caso iii) pudesse facilitar a colheita de depoimentos importantes, flexibilizando o local e data para que a testemunha fosse inquirida.

Outro ponto que pode ter atenção neste capítulo é a facilitação de prova de vida ou de demais requisitos para efetivação de direitos, como aposentadoria, benefícios assistenciais, entre outros. Embora esse não seja o objeto do Direito Civil, se já acontece a prova de vida por meio digital, por exemplo, feita pelo cidadão diretamente por um aplicativo, a lógica é que o uso de prova digital deve ser ainda mais enfatizado pelo uso entre particulares.

⁵⁵ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodvim, 2023. p 141

A prova de vida digital formalizada pelo Governo é feita por meio do aplicativo gov.br., conforme abaixo.

 Governo Digital

O que você procura?



Como fazer a Prova de Vida digital no aplicativo gov.br?

A Prova de Vida digital é realizada no aplicativo gov.br através do reconhecimento facial. Ao realizar o reconhecimento facial, o aplicativo comprova que você está vivo e envia essa informação para o órgão que paga seus benefícios. Para isso, siga as orientações abaixo:

1. Baixe e acesse o [aplicativo gov.br](#).
2. Caso ainda não possua sua conta gov.br, [crie uma](#).
3. Após logar no aplicativo, na tela inicial, em "Serviços", clique em "Prova de vida";
4. Na tela "Histórico de Prova de vida", selecione a "Prova de vida pendente";
5. Na tela "Autorização", clique em "Autorizar";
6. Siga as instruções para fazer o reconhecimento facial;
7. Após finalizar o reconhecimento facial com sucesso, clique em "OK";
8. Na tela de Autorização, o status da sua Prova de Vida mudará para "Autorizado";
9. Faça o acompanhamento da Prova de Vida pelo site do seu órgão pagador.

Se ainda tiver dúvidas ou dificuldades entre em contato com o serviço de atendimento do órgão pagador do seu benefício.

Quem pode fazer a Prova de Vida digital pelo aplicativo gov.br?

O órgão que faz o pagamento dos seus benefícios irá te comunicar **se** você pode fazer a Prova de Vida pelo aplicativo gov.br e **quando** você deverá realizar esse procedimento.

A Prova de Vida digital no aplicativo gov.br pode ser feita por:

- Aposentados;
- Pensionistas ou beneficiários.

Atenção! Você deve possuir carteira de motorista (CNH) ou biometria cadastrada no TSE para fazer esse procedimento, pois a foto que você tira para o

Nesta questão, um aspecto merece atenção:

i) caso não haja carteira (CNH) ou biometria cadastrada no TSE, a prova não pode ser feita. Neste sentido, as provas digitais devem ser mais uma forma de se provar o alegado, mas não o único. Esta lógica deve ser transportada para as discussões de provas digitais e sua positivação no CC. É interessante pensar, mesmo que recaia em alguma obviedade interpretativa, que algum dispositivo de lei estabeleça, de forma inequívoca, que não são válidos atos jurídicos que, pela sua forma, excluam grupos vulneráveis.

A compatibilização entre a proteção de grupos vulneráveis e a facilitação de meios probatórios dos atos jurídicos, por vezes, se tornam questões antagônicas e difíceis de serem compatibilizadas. Isto porque o não reconhecimento por meio de formas consideradas precárias teria o condão de proteger certos grupos. No entanto, essa proteção pode ser, ela própria, limitadora de Direitos ao criar exigências que poderiam ser superáveis. Como exemplo, temos as assinaturas em negócios jurídicos, em caso específico envolvendo analfabeto: o STJ acabou desprezando a possibilidade do uso da assinatura digital como prova do negócio jurídico, sem que

existisse a assinatura a rogo. É o que se encontra no informativo 684, que diz que “Analfabeto pode celebrar empréstimo consignado, no entanto, alguém tem que assinar por ele a seu rogo; não é válido o empréstimo consignado firmado por analfabeto e no qual constou apenas a sua digital (sem a assinatura a rogo)”. STJ. 3ª Turma. REsp 1868099-CE, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 15/12/2020 (Info 684).

Mas há casos em que existe a flexibilização da formalidade da assinatura, como o disposto no informativo 667 do STJ, em que a Corte entendeu ser válido o testamento particular que, a despeito de não ter sido assinado de próprio punho pela testadora, contou com sua impressão digital. (REsp 1633254/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/03/2020, DJe 18/03/2020).

Embora a jurisprudência possa servir como parâmetro de definição destes casos, pode evitar insegurança jurídica em estabelecimento mais direto na legislação civil sobre o alcance da flexibilização possível.

DIREITO COMPARADO

Da admissibilidade das capturas de tela (print screens/screenshots) e telas sistêmicas como meio de prova

Analisando a doutrina e legislação estrangeira, foi possível constatar que há uma preocupação quanto à validade das provas digitais de modo geral, não havendo previsão específica acerca das telas sistêmicas.

1. Na Holanda⁵⁶ aplica-se a regra da liberdade de prova, ou seja, em princípio, as provas podem ser fornecidas sob qualquer forma adequada, salvo disposição em contrário da lei, sendo que a lei elenca formas de prova de maneira não taxativa. Assim, de maneira geral, o tribunal somente não admitirá uma prova quando não for relevante para o caso, não for suficientemente específica (demasiado vaga), forem intempestivas ou frívolas.
2. Na Eslováquia⁵⁷, os órgãos administrativos estão abertos a receber provas eletrônicas com base na regra geral de que qualquer coisa que tenha valor probatório para efeitos de determinar a situação real pode ser apresentada como prova, desde que tais provas não sejam obtidas em violação da lei.

⁵⁶ Disponível em https://e-justice.europa.eu/76/EN/taking_of_evidence?NETHERLANDS&member=1. Acesso em 14/11/2023.

⁵⁷ Disponível em <https://rm.coe.int/guidelines-on-electronic-evidence-and-explanatory-memorandum/1680968ab5> (p. 15). Acesso em 27/10/2023.

3. Na Irlanda⁵⁸, na esfera civil, a análise se dará no âmbito da probabilidade, ou seja, se uma parte não conseguir convencer o tribunal de que a sua versão dos acontecimentos é mais provável do que a versão do seu oponente, então ela perderá o caso. É uma norma flexível e os tribunais normalmente exigirão mais provas em casos que envolvem uma alegação de fraude, por exemplo, devido à gravidade da alegação.
4. Na Suécia⁵⁹ aplica-se o princípio da admissibilidade da prova. Entre outras coisas, isto significa que não existem princípios definidos na lei no que diz respeito ao peso que as diferentes provas têm, cabendo ao tribunal realizar uma avaliação independente de tudo o que surgiu e decidir o que pode ser considerado como prova no caso.
5. Nos Estados Unidos⁶⁰ - Federal Rules of Evidence (FRE) - a Regra 1001 estabelece que “as técnicas atuais expandiram os métodos de armazenamento de dados, mas a forma essencial que a informação assume para fins utilizáveis são palavras e números. Portanto, as considerações subjacentes à regra ditam a sua expansão para incluir computadores, sistemas fotográficos e outros desenvolvimentos modernos.” Ainda, segundo a mesma regra, a cópia será admissível quando “produzida por métodos que possuem uma precisão que praticamente elimina a possibilidade de erro”. Nesse sentido, a Regra 1003 afirma: “quando a única preocupação é levar as palavras ou outros conteúdos ao tribunal com exatidão e precisão, então uma via serve tão bem quanto o original se a via for o produto de um método que garante precisão e genuinidade.”
6. O direito civil francês⁶¹ faz uma distinção quanto aos meios de prova. Para fatos (por exemplo, um acidente), a prova é discricionária e pode, portanto, ser fornecida por qualquer meio (documentos, depoimentos de testemunhas, etc.). Para os negócios jurídicos (contrato, doação, etc.), é necessária, em princípio, prova escrita, mas a lei prevê exceções (por exemplo, para transações relativas a um valor inferior a um determinado valor ou se for impossível produzir um documento escrito).

⁵⁸ Disponível em https://e-justice.europa.eu/76/EN/taking_of_evidence?IRELAND&member=1. Acesso em 14/11/2023.

⁵⁹ Disponível em https://e-justice.europa.eu/76/EN/taking_of_evidence?SWEDEN&member=1. Acesso em 14/11/2023.

⁶⁰ Disponível em <https://www.jdsupra.com/legalnews/when-it-comes-to-using-screenshots-as-2429321/>. Acesso em 20/10/2023.

⁶¹ Disponível em https://e-justice.europa.eu/76/EN/taking_of_evidence?FRANCE&member=1. Acesso em 14/11/2023.

7. O artigo 115º do Código de Processo Civil italiano⁶² permite ao tribunal considerar os fatos provados, independentemente das provas apresentadas pela parte que apresenta a reclamação, se não tiverem sido especificamente contestados pela parte contrária. Assim, um fato considera-se provado se não for prontamente contestado.
- a. A lei italiana também faz a distinção entre provas documentais e não documentais, sendo as provas regidas pelo Código Civil tidas como típicas. A evidência documental inclui: (i) documentos públicos; (ii) documentos privados; (iii) telegramas; (iv) arquivos e registros domésticos; (v) registros contábeis de empresas; (vi) cópias produzidas mecanicamente; (vii) cópias de documentos e contratos, sendo que documentos informáticos também constituem prova.
8. Na Áustria⁶³, o tribunal é, a princípio, obrigado a aceitar um fato reconhecido como correto pela outra parte e a tomar a sua decisão sem exame adicional. De um modo geral, deve ser assumida uma “probabilidade substancial” e não é necessária certeza absoluta para convencer o juiz.
- a. Os graus do padrão de prova são estabelecidos por lei ou pela jurisprudência, resultando na sua elevação de “probabilidade significativa” para “probabilidade próxima da certeza” ou reduzida para “probabilidade esmagadora”. Neste último caso, uma prova satisfatória ou um certificado é suficiente como prova nos termos do artigo 274º do Código de Processo Civil.
9. Em Portugal⁶⁴, o tribunal deve considerar todas as provas produzidas, provenientes ou não da parte que as deveria ter produzido, sem prejuízo das disposições que declaram irrelevante a declaração de um fato se esta não for feita por determinado interessado (artigo 413º do Código de Processo Civil Português). O valor de cada meio de prova, ainda, varia conforme a sua natureza (artigos 369º a 396º do Código Civil). Em geral, em cumprimento ao dever processual previsto no artigo 6º do Código de Processo Civil, cabe ao juiz rejeitar apenas provas irrelevantes ou meramente dilatórias.
10. Na Espanha⁶⁵, as provas que podem ser utilizadas num julgamento são: (i) interrogatório das partes; (ii) documentos públicos; (iii) documentos privados;

⁶² Disponível em https://e-justice.europa.eu/76/EN/taking_of_evidence?ITALY&member=1. Acesso em 14/11/2023.

⁶³ Disponível em https://e-justice.europa.eu/76/EN/taking_of_evidence?AUSTRIA&member=1. Acesso em 14/11/2023.

⁶⁴ Disponível em https://e-justice.europa.eu/76/EN/taking_of_evidence?PORTUGAL&member=1. Acesso em 14/12/2023.

⁶⁵ Disponível em https://e-justice.europa.eu/76/EN/taking_of_evidence?SPAIN&clang=en&idSubpage=&mtContentRequested=1. Acesso em 14/11/2023.

(iv) opinião de um *expert*; (v) reconhecimento judicial; (vi) interrogatório de testemunhas; e (vii) meios de reprodução da palavra, som e imagem, bem como instrumentos de arquivo e conhecimento ou reprodução de palavras, dados, figuras e operações matemáticas realizadas para fins contabilísticos ou outros, relevantes para o processo. Quanto aos documentos privados especificamente, estes também fornecem provas completas no processo quando não são contestados pela parte lesada.

11. No caso *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*⁶⁶, o Tribunal Penal Internacional afirmou que os juízes não têm uma exigência estrita ou responsabilidade de decidir separadamente sobre a autenticidade das provas apresentadas. Se os itens propostos, à primeira vista, forem suficientemente autênticos ou confiáveis, isso é suficiente para que o item seja admitido (Ashouri, Bowers, and Warden 2014, 4). No entanto, quando surgem divergências entre as partes, a autenticidade das provas deve ser examinada (Ashouri, Bowers, e Warden 2014, 5).

Quanto à prova unilateral e sua impugnação:

12. Na Bélgica⁶⁷, se o tribunal chegar à conclusão de que as provas apresentadas podem ajudar a resolver o litígio e que refletem de forma confiável a verdade dos fatos, então lhes será atribuído valor probatório. No entanto, quando um documento tiver de ser verificado ou se for alegado que um documento é falso, as partes deverão apresentar documentos para comparação, além de poder ser determinada perícia. E, apesar de documentos emitidos por uma parte não poderem ser utilizados como prova a favor dessa parte, há ressalvas na lei permitindo o uso quando relevante.
13. Na Espanha⁶⁸, se o documento particular for contestado, quem o produziu poderá solicitar o cruzamento com qualquer outra prova que comprove a sua autenticidade. Caso não seja possível comprovar a autenticidade do documento particular, o mesmo será apreciado de acordo com as regras da análise crítica, que serão seguidas na apreciação dos demais meios de prova apresentados. Se, na sequência da impugnação, for comprovada a autenticidade do documento, é possível impor não só os custos envolvidos, mas também uma multa à parte contrária.

⁶⁶ Disponível em <https://jpia.princeton.edu/news/future-digital-evidence-authentication-international-criminal-court>. Acesso em 24/10/2023.

⁶⁷ Disponível em https://e-justice.europa.eu/76/EN/taking_of_evidence?BELGIUM&member=1. Acesso em 14/11/2023.

⁶⁸ Disponível em https://e-justice.europa.eu/76/EN/taking_of_evidence?SPAIN&clang=en&idSubpage=&mtContentRequested=1. Acesso em 14/11/2023.

14. Na Polônia, o documento particular lavrado em formato escrito ou eletrônico comprova que quem o assinou fez a declaração constante do documento (artigo 245.º do Código de Processo Civil). Se uma parte negar a veracidade de um documento privado ou alegar que a declaração de quem o assinou não emana dessa pessoa, deverá comprovar isso. No entanto, se o litígio disser respeito a um documento privado proveniente de outra pessoa que não seja a parte contrária, a veracidade do documento deve ser provada pela parte que pretende utilizá-lo (artigo 253.º do Código de Processo Civil).
15. Na França⁶⁹, o documento privado (*acte sous-seing privé*), redigido sem a intervenção de funcionário público, pelas próprias partes e apenas com as suas assinaturas, considera-se autêntico na ausência de prova em contrário. Já o depoimento de testemunhas e outros métodos de prova ficam a critério do juiz.

Mais especificamente quanto aos tipos de documentos eletrônicos admitidos:

16. O Supremo Tribunal da Croácia (processo n.º I Kž 696/04-7) “confirmou que as mensagens SMS podiam ser utilizadas como prova no processo, uma vez que eram uma fonte de informação igual a qualquer outro conteúdo escrito armazenado em outros meios de comunicação”⁷⁰.
17. No Canadá⁷¹, a lei relativa a provas eletrônicas admitiu a possibilidade de publicações do Facebook serem consideradas provas eletrônicas em casos como *R v Hirsch*, 2017 SKCA 14, e *R v Richardson*, 2020 NBCA 35. Isto significa dizer que se enquadram na definição de documentos eletrônicos sob a seção 31.8 do Canada Evidence Act, RSC 1985, c C-5 [CEA]. Já em *R v Mills*, 2019 SCC 22 [Mills], foi constatado que não são as capturas de tela que exigem autenticação, mas as próprias postagens eletrônicas.
18. Em Estados Unidos v. Michael Avenatti, réu (setembro de 2021)⁷², foi discutida a admissibilidade de mensagens de Whatsapp como prova em um processo criminal. O réu afirmou que as mensagens do WhatsApp não poderiam ser usadas como prova, a menos que o Governo obtivesse e produzisse “as

⁶⁹ Disponível em https://e-justice.europa.eu/76/EN/taking_of_evidence?FRANCE&member=1. Acesso em 14/11/2023.

⁷⁰ Disponível em <https://rm.coe.int/guidelines-on-electronic-evidence-and-explanatory-memorandum/1680968ab5> (p. 19). Acesso em 27/10/2023.

⁷¹ Disponível em <https://www.thecourt.ca/r-v-martin-shedding-light-on-screenshots-as-electronic-evidence/>; <https://www.canlii.org/en/sk/skca/doc/2017/2017skca14/2017skca14.pdf>; <https://www.canlii.org/en/nb/nbca/doc/2020/2020nbca35/2020nbca35.pdf>; <https://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/rsc-1985-c-c-5/latest/rsc-1985-c-c-5.html> e <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2019/2019scc22/2019scc22.pdf>. Acesso em 22/10/2023.

⁷² Disponível em <https://www.jdsupra.com/legalnews/when-it-comes-to-using-screenshots-as-2429321/>. Acesso em 20/10/2023.

versões originais armazenadas eletronicamente” dessas comunicações. No entanto, o juiz distrital de Nova York decidiu que: “está bem estabelecido que, se devidamente autenticado (por exemplo, por uma testemunha com conhecimento, como um participante), capturas de tela de mensagens de texto e cópias de comunicações eletrônicas são admissíveis”.

19. Já em *Antoinette Judy Famulare, Requerente v. Gannett Co, Inc* (março de 2022)⁷³, o caso girava em torno da produção de relatórios gerados pelo Salesforce, ferramenta de Customer Relationship Management (CRM). O demandante produziu relatórios por meio de capturas de tela do painel do Salesforce. Os réus não podiam produzir os mesmos relatórios porque “não eram relatórios fixos e independentes” e só podiam produzir dados históricos do Salesforce exportados para uma planilha do Microsoft Excel. O juiz da causa ordenou, então, que “na medida do possível, o Réu deverá produzir os relatórios em formato de captura de tela, além do formato de planilha Excel já produzido. O advogado deverá agendar e tomar o depoimento de um representante do Réu sobre esta questão se o Réu sustentar que não pode produzir o formato da captura de tela.”

Sobre formas de validação da prova:

20. Em *Lorraine v. Markel American Insurance Co*⁷⁴, foi decidido pela “exigência de prova testemunhal, a respeito da criação, aquisição, manutenção, preservação e extração da informação armazenada em meio digital, inclusive, se o caso, quanto ao funcionamento específico de software e hardware, a fim de garantir que o sistema tenha adequados mecanismos de segurança; sem prejuízo do exame de metadados, do procedimento adequado para extração dos dados e do reconhecimento do extrato pela testemunha (FRIEDEN; MURRAY; LEIGH, 2011)”.
21. A Corte de Internet de Hangzhou na China (Hangzhou Court of the internet)⁷⁵ “já adotou um sistema de preservação judicial de provas via blockchain para lides que envolvam direitos autorais digitais, contratos financeiros e contratos de serviços de rede. As partes se cadastram na plataforma, preservam as provas que tem interesse na rede blockchain disponível e aproveitam delas nos processos judiciais”.

⁷³ Idem.

⁷⁴

Disponível

em:

https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/i_5_considera%C3%A7%C3%B5es_autenticidade.pdf?d=637250343071305756 (p. 74). Acesso em 20/10/2023.

⁷⁵ Provas no direito digital [livro eletrônico] : conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie / Rennan Thamay e Mauricio Tamer. -- 2. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2022. (2.7.2)

22. O Supremo Tribunal da Índia⁷⁶ decidiu que a exigência de um certificado é pré-condição para a admissibilidade de provas através de registo eletrónico nos termos da Secção 65B do Evidence Act. Cumprido esclarecer, no entanto, que o certificado só é necessário quando se apresentam provas eletrónicas como provas secundárias. Caso seja produzido o registo eletrónico original, que serve como prova primária, não é necessária a apresentação de certificado. O proprietário do computador, tablet ou celular pode apresentar diretamente o registo eletrónico original como prova, testemunhando que é proprietário ou opera o dispositivo onde a informação é inicialmente armazenada⁷⁷.
- a. A Secção 65B especifica que um certificado deve incluir certos elementos para estabelecer sua autenticidade e autoridade: (i) deve identificar o registo eletrónico que contém a informação ali declarada, (ii) descrever a forma como foi produzido e (iii) fornecer detalhes do dispositivo envolvido na produção do registo eletrónico.
 - b. Quanto ao conteúdo do certificado, a Secção 65B dispõe, ainda, que ele deve ser feito “com o melhor conhecimento e crença da pessoa que o declara”, devendo a conjunção “E” - entre conhecimento e crença - ser entendida como “OU”, uma vez que conhecimento e crença são contraditórios entre si.
23. Em *Koger Inc. & Koger (Dublin) Ltd v. O'Donnell & Others* (2010) IEHC 350⁷⁸, os metadados foram considerados importantes para autenticar a proveniência de documentos/materiais criados eletronicamente. Os tribunais irlandeses decidiram que existe a obrigação da parte informar a outra sobre provas armazenadas eletronicamente que contenham os metadados dos documentos nativos, quando isso for relevante (*Sretaw c. Craven House Capital PLC* (2017) IEHC 580; *Gallagher v. RTE* (2017) IEHC 237).
24. Em casos como *Moroccanoil v. Marc Anthony Cosmetics*, *Estados Unidos v. Vayner* e *Commonwealth v. Banas*⁷⁹ foi reforçada a importância de métodos adequados de recolha e autenticação, no sentido de que capturas de tela simples não são boas o suficiente como meio de prova. Portanto, torna-se necessária uma ferramenta confiável de preservação forense, que forneça

⁷⁶ Disponível em <https://www.barandbench.com/columns/section-65a-and-section-65b-a-complete-code-in-itself>. Acesso em 19/11/2023.

⁷⁷ Disponível em <https://articles.manupatra.com/article-details/ADMISSIBILITY-OF-ELECTRONIC-EVIDENCE-UNDER-THE-INDIAN-EVIDENCE-ACT-1872>. Acesso em 19/11/2023.

⁷⁸ Disponível em <https://rm.coe.int/guidelines-on-electronic-evidence-and-explanatory-memorandum/1680968ab5> (p. 19). Acesso em 27/10/2023.

⁷⁹ Disponível em <https://blog.pagefreezer.com/5-times-social-media-evidence-was-denied-in-court>. Acesso em 22/10/2023.

códigos hash (assinaturas digitais), carimbos de data/hora e metadados associados.

Ainda, o Conselho da Europa trouxe princípios gerais⁸⁰ e diretrizes⁸¹ atinentes às provas eletrônicas em procedimento civis e administrativos:

1. Cabe aos tribunais decidir sobre o potencial valor probatório das provas eletrônicas, em conformidade com o direito nacional⁸².
2. Na medida em que o sistema jurídico nacional o permita, e sujeito ao critério do tribunal, os dados eletrônicos devem ser aceitos como prova, a menos que a autenticidade de tais dados seja contestada por uma das partes.
 - a. Na medida em que a lei aplicável o permita, e sujeito ao critério do tribunal, a aceitação como prova de todos os tipos de provas eletrônicas é encorajada e recomendada para a prática judicial. Em caso de litígio, as partes geralmente identificam as questões a resolver e, a menos que uma das partes levante a questão da autenticidade das provas eletrônicas, o tribunal não necessita de levantar a questão por sua própria iniciativa. A parte que pretende basear-se em provas eletrônicas poderá ser obrigada a demonstrar a sua autenticidade – por exemplo, através da apresentação de metadados ou da procura de uma ordem jurídica adequada para obter dados adicionais de outras pessoas, como prestadores de serviços de confiança (*trusted services*) – apenas quando uma parte contestar as provas eletrônicas⁸³.
3. As provas eletrônicas devem ser avaliadas da mesma forma que outros tipos de provas, nomeadamente no que diz respeito à sua admissibilidade, autenticidade, exatidão e integridade.
4. As provas eletrônicas não devem ser discriminadas nem privilegiadas em relação a outros tipos de provas. A este respeito, os tribunais também devem adotar uma abordagem neutra em relação à tecnologia, o que significa que qualquer tecnologia que comprove a autenticidade, precisão e integridade dos dados deve ser aceita.
5. O tratamento das provas eletrônicas não deve ser desvantajoso para as partes nem proporcionar vantagem injusta a uma delas (princípio da igualdade de armas e igualdade de tratamento das partes no processo). Por exemplo, uma

⁸⁰ Disponível em <https://rm.coe.int/guidelines-on-electronic-evidence-and-explanatory-memorandum/1680968ab5> (p. 7 e 17). Acesso em 27/10/2023.

⁸¹ Idem (p. 8, 9 e 10).

⁸² A maioria das jurisdições em todo o mundo já previu expressamente na sua legislação a utilização de provas eletrônicas em processos judiciais. Exemplos de tais disposições podem ser encontrados no Regulamento eIDAS. Idem (p. 18).

⁸³ Idem (p. 23 e 24).

parte não deve ser privada da possibilidade de contestar a autenticidade das provas eletrônicas; se o tribunal apenas permitir que uma parte apresente provas eletrônicas em formato impresso, esta parte não deverá ser privada da oportunidade de apresentar metadados relevantes para provar a confiabilidade da impressão.

6. Na medida em que o sistema jurídico nacional permita, e sujeito ao critério do tribunal, a confiabilidade dos dados eletrônicos deve ser presumida, desde que a identidade do signatário possa ser validada e a integridade dos dados protegida, a menos e até que haja dúvidas razoáveis em contrário.
7. Os tribunais não devem recusar provas eletrônicas e não devem negar o seu efeito jurídico apenas porque são recolhidas e/ou apresentadas em formato eletrônico.
8. As partes deverão ser autorizadas a apresentar provas eletrônicas no seu formato eletrônico original, sem a necessidade de fornecer impressões.
9. Os tribunais devem estar conscientes da importância dos dados eletrônicos apresentados pelas partes como prova no seu formato original. Se for apresentada uma impressão de prova eletrônica, o tribunal pode ordenar, a pedido de uma das partes ou por sua própria iniciativa, o fornecimento do original da prova eletrônica pela pessoa relevante (dados de geolocalização por exemplo).
10. Em princípio, os tribunais não devem negar o efeito jurídico das provas eletrônicas apenas porque carecem de uma assinatura eletrônica avançada, qualificada ou igualmente segura⁸⁴.
 - a. Os tribunais devem procurar estabelecer a identidade do autor dos dados eletrônicos. Caso a lei aplicável não especifique a forma de determinação da sua identidade, esta poderá ser determinada de qualquer forma objetiva, como assinatura eletrônica ou através da verificação do endereço de e-mail de onde o documento foi enviado⁸⁵.

⁸⁴ Na prática atual, a maioria dos dados eletrônicos carece de assinaturas eletrônicas avançadas ou qualificadas e não são protegidos de qualquer outra forma. No entanto, devem ainda ser considerados pelos tribunais como provas eletrônicas (embora o valor probatório das provas possa variar dependendo do caso individual), considerando, por exemplo, uma variedade de serviços de confiança (trusted services) relacionados com a gestão eletrônica de documentos e a identificação de signatários disponível em todo o mundo (por exemplo, a assinatura biométrica). Idem (p. 19).

⁸⁵ Os serviços de confiança (trusted services) podem fornecer mecanismos tecnológicos que garantam a fiabilidade das provas. Por exemplo, certificados para assinaturas eletrônicas, por vezes referidos como "ID digital" de uma pessoa, podem garantir tanto a autenticidade como a integridade dos dados. Quando a identidade do signatário com assinatura eletrônica for duvidosa, um tribunal pode solicitar ao prestador de serviços relacionado com a assinatura eletrônica que faça uma declaração em relação às questões sobre as quais é competente para fornecer provas. A marcação temporal (certificação da hora) pode ser igualmente importante para evidenciar a integridade dos dados eletrônicos. Idem (p. 23).

11. Os tribunais devem estar conscientes do valor probatório dos metadados⁸⁶ e das potenciais consequências da sua não utilização.
12. Os tribunais podem exigir a análise de provas eletrônicas por peritos, especialmente quando são levantadas questões probatórias complexas ou quando é alegada manipulação de provas eletrônicas. Os tribunais devem decidir se essas pessoas têm conhecimentos suficientes na matéria.

Apesar das diretrizes acima defenderem, de forma geral, a admissibilidade das provas eletrônicas como um todo, exigindo a impugnação pela parte contrária para, então, ser questionada sua confiabilidade, há uma certa contradição quando é, ao mesmo tempo, presumida a sua capacidade de adulteração:

As evidências eletrônicas, por sua própria natureza, são frágeis e podem ser alteradas, danificadas ou destruídas por manuseio ou exame inadequado⁸⁷.

As capturas de tela de provas eletrônicas podem ser facilmente manipuladas, pois excluem metadados ou outros dados ocultos. Consequentemente, uma impressão de tela de um navegador da Web não é uma evidência confiável, pois nada mais é do que uma cópia da tela exibida.

Parte-se, com isso, da presunção de que as provas eletrônicas (e não só as capturas de tela, aqui entendidas como espécie de prova eletrônica) podem ser alteradas, em que pese haja disposição contrária no sentido de que a admissibilidade dos dados eletrônicos deve ser assumida “*ab initio*” (somente podendo ser afastada, portanto, em caso de dúvida razoável alegada pela parte contrária). Não apenas, mas o texto menciona, inclusive, a presunção de confiabilidade deste tipo de prova, de

⁸⁶ *As provas eletrônicas incluem metadados como algo natural e os tribunais devem estar conscientes do seu potencial valor probatório. Pode ser utilizado para rastrear e identificar a origem e o destino de uma comunicação, os dados do dispositivo que gerou a prova eletrônica, a data, a hora, a duração e o tipo de prova. Os metadados podem ser relevantes, quer como prova indirecta (como indicar a versão mais relevante do documento) ou como prova directa (por exemplo, se os dados do ficheiro forem manipulados). Idem (p. 19).*

⁸⁷ *Os juízes e os profissionais, incluindo os profissionais da justiça, devem estar cientes de que os dados são frequentemente armazenados através de serviços baseados em rede. Isto inclui a computação em nuvem e a prestação de serviços online. A recolha e apreensão de provas eletrônicas pode exigir que os Estados-Membros adotem ferramentas e procedimentos especiais. Entretanto, os juízes e os profissionais, incluindo os profissionais da justiça, devem procurar garantir a integridade, a confidencialidade e a segurança de tais dados. Isso inclui a retenção de cópias de backup seguras caso um dos meios de armazenamento falhe. É necessário reter os dados eletrônicos em seu formato original. Idem (p. 22).*

modo que a aplicação prática dessas diretrizes torna-se confusa, exigindo regramento específico e claro na lei.

Flexibilização do ambiente probatório, permeado por novas tecnologias: atualização das fontes de provas e reflexões sobre alterações de dispositivos do Código Civil. Tratamento dos requisitos da existência dos fatos jurídicos na parte relativa às provas com a identificação de cada meio de prova, em cotejo com o que as tecnologias têm a oferecer

É possível observar, em análise comparada, que há práticas para reconhecimento da licitude da prova de fatos. No campo internacional, destacam-se os standards técnicos da série ISO/IEC 27000, publicados pela ISO (*International Organization for Standardization*) e pela IEC (*International Electrotechnical Commission*), com destaque para: ISO/IEC 27035:2011, com indicações sobre a gestão dos incidentes informáticos; ISO/IEC 27037:2012, que contém uma série de indicações concernentes à identificação, recolhimento, aquisição e conservação da prova digital; ISO/IEC 2741:2015, que fornece indicações destinadas a garantir a idoneidade e a adequação dos métodos investigativos; ISO/IEC 27042/2015, que consiste num guia de análise e interpretação das provas digitais, com o objetivo de enfrentar as questões de continuidade, validade, reproduzibilidade e repetibilidade dos resultados obtidos. Também cabe elencar a RFCC3227 – *Guidelines for Evidence Collection and Archiving*.

