Autores
Ana Luísa Teotônio Josafá Simão
Arthur Salles de Paula Moreira
Bernardo Menicucci Grossi
Bruna de Paula Ferreira Costa
Cristiano Colombo
Giovanni Carlo Batista Ferrari
Gustavo Baião Vilela
Jessica Aparecida Soares
José Luiz de Moura Faleiros Júnior
Júlia Lio Rocha Camargo
Laurence Duarte Araújo Pereira
Luisa de Almeida Naves
Maique Barbosa de Souza
Marcela Adriana Carvalho Andrade
Marcos Luiz dos Mares Guia Neto
Marina Moretzsohn Chust Trajano
Matheus Puppe
Priscilla Menezes Santos Rodrigues
Rafael de Miranda
Renata Diniz de Souza
Sofia Bertolini Martinelli

Leonardo **PARENTONI**
Coordenador

Giovanni Carlo Batista **Ferrari**
José Luiz de Moura **Faleiros Júnior**
Tárik César Oliveira e **Alves**
Organização

DIREITO, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO

vol. 4: *estudos de casos*

DTIBR

"Por volta de 1890, o então Diretor da Faculdade de Direito de Harvard, Christopher Columbus Langdell, introduziu algo que viria a se tornar o padrão – mais do que isso, uma característica marcante – do ensino jurídico estadunidense: o método de estudo de casos (*case-law*). A intenção era conscientizar os alunos de que, a despeito das frequentes alterações legislativas e da diversidade de leis em vigor, nos diversos âmbitos federativos, uma visão global da jurisprudência seria suficiente – ou ao menos extremamente útil – para bem compreender e aplicar o Direito. A despeito das críticas a esse método, desenvolvidas sobretudo nas últimas décadas, fato é que o estudo da jurisprudência propicia sim uma melhor compreensão de como os institutos jurídicos funcionam na prática, direcionando o olhar para problemas concretos e não simplesmente para hipóteses.

(...)

Com a referida lição em mente, buscou-se produzir este livro, o quarto volume da série intitulada "Direito, Tecnologia e Inovação", patrocinada há vários anos pelo Centro de Pesquisa em Direito, Tecnologia e Inovação – DTIBR. Assim como em todos os volumes anteriores, esta obra também é fruto da disciplina lecionada na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, (...).

Os estudos constantes deste livro contribuem para identificar e melhor compreender essas e outras divergências jurisprudenciais, presentes em vários temas relacionados a Direito e Tecnologia. A obra está estruturada em cinco partes. A Parte I é introdutória, compreendo textos sobre os limites – éticos e jurídicos – a serem observados no desenvolvimento de novas tecnologias. A Parte II foca em proteção de dados pessoais, tema bastante discutido nos tribunais brasileiros, nos últimos anos. Por sua vez, a parte III trata da utilização da tecnologia *blockchain* para o oferecimento de *tokens* digitais infungíveis (NFTs), abordando a natureza jurídica, as principais utilidades e a regulação desses tokens. Na sequência, a Parte IV reúne textos sobre neutralidade de rede e vedação à discriminação de consumidores no ambiente digital, bem como a consolidação do entendimento jurisprudencial sobre a licitude do uso de criptografia, mesmo se ela eventualmente inviabilizar o cumprimento de ordens judiciais de exibição do conteúdo criptografado. Finalmente, a Parte V encerra a obra trazendo estudos de caso sobre a interferência da regulação estatal no funcionamento de empresas disruptivas, como Uber e Facebook, podendo tanto estimulá-las quanto inviabilizá-las, análise que teve por objeto também startups voltadas especificamente à área jurídica, como Jusbrasil e Escavador, no contexto da discussão em curso no STF sobre a utilização de dados públicos por essas empresas".

Trecho do Prefácio do Coordenador LEONARDO PARENTONI

DTIBR
CENTRO DE PESQUISA EM DIREITO, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO
WWW.DTIBR.COM

creative commons
BY SA

9 786599 837005

DIREITO, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO

vol. **4**: *estudos de casos*

A presente obra foi publicada sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. Mais informações em:
https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/

Autores
Ana Luísa Teotônio Josafá Simão
Arthur Salles de Paula Moreira
Bernardo Menicucci Grossi
Bruna de Paula Ferreira Costa
Cristiano Colombo
Giovanni Carlo Batista Ferrari
Gustavo Baião Vilela
Jessica Aparecida Soares
José Luiz de Moura Faleiros Júnior
Júlia Lio Rocha Camargo
Laurence Duarte Araújo Pereira
Luisa de Almeida Naves
Maique Barbosa de Souza
Marcela Adriana Carvalho Andrade
Marcos Luiz dos Mares Guia Neto
Marina Moretzsohn Chust Trajano
Matheus Puppe
Priscilla Menezes Santos Rodrigues
Rafael de Miranda
Renata Diniz de Souza
Sofia Bertolini Martinelli

Leonardo **PARENTONI**
Coordenador

Giovanni Carlo Batista **Ferrari**
José Luiz de Moura **Faleiros Júnior**
Tárik César Oliveira e **Alves**
Organização

DIREITO, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO

vol. **4**: *estudos de casos*

Belo Horizonte - MG
2022

DIREITO, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO – V. IV:
ESTUDOS DE CASOS

Coordenação Leonardo Parentoni

Organização e revisão Giovanni Carlo Batista Ferrari
José Luiz de Moura Faleiros Júnior
Tárik César Oliveira e Alves

Capa José Luiz de Moura Faleiros Júnior

Diagramação José Luiz de Moura Faleiros Júnior

Centro de Pesquisa em Direito, Tecnologia e Inovação – Centro DTIBR
CNPJ/MF nº 32.727.924/0001-80
Rua dos Timbiras, 1925, Sala 903, Lourdes, Belo Horizonte/MG, Brasil
CEP 30140-069
www.dtibr.com

Todos os direitos reservados.
Fechamento da edição : 07/2022.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598
2022

Direito, tecnologia e inovação – v. IV: estudos de casos / Leonardo Parentoni [Coordenador]; Giovanni Carlo Batista Ferrari, José Luiz de Moura Faleiros Júnior, Tárik César Oliveira e Alves [Organizadores]. Belo Horizonte: Centro DTIBR, 2022.
450 p.

Inclui bibliografia.
Obra coletiva. Vários autores.
ISBN: 978-65-998370-0-5

1. Direito. 2. Direito digital. 3. Direito, tecnologia e inovação. I. Parentoni, Leonardo. II. Ferrari, Giovanni Carlo Batista. III. Faleiros Júnior, José Luiz de Moura. IV. Alves, Tárik César Oliveira e.

CDU: 340/CDD: 342.2

Catalogação na fonte

"Um estudo de caso é uma averiguação empírica que investiga um fenômeno contemporâneo dentro de seu contexto da vida real, especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto não são claramente evidentes".
(tradução livre)

"A case study is an empirical inquiry that investigates a contemporary phenomenon within its real-life context, especially when the boundaries between phenomenon and context are not clearly evident".

(YIN, Robert K. *Case study research*: design and methods. 3. ed. Londres: Sage Publications, 2003. p. 13)

Prefácio

Por volta de 1890, o então Diretor da Faculdade de Direito de Harvard, Christopher Columbus Langdell, introduziu algo que viria a se tornar o padrão – mais do que isso, uma característica marcante – do ensino jurídico estadunidense: o método de estudo de casos (*case-law*)[1]. A intenção era conscientizar os alunos de que, a despeito das frequentes alterações legislativas e da diversidade de leis em vigor, nos diversos âmbitos federativos, uma visão global da jurisprudência seria suficiente – ou ao menos extremamente útil – para bem compreender e aplicar o Direito. A despeito das críticas a esse método, desenvolvidas sobretudo nas últimas décadas, fato é que o estudo da jurisprudência propicia sim uma melhor compreensão de como os institutos jurídicos funcionam na prática, direcionando o olhar para problemas concretos e não simplesmente para hipóteses.

Com a referida lição em mente, buscou-se produzir este livro, o quarto volume da série intitulada "Direito, Tecnologia e Inovação", patrocinada há vários anos pelo Centro de Pesquisa em Direito, Tecnologia e Inovação – DTIBR[2]. Assim como em

---

1. HARPER, Steven J. *The Law Bubble*: A Profession in Crisis. New York: Basic Books, 2016. p. 07. "(…) a nineteenth-century innovation in legal education – the case method. Credit for that development goes to former Harvard Law School dean Christopher Columbus Langdell. Prior to 1890, no other law school used the case method of instruction that he pioneered; today, it's pervasive."

2. Todos os volumes estão disponíveis para *download*, gratuitamente, no site do Centro DTIBR (www.dtibr.com), na aba "publicações".