Igualmente, o SWGDE Best Practices for Mobile Devices Evidence Collection and Preservation, Handling, and Acquisition, de 2019 é exemplo. No Brasil, há normas técnicas para tanto, como a ABNT - NBR ISO/IEC 27037:2013, que estabelece diretrizes para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidência digital, para além de um Projeto de Lei n. 4.939/2020, que busca explicitar normas de obtenção e admissibilidade de provas digitais.

Em relação ao direito comparado, o Direito Português, igualmente, caminha para uma ampliação do campo probatório (embora haja forte discussão sobre os poderes instrutórios ou não dos Juízes - o que está fora do escopo de nosso trabalho, por se referir ao direito processual). Assim, o artigo 344.º do Código Civil pondera uma impossibilidade de prova, desde que tenha sido causada pela parte contrária, e em casos de inversão legal em que é considerada a maior dificuldade na sua produção. Interessante observar que o CC português tem regras, como o 343, 344, 345 que se referem à inversão ou ônus da prova para situações específicas, para proteção de vulneráveis no campo do direito material, assim como o nosso Código de

Defesa do Consumidor disciplina, em alguns casos. Igualmente é digno de nota artigos como o 358, 389, 391 e 396 do CC Português que funcionam como limites à apreciação do elemento probatório. Embora mais pareçam limites processuais, seguem a linha do Direito brasileiro no sentido de ofertar, no Código Civil, elementos que corroboram a necessidade que esse campo tenha disciplina no direito material.

Conforme José Lebre de Freitas, as chamadas provas legais possuem três gradações: prova bastante, prova plena e prova pleníssima. A prova bastante é aquela que cede perante uma contraprova, tornando-a incerta; por sua vez, a prova plena é a prova legal que só permite tornar o fato não verdadeiro se houver prova em contrário; a prova pleníssima, por fim, é a prova que não admite sequer a prova em contrário. No último caso, vale ressaltar a qualidade que se dá à confissão, judicial ou extrajudicialmente, feita por uma das partes, valendo, neste caso específico, a presunção *iuris et de iuris*.

Sobre o tema, os artigos 346 e 347 do Código Civil Português disciplinam: “Artigo 346.º Salvo o disposto no artigo seguinte, à prova que for produzida pela parte sobre quem recai o ónus probatório pode a parte contrária opor contraprova a respeito dos mesmos factos, destinada a torná-los duvidosos; se o conseguir, é a questão decidida contra a parte onerada com a prova. Artigo 347.º A prova legal plena só pode ser contrariada por meio de prova que mostre não ser verdadeiro o facto que dela for objecto, sem prejuízo de outras restrições especialmente determinadas na lei” (PORTUGAL. Ministério da Justiça - Gabinete do Ministro. Decreto-Lei n.º 47344. Lisboa: Diário do Governo, n. 274/1966, Série I, 25 nov. 1966).

No mais, a colega Carine já trouxe informações do Conselho Europeu, e-justice, que especifica diversas maneiras de pensarmos a existência e validade de provas digitais, no contexto comparado.

Reflexões sobre a contribuição do Código Civil para a colheita de provas extrajudiciais Validade de atos jurídicos em grupos vulneráveis ou vulnerabilizados

A produção antecipada de provas, instituto adotado pelo CPC/2015, foi uma forma de traduzir a inspiração americana do discovery, que permite que as partes envolvidas em um processo judicial obtenham informações relevantes e fundamentais para o caso, em uma fase bem preliminar do processo judicial (pre-trial).

Segundo Barbosa Moreira, discovery é o mecanismo mediante o qual cada uma das partes pode munir-se de provas a que o ordinário não teria acesso,

principalmente documentos do adversário. Tal possibilidade abre perspectiva de êxito, por exemplo, a quem litigue contra grandes empresas e necessite inteirar-se de suas atividades; por outro lado, favorece a solução consensual do litígio, na medida em que permite aos litigantes avaliar com realismo a solidez de sua posição.⁸⁸

Explicando melhor o modelo norte americano, Eduardo Cambi expõe:

O processo civil norte-americano divide-se em duas fases: o momento anterior ao julgamento (pretrial) e a fase de julgamento (trial), que pode ocorrer pelo júri. A fase pretrial contempla o Discovery, que é a revelação de provas e dados que possam colaborar com a elucidação do caso. Esse momento processual não abrange a participação e a ingerência direta do magistrado. São os advogados que realizam a maior parte dos procedimentos de produção de provas, acompanhados de um oficial de cartório que representa o juízo e confere oficialidade aos atos. Isso não significa que o magistrado não participa dessa fase, mas que suas intervenções são excepcionais, justificadas por falhas no andamento processual ou quando uma parte requer a participação do magistrado por sentir-se prejudicada. Os juízes devem apenas coibir eventuais abusos das partes e advogados, não interferindo diretamente na colheita das provas⁸⁹

De acordo com Anna Bacellar, no modelo americano as provas são obrigatoriamente constituídas em fase antecedente, ou seja, na pretrial, e somente após essa fase de constituição, se não houver transação e houver provas consideradas robustas, as partes poderão instruir e dar seguimento à demanda que, então, passará à fase de julgamento, isto é, ao trial, no qual haverá valoração das provas pelo juiz e, conseqüentemente, à declaração do direito pelo Estado. Já no processo civil brasileiro a produção de prova como direito autônomo e não cautelar pode ocorrer em dois momentos a requerimento das partes: na medida da Discovery à brasileira, que é de uso facultativo, e também na fase instrutória dentro do processo de conhecimento, momento em que pode se dar início a investigação e produção de prova, dentro de um procedimento que, desde o início, está sob análise valorativa do magistrado, o que não acontece no processo civil norte-americano.

Para Richard Marcus, ao falar de diversos “excepcionalidades” do sistema americano - inclusive quanto à discovery - , em comparação com o resto do mundo,⁹⁰ coloca como sendo central a ideia de que os EUA tem uma cultura que permite que

⁸⁸ BARBOSA MOREIRA. José Carlos. *Temas de Direito Processual (Nona Série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 78

⁸⁹ CAMBI, E.; PITTA, R. G. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. *Revista de Processo*. v. 245, julho de 2015, Disponível em: Acesso em: 15 jan. 2023. p. 05.

⁹⁰ RICHARD, Marcus. ‘American Exceptionalism’ in Goals for Civil Litigation. In: Uzelac, Alan (ed). *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*. Switzerland: Springer, 2014. p. 123.

os litigantes apliquem normas públicas por meio de iniciativas privadas. Esta particularidade seria exclusiva do sistema americano frente aos litígios civis.

No caso do Brasil, houve um interesse no discovery, que se consubstanciou no instituto da “produção antecipada de provas”. Segundo a doutrina brasileira, trata-se de “discovery à brasileira”⁹¹. Segundo Flávio Yarshell, “O CPC de 2015 inova ao desvincular a antecipação da prova do requisito do perigo [...] embora ainda distante dos modelos de common law [...] o novo texto passou a conceber a medida como meio para que os interessados possam melhor avaliar suas chances e riscos numa disputa judicial.”⁹²

Eduardo Talamini discorre que a produção antecipada de prova

Supera-se a noção de que as provas têm por destinatário único o juiz, não dizendo respeito às partes. Reconhece-se que as partes têm, em relação às provas, não apenas uma faculdade estritamente instrumental e interna ao processo, atinente ao exercício da ação e da defesa. Mais do que isso, as partes têm direito à produção ou à aferição da veracidade da prova, antes e independentemente do processo, por uma série de razões: avaliar suas chances efetivas numa futura e eventual disputa litigiosa, estimar os custos de tal disputa, verificar as possibilidades e termos de um possível acordo com o adversário – e assim por diante. Como se vê, esses objetivos guardam relação instrumental com uma possível disputa litigiosa, em que aquela prova poderia vir a ser usada. Mas essa disputa litigiosa não é apenas futura, e sim também eventual. Pode vir a não existir. Mais do que isso, o resultado da ação probatória pode ser decisivo para que ela não ocorra. Evidencia-se assim que a prova, ainda que não perdendo seu caráter de instrumentalidade, não se destina apenas à demonstração de fatos dentro de um específico processo. Tem um papel que vai muito além disso, ao fornecer previamente balizas para as partes, como acima destacado.⁹³

Segundo Anna Bacellar⁹⁴, em consulta as bases de dados do Poder Judiciário Capixaba foram encontrados 328 processos ajuizados com a Classe (Tabela Processual Unificada CNJ) 193 – Produção Antecipada da Prova desde a data de 18 de março de 2016 (início da vigência do novo CPC – Lei Ordinária 13.105 de 2015). Ou seja, em quase três anos e meio de vigência no novo CPC, apenas 328 ações de antecipação de prova foram ajuizadas no ES. Apesar de indícios sobre números

⁹¹ BACELLAR, Anna Luíza Sartorio. Princípios transnacionais do processo civil à luz da harmonização do Direito Internacional Privado. Anais do IV Congresso de Processo Civil Internacional, Vitória, 2019.

⁹² YARSHELL, Flávio Luiz. “Da produção antecipada da prova: art. 381 ao art. 383”. In: Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. Coord.: Teresa Arruda Alvim Wambier et al São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 1149-1168. p. 1150.

⁹³ TALAMINI, Eduardo. Produção Antecipada De Prova No Código De Processo Civil De 2015. Revista de Processo. v.260, p. 75-101, out, 2016. p. 02.

⁹⁴ BACELLAR, op. cit. p. 29.

estaduais, o senso comum reforça a hipótese de subutilização desta ferramenta, na prática.

Do que foi falado até o momento, sabe-se que a produção antecipada de prova, com inspiração no discovery americano, emplacou no CPC, mas com entendimento vinculado à sua instrumentalidade no processo judicial, ou seja, como exercício de atividade tipicamente jurisdicional. Tem como fundamentação a possibilidade de servir como um expediente de redução de demandas, que poderiam ser reduzidas por meio da avaliação de chances feitos pelos interessados a partir dos elementos de prova. Tem sido subutilizada no processo.

A ideia seria construir hipótese de colheita de provas testemunhais pelas partes independentemente de processo judicial. Isto porque ela se vincularia à validade do ato jurídico, e não à um direito ou garantia processual, embora, em caso de violação de direito, pudesse ser utilizada no processo, com posterior controle do magistrado.

Sobre o outro ponto levantado, que diz respeito a uso de formas mais flexíveis para validação do ato jurídico, como o uso de assinatura digital como sendo suficientes para comprovação de negócio jurídico feito por analfabeto, conforme exemplo trazido em item 1.3., Carine e João trouxeram bastante subsídio neste sentido. Reitero o item 13. das diretrizes do Conselho Europeu, que dizem que: em princípio, os tribunais não devem negar o efeito jurídico das provas eletrônicas apenas porque carecem de uma assinatura eletrônica avançada, qualificada ou igualmente segura.

Ou seja, neste ponto, há convergência com a ideia da Carine de presunção de veracidade como sendo a regra geral das provas digitais.

CONCLUSÃO

Conclusão e proposta (Carine):

Analisando a legislação e jurisprudência brasileiras, foi possível averiguar que, apesar da evolução tecnológica vivida, ainda estamos presos a meios de prova tradicionais (e custosos) que acabam por engessar a liberdade probatória das partes. Também é possível notar a diferença de tratamento dado às partes, vez que *prints* ou capturas de tela costumam ser aceitos quando fornecidos pela parte hipossuficiente, mas rechaçadas de ofício pelo juízo - sem impugnação pela parte contrária - quando apresentadas por empresas fornecedoras de serviços (a quem a prova aproveita).

Isso sob a simples e inadequada justificativa de serem provas unilaterais (sendo que toda prova, não produzida pelo juízo, pode ser entendida como unilateral), ferindo, portanto, o princípio do contraditório e da ampla defesa. Presume-se, com isso, a adulteração, em que pese tal adulteração possa ser realizada por qualquer parte, em qualquer documento (escrito ou não), não sendo algo novo da prova digital.

A presunção de adulteração também foi referida expressamente pelo Conselho da Europa⁹⁵, apesar da constante reafirmação de admissibilidade das provas eletrônicas em suas diretrizes. Foi recomendado (i) a aceitação dos dados eletrônicos, a menos que a autenticidade fosse contestada por uma das partes (portanto, se não contestada, a prova é válida); (ii) que não fosse negado efeito jurídico às provas eletrônicas apenas porque carecem de uma assinatura eletrônica avançada, qualificada ou igualmente segura (portanto, a autenticidade não requer prova complexa⁹⁶, nem corroboração “*ab initio*”); e (iii) que a corroboração (perícia) ocorresse apenas quando alegada a manipulação da prova eletrônica.

Ora, se deve ser dado à prova digital o mesmo tratamento dos outros meios de prova (quanto à sua admissibilidade, autenticidade, exatidão e integridade), não faz sentido a presunção de adulteração como regra geral, vez que isso não é aplicado a contratos, atestados médicos, extratos bancários etc. E, em que pese haja a possibilidade de livre valoração das provas pelo juízo, a inadmissibilidade de ofício da prova eletrônica (mais especificamente da captura de tela e telas sistêmicas) é contrária à lei (brasileira), vez que a mesma exige a impugnação prévia pela parte contrária para sua confiabilidade ser questionada.

O Código Civil e Código de Processo Civil, portanto, já abarcam as provas digitais e, conseqüentemente, as capturas de tela e telas sistêmicas, mas ante a divergência jurisprudencial quanto à sua interpretação e aplicabilidade, tornam-se necessárias as seguintes proposições, de forma a dar maior segurança jurídica e uniformidade à decisões:

⁹⁵ Segundo a diretriz, a impressão de tela de um navegador da Web não é uma evidência confiável, pois nada mais é do que uma cópia da tela exibida. Ocorre que o direito comparado admite a cópia: nos Estados Unidos, uma cópia serve tão bem quanto o original se a mesma for o produto de um método que garante precisão e genuinidade. O mesmo na Itália, sendo admitida a cópia de documentos, aqui compreendidos os documentos eletrônicos.

⁹⁶ Qualquer tecnologia que comprove a autenticidade, precisão e integridade dos dados deve ser aceita, havendo, inclusive, diretriz expressa no sentido de que a autenticidade pode ser determinada através da verificação do endereço de e-mail de onde o documento foi enviado (em que pese seja possível adulterar o cabeçalho do e-mail para mascarar a própria identidade e se passar por um remetente legítimo).

- I. Art. 212, II do Código Civil: abrangência interpretativa de “documento”, aqui compreendida a prova digital⁹⁷ (documento eletrônico representativo de uma situação ou imagem). Desnecessidade de alteração do artigo, ante disposição específica do art. 225, o qual já prevê “quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas”.
- II. Art. 225 do Código Civil: abrangência interpretativa de “reproduções eletrônicas”, a qual inclui a prova digital de forma ampla. Rol não-exaustivo. Conformidade com o art. 422, § 1º do Código de Processo Civil. Inclusão de parágrafo admitindo expressamente as capturas de tela, compreendidas as telas sistêmicas e outros meios de prova provenientes de novas tecnologias: “ § 1º As capturas de tela, nelas compreendidas as telas sistêmicas, são capazes de demonstrar a ocorrência ou não de determinado fato e suas circunstâncias e, caso sejam impugnadas, devem ser corroboradas com outros meios de provas que garantam sua autenticidade e integridade⁹⁸.”

A questão cinge-se, portanto, ao fato de que a captura de tela presume-se confiável⁹⁹, desde que suficientemente autêntica e íntegra (como qualquer outra prova). Isso significa dizer que adulterações grosseiras e de fácil constatação já poderiam afastar a admissibilidade da prova (principalmente quando a parte não estiver representada por um advogado), mas excetuada tal hipótese, os *prints* e telas sistêmicas são admitidos e válidos como meio de prova.

Havendo a impugnação pela parte contrária, deve-se, então, buscar a constatação de autenticidade e/ou integridade via outros meios de prova, podendo eles ser tradicionais (ata notarial, prova pericial, prova testemunhal etc) ou não

⁹⁷ A prova digital é aquela capaz de “demonstrar a ocorrência ou não de determinado fato e suas circunstâncias, tendo ele ocorrido total ou parcialmente em meios digitais ou, se fora deles, esses sirvam como instrumento para sua demonstração”. Provas no direito digital [livro eletrônico] : conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie / Rennan Thamay e Mauricio Tamer. – 2. ed. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2022. (1.3)

⁹⁸ “Qualidade da prova digital que permite a certeza com relação à sua completude e não adulteração. Na definição do Decreto Federal nº 10.278/2021 (art. 3º, IV) que regula a digitalização de documentos, integridade é, nesta linha, o “estado dos documentos que não foram corrompidos ou alterados de forma não autorizada”. A prova digital íntegra é aquela isenta de qualquer modificação em seu estado ou adulteração desde o momento da realização do fato até a apresentação do resultado prova. Prova digital íntegra, portanto, é aquela não modificada ou adulterada, apta, portanto, a demonstrar a reprodução do fato em sua completude e integridade”. Provas no direito digital [livro eletrônico] : conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie / Rennan Thamay e Mauricio Tamer. – 2. ed. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2022. (1.4)

⁹⁹ Conforme diretriz do Conselho da Europa, a confiabilidade dos dados eletrônicos deve ser presumida, desde que a identidade do signatário possa ser validada e a integridade dos dados protegida, a menos e até que haja dúvidas razoáveis em contrário. Importante ressaltar, aqui, jurisprudência canadense previamente mencionada, a qual sabiamente coloca que não são as capturas de tela que exigem autenticação, mas as próprias postagens eletrônicas.

(códigos hash, metadados etc). E, caso a parte a quem a prova aproveita queira, poderá trazer aos autos, “*ab initio*”, declaração do responsável pela extração dos dados (sistemas internos de empresas), garantindo sua autenticidade e integridade como forma de conferir maior segurança às informações ali inseridas.

Conclusões e hipóteses/propostas (João):

São necessárias alterações no regime do Código Civil, uma vez que o ambiente digital promove uma necessária refundação dos institutos jurídicos. À título do que foi analisado, formulo as seguintes hipóteses:

(i) - Modificar a redação do artigo 212 do CC, de modo a ampliar o seu escopo, sem enumerar quais meios de prova são possíveis, a fim de afastar discussões sobre se o rol é taxativo, exaustivo. Uma redação similar ao artigo 369 do CPC é suficiente, uma vez que todo meio e fonte de prova são admissíveis, desde que não sejam ilícitas.

(ii) - Tornar o capítulo “das provas” no Código Civil mais enxuto, no sentido de deixar claro a razão pela qual ele existe no ordenamento jurídico brasileiro. Há utilidade para disciplinar o ambiente probatório no Código Civil, mas, por vezes, há discussões entre processualistas e civilistas sobre o tópico. O Código Civil deveria disciplinar, como afirmado, a importância da comprovação da existência do fato que ocorre no mundo da vida em cotejo com a normatividade existente, uma vez que, dessa forma, o fato é jurídico. O direito material se preocupa com a existência de um fato jurídico e sua relevância no campo probatório. Não se trata de discussão no âmbito processual, já disciplinada no CPC. Assim sendo, artigos que simplesmente corroboram o que já está escrito no CPC e que tenha cunho tão somente processuais, deveriam ser extirpados do CC. Não obstante, como é pulsante a discussão sobre a comprovação de fatos que ocorrem no ambiente virtual, deveríamos nortear a modificação do CC nesse aspecto. Verificar quando o documento tem os seus requisitos de admissibilidade, enquanto existente e válido (nos termos do limite de ser a prova lícita ou nos termos do artigo 104 da parte geral do CC), por exemplo, ou, quando uma confissão se reveste dos elementos necessários para sua consideração enquanto elemento jurídico. Até mesmo o instituto da confissão tem conotações diversas para o Direito Civil em relação ao Direito Processual Civil: ou seja, a confissão é irretroatável, independentemente se ela beneficia ou não a outra parte no direito civil, diferentemente do direito processual que se preocupa na confissão em ambiente judicial, validando-a quando traz benefícios à parte contrária.

(iii) - Mantida algumas redações dos artigos do Código Civil, ampliaríamos o escopo do artigo 215, § 5º, 225 e 228, §2º. Tais dispositivos deveriam funcionar como cláusulas gerais e nortes no campo do direito probatório digital, uma vez que, se ampliados em sua redação, atualizados, poderão funcionar como boas regras de admissão de fontes digitais para a comprovação de fato jurídico. Como já afirmado, o artigo 228, § 2º, incluído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, igualmente, promove nosso objetivo, enquanto equipe: garantir inclusão de grupos vulneráveis e a isonomia no tratamento entre as pessoas, com a necessária observação e alcance da cidadania digital básica.

(iv) - Explicitar no Código que documentos elaborados e armazenados eletronicamente possuem a mesma validade jurídica de documentos em papel, desde que cumpram certas exigências técnicas, escoradas nos elementos autenticidade, integridade e cientificidade.

Conclusões e hipóteses/propostas (Nubia):

É possível imaginar um artigo, no capítulo de provas, que traduz a possibilidade de colheita extrajudicial de prova testemunhal, no seguinte sentido:

art. 227. A. A prova testemunhal pode ser colhida extrajudicialmente, com ou sem processo judicial em trâmite, desde que todos os interessados estejam representados por advogado.

§ 1. Poderão existir advogados diferentes para cada interessado, bem como um advogado comum.

§ 2. A prova será gravada por meio de vídeo, momento em que todas as arguições serão feitas pelo advogado ou advogados presentes.

§ 3. Considerar-se-á válida a prova extrajudicialmente colhida, desde que seja lícita e presentes seus requisitos. No entanto, seu uso em eventual processo judicial deverá ser avaliado pelo juiz responsável, que observará a presença do contraditório e demais garantias processuais, bem como sua pertinência e regularidade.

§ A prova colhida extrajudicialmente, caso seja usada em processo judicial, seguirá as regras processuais vigentes e será valorada diante do arcabouço probatório e do livre convencimento motivado do juiz.

Sobre a questão dos grupos vulneráveis, ainda não está claro como uma redação poderia contribuir para delimitar um pouco mais o alcance da proteção dos grupos vulneráveis, mas sem que eles não deixem de se beneficiar das facilidades das provas digitais. Algo no sentido que a Carine coloca que não fosse negado efeito jurídico às provas eletrônicas apenas porque carecem de uma assinatura eletrônica avançada, qualificada ou igualmente segura (portanto, a autenticidade não requer prova complexa¹⁰⁰, nem corroboração “*ab initio*”), acrescentando-se que para grupos vulneráveis a proteção estatal se daria na exata medida em que não concorre, negativamente, com sua facilitação e acesso à direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA MOREIRA. José Carlos. Temas de Direito Processual (Nona Série). São Paulo: Saraiva, 2007.

BACELLAR, Anna Luíza Sartorio. Princípios transnacionais do processo civil à luz da harmonização do Direito Internacional Privado. Anais do IV Congresso de Processo Civil Internacional, Vitória, 2019.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 148, jun.2007.

CAMBI, E.; PITTA, R. G. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. *Revista de Processo*. v. 245, julho de 2015.

LEMOS, Diego Fontenele; CAVALCANTE, Larissa Homs; MOTA, Rafael Gonçalves. A prova digital no direito processual brasileiro. *Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará*, Fortaleza, ano 13, n. 1, jan./jul. 2021.

RICHARD, Marcus. ‘American Exceptionalism’ in Goals for Civil Litigation. In: Uzelac, Alan (ed). *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*. Switzerland: Springer, 2014.

SADIN, Éric. *La silicolonización del mundo. La irresistible expansión del liberalismo digital*. Buenos Aires: Caja negra, 2018.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A prova digital: um breve estudo sobre seu conceito, natureza jurídica, requisitos e regras de ônus da prova. *Revista TST*, São

¹⁰⁰ Qualquer tecnologia que comprove a autenticidade, precisão e integridade dos dados deve ser aceita, havendo, inclusive, diretriz expressa no sentido de que a autenticidade pode ser determinada através da verificação do endereço de e-mail de onde o documento foi enviado (em que pese seja possível adulterar o cabeçalho do e-mail para mascarar a própria identidade e se passar por um remetente legítimo).

Paulo, vol.88, n. 2, abr./jun.2022. THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. *Provas no direito digital [livro eletrônico]: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

TALAMINI, Eduardo. Produção Antecipada De Prova No Código De Processo Civil De 2015. *Revista de Processo*. v.260, p. 75-101, out, 2016

WALCH, Angela. *Blockchain's Treacherous Vocabulary: one more challenge for regulators*, 2017.

Sites:

1. CALLAGHAN, Peter. *More Legal Lessons Learned: 7 Times Social Media Evidence Was Denied in Court*. Pagefreezer. Disponível em <https://blog.pagefreezer.com/5-times-social-media-evidence-was-denied-in-court>. Acesso em 22/10/2023.
2. COUNCIL OF EUROPE. *Electronic evidence in civil and administrative proceedings*. 30 de Jan 2019. Disponível em <https://rm.coe.int/guidelines-on-electronic-evidence-and-explanatory-memorandum/1680968ab5>. Acesso em 27/10/2023.
3. EUROPEAN COMMISSION. *E-Justice: court procedures, civil cases, taking of evidence*. 2023. Disponível em https://e-justice.europa.eu/76/EN/taking_of_evidence. Acesso em 14/11/2023.
4. FILARDI, Hugo. *Telas sistêmicas servem para demonstrar a existência de contratos pela internet*. Rio de Janeiro, 09 de Jun de 2022. Disponível em: <https://www.siqueiracastro.com.br/noticias/telas-sistemicas-servem-para-demonstrar-a-existencia-de-contratos-pela-internet/>. Acesso em 08/11/2023.
5. GAUTAM, Hardik. *Sections 65A and 65B of the Indian Evidence Act: A complete code in itself*. Bar and Bench, 27 de Julho de 2020. Disponível em <https://www.barandbench.com/columns/section-65a-and-section-65b-a-complete-code-in-itself>. Acesso em 19/11/2023.
6. GILL, Jim. *When it Comes to Using Screenshots as Evidence, It's All About Authentication*. JDSupra, 15 de Jun de 2022. Disponível em <https://www.jdsupra.com/legalnews/when-it-comes-to-using-screenshots-as-2429321/>. Acesso em 20/10/2023.
7. JAIN, Astha. *Admissibility of electronic evidence under the Indian Act, 1872*. Manupatra, 22 de Set de 2023. Disponível em <https://articles.manupatra.com/article-details/ADMISSIBILITY-OF-ELECTRONIC-EVIDENCE-UNDER-THE-INDIAN-EVIDENCE-ACT-1872>. Acesso em 19/11/2023.

8. PASTORE, Guilherme de Siqueira. *Considerações sobre a autenticidade e a integridade da prova digital*. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 21, nº 53, p. 63-79, Janeiro-Março/2020. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/i_5_considera%C3%A7%C3%B5es_autenticidade.pdf?d=637250343071305756. Acesso em 11/10/2023.
9. QUILLING, Chelsea. *The Future of Digital Evidence Authentication at the International Criminal Court*. Princeton University: Journal of Public & International Affairs, 20 de Maio de 2022. Disponível em <https://jpia.princeton.edu/news/future-digital-evidence-authentication-international-criminal-court>. Acesso em 24/10/2023.
10. SAFEER, Ramna. *R v Martin: Shedding Light on Screenshots as Electronic Evidence*. York University: Osgoode Hall Law School, 18 de Jan de 2021. Disponível em <https://www.thecourt.ca/r-v-martin-shedding-light-on-screenshots-as-electronic-evidence/>. Acesso em 22/10/2023.
11. SUZUKI, Vicente Takaji; LOPES, Hugo Fernando Men. *Verifact - Parecer Jurídico*. Paraná, Jan de 2019. Disponível em: https://www.verifact.com.br/wp-content/uploads/2019/02/verifact_parecer_juridico_v.2.1.pdf. Acesso em 12/11/2023.
12. ZWICKER, Gisele Amorim. *Da admissibilidade das telas e registros sistêmicos como provas jurídicas válidas*. Migalhas, São Paulo, 08 de Dez de 2021. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/356253/da-admissibilidade-das-telas-e-registros-sistemicos-provas-juridicas>. Acesso em 11/10/2023.

TOKENIZAÇÃO E REGISTRO

Alexandre Kassama, Ivan Jacopetti do Lago, José Humberto Fazano Filho e Yuri Nabeshima

Resumo: Entre as várias aplicações que se tem tentado dar à tecnologia do Blockchain se encontra a tokenização: a criação de representações digitais de ativos, com vistas a sua negociação em ambientes eletrônicos. Esta operação enfrenta inúmeros desafios, em especial quando pretende referenciar ativos corpóreos. A matéria ainda não foi tratada com profundidade pela legislação brasileira ou mesmo estrangeira. Já a jurisprudência tem tratado do tema em conjunto com o dos criptoativos em geral, notadamente em casos de fraude e responsabilização civil, ou de tentativa de penhora destes bens em processos de execução movidos contra seus titulares. A criação de um marco legal abrangente sobre o tema da tokenização depende de um maior amadurecimento da questão, em âmbito nacional e internacional. Apesar disso, pode ser conveniente a inserção no Código Civil de alguns dispositivos que estabeleçam os primeiros contornos da matéria, tal como neste memorando se propõe.

INTRODUÇÃO E JUSTIFICATIVA

Os “tokens” – traduzidos na presente proposta como “Ativos Digitais” - são, em linhas gerais, representações digitais e criptográficas de certas relações jurídicas¹⁰¹.

Em sentido tecnológico, consistem em um pacote digital de dados que, sob um único e unívoco código de identificação criado mediante um algoritmo, substituem no tráfego este mesmo conjunto de dados, de modo a evitar sua duplicação, ou modificação ulterior¹⁰².

Malta foi um dos primeiros países a definir, na legislação, o que é um token: uma forma de registro em meio digital que não tem utilidade, valor ou aplicação fora da

¹⁰¹ Cf. INCUTTI, Enzo Maria. Il Mercato Delle Cripto-Attività. In: BATTELI, Ettore (org.). Diritto privato digitale. Turim: Giappichelli, 2022, p. 281.

¹⁰² Cf. CEDIEL SERRA, Ana María; MOLINA BALAGUER, Francisco. Transmisión de Los Bienes Tokenizados, Análisis Registral y Tributario. In: SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada (org.). Blockchain: impacto em los sistemas financeiro, notarial, registral y judicial. Cizur Menor: Aranzasi. 2020. P. 830.

plataforma de registro distribuído em que foi emitido, e que pode ser descontado em fundos unicamente nesta plataforma, diretamente pelo emissor do respectivo ativo¹⁰³.