   O primeiro livro da série, lançado em 2018, teve cerca de mil páginas e participação de 65 coautores, provenientes de mais de 20 universidades e centros de pesquisa, do Brasil e do exterior. O foco foi trazer ao leitor uma visão panorâmica sobre os mais variados temas da área de Direito & Tecnologia, sem focar especificamente em algum deles. O livro pode ser adquirido aqui: <https://www.editoradplacido.com.br/direito-tecnologia-e-inovacao-vol1>. Acesso em: 28 dez. 2020.

   O volume II, integralmente escrito em inglês, também teve a participação de autores estrangeiros. Seu foco foi a análise jurídica das tecnologias de inteligência artificial.

todos os volumes anteriores, esta obra também é fruto da disciplina lecionada na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, nos cursos de mestrado e doutorado, sob a coordenação do Prof. Leonardo Parentoni[3]. Motivo pelo qual reúne os melhores textos produzidos pelos alunos da referida disciplina, além da participação de autores convidados.

O foco deste livro é a análise de diversos julgados, nacionais e estrangeiros, sobre a interface entre Direito e Tecnologia, visando a demonstrar como os temas abordados no livro vêm sendo interpretados pelos tribunais. Antes de explicar ao leitor qual a estrutura desta obra, tomo a liberdade de realizar brevíssima comparação entre o posicionamento da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e do STF brasileiro, a respeito do bloqueio de redes sociais online, como forma de ilustrar a conclusão absolutamente oposta a que chegaram, reveladora de uma compreensão de mundo e de valores jurídicos assaz distinta.

Com efeito, no famoso caso Packingham[4], julgado em junho de 2017, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América foi chamada a decidir sobre o bloqueio de redes sociais de um ex-condenado por crimes sexuais. Após cumprir integralmente a pena e ser libertado, Lester Gerard Packingham foi proibido de acessar *qualquer* rede social na qual pudesse ter contato com potenciais vítimas do crime que havia cometido, por força de uma lei do Estado da Carolina do Norte, publicada em 2008. Na prática, ele estaria proibido de acessar a maior parte das redes sociais, como Facebook, Instagram e Twitter, pois em todas elas haveria vítimas em potencial. Consequentemente, teve a sua conta no Facebook bloqueada. Por não concordar com o bloqueio, questionou-o judicialmente e o caso alcançou a Suprema Corte, que decidiu *por unanimidade* no sentido de que "*excluir o acesso às redes sociais equivale a proibir o usuário de participar do legítimo exercício dos direitos relacionados à Primeira Emenda. É inquietante sugerir que somente um conjunto limitado de websites*

O volume III, em português, dedicou-se ao estudo dos aspectos jurídicos da tecnologia *blockchain*.

3. Na área de estudos denominada "Direito, Tecnologia e Inovação". Maiores informações em: <https://pos.direito.ufmg.br/programa/projetos-de-pesquisa/?linha=1>. Acesso em: 05 jul. 2022.

4. Disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/15-1194.html>. Acesso em: 05 jul. 2022.

possa ser utilizado, mesmo por pessoas que tenham cumprido pena. Até mesmo criminosos condenados – e, em alguns casos, condenados por crimes graves – podem auferir benefícios legítimos desses meios, para acessar o mundo das ideias, em particular, se eles procuram por reabilitação e por buscar vidas lícitas e reconfortantes"[5]. Ou seja, a Suprema Corte dos EUA, repita-se, por unanimidade, considerou *inconstitucional* lei que determinava o bloqueio perpétuo de redes sociais, por ofensa a direitos fundamentais e por subtrair das pessoas um instrumento fundamental na sociedade contemporânea, para a manifestação do pensamento, estudo, trabalho, lazer e relacionamentos.

No Brasil, por outro lado, houve sucessivos bloqueios de redes sociais nos últimos anos, sem prazo de duração definido, feitos não por força de expressa determinação legal, mas por decisão do STF, tendo como alvo pessoas que sequer haviam sido judicialmente condenadas, muito menos por decisão transitada em julgado. Isto ocorreu, por exemplo, nos casos do Deputado Federal Daniel Silveira[6], em 2021, do blogueiro Allan dos Santos[7], em 2022, e do Partido da Causa Operária – PCO[8], também em 2022. Em comum nesses casos há o fato de que Ministros do STF determinaram a proibição de acesso a redes sociais, durante procedimentos *preliminares* de investigação, decidindo de forma diametralmente oposta à da Suprema Corte dos EUA. Ainda que todo caso tenha as suas particularidades, e sem entrar no mérito de cada um deles, fato é que as decisões judiciais brasileira e estadunidense são completamente distintas. O que evidencia a diferença de postura das duas cortes supremas

---

5. No original: "In sum, to foreclose access to social media altogether is to prevent the user from engaging in the legitimate exercise of First Amendment rights. It is unsettling to suggest that only a limited set of websites can be used even by persons who have completed their sentences. Even convicted criminals--and in some instances especially convicted criminals--might receive legitimate benefits from these means for access to the world of ideas, in particular if they seek to reform and to pursue lawful and rewarding lives."

6. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/02/19/perfis-do-deputado-daniel-silveira-sao-bloqueadas-no-facebook-e-instagram.ghtml>. Acesso em: 05 jul. 2022.

7. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasilia/twitter-suspende-contas-de-allan-dos-santos-e-do-terca-livre-29062022>. Acesso em: 05 jul. 2022.

8. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2022/06/20/moraes-da-24-h-para-que-redes-sociais-bloqueiem-contas-do-pco.htm>. Acesso em: 05 jul. 2022.

com relação aos limites da liberdade de expressão e ao papel das redes sociais na contemporaneidade.

Os estudos constantes deste livro contribuem para identificar e melhor compreender essas e outras divergências jurisprudenciais, presentes em vários temas relacionados a Direito e Tecnologia. A obra está estruturada em cinco partes. A Parte I é introdutória, compreendo textos sobre os limites – éticos e jurídicos – a serem observados no desenvolvimento de novas tecnologias. A Parte II foca em proteção de dados pessoais, tema bastante discutido nos tribunais brasileiros, nos últimos anos. Por sua vez, a parte III trata da utilização da tecnologia *blockchain* para o oferecimento de *tokens* digitais infungíveis (NFTs), abordando a natureza jurídica, as principais utilidades e a regulação desses *tokens*. Na sequência, a Parte IV reúne textos sobre neutralidade de rede e vedação à discriminação de consumidores no ambiente digital, bem como a consolidação do entendimento jurisprudencial sobre a licitude do uso de criptografia, mesmo se ela eventualmente inviabilizar o cumprimento de ordens judiciais de exibição do conteúdo criptografado. Finalmente, a Parte V encerra a obra trazendo estudos de caso sobre a interferência da regulação estatal no funcionamento de empresas disruptivas, como Uber e Facebook, podendo tanto estimulá-las quanto inviabilizá-las, análise que teve por objeto também *startups* voltadas especificamente à área jurídica, como Jusbrasil e Escavador, no contexto da discussão em curso no STF sobre a utilização de dados públicos por essas empresas.

Concluo este prefácio com a expectativa de que a obra seja útil ao leitor e sirva para demonstrar a importância de que os tribunais, no exercício de suas atribuições públicas, de fato atuem como agentes indutores da inovação, interpretando o sistema jurídico em prol do uso legítimo de novas tecnologias, e não como obstáculo ao progresso tecnológico.

Belo Horizonte/MG, julho de 2022.

LEONARDO PARENTONI

Apoio institucional

Centro de Pesquisa em Direito, Tecnologia e Inovação – Centro DTIBR

O Centro de Pesquisa em Direito, Tecnologia e Inovação - Centro DTIBR é uma associação sem fins econômicos, composta por equipe multidisciplinar, com o propósito de conectar o meio acadêmico e a iniciativa privada, para o treinamento de pessoas e a disseminação de conteúdo, bem como o desenvolvimento de produtos e serviços inovadores na área de Direito e Tecnologia. Sempre mantendo o compromisso com a profundidade científica das atividades e o respeito aos mais elevados padrões éticos. Conheça mais a respeito no site (https://www.dtibr.com/) ou no Facebook (https://www.facebook.com/CentroDTIBR/), Instagram (https://www.instagram.com/centrodtibr/) e LinkedIn (https://pt.linkedin.com/company/centrodtibr).