Todavia, atualmente os tokens vêm sendo considerados em perspectiva mais ampla, abrangendo também modalidades de utilização fora da plataforma em que foi emitido, conforme o caso.

Assim, desenvolveu-se uma classificação dos tokens. Classificá-los tem relevância prática, já que certos tokens (notadamente os “security tokens”) submetem-se a critérios regulatórios bastante intensos¹⁰⁴.

Por exemplo, nos Estados Unidos qualquer coisa que represente, ou facilite, a negociação de participações na propriedade, ou em fundos, é tratado como um Security Token, e, por isso, sujeito à severa regulação dos valores mobiliários. Já a União Europeia distingue os Security Tokens dos Utility Tokens, sujeitando a regulação apenas os primeiros. No Reino Unido, qualquer empreendimento de captação de fundos com finalidade de investimento submete-se à regulação do mercado de valores mobiliários¹⁰⁵.

Em geral, tem sido replicada na doutrina estrangeira a classificação feita originalmente pelo órgão responsável pela vigilância do mercado financeiro suíço (FINMA): payment tokens, destinados a funcionar como cripto-moedas virtuais; utility tokens, destinados a atribuir a seu titular o direito de usar ou gozar de um bem ou serviço, físico ou digital, presente ou futuro; e os investment tokens, ou asset tokens, destinados a representar um crédito, ou um direito de participação (por exemplo, em uma sociedade). Tripartição semelhante foi incorporada à “Proposta de Regulamento Relativo ao Mercado das Cripto-Atividades” da União Europeia, de 24 de setembro de 2020¹⁰⁶, posteriormente convertida no Regulamento (UE) 2023/1114, de 31 de maio de 2023.

Nesse sentido, o item 18 dos Considerandos do Regulamento estabelece que:

O presente regulamento classifica os criptoativos em três tipos que deverão ser distinguidos uns dos outros e estar sujeitos a requisitos diferentes em função dos riscos que implicam.

¹⁰³ Cf. KONASHEVYCH, Oleksii. General Concept of Real Estate Tokenization on Blockchain: The Right to Choose. *European Property Law Journal*, v. 1-2, n. 9, 2020, pp. 32-33.

¹⁰⁴ Cf. SAARI, Annina, JUNNILA, Seppo e VIMPARI, Jussi. Blockchain`s Grand Promise for the Real Estate Sector: A Systematic Review. *Applied Sciences*, v. 12, p. 10, 2022.

¹⁰⁵ Cf. BAUM, Andrew. Tokenisation – The future of Real Estate Investment?. In: *The Future of Real Estate Initiative*. Oxford: Saïd Business School, 2020, p. 31.

¹⁰⁶ Cf. INCUTTI, Enzo Maria. Il Mercato Delle Cripto-Attività. In: BATTELI, Ettore (org.). *Diritto privato digitale*. Turim: Giappichelli, 2022, p. 282.

A classificação baseia-se no facto de os criptoativos procurarem ou não estabilizar o seu valor por referência a outros ativos. O primeiro tipo é constituído por criptoativos que visam estabilizar o seu valor por referência a uma única moeda oficial. A função desses criptoativos é muito semelhante à função da moeda eletrónica, tal como definida na Diretiva 2009/110/CE. À semelhança da moeda eletrónica, esses criptoativos são substitutos eletrónicos de moedas e notas, sendo provável que sejam utilizados para fazer pagamentos. Esses criptoativos deverão ser definidos no presente regulamento como «criptofichas de moeda eletrónica». O segundo tipo de criptoativos diz respeito às «criptofichas referenciadas a ativos», que visam estabilizar o seu valor por referência a outro valor ou direito, ou a uma combinação de ambos, incluindo uma ou várias moedas oficiais. Esse segundo tipo abrange todos os outros criptoativos – com exceção das criptofichas de moeda eletrónica – cujo valor é garantido por ativos, a fim de evitar que o presente regulamento seja contornado e de garantir que esteja preparado para o futuro. Por último, o terceiro tipo compreende criptoativos que não são criptofichas referenciadas a ativos nem criptofichas de moeda eletrónica e abrange uma grande variedade de criptoativos, nomeadamente as criptofichas de consumo.

Há, também, quem acrescente mais uma camada à classificação tripartida, dividindo os Security Tokens, ou Investment Tokens, em Equity Tokens (equivalentes às tradicionais ações) e Debt Tokens (equivalentes a créditos)¹⁰⁷; ou quem acrescente aos outros três também tokens híbridos, destinados a desempenhar mais de uma das já citadas finalidades¹⁰⁸: por exemplo, tokens de pagamento que funcionem também como tokens de investimento, e vice-versa¹⁰⁹.

A presente proposta adota o critério tripartido, prevendo que os Ativos Digitais podem ser utilizados (i) como meio de pagamento, (ii) para obter acesso a um bem ou serviço fornecido pelo seu emitente, ou (iii) para referenciar um ativo.

Antevendo a possibilidade de a criação dos tokens gerar riscos sistêmicos para o sistema financeiro, o item 53 dos Considerandos do Regulamento (EU) 2023/1114 estabelece que:

Para enfrentar os riscos para a estabilidade do sistema financeiro em geral, os emitentes de criptofichas referenciadas a ativos deverão estar sujeitos a requisitos de fundos próprios. Esses requisitos deverão ser proporcionais à dimensão da emissão das criptofichas referenciadas a ativos e, por conseguinte, calculados em percentagem da reserva de ativos

¹⁰⁷ Cf. BAUM, Andrew. Tokenisation – The future of Real Estate Investment?. In: The Future of Real Estate Initiative. Oxford: Saïd Business School, 2020, p. 31.

¹⁰⁸ Cf. CEDIEL SERRA, Ana María; MOLINA BALAGUER, Francisco. Transmisión de Los Bienes Tokenizados, Análisis Registral y Tributario. In: SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada (org.). Blockchain: impacto em los sistemas financeiro, notarial, registral y judicial. Cizur Menor: Aranzasi. 2020. P. 833.

¹⁰⁹ Cf. BIRNE, Aurelia Philine. Das Allgemeine Privatrecht der Blockchain-Token – Lex lata et ferenda. Tübingen: Mohr Siebeck. 2023. P. 37.

que garante o valor das criptofichas referenciadas a ativos. As autoridades competentes deverão, no entanto, ter a possibilidade de aumentar o montante de fundos próprios exigido, com base, nomeadamente, na análise do processo de gestão de risco e dos mecanismos de controlo interno do emitente, na qualidade e volatilidade dos ativos de reserva que garantem as criptofichas referenciadas a ativos ou no valor agregado e no número de transações liquidadas em criptofichas referenciadas a ativos.

Pela mesma razão, a presente proposta estabelece que se sujeitando o direito representado a regulação – por exemplo, ativos financeiros, valores mobiliários etc – esta será aplicável também a todos os negócios que tenham por objeto o respectivo Ativo Digital¹¹⁰.

Quanto à natureza jurídica, tem-se debatido se o token é em si um bem, ou um mero título representativo de um bem¹¹¹.

Ainda que seja em si um bem, sua transmissão deve respeitar, quando referenciar um outro ativo, à natureza jurídica deste último, submetendo-se aos respectivos requisitos de validade e eficácia¹¹².

O token que referencia uma obra de arte não é uma obra de arte, nem está protegido por direitos autorais; não prova a propriedade de imóveis ou outros bens sujeitos a registro; nem a origem, ou mesmo a custódia, de um diamante. Sua detenção não gera presunções, e, dada a grande quantidade de fraudes que se tem observado, nem mesmo indica uma aquisição de boa-fé¹¹³.

¹¹⁰ Em sentido análogo, o artigo 3º da Lei 1.491, de 23 de junho de 2020, do Principado de Mônaco: *Lorsque les jetons présentent les caractéristiques des instruments financiers, l'offre ne peut être réalisée que par une société par actions.*

¹¹¹ Cf. CHANG, Charles; WANG, Richard. *From Real to Digital: Asset Tokenization and the Case of Brickmark*. Shanghai: Fudan Fanhai Fintech Research Center. 2021. P. 6; IMBRENDA, Mariassunta. *Lineamenti di Diritto Privato nell'era dell'economia digitale*. Milão: CEDAM. 2023. P. 159.

¹¹² Cf. IMBRENDA, Mariassunta. *Lineamenti di Diritto Privato nell'era dell'economia digitale*. Milão: CEDAM. 2023. P. 159; CEDIEL SERRA, Ana María; MOLINA BALAGUER, Francisco. *Transmisión de Los Bienes Tokenizados, Análisis Registral y Tributario*. In: SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada (org.). *Blockchain: impacto em los sistemas financeiro, notarial, registral y judicial*. Cizur Menor: Aranzasi. 2020. P. 835.

¹¹³ Cf. MILKAU, Udo. *Decentralized Finance und Tokenisierung: Zukunftsweisende Trends zwischen Smart Contracts und Gamification*. Stuttgart: Schäffer-Poeschel Verlag. 2023. P. 205. Observe-se que Na Alemanha não há ainda legislação compreensiva do tema que trate de tokens ou ativos eletrônicos (Cf. HENKER, Robert; ATZBERGER, Daniel; SCHEIBEL, Willy; DÖLLNER, Jürgen. *Real Estate Tokenization in Germany: Market Analysis and Concept of a Regulatory and Technical Solution*. Conference Paper. 2023).

Não há identidade entre o token e o ativo representado, e a tokenização de modo algum produz uma “espiritualização” do direito que o incorpore de forma autônoma e unitária no token. O token é simplesmente uma representação digital¹¹⁴.

Com isso, a transmissão de um imóvel referenciado estaria sujeita a todos os requisitos da transmissão de qualquer imóvel, com o que a transmissão do token per se não implica a transmissão do ativo referenciado¹¹⁵.

Por essa razão, a presente proposta estabelece que “a criação de um Ativo Digital não modifica a natureza jurídica do direito representado”, e, ainda, que “Nos casos em que o ativo digital se destine a referenciar um ativo, o regime jurídico da sua criação, modificação e transmissão, inclusive no tocante à forma dos negócios, será aquele aplicável ao respectivo ativo referenciado”.

Há, evidentemente, uma série de problemas na tensa relação entre os mundos on-chain e off-chain. Com efeito, a tecnologia do blockchain foi desenvolvida para a transmissão de tokens de pagamento: as criptomoedas, que representa uma unidade de valor que não precisa existir fora da rede. Por outro lado, a tecnologia não se presta a garantir, de forma satisfatória e auto-suficiente, que o ativo tokenizado existe realmente, nem que o emissor do token é seu legítimo proprietário, e nem mesmo que este ativo já não tenha sido previamente tokenizado, na mesma plataforma ou em outra, ou que a posse do token será acompanhada da posse do ativo representado¹¹⁶.

Isto é especialmente relevante em se tratando de bens imóveis.

Quanto a estes, a tokenização tem sido definida como o processo de representar frações de participação em imóveis por meio de um token baseado em blockchain¹¹⁷.

Tal processo pode, teoricamente, se dar de variadas maneiras: a representação de ações de um trust de investimento em imóveis; ou então a representação de um crédito garantido por um imóvel; ou ainda a conversão da propriedade de um único bem em múltiplos “tokens”¹¹⁸.

¹¹⁴ Cf. SIEIRA GIL, Jesus; CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO, Jimena. Blockchain, tokenización de activos inmobiliarios y su protección registral. . Revista Critica de Derecho Inmobiliario, v. 778, 2019. P. 2301.

¹¹⁵ Cf. IMBRENDA, Mariassunta. Lineamenti di Diritto Privato nell’era dell’economia digitale. Milão: CEDAM. 2023. P. 159.

¹¹⁶ Cf. MENDEZ GONZÁLEZ, Fernando P.; GALLEGO FERNÁNDEZ, Luis A. Contratos automatizados, Cadenas de Bloques y Registros de la Propiedad. Revista Critica de Derecho Inmobiliario, v. 778, 2020. P. 874.

¹¹⁷ Cf. BAUM, Andrew. Tokenisation – The future of Real Estate Investment?. In: The Future of Real Estate Initiative. Oxford: Saïd Business School, 2020, p. 3.

¹¹⁸ Cf. BAUM, Andrew. Tokenisation – The future of Real Estate Investment?. In: The Future of Real Estate Initiative. Oxford: Saïd Business School, 2020, p. 31.

Na prática, contudo, observa-se que no direito comparado não se tem admitido a tokenização de ativos imobiliários diretamente. Não há na legislação estrangeira, até o momento, qualquer precedente que admita a representação de imóveis específicos por tokens.

O que se tem proposto é o emprego de estruturas intermediárias, como sociedades de propósito específico e fundos imobiliários, que emitem tokens dos ativos cuja propriedade permanece em seu patrimônio¹¹⁹. E nessa linha têm sido, em geral, as propostas de investimento em ativos tokenizados, tanto na Europa como nos Estados Unidos: uma pessoa jurídica mantém a propriedade do ativo tokenizado, outra o administra, e os portadores dos tokens apenas recebem uma remuneração pelo investimento, não adquirindo qualquer direito sobre os ativos em si¹²⁰. Com o que os estudiosos têm concluído que a tokenização que tenha algo que ver com imóveis tenha mais chances de se desenvolver no âmbito dos fundos imobiliários, em que já há uma estrutura intermediária, e, ainda, uma demanda evidente por fracionamento: tokenizam-se as cotas de participação no fundo, e não propriamente os imóveis¹²¹.

Destaque-se que existe no Principado de Liechtenstein lei que tem por finalidade estabelecer um marco legal para todos os sistemas de transação baseados em “Trustworthy Technology” (Token- und VT-Dienstleistungsgesetz), que, aparentemente, admite a tokenização de imóveis ao definir o token como um pedaço de informação em um sistema de confiança, que pode representar pretensões ou direitos de participação contra uma pessoa, direitos de propriedade, ou outros direitos absolutos ou relativos¹²². No entanto, o Memorando de Explicações que acompanha referida lei é bastante claro: a tokenização de propriedade imóvel não pode substituir os atuais requisitos de transmissão de tais bens, com o que a tokenização abrange apenas direitos de natureza contratual¹²³.

¹¹⁹ Cf. SAARI, Annina, JUNNILA, Seppo e VIMPARI, Jussi. Blockchain`s Grand Promise for the Real Estate Sector: A Systematic Review. Applied Sciences, v. 12, p. 10, 2022. No mesmo sentido, o artigo 2.4 da Lei 08 de 21 de Dezembro de 2017 da Bielorrússia expressamente exclui direitos sujeitos a registro público da possibilidade de serem transmitidos juntamente com a transmissão do token.

¹²⁰ Cf. GARCIA-TERUEL, Rosa M.; SIMÓN MORENO, Héctor. The digital tokenization of property rights. A comparative perspective. Computer Law and Security Review, v. 41, 2021, p. 6.

¹²¹ Cf. BAUM, Andrew. Tokenisation – The future of Real Estate Investment?. In: The Future of Real Estate Initiative. Oxford: Saïd Business School, 2020, p. 4.

¹²² Principado de Liechtenstein, Lei 301, de 02 de Dezembro de 2019, Art. 2: *Begriffsbestimmungen und Bezeichnungen: (...) c) "Token": eine Information auf einem VT-System, die: 1. Forderungs- oder Mitgliedschaftsrechte gegenüber einer Person, Rechte an Sachen oder andere absolute oder relative Rechte repräsentieren kann; und 2. einem oder mehreren VT-Identifikatoren zugeordnet wird.*

¹²³ Cf. VAN ERP, Szef, Land registration and “disruptive” (or “trustworthy”?) technologies: Tokenisation of immovable property. Pp. 13-14. É este o trecho do Memorando citado por Van Erp: *“Die rechtlichen Konsequenzen müssten sehr genau betrachtet werden, da im Sachenrecht nicht nur Eigentum an Gegenständen, sondern auch Grundeigentum, beschränkte dingliche Rechte wie Dienstbarkeiten und*

Não há notícia de decisões judiciais na esfera jurisdicional que tenham tratado da tokenização de bens imóveis de maneira específica, abordando os efeitos jurídicos da operação nos campos obrigacional ou real.

Mas há decisões tratando de criptoativos de maneira geral, que podem, por analogia, ser aplicadas também aos tokens. Tais decisões, em sua maioria, dizem respeito à responsabilização civil de gestores destes ativos, ou das plataformas em que estes ativos são negociados (em casos de fraude, invasão etc), ou ainda da apreensão destes ativos pelos credores em processos de execução.

Paralelamente, em 2021 a Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul editou o Provimento 032/2021, tratando das escrituras públicas de permuta de bens imóveis por tokens ou criptoativos, estabelecendo uma série de requisitos, tais como atribuição de valor aos tokens entregues, declaração de ciência pelas partes que a aquisição de ditos tokens não representam direitos sobre o imóvel permutado, razoável equivalência econômica entre os objetos permutados, e, por fim, não terem os tokens permutados denominação que faça crer que seu conteúdo se refere à propriedade do imóvel permutado.

Vale dizer que a Corregedoria Geral de Justiça do Rio de Janeiro, na esteira no Provimento 032/2021, também reconheceu a possibilidade de utilização de ativos digitais na permuta com imóveis no artigo 363 do Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça – Parte Extrajudicial, Provimento CGJ nº 87/2022. Dentre os requisitos para a lavratura da escritura de permuta, exige-se a apresentação de declaração do titular do criptoativo quanto ao seu valor, em reais, tendo por base a cotação do dia da escritura segundo avaliação de mercado; declaração das partes de que reconhecem o conteúdo econômico do criptoativo objeto da permuta, especificando no título o seu valor para fins da permuta; declaração das partes de que o conteúdo dos criptoativos envolvidos na permuta não representa direitos sobre o próprio imóvel permutado; e declaração do titular do criptoativo indicativa da “exchange” envolvida, a saber, a pessoa física ou jurídica que realiza a operação com o criptoativo, tanto de custódia, intermediação ou negociação, incluindo nome, nacionalidade, domicílio fiscal, endereço, número de inscrição no CPF ou CNPJ ou número de identificação fiscal (NIF) no exterior, se for situada fora do País.

Grundlasten, Grundpfand usw. Geregelt sind. Die Regierung hat sich deshalb dafür entschieden, Rechte am Token und die damit verbundenen Rechtsfolgen autonom nur für VT-Systeme zu regeln. Damit bleibt das etablierte System des Sachenrechts unberührt und es wird ein klarer und übersichtlicher Rechtsrahmen für Token im Zusammenhang mit VT- Systemen geschaffen, der auch für Nichtjuristen nachvollziehbar ist.”

Em ambos os casos, os referidos Provimentos situaram o tema fora da disciplina do Direito das Coisas, restando àquele que recebeu tokens em troca do imóvel apenas direitos pessoais, contratualmente estabelecidos, contra o outro permutante.

Quanto aos tokens que fornecem acesso a bens e serviços, também entendidos como utility tokens, são aqueles projetados para funcionar dentro de ecossistemas específicos, proporcionando utilidade dentro desses sistemas. A utilidade específica de um token depende da lógica e do design por trás da plataforma que o emite. A variedade de casos de uso reflete a flexibilidade desses instrumentos digitais e como eles podem ser adaptados para atender às necessidades específicas de diferentes ecossistemas, promovendo a participação, incentivando comportamentos desejados e facilitando transações dentro dessas plataformas descentralizadas.

Considerando que o token de utilidade encerra um direito obrigacional em si, objetivando garantir segurança jurídica aos envolvidos, a proposta trata do estabelecimento de um prazo de 12 (doze) meses para que o detentor do token possa exigir o cumprimento da obrigação em face do emitente, salvo disposição em contrário.

Já os tokens que se destinem a servir como meio de pagamento devem, naturalmente, ser aceitos como tais voluntariamente, já que, na verdade, a sua troca por o que quer que seja tem natureza jurídica de permuta. Assim, é importante assegurar ao seu portador o direito de exigir do emissor o direito de resgatá-lo, o que também se faz na presente proposta.

Quanto aos requisitos tecnológicos dos tokens e sua emissão, seu caráter criptográfico e finalidade impõem a exigência do atingimento de um padrão mínimo, definido normativamente. Entende-se, contudo, que diante de um princípio de neutralidade tecnológica não cabe ao Código Civil fazê-lo, com o que a presente proposta comete esta disciplina a regulamento.

A proposta trata, ainda, da situação em que o detentor do token, por qualquer modo – extravio, falha tecnológica, usurpação – perde o seu controle. Neste caso, de modo análogo ao que se dá com o título ao portador (Código Civil, artigo 909), propõe-se a possibilidade de obtenção de um novo token, que substitua o anterior, mediante ação judicial.

Quanto a este ponto, a despeito de a detenção do token ser, eminentemente, vinculada ao conhecimento de suas chaves pública e privada, não pareceu ser adequado, mais uma vez em respeito ao Princípio da Neutralidade Tecnológica, incluir no Código Civil referência específica a este expediente. Por fim, quanto ao emitente

dos Ativos Digitais, é imperativo estabelecer as premissas fundamentais para a sua operação regular, levando em consideração princípios essenciais como transparência e dever de informação (edição de regulamento próprio que assegure que os investidores compreendam as regras e condições associadas ao ativo digital), segurança tecnológica, além de ser observada a exigência de devido registro junto à autoridade competente. Essas diretrizes são importantes para garantir a integridade, confiança e conformidade do ecossistema de ativos digitais, proporcionando um ambiente seguro e transparente para investidores e participantes do mercado.

CONCLUSÃO

A questão da tokenização, em especial a que envolve a representação de ativos físicos, parece ainda não ter sido suficientemente debatida na Doutrina.

Ainda, não há, até o momento, jurisprudência ou referências legislativas no Direito Estrangeiro que sejam suficientes para a madura e refletida incorporação no Código Civil de uma disciplina exauriente sobre o tema.

A despeito disso, à guisa da criação dos primeiros contornos legislativos sobre o assunto – em especial porque já tem havido tentativas mais ou menos bem sucedidas de tokenização, em prejuízo da segurança jurídica dos seus adquirentes, ou de terceiros - são sugeridos os dispositivos a seguir:

CAPÍTULO ...

Dos Ativos Digitais

Art. ... Os ativos digitais, representações de bens e direitos protegidos por criptografia e transacionados eletronicamente, somente produzem efeitos quando preenchem os requisitos da lei.

§1º: Regulamento disporá sobre os requisitos tecnológicos a serem observados na emissão dos ativos digitais de que trata o caput.

§2º: A criação de um Ativo Digital não modifica a natureza jurídica do direito representado.

§3º: Sujeitando-se o direito representado à regulação, esta será aplicável também a todos os negócios que tenham por objeto o respectivo Ativo Digital.

Art. ... Os Ativos Digitais poderão ser utilizados:

I – como meio de pagamento;

II – para obter acesso a um bem ou serviço fornecido pelo seu emitente;

III – para referenciar um ativo.

§1º: Nos casos em que o Ativo Digital se destine apenas a fornecer acesso a um bem ou serviço fornecido pelo seu emitente, o portador do Ativo Digital poderá exigir o cumprimento da obrigação do emitente no prazo máximo de 12 (doze) meses, salvo convenção diversa.

§2º: Nos casos em que o Ativo Digital se destine a servir como meio de pagamento, o portador poderá exercer contra o seu emissor o seu direito de resgatá-lo a qualquer tempo e pelo valor nominal.

§3º: Nos casos em que o Ativo Digital se destine a referenciar um ativo, o regime jurídico da sua criação, modificação e transmissão, inclusive no tocante à forma dos negócios, será aquele aplicável ao respectivo ativo referenciado.

Art. ... O detentor que por qualquer modo perder o controle do Ativo Digital, demonstrando sua titularidade, poderá pleitear, perante a autoridade judiciária competente, a obtenção de um novo Ativo Digital que o substitua.

Art. ... É obrigação do emitente do Ativo Digital o cumprimento dos seguintes requisitos:

I – Publicar regulamento que estabeleça, de forma clara, objetiva e transparente, as regras aplicáveis aos ativos digitais emitidos;

II – Implementar medidas de segurança da informação para assegurar a integridade, confidencialidade e disponibilidade do sistema;

III – Obter licença para operação junto a autoridade competente, nos termos de lei específica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUM, Andrew. Tokenisation – The future of Real Estate Investment?. In: The Future of Real Estate Initiative. Oxford: Saïd Business School, 2020.

BIRNE, Aurelia Philine. Das Allgemeine Privatrecht der Blockchain-Token – Lex lata et ferenda. Tübingen: Mohr Siebeck. 2023.

CEDIEL SERRA, Ana María; MOLINA BALAGUER, Francisco. Transmisión de Los Bienes Tokenizados, Análisis Registral y Tributario. In: SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada (org.). Blockchain: impacto em los sistemas financeiro, notarial, registral y judicial. Cizur Menor: Aranzasi. 2020.

CHANG, Charles; WANG, Richard. From Real to Digital: Asset Tokenization and the Case of Brickmark. Shanghai: Fudan Fanhai Fintech Research Center. 2021.

GARCIA-TERUEL, Rosa M.; SIMÓN MORENO, Héctor. The digital tokenization of property rights. A comparative perspective. Computer Law and Security Review, v. 41, 2021.

HENKER, Robert; ATZBERGER, Daniel; SCHEIBEL, Willy; DÖLLNER, Jürgen. Real Estate Tokenization in Germany: Market Analysis and Concept of a Regulatory and Technical Solution. Conference Paper. 2023.

IMBRENDA, Mariassunta. Lineamenti di Diritto Privato nell'era dell'economia digitale. Milão: CEDAM. 2023.

INCUTTI, Enzo Maria. Il Mercato Delle Cripto-Attività. In: BATTELI, Ettore (org.). Diritto privato digitale. Turim: Giappichelli, 2022.

KONASHEVYCH, Oleksii. General Concept of Real Estate Tokenization on Blockchain: The Right to Choose. European Property Law Journal, v. 1-2, n. 9, 2020.

MENDEZ GONZÁLEZ, Fernando P.; GALLEGO FERNÁNDEZ, Luis A. Contratos automatizados, Cadenas de Bloques y Registros de la Propiedad. Revista Critica de Derecho Inmobiliario, v. 778, 2020.

MILKAU, Udo. Decentralized Finance und Tokenisierung: Zukunftsweisende Trends zwischen Smart Contracts und Gamification. Stuttgart: Schäffer-Poeschel Verlag. 2023.

SAARI, Annina, JUNNILA, Seppo e VIMPARI, Jussi. Blockchain`s Grand Promise for the Real Estate Sector: A Systematic Review. Applied Sciences, v. 12, 2022.

SIEIRA GIL, Jesus; CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO, Jimena. Blockchain, tokenización de activos inmobiliarios y su protección registral. . Revista Critica de Derecho Inmobiliario, v. 778, 2019.

VAN ERP, Szef, Land registration and “disruptive” (or “trustworthy”?) technologies: Tokenisation of immovable property.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES POR CONTEÚDO ILÍCITO DE TERCEIROS

Paulo Emilio Dantas Nazaré

INTRODUÇÃO E JUSTIFICATIVA

A responsabilidade civil dos provedores de aplicações por conteúdo ilícito gerado por terceiros observa a regra geral do art. 19 do Marco Civil da Internet (MCI), que concede imunidade às plataformas digitais, colocando-as em um porto seguro em relação aos danos causados por usuários mediante uso dos seus sistemas, uma vez que o dever jurídico para indisponibilização do conteúdo apontado como infringente somente se configura quando observados os seguintes elementos normativos: “após ordem judicial específica”, “no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço” e “dentro do prazo assinalado”. Por conseguinte, quando ausente ordem judicial para remoção de conteúdo específico, via de regra, não se cogitará de dever jurídico descumprido a ensejar responsabilidade civil dos provedores.

Com efeito, ao se voltar para o art. 19 do MCI, visualiza-se um dever jurídico que para ser perfectibilizado carece de uma ordem judicial específica que contenha, sob pena de nulidade, “a identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material”, nos termos do § 1 do citado artigo. Destarte, sem a prévia intermediação de um juiz, não surgirá o dever de tomar providências para indisponibilizar o conteúdo apontado como infringente. Como a atribuição de responsabilidade resulta do descumprimento de um dever, sem que este exista também não há que se falar de responsabilização do provedor.

Essa solução legislativa brasileira retrata a controvertida crença de que o Poder Judiciário é a única instância social confiável para solução de conflitos que envolvam situações jurídicas não patrimoniais. Nesse sentido, o legislador desconsidera a possibilidade de que uma ampla gama de situações jurídicas existenciais poderá ser irremediavelmente prejudicada até que a vítima consiga percorrer com sucesso a *via crucis* do processo judicial, olvidando que os sobrecarregados tribunais brasileiros nem sempre conseguem dar vazão tempestiva às suas pilhas de demandas e que as vulnerabilidades de ordem econômica, técnica ou informacional da vítima podem, até mesmo, tornar o ato de propositura de ação judicial uma realidade inalcançável. Com a velocidade de propagação das informações na internet e sua escalável

possibilidade de divulgação, o processo judicial não parece ser a melhor solução para a tutela da honra dos ofendidos ou, pelo menos, não deveria ser a única.

Em resposta ao efeito colateral da sua criação legislativa de compulsória judicialização dos conflitos envolvendo remoção de conteúdo com base no art. 19, o próprio legislador afastou essa exigência em casos muito pontuais. Aqui se inserem o art. 19, § 2º, e o art. 21, ambos do MCI, que também tratam de deveres jurídicos, com o diferencial de não exigirem ordem judicial específica para que haja o surgimento da situação jurídica passiva que exigirá a tomada de providências para indisponibilização do conteúdo, bastando mera notificação privada.

Da leitura do art. 19, § 2º, do MCI constata-se que as violações aos direitos de autor ou conexos receberam especial proteção da lei, porquanto os provedores de aplicações de internet não podem se socorrer da imunidade de que trata o art. 19, *caput*, caso não tomem providências para indisponibilizar o conteúdo apontado como infringente aos direitos do autor. Logo, nesses casos, independentemente de ordem judicial, a mera notificação privada já contribuiu para o surgimento do dever jurídico e, em caso de descumprimento, conseqüente responsabilização.

De igual modo, o legislador se preocupou com a tutela da intimidade contra violações decorrentes da divulgação não consentida de imagens, vídeos ou outros matérias com cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, colocando como elementos normativos para formação do dever jurídico de indisponibilização “de forma diligente” desses conteúdos “no âmbito e nos limites técnicos do seu serviços” apenas o “recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal”, na dicção do art. 21 do MCI.

Seguindo adiante, ao criminalizar os provedores de acesso ou serviço prestado por meio de rede de computadores por adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente, o art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente enceta norma de atribuição de dever jurídico. Nesse sentido, após o recebimento do material relativo à notícia feita à autoridade policial, ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário, nos termos do art. 241-B, § 2º, III, do ECA, surgirá o dever de remoção do conteúdo ilícito, que, uma vez descumprido, ensejará o enquadramento do representante legal e dos funcionários responsáveis pelo provedor no tipo penal em análise.

Contudo, o art. 19, § 2º, e o art. 21, ambos do MCI, bem como o art. 241-B do ECA, não conseguem abrigar na legislação específica todas as situações em que há interesses

jurídicos constitucionalmente assegurados que ficam a descoberto de tutela, por conta da judicialização compulsória prevista no art. 19 do MCI.