Breves currículos do coordenador e dos autores

Coordenador

Leonardo Parentoni

Tem 20 anos de experiência nos setores público e privado. É Doutor em Direito pela USP. Mestre em Direito Empresarial pela UFMG. Procurador Federal/AGU. Professor da UFMG e do IBMEC/MG. Fundador e Conselheiro Científico do Centro de Pesquisa em Direito, Tecnologia e Inovação – DTIBR (www.dtibr.com). Fundador e Coordenador da área de concentração em Direito, Tecnologia e Inovação na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Membro do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade. Ex-membro de Comissões do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho da Justiça Federal, da Procuradoria-Geral Federal e da OAB/MG. Pesquisador Visitante na Universidade do Texas em Austin/USA e na Agência de Proteção de Dados do Uruguai. Parceiro tecnológico estratégico na Universidade de Tecnologia de Sydney. Mentor de Equipe no Programa Law

Without Walls – LWOW/USA. Principais áreas de atuação: 1) Direito, Tecnologia e Inovação; 2) Direito Societário; 3) Análise Empírica do Direito (*Empirical Legal Studies - ELS*). Número de Identificação como Pesquisador Internacional (*Researcher ID*): N-5627-2015. Publicações disponíveis gratuitamente em:

https://www.researchgate.net/profile/Leonardo-Parentoni

Equipe de apoio

Giovanni Carlo Batista Ferrari

Graduado em Direito pela UFMG. Pós-graduado em Direito Digital pelo CERS. Pós-graduando em Direito do Consumidor pela Faculdade Legale. Advogado.

José Luiz de Moura Faleiros Júnior

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Digital, Direito Civil e Direito Empresarial. Advogado. E-mail: jfaleiros@ufmg.br

Tárik César Oliveira e Alves

Graduado em Direito pela UFMG. Pós-graduado em Direito Digital pelo CERS. Pós-graduando em Direito do Consumidor pela Faculdade Legale. Advogado.

Autores

Ana Luísa Teotônio Josafá Simão

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-Graduanda em Data Science e Analytics pela Universidade e São Paulo (USP). Pós-Graduada em Governança, Riscos e Compliance pela Faculdade CEDIN. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada atuante na área de Direito Administrativo e Compliance.

Arthur Salles de Paula Moreira

Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Professor de Pós-graduação na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito & Tecnologia da Universidade Federal de Minas Gerais – DTEC-UFMG. Advogado no Humberto Theodoro Júnior Sociedade de Advogados. arthur@htj.adv.br

Bernardo Menicucci Grossi

Advogado, Doutorando e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas, Especialista em Direito Processual Civil pelo CAD. Professor da Pós-Graduação do IEC / PUC Minas. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Minas Gerais e Membro do Comitê Gestor do PJe do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Sócio da Bernardo Grossi Advocacia.

Bruna de Paula Ferreira Costa

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito Administrativo pela UFMG. Bacharela em Direito pela UFMG. Bacharela em Administração Pública pela Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro (FJP). Assessora de Desestatização no Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais (BDMG).

Cristiano Colombo

Pós-Doutor em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doutor e Mestre em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor Permanente do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da UNISINOS; Pesquisador FAPERGS em Projeto: "Inteligência Artificial e Proteção de Dados Pessoais: Diálogos entre princípios da Centralidade do ser Humano e Eticidade rumo à concretização no ordenamento jurídico brasileiro." Membro da Red Iberoamericana de Universidades e Institutos con investigación en Derecho e Informática (RED CIIDDI). E-mail: cristianocolombo@unisinos.br

Giovanni Carlo Batista Ferrari

Graduado em Direito pela UFMG. Pós-graduado em Direito Digital pelo CERS. Pós-graduando em Direito do Consumidor pela Faculdade Legale. Advogado.

Gustavo Baião Vilela

Mestrando em Direito na UFMG. Juiz Federal.

Jessica Aparecida Soares

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestra em Sociedade, Cultura e Fronteiras pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE). Servidora Pública Federal na Universidade Federal da Integração Latino-Americana (UNILA).

José Luiz de Moura Faleiros Júnior

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Digital, Direito Civil e Direito Empresarial. Advogado. E-mail: jfaleiros@ufmg.br

Júlia Lio Rocha Camargo

Bacharel em Direito e Pós-graduada em *Compliance*, Ética e Governança Corporativa, ambos pela PUCMINAS. Integrante do Grupo de Estudos DTEC (Direito e Tecnologia) da UFMG. Advogada Consultiva no Inter.

Laurence Duarte Araújo Pereira

Bacharel e Mestrando em Direito na UFMG, advogado.

Luisa de Almeida Naves

Graduanda em Direito na UFMG e em Administração na SKEMA Business School.

Maique Barbosa de Souza

Mestre em Direito da Empresa e dos Negócios (UNISINOS). Especialista em Direito Penal (PUC/RS). Especialista em Direito e Processo do Trabalho com capacitação para o Ensino no Magistério Superior (Faculdade Damásio). Advogado. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4130-8450. E-mail:maique.b.souza@gmail.com

Marcela Adriana Carvalho Andrade

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG; Pós-graduada em Direito e Tecnologia pela Faculdade Arnaldo Jassen; Pesquisadora voluntária no Grupo de Estudos em Direito e Tecnologia da Universidade Federal de Minas Gerais– DTEC-UFMG; Sócia fundadora do escritório de advocacia Carvalho e Menezes Advogados.

Marcos Luiz dos Mares Guia Neto

Mestrando em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Advogado no Sergio Bermudes Advogados.

Marina Moretzsohn Chust Trajano

Membro do Comitê Estadual de Proteção de Dados. Assessora do Gabinete do Advogado-Geral do Estado. Membro da Equipe Gestora da Proteção de Dados na Advocacia-Geral do Estado. Pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito, Tecnologia e Inovação – DTIBR e Graduanda em Direito na UFMG.

Matheus Puppe

LLM, PhD Candidate (Goethe-Uni), Sócio da JusHub Legal tech e Sócio da Matheus Puppe Advocacia, matheus@matheuspuppe.com

Priscilla Menezes Santos

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros – Unimontes; Pós-graduada em Direito e Tecnologia pela Faculdade Arnaldo Janssen; Pesquisadora voluntária no Grupo de Estudos em Direito e Tecnologia da Universidade Federal de Minas Gerais– DTEC-UFMG; Sócia fundadora do escritório de advocacia Carvalho e Menezes Advogados.

Rafael de Miranda

LLM, PhD, Professor, Professor de Direito Internacional, Unisul, Sócio da JusHub Legal tech e Sócio da Matheus Puppe Advocacia, rafael@jushub.com.br

Renata Diniz de Souza

Mestranda em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito de Proteção e Uso dos Dados pela PUC Minas. Advogada no escritório Camargo e Vieira

Advogados.

Sofia Bertolini Martinelli

Doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Advogada e consultora em *compliance* e proteção de dados.

Sumário

PREFÁCIO VII

APOIO INSTITUCIONAL XI

BREVES CURRÍCULOS DO COORDENADOR E DOS AUTORES XI

SUMÁRIO XVII

I
ÉTICA E DESENVOLVIMENTO ALGORÍTMICO

CAPÍTULO 1 | ÉTICA E DISCRIMINAÇÃO NO DESENVOLVIMENTO DE ALGORITMOS DE *MACHINE LEARNING* 27
Ana Luísa Teotônio Josafá Simão

1. Introdução 28
2. Discriminação em algoritmos de *machine learning* supervisionado: a atuação dos desenvolvedores 29
3. A preocupação com a ética no desenvolvimento da inteligência artificial 35
4. Limitações da abordagem ética 41
5. A implementação de códigos de conduta ética na estrutura das empresas: o caso da IBM 43
6. Conclusão 49
Referências 50

CAPÍTULO 2 | GPT-3 APLICADA EM ASSISTENTES VIRTUAIS E POTENCIALIZAÇÃO DOS PRECONCEITOS: PRIMEIRAS LINHAS JURISPRUDENCIAIS ACERCA DE RESPONSABILIDADE CIVIL SOBRE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO BRASIL E PERSPECTIVAS SOBRE SOLIDARIEDADE À LUZ DA TEORIA DO *DEEP POCKET* 53
Cristiano Colombo · Maique Barbosa de Souza

1. Introdução 54

2. GPT-3 aplicada em assistentes virtuais e potencialização dos preconceitos.....55
2.1. GPT-3 aplicada em assistentes virtuais 55
2.2. Preconceitos humanos potencializados na adoção da GPT-3..... 58
3. Primeiras linhas jurisprudenciais sobre responsabilidade civil por inteligência artificial no Brasil e perspectivas sobre responsabilidade solidária à luz da *Deep Pocket*.....61
3.1. Primeiras linhas jurisprudenciais sobre responsabilidade civil por inteligência artificial nos Tribunais Brasileiros 61
3.2. Perspectivas sobre responsabilidade solidária à luz da *Deep Pocket*..... 65
4. Conclusões 70
Referências 71

CAPÍTULO 3 | PRECIFICAÇÃO PERSONALIZADA VS. PRECIFICAÇÃO DINÂMICA: DESAFIOS JURÍDICOS..... 75
José Luiz de Moura Faleiros Júnior

1. Introdução.....76
2. O que é a perfilização? Quais são seus traços distintivos?.....77
2.1. Precificação personalizada..... 82
2.2. Precificação dinâmica 84
3. Desafios intrínsecos e extrínsecos para a distinção das práticas exploradas.....87
4. Conclusão.....93
Referências 95

II
PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

CAPÍTULO 4 | A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE NA LGPD: A PROBLEMÁTICA DO DANO MORAL *IN RE IPSA* 103
Bernardo Menicucci Grossi

1. A proteção de dados pessoais enquanto direito da personalidade.....104
2. A reparação do dano moral pela violação de direitos da personalidade.....109
3. O Caso Cyrela.....114
3.1. Sentença..... 115
3.2. Acórdão 116

4. Conclusão: pela sistematização de uma teoria geral da proteção de dados pessoais.....117
Referências 119

CAPÍTULO 5 | O COMBATE À INSEGURANÇA JURÍDICA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N° 6.387/2020 E SEUS IMPACTOS NO RECONHECIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS E DO DEVIDO PROCESSO INFORMACIONAL 121
Luisa de Almeida Naves · Marina Moretzsohn Chust Trajano

1. Introdução.....122
2. A busca pelo justo ponto de equilíbrio quanto à proteção de dados pessoais diante do tratamento de dados pelo Poder Público.....124
3. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 6.387 125
4. O momento de fragilidade dos poderes.....126
5. Privacidade vs. crise sanitária.....128
6. O aspecto material 129
7. O aspecto formal.....131
8. Combate à insegurança jurídica 134
9. As peculiaridades do tratamento de dados pelo IBGE.....136
10. Riscos à democracia.....137
11. Conclusão.....139
Referências 141

CAPÍTULO 6 | *ARE YOUR FRIENDS YOUR WORST ENEMIES? SHADOW PROFILE* E OS RISCOS QUE ELE REPRESENTA PARA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS 145
Renata Diniz de Souza

1. Introdução.....146
2. *Shadow profile* e por que ele merece atenção 148
3. Proteção de dados pessoais.....150
3.1. Princípios gerais para proteção de dados pessoais 150
3.2. *Shadow profiles* pela lente da proteção de dados pessoais 152
4. O papel do usuário: a culpa é dos amigos?.....157
5. Conclusão.....159
Referências 160

III
BLOCKCHAIN E 'TOKENIZAÇÃO'

CAPÍTULO 7 | *NON-FUNGIBLE TOKEN (NFT)*: LIÇÕES PRELIMINARES SOBRE SUA NATUREZA JURÍDICA 165
Arthur Salles de Paula Moreira

1. Introdução 166
2. O que é um NFT? 169
2.1. O conceito de *token* e suas diversas aplicações 172
2.2. O que torna um *token* infungível? 177
3. A natureza jurídica do NFT no mercado de artes 178
3.1. Valores mobiliários? 179
3.2. Contratos Derivativos? 183
3.3. Bem móvel? 185
4. NFT na prática: "Everydays - The First 5000 Days" e "Doge" 186
5. Conclusão 188
Referências 189

CAPÍTULO 8 | TOKENS, BLOCKCHAINS AND NFTS: LEGAL IMPLICATIONS ON THE NEW ECONOMY 193
Matheus Puppe · Rafael de Miranda

1. Introduction: order and chaos 194
2. How NFTs work? 195
3. Are NFTs the next big thing on the crypto-actives world? 198
3.1. NFTs and Art 199
3.2. NFTs and the Gaming industry 202
4. Legal challenges surrounding the non-fungible economy: the case of money laundering 205
5. Conclusions 210
Referências 211

IV
NEUTRALIDADE DA REDE, CRIPTOGRAFIA E PLATAFORMAS DIGITAIS

CAPÍTULO 9 | A NATUREZA POLÍTICA DO INSTITUTO DA NEUTRALIDADE DE REDE E O JULGAMENTO DA COMCAST CORP. V. FCC 217
Júlia Lio Rocha Camargo

1. Introdução 218
2. Conceito e contexto histórico 219
3. O dilema da neutralidade de rede 221
4. O julgamento do caso Comcast 225
4.1. Contexto 225
4.2. O caso 227
4.3. Desfecho, consequências e situação atual 230
4.4. Panorama brasileiro 233
5. Conclusão 234
Referências 235

Capítulo 10 | NEUTRALIDADE DE REDE: REALIDADE OU UTOPIA? 239
Marcela Adriana Carvalho Andrade · Priscilla Menezes Santos Rodrigues

1. Internet e arquitetura de rede 240
2. A neutralidade de rede: polêmicas mercadológicas, políticas e judiciais 243
3. A internet nunca foi neutra 249
Conclusão 255
Referências 256

CAPÍTULO 11 | *ZERO-RATING* E SEU IMPACTO NA REDE E NA ECONOMIA 259
Giovanni Carlo Batista Ferrari

1. Introdução e conceito de *zero-rating* 259
2. Neutralidade de rede 262
3. *Zero-rating* no contexto do direito da concorrência 266
4. *Zero-rating* no Brasil 271
5. *Zero-rating* em outros lugares 273
6. Conclusão 275

Referências 276

CAPÍTULO 12 | CRIPTOGRAFIA, *APPLE*, ADI 5.527/DF: NOVOS CAPÍTULOS DE UMA VELHA DISCUSSÃO..... 279
Laurence Duarte Araújo Pereira

1. O que é a criptografia? Por que ela importa?.....279
2. A Discussão sobre a criptografia nos anos 90: *key escrow* e *clipper chip*.....282
3. A discussão sobre a criptografia nos anos 2000: "criptografia responsável".....283
4. Um exemplo atual: novas configurações de segurança da Apple.....285
5. A proposta e promessas da Apple e a respostas dos especialistas 287
6. A discussão sobre a criptografia no Brasil: ADI 5.527/DF.....288
7. Considerações finais.....292
Referências 295

V
ASPECTOS REGULATÓRIOS E DEMAIS SITUAÇÕES

CAPÍTULO 13 | O EXERCÍCIO REGULATÓRIO SOBRE AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS DISRUPTIVAS: O CASO UBER E A (DES)REGULAÇÃO COLOMBIANA..... 299
Bruna de Paula Ferreira Costa

1. Introdução.....300
2. A administração pública do século XXI e a atividade regulatória estatal.....303
3. O exercício regulatório sobre as inovações tecnológicas disruptivas 308
4. O caso Uber e a (des)regulação colombiana 312
5. Conclusão.....323
Referências 324

CAPÍTULO 14 | A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA DIVULGAÇÃO NA INTERNET DE INFORMAÇÕES PROCESSUAIS (TEMA 1141 DO STF): UMA ABORDAGEM A PARTIR DOS DIREITOS AO ESQUECIMENTO E À DESINDEXAÇÃO..... 329
Gustavo Baião Vilela

1. Introdução.....330
2. O direito ao esquecimento como desdobramento do direito fundamental à privacidade

.....332
2.1. As perspectivas trazidas pelo avanço tecnológico e os reflexos na atividade jurisdicional 332
2.2. A natureza jurídica e o objeto do direito ao esquecimento – os casos Aida Curi e Candelária e os reflexos no julgamento do Tema 1141 do STF..... 335
3. O direito à desindexação – o caso Mario Costeja González contra Google 342
4. Aspectos relevantes da responsabilidade civil no Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) 345
5. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e alguns impactos na atividade jurisdicional.....350
6. O princípio da publicidade no processo eletrônico – a insuficiência regulatória da Lei 11.419/2006 e da Resolução 121/2010 do CNJ diante do Marco Civil da Internet e da Lei Geral de Proteção de Dados.....354
7. Conclusão 361
Referências 365

CAPÍTULO 15 | *OVERSIGHT BOARD* E A MODERAÇÃO DE CONTEÚDO POR MEIO DE DECISÕES AUTOMATIZADAS 369
Jessica Aparecida Soares

1. Introdução.....370
2. A moderação de conteúdo no *Facebook* e *Instagram*, e as decisões automatizadas.....373
3. Afinal, o que é o Comitê de Supervisão?.....380
3.1. A composição do comitê é adequada para a consecução do objetivo do órgão? 384
3.2. As decisões do comitê são vinculativas? 386
3.3. Pode a decisão do comitê ser mais garantista ao usuário da plataforma que o próprio Ordenamento Jurídico brasileiro? 390
4. Contribuições do caso 2020-04-IG-UA para garantia de direitos do usuário 393
5. Conclusão.....400
Referências 402

CAPÍTULO 16 | TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS E REGULAÇÃO DA ADVOCACIA: SINAIS RECENTES E PERSPECTIVAS..... 405
Marcos Luiz dos Mares Guia Neto

Introdução.....406

1. Inovações tecnológicas no mercado jurídico: onde estamos.....408
2. Disrupção possível?.....413
3. Possíveis pontos de contato com a regulação da profissão no Brasil.....418
4. Sinais recentes: paralelo entre decisão brasileira e decisão norte-americana 423
4.1. OAB vs. Liberfly: enquadramento da atividade como publicidade ilícita e mercantilização da advocacia 424
4.2. Lola vs. Skadden: automatização caracterizada como serviço não advocatício..... 427
5. Regulação da profissão e horizonte para transformações tecnológicas mais profundas 429
Considerações finais.....433
Referências 434

CAPÍTULO 17 | *COMPLIANCE* NO AMBIENTE VIRTUAL 437
Sofia Bertolini Martinelli

Introdução.....437
1. Autorregulação e comportamento on-line: *compliance* extra-rede 439
2. Termos de uso e comportamento on-line: *compliance* intra-rede.....443
3. *Stakeholders* e pressão on-line.....446
Conclusões 448
Referências 448

I
ÉTICA E DESENVOLVIMENTO ALGORÍTMICO

ÉTICA E DISCRIMINAÇÃO NO DESENVOLVIMENTO DE ALGORITMOS DE *MACHINE LEARNING*

Ana Luísa Teotônio Josafá Simão

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-Graduanda em Data Science e Analytics pela Universidade e São Paulo (USP). Pós-Graduada em Governança, Riscos e Compliance pela Faculdade CEDIN. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada atuante na área de Direito Administrativo e Compliance.