Além de eventuais questionamentos sobre a proteção especial aos direitos de autor e conexos em comparação aos direitos de imagem, honra e privacidade, também não se mostra compatível com a ordem de valores objetiva estampada na Constituição Federal, a premissa de que a liberdade de expressão teria preponderância ex ante e em abstrato face aos direitos de personalidade, que também encontram guarida como direito fundamental no próprio texto constitucional.

Em suma, constata-se a precariedade da premissa de que os desafios e riscos oriundos das redes sociais podem ser mitigados na sociedade brasileira com a mera aplicação literal da hipótese de responsabilidade civil dos provedores prevista no art. 19 do Marco Civil da Internet, condicionada ao descumprimento de ordem judicial.

É notória a percepção de que as plataformas digitais se tornaram o principal instrumento para disseminação de *hate speech* e *fake news*, com potencial para interferência na dinâmica das campanhas eleitorais e para malferimento da integridade do próprio discurso racional na esfera pública. De igual modo, o direito fundamental à privacidade tem sido intensamente flexibilizado nas redes sociais, muitas vezes sendo colocado à prova por atos criminosos.

No direito norte-americano, o debate sobre a responsabilidade civil das redes sociais funda-se, primordialmente, em torno da Seção 230(c) do *Communications Decency Act* – CDA (Ato de Decência em Comunicações), editado pelo Presidente Bill Clinton em 8 de fevereiro de 1996, que imuniza os provedores de serviços online de responsabilidade pelo conteúdo de terceiros.

Para se ter uma dimensão da importância dessa regra, Jeff Kosseff sustenta que a Seção 230(c)(1) contém as 26 palavras que criaram a Internet tal qual conhecida atualmente: “Nenhum provedor ou usuário de um serviço de computação interativo deverá ser considerado como editor ou difusor de qualquer informação fornecida por outro provedor de conteúdo.”

Recentemente, a Seção 230 ganhou os holofotes da sociedade norte-americana, deixando de ser uma regra obscura e passando a ser um alvo-comum de todas as vertentes políticas, que pleiteiam a reforma ou, até mesmo, a revogação dessa norma. Alguns alegam que os provedores de redes sociais falharam na sua missão de remover postagens com teor potencialmente ilícito geradas por seus usuários, e outros, no sentido oposto, acusam as plataformas de se excederem na moderação de conteúdo de forma tendenciosa contra algumas visões políticas.

No direito europeu, o debate contemporâneo sobre a regulação das plataformas digitais gira em torno do *Digital Services Act – DSA* e do *Digital Markets Act – DMA*, que devem ser entendidos como partes complementares integrantes de um projeto comum, concebido em torno do aumento da responsabilidade das plataformas digitais face aos diferentes riscos e prejuízos que decorrem do seu modelo de negócios e da sua posição de mercado dominante na economia digital.

Sinteticamente, o *DSA* objetiva mitigar externalidades do modelo de negócios das plataformas digitais, em especial das redes sociais, cujo funcionamento viabiliza violações aos direitos de personalidade, de propriedade intelectual, dentre outros titularizados por terceiros, ou até mesmo a leis penais que tutelam o interesse público. Ao buscar evitar ou internalizar as externalidades da atuação das plataformas na economia digital, o *DSA* lança regras gerais sobre a responsabilidade de provedores de serviços intermediários e estabelece um regime de deveres de diligência, conferindo especial ênfase à moderação de conteúdo pelas redes sociais.

A originalidade do *DSA* desponta na instituição de uma estrutura regulatória para as plataformas online, com ênfase nas redes sociais, submetendo-as a requisitos procedimentais e organizacionais, tais como: o mecanismo de notificação e ação para conteúdos ilegais, o sistema interno de tratamento de reclamações, a resolução extrajudicial de litígios sobre moderação de conteúdo, a notificação compulsória de suspeitas de crime, a divulgação periódica de relatórios detalhados, a submissão à auditoria independente, a confecção de códigos de conduta, dentre outros.

Do exposto, conclui-se que a aparente crise do art. 19 do MCI espelha um debate global que, no plano brasileiro, demanda uma nova sistematização da responsabilidade civil dos provedores de aplicações por conteúdo ilícito gerado por terceiros, a qual pode ser operada por um diálogo das fontes que envolva o Marco Civil da Internet, o Código de Defesa do Consumidor e, sobretudo, o Código Civil, enquanto diploma veiculador de categorias dogmáticas fundamentais.

Nesse contexto, não se objetiva exaurir a regulação do tema no Código Civil, até mesmo porque esse não seria o *locus* adequado para o detalhamento da regulação dos serviços digitais, com suas especificidades. Contudo, a inserção de regra no diploma civilista teria o condão de articular a interpretação das normas abrigadas na legislação esparsa, conferindo eficácia a direitos fundamentais, inclusive do autor de conteúdo potencialmente ilícito, a quem deve ser assegurado o devido processo legal no procedimento de moderação previsto nos termos de uso do provedor.

Além do que, a mera proposta de inclusão de regra sobre a responsabilidade civil dos provedores de aplicações por conteúdo ilícito gerado por terceiros no Código Civil, por parte da Comissão de Juristas encarregada pela sua revisão no Senado Federal, poderá suscitar novo debate na esfera pública com vistas à inclusão do PL 2.630/20 na Ordem do Dia do Plenário da Câmara dos Deputados, o que representaria um significativo ganho indireto na seara parlamentar.

A proposta ora sugerida de alteração no art. 932 do Código Civil vigente substitui o paradigma da exigência de prévia ordem judicial para remoção de conteúdo específico pelo da mera notificação eletrônica do interessado. No entanto, não bastaria tal providência para que se cogitasse a responsabilidade do provedor, uma vez que, concomitantemente, deverá ser demonstrado que este não adotou providências para indisponibilização do conteúdo ilícito, assegurando, ainda, o direito subjetivo do autor ao devido processo legal no âmbito do procedimento de moderação previsto nos seus termos de uso.

De outra banda, o art. 19 do MCI teria sua incidência restrita aos casos em que o ofendido fez a opção pela via judicial, dialogando assim com a regra geral do novel inciso VI do art. 932 do Código Civil.

Em outras palavras, na redação proposta abaixo, resgatam-se os deveres procedimentais que resultam dos deveres de proteção e informação decorrentes da boa-fé objetiva (ou da cláusula geral dos bons costumes quando em relação à sociedade em geral). Nessa esteira, para não ser responsabilizado, o provedor deverá demonstrar que, além da possibilidade de que o ofendido apresente uma notificação eletrônica ao provedor face a conteúdo reputado infringente, sua plataforma disponibiliza aos usuários um serviço de moderação de conteúdo compatível com as garantias do devido processo legal e seus consectários da ampla defesa e do contraditório. Tais noções, na prática, aproximariam o direito brasileiro das ideias de autorregulação e *compliance* presentes na proposta europeia do *DSA* e na *NetzDG* alemã, em vez de seguirem pelo temerário caminho do dever geral de vigilância e monitoramento prévio sobre o conteúdo postado.

SUGESTÃO DE MODIFICAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL

| SUGESTÃO DE MODIFICAÇÃO | | |
|-------------------------|---|---|
| | Texto Atual | Texto Sugerido (destacar de amarelo a inovação) |
| Código Civil | Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: | Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: |

| | | |
|--|--|---|
| | <p>I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;</p> <p>II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;</p> <p>III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;</p> <p>IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;</p> <p>V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.</p> | <p>I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;</p> <p>II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;</p> <p>III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;</p> <p>IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;</p> <p>V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia; e</p> <p>VI - os provedores de aplicações, pelos usuários que gerarem conteúdo ilícito que cause dano patrimonial, moral, individual ou coletivo a terceiros, desde que, concomitantemente:</p> <p>a) demonstrado o conhecimento pelo provedor sobre a potencial ilicitude do conteúdo, mediante notificação eletrônica do interessado; e</p> <p>b) não adotadas providências para indisponibilização do conteúdo ilícito, assegurado o direito subjetivo do autor ao devido processo legal no âmbito do procedimento de moderação previsto nos termos de uso do provedor.</p> |
| <p>Leis extravagantes conexas (indicar número da Lei ao transcrever o texto atual e o texto sugerido)</p> | <p>LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014</p> <p>Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.</p> | <p>LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014</p> <p>Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após a eleição da via judicial pelo ofendido e a expedição de mandado com ordem 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.</p> |

INSERÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE DANO NO CÓDIGO CIVIL

Aline Klayse dos Santos Fonseca

INTRODUÇÃO

Atualmente, o instituto da responsabilidade civil no Direito Civil brasileiro tem o dano como o seu principal elemento, o pressuposto matriz para a imputação. Todavia, a legislação brasileira não possui uma definição legal de dano. A doutrina brasileira há tempos já conhece a complexidade do dano, distinguindo-o em dano-evento, isto é, uma lesão ao interesse da vítima, e, dano-prejuízo, dano-resultado ou dano-consequência, entendido como as consequências desfavoráveis à vítima, estas, por sua vez, ressarcíveis por ser uma modificação à realidade preexistente, uma alteração fenomênica atribuível material e juridicamente a uma determinada causa¹²⁴.

Observa-se, portanto, que o dano continua a ser compreendido como lesão a um interesse juridicamente protegido, como prejuízo causado em decorrência de um fato jurídico que deve ser real e efetivo, isto é, a lesão não poderá ser hipotética, futura ou conjectural. Não se insere no espectro conceitual de dano a complexidade e a incerteza das lesões atuais, notadamente no cenário das novas tecnologias. A rigidez ainda é maior quando se fala em indenização para reparar o prejuízo causado a outrem, especialmente porque ainda se utiliza a teoria da diferença para aferir os danos suportados pela vítima, embora ela não seja adequadamente capaz de aferir os lucros cessantes, os danos extrapatrimoniais, e, ainda mais, em casos de danos transindividuais.

Considerando os ditames constitucionais e a função preventiva da responsabilidade civil, é necessário que o conceito jurídico de dano esteja alinhado, de modo coerente, às novas realidades tecnológicas, de modo que assimile a prevenção, a precaução, a complexidade e a incerteza para o seu interior,

¹²⁴ AZEVEDO, A. J. DE. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem: sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. *civilistica.com*, v. 2, n. 3, p. 1-15, 14 out. 2013, p. 11.

especialmente porque as atividades que implicam em risco, ou que sejam lícitas mas que causam danos injustos, geram um resultado. Porém, esse resultado nem sempre é naturalístico, podendo ser um resultado normativo. Normativo é o resultado que surge com a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, ou seja, o resultado não precisa ser verificado no mundo fático para a sua consumação.

Nessa senda, permanecer com o conceito tradicional de dano extirpa diversos efeitos nefastos ocasionados pelos comportamentos ilícitos dos agentes os quais expõem injustamente o ser humano a risco de dano, mas, por carecerem de “certeza” ou “concretude”, permanecem indenés. O mesmo ocorre quando há uma violação grave ao ordenamento jurídico que incrementa o risco de danos.

Assim, percebe-se que, embora a doutrina reconheça a função preventiva da responsabilidade civil, as manifestações de repressão de cunho preventivo, ou seja, que visem sancionar o agente pela ausência de prevenção, violação de normas de ordem pública que inserem injustamente o indivíduo no estado de danosidade são timidamente reconhecidas, e o principal óbice para a imputação da responsabilidade nestes casos é o que se compreende por dano, bem como a dificuldade de se reconhecer novos bens jurídicos como merecedores da adequada tutela. Ademais, as novas tecnologias podem causar lesões que só serão perceptíveis no futuro.

Assim, a alteração no Código Civil Brasileiro para inserção de um conceito legal de dano, para fins de ressarcimento e/ou compensação por intermédio do instituto da responsabilidade civil, promoverá maior segurança jurídica, na medida em que não deixará à doutrina e à jurisprudência a determinação do que se deve considerar como dano, além de possibilitar que interesses merecedores de tutela jurídica possam ser abarcados, conceitualmente, como dano. Cumpre ressaltar que, conforme se verá em item específico, diversos Estados Estrangeiros já inserem o conceito legal de dano e ou apresentam projetos de reforma para tal inserção na legislação.

A relevância do conceito legal de dano, levando em conta a realidade tecnológica atual, possibilitará, por exemplo, determinar a imputação da responsabilidade civil em casos de vazamento de dados pessoais, quando não se observa um prejuízo e todos os efeitos do vazamento no momento atual.

Nessa senda, a ampliação conceitual do dano e sua definição legal instituída no Código Civil Brasileiro para fins de imputação da responsabilidade, justifica-se pela necessidade de repressão a certos comportamentos que fomentam a danosidade civil e pela imposição de garantia e manutenção da confiança das normas essenciais para a tutela da dignidade humana em todas as suas dimensões, além de evitar a proliferação de demandas judiciais oportunistas pois, sem uma definição legal de dano, outros elementos externos de valoração do que é dano ressarcível podem ser empregados.

A visão jurídica clássica de dano compreende-o como a lesão a um interesse juridicamente protegido, a um direito subjetivo, e, assim sendo, a lesão a tal direito constitui um dano reparável. Esse entendimento deu lugar a um conceito mais desenvolvido, passando a ser entendido como a lesão ou a privação que afeta a esfera jurídica do lesado, impossibilitando a satisfação ou o gozo de bens ou interesses jurídicos, em sentido amplo, sobre os quais é exercida uma faculdade de atuar. Gize-se que o interesse jurídico citado engloba os interesses jurídicos individuais, difusos e coletivos¹²⁵.

Ademais, compreende-se que o dano jurídico deve ser atual, direto, pessoal, legítimo e certo. Todavia, alguns desses elementos foram relativizados ao longo do tempo, em nome dos princípios da reparação integral, prevenção e solidariedade. Por exemplo, quando um consumidor que adquiriu garrafa de água que não se apresentava com a qualidade e segurança que dele se podia legitimamente esperar, pois no interior da referida garrafa havia corpo estranho, foi reconhecido a prática abusiva, a falha na prestação do serviço e o dano em sua potencialidade¹²⁶, ou seja, houve flexibilização da necessidade do dano ser direito e certo.

No entanto, observa-se que, situações envolvendo a nova realidade tecnológica, mormente no que tange vazamento de dados pessoais, a segunda turma

¹²⁵ ZANNONI, Eduardo. **El daño en la responsabilidad civil**. 3. ed. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2005, p.23.

¹²⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP 577.902. 3ª T. Rel.ª para acórdão Min.ª Nancy Andrighi. DJ de 06.08.2014. Atualmente, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é irrelevante a efetiva ingestão do alimento contaminado por corpo estranho – ou do próprio corpo estranho – para a caracterização do dano moral, pois a compra do produto insalubre é potencialmente lesiva à saúde do consumidor (REsp 1899304)

do Superior Tribunal de Justiça entendeu que o vazamento de dados pessoais, a despeito de se tratar de falha indesejável no tratamento de dados de pessoa natural por pessoa jurídica, não tem o condão, por si só, de gerar dano moral indenizável. Ou seja, o dano moral não é presumido, sendo necessário que o titular dos dados comprove eventual dano decorrente da exposição dessas informações¹²⁷

Em realidade, em casos como o supramencionados ou em situações de violação ao direito fundamental à proteção de dados pessoais, quando há vazamento de dados, ainda quando não resulte em danos patrimoniais (como a exploração econômica de informações confidenciais) ou extrapatrimoniais (como a divulgação de informações confidenciais relacionadas à vida pessoal e familiar) seriam mais facilmente explicáveis se admitissem claramente que o dano a ser reparado é o próprio dano-evento, considerado em si mesmo, e não o dano-prejuízo, possibilitando a compensação de um dano-evento, não seguido pelo dano-prejuízo.

Observa-se no direito estrangeiro experiências sobre o dano jurídico e tendências de ampliação conceitual e inserção em legislação. Pode-se mencionar o art.1737 do Código Civil e Comercial da Argentina¹²⁸ e o Código Civil Holandês que dispões sobre estimativa de danos que ainda não se revelaram¹²⁹.

PROPOSTA LEGISLATIVA – Código Civil

CÓDIGO CIVIL

PARTE ESPECIAL

¹²⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ARES P 2130619-SP. 2ª T. Rel.ª para acórdão Min. Francisco Falcão DJ de 07.03.2023.

¹²⁸ Código Civil y Comercial Nacional Artículo 1737. Concepto de daño . Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

¹²⁹ Código Civil Holandês. Article 6:105 Estimation of damage that as not yet revealed itself
- 1. The estimation of damage which has not yet revealed itself may be postponed entirely or partially by the court or may be calculated in advance after assessment of all beneficial and unfavourable possibilities. In this last situation the court may order the debtor either to pay the calculated total sum at once through a lump-sum payment or to pay it periodically in split quantities (instalments), whether or not under the obligation to provide security; such a judgment can be given under additional conditions.

LIVRO I
DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES
TÍTULO IX
DA RESPONSABILIDADE CIVIL
CAPÍTULO II
DA INDENIZAÇÃO

Art. 944-A: Há dano quando um interesse merecedor de tutela pelo ordenamento jurídico é lesado, ainda que todos os efeitos nocivos não tenham se desenvolvidos, mas que se espera que ocorra e que tenha por objeto a pessoa, o patrimônio ou um direito de incidência transindividual.

USO DA IMAGEM, PROFILING E LGPD

Tatiana Bhering Roxo

INTRODUÇÃO

A desenfreada globalização e a constante e veloz evolução tecnológica pela qual a sociedade passa, modificaram, e continuam modificando significativamente as relações sociais, impactando sobremaneira a sociedade e os indivíduos.

A introdução de novas formas de comunicação, operações de tratamento dos dados pessoais, fluxo e disseminação de informações, potencializa as consequências resultantes de exposições dos direitos de personalidade, acarretando efeitos deletérios aos seus titulares, caso não exista uma regulação coerente e atual sobre o tema.

A atual monetização dos dados pessoais é um ponto de destaque no contexto em análise e torna ainda mais urgente a adequada regulação.

O direito evolui a partir do momento em que a sociedade apresenta novas situações, novos conflitos, aos operadores do direito – há uma dissonância na velocidade com a qual as mudanças sociais refletem no plano jurídico, considerando que as mudanças identificadas na sociedade dependem de uma maturação de ideias, a partir daí, a doutrina é instigada a produzir e a jurisprudência começa a se solidificar em determinada direção, o que resulta na produção legislativa, que segue uma série de requisitos formais, e, portanto, acontece normalmente de forma retardatária no plano legal.

A Constituição Federal de 1988 instituiu um Estado Democrático de Direito, pautado principalmente na valorização da dignidade da pessoa humana, que alcança o status de princípio fundamental do ordenamento jurídico. Ademais, elevou os direitos de personalidade à categoria de direitos fundamentais, e desde então a tutela a esses direitos tenta responder ao processo evolutivo cultural da indissociabilidade do homem dos direitos de personalidade.

A norma constitucional¹³⁰ protegeu os direitos de personalidade em seu art. 5º, inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, e no inciso XXVIII do mesmo artigo, a imagem é protegida como direito autoral: “são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;”.

A proteção aos dados pessoais, por sua vez, está no art. 5º, inciso LXXIX: “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.”

Os direitos de personalidade estão previstos nos artigos 11 a 21 do Código Civil, e, atualmente, uma série de situações relevantes envolvendo os direitos de personalidade não são abarcadas por esta normatização, o que justifica a proposta de inserção de novos artigos na legislação.

A previsão do direito à imagem atualmente está no art. 20 do Código Civil.

O direito à imagem abrange direitos conexos, além do direito à própria imagem, há o direito ao uso ou à difusão da imagem, à imagem das coisas próprias e à imagem em coisas, palavras ou escritos ou em publicações, de obter imagem ou de consentir a sua captação em qualquer meio tecnológico¹³¹.

Certos bens jurídicos estão sofrendo agressões que antes não existiam, como exemplo podemos citar o direito à imagem. Há algum tempo era praticamente impossível captar a imagem de alguém, mas hoje em dia existem diversos recursos que facilitam tal captura: câmeras presentes na grande maioria dos telefones celulares, dispositivos móveis disponíveis a parte considerável da população. Com a real e concreta ameaça que surge ao à imagem, é de suma importância que tal direito seja tutelado e protegido pelo ordenamento jurídico.

Portanto, diante do desenvolvimento tecnológico atual (e futuro) e da necessidade de garantia do livre desenvolvimento da personalidade jurídica, é necessário que seja proposta a regulação sobre o tema de forma específica, com o objetivo de equalizar a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais de personalidade com o desenvolvimento econômico.

¹³⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 18 nov. 2023.

¹³¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Código Civil Comentado. 6ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 29.

O presente trabalho pretende tratar especificamente da regulação do uso da imagem e da criação de perfis dos indivíduos (*profiling*).

ABORDAGEM DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS SOBRE O TEMA

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que “o retrato de pessoa não pode ser exposto ou reproduzido, sem o consentimento dela, em decorrência do direito à própria imagem, atributo da pessoa física e desdobramento do direito de personalidade” e que “o uso de imagem para fins publicitários, sem autorização, pode caracterizar dano moral se a exposição é feita de forma vexatória, ridícula ou ofensiva ao decoro da pessoa retratada”¹³² (REsp 230.268-0-SP, 3ª T., rel. Min. Pádua Ribeiro, j. 13-3-2001).

Em relação ao ressarcimento em decorrência da utilização da imagem sem autorização, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que “Cuidando-se de direito à imagem, o ressarcimento sem impõe pela só constatação de ter havido a utilização sem a devida autorização da imagem. O dano está na utilização indevida... O dano, neste caso, é a própria utilização para que a parte aufera lucro com a imagem não autorizada de outra pessoa”¹³³.

Doutrina: No ano de 2006 aconteceu a IV Jornada de Direito Civil e foi aprovado o enunciado 279, que trata sobre a imagem: “Art. 20. A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa.”¹³⁴.

DIREITO COMPARADO

Direito Alemão: a Lei Fundamental de Bonn (dignidade da pessoa humana e livre desenvolvimento da personalidade) não tem uma previsão específica sobre o tema, que é desenvolvido pela jurisprudência. BGH decidiu no caso “Hjalmar Schacht” sobre o tema: partindo da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, reconheceu a existência de um direito geral da personalidade garantido tanto pela Constituição, entre os direitos fundamentais,

¹³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume I: parte geral**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 208.

¹³³ GONÇALVES, 2016, p. 209.

¹³⁴ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/236>

como pelo Direito Civil, o que garantiu novos avanços no âmbito da proteção da imagem, proporcionando uma ampliação da extensão da tutela desse direito¹³⁵.

Direito Francês: não há texto expresso sobre o direito à imagem na França, a Lei de 17.7.1970 somente sanciona o fato de fotografar uma pessoa se houver atentado à vida privada. Ademais, a doutrina e a jurisprudência francesas estão bastante divididas, “uma vez que ao lado daqueles que veem o direito à imagem como um direito da personalidade, outros têm atribuído uma natureza ambígua a esse direito, desconstruindo, a nosso ver, todos os avanços até então alcançados, tornando o estudo da temática totalmente incoerente”¹³⁶. Ademais, a Corte de Cassação francesa proclamou o art. 9º do Código Civil como fundamento para a tutela da imagem, afirmando que “toda pessoa tem sobre sua imagem um direito exclusivo e absoluto e pode se opor a sua fixação, a sua reprodução ou a sua utilização sem autorização prévia”¹³⁷.

Direito Português: Código Civil Português: a publicação “do retrato” de uma pessoa estaria a priori condicionada ao seu consentimento prévio, que somente não seria necessário por motivo de “notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente.”¹³⁸

SUGESTÃO DE ARTIGOS: USO DA IMAGEM:

CAPÍTULO II

Dos Direitos da Personalidade

(...)

ONDE SE LÊ:

¹³⁵ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção da imagem na Alemanha. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-protecao-da-imagem-na-alemanha/>>. Acesso em: 22 nov. 2023.

¹³⁶ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção da imagem e da vida privada na França. *Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 57-73, abr./jun. 2018, p. 72.

¹³⁷ ZANINI, 2018, p. 73.

¹³⁸ DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, Nº 6, jun./2005. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/os_direitos_de_personalidade_no_codigo_civil.pdf> Acesso em: 19 nov. 2023.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815)

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

LEIA SE:

Art. 20. É proibida a utilização da imagem de uma pessoa natural para fins comerciais ou não, sob pena de o divulgador, ou qualquer indivíduo que tenha participado da divulgação, ser responsável pela reparação dos danos morais e patrimoniais causados.

Parágrafo Primeiro. A utilização da imagem para fins comerciais, sem autorização, deverá ser indenizada.

Parágrafo Segundo: A utilização da imagem é permitida nas hipóteses autorizadas em lei, tais como com a autorização expressa ou em decorrência da prevalência do interesse público, da necessidade de manutenção da ordem pública, da segurança pública ou da administração da justiça.

Parágrafo Terceiro: Não é necessária autorização para a divulgação da imagem de pessoas que desempenhem cargos públicos ou tenham notoriedade política, artística, científica, educacional ou cultural, desde que a imagem esteja associada ao contexto que justifica a exceção.

Parágrafo Terceiro: Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer a reparação o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes, em linha reta, até o quarto grau¹³⁹.

¹³⁹ Adequação à redação do parágrafo único do art. 12. Se a redação do art. 12 for mantida, esse parágrafo pode ser revogado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 18 nov. 2023.

_____. Institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em: 18 nov. 2023.

_____. 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: 18 nov. 2023.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 6, jun./2005. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/os_direitos_de_personalidade_no_codigo_civil.pdf> Acesso em: 17 nov. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume I: parte geral. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Código Civil Comentado. 6ª ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2008.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção da imagem na Alemanha. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-protecao-da-imagem-na-alemanha/>>. Acesso em: 22 nov. 2023.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A proteção da imagem e da vida privada na França. Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil, Belo Horizonte, v. 16, p. 57-73, abr./jun. 2018.

DIREITOS DA PERSONALIDADE

Maria Gabriela Grings, Marina Lucena, Letícia Redis e Gustavo Prazeres

INTRODUÇÃO

As novas tecnologias impõem grandes desafios à tutela dos direitos da personalidade. Máquinas com capacidade computacional articuladas em redes expansíveis redimensionaram o fluxo de informação e revolucionaram a vivência cotidiana como um todo. Neste contexto, todo e qualquer evento pode ser reduzido a dados e reproduzido de uma antípoda à outra quase que de forma imediata. O amplo acesso a este manancial de informações não só entreabre oportunidades para violações a atributos essenciais à dignidade humana, como potencializa e dificulta a contenção dos danos a elas associados.

As fórmulas tradicionais de tutela da intimidade, da imagem, da voz, do nome e da honra, além de outros atributos existenciais, se veem desafiadas pela recorrência e facilidade com que a apropriação e uso deletério por terceiros se tornou possível. É necessário avançar, pavimentando caminhos que transcendam a mera – mas necessária – via da indenização pecuniária.

Alternativas para preservar histórias e identidades individuais, como a delimitação do direito ao esquecimento, à desindexação e à desvinculação, bem como a especificação de parâmetros para o exercício do direito de resposta em meio a plataformas digitais e a revisitação do rol de legitimados ao combate das ofensas afiguram-se essenciais para dar conta dos dilemas introduzidos pela hiperconectividade social e por técnicas inovadoras, como o *deepfake*, que permite criar representações ultrarrealistas de eventos que jamais ocorreram.

TUTELA GERAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. CLÁUSULA GERAL DE TUTELA DA PERSONALIDADE

O Código Civil de 2002 ostenta o mérito de ter sido o diploma responsável por introduzir a categoria dos direitos da personalidade no sistema normativo pátrio. O movimento teve impacto decisivo na cultura jurídica e contribuiu com o alinhamento

da dogmática e da metodologia do direito privado ao compromisso constitucional de efetivação dos direitos humanos e fundamentais¹⁴⁰.

As análises e soluções jurídicas, antes primordialmente ancoradas na necessidade de tutelar os interesses patrimoniais de abstratos sujeitos de direito, tiveram seu objeto e limites ampliados, passando a contemplar as necessidades concretas dos envolvidos e seus valores existenciais. Neste movimento, a jurisprudência assumiu papel de destaque, contribuindo ativamente para desenvolver os direitos da personalidade. Defrontados com as necessidades da realidade concreta, os tribunais brasileiros não se furtaram a uma atuação criativa e principiológica, entregando decisões que, cada vez mais, transcendiam o teor da letra fria da lei.

Com o passar do tempo, se tornou evidente a dissonância entre a tipificação dos direitos da personalidade - tal qual fixada nos arts. 11 a 21 do Código Civil - e a sua aplicação prática. Enquanto a legislação partia de um compromisso inicial com soluções diretas e objetivas para hipóteses bem específicas de (projeções dos) direitos da personalidade, a cultura jurídica caminhou em direção a um modelo flexível, pautado em uma cláusula geral de tutela da dignidade humana¹⁴¹.

A capacidade de constante (re)adaptação da tutela personalíssima é um reclame do tempo vigente. A velocidade com que novas tecnologias impõem mudanças sociais e apresentam dilemas não permite confiar no modelo de arcabouço legal clássico. É fundamental assentar no Código Civil previsão que manifeste, de forma clara e direta, o compromisso com a ampla proteção da dignidade humana, em todas as suas dimensões, assentando fundamento, propósito, alcance e critérios de aplicação / ponderação.

| SUGESTÃO DE MODIFICAÇÃO | | |
|-------------------------|--|--|
| | Texto Atual | Texto Sugerido (destacar de amarelo a inovação) |
| Código Civil | Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e | Art. 11. Os direitos da personalidade se prestam à tutela da dignidade humana, tutelando a personalidade individual de |

¹⁴⁰ DONEDA, Danilo, Os direitos da personalidade no Código Civil, **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith, **O direito privado como um sistema em construção**: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro, disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. acesso em: 25 out. 2020, (Accepted: 2007-07-06T20:51:41Z).

| | | |
|--|--|---|
| | <p>irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.</p> | <p>forma ampla, em suas dimensões física, moral e intelectual.</p> <p>§1º. Os direitos previstos neste Código não excluem outros possíveis, inclusive aqueles decorrentes do desenvolvimento tecnológico.</p> <p>§2º. Os direitos da personalidade são personalíssimos, intransmissíveis, irrenunciáveis e a limitação voluntária de seu exercício somente será admitida quando não permanente, específica, com respeito boa-fé objetiva e não baseada em abuso de direito de seu titular.</p> <p>§3º. A aplicação dos direitos da personalidade deve ser feita à luz das circunstâncias e exigências do caso concreto, aplicando-se a técnica da ponderação de interesses, nos termos exigidos pelo art. 489, §2º, da Lei nº. 13.105/2015 (CPC).</p> <p>§4º Os direitos da personalidade são aplicáveis, no que couber e na medida da sua possibilidade, para os natimortos, nascituros e pessoas falecidas.</p> |
| | <p>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.</p> <p>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.</p> | <p>Art. 12. A ameaça ou a lesão a direito da personalidade autoriza a adoção das providências efetivas e necessárias ao seu combate ou à obtenção do resultado prático equivalente, na via extrajudicial e judicial, sem prejuízo de perdas e danos ou de outras sanções previstas em lei.</p> <p>Parágrafo único. Em se tratando de morto, o cônjuge ou companheiro sobrevivente, assim como qualquer parente, em linha reta, ou colateral, até o quarto grau, têm legitimidade para promover, por direito próprio, sozinho ou em conjunto, as medidas necessárias à salvaguarda das projeções dos direitos da respectiva personalidade, não abrangendo a limitação voluntária.</p> |

| | | |
|---|--|--|
| <p>Leis extravagantes conexas (indicar número da Lei ao transcrever o texto atual e o texto sugerido)</p> | <p>Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]</p> <p>§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.</p> | |
| <p>POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E DOS ENUNCIADOS DAS JORNADAS DIANTE DOS DISPOSITIVOS OU DO TEMA</p> | | |
| <p>Jurisprudência</p> | <p>STF/STJ</p> | <p>Jurisprudência em teses STJ Edição n. 137: "O exercício dos direitos da personalidade pode ser objeto de disposição voluntária, desde que não permanente nem geral, estando condicionado à prévia autorização do titular e devendo sua utilização estar de acordo com o contrato estabelecido entre as partes". (Julgados: AgInt no REsp 1586380/DF; REsp 1630851/SP; REsp 801109/DF; AREsp 1327507/RS. Informativo de Jurisprudência N. 606).</p> <p>Jurisprudência em teses STJ Edição n. 137: "A pretensão de reconhecimento de ofensa a direito da personalidade é imprescritível". (Julgados: REsp 1782024/RJ; AgInt no AREsp 1380002/MS; MS 19303/DF; AgInt no REsp 1406384/RS; AgRg no REsp 1024547/RJ; AREsp 1457629/SP. Informativo de Jurisprudência N. 654).</p> |
| <p>Jornadas do Conselho da Justiça Federal</p> | <p>Jornadas de Direito Civil</p> | <p>Art. 11, CC.</p> <p>I Jornada de Direito Civil – Enunciado 1. A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos</p> |

| | | |
|--|--|---|
| | | <p>direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura.</p> <p>I Jornada de Direito Civil - Enunciado 4. O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.</p> <p>III Jornada de Direito Civil - Enunciado 139. Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.</p> <p>IV Jornada de Direito Civil - Enunciado 274. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.</p> <p>IV Jornada de Direito Civil - Enunciado 286. Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos.</p> <p>Art. 12, CC.</p> <p>I Jornada de Direito Civil - Enunciado 5. 1) as disposições do art. 12 têm caráter geral e aplicam-se, inclusive, às situações previstas no art. 20, excepcionados os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas; 2) as disposições do art. 20 do novo Código Civil têm a finalidade específica de reger a projeção dos bens personalíssimos nas situações nele enumeradas. Com exceção dos casos expressos de legitimação que se conformem com a tipificação preconizada nessa norma, a ela podem ser aplicadas subsidiariamente as regras instituídas no art. 12.</p> <p>III Jornada de Direito Civil - Enunciado 140. A primeira parte do art. 12 do Código Civil</p> |
|--|--|---|

| | | |
|--|---|--|
| | | <p>refere-se às técnicas de tutela específica, aplicáveis de ofício, enunciadas no art. 461 do Código de Processo Civil, devendo ser interpretada com resultado extensivo.</p> <p>IV Jornada de Direito Civil - Enunciado 275. O rol dos legitimados de que tratam os arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do Código Civil também compreende o companheiro.</p> <p>V Jornada de Direito Civil - Enunciado 398. As medidas previstas no art. 12, parágrafo único, do Código Civil podem ser invocadas por qualquer uma das pessoas ali mencionadas de forma concorrente e autônoma.</p> <p>V Jornada de Direito Civil - Enunciado 399. Os poderes conferidos aos legitimados para a tutela post mortem dos direitos da personalidade, nos termos dos arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do CC, não compreendem a faculdade de limitação voluntária.</p> <p>V Jornada de Direito Civil - Enunciado 400. Os parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 asseguram legitimidade, por direito próprio, aos parentes, cônjuge ou companheiro para a tutela contra lesão perpetrada <i>post mortem</i>.</p> |
| | Jornadas de Direito Notarial e Registral | <p>I Jornada de Direito Notarial e Registral – Enunciado 2. Não obstante a ausência de previsão legal, é facultado aos pais a atribuição de nome ao natimorto, a ser incluído em registro que deverá ser realizado no Livro C-Auxiliar.</p> |
| | Jornadas de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios | <p>Não se aplica</p> |

JUSTIFICAÇÃO

A previsão de uma cláusula geral de tutela da personalidade, apta a evidenciar o seu compromisso, fundamento e demarcar os contornos metodológicos de sua aplicação é essencial para garantir a adequação do texto legal à cultura jurídica pátria.

Sugere-se a inserção de previsões que se prestem a esclarecer a natureza meramente exemplificativa do rol de direitos da personalidade previsto no Código Civil, bem como a sua constituição existencial e qualificada, que reclama observância de diretrizes distintas daquelas classicamente reservadas à solução de disputas patrimoniais. É com este propósito que se propõe explicitar, no art. 11, que a proteção à dignidade humana é ampla e abrange as "dimensões física, moral e intelectual" da vivência e que suas projeções devem se adaptar às necessidades emergentes do desenvolvimento tecnológico. A alusão específica à técnica da ponderação de interesses, com referência ao dever de fundamentação qualificada contemplado no art. 489, §2º, do CPC, é, também, adição importante, por expressar a necessidade de construir soluções a partir de abordagem equilibrada, comprometida com a preservação dos mínimos existenciais das liberdades públicas e dos direitos da personalidade como um todo.

No art. 12, a inclusão da referência a "providências efetivas e necessárias ao seu combate ou à obtenção do resultado prático equivalente" facilita o diálogo do direito substantivo com as providências processuais e reforça o mecanismo de proteção dos direitos da personalidade, ampliando a margem de discricionariedade (fundamentada) das soluções judiciais e extrajudiciais. A expansão do rol de legitimados (para incluir a figura do "companheiro"), a especificação de "projeções dos direitos da respectiva personalidade" (aptos a configurar lesão a "direito próprio" e não mera substituição processual) e a inaplicabilidade da faculdade de limitação voluntária a legitimados para a tutela *post mortem* aproxima a sistemática legal dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, incorporando reclames já consolidados em enunciados das Jornadas de Direito Civil.

CONTROLE DO FLUXO DE INFORMAÇÃO PESSOAL. TUTELA DO NOME, IMAGEM, VOZ E ATRIBUTOS EXISTENCIAIS.

A emergência de técnicas digitais deu azo a possibilidade de uso, exploração e manipulação do nome, imagem, voz e outros atributos pessoais. As clássicas tensões associadas à exposição não autorizada de atributos individuais à sociedade foram repaginadas. O debate, que antes tendia a se circunscrever às condições em que personalidades públicas poderiam legitimamente exercer a pretensão de se esquivar ao escrutínio social, passou a envolver pessoas comuns e novos dilemas. A facilidade de uso, manipulação e dispersão dos arquivos digitais introduziu problemas que envolvem os limites de exploração de atributos da personalidade, tanto com fins comerciais, quanto jocosos (*memes*); o combate à divulgação de momentos íntimos; a adulteração / manipulação de imagens, sons e informações (que podem auxiliar na disseminação de desinformação); e, em um contexto ainda mais problemático, a criação de registros ultrarrealistas de eventos jamais ocorridos (*deepfakes*).

O grande ponto de tensionamento parece ter se deslocado. De uma discussão em que se contrapunha a esfera privada a interesses coletivos e sociais, como o direito à informação, à liberdade de imprensa e de manifestação, ruma-se em direção ao reconhecimento e consolidação de um direito à preservação da identidade pessoal como forma de controle ou contenção do fluxo informacional. Nesta direção apontam boa parte dos debates legislativos contemporâneos. A título de ilustração, aponta-se o relatório publicado, em julho de 2021, pelo Parlamento Europeu com foco nos riscos associados às técnicas de manipulação ultrarrealista da realidade⁷. O documento tem servido para capitanear uma série de movimentos relevantes, dentre os quais o que resultou na recente aprovação do marco europeu de regulamentação da Inteligência Artificial, orientado a garantir que os sistemas de utilizados sejam seguros, transparentes, rastreáveis, não discriminatórios e respeitem o ambiente⁸.

Com específico foco no combate a *deepfakes*, tem-se, na Espanha, a Proposición de Ley B-23-1, que, para ajustar a tutela da imagem e da voz, sugere mudanças em diversos pontos do ordenamento. O escopo é multifacetado e envolve não só aspectos propriamente civis, como os limites e requisitos para o uso tecnológico de atributos existenciais, como também questões atinentes à comunicação audiovisual, à concorrência e, também, a criação de tipos penais. Nos Estados Unidos, uma série de estados, dentre os quais os da Califórnia, do Texas e da Virgínia, criaram leis para vedar, com criminalização, o uso de *deepfakes* com propósito pornográfico ou de manipulação política. A exploração da imagem *post mortem*, mediante recursos tecnológicos, também não passou despercebida. Os estados da Califórnia e de Nova Iorque, por exemplo, alteram suas Leis Civis para regulamentar os termos e limites associados⁹.

Como se vê, as soluções apresentadas são amplas e exigem a articulação de diversos institutos legais. Não raro, o enfrentamento a estes novos problemas demanda regulamentação específica. Independentemente desta complexa transversalidade, tem-se por papel do Código Civil assentar as bases de um direito à preservação da identidade pessoal, enquanto proteção das características, atributos e percepções únicos de cada indivíduo.

Ante os desafios postos pela era digital, é importante explicitar que os atributos personalíssimos não devem ser enxergados de forma estanque e estática, mas como complexo multidimensional, que, invariavelmente, envolve imagem, voz, honra e todo e qualquer atributo que se preste à identificação social do indivíduo.

O direito à identidade pessoal abrange a prerrogativa de ver reconhecidos os elementos distintivos da própria individualidade, com respeito às escolhas e demais formas de expressão manifestadas ao longo da própria trajetória. A proteção da

identidade pessoal engloba, mas vai além da proteção dos atributos físicos e morais mais estritos, envolvendo o processo de construção da identidade individual e social¹⁴².

Essa feição mais dinâmica conferida aos direitos da personalidade não é estranha ao judiciário brasileiro. A identidade pessoal aparece como fundamento de teses jurisprudenciais consolidadas do STJ. É o que se afere da publicação, por exemplo, do enunciado nº. 03 da edição nº. 138 da publicação Jurisprudência em Teses¹⁴³, em que, com fundamento nos julgamentos do REsp 1.630.851/SP e do REsp 794.586/RJ, foi reconhecido que a voz humana encontra proteção nos direitos da personalidade.

Nos enunciados de nº. 06 e 08 da mesma publicação, assentou-se a possibilidade de modificação do nome em respeito à identidade pessoal. No primeiro deles, fixou-se, com referência aos julgamentos dos REsp 1561933/RJ; REsp 1626739/RS; REsp 737993/MG; REsp 1008398/SP; REsp 1548879/SP; REsp 1631644/MT, que “o transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, exigindo-se, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, em respeito aos princípios da identidade e da dignidade da pessoa humana, inerentes à personalidade.” No último, assentou-se que “a continuidade do uso do sobrenome do ex-cônjuge, à exceção dos impedimentos elencados pela legislação civil, afirma-se como direito inerente à personalidade, integrando-se à identidade civil da pessoa e identificando-a em seu entorno social e familiar”. Serviram de embasamento os julgados: REsp 1732807/RJ; REsp 1482843/RJ; REsp 358598/PR; AREsp 987408/SP; AREsp 391474/RJ. A flexibilização jurisprudencial contribuiu para o advento da Lei nº 14.382/2022, responsável por modificar a Lei de Registros Públicos para tornar a mudança voluntária do nome uma prerrogativa ao alcance de todos.

Repaginado pela tutela da identidade, o clássico arcabouço dos direitos da personalidade ganha corpo e envergadura suficientes para dar conta dos desafios contemporâneos. O direito à imagem, por exemplo, deixa de envolver a apenas e tão somente a prerrogativa a impedir a reprodução imprópria ou não autorizada de sua figura para expressar um direito à visibilidade social, que envolve contexto e compatibilidade de propósitos com a própria história; a proteção contra a apropriação

¹⁴² KONDER, Carlos Nelson de Paula, O alcance do direito à identidade pessoal no direito civil brasileiro, **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, v. 23, n. 1, 2018.

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses 138 - Dos Direitos da Personalidade - II. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20138%20-%20Dos%20Direitos%20da%20Personalidade%20-%20II.pdf. Acesso em: 10/11/2023.

de perfis ou criação de perfis falsos na rede; difusão de *fake news*; além de envolver tutela da identidade genética, da liberdade de orientação sexual, dentre outros.

A postura se alinha com julgados importantes, como a decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos para o caso *Reklos e Davourlis v Grécia*¹², ao apreciar o uso não autorizado da fotografia um bebê de um dia de idade, observou-se que, além de o direito à vida privada abranger o direito à identidade e o direito ao desenvolvimento pessoal, chamou-se atenção para o fato de que, além da feição dinâmica, impõe-se, para a salvaguarda no direito à imagem, a prerrogativa de controlar os seus usos:

40. A imagem de uma pessoa constitui um dos principais atributos da sua personalidade, pois revela a características únicas de uma pessoa e a distingue de seus pares. O direito de a proteção da imagem é, portanto, um dos componentes essenciais do desenvolvimento pessoal e pressupõe o direito de controlar a utilização dessa imagem. (tradução livre)

O ponto enfatiza, dentre outros aspectos, a importância de garantir que os particulares tenham ferramentas para controlar e proteger seus direitos da personalidade. A corroborar, tem-se o julgamento de *Fraley v. Facebook*¹³, nos Estados Unidos. Um grupo de usuários da rede social se insurgiu contra o uso não autorizado de seus nomes e características para gerar os chamados anúncios de “Histórias Patrocinadas”, projetados de modo a gerar a aparência de que eles endossavam os produtos e serviços de anunciantes que eram exibidos para seus amigos do Facebook. Apesar de o caso ter se encerrado com um acordo, o tribunal concluiu que a insurreição dos requerentes possuía lastro suficiente para negar a moção de rejeição do Facebook¹⁴.

Como se vê, na era digital, a rapidez com que a palavra, os sons e as imagens são difundidos, associada à dificuldade de identificar infratores, exige a abertura do sistema jurídico para novos enfoques e estratégias. Em um contexto em que a violação de direitos existenciais ostenta o potencial de causar danos instantaneamente, mas com prolongada repercussão, não é adequado confiar à clássica fórmula de litigância judicial a missão de servir como única ou principal instância de tutela aos direitos da personalidade. Ao contrário, é importante garantir o engajamento de todos os atores envolvidos, e, especialmente, daqueles com ascendência sobre o fluxo de informação social, como as plataformas digitais.

A explicitação, por meio de diretrizes legais, de um dever geral de cooperação social, a impor que os agentes, na medida de suas potencialidades, desenvolvam e respeitem políticas de proteção à identidade, com observância ao princípio do devido processo legal, se revela essencial para garantir a preservação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais no universo digital “paralelo” que, cada vez mais, entrecorta a realidade concreta.

Na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o direito ao respeito pela vida privada e familiar é previsto no artigo 8º, demonstrando a importância da privacidade. No mesmo sentido, a liberdade de expressão é prevista no artigo 10º. De maneira semelhante, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia prevê sobre o respeito pela vida privada e familiar (artigo 7º), a proteção de dados pessoais (artigo 8º) e a liberdade de expressão e de informação (artigo 11).

| SUGESTÃO DE MODIFICAÇÃO | | |
|-------------------------|--|--|
| | Texto Atual | Texto Sugerido (destacar de amarelo a inovação) |
| Código Civil | Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória. | <p>Art. 17. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento e à preservação de sua identidade pessoal, composta pelo conjunto de atributos, características, comportamentos e escolhas que a distinguem das demais.</p> <p>§1º Na identidade pessoal incluem-se o nome, imagem, voz, integridade psicofísica, além de aspectos que envolvam orientação ou expressão de gênero, sexual, religiosa, cultural e outros que lhe sejam inerentes.</p> <p>§2º É vedada a quem quer que seja a prática de atos que atentem, ainda que sem intenção difamatória, contra a identidade pessoal de outrem.</p> <p>§3. É ilícito o uso, apropriação ou divulgação não autorizada da identidade, de quaisquer de seus elementos, bem como de qualidades inerentes capazes de identificar a pessoa, ainda que sem referir seu nome, imagem ou voz.</p> |
| | Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial. | <p>Art. 18. Somente mediante autorização o nome, a imagem, a voz e demais elementos da identidade pessoal poderão ser utilizados por outrem com fins publicitários ou comerciais.</p> <p>Parágrafo único. O cônjuge ou companheiro, os ascendentes ou</p> |

| | | |
|--|---|---|
| | | <p>descendentes poderão autorizar o uso comercial dos elementos da identidade pessoal do morto ou do ausente nos estritos limites em que este houver autorizado. Ausente tal disposição, a autorização deve estar em conformidade com usos que a respectiva história de vida permita supor que o falecido teria autorizado.</p> |
| | <p>Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.</p> | <p>Art. 19. É legítima a adoção de pseudônimos, personas, avatares digitais e outras técnicas de anonimização para o exercício de atividades lícitas.</p> <p>Parágrafo único. Veda-se a adoção de técnicas ou estratégias que conduzam ao anonimato, assim compreendido como impossibilidade de identificar agentes e lhes imputar, quando necessário, responsabilidade.</p> |
| | <p>Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815)</p> <p>Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.</p> | <p>Art. 20. Salvo se autorizadas, se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, ou se essenciais ao direito de informação, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem, voz, nome e qualidades inerentes de uma pessoa, capazes de identificá-la, poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a privacidade, a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.</p> <p>§1º. De quem competir administrar o fluxo social de dados e informações, poderão ser exigidas providências para reduzir a visibilidade de associações falsas, inapropriadas, excessivas ou irrelevantes.</p> <p>§2º. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge ou companheiro, os ascendentes ou os descendentes.</p> |

| | | |
|---|--|--|
| | <p>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.</p> | <p>Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável e somente diante de imperativos de ordem pública ou do interesse social sua exposição não autorizada poderá ser tolerada.</p> <p>§1º. A requerimento do interessado, o juiz adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato invasivo da privacidade.</p> <p>§2º. A notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica) haverão de ser considerados em caso de eventual colisão, privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações com relevância social.</p> <p>§3º. Aplica-se, para a tutela da privacidade, as técnicas de proteção de dados, nos termos disciplinados pela Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados).</p> |
| <p>Leis extravagantes conexas (indicar número da Lei ao transcrever o texto atual e o texto sugerido)</p> | <p>Não se aplica</p> | |
| <p>POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E DOS ENUNCIADOS DAS JORNADAS DIANTE DOS DISPOSITIVOS OU DO TEMA</p> | | |
| <p>Jurisprudência</p> | <p>STF/STJ</p> | <p>ADI n. 4815 (biografias não autorizadas).</p> |

REsp 1630851/SP; REsp 794586/RJ;
REsp 1561933/RJ; REsp 1626739/RS;
REsp 737993/MG; REsp 1008398/SP;
REsp 1548879/SP; REsp 1631644/MT,
REsp 1732807/RJ; REsp 1482843/RJ;
REsp 358598/PR; AREsp 987408/SP;
AREsp 391474/RJ.

Súmula 403, STJ: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.

Súmula 642, STJ: “O direito à indenização por danos morais transmite-se com o falecimento do titular, possuindo os herdeiros da vítima legitimidade ativa para ajuizar ou prosseguir a ação indenizatória”.

Jurisprudência em teses STJ Edição n. 137: “No tocante às pessoas públicas, apesar de o grau de resguardo e de tutela da imagem não ter a mesma extensão daquela conferida aos particulares, já que comprometidos com a publicidade, restará configurado o abuso do direito de uso da imagem quando se constatar a vulneração da intimidade ou da vida privada”.
(Julgados: REsp 1594865/RJ; REsp 801109/DF; REsp 1082878/RJ).

Jurisprudência em teses STJ Edição n. 137: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”.
(Súmula n. 403/STJ).

Jurisprudência em teses STJ Edição n. 138: “A voz humana encontra proteção nos direitos da personalidade, seja como direito autônomo ou como parte integrante do direito à imagem ou do direito à identidade pessoal.” (Julgados: REsp 1630851/SP e REsp 794586/RJ. Informativo de Jurisprudência N. 606).

Jurisprudência em teses STJ Edição n. 138: “A regra no ordenamento jurídico é a imutabilidade do prenome, um direito da personalidade que designa o indivíduo e o identifica perante a

| | | |
|--|----------------------------------|---|
| | | <p>sociedade, cuja modificação revela-se possível, no entanto, nas hipóteses previstas em lei, bem como em determinados casos admitidos pela jurisprudência.” (Julgados: REsp 1728039/SC; REsp 1626739/RS; REsp 1217166/MA; AgRg no AgRg no AREsp 594598/SP; AgRg no AREsp 253087/MT; REsp 1412260/SP. Informativo de Jurisprudência N. 482).</p> <p>Jurisprudência em teses STJ Edição n. 138: “O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, exigindo-se, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, em respeito aos princípios da identidade e da dignidade da pessoa humana, inerentes à personalidade”. (Julgados: REsp 1561933/RJ; REsp 1626739/RS; REsp 737993/MG; REsp 1008398/SP; REsp 1548879/SP; REsp 1631644/MT. Informativo de Jurisprudência N. 608. Repercussão Geral - TEMA 761).</p> <p>Jurisprudência em teses STJ Edição n. 138: “Em caso de uso indevido do nome da pessoa com intuito comercial, o dano moral é <i>in re ipsa</i>”. (Julgados: AgInt no AREsp 1343054/SP; REsp 1645614/SP; AgInt no AREsp 880008/SC).</p> <p>Jurisprudência em teses STJ Edição n. 138: “Não se exige a prova inequívoca da má-fé da publicação (<i>actual malice</i>), para ensejar a indenização pela ofensa ao nome ou à imagem de alguém”. (Julgados: AgInt no AREsp 1120731/RJ; REsp 1594865/RJ; REsp 1369571/PE).</p> |
| <p>Jornadas do Conselho da Justiça Federal</p> | <p>Jornadas de Direito Civil</p> | <p>Art. 13 e 17, CC.</p> <p>IV Jornada de Direito Civil – Enunciado 276. O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a</p> |

| | | |
|--|--|--|
| | | <p>consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil.</p> <p>IV Jornada de Direito Civil - Enunciado 278. A publicidade que divulgar, sem autorização, qualidades inerentes a determinada pessoa, ainda que sem mencionar seu nome, mas sendo capaz de identificá-la, constitui violação a direito da personalidade.</p> <p>Art. 18, CC.</p> <p>VII Jornada de Direito Civil – Enunciado 608. É possível o registro de nascimento dos filhos de pessoas do mesmo sexo originários de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil, sendo dispensável a propositura de ação judicial, nos termos da regulamentação da Corregedoria local.</p> <p>Art. 20, CC.</p> <p>IV Jornada de Direito Civil - Enunciado 279. A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.</p> <p>V Jornada de Direito Civil - Enunciado 404. A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas.</p> <p>VII Jornada de Direito Civil - Enunciado 587. O dano à imagem restará configurado quando presente a</p> |
|--|--|--|

| | | |
|--|--|---|
| | | <p>utilização indevida desse bem jurídico, independentemente da concomitante lesão a outro direito da personalidade, sendo dispensável a prova do prejuízo do lesado ou do lucro do ofensor para a caracterização do referido dano, por se tratar de modalidade de dano <i>in re ipsa</i>.</p> <p>VIII Jornada de Direito Civil - Enunciado 613. A liberdade de expressão não goza de posição preferencial em relação aos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro.</p> |
| | <p>Jornadas de Direito Notarial e Registral</p> | |
| | <p>Jornadas de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios</p> | <p>Art. 18, CC.</p> <p>II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios - Enunciado 33. É admissível o requerimento pelo(a) interessado(a) de alteração de seu nome, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, diretamente perante o Registro Civil de Pessoas Naturais, independentemente de decisão judicial, na forma do artigo 56 da Lei Federal 6.015/1973.</p> <p>II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios - Enunciado 34. É admissível o requerimento, pelo(a) interessado(a), ao Registro Civil de Pessoas Naturais para retorno ao nome de solteiro(a), após decretado o divórcio (art. 29, §1º, alínea f, Lei n. 6.015/1973), dispensando-se a intervenção judicial.</p> <p>II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios - Enunciado 40. Art. 1.565, § 1º, e 1.571, § 2º, CC: são admissíveis a retomada do nome de solteiro e a inclusão do sobrenome do cônjuge de quem não o fez quando casou, a qualquer tempo, na constância da sociedade conjugal, por requerimento ao Registro Civil das Pessoas Naturais, independentemente de autorização judicial.</p> |

| | | |
|--|--|--|
| | | <p>II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios - Enunciado 41. O direito à inclusão de sobrenome em virtude do reconhecimento de filiação se estende aos descendentes e cônjuge da pessoa reconhecida, faculdade a ser exercida por mero requerimento perante o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, independentemente de decisão judicial.</p> <p>II Jornada de Prevenção e Solução de Litígios - Enunciado 46. É direito dos genitores o registro do natimorto com inclusão de nome e demais elementos de registro, independentemente de ordem judicial, sempre que optarem por seu sepultamento, nas hipóteses em que tal providência não for obrigatória.</p> |
|--|--|--|

JUSTIFICAÇÃO

Os desafios da era digital impõem uma revisão das diretrizes gerais das clássicas projeções dos direitos da personalidade. Em meio a um contexto de hiper conexão e em um cenário de (re)criações ultrarrealistas (*deepfakes*), a tutela da imagem, da voz e demais elementos identitários reclama compreensão mais abrangente e dinâmica, em que a preservação dos aspectos que efetivamente representam a pessoa em sua dignidade e autonomia existencial.

Artigo 17

A atual redação do artigo 17 do Código Civil foca no uso indevido do nome da pessoa natural. Propõe-se que o artigo tenha o escopo ampliado, para salvaguardar a identidade pessoal como um todo, incluindo atributos como voz, imagem, integridade psicofísica e aspectos de gênero e orientação.

A partir disto, estabelece-se proteção ampla da personalidade, a impedir o atentado, ainda que não intencional, bem como o uso não autorizado de quaisquer elementos ou qualidades que se prestem à identificação da pessoa. Esta proposta está em consonância com entendimento jurisprudencial (Enunciados 03, 06 e 08 da edição 138 do Jurisprudência em Teses – Direitos da Personalidade – STJ) e Enunciados das Jornadas de Direito Civil (Enunciados nº. 276 e 278).

Artigo 18

Em sua redação atual, o artigo 18 do Código Civil se limita a restringir o uso não autorizado do nome alheio em propaganda comercial. Na proposta a proteção é ampliada para referenciar, além do nome, a imagem, a voz e outros elementos da identidade pessoal. Há também incremento na proibição de uso, que, além da publicidade, passa a envolver qualquer tipo de uso comercial.

A inclusão de um parágrafo único, para regulamentar a gestão das projeções deste direito *post mortem*, afigura-se fundamental para demarcar limites importantes ante as potencialidades de (re)criação tecnológicas. O dispositivo deixa margem para a regulamentação, pelo próprio titular, dos possíveis usos após a sua morte, buscando, contudo, preservar a essência existencial e indisponível do atributo.

Artigo 19

A atual redação do artigo 19 do Código Civil Brasileiro se concentra na proteção legal do pseudônimo, que, quando adotado para atividades lícitas, é tido por legítimo e equiparado ao nome. Com o avanço das tecnologias digitais, a estimular / potencializar a convivência em ambientes digitais, torna-se importante alusão a personas, avatares digitais e outras técnicas de anonimização digital.

No parágrafo único, almeja-se explicitar os limites da licitude do uso e desenvolvimento de identidades paralelas. Veda-se, em consonância com a Constituição, estratégias que conduzam a um anonimato completo. Mesmo em um ambiente digital, é fundamental resguardar a possibilidade de identificação, com fins de imputação de responsabilidade quando necessário.

Artigo 20

Em linha similar às dos artigos anteriores, propõe-se a expansão do alcance do artigo 20 do Código Civil Brasileiro, hoje centrada na imagem. Na nova redação contempla-se, também, a voz, o nome e outras qualidades inerentes de uma pessoa que sejam capazes de identificá-la.

O parágrafo primeiro ostenta especial relevância, na medida em que se presta a assentar as bases de um dever de filtragem dos atores responsáveis pelo fluxo social de dados e informações, a exemplo das redes sociais. Esta medida caminha no sentido de explicitar o dever de cooperação (boa-fé objetiva), sem, contudo, criar obrigação vaga e genérica. O texto enfatiza a específica obrigação das plataformas de adotar, sempre que instadas a tanto, providências para reduzir a visibilidade de associações falsas ou inapropriadas. Não se toca em aspectos associados à filtragem prévia de conteúdo.

Destaca-se que o dever de colaboração social, a ser exigido de todos os agentes envolvidos no fluxo de dados, é fundamental para viabilizar tutela idônea da identidade digital em um cenário de disseminação de informações potencialmente falsas ou enganosas e garante uma base inicial para o direito ao esquecimento e à desindexação.

No segundo parágrafo, preserva-se a sistematização clássica, que, em caso de morte ou ausência, estabelece rol de legitimados à salvaguarda da sua dignidade e da identidade pessoal. A única alteração foi a inclusão do companheiro dentre os atores autorizados à proteção.

Artigo 21

O artigo 21 do Código Civil se dedica à proteção da vida privada da pessoa natural. Em sua atual redação, se presta a afirmá-la inviolável, autorizando o juiz a adotar as providências necessárias contra os atos que a restrinjam. A proposta de nova redação busca reforçar e detalhar essa proteção, enfatizando a necessidade de consentimento para a divulgação de elementos identificáveis como a imagem, voz, nome e outras qualidades inerentes de uma pessoa. Essa

ampliação é crucial em uma era digital, na qual a ameaça à privacidade é advém de diversas fontes e se concretiza por variedade de meios.

O segundo parágrafo explicita critérios a serem utilizados em casos difíceis, de (aparente) colisão entre a privacidade e a liberdade de expressão ou informação, aludindo a aspectos como a notoriedade do retratado, a veracidade dos fatos e o contexto de uso (comercial, informativo, biográfico). Isso representa um equilíbrio entre proteger a privacidade e permitir a livre circulação de informações socialmente relevantes.

Por fim, o terceiro parágrafo vincula a tutela da privacidade às técnicas de proteção de dados estabelecidas pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), alinhando a proteção da privacidade no Código Civil com as normas específicas de proteção de dados pessoais. A menção à LGPD reforça a conexão entre o direito à privacidade, à proteção de dados e a autodeterminação informativa.

DIREITO AO ESQUECIMENTO E DIREITO À DESINDEXAÇÃO.