Resumo: O presente trabalho busca identificar de que forma Códigos de Conduta Ética direcionados a desenvolvedores podem contribuir para que algoritmos de *machine learning* supervisionado não perpetuem ou exacerbam a discriminação existente em nossa sociedade. Para isso, apresenta-se como a discriminação pode surgir em algoritmos de *machine learning* supervisionado. Em seguida, passa-se à abordagem ética das tecnologias de inteligência artificial e suas limitações. Por fim, discute-se a implementação de Códigos de Conduta Ética nas estruturas das empresas, utilizando-se do exemplo da IBM.

Palavras-chave: discriminação algorítmica; *machine learning* supervisionado; ética.

***Abstract*:** *This paper seeks to identify how Codes of Ethical Conduct addressed to developers can contribute so that supervised machine learning algorithms do not perpetuate or exacerbate existing discrimination in our society, For this, it is presented how discrimination can appear in machine learning algorithms, Then, it is outlined how the ethical approach of artificial intelligence technologies and their limitations. Finally, it discussed the implementation of Codes of Ethical Conduct in company structures, using the example of IBM.*

Keywords: *algorithmic discrimination; supervised machine learning; ethics.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Discriminação em algoritmos de *machine learning* supervisionado: a atuação dos desenvolvedores; 3. A preocupação com a Ética no desenvolvimento da Inteligência Artificial; 4. Limitações da abordagem ética; 5. A implementação de Códigos de Conduta Ética na estrutura das empresas: o caso da IBM; 6. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, temos visto um crescente número de aplicações de Inteligência Artificial (IA) em vários setores da sociedade, como contratação de pessoal, sistema financeiro, saúde, mobilidade urbana, mercado imobiliário e justiça criminal. A inteligência artificial se faz presente em nosso dia a dia de diversas formas, tais como nos algoritmos de busca do Google, na recomendação de filmes do Netflix, no marketing digital, nos assistentes virtuais como Siri e Alexa, nas tecnologias de reconhecimento facial utilizadas pelo poder público e nas redes sociais. Com o aumento de sua utilização, também cresceram os impactos negativos perante a sociedade e a necessidade de abordagem não só os erros, mas também as discriminações que podem ser perpetuadas com a utilização da Inteligência Artificial especialmente em processos decisórios até então completamente dominados por humanos. "Não raro, os modelos têm apresentado vieses, atribuindo um peso inadequado a certos critérios de modo sistemático."[1] Nesse contexto, o estabelecimento de diretrizes e princípios éticos assume relevante importância no que diz respeito ao desenvolvimento dessas tecnologias.

Em que pese a preocupação com a incorporação de vieses e discriminações históricas em algoritmos de inteligência artificial, não se pode esquecer que decisões humanas também podem ser discriminatórias. Inclusive, é ainda mais difícil comprovar se houve discriminação em razão da possível dissimulação por parte das pessoas responsáveis pela tomada de decisão e dos vieses inconscientes que podem influenciar a decisão.[2] Contudo, ao analisarmos tecnologias emergentes, devemos ter cuidado para não romantizarmos um passado pré-tecnológico, isto é, novas tecnologias devem ser examinadas à luz das alternativas menos tecnológicas, como afirma Anupam Chander[3], "*as caixas pretas do passado podem ter sido analógicas, mas eram tão*

1. BARTH, Carlos Henrique. "É Possível Evitar Vieses Algorítmicos?". *Revista de Filosofia Moderna e Contemporânea*, Brasília, v.8, n.3, dez. 2020, p. 40. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/fmc/article/view/34363/28781>. Acesso em: 25 set. 2021.

2. KLEINBERG, Jon; LUDWIG, Jens; MULLAINATHAN, Sendhil; SUNSTEIN, Cass. Discrimination in the Age of Algorithms. *Journal of Legal Analysis*, volume 10, 2018, p. 113-174.

3. CHANDER, Anupam. The Racist Algorithm? *Michigan Law Review*, vol. 115:1023, p. 1023-1045, 2017.

obscuras quanto as caixas pretas digitais de hoje. Elas aconteceram em comitês, em conversas entre executivos, em negócios de bastidores, entre corredores de poder, ou mais frequentemente, nas mentes dos homens."[4]

Considerando-se este cenário trazido, pretende-se questionar como o estabelecimento de Códigos de Conduta Ética direcionados a desenvolvedores, por parte de suas empresas empregadoras, podem contribuir para reduzirmos vieses e aumentarmos a confiança na utilização de algoritmos de *machine learning* supervisionado. Para isso, pretendemos (i) abordar, de forma sucinta, como vieses podem surgir em algoritmos de *machine learning* supervisionado, utilizando o exemplo da automação da contração de pessoal e elucidando como o processo de tomadas de decisões humanas invariavelmente vai impactar o resultado obtido com a utilização da tecnologia; (ii) identificar como tem ocorrido a abordagem da Ética nos principais documentos e recomendações que tratam dos impactos de sistemas de inteligência artificial na sociedade, no contexto internacional, ao longo dos últimos anos; (iii) questionar se o estabelecimento de princípios éticos e, mais especificamente, se a implementação de Códigos de Conduta Ética nas estruturas das empresas podem ser utilizados como ferramentas para garantir que o desenvolvimento de algoritmos de *machine learning supervisionado* não expressem ou exacerbam as discriminações existentes em nossa sociedade.

2. DISCRIMINAÇÃO EM ALGORITMOS DE *MACHINE LEARNING* SUPERVISIONADO: A ATUAÇÃO DOS DESENVOLVEDORES

Machine learning, traduzido como aprendizado de máquina, pode ser definido como um processo automatizado de descoberta de correlações, relacionamentos ou padrões entre variáveis de uma base de dados, utilizado frequentemente para realizar predições ou estimar algum resultado.[5] Trata-se de um processo baseado na otimização de uma função de erro (ou custo), em que o algoritmo se torna mais preciso na resolução do problema à medida em que sucessivas tentativas fornecem um *feedback*

4. *Ibid.*, p. 1045.

5. LEHR, David; OHM, Paul. de Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning. *UC Davis Law Review,* vol. 51:653, 2017, p. 671.

(retroalimentação) que levam ao aperfeiçoamento.

Algoritmos (ou modelos) de *machine learning* supervisionado são usados quando uma variável *target* (alvo) é conhecida. É o caso da utilização de *machine learning* para seleção de empregados, na qual busca-se saber qual seria a performance (variável alvo) de um candidato caso fosse contratado. Para isso, o algoritmo é treinado com dados dos empregados que já passaram pela empresa, predizendo a performance do candidato a partir do desempenho que outros empregados com perfil similar obtiveram no passado.[6]

No processo de *machine learning*, diversos estágios passam por tomadas de decisão humana que podem provocar o surgimento de vieses no algoritmo, tais como a definição de *target variables* (variáveis de saída, variáveis alvo, resultado almejado) e *class labels* (rótulo de classe, ou seja, a maneira como os resultados serão interpretados); a escolha da base da dados que será usada para treinar o algoritmo (*training data*) — que pode ser enviesada em razão de discriminações históricas ou em razão de sub-representação ou sobrerrepresentação de grupos específicos na base de dados — e a seleção das variáveis de entrada que serão acessadas pelo algoritmo para buscar padrões e correlações.[7]

Dessa maneira, como exemplifica Kleinberg *et al*[8], ao utilizar modelos de aprendizado de máquina para a contratação de um empregado, uma empresa busca um bom funcionário. Mas o que seria um bom funcionário? Seria um funcionário que vende mais, que nunca se atrasa ou aquele cujos clientes mais frequentemente retornam à loja? Ou seria aquele mais qualificado? E quais seriam as qualificações que seriam mais preditivas para performance do empregado? São perguntas para as quais não há uma única reposta e que são permeadas pela subjetividade humana. Os autores apontam, por exemplo, que a definição, feita pelo desenvolvedor, de que um bom funcionário é aquele que possui mais horas trabalhadas, sem levar em conta que mulheres estatisticamente trabalham menos que homens em razão da licença

6. KLEINBERG, Jon; LUDWIG, Jens; MULLAINATHAN, Sendhil; SUNSTEIN, Cass. *l*, *op. cit.*, p. 131

7. BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew. Big Data's Disparate Impact. *California Law Review*, v. 104, n. 671, 2016.