A sociedade atual pode receber diversas denominações: sociedade da informação, sociedade da comunicação, sociedade em rede¹⁴⁴ e sociedade de vigilância¹⁴⁵, dentre outras. Apesar da possibilidade diversa de denominação, o relevante é compreender que há um grande fluxo informacional disponível, acessível em razão do preço, da facilidade de acesso e da grande velocidade com que é transmitido e armazenado. A formação de grandes redes de dados é protagonizada por atores públicos e privados e permite que informações, imagens, dados pessoais, vídeos e informações que são vinculadas ao passado do indivíduo voltem à tona. Isso pode ocorrer principalmente (mas não somente) através da realização de pesquisas *online*.

A discussão sobre o direito ao esquecimento passa, em primeiro lugar, pela identificação da responsabilidade pelo dano causado à vítima pela divulgação do conteúdo. Em segundo lugar, pela compreensão dos limites da privacidade na sociedade tecnológica, ou seja, pelo reconhecimento de que informações disponibilizadas virtualmente têm efeitos distintos daqueles tradicionalmente previstos antes da era da internet. Atualmente, dados de indivíduos podem ser mantidos de maneira indefinida em bancos de dados, acessados e redivulgados por diferentes atores.

Um dos casos mais antigos e referenciados de direito ao esquecimento é o caso Lebach, na Alemanha. Na década de 1960, houve a chacina de quatro soldados alemães, e um dos acusados foi condenado à pena de reclusão por seis anos. Pouco tempo antes de sair da prisão, um canal de televisão decidiu retratar a chacina dos soldados, incluindo o nome daquele que estava prestes a sair da prisão. Ele então ajuizou ação solicitando que o programa não fosse exibido. Após recursos, o Tribunal Constitucional Alemão decidiu pela predominância do direito à privacidade e à ressocialização do condenado¹⁴⁶.

Recentemente, ao apreciar o RE nº. 1.010.606, o STF fixou sua Tese de nº. 786. O plano de fundo da querela era a insatisfação de Nelson, Roberto, Waldir e Maurício Curi com a TV Globo Ltda. ante a exibição, em abril de 2004, das circunstâncias do óbito de sua irmã, Aida Curi, em episódio do programa Linha Direta. A produção audiovisual foi ao ar contra a vontade dos familiares, que, embora reconhecessem a grande repercussão conferida ao feminicídio à época em que ocorrera, entendiam-no

¹⁴⁴ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 15. impressão. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

¹⁴⁵ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

¹⁴⁶ LUCENA, Marina Giovanetti Lili. **Direito ao esquecimento no Brasil**: conceito e critérios na doutrina e jurisprudência brasileiras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 37-38.

superado pelo decurso do tempo. A reapresentação ao público, além de consubstanciar uso não autorizado de imagem alheia, serviria apenas para renovar-lhes sentimentos de sofrimento e angústia. O veredito vinculativo foi no sentido de negar a existência, no direito brasileiro, de um chamado direito ao esquecimento. Nesse sentido, o STF conceituou o direito ao esquecimento como: “poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógica ou digital”.

A leitura da orientação reclama temperança. O próprio STF parece não ter tido a disposição de fixar termo conclusivo para o debate dos casos que envolvam o “direito ao esquecimento”, na medida em que entreabriu a possibilidade de discutir eventuais excessos no que pode ser compreendido como a segunda parte da tese fixada. Assim, compreende que “eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais”.

Nesse sentido, a segunda parte da tese está em consonância com a necessidade de ponderação entre, de um lado, a liberdade de expressão e de informação e, de outro, os direitos individuais à honra, à imagem, à privacidade e aos demais aspectos existenciais, intrínsecos à personalidade. Conclui o STF a tese mencionando sobre as específicas previsões legais no âmbito cível e penal, já existentes, que também devem ser respeitadas.

Destaca-se, neste sentido, a manutenção de decisão condenatória da própria TV Globo, em razão de outro episódio do mesmo programa (Linha Direta). Após a tese do STF, o Recurso Especial nº. 1.334.097 permaneceu reconhecendo a indevida associação da imagem de um determinado indivíduo ao Massacre da Candelária, deixando clara a aplicação da segunda parte da Tese nº 786 / STF, segundo a qual “eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais (...)”.

Deve-se salientar que na discussão sobre direito ao esquecimento uma das questões mais polêmicas reside na diferenciação entre o direito ao esquecimento e a chamada desindexação. Sustenta-se que direito ao esquecimento e desindexação envolvem debates diversos, embora centrados na possibilidade de remoção de conteúdo sobre determinado indivíduo.

De um lado, o direito ao esquecimento, tal qual concebido pelo STF, é ferramenta utilizada para excluir informações que, embora verídicas, deixaram de despertar

interesse público ou social em virtude do decurso considerável de tempo. A base de sua compreensão reside no direito à privacidade, a envolver nome, imagem, honra e o direito à identidade pessoal. Sua análise não passou pelo controle do fluxo de dados digitais.

Na verdade, o direito ao esquecimento é dotado de grande amplitude. Pode ser aplicado em meios analógicos diversos (revistas, jornais, TV) ou digitais (sendo nesse último caso a desindexação a faceta mais conhecida). Os sujeitos a quem ele pode ser aplicado também são variáveis: pessoas anteriormente condenadas por crimes; pessoas já acusadas de crime, mas inocentadas; vítimas de crimes e seus familiares, dentre outras possibilidades. Além disso, em grande número de casos a sua aplicação não se vincula a crimes, mas a fatos pretéritos que podem ser considerados desonrosos ou desabonadores da personalidade individual ou que, por qualquer motivo, são considerados pela pessoa como informações que não correspondem mais à sua identidade pessoal e por isso não deveriam ser rememorados.

De acordo com o artigo 7º da lei nº 12.965/2014 (o "Marco Civil da Internet"), os usuários têm o direito à "exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei e na que dispõe sobre a proteção de dados pessoais". Para o STJ, isso significaria que "o direito à exclusão de dados pessoais alcança somente as informações que o próprio indivíduo houver fornecido para um determinado provedor de aplicações de Internet" (AgInt no RESP nº 1.593.873/SP, julgado em novembro de 2016). Em que pese ainda não haver um direito geral ao esquecimento, e não ter sido assim decidido pelo STF conforme explicitado acima, o tema já vem sendo debatido por tribunais e academia há anos, sendo essencial para a proteção dos dados pessoais e dos direitos da personalidade dos usuários, considerando casos em que a Internet contribua para perpetuar anterior violação a tais direitos.

Por seu turno, o direito à desindexação tem relação mais direta e imediata com a proteção de dados. A desindexação consiste na prerrogativa de desvincular dos provedores de busca o nome e outras informações pessoais de um determinado indivíduo, reduzindo a sua visibilidade e exposição. Nessa situação, não se exige debate sobre veracidade da informação ou decurso de lapso temporal relevante, tampouco busca-se responsabilizar intermediários por conteúdo violador publicado por terceiros. O objetivo primário da desindexação seria a proteção dos dados pessoais e dos direitos da personalidade de cada usuário, garantindo que possam proteger sua imagem da forma como entenderem necessário e adequado, desde que respeitados os parâmetros legais, a liberdade de expressão e de opinião. Quando

ocorre a desindexação, não há a exclusão da notícia ou informação de sua fonte original, somente o resultado não é mais apresentado quando da realização de pesquisa online.

No cerne da desindexação está a autodeterminação informacional, princípio advindo da Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), que permite garantir ao titular o controle do fluxo de dados. Assim, passa a privacidade a se manifestar na ideia de manutenção do controle individual sobre as suas informações pessoais, determinando a construção sobre a própria esfera privada e o seu modo de viver¹⁴⁷, por meio do auxílio dos provedores de aplicação e busca, que podem criar sistemas de desindexação de conteúdo a partir de decisões judiciais.

Sobre desindexação, pode-se mencionar, como paradigma, o caso Mario Costeja Gonzalez, ocorrido na União Europeia (Google Spain Judgment (C-131/12)). Problemas de insolvência civil levaram Mario Costeja Gonzalez a solicitar a desindexação do seu nome nos mecanismos de pesquisa do Google. O argumento principal era de que o longo tempo transcorrido teria retirado a relevância e interesse social em tal informação. Com base no art. 12.b da Diretiva 95/46, a Corte de Justiça da União Europeia decidiu que as ferramentas de busca devem ser consideradas controladores de dados, e, portanto, obrigadas a desindexar informação que seja inapropriada, excessiva ou irrelevante quando o titular o requerer.

Nesse sentido, em resumo, acredita-se que direito ao esquecimento e desindexação são instrumentos autônomos e independentes, ainda que, por vezes, o direito ao esquecimento se concretize por meio da desindexação, principalmente na sociedade digital.

Na Europa, o *General Data Protection Regulation* (GDPR) prevê o direito ao esquecimento em seu artigo 17, nos seguintes termos:

Artigo 17. Direito ao apagamento dos dados («direito a ser esquecido»)

1. O titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique um dos seguintes motivos:

- a) Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;
- b) O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6.o, n.o 1, alínea a), ou do artigo 9.o, n.o 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento;
- c) O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.o, n.o 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.o, n.o 2;

¹⁴⁷ RODOTÀ, Stefano. Il diritto di avere diritti. Bari: Laterza & Figli, 2012, p. 321.

- d) Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;
 - e) Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;
 - f) Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8.o, n.o 1.
2. Quando o responsável pelo tratamento tiver tornado públicos os dados pessoais e for obrigado a apagá-los nos termos do n.o 1, toma as medidas que forem razoáveis, incluindo de caráter técnico, tendo em consideração a tecnologia disponível e os custos da sua aplicação, para informar os responsáveis pelo tratamento efetivo dos dados pessoais de que o titular dos dados lhes solicitou o apagamento das ligações para esses dados pessoais, bem como das cópias ou reproduções dos mesmos.
3. Os n.os 1 e 2 não se aplicam na medida em que o tratamento se revele necessário:
- a) Ao exercício da liberdade de expressão e de informação;
 - b) Ao cumprimento de uma obrigação legal que exija o tratamento prevista pelo direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável esteja sujeito, ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que esteja investido o responsável pelo tratamento;
 - c) Por motivos de interesse público no domínio da saúde pública, nos termos do artigo 9.o, n.o 2, alíneas h) e i), bem como do artigo 9.o, n.o 3;
 - d) Para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos, nos termos do artigo 89.o, n.o 1, na medida em que o direito referido no n.o 1 seja suscetível de tornar impossível ou prejudicar gravemente a obtenção dos objetivos desse tratamento; ou
 - e) Para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

Relevante ainda o artigo 21 do GDPR, que trata do direito de oposição do titular de dados.

Na Itália, recentemente a Câmara dos Deputados aprovou a chamada “lei do esquecimento oncológico”, visando prevenir discriminações contra pessoas que tiveram câncer. Nesse sentido, tais indivíduos não precisarão revelar esse histórico para bancos ou seguradoras, por exemplo. A ideia é justamente proteger a privacidade desses indivíduos¹⁴⁸.

Decisão relevante sobre responsabilidade civil do jornal em caso de direito ao esquecimento é o conhecido como *Biancardi v. Itália*¹⁴⁹, julgado pela Corte Europeia

¹⁴⁸ CÂMARA da Itália aprova “lei do esquecimento oncológico”. 03 ago. 2023. *Ansa Brasil*. Disponível em: https://ansabrasil.com.br/brasil/noticias/saude/2023/08/03/camara-da-italia-aprova-lei-do-esquecimento-oncologico_494d0179-5f6a-4d9d-80de-e35b4e648c83.html.

¹⁴⁹ Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22itemid%22:%22003-7191283-9765270%22>.

de Direitos Humanos. Considerou-se que houve demora na desindexação, o que violou os direitos do indivíduo e gerou a responsabilização civil.

Na Alemanha, no caso envolvendo a Arbeiter-Samaritaner-Bund, o Bundesgerichtshof (BGH) decidiu por não aplicar o direito ao esquecimento no caso concreto, após realização de ponderação. No entanto, reafirmou a existência desse direito, em abstrato, destacando que não se trata de direito absoluto¹⁵⁰.

De maneira mais ampla, a Alemanha também possui a *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (NetzDG), que busca melhorar a aplicação da lei nas plataformas digitais. Essa lei traz previsões sobre como as plataformas devem agir em caso de conteúdo considerado ilegal, estabelecendo as suas obrigações e responsabilidades. A lei é muito aplicada para casos de discurso de ódio nas redes. No entanto, considera-se que a sua análise é útil para demonstrar a possibilidade de limitação da liberdade de expressão em alguns casos, por se tratar de crime ou por ceder na colisão com outros direitos e princípios constitucionais, o que não se confunde com censura.

| SUGESTÃO DE MODIFICAÇÃO | | |
|--------------------------------|--------------------|---|
| | Texto Atual | Texto Sugerido (destacar de amarelo a inovação) |
| Código Civil | NÃO HÁ | <p>Art. -, Código Civil: Visando concretizar a proteção da sua dignidade e identidade individual na sociedade da informação, ao indivíduo é possível requerer a aplicação do direito ao esquecimento, compreendido como o direito de obstar, em razão da decorrência de lapso temporal razoável, a publicação de informação ou dado pessoal verídico que não seja dotado de relevância ou interesse público atual ou de fatos históricos.</p> <p>§1º A aplicação do direito ao esquecimento está condicionada ao excesso ou abuso no exercício da liberdade de expressão e de informação.</p> <p>§2º Para a aplicação do direito ao esquecimento, deve ser demonstrado que, em caso de nova divulgação ou manutenção da informação ou dado pessoal em sua fonte, haverá significativo potencial de dano ao indivíduo ou seus representantes legítimos (de acordo com o artigo 12, parágrafo único e artigo 20, parágrafo único).</p> <p>§3º O direito ao esquecimento pode ser aplicado no ambiente online por meio da técnica da desindexação, observados os limites, princípios e</p> |

¹⁵⁰ FRITZ, Karina Nunes. Direito ao esquecimento não é absoluto, diz Bundesgerichtshof. 11 nov. 2020. *Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/336206/direito-ao-esquecimento-nao-e-absoluto-diz-bundesgerichtshof>.

| | | |
|--|---------|---|
| | | dispositivos previstos na Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). |
| Leis extravagantes conexas (indicar número da Lei ao transcrever o texto atual e o texto sugerido) | | |
| POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E DOS ENUNCIADOS DAS JORNADAS DIANTE DOS DISPOSITIVOS OU DO TEMA | | |
| Jurisprudência | STF/STJ | <p>RE nº. 1.010.606. Tese 786 / STF.</p> <p>O STF negou a existência, no direito brasileiro, de um chamado direito ao esquecimento entendido como “poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógica ou digital”.</p> <p>O STF ressaltou, contudo, que eventuais excessos podem ser objeto de discussão pontual, dependente de específica ponderação entre a liberdade de expressão e de informação e o direito individual à honra, à imagem, à privacidade e aos demais aspectos existenciais, intrínsecos à personalidade.</p> <p>Recurso Extraordinário em Recurso Especial nº. 1.334.097</p> <p>Neste precedente (1993), a TV Globo foi proibida de veicular a imagem de um personagem indevidamente associado ao Massacre da Candelária no programa Linha Direta.</p> |

| | | |
|--|---|--|
| | | <p>REsp n. 1.334.097/RJ; REsp n. 1.335.153/RJ; REsp n. 1.434.498/SP; REsp n. 1.369.571/PE; AgInt no REsp n. 1.593.873/SP; AgInt no REsp n. 1.599.054/RJ; REsp n. 1.660.168/RJ; REsp n. 1.736.803/RJ.</p> <p>Jurisprudência em teses STJ Edição n. 137: “A ampla liberdade de informação, opinião e crítica jornalística reconhecida constitucionalmente à imprensa não é um direito absoluto, encontrando limitações, tais como a preservação dos direitos da personalidade”. (Julgados: REsp 1704600/RS; AgInt no REsp 1586380/DF; REsp 1771866/DF; REsp 1322264/AL; REsp 1652588/SP; REsp 1243699/RJ. Informativo de Jurisprudência N. 527. Jurisprudência em Teses N. 130 – TESE 8).</p> <p>Jurisprudência em teses STJ Edição n. 138: “Os pedidos de remoção de conteúdo de natureza ofensiva a direitos da personalidade das páginas de <i>internet</i>, seja por meio de notificação do particular ou de ordem judicial, dependem da localização inequívoca da publicação (<i>Universal Resource Locator</i> - URL), correspondente ao material que se pretende remover”. (Julgados: REsp 1738628/SE; AgInt nos EDcl no REsp 1471164/MG; REsp 1694405/RJ; AgInt no AgInt no AREsp 956396/MG; AgRg no AREsp 681413/PR. Informativo de Jurisprudência N. 558. Repercussão Geral - TEMA 987).</p> |
| <p>Jornadas do Conselho da Justiça Federal</p> | <p>Jornadas de Direito Civil</p> | <p>VI Jornada de Direito Civil - Enunciado 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.</p> <p>VII Jornada de Direito Civil – Enunciado 576. O direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória.</p> |
| | <p>Jornadas de Direito Notarial e Registral</p> | <p>Não se aplica</p> |

| | | |
|--|--|----------------------|
| | <p>Jornadas de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios</p> | <p>Não se aplica</p> |
| JUSTIFICAÇÃO | | |
| <p>A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre direito ao esquecimento sobre a sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro não definiu de maneira absoluta a aplicação desse direito no Brasil.</p> <p>Inicialmente, porque a segunda parte da tese possibilita que sejam realizadas ponderações (“eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais”).</p> <p>Em segundo lugar, porque o próprio conceito de “direito ao esquecimento” colocado na decisão do STF pode ser modificado, trazendo uma previsão mais protetiva à dignidade da pessoa humana e à sua identidade, de modo a possibilitar compreensão diversa sobre a sua aplicabilidade no Brasil. Além disso, o próprio conceito pode conter os seus critérios de aplicação, principalmente a decorrência de lapso temporal razoável; o potencial dano significativo ao indivíduo ou seus representantes e a ausência de interesse público e atual na informação.</p> <p>Por fim, a discussão sobre a desindexação não foi abordada na decisão do STF. Em decisões após a fixação da tese no STF, o STJ já decidiu pela manutenção da desindexação, como percebe-se do REsp n. 1.660.168/RJ. Nesse caso, decidiu-se quem, ainda que o direito ao esquecimento tenha sido considerado incompatível com a Constituição federal brasileira de 1988, sites de busca devem alterar os resultados de busca quando cabível, pois isso se trataria de direito à desindexação, que não foi abordado pelo STF no Tema 786. Além disso, no caso Chacina da Candelária (REsp n. 1.334.097/RJ) o STJ também manteve a aplicação do direito ao esquecimento por decidir que se tratava de excesso no dever de informação.</p> <p>O direito ao esquecimento é classificado dentro das categorias do direito da personalidade, podendo ser vinculado com a proteção da honra, imagem, nome, privacidade, identidade e dados pessoais. Não se trata de direito absoluto, assim como os demais direitos da personalidade. Deve ser sempre objeto de ponderação e análise no caso concreto. Assim, sustenta-se que pode o Código Civil tratar do tema em dispositivo autônomo.</p> | | |

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses 137 - Dos Direitos da Personalidade - I. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/JuriTeses/article/view/11396/11525>. Acesso em: 10/11/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses 138 - Dos Direitos da Personalidade - II. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20138%20-%20Dos%20Direitos%20da%20Personalidade%20-%20II.pdf. Acesso em: 10/11/2023.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. 15. impressão. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FRALEY v. Facebook . Digital Media Law Project. Disponível em: <https://www.dmlp.org/threats/fraley-v-facebook>. Acesso em: 15/11/2023.

FRITZ, Karina Nunes. Direito ao esquecimento não é absoluto, diz Bundesgerichtshof. 11 nov. 2020. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/336206/direito-ao-esquecimento-nao-e-absoluto--diz-bundesgerichtshof>.

GONZÁLES, Carlos Antonio Agurto; MAMANI, Sonia Lidia Quequejana. Derecho a la identidad personal: su distinción con otros derechos del ser humano, Pensar - Revista de Ciências Jurídicas, p. 12–12, 2023.

KONDER, Carlos Nelson de Paula, O alcance do direito à identidade pessoal no direito civil brasileiro, Pensar - Revista de Ciências Jurídicas, v. 23, n. 1, 2018.

LEONARDI, Marcel. Fundamentos de Direito Digital. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

LUCENA, Marina Giovanetti Lili. Direito ao esquecimento no Brasil: conceito e critérios na doutrina e jurisprudência brasileiras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MARTINS, Pedro; HOSNI, David. O Livre Desenvolvimento da Identidade Pessoal em Meio Digital: Para além da proteção da privacidade? (The Free Development of Personal Identity in the Digital Environment: Beyond the Privacy Protection?). 2019. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=3464025>>. Acesso em: 11 nov. 2023.

MARTINS-COSTA, Judith, O direito privado como um um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro, disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/383>>. Acesso em: 25 out. 2020, (Accepted: 2007-07-06T20:51:41Z).

REKLOS and Davourlis v Greece. 5RB Barristers. Disponível em: <https://www.5rb.com/case/reklos-and-davourlis-v-greece/>. Acesso em: 15/11/2023.

RODOTÀ, Stefano. Il diritto di avere diritti. Bari: Laterza & Figli, 2012.

ZUBOFF, Shoshana. A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

A PROTEÇÃO DOS NEURODIREITOS NO BRASIL

Jose Humberto Fazano Filho e Amanda Smith Martins

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o progresso no campo da neurociência, impulsionado por atores públicos e privados, e seguido pelo aperfeiçoamento da neuroengenharia e das neurotecnologias – entendidas como tecnologias que permitem gravar, modificar ou influenciar a atividade cerebral –, resultou em um crescente interesse da comunidade acadêmica e do público sobre o potencial inquestionável para o aprimoramento da saúde e da vida humana. Esse avanço também promove o crescimento econômico, mas suscita questões sobre os riscos inerentes.

As neurotecnologias estão em um movimento de transição dos laboratórios de pesquisa para a indústria, avançando em aplicações militares e médicas, até a comercialização direta a consumidores de dispositivos destinados a melhorar o desempenho em esportes e em atividades de lazer. Em uma escala ascendente, a possibilidade de criar mentes que emergem da integração entre biologia e tecnologia – uma mente híbrida – é tangível¹⁵¹. Dentre as questões mais candentes que se apresentam, é saber qual será a extensão do controle exercido pelos atores públicos ou privados na criação desta mente híbrida.

Os neurodireitos são entendidos como um quadro normativo voltado para a proteção e a preservação do cérebro e da mente humana¹⁵² frente aos avanços das neurotecnologias. Termo cunhado em 2017¹⁵³ por pesquisadores que concluíram que o sistema internacional de proteção dos direitos humanos era insuficiente para oferecer uma governança adequada aos potenciais riscos que emergem do desenvolvimento e do uso destas tecnologias, ganhou tração perante a comunidade científica internacional com a publicação de um artigo coordenado por Rafael Yuste

¹⁵¹ SOEKADAR, Surjo & CHANDLER, Jennifer & IENCA, Marcello & BUBLITZ, Christoph. **On The Verge of the Hybrid Mind**. *Morals & Machines*, 2021. Disponível em: <<https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/2747-5174-2021-1-30.pdf>>. Acesso em 17 nov. 2023.

¹⁵² IENCA, Marcello. **On Neurorights**. *Frontiers in Human Neuroscience*, v.15, 2021. Disponível em: <<https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fnhum.2021.701258>>. Acesso em 16 nov. 2023.

¹⁵³ IENCA, M., ANDORNO, R. **Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology**. *Life Sci Soc Policy* 13, 5 (2017). Disponível em: <<https://doi.org/10.1186/s40504-017-0050-1>>. Acesso em 20 nov. 2023.

e Sara Goering e publicado na revista *Nature*¹⁵⁴. No artigo foram identificadas quatro áreas prioritárias de preocupação relacionadas às neurotecnologias e a inteligência artificial, combinação que potencializa os benefícios, mas também os riscos associados: Privacidade e consentimento; Agência e identidade; Aumento e ampliação; e, vieses. Para cada um destes eixos, foram recomendadas cláusulas protetivas específicas, denominadas *neurodireitos*, que deveriam ser incorporadas em legislações, regulamentos e tratados internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Com o desenvolvimento da teoria, hoje a *Neurorights Foundation* prevê cinco neurodireitos¹⁵⁵:

- a. O direito à Privacidade Mental, relacionado à ideia de que quaisquer *Dados Neurais* obtidos a partir da medição da atividade neural podem ter impactos profundos e que o tratamento desta nova categoria de dados pessoais deve ser objeto de regulação específica;
- b. O direito à Identidade Pessoal, objetivando estabelecer limites que impeçam as neurotecnologias de influenciar ou alterar o senso de identidade individual (*self*), que pode ser resultado da conexão dos indivíduos a redes digitais que extrapola a dinâmica de relação homem-máquina ou cérebro-máquina que conhecemos hoje;
- c. O direito ao Livre Arbítrio, aplicado especificamente ao contexto estudado, criado a partir do entendimento de que é imprescindível que os indivíduos mantenham o controle absoluto sobre seus próprios processos decisórios, livres de qualquer manipulação oculta oriunda de neurotecnologias externas;
- d. O direito de Acesso Justo à Ampliação Mental, que se refere ao acesso ao aprimoramento ou extensão das capacidades cognitivas através de meios tecnológicos, que deve ser guiado pelos princípios da justiça e da equidade;
- e. O direito à Proteção Contra Vieses, entendido como o conjunto de medidas para o combate aos vieses que podem resultar do emprego das neurotecnologias, principalmente nas situações em que seu uso é conjugado a ferramentas de inteligência artificial.

Recentemente, governos, organizações internacionais e outros agentes têm se dedicado a desenvolver um arcabouço ético, jurídico e regulatório para as neurotecnologias, influenciados pela teoria dos neurodireitos. Destacam-se iniciativas como a da OCDE, que publicou a *Recommendation on Responsible Innovation in Neurotechnology*, enfatizando a autonomia e liberdade cognitiva, e a

¹⁵⁴ YUSTE, R., GOERING, S., ARCAS, B. et al. **Four ethical priorities for neurotechnologies and AI**. *Nature* 551, 159–163 (2017). Disponível em: <<https://doi.org/10.1038/551159a>>. Acesso em 16 nov. 2023.

¹⁵⁵ THE NEURORIGHTS FOUNDATION. **Frameworks to inform Neurotechnology policy**: The Five Neurorights. Disponível em <<https://neurorightsfoundation.org/mission>>. Acesso em 18 nov. 2023

UNESCO, que, através do *International Bioethics Committee*, destacou em 2021 a necessidade de proteção das atividades cerebrais e dos dados cerebrais, enfatizando a integridade física e mental. Em 2023, a UNESCO também publicou o *Preliminary Study on the Technical And Legal Aspects Relating To The Desirability Of A Standard-Setting Instrument On The Ethics Of Neurotechnologies*¹⁵⁶ destacando os desafios éticos, legais e sociais únicos impostos pelas neurotecnologias.

A Espanha, com sua *Carta Derechos Digitales*¹⁵⁷, e a França, através da *Charte de Développement Responsable des Neurotechnologies*¹⁵⁸, são exemplos de países que reconhecem a importância da regulamentação das neurotecnologias para proteger a identidade e autonomia individual. O Chile se destaca com a aprovação da Lei 21383, que altera a Constituição para incluir a proteção de neurodireitos, e com uma decisão judicial inédita contra a empresa Emotiv, em defesa da privacidade cerebral. No Brasil, o interesse legislativo cresce com a apresentação de projetos de lei abordando a temática, evidenciando um movimento global em direção a um marco regulatório mais robusto e consciente para as neurotecnologias.

PL 1229/2021

O Projeto de Lei 1229/21, arquivado a pedido do autor, visava alterar a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD), criando regras para a proteção de dados neurais, entendidos como aqueles obtidos do sistema nervoso central mediante interações cérebro-computador, constituindo uma nova categoria jurídica de dados pessoais sensíveis relacionadas à saúde. Dentre as significativas mudanças propostas estava a constituição de uma nova categoria de dado pessoal sensível merecedora de *maior proteção*, uma nova qualificação para o consentimento, a vedação de utilização de neurotecnologias que possam causar danos à identidade, prejudicar a autonomia ou a continuidade psicológica dos titulares dos dados, e a vedação, sem exceções, do compartilhamento de dados neurais com o objetivo de obter vantagem econômica. O PL 1229/21 trazia ainda definições de conceitos relevantes para o desenvolvimento do tema, como dados neurais, interface cérebro-computador, e neurotecnologia.

¹⁵⁶ UNESCO. **Preliminary study on the technical and legal aspects relating to the desirability of a standard-setting instrument on the ethics of neurotechnology**. 2023. Disponível em: <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000385016>>. Acesso em 21 nov. 23

¹⁵⁷ GOBIERNO DE ESPAÑA. **Carta Derechos Digitales**. Disponível em: <https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/SEDIACartaDerechosDigitales.pdf>. Acesso em 19 nov. 23

¹⁵⁸ MINISTÈRE DE L'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR ET DE LA RECHERCHE. **Charte de développement responsable des neurotechnologies**. 17 nov. 2022. Disponível em: <<https://www.enseignementsup-recherche.gouv.fr/sites/default/files/2023-04/french-charter-for-the-responsible-development-of-neurotechnologies-27500.pdf>>. Acesso em 18 nov. 2023

PEC 29/2023

A Proposta de Emenda à Constituição n. 29/2023¹⁵⁹ visa incluir na Constituição Federal, entre os direitos e garantias fundamentais¹⁶⁰, a proteção à integridade mental e à transparência algorítmica como requisitos para o desenvolvimento científico e tecnológico. Aponta que os tratados jurídicos internacionais que versam sobre o tema não garantem tutela jurídica suficiente para proteger a integridade física e mental, apontando como referência a *NeuroRights Foundation*.

É reconhecido que a proteção dos cidadãos dos riscos opostos pelo avanço das novas tecnologias e pela digitalização da vida também passa pelos direitos de personalidade, objeto do Código Civil. São direitos absolutos destinados a preservar e proteger a dignidade da pessoa humana e, portanto, são indisponíveis (isto é, não podem ser derogados ou limitados)¹⁶¹.

A consagração dos direitos de personalidade no Código Civil de 2002 resulta de transformações sociais e jurídicas que estabeleceram como novo centro do ordenamento jurídico a pessoa humana, revelando um processo de personalização do direito, que perde o seu caráter eminentemente patrimonialista e passa a ser orientado pela Constituição Federal de 1988¹⁶².

Os direitos de personalidade, portanto, possuem características que os diferenciam dos demais direitos subjetivos: a intransmissibilidade, a irrenunciabilidade e impossibilidade de limitação voluntária. Danilo Doneda argumenta que, diante do desenvolvimento tecnológico e atual dinâmica social, surge a necessidade de proteção da pessoa humana *com novos instrumentos e por todo o ordenamento*¹⁶³, de modo que o texto constitucional condiciona o legislador a uma

¹⁵⁹ BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n. 29, de 2023**. Altera a Constituição Federal para incluir, entre os direitos e garantias fundamentais, a proteção à integridade mental e à transparência algorítmica. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9386704&ts=1686688862951&disposition=inline>>. Acesso em 18 nov. 2023.

¹⁶⁰ A exemplo do que foi a Emenda à Constituição nº 115/2023, a qual alterou a Lei Maior para nela incluir a proteção de dados pessoais dentre os direitos e garantias fundamentais.

¹⁶¹ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 11ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 130.

¹⁶² CARDIN, Valéria Silva Galdino; CRUZ, Mariana Franco. Os direitos da personalidade no Direito brasileiro: do fenômeno de personalização à cláusula geral de direito da personalidade. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 10-26, ago. 2020. Disponível em: <<https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/37015>> 20 nov. 2023.

¹⁶³ DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI, Nº 6, jun./2005. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/os_direitos_de_personalidade_no_codigo_civil.pdf> Acesso em: 20 nov. 2023

cláusula geral da personalidade¹⁶⁴, que deve ser refletida no restante do ordenamento.

As neurotecnologias envolvem criar um caminho de comunicação direta entre o cérebro humano e um dispositivo externo que permite, por exemplo, que uma pessoa com paralisia se comunique gerando letras em uma tela de computador. Tal caminho, contudo, também permite que a mente seja influenciada, como ocorre com um dispositivo cerebral criado para eliminar pensamentos negativos por meio de estimulações elétricas¹⁶⁵. Parece evidente, portanto, a relação entre tais dispositivos (chamados de Interface Cérebro-Máquina, ou BMI, na sigla em inglês) e os direitos de personalidade.

Contudo, a noção atual do que é personalidade se baseia em parâmetros humanos. Conforme se discute o papel da mente humana e a possibilidade de acessá-la para superar limitações, há uma potencial redução do fator humano que traz consigo o risco de uma redução correspondente no que tange à proteção da personalidade como tradicionalmente concebida. Tobbin e Cardin se preocupam com tal questão, e defendem que o indivíduo, enquanto ser humano, deve continuar tendo sua personalidade e sua dignidade protegidas integralmente. Em outras palavras, o desenvolvimento social e tecnológico pode provocar transformações na concepção de direitos de personalidade, devendo ser preservada, contudo, a proteção integral do indivíduo consagrada na Constituição brasileira¹⁶⁶.

O atual Artigo 13 do Código Civil preocupa-se com a disposição sobre o próprio corpo, limitando-a quando houver prejuízo à integridade física ou aos bons costumes. Além disso, o referido artigo proíbe dispor sobre o próprio corpo, exceto por exigência médica. Ainda que, a rigor, o cérebro humano esteja contemplado enquanto órgão, não há proteção expressa à liberdade, privacidade e integridade mental. Com isso, torna-se necessário ampliar o quadro de direitos humanos para que as liberdades e os direitos fundamentais continuem sendo protegidos diante do avanço da neurotecnologia¹⁶⁷.

¹⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 50.

¹⁶⁵ CARLESSI, Mariana Mazuco; BORGES, Gustavo Silveira; CALGARO, Cleide. Tecnologias persuasivas e neurodireitos: a tutela dos consumidores nas redes sociais na sociedade consumocentrista. **Revista de Direito Brasileira**, v. 32, n. 12, p. 372-392, 2023.

¹⁶⁶ TOBBIN, Raissa Arantes; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Biohacking E Ciborguismo: o Melhoramento Humano à Luz dos Direitos da Personalidade. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 20, n. 35, p. 110-138, 2022. Disponível em: <<https://unichristus.emnuvens.com.br/opiniaojuridica/article/view/4072>> Acesso em: 20 nov. 2023.

¹⁶⁷ ASTOBIZA, Aníbal Monasterio et al. Traducir el pensamiento en acción: Interfaces cerebro-máquina y el problema ético de la agencia. **Revista de Bioética y Derecho**, n. 46, 2019. Disponível em: <https://digital.csic.es/bitstream/10261/192008/1/2019_Monasterio%20et%20al_Revista%20de%20Bioetica%20y%20Derecho-46.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2023.

Os chamados neurodireitos envolvem justamente tal proteção, agregando uma nova dimensão aos direitos de personalidade, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro. Diante de tal lacuna, o intérprete pode se socorrer da norma constitucional; contudo, na ausência de norma específica é colocada em risco a proteção efetiva e integral da personalidade.

Na Alemanha, a teoria dos Direitos de Personalidade (*Allgemeines Persönlichkeitsrecht*), fundamentada na dignidade humana e na filosofia Jusnaturalista, originou-se no século XIX e foi codificada, de forma limitada, no Código Civil Alemão de 1896 (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*). O § 823 do BGB, que trata da responsabilidade por danos (*Schadensersatzpflicht*), assegura que quem for prejudicado ilegalmente em seu direito à vida, ao corpo, à saúde, à liberdade, à propriedade ou a qualquer outro direito, possa buscar indenização do causador do dano. Apesar desta previsão legal, mudanças sociais e desenvolvimentos tecnológicos impulsionaram a expansão dos direitos da personalidade, o que ocorreu por meio de positavações em legislações especiais ou, alternativamente, pela doutrina e jurisprudência. Dessa forma, na doutrina, surge uma dicotomia nos direitos de personalidade: os direitos previstos no BGB ou em legislação especial, como as proteções do direito de imagem, do direito de personalidade do autor e da proteção de dados pessoais, são conhecidos como Direito Especial de Personalidade; enquanto os direitos decorrentes da interpretação doutrinária e jurisprudencial são abrangidos pelo Direito Geral de Personalidade.

Os direitos de personalidade foram reconhecidos pelo *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal da Alemanha) e pelo *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha). Atribui-se a criação deste novo conceito ou categoria jurídica a conjunção dos dois primeiros artigos¹⁶⁸ da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), o primeiro positivando o direito a dignidade da pessoa humana e o segundo os direitos à liberdade. A teoria teve repercussão na regulação de novas tecnologias, sendo instrumental para a criação do direito à autodeterminação informativa (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*), corolário do direito à autodeterminação (*Recht der Selbstbestimmung*¹⁶⁹), cuja aplicação teve importantes repercussões no país e no mundo.

¹⁶⁸ Artigo 1 (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. Artigo 2 (1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral. DEUTSCHER BUNDESTAG. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Versão alemã de 23 de maio de 1949. Edição de junho de 2022. Tradutor: Assis Mendonça, Aachen. Revisor jurídico: Urbano Carvelli, Bonn. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 19 nov. 23.

¹⁶⁹ Para além desta categoria de direito de personalidade, são reconhecidas pela doutrina ainda o direito à autopreservação (*Recht der Selbstbewahrung*) e direito à autoapresentação (*Recht der*

Entre os julgamentos emblemáticos, em 1983, houve o ajuizamento de uma ação no *Bundesverfassungsgericht*, que ficou conhecida como *Volkszählungsurteil*. Embora noções de privacidade de dados já existissem, foi o *Caso do Censo* na Alemanha que solidificou a autodeterminação informativa como um princípio fundamental de proteção de dados pessoais. A decisão do Tribunal Constitucional Federal reconheceu explicitamente esse direito, ampliando a proteção dos direitos fundamentais na Alemanha¹⁷⁰, além de influenciar significativamente políticas de privacidade em toda a Europa, incluindo a formulação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR).

O Tribunal Constitucional Federal, estabeleceu em 2008 um novo direito fundamental, considerado uma extensão ou desdobramento do conceito de autodeterminação informativa, que ficou conhecido como o direito fundamental à proteção da confidencialidade e integridade dos sistemas de informação técnica (*Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*). Foi reconhecido no âmbito de um recurso constitucional apresentado em resposta às leis do estado de Nordrhein-Westfalen, que regulamentavam e autorizavam a realização de buscas ou investigações remotas em computadores de indivíduos suspeitos de envolvimento em atividades criminosas.

Em 2010, o Bundesverfassungsgericht emitiu uma decisão fundamental na qual considerou inconstitucionais as disposições de retenção de dados no país, baseadas na Diretiva 2006/24/EC do Parlamento Europeu que trata da retenção de dados ou metadados¹⁷¹. Esta decisão, alinhada ao conceito de autodeterminação informativa reafirmou a importância da privacidade e do controle individual sobre os dados pessoais. O tribunal avaliou que a legislação que obrigava a retenção generalizada de dados de comunicações eletrônicas por seis meses violava direitos fundamentais. Este julgamento, ecoando o espírito do emblemático caso *Volkszählungsurteil*, reforçou a proteção aos direitos fundamentais na Alemanha, destacando-se como um marco na regulamentação de novas tecnologias e na preservação da privacidade na era digital, com notáveis repercussões tanto no cenário nacional quanto internacional.

Selbstdarstellung). MENKE, Fabiano. **A Proteção de Dados e o Direito Fundamental À Garantia Da Confidencialidade E Da Integridade Dos Sistemas Técnico-Informacionais No Direito Alemão**. RJLB, Ano 5 (2019), nº 1, p.7 Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0781_0809.pdf>. Acesso em 18 nov.2023.

¹⁷⁰ HOFFMAN-RIEM, Wolfgang. **Proteção Jurídica Fundamental da Confidencialidade e da Integridade dos Sistemas Técnicos de Informação de Uso Próprio**. Trad. Italo Roberto Fuhrmann. Direito Público, 18(100). Disponível em: <<https://doi.org/10.11117/rdp.v18i100.6212>>. Acesso em 20 nov. 23

¹⁷¹ THE FEDERAL CONSTITUCIONAL COURT. **Data retention in its presente form is unconstitutional**. Press Release No. 11/2010 of 02 March 2010. Disponível em: <<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2010/bvg10-011.html>>. Acesso em 21 nov. 2023.

PROPOSTA LEGISLATIVA – Código Civil

Código Civil

PARTE GERAL

LIVRO I

DAS PESSOAS

TÍTULO I

DAS PESSOAS NATURAIS

CAPÍTULO II

Dos Direitos da Personalidade

Art. X – Os neurodireitos são parte indissociável da personalidade e recebem a mesma proteção, não podendo ser transmitidos, renunciados ou limitados.

I - São considerados neurodireitos as proteções que visam preservar a privacidade mental, a identidade pessoal, o livre arbítrio, o acesso justo à ampliação ou melhoria cerebral, a integridade mental e a proteção contra vieses, das pessoas naturais a partir da utilização de neurotecnologias.

II – São garantidos a toda pessoa natural os seguintes neurodireitos:

- a) direito à liberdade cognitiva: é vedado o uso de neurotecnologias de forma coercitiva ou sem consentimento;
- b) direito ao livre arbítrio: direito de tomar decisões livres e competentes no uso de interfaces cérebro-máquina, sem manipulação de pensamentos, sentimentos ou estados mentais;
- c) direito à privacidade mental: direito de proteção contra o acesso não autorizado ou não desejado a dados cerebrais, vedada a venda ou transferência comercial;
- d) direito à integridade mental: direito à não manipulação da atividade mental por neurotecnologias, sendo vedada a alteração ou eliminação do controle sobre o próprio comportamento sem consentimento;
- e) direito de continuidade da identidade pessoal e da vida mental: proteção contra alterações na identidade pessoal ou coerência de comportamento,

sendo vedadas alterações não autorizadas no cérebro ou nas atividades cerebrais;

f) direito ao acesso justo: direito de acesso justo e equitativo a tecnologias de aprimoramento ou extensão das capacidades cognitivas que deve ser guiado pelos princípios da justiça e da equidade;

g) direito à proteção contra vieses: são vedadas práticas discriminatórias ou enviesadas a partir de dados cerebrais.

Parágrafo Único – Os neurodireitos e o uso ou acesso a dados cerebrais poderão ser regulados por normas específicas, desde que preservadas as proteções e garantias conferidas aos direitos de personalidade, bem como os direitos elencados no inciso II acima.

PROPOSTA LEGISLATIVA - LGPD

Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais)

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

(...) VIII - a privacidade mental, a liberdade cognitiva, o livre arbítrio e a integridade mental.

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...) XX – dado neural: Dados de primeira ordem coletados diretamente dos sistemas neurais de uma pessoa (incluindo tanto o cérebro quanto os sistemas nervosos) e inferências de segunda ordem baseadas diretamente nestes dados.

CAPÍTULO II

DO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Seção IV

Do Tratamento de Dados cerebrais

Art. X - O tratamento de dados pessoais cerebrais somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

- a) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; e
- b) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo a qualquer tratamento de dados pessoais que revele dados pessoais neurais, ressalvado o disposto em legislação específica.

§ 3º É vedada a comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais cerebrais com objetivo de obter vantagem econômica, garantido o direito de proteção contra o acesso não autorizado ou não desejado a dados cerebrais.

§ 4º É vedado o tratamento de dados neurais para práticas discriminatórias de qualquer tipo.

Art. Y - Os dados anonimizados não serão considerados dados cerebrais 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, aplicando-se em tais casos os parágrafos do Art. 12 desta mesma Lei.

ASSINATURA ELETRÔNICA: PROPOSTA DE NOVA REDAÇÃO PARA O ART. 219 DO CÓDIGO CIVIL

Roberto Braga de Andrade

INTRODUÇÃO

Ao contrário do que possa parecer à primeira vista, o tema da assinatura eletrônica como meio de prova da autoria e integridade dos documentos jurídicos em geral reveste-se de extrema relevância, eis que tem potencial para incrementar significativamente a confiança dos atores do tráfico jurídico e agilizar sobremaneira o estabelecimento de relações contratuais.

Criar confiança no ambiente *online* é fundamental para o desenvolvimento econômico e social. A falta de confiança, nomeadamente devido à percepção de incerteza jurídica, leva os consumidores, as empresas e as autoridades públicas a hesitarem em realizar transações por via eletrônica e em adotar novos serviços.

Por outro lado, a eletrônica e a internet permitem diminuir sensivelmente os custos de transação, especificamente os vinculados às dificuldades para se encontrar outro contratante e celebrar contratos, possibilitando dirigir-se a qualquer pessoa localizada em qualquer lugar do mundo e em qualquer horário, o que significa romper as barreiras espaçotemporais que condicionaram historicamente os instrumentos jurídicos. Desse modo, um sujeito pode dirigir suas mensagem a um baixíssimo custo, atravessando fronteiras e estabelecendo vínculos com qualquer pessoa.

Nesse sentido, a aceleração digital provocada pela trágica pandemia da Covid-19 propiciou a muitas pessoas e empresas experienciarem pela primeira vez a fluidez e praticidade da contratação eletrônica à distância, a qual se apresentou, nesse período, como um recurso inovador e conveniente em meio às dificuldades infligidas pelo colapso da vida em sociedade.

A consciência da relevância da assinatura eletrônica já se fez sentir há mais de 20 anos entre os países do Ocidente representados pela *United Nations Commission on International Trade Law* – UNCITRAL, quando publicou, em dezembro de 2001, o

*“Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment”*¹⁷², pouco depois de os Estados Unidos terem editado o *“Electronic Signatures in Global and National Commerce Act”*¹⁷³, em junho de 2000.

Aliás, em 1999, o Parlamento Europeu já havia publicado a Diretiva 1999/31/CE¹⁷⁴ *“on a Community framework for electronic signatures”*, recentemente revogada e substituída pelo *“Regulation (EU) n. 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market”*¹⁷⁵.

No Brasil, foi promulgada em 2001, e posteriormente atribuída força de lei ordinária a Medida Provisória 2.200-2, que *“Instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil”*, possibilitando a utilização de assinaturas eletrônicas lastreadas em certificados digitais emitidos pela ICP-Brasil¹⁷⁶.

O Código Civil de 2002¹⁷⁷, embora posterior à Medida Provisória n. 2.200-2, não contém nenhuma disposição sobre assinatura eletrônica, enquanto que o Código de Processo Civil de 2015 já apresenta diversos dispositivos sobre a prática de atos processuais por meio eletrônico, em consonância com a Lei 11.419 de 2020, que introduziu a informatização do processo judicial, sendo que mais recentemente a Lei n. 14.620 de 2023¹⁷⁸ inseriu o § 4º no art. 784 do CPC (que enumera taxativamente os títulos executivos extrajudiciais), dispondo que *“Nos títulos executivos constituídos ou atestados por meio eletrônico, é admitida qualquer modalidade de assinatura eletrônica prevista em lei, dispensada a assinatura de testemunhas*

¹⁷² UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). **Model law on electronic signatures with guide to enactment**. New York: United Nations, 2002. Disponível em: <https://bit.ly/3QmvYqs>. Acesso em: 20 nov. 2023.

¹⁷³ UNITED STATES OF AMERICA. **Electronic signatures in global and national commerce act (E-Sign Act)**. Washington, D.C.: Congress, 30 jun. 2000. Disponível em: <https://bit.ly/3S3eKQd>. Acesso em: 20 nov. 2023.

¹⁷⁴ EUROPEAN UNION. Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999, on a Community framework for electronic signatures. **Official Journal of the European Communities**. Brussels, 19 jan. 2000, L 13/12. Disponível em: <https://bit.ly/3MTgU1o>. Acesso em: 20 nov. 2023.

¹⁷⁵ EUROPEAN UNION. Regulation (EU) n. 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC. **Official Journal of the European Union**, Brussels, 28 aug. 2014, L 257/73. Disponível em: <https://bit.ly/3SJmlnA>. Acesso em: 20 nov. 2023.

¹⁷⁶ BRASIL. **Medida Provisória n. 2.200-2**. Institui a Infraestrutura de Chaves Públicas brasileira – ICP-Brasil [...]. Brasília, DF, 24 ago. 2001. Disponível em: <https://bit.ly/3Fj2404>. Acesso em: 15 out. 2023.

¹⁷⁷ BRASIL. **Lei n. 10.406**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <https://bit.ly/40JWRIJ>. Acesso em: 20 nov. 2023.

¹⁷⁸ BRASIL. **Lei n. 11.419**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial [...]. Brasília, DF, 19 dez. 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3G77fRI>. Acesso em: 20 nov. 2023.

quando sua integridade for conferida por provedor de assinatura” [Original sem destaques].

Anote-se, por relevante, que antes dessa última alteração do Código de Processo Civil, sobreveio a Lei n. 14.063 de 2020, que dispõe sobre o uso de assinaturas eletrônicas em interações com entes públicos.

O presente estudo tem por objetivo apresentar uma visão compacta do regime jurídico da assinatura eletrônica no Brasil, e ao final, com base nesse esforço, propor uma nova redação para o art. 219 do Código Civil.

ASSINATURA ELETRÔNICA QUALIFICADA

A Medida Provisória 2.200-2 instaurou o marco legal da assinatura eletrônica no país, ao instituir no art. 1º “[...] a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras (art. 1º). [Original sem destaques].

No artigo seguinte, a Medida Provisória estabeleceu que a ICP-Brasil é composta por uma autoridade gestora de políticas e pela cadeia de autoridades certificadoras composta pela “Autoridade Certificadora Raiz – AC Raiz”, pelas “Autoridades Certificadoras – AC” e pelas “Autoridades de Registro – AR”¹⁷⁹.

Inspirando-se no direito alemão¹⁸⁰, o legislador brasileiro adotou o modelo de intervenção estatal no controle e supervisão da atividade dos prestadores de serviços de certificação digital.

A AC Raiz é um dos pilares da ICP-Brasil. Sua função é desempenhada pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI, autarquia federal vinculada à Casa Civil da Presidência da República.

A AC Raiz é a primeira autoridade da cadeia de certificação¹⁸¹. Os usuários têm uma segurança maior na verificação dos certificados digitais, já que podem

¹⁷⁹ Cf. MP 2.200-2, art. 2º.

¹⁸⁰ Cf. MENKE, Fabio. **Assinatura eletrônica no direito brasileiro**. São Paulo: Rev. Dos Tribunais, 2005, p. 71 e ss..

¹⁸¹ *Ibid.*, art. 5º.

retroceder na hierarquia de certificação e conferir cada um deles até chegar ao certificado da AC Raiz.

A criptografia assimétrica ou de chave pública foi desenvolvida a partir dos estudos feitos nos anos 70 pelos pesquisadores norte-americanos Whitfield Diffie, Martin Hellman e Ralph Merkle, considerados os inventores dos conceitos de criptografia de chave pública¹⁸².

Ela consiste num método que utiliza duas chaves, uma a ser aplicada pelo remetente e outra pelo receptor da mensagem, as quais são denominadas, respectivamente, chave privada e chave pública.

A chave privada é de único e exclusivo domínio do titular da chave de assinatura, enquanto que a chave pública poderá ser amplamente divulgada. Elas são uma combinação de letras e números bastante extensa, que não são criados pelo usuário, mas sim por programas de computador. O que interessa saber é que as chaves se complementam e atuam em conjunto. O remetente assina a sua mensagem aplicando a ela a sua chave privada (que fica armazenada, usualmente, em cartões inteligentes, dispositivos similares a um cartão de crédito, *pendrives* etc.), enquanto que o receptor, ao receber a mensagem, aplica a chave pública do remetente para verificar se ela efetivamente dele se originou¹⁸³.

A princípio, não é possível derivar uma chave privada a partir da respectiva chave pública.

Diferentemente da criptografia simétrica, que utiliza a mesma chave tanto para a cifração quanto para a decifração da mensagem, a diversidade de chaves permite a comunicação com um universo ilimitado de pessoas, que não se tem, necessariamente, que conhecer previamente e com elas ter contato prévio, algo bastante conveniente no mundo atual, que tem por característica marcante a impessoalidade.

Para agregar mais segurança às comunicações eletrônicas, é necessário outro elemento que dê certeza àquela pessoa que recebeu uma mensagem assinada digitalmente, de que a pessoa que a assinou é realmente quem diz ser.

¹⁸² Cf. MENKE, *op. cit.*, p. 46.

¹⁸³ Cf. MENKE, *op. cit.*, p. 46.

É aqui que entram os certificados digitais. É preciso que um terceiro de confiança de ambas as partes ateste que a chave pública daquela pessoa que assinou digitalmente realmente lhe pertence¹⁸⁴.

O fornecimento de um certificado digital é um serviço semelhante ao de identificação para a expedição de cédulas de identidade, Carteira Nacional de Habilitação - CNH etc., só que o certificado digital é emitido com prazo de validade determinado. O interessado é identificado mediante a sua presença física perante o terceiro de confiança – com apresentação dos documentos necessários – e este lhe emite o certificado digital.

Na prática, quando se recebe uma mensagem assinada digitalmente, ela geralmente está acompanhada do certificado digital do remetente, onde consta, dentre outros dados, a sua chave pública¹⁸⁵.

Um programa de computador do destinatário aplica a chave pública do emissor na mensagem e confirma a autoria e a integridade do documento eletrônico recebido.

Com a confirmação positiva, tem-se a presunção de que o documento eletrônico provém da pessoa que o assinou (autoria), e que ele não foi alterado no seu percurso virtual (integridade).

A assinatura digital não tem a propriedade de atribuir a inalterabilidade do conteúdo assinado, mas sim detectar se alguma alteração foi promovida no documento eletrônico, por mínima que seja, como a adulteração de apenas um caractere do texto originariamente subscrito¹⁸⁶.

À presunção de autoria, e como decorrência dessa propriedade, agrega-se ainda outro elemento constantemente enfatizado no jargão técnico das assinaturas digitais: trata-se do atributo denominado não-repúdio, que, a princípio, impede ao autor da declaração de vontade assinada digitalmente obter sucesso em eventual tentativa de negar a sua vinculação com o conteúdo do documento¹⁸⁷.

Esta presunção não é absoluta, mas *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário, caso em que o titular da chave de assinatura, para negar a autoria de determinada manifestação de vontade, tem o ônus de comprovar a utilização indevida de sua chave privada por outra pessoa mal-intencionada.

¹⁸⁴ *Ibid.* p. 48.

¹⁸⁵ *Ibid.* p. 50.

¹⁸⁶ Cf. MENKE, p. 51.

¹⁸⁷ *Ibid.* p. 51-52.

Esta modalidade de assinatura é comumente designada “assinatura digital”, e considerada como espécie do gênero “assinatura eletrônica”.

Do ponto de vista do nível de confiança, o art. 4º, inc. III da Lei 14.063, que dispõe sobre o uso de assinaturas eletrônicas em interações com entes públicos, considera a assinatura digital uma “assinatura qualificada”, que é a categoria que possui o nível mais elevado de confiabilidade.

Com mais de 20 anos de funcionamento ininterrupto e sem sobressaltos de nenhuma ordem, a ICP-Brasil e sua rede credenciada de certificadoras digitais revela-se uma instituição sólida e eficiente, muito embora essa trajetória institucional exitosa contraste sobremaneira com a tímida difusão dos certificados digitais no país, eis que, segundo o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro – ITS-Rio, apenas 2% da população brasileira possui certificados digitais emitidos pela ICP-Brasil¹⁸⁸.

Equivalência funcional com a assinatura manuscrita

A grande maioria das leis que, a partir da virada deste milênio, disciplinaram a assinatura eletrônica, buscaram conferir-lhe certa equivalência com as funções típicas e tradicionalmente desempenhadas pela assinatura manuscrita, tais como:

- Identificação do signatário;
- Fornecer certeza quanto ao seu envolvimento pessoal no ato da assinatura;
- Vinculá-lo ao conteúdo de um documento¹⁸⁹.

No que tange à assinatura manuscrita, o Código Civil de 2002, cuidando especificamente do documento particular escrito, estabeleceu a presunção de veracidade da declaração de vontade lançada em documento assinado, nos seguintes termos:

¹⁸⁸ INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO. **Nota sobre emendas ao PL 327/2021, Governo Digital**. Rio de Janeiro: ITS-Rio, 24 fev. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/48VdAfD>. Acesso em: 20 nov. 2023.

¹⁸⁹ Cf. UNCITRAL, *op. cit.*, p. 23.

Art. 219. As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários [Original sem destaques].

Tal dispositivo associa o titular da assinatura à aposta em um documento físico com o conteúdo da declaração de vontade nele impressa. O Código Civil estabelece, aqui, uma presunção *juris tantum*, que admite prova em contrário. Enquanto eventual prova nesse sentido não sobrevier, o documento assinado, seja público ou particular, desde que ostente a forma e a aparência exterior de autenticidade, vale como prova de que, em relação ao signatário, existe uma declaração de vontade capaz de produzir efeitos jurídicos.

Toda vez que se apresentar um documento assinado por alguém, é de presumir que as declarações ali feitas são verdadeiras, isto é, procedem do próprio signatário, que, destarte, lhes quis atribuir os efeitos conforme à sua natureza ou à índole do ato jurídico que praticou.

No fundo, ao dizer que se presume verdadeira a declaração de vontade assinada, e, portanto, autêntica, a lei civil tem nítida intenção de atribuir força jurídica à assinatura. E isso, justamente para que haja efetiva garantia de que, após a impressão do sinal gráfico personalizado sobre o documento, o sujeito não venha a negar a autoria do que declarou¹⁹⁰.

Trata-se de presunção tendente a emprestar segurança jurídica, garantia aos negócios jurídicos em geral, sob pena do comprometimento das próprias relações sociais, em razão da natural dinâmica da vida negocial.

Ora, em nítida paráfrase do citado art. 219 do Código Civil, o art. 10, § 1º da Medida Provisória 2.200-2 assim estabelece:

§ 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do [art. 219 do Código Civil].

A norma trata da autoria de documentos eletrônicos, determinando que a assinatura eletrônica qualificada acima caracterizada, aposta a partir de chave

¹⁹⁰ Cf. MENKE, p. 139.

privada relacionada a chave pública inserida em certificado digital obtido no âmbito da ICP-Brasil, equiparada-se à assinatura manuscrita.

Em síntese, a equiparação da assinatura eletrônica qualificada à assinatura manuscrita é obra da MP 2.200-2, de modo que o contrato eletrônico, desde que assinado digitalmente por certificado emitido no âmbito da ICP-Brasil, deve, nos termos do art. 219 do Código Civil, ser considerado documento escrito particular.

ASSINATURAS ELETRÔNICAS AVANÇADAS

Segundo o art. 4º, inc. II da já citada Lei 14.063, a assinatura eletrônica é considerada “avançada” se utiliza certificados não emitidos pela ICP-Brasil, ou se utiliza outros meios de comprovação da autoria e da integridade de documentos eletrônicos, desde que admitidos pelas partes como válidos ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento, e, além disso, possua as seguintes características:

- Está associada ao signatário de maneira unívoca;
- Utiliza dados para a criação de assinatura eletrônica cujo signatário pode, com elevado nível de confiança, operar sob o seu controle exclusivo;
- Está relacionada aos dados a ela associados de tal modo que qualquer modificação posterior é detectável.

A assinatura eletrônica avançada utiliza certificados não emitidos pela ICP-Brasil e, na verdade, ela dispõe de um amplo leque de recursos tecnológicos que visam garantir à assinatura os seus atributos essenciais de identificar o signatário, ligá-lo a certo documento e garantir que ele não foi modificado posteriormente.

A denominação assinatura eletrônica incluiu um sem-número de métodos de comprovação de autoria e integridade empregados no meio virtual. Diante dessa pluralidade de tecnologias que guarnecem a assinatura eletrônica avançada, reporta-se no presente estudo, a título meramente ilustrativo, aos recursos empregados pela “Clicksign” – uma plataforma privada de assinaturas eletrônicas disponível no endereço <https://www.clicksign.com/>.

Segundo enfatizado no *e-book* intitulado “Clicksign e a validade jurídica das assinaturas eletrônicas”, a confiabilidade das assinatura eletrônicas decorre da garantia de três fatores, a saber:

- A autenticidade de quem assina (signatário);

- O vínculo entre quem assina e o documento;
- A preservação da integridade do documento.

A autenticidade do signatário é demonstrada a partir dos diferentes métodos de autenticação oferecidos pela plataforma de assinaturas eletrônicas: eles podem ser um dado biométrico, um número de identificação pessoal oficial (RG ou CPF/CNPJ), ou até mesmo um *e-mail* fornecido pelos signatários.

Quanto mais métodos de autenticação forem utilizados em um mesmo processo de assinatura, mais forte será a autenticação dos signatários e, portanto, mais seguro o processo.

O segundo fator de segurança da assinatura eletrônica é a forma pela qual se dá o vínculo entre quem assina o documento.

Todos os documentos assinados possuem o histórico completo das assinaturas. Chama-se essa seção de Log do Documento. É no Log do Documento que fica registrado, de forma detalhada, todo o processo de autenticação dos signatários, contendo informações como seus nomes, endereços de IP de seus dispositivos computacionais, *e-mails*, métodos de autenticação utilizados e horários das assinaturas.

Dessa forma, a emite-se um registro que funciona como um elo entre o documento e os signatários, com o objetivo de provar que as assinaturas eletrônicas daquele documento específico são juridicamente válidas. O Log fica gravado no documento e não pode ser separado dele sem que este seja violado.

É aí que entra o terceiro fator de segurança: O código Hash. É ele que garante a preservação da integridade do documento. Código Hash é uma tecnologia de alta segurança, um cálculo matemático utilizado para criptografar o documento original assinado. Existem alguns tipos diferentes de códigos Hash como o SHA256, por exemplo.

Todo documento assinado na plataforma possui um código exclusivo que garante que nenhuma alteração foi feita em seu conteúdo após a assinatura dos signatários do documento.

Caso haja uma suspeita de alteração em um documento assinado, a dúvida poderá ser sanada através de uma análise comparativa utilizando o código Hash, pois basta gerar um novo código Hash para o documento objeto da suspeita e compará-

lo com o código Hash do documento original. Se os códigos não forem exatamente os mesmos, será possível afirmar que o documento sofreu alterações.