8. KLEINBERG, Jon; LUDWIG, Jens; MULLAINATHAN, Sendhil; SUNSTEIN, Cass., *op. cit*.

maternidade, pode levar a um impacto discriminatório. Assim, o desenvolvedor[9], ao primar pelo número de horas trabalhadas, causaria, na construção do modelo, uma correlação equivocada de que mulheres não são boas funcionárias.

Da mesma forma, a seleção das variáveis que serão consideradas pelo algoritmo também pode causar o surgimento de vieses quando a escolha não favorece um grupo de pessoas – caso, por exemplo, em que o desenvolvedor define, como uma das variáveis de entrada, a reputação das universidades em que o candidato se formou, podendo sistematicamente prejudicar estudantes de baixa renda, haja vista que estes normalmente não frequentam as universidades reconhecidas como de maior prestígio, em que pese o fato de que os mesmos possam ter um desempenho acadêmico similar ao de um aluno de renda superior.[10]Além disso, os vieses também podem surgir quando se possui pouca informação sobre a variável de entrada (como, por exemplo, a escolha da escola/universidade do candidato sem conhecimento do desempenho escolar/acadêmico) ou quando constituem medidas não objetivas da realidade (como cartas de recomendação).[11] Para Barocas e Selbst[12], a escolha das variáveis pelos programadores pode introduzir vieses nos algoritmos ao serem selecionadas variáveis que são mais preditivas para membros de certos grupos ou que servem como *proxies* para membros de um grupo, tais como código postal, realização ou não de intercâmbio. Dessa forma, a remoção do gênero ou raça das variáveis de entrada não garante que o processo de *machine learning* não faça correlações baseadas em *proxies*, causando um impacto discriminatório, ainda que não intencional.

Kleinberg *et al* apontam que na fase de determinação de quais variáveis coletadas serão consideradas preditoras para alcançar o resultado almejado, o papel do ser humano possui menor impacto. Isto se deve ao fato de que a seleção, pelo algoritmo, de quais varáveis terão alto grau de predição, dada a escolha da base de dados utilizada

9. Neste artigo os termos desenvolvedores, programadores, cientistas de dados, designers, engenheiros computação foram usados de forma intercambiável, em pese não se ignore as singularidades de cada profissão.

10. KLEINBERG, Jon; LUDWIG, Jens; MULLAINATHAN, Sendhil; SUNSTEIN, Cass, *op. cit.*, p. 140-141.

11. *Ibid.*

12. BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew, *op. cit.*

no treinamento e do resultado (variáveis de saída já rotuladas), "é basicamente apenas uma questão estatística de quais variáveis são mais correlacionadas com o resultado.[13] Contudo, David Lehr e Paul Ohm, explicam que é um erro focar nossas atenções apenas sobre esses estágios do aprendizado de máquina, visto que estágios finais de *machine learning*, – *data cleaning* (limpeza de dados), *summary statistics review* (análise exploratória), *data partitioning* (particionamento de dados), *model selection* (seleção de modelo/algoritmo), *model training* (treinamento de modelo) e model *deployment* (exposição do modelo ao uso real) – oferecem oportunidades para remediar os vieses causados pelos estágios anteriores, quais sejam, a definição da variável de saída e suas categorias, coleta e categorização da base de dados e seleção das variáveis de entrada que serão acessadas pelo algoritmo, mas que nem sempre são utilizadas[14]

Kleinberg *et al* também nos alerta para o fato de que "*só se pode prever resultados usando observações de treinamento sobre aqueles para quem observamos o resultado*".[15] Seria o caso de uma empresa em que mulheres, historicamente, não se candidatam, de forma que a base de dados seria composta por amostras insuficientes para estimar as previsões de performance para candidatas, mas poderia prever os resultados para o grupo com maior presença na amostra (homens) com melhor precisão. Quanto, a isso, Anupam Chander[16] entende que se deve construir os algoritmos adotando uma espécie de ação afirmativa algorítmica, haja vista que o ambiente em que os algoritmos são treinados e operam é permeado por um legado de discriminações passadas e presentes que podem ser replicados por eles. Assim, em vez de buscarmos a *transparência no design* (projeto) dos algoritmos, tida como uma solução limitada pelo autor, o foco deveria se assentar sobre a *transparência nos dados*, e, a partir disso, implementar um conjunto de práticas capazes de reconhecer discriminação históricas, corrigi-las e promover, assim, a equidade.

---

13. KLEINBERG, Jon; LUDWIG, Jens; MULLAINATHAN, Sendhil; SUNSTEIN, Cass, *op. cit.*, p.135-136

14. LEHR, David; OHM, Paul, *op. cit.*

15. KLEINBERG, Jon; LUDWIG, Jens; MULLAINATHAN, Sendhil; SUNSTEIN, Cass., *op. cit.*, p.142.

16. CHANDER, *op. cit.*, p.142

Fica claro, portanto, que a objetividade e eliminação das discriminações pretendidas com a substituição da tomada de decisão humana pela decisão automatizada ou a utilização da inteligência artificial como forma de apoio à decisão humana, não são necessariamente atingidas. Dado ao importante papel que as decisões humanas possuem na construção do algoritmo, seria irresponsável, e até mesmo perigoso, confundir a programação orientada a dados com a garantia de não discriminação e ausência de vieses.[17] Além disso, deve-se considerar que a opacidade e a imprevisibilidade associadas aos modelos de *machine learning* impõem dificuldades à concepção tradicional de responsabilidade do desenvolvedor, em razão do *gap* entre controle do desenvolvedor e o comportamento do algoritmo.

Conclui-se, portanto, que, embora os vieses dos resultados obtidos nos modelos de *machine learning* supervisionados estejam comumente associados à base de dados, há também casos em que os vieses podem emergir antes mesmo da coleta de dados, ou em outros estágios do processo de *machine learning,* em função das decisões tomadas pelos desenvolvedores. Identificar a influência da subjetividade humana no design e na configuração do algoritmo não é uma tarefa fácil e, frequentemente, a discriminação só se torna aparente quando um uso problemático do modelo surge.[18]

Ainda neste contexto, é preciso considerar que as decisões tomadas pelo desenvolvedor, além de gerarem impactos no desempenho do algoritmo e, consequentemente na sociedade, não podem ser vistas como neutras. Dilemas morais surgirão em momentos em que os programadores precisem tomar decisões que não possuem soluções fáceis e, muitas vezes, serão os únicos agentes a entenderem as vantagens e os perigos gerados pela tecnologia.[19]

---

17. KLEINBERG, Jon; LUDWIG, Jens; MULLAINATHAN, Sendhil; SUNSTEIN, Cass., *op. cit.*, p.138.

18. MITTELSTADT, Brent Daniel et al. The ethics of algorithms: Mapping the debate. *Big Data & Society*, Volume 3, Issue 2, July-December 2016, p.2.

19. NARAYANAN, Arvind.; VALLOR, Shannon. Why software engineering courses should include ethics coverage. *Comunications of the ACM*. Disponível em: <https://cacm.acm.org/magazines/2014/3/172501-why-software-engineering-courses-should-include-ethics-coverage/fulltext>. Acesso em: 30 set. 2021.

Ben Green, ao tratar da atuação dos cientistas de dados, conclui que estes "*devem se reconhecer como atores políticos engajados em construções normativas de sociedade e, como convém à prática política, avaliar seu trabalho de acordo com seus impactos na vida das pessoas.*"[20] O autor refuta os argumentos comumente invocados para evitarem posições políticas no que se refere ao trabalho, quais sejam, "eu sou apenas um engenheiro" (engenheiros apenas desenvolvem a tecnologia, não determinam como a tecnologia será usada), "nosso trabalho não é tomar decisões políticas" (quanto mais neutro, melhor), "nós não podemos deixar o perfeito ser inimigo do bom" (embora não sejam perfeitas, ferramentas desenvolvidas por cientistas de dados contribuem para a sociedade de forma positiva, portanto, deveríamos focar em apoiar o desenvolvimento dessas tecnologias em vez de discutir sobre o que seria a solução perfeita).

Quanto ao primeiro argumento – "eu sou apenas um engenheiro" -, o autor defende que embora a tecnologia não se enquadre na noção convencional de política, há de se considerar que seu uso frequentemente molda aspectos da sociedade, assim como a lei, as eleições e as decisões judiciais, na medida em podem modificar o comportamento das pessoas e as estruturas de poder.

Quanto ao segundo argumento – "nosso trabalho não é tomar decisões políticas" – o autor questiona a suposta neutralidade dos cientistas de dados. Para o autor, a neutralidade é uma meta inatingível, dado que é impossivel se envolver na ciência ou política sem ser influenciado por valores e interesses antecedentes. Além disso, a neutralidade, embora possa parecer ser apolítica, costuma ser uma posição fundamentalmente conservadora, de aquiescência a valores sociais e políticos dominantes e e que contribuem para a conservação do *status quo*. A produção científica, mesmo quando conduzida sob o modelo da objetividade, requer desenvolver perguntas, hipóteses, protocolos e objetivos que são moldados pelos contextos sociais que o geraram. "*Seja articulado por seus desenvolvedores ou não, os sistemas de aprendizado de máquina já incorporam posições políticas.*"[21]

---

20. GREEN, Ben. *Data Science as Political Action: Grounding Data Science in a Politics of Justice*. Julho de 2020, p. 1. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3658431>. Acesso em: 25 ago. 2021.

21. *Ibid.*, p. 15

Quanto ao terceiro argumento – "nós não podemos deixar o perfeito ser inimigo do bom" –, o autor afirma que a ciência de dados carece de teorias robustas acerca do que o conceito de "perfeito" e "bom" realmente implica, isto é, não há definição praticável do que pode ser considerado o bem comum a fim de guiar o trabalho dos cientistas de dados. Além disso, há que se discutir a relação entre o perfeito e o bom, não estando ainda claro se esses esforços para fazer o bem estão, na verdade, fazendo o bem de forma consistente, isto é, é necessário discutir-se a relação entre intervenções algorítmicas e impactos sociais. "*Buscar o bem social sem considerar os impactos de longo prazo pode levar a grandes danos, no entanto: o que pode parecer bom em um sentido estrito pode ser ativamente prejudicial de uma perspectiva mais ampla*."[22]

Um aspecto final a ressaltar diz respeito à existência de vieses entre os próprios desenvolvedores. No Brasil, por exemplo, segundo pesquisa realizada pelas organizações Thoughtworks e Pretalab,[23] entre os meses de novembro de 2018 e março de 2019, as mulheres correspondiam a apenas 31,7% dos profissionais que trabalhavam com Tecnologia da Informação. Além disso, em 64,9% das empresas, as mulheres representavam apenas 20% da equipe de tecnologia e, em 32,7% dos casos, não havia qualquer a pessoa negra na composição das equipes de trabalho. Esta baixa diversidade entre os profissionais de desenvolvimento de software segue a tendência internacional, prejudicando a construção de diferentes perspectivas e formas de raciocínio, colocando nas mãos de um grupo social específico decisões que geram diversos impactos sociais e, por vezes, negativos.

Passemos, agora, a discutir como a abordagem ética tem respondido a estes problemas.

3. A PREOCUPAÇÃO COM A ÉTICA NO DESENVOLVIMENTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Diversas iniciativas internacionais passaram a abordar a incorporação de

22. *Ibid.*, p. 21.

23. THOUGHTWORKS; PRETALAB. *Quem coda br.* Disponível em <https://assets-global.website-files.com/5b05e2e1bfcfaa4f92e2ac3a/5d671881e1161a6d2b8eb78b_Pesquisa%20QuemCodaBR.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021

questões éticas ao desenvolvimento da inteligência artificial (IA) ao longo dos últimos anos. É o caso, por exemplo: da criação do *K&L Gates Endowment for Ethics and Computational Technologies na* ***Carnegie Mellon University*** **em 2016, a fim de fomentar pesquisa e a educação sobre as questões éticas e políticas que surgem dos avanços em inteligência artificial e outras tecnologias computacionais**[24]**;** da publicação da Declaração de Montreal para o Desenvolvimento Responsável da Inteligência Artificial (*Montreal Declaration for a Responsible Development of Artificial Intelligence*), em 2017, com o objetivo de estimular o debate público e encorajar o desenvolvimento da IA sob uma orientação progressiva e inclusiva[25]; do lançamento da *Ethics and Governance of AI Initiative* em 2017**,** através de um parceria entre o *MIT Media Lab* e o *Harvard Berkman-Klein Center for Internet and Society*, com o objetivo de garantir que as tecnologias de automação e aprendizado de máquina sejam pesquisadas, desenvolvidas e implantadas de uma forma que reivindique valores sociais de equidade, autonomia humana e justiça[26]; da *Conference on Beneficial AI*, organizada pela *Future of Life Institute* em 2017, em que se discutiu um conjunto de princípios que ficaram conhecidos como *Asilomar Principles*[27]; da publicação das Orientações Éticas para uma IA de Confiança pelo Grupo de peritos de alto nível sobre a inteligência artificial da Comissão Europeia em 2019[28]; da atualização do Código de Ética e Conduta Profissional da ACM (*Association for Computing Machinery*) em 2018, reafirmando a obrigação dos profissionais em utilizar suas

24. CARNEGIE MELLON UNIVERSITY. *Carnegie Mellon University Announces K&L Gates Professorships*. Disponível em: <https://www.cmu.edu/news/stories/archives/2018/april/kl-gates-professorships.html>. Acesso em: 28 set. 2021.

25. UNIVERSITÉ OF MONTRÉAL. *Montréal Declaration Responsible AI*. Disponível: <https://www.montrealdeclaration-responsibleai.com/>. Acesso em: 28 set. 2021.

26. AIETHICSINITIATIVE. *The Ethics and Governance of Artificial Intelligence Initiative*. Disponível em: <https://aiethicsinitiative.org/>. Acesso em: 01 set. 2021

27. FUTURE OF LIFE INSTITUTE. *Asilomar AI Principles*. Disponível em:<https://futureoflife.org/ai-principles/> Acesso em: 25 ago. 2021.

28. COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações éticas para uma IA de confiança*. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-pt/format-PDF>. Acesso em: 25 ago. 2021.

habilidades para benefício da sociedade[29] e, em abril de 2021, da apresentação da Proposta para regulamentação das tecnologias de *inteligência artificial (Artificial Intelligence Act*) da Comissão Europeia[30]. Neste contexto, passemos a uma análise mais detalhada do que dizem alguns destes documentos.

Em maio de 2019, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico aprovou a *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*[31], abordando diretrizes, princípios e recomendações, a fim de garantir a inovação e a confiança na IA, a promoção de uma administração responsável e o respeito aos direitos humanos e aos valores democráticos.

O documento faz menção expressa à ética apenas no que tange às recomendações que especifica. Primeiramente, ao recomendar o investimento em desenvolvimento e pesquisa em IA com enfoque em "*questões técnicas desafiadoras e em implicações sociais, legais, éticas e políticas relacionadas a IA*"[32] e, posteriormente, ao tratar da promoção do ecossistema digital para IA e recomendar que os governos considerem a promoção de "*mecanismos como confiança em dados, para apoiar um compartilhamento de dados seguro, justo, lícito e ético*"[33]. Todavia, a principal contribuição do documento está em identificar os seguintes fatores como princípios para o desenvolvimento responsável de sistemas confiáveis de inteligência artificial confiáveis: (i) crescimento inclusivo, desenvolvimento sustentável e bem-estar, segundo o qual a inteligência artificial deve beneficiar as pessoas e o planeta; (ii) valores centrados no ser humano e na equidade, de forma que os sistemas devem ser concebidos de forma a respeitar o Estado de Direito, os direitos humanos, os valores democráticos e a

29. ASSOCIATION FOR COMPUTING MACHINERY. *ACM Code of Ethics and Professional Conduct.* Disponível em: < https://www.acm.org/code-of-ethics>. Acesso em: 28 set. 2021.

30. COMISSÃO EUROPEIA. *Proposta de Regulamento da Inteligência Artificial.* Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF>. Acesso em: 29 set. 2021.

31. OECD. *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence* (2019). Disponível em <https://www.fsmb.org/siteassets/artificial-intelligence/pdfs/oecd-recommendation-on-ai-en.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2021.

32. *Ibid*, p. 8.

33. *Ibid,* p. 9.

diversidade, além de garantir salvaguardas apropriadas ao contexto e consistentes com o estado da arte; (iii) transparência e explicabilidade, a fim de prover informação significativa que assegure que as pessoas estejam conscientes de suas interações com sistemas de inteligência artificial, tenham um entendimento geral de como os mesmos funcionam e dos resultados gerados, bem como possam desafiá-los; (iv) robustez, segurança e proteção, devendo os riscos envolvidos serem continuamente avaliados e geridos; (v), *accountability*, de forma que os atores envolvidos no desenvolvimento, implantação e operação de sistemas de inteligência artificial são responsáveis pelo funcionamento apropriado dos sistemas e pela observância destes princípios.