O código Hash também fica gravado no Log do Documento, o que permite que qualquer pessoa possa verificar a integridade do documento. Além da inclusão do código Hash, todo documento assinado é carimbado com um certificado digital, que indica, de forma auditável, que o documento foi assinado na plataforma.

Validade jurídica das assinaturas eletrônicas avançadas

O § 2º do art. 10 da Medida Provisória 2.200-2 não deixa dúvidas, quando dispõe:

O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento [Original sem destaques].

Segundo Fabiano Menke, a inspiração desse dispositivo veio de Portugal, nomeadamente do item 4 do art. 3º do Decreto 290-D/1999, de 2 de agosto, segundo o qual:

O disposto nos números anteriores não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos eletrônicos, incluindo a assinatura eletrônica não conforme com os requisitos do presente diploma, desde que tal meio seja adotado pelas partes ao abrigo de válida convenção sobre prova ou seja aceita pela pessoa a quem for oposto o documento¹⁹¹.

A finalidade do comando é flexibilizar a utilização dos métodos de comprovação de autoria, de maneira a não se tornar obrigatório o emprego de certificados digitais baseados na ICP-Brasil.

Com isso, resta garantida a autonomia privada e a liberdade que os sujeitos possuem para utilizarem o meio mais adequado e proporcional à importância do negócio ou da comunicação encetada.

Ainda que o ambiente virtual possa apresentar inseguranças, partes que já se conhecem e têm um histórico de realizarem negócios poderão decidir correr eventuais riscos e eleger até mesmo o correio eletrônico simples para a prática de atos negociais.

¹⁹¹ Cf. MENKE, *op. cit.*, p. 143-144.

Há que se ter em mente que a assinatura digital é conceito apropriado às redes abertas, a ser utilizado por indivíduos que não se conhecem e jamais mantiveram contato. Não que esse fator exclua a racionalidade e a importância de utilizá-la também em redes fechadas compostas por partes já familiarizadas umas com as outras – pois o ideal seria que todos empregassem a técnica mais segura possível – , mas a ponderação do meio de comprovação da autoria e integridade a ser utilizado em negócios estritamente privados é escolha que, via de regra, deve caber às próprias partes interessadas¹⁹².

JURISPRUDÊNCIA SOBRE ASSINATURAS ELETRÔNICAS

Dentre os vários julgados em que o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre o tema da assinatura eletrônica, destaca-se o acórdão proferido pela Primeira Turma, relatado pela Ministra Ellen Gracie, em que se decidiu que “assinatura digitalizada não é assinatura de próprio punho. [Esta] só será admitida em peças processuais após regulamentação legislativa”¹⁹³ [Original sem destaques].

No mesmo sentido se afigura este acórdão da Segunda Turma, desta feita relatado pelo Ministro Eros Grau:

2. Este Tribunal pacificou entendimento no sentido de que apenas a petição em que o advogado tenha originalmente apostado a sua assinatura tem validade jurídica reconhecida.

3. Esse entendimento foi reafirmado pela Primeira Turma, em recente pronunciamento, que assentou o não cabimento de recurso interposto por cópia, ou com assinatura digitalizada; a utilização de recursos tecnológicos precisa ser regulamentada antes que se a ponha em prática (AI n. 564.765, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 17 mar. 2006)¹⁹⁴ [Original sem destaques].

No Superior Tribunal de Justiça, há vários arestos de conteúdo muito semelhante, valendo citar o acórdão que julgou o Recurso em Mandado de Segurança n. 59.651-SP, relatado pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, assim ementado:

1. O advogado tem direito de se valer da tecnologia da assinatura digital convalidada por autoridade certificadora credenciada em qualquer documento ou petição por ela produzido, seja em processo físico ou em

¹⁹² *Ibid.*, p. 145.

¹⁹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Embargos de Declaração no Agravo Regimental em Recurso em Mandado de Segurança n. 24.257-DF**, 1ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, Brasília, DF, julg. 3 dez. 2002.

¹⁹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 576.018-RJ**, Segunda Turma, rel. Min. Eros Grau, Brasília, DF, julg. 13 maio 2008.

processo virtual, tanto na seara civil, quanto na penal e na trabalhista. Inteligência do art. 1º, § 1º e § 2º, III, "a", da Lei n. 11.419, de 19/12/2006.

2. A assinatura digital certificada digitalmente, por seu turno, permite a identificação inequívoca do signatário do documento, o qual passa a ostentar o nome do detentor do certificado digital utilizado, o número de série do certificado, bem como a data e a hora do lançamento da firma digital, presumindo-se verdadeiro o seu conteúdo em relação ao signatário, na forma do art. 10 da Medida Provisória n. 2.200-2, de 2001" (AgRg no AREsp 471.037/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 27/05/2014, DJe 03/06/2014).

3. Necessário, entretanto, distinguir assinatura digital da assinatura digitalizada. A assinatura digitalizada é a reprodução da assinatura autógrafa como imagem por um equipamento tipo *scanner*. Ela não garante a autoria e integridade do documento eletrônico, porquanto não existe uma associação inequívoca entre o subscritor e o texto digitalizado, uma vez que ela pode ser facilmente copiada e inserida em outro documento.

4. A assinatura digitalizada ou escaneada, por se tratar de mera inserção de imagem em documento, não se confunde com a assinatura digital baseada em certificado digital emitido por autoridade certificadora credenciada, prevista no art. 1º, § 2º, III, "a", da Lei n. 11.419/2006" (AgInt no AREsp 1.173.960/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Quarta Turma, DJe de 15/03/2018) [Original sem destaques]¹⁹⁵.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, em não poucas oportunidades, apreciou a questão da validade do correio eletrônico (*e-mail*) como meio de prova do recebimento da mensagem pelo destinatário, cujo precedente mais emblemático é o julgamento do Recurso Especial n. 1.381.603-MS relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. PROVA ESCRITA. JUÍZO DE PROBABILIDADE. CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA. E-MAIL. DOCUMENTO HÁBIL A COMPROVAR A RELAÇÃO CONTRATUAL E A EXISTÊNCIA DE DÍVIDA.

[...].

2. O correio eletrônico (*e-mail*) pode fundamentar a pretensão monitória, desde que o juízo se convença da verossimilhança das alegações e da idoneidade das declarações, possibilitando ao réu impugnar-lhe pela via processual adequada.

¹⁹⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso em Mandado de Segurança n. 59.561-SP**, Quinta Turma, rel. Reynaldo Soares da Fonseca, Brasília, DF, julg. 23 abr. 2019.

3. O exame sobre a validade, ou não, da correspondência eletrônica (*e-mail*) deverá ser aferida no caso concreto, juntamente com os demais elementos de prova trazidos pela parte autora¹⁹⁶. [Original sem destaques].

Cite-se ainda, por sua ementa, o extenso e ao mesmo relevante voto da Ministra Nancy Andrichi durante o julgamento do Recurso Especial n. 2.022.423-RS, que foi sufragado pela unanimidade dos integrantes da Terceira Turma:

[...]

2. O propósito recursal consiste em definir se, em ação de busca e apreensão regida pelo Decreto-Lei nº 911/1969, é admissível a comprovação da mora do réu mediante o envio da notificação extrajudicial por correio eletrônico (*e-mail*). [...].

4. Se é verdade que, na sociedade contemporânea, tem crescido o uso de ferramentas digitais para a prática de atos de comunicação de variadas naturezas, não é menos verdade que o crescente uso da tecnologia para essa finalidade tem de vir acompanhado de regulamentação que permita garantir, minimamente, que a informação transmitida realmente corresponde aquilo que se afirma estar contida na mensagem e de que houve o efetivo recebimento da comunicação pelo seu receptor. [...].

8. Descabe cogitar a possibilidade de reconhecer a validade da notificação extrajudicial enviada somente por correio eletrônico porque teria ela atingido a sua finalidade, na medida em que a ciência inequívoca de seu recebimento pressuporia o exame de uma infinidade de aspectos relacionados à existência de correio eletrônico do devedor fiduciante, ao efetivo uso da ferramenta pelo devedor fiduciante, a estabilidade e segurança da ferramenta de correio eletrônico e a inexistência de um sistema de aferição que possua certificação ou regulamentação normativa no Brasil, de modo a permitir que as conclusões dele advindas sejam admitidas sem questionamentos pelo Poder Judiciário. [...] [Original sem destaques].

Em nível estadual, há diversos acórdãos oriundos de diversos tribunais de justiça reconhecendo a validade da assinatura eletrônica realizada por meio de certificados não emitidos pela ICP-Brasil, quando as partes convencionaram previamente admitir tais certificados como eficazes.

Confira-se, a título de exemplo, essas passagens desse acórdão que julgou agravo de instrumento interposto em face do Tribunal de Justiça de São Paulo:

¹⁹⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 1.381.603-MS**, Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, julg. 6 out. 2016.

O recurso também é desprovido no tocante à alegada inexecuibilidade das cédulas de crédito bancário eletrônicas que embasam a execução. As cédulas de crédito bancário eletrônicas foram emitidas na vigência da MP n. 2.200/2-01.

Reza o art. 10, §2º, da MP 2.200/2-01: “O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizarem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitidos pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento”.

A pessoa jurídica devedora principal, quando formalizou o empréstimo, aceitou todos os termos das cédulas de crédito bancário, reputando válida a assinatura eletrônica certificada por autoridade certificadora não credenciada pela ICP-Brasil (empresa Clicksign).

Se os agravantes aceitaram, na ocasião, a validade das assinaturas eletrônicas certificadas pela empresa Clicksign, beneficiando-se dos valores mutuados, não podem agora invocar a preliminar de irregularidade formal dos títulos, celebrados validamente de forma eletrônica, como forma de esquivar-se das obrigações de pagamento regularmente contraídas, o que, na prática, tangencia a má-fé¹⁹⁷.

Veja-se, nas seguintes notas de rodapé, as referências de julgados semelhantes, proferidos por outros tribunais de justiça estaduais: ^{198, 199, 200, 201, 202, 203}.

CONCLUSÕES

Como foi anunciado na introdução, o objetivo do presente estudo era apresentar uma visão compacta do regime jurídico da assinatura eletrônica no Brasil e, ao final, com base nesse resumo, propor uma nova redação para o art. 219 do Código Civil.

¹⁹⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Agravo de Instrumento n. 2196934-96.2020.8.26.0000**, 13ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Francisco Giaquinto, São Paulo, julg. 17 dez. 2020.

¹⁹⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO: **Agravo de Instrumento n. 2027060-79.2021.8.26.0000**, da Comarca de Sumaré, 26ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Carlos Dias Motta, julg. 9 ago. 2021;

¹⁹⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Agravo de Instrumento n. 2037615-58.2021.8.26.0000**, da Comarca de São José do Rio Preto, 25ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Hugo Crepaldi, julg. 18 mar. 2021.

²⁰⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Apelação Cível n. 0009004-04.2020.8.19.0213**, 25ª Câmara Cível, rel. Des. Luiz Fernando de Andrade Pinto, julg. 28 abr. 2022.

²⁰¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Agravo de Instrumento n. 0068316-31.2021.8.19.000**, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Rogerio de Oliveira Sousa, julg. 16 fev. 2022.

²⁰² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. **Apelação Cível n. 0740979-56.2021.8.07.0001**, 8ª Turma Cível, rel. Des. Arquibaldo Carneiro, julg. 15 dez. 2022.

²⁰³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Agravo de Instrumento n. 1.0000.22.066607-7/0001**, rel. Des. Moacyr Lobato, julg. 9 nov. 2022.

Acredita-se que após tecer todas as considerações precedentes, tal objetivo foi plenamente alcançado, afigurando-se muito conveniente a apresentar o seguinte resumo esquemático.

- Assinatura eletrônica

- A assinatura eletrônica é a maneira mais simples de autenticar um documento sem a vulnerabilidade da assinatura manual realizada em papel. São eletrônicas todas as formas de subscrição que utilizem os meios computacionais para confirmação.
- Isso significa que, nesse enorme guarda-chuva da assinatura eletrônica, estão embaixo a assinatura digital, digitalizada, por reconhecimento de IP, *token*, biometria, a tradicional chancela por login e senha (como no *internet banking* e plataformas de *e-commerce*) e outras formas de autenticação eletrônica.
- Embora o termo seja usado como sinônimo de gênero amplo de assinaturas por via tecnológica, no dia a dia, em geral, utiliza-se a expressão “assinatura eletrônica” para traduzir a forma de autenticação que reproduza a imagem de sua firma após o login em uma plataforma especial (cujo acesso necessita de inserção de senha alfanumérica).

- Assinatura digital

- É espécie do gênero “assinatura eletrônica”, que permite se assinar documentos no ambiente virtual com uma camada adicional de autenticação da identidade do assinante. Ele requer um certificado digital emitido pela ICP-Brasil (Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira) instituída pela Medida Provisória 2.200-2 de 2001, para verificar a identidade. Ela é segura, eficaz e produz diversos efeitos jurídicos. É composta por um par de chaves criptográficas, sendo uma pública e outra privada.
- No caso da chave privada, o signatário do documento é identificado e somente ele tem a chave de acesso, impedindo que terceiros tentem se passar por ele, o que seria semelhante à falsificação de assinatura. Já a chave pública é acessível ao signatário do contrato (e, na verdade, a qualquer pessoa), permitindo validar a assinatura do contrato efetuada pela contraparte.
- Assim, uma chave codifica e a outra decodifica o conteúdo para que o remetente possa lê-lo. Eles são interdependentes, ou seja, apenas uma

executa a decodificação, evitando fraudes futuras. Para usar uma assinatura digital, é preciso haver a presença de certificado digital.

- Certificado digital qualificado
 - Assemelha-se a uma cédula de identificação virtual de uma pessoa ou empresa, e permite assinar com o mesmo valor legal da sua própria assinatura manuscrita;
 - Ele é emitido por uma Autoridade Certificadora – AC, que precisa ser reconhecida pela ICP-Brasil. A ICP Brasil é uma cadeia hierárquica de confiança responsável por estabelecer toda a infraestrutura para emissão e gestão de certificados digitais no país. Ou seja, essa infraestrutura padroniza as atividades que envolvem os certificados digitais, os padrões de segurança e a interoperabilidade para a assinatura digital no país;
 - Quando alguém solicita um certificado, a AC verifica a identidade do requerente, analisa se ele atende a todos os requisitos para obter o certificado e somente depois disso o certificado é emitido;
 - Em resumo, os certificados digitais são a identidade eletrônica de uma pessoa ou de uma empresa, e funcionam, basicamente, como uma cédula de identidade virtual.
- Assinatura eletrônica avançada²⁰⁴
 - É a assinatura a que utiliza certificados não emitidos pela ICP-Brasil, mas outro meio de comprovação da autoria e da integridade de documentos em forma eletrônica, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento, com as seguintes características:
 - Está associada ao signatário de maneira unívoca;
 - Utiliza dados para a criação de assinatura eletrônica cujo signatário pode, com elevado nível de confiança, operar sob o seu controle exclusivo;
 - Está relacionada aos dados a ela associados de tal modo que qualquer modificação posterior é detectável.

²⁰⁴ Cf. BRASIL, Lei n. 14.063.

- Assinatura eletrônica qualificada²⁰⁵
 - É a “assinatura digital”, que utiliza certificado digital emitido no âmbito da ICP-Brasil, nos termos da Medida Provisória 2.200-2.

PROPOSTA DE NOVA REDAÇÃO PARA O ART. 219 DO CÓDIGO CIVIL

À luz de todas as considerações precedentes, e tendo em vista a conveniência e intenção geral de se atualizar o texto do Código Civil em face da ampla transformação digital por que passou o País nos últimos anos, notadamente a disseminação dos meios eletrônicos de contratação, propõe-se nova redação ao art. 219 do Código Civil, nos seguintes termos:

Art. 219. As declarações constantes dos documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.

~~Parágrafo único.~~ § 1º Não tendo relação direta, porém, com as disposições principais ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade do ônus de prová-las.

§ 2º Sendo eletrônicos, os documentos, a assinatura por meio de certificado digital disponibilizado pela ICP-Brasil enseja-lhes a mesma presunção referida no *caput* deste artigo.

§ 3º O disposto no parágrafo anterior não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEHRENS, Fabiele. Assinatura eletrônica & negócios jurídicos. Curitiba: Juruá. 2006.

BRASIL. Lei n. 10.406. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <https://bit.ly/40JWRIJ>. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. Lei n. 11.419. Dispõe sobre a informatização do processo judicial [...]. Brasília, DF, 19 dez. 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3G77fRI>. Acesso em: 20 nov. 2023.

²⁰⁵ *Ibid.*

BRASIL. Lei n. 13.105. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/45AHymc>. Acesso em: 17 out. 2023.

BRASIL. Lei n. 14.063. Dispõe sobre o uso de assinaturas eletrônicas em interações com entes públicos [...]. Brasília, DF, 23 set. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/48RXmUF>. Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. Medida Provisória n. 2.200-2. Institui a Infraestrutura de Chaves Públicas brasileira – ICP-Brasil [...]. Brasília, DF, 24 ago. 2001. Disponível em: <https://bit.ly/3Fj2404>. Acesso em: 15 out. 2023.

EUROPEAN UNION. Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999, on a Community framework for electronic signatures. Official Journal of the European Communities. Brussels, 19 jan. 2000, L 13/12. Disponível em: <https://bit.ly/3MTgU1o>. Acesso em: 20 nov. 2023.

EUROPEAN UNION. Regulation (EU) n. 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC. Official Journal of the European Union, Brussels, 28 aug. 2014, L 257/73. Disponível em: <https://bit.ly/3SJmInA>. Acesso em: 20 nov. 2023.

INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO. Nota sobre emendas ao PL 327/2021, Governo Digital. Rio de Janeiro: ITS-Rio, 24 fev. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/48VdAfD>. Acesso em: 20 nov. 2023.

INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO DE JANEIRO. Nota sobre emendas ao PL 327/2021, Governo Digital. Rio de Janeiro: ITS-Rio, 24 fev. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/48VdAfD>. Acesso em: 20 nov. 2023.

MENKE, Fabio. Assinatura eletrônica no direito brasileiro. São Paulo: Rev. Dos Tribunais, 2005.

SOUSA. Vinicius Roberto Prioli. Contratos eletrônicos & validade da assinatura digital. Curitiba: Juruá, 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso em Mandado de Segurança n. 59.561-SP, Quinta Turma, rel. Reynaldo Soares da Fonseca, Brasília, DF, julg. 23 abr. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1.381.603-MS, Quarta Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, julg. 6 out. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 576.018-RJ, Segunda Turma, rel. Min. Eros Grau, Brasília, DF, julg. 13 maio 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Embargos de Declaração no Agravo Regimental em Recurso em Mandado de Segurança n. 24.257-DF, 1ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, Brasília, DF, julg. 3 dez. 2002.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Agravo e Instrumento n. 1.0000.22.066607-7/0001, rel. Des. Moacyr Lobato, julg. 9 nov. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento n. 2037615-58.2021.8.26.0000, da Comarca de São José do Rio Preto, 25ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Hugo Crepaldi, julg. 18 mar. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento n. 2196934-96.2020.8.26.0000, 13ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Francisco Giaquinto, São Paulo, julg. 17 dez. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO: Agravo de Instrumento n. 2027060-79.2021.8.26.0000, da Comarca de Sumaré, 26ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Carlos Dias Motta, julg. 9 ago. 2021;

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. Apelação Cível n. 0740979-56.2021.8.07.0001, 8ª Turma Cível, rel. Des. Arquibaldo Carneiro, julg. 15 dez. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Agravo de Instrumento n. 0068316-31.2021.8.19.000, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Rogerio de Oliveira Sousa, julg. 16 fev. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível n. 0009004-04.2020.8.19.0213, 25ª Câmara Cível, rel. Des. Luiz Fernando de Andrade Pinto, julg. 28 abr. 2022.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). Model law on electronic signatures with guide to enactment. New York: United Nations, 2002. Disponível em: <https://bit.ly/3QmvYqs>. Acesso em: 20 nov. 2023.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). Model law on electronic signatures, with guide to enactment. New York: United Nations, 2002. Disponível em: <https://bit.ly/3QmvYqs>. Acesso em: 20 nov. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. Electronic signatures in global and national commerce act (E-Sign Act). Washington, D.C.: Congress, 30 jun. 2000. Disponível em: <https://bit.ly/3S3eKQd>. Acesso em: 20 nov. 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. Electronic signatures in global and national commerce act. Washington, D.C.: Congress, 30 jun. 2000. Disponível em: <https://bit.ly/3S3eKQd>. Acesso em: 20 nov. 2023.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO À IMAGEM

Amanda Smith Martins, Débora Araújo, Diogo Manganelli e Núbia Ventura

INTRODUÇÃO

O acelerado progresso tecnológico das últimas décadas tem promovido profundas transformações na sociedade, refletindo-se de maneira significativa nas relações civis e na gestão de bens e direitos. Um dos fenômenos mais notáveis é a emergência e consolidação dos bens digitais, assim como o advento das inteligências artificiais generativas (“IA Generativas”), capazes de criar conteúdo altamente sofisticado e personalizado. Dentro deste contexto, surge um elemento inédito e desafiador: a utilização da imagem de indivíduos falecidos, os “de cujus”, em materiais produzidos por essas IA Generativas.

Tal prática suscita uma série de questionamentos jurídicos e éticos, uma vez que tangencia direitos de imagem, privacidade, entre outros direitos personalíssimos do “de cujus”. Diante deste cenário, torna-se imperativo refletir sobre a necessidade de promover alterações ao Código Civil brasileiro, estruturado em um período pré-digital, para abarcar essa nova realidade e garantir a proteção adequada aos indivíduos e à sociedade.

O trabalho que se pretende desenvolver, portanto, passa por uma reflexão sobre as eventuais mudanças necessárias no Código Civil para regular de forma justa e eficaz o uso da imagem de pessoas falecidas, procurando equilibrar, do outro lado da balança, a inovação.

Considerando o contexto colocado acima, acredita-se que eventual avaliação a respeito de necessidade de mudança no Código Civil passa pelo aprofundamento de algumas questões fundamentais. A primeira delas é o entendimento sobre se o Código Civil deve mudar a forma de os herdeiros disporem sobre as imagens do “de cujus”. Caso, a partir das pesquisas e avaliação dos riscos atualmente existentes se entenda que sim, deve-se dar especial atenção à disposição das imagens do “de cujus” para fins de tratamento por IA Generativa.

Para avaliação deste ponto, é importante primeiramente fazer uma análise considerando o marco temporal de eventual mudança no Código Civil:

Para pessoas vivas no momento da mudança do Código Civil

- a. Regra geral de permissão para que os herdeiros disponham sobre as imagens dos “de cujus”, a menos que o indivíduo declare, em vida, que não autoriza a utilização de sua imagem para produção de quaisquer elementos com IA Generativa no ambiente digital. Esta análise passaria pela avaliação de vantagens e desvantagens deste modelo, tendo sido inicialmente identificada como vantagem o favorecimento da inovação (caso em que, de todo modo, é necessário aprofundar os estudos no sentido de identificar os limites para realização de testes em inteligência artificial) e, como desvantagem, a possibilidade de criação de situações em que a vontade dos herdeiros descaracterize o posicionamento em vida do “de cujus” e o atinja em seus direitos personalíssimos, cabendo aqui também a reflexão sobre até que ponto pode ir a discricionariedade da família do “de cujus” nesta autorização e, portanto, sobre a necessidade de estabelecer certos limites à disposição desta imagem.

- b. Regra geral de proibição a que os herdeiros disponham sobre a imagem do “de cujus”, a menos que o indivíduo declare, em vida, que autoriza a utilização de sua imagem para produção de elementos com IA Generativa no ambiente digital. Nesta hipótese, será importante refletir sobre a necessidade de critérios específicos a serem construídos para preservação da manifestação de vontade, com interpretação restritiva da manifestação do “de cujus”, bem como impactos da proibição à realização de testes para inteligência artificial com bancos de imagens, entre outros usos possíveis. Além disso, será importante refletir se, passado determinado prazo, as imagens devem se tornar “de domínio público” e se, sendo esse o caso, deveria haver disposições no Código Civil a respeito.

Para pessoas falecidas antes de eventual mudança no Código Civil

- c. Regra geral de permissão para que os herdeiros disponham sobre a imagem do “de cujus”, situação que comporta os mesmos questionamentos do item (i)(a) acima;

- d. Regra geral de proibição a que os herdeiros disponham sobre a imagem do “de cujus”, situação na qual devem-se aprofundar os estudos no sentido de sopesar a vantagem de que o Código Civil disponha sobre os

interesses a serem protegidos e a desvantagem que pode advir deste caminho, que é deixar para o Judiciário a decisão a respeito dos limites dessa proteção.

Este tema tem intersecções com os grupos de Herança Digital e IA e Algoritmos. Trata-se de estudo da maior relevância para a resposta desta grande questão do mundo atual.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E ALGORITMOS

Ani Karini Muniz Schierbert, Mariana Ruzzi, Débora Araújo e Vinícius Mozetic

INTRODUÇÃO

A crescente evolução de atividades tecnológicas na contemporaneidade exige uma regulação específica e também abrangente, especialmente para lidar com questões contratuais relacionadas ao uso de inteligência artificial e seus eventuais impactos em termos de proteção à direitos à personalidade, responsabilização e garantias de justiça e igualdade.

Posto isto, a inclusão de aspectos específicos sobre inteligência artificial no Código Civil torna-se importante para garantir a efetivação de direitos e as devidas responsabilizações.

Embora exista legislação específica acerca de proteção de dados, privacidade e proposta legislativa sobre inteligência artificial, entende-se que deve haver um aprofundamento no estudo de temas relacionados à inteligência artificial e aspectos contratuais, para confirmar se há necessidade de alteração no Código Civil ou se é possível conviver com a legislação existente.

Por isso, dada a relevância do tema e a inexistência de previsões específicas no Código Civil, pretende-se aprofundar nas seguintes matérias para revisão: (i) necessidade ou não de previsão contratual de não violação de direitos de personalidade pelo uso de inteligência artificial; (ii) indenização em face de discriminação perpetrada por software com inteligência artificial; (iii) hipóteses de ilícitos que justificam rescisão mesmo nos casos em que não há expressa previsão contratual e (iv) responsabilização contratual.

PREVISIBILIDADE EXPRESSA DE NÃO VIOLAÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE NO USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Recomenda-se que a liberdade contratual seja exercida nos limites da função social do contrato e em observância aos direitos da personalidade no uso de inteligência artificial. Para tanto, em contratos cujo objeto envolva direta ou indiretamente o uso de aplicações que contém com soluções tecnológicas caracterizadas como

inteligência artificial, é fundamental que haja a previsibilidade de que os agentes de tratamento envolvidos não as apliquem para fins que sejam contrários e/ou prejudiciais aos direitos da personalidade contidos no próprio texto da Codificação.

INDENIZAÇÃO EM FACE DE DISCRIMINAÇÃO ATRAVÉS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

O objetivo do estudo será avaliar, nos casos em que forem identificados algoritmos com vieses discriminatórios através do uso de sistemas de inteligência artificial, se caberá indenização, desde que comprovado o dano ou risco de dano ao titular dos dados pessoais, sem prejuízo ao direito de regresso nos casos em que for possível a explicabilidade do algoritmo. A ideia seria levantar hipóteses de indenização por discriminação, resultantes dos sistemas de Inteligência Artificial.

Serão considerados como vieses os critérios identificados nas decisões tomadas de maneira automatizada em que haja o dano ou risco de dano aos titulares com base em características de gênero, raça, nacionalidade, classe social, local de residência, deficiência física e quaisquer outros critérios que abarquem grupos específicos em prejuízo da equidade material e em violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

HIPÓTESES ILÍCITAS QUE JUSTIFICAM A RESCISÃO MESMO NOS CASOS EM QUE NÃO HÁ EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL

O estudo a respeito de Inteligência Artificial e algoritmos deve aprofundar a análise sobre a necessidade de que sejam inseridas no Código Civil novas regras de rescisão contratual, independentemente de previsão contratual, quando eventual sistema utilizando Inteligência Artificial tenha resultados discriminatórios, afetando direitos fundamentais. O objetivo seria procurar compreender se a discriminação pode ser considerada um ilícito contratual que justifique uma rescisão, ainda que não haja previsão contratual.

RESPONSABILIZAÇÃO CONTRATUAL

O objetivo do estudo no que tange à responsabilização contratual, é procurar compreender o que pode ser alterado nas relações contratuais, diante da existência de softwares que, em sua maioria, se utilizam de Inteligência Artificial para produzir determinados resultados que afetam os interesses dos titulares e, em última análise, podem também levar à discriminação.

Nessa linha, será de relevo estudar o que pode acontecer em termos de atribuição de responsabilidade contratual, bem como os seus limites. Passa por este questionamento entender se o Controlador de dados pessoais, qualificado nos termos da Lei Geral de Proteção de Dados (“LGPD”), deve ter responsabilidade contratual por todos os aspectos do fornecimento do software.

Também será necessário aprofundar estudos sobre se e quais contratos de fornecimento, desenvolvimento ou operação de sistemas de Inteligência Artificial devem ter regras de governança para gestão de riscos, bem como se há obrigação de transparência quando um software tiver interface com o usuário final e sobre a previsão de monitoramento dos resultados. Pode-se avaliar o cabimento da inclusão, no próprio Código Civil, de um trecho que remeta à necessidade de observância da legislação aplicável, o que abrange eventuais leis futuramente aprovadas a respeito da governança de Inteligência Artificial. A referida avaliação também deve levar em consideração as disposições da LGPD a respeito de transparência nos tratamentos de dados pessoais, o que inclui os dados pessoais decorrentes de decisões automatizadas.

O presente estudo tem intersecção com o estudo sobre eventuais alterações da LGPD, além de ser necessário levar sempre em consideração a tramitação do Projeto de Lei 2.338/23, que dispõe sobre o uso de Inteligência Artificial.

Legal Grounds *institute*

As posições expressas neste documento resultam de pesquisa jurídica abrangente e independente, que inclui a análise minuciosa da legislação vigente, doutrina e jurisprudência relevantes, tanto em âmbito nacional como internacional, quando aplicável, e as opiniões nela expressas representam unicamente as visões de seus autores, não estando vinculadas às percepções institucionais do Legal Grounds Institute. Foram consideradas as possíveis contraposições aos entendimentos propostos, a fim de apresentar uma visão ponderada sobre o tema. A aplicação destes argumentos deve ser considerada à luz das circunstâncias particulares apresentadas. Devido à subjetividade do assunto, pode haver divergências de entendimento por parte de outros agentes, incluindo autoridades competentes, que podem interpretar essas questões de maneira diferente.

Como citar: LEGAL GROUNDS INSTITUTE. **Direito Civil e Novas Tecnologias:** contribuições à Comissão de Juristas responsável pela atualização do Código Civil. São Paulo: Legal Grounds Institute, 2024. Disponível em: <https://bit.ly/45Ux436>. Acesso: em dd/mm/aaaa.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte. As opiniões emitidas em artigos ou notas assinadas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores.



Legal
Grounds
institute