No contexto europeu, o Grupo de peritos de alto nível em inteligência artificial da Comissão Europeia publicou, em 2019, Orientações Éticas para uma IA de Confiança (*Ethics Guidelines for Trustworthy AI)*[34]. Conforme se extrai do documento, uma IA de confiança deve ser: *legal*, isto é, cumprir toda a legislação e regulamentação aplicáveis; *ética*, garantindo a observância aos princípios e valores éticos e, por último, *sólida*, do ponto de vista técnico e social. Os três componentes devem funcionar em harmonia, mas, caso surjam conflitos entre eles, a sociedade deve procurar harmonizá-los. Em relação ao componente ético, foco deste estudo, o desenvolvimento, implantação e utilização dos sistemas de IA devem ser guiados pelos princípios de respeito à autonomia humana, prevenção de danos, equidade e explicabilidade. Além da observância a estes princípios éticos, recomenda-se atenção especial a situações que envolvam grupos historicamente vulneráveis e situações caracterizadas por assimetrias de poder ou de informação, como a relação entre empregadores e trabalhadores ou entre empresas e consumidores. Segundo as Orientações, não se pode ignorar que sistemas de inteligência artificial apresentam alguns riscos e podem causar impactos negativos, incluindo impactos que podem ser difíceis de prever, identificar ou medir, devendo ser adotadas medidas adequadas de mitigação dos riscos. Isto porque há um certo descompasso entre a legislação e a rapidez da inovação tecnológica; a legislação nem sempre acompanha a rapidez da evolução tecnológica, que, por vezes, pode estar desfasada das normas éticas ou não se adequar, pura e simplesmente, ao tratamento de certas questões, o que nos remete à importância que a ética

34. COMISSÃO EUROPEIA. *Op. cit.*

possui para a construção e sistemas de IA confiáveis.[35]

Em relação ao princípio do respeito à autonomia humana, entende-se que "*[o]s sistemas de IA não devem subordinar, coagir, enganar, manipular, condicionar ou arregimentar injustificadamente os seres humanos*"[36], devendo ser assegurado aos seres humanos a autodeterminação plena e efetiva sobre si próprios e participação no processo democrático. No que se refere ao princípio da prevenção de danos, há de se ter mente que os sistemas de IA e "*os ambientes em que operam devem ser seguros e protegidos*"[37], não devendo causar danos de qualquer natureza aos seres humanos. Por sua vez, a partir do princípio da equidade, há de se destacar sua dimensão substantiva e processual. A primeira diz respeito ao comprometimento com a "*garantia de uma distribuição equitativa e justa dos benefícios e dos custos, bem como de inexistência de enviesamentos injustos, discriminação e estigmatização contra pessoas e grupos*".[38] Estaria também no escopo da dimensão substantiva, a igualdade de oportunidades em termos de acesso à educação, aos bens e serviços e à tecnologia, devendo os profissionais envolvidos nos sistemas de IA respeitarem a proporcionalidade entre os meios e os fins, buscando o equilíbrio entre os interesses e objetivos em causa. Por sua vez, a dimensão processual da equidade implica na possibilidade de contestação de decisões automatizadas. Por fim, quanto ao princípio da explicabilidade, extrai-se que "*os processos têm de ser transparentes, as capacidades e a finalidade dos sistemas de IA abertamente comunicadas e as decisões — tanto quanto possível — explicáveis aos que são por elas afetados de forma direta e indireta*". [39]

Para assegurar a concretização de uma IA de confiança, o Grupo de peritos de alto nível em inteligência artificial da Comissão Europeia sugere sete requisitos essenciais, com base nos princípios descritos anteriormente: ação e supervisão humanas; solidez técnica e segurança; privacidade e governança de dados, transparência; diversidade, não discriminação e equidade; bem-estar social e ambiental;

35. Ibid., p. 8.

36. Ibid., p. 15.

37. Ibid., p. 15.

38. Ibid., p. 15.

39. Ibid., p. 16.

responsabilização. Além disso, o documento indica métodos técnicos e não técnicos que devem ser ponderados para se garantir uma IA de confiança que abranja toda o ciclo de vida de um sistema de IA.

Em abril de 2021, passados anos com lançamentos de diversas publicações acerca da abordagem ética da IA sem caráter vinculativo, a Comissão Europeia finalmente elaborou a Proposta de Regulamentação da Inteligência Artificial, que garante e prevê a emissão do certificado de conformidade de obrigações jurídicas para tecnologias de alto risco. Inclusive, insta salientar, que foram classificados como de risco elevado os sistemas de IA utilizados nos domínios do emprego, da gestão de trabalhadores e do acesso ao emprego por conta própria, nomeadamente para efeitos de recrutamento e seleção.[40]

Alguns estudos buscaram sistematizar esses diversos documentos, possibilitando uma melhor compreensão da abordagem ética das tecnologias de inteligência artificial. Dentre eles, a pesquisa realizada por Luciano Floridi e Josh Cowls[41] afirma que as diversas iniciativas preocupadas com a abordagem ética da inteligência artificial ensejaram uma sobreposição e convergência entre os documentos, embora se perceba divergências conceituais e semânticas na forma como os princípios éticos são interpretados. A partir de uma análise comparativa entre os documentos, identificando os pontos convergentes e divergentes, os autores construíram uma estrutura abrangente composta por cinco princípios éticos centrais (*core principles*), quais sejam: beneficência (que envolveria promoção de bem-estar, preservação da dignidade, sustentabilidade do planeta); não maleficência (que envolveria privacidade, segurança e precaução; autonomia (que diria respeito ao poder de decidir); justiça (que envolveria promoção de prosperidade, preservação de solidariedade, evitação de injustiça) e explicabilidade (que permitiria a concretização dos outros princípios ao prover inteligibilidade e *accountabilitty*).

---

40. COMISSÃO EUROPEIA. *Proposta de Regulamento da Inteligência Artificial.* Anexo III, art. 4º. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206>. Acesso em: 29 ago. 2021.

41. FLORIDI, Luciano; COWLS, Josh. A United Framework of Five Principles for AI in Society. *Harvard Data Science Review*, 2019. Disponível em: <https://hdsr.mitpress.mit.edu/pub/l0jsh9d1/release/7>. Acesso em: 25 ago. 2021.

De forma parecida, Anna Jobin, Marcello Ienca e Effy Viena[42], ao analisarem oitenta e quatro documentos que tratavam de princípios éticos e diretrizes para IA, concluíram pela existência de uma convergência global em torno de cinco princípios — transparência, justiça e equidade, não maleficência, responsabilidade e privacidade —, com divergência substantiva em relação à forma como esses princípios são interpretados, por que são considerados importantes; a que problema, domínio ou atores eles pertencem; e como devem ser implementados. Os autores destacam a importância da integração de esforços em torno do desenvolvimento de diretrizes com análise ética substantiva (definição de como os conflitos entre princípios éticos serão solucionados, quais princípios serão priorizados) e implementação de estratégias adequadas a garantir a observância aos princípios.

Passado esse delineamento da abordagem ética nos principais documentos, analisemos as limitações dessa abordagem, bem como a utilização de Códigos de Conduta Ética nas estruturas das empresas.

4. LIMITAÇÕES DA ABORDAGEM ÉTICA

Em que pese o crescente debate sobre estabelecimento de princípios éticos capazes de orientar desenvolvimento de programas de inteligência artificial e a proliferação de documentos no cenário internacional que possuem esta abordagem, há autores que veem essa ênfase na ética como uma resposta limitadas para os problemas que nos deparamos. É o caso, por exemplo, de Ben Green[43], ao defender que: (i) a ética da ciência dos dados baseia-se em uma divisão artificial entre tecnologia e sociedade, quando na verdade, não se tratam de tecnologias que podem ser projetadas para ter resultados bons ou ruins; (ii) a ética da ciência dos dados raramente é acompanhada por mecanismos capazes de assegurar que engenheiros sigam os princípios éticos ou sejam responsabilizados em caso de inobservância (iii) a ética da ciência dos dados carece de substrato normativo explícito. O autor conclui que a abordagem ética fornece estruturas úteis para ajudar os cientistas de dados a refletir sobre seus

42. JOBIN, Anna; IENCA, Marcello; VAYENA, Effy. Artificial Intelligence: the global landscape of ethics guidelines. *Nat Mach Intell*, v. 1, 389–399, 2019.

43. GREEN, *op.cit,*

prática e os impactos de seu trabalho, mas não resolve questões concernentes a quais impactos são desejáveis e como negociar entre perspectivas, tampouco como guiar a inovação tecnológica para esses fins. "*Para estas questões normativas, não há uma resposta simples nem intrinsecamente correta — apenas decisões que podem ser alcançadas por meio de deliberação e debate.*[44]

No mesmo sentido, Greene, Hoffmann e Stark[45], ao analisarem declarações públicas de princípios éticos por instituições independentes de 2015 a 2018[46], apontaram que a discussão sobre ética nos sistemas de inteligência artificial se aproxima mais de uma discussão sob a perspectiva da ética corporativa convencional, do que da promoção de justiça política e social. Além disso, a reponsabilidade moral dos desenvolvedores não é foco das principais iniciativas internacionais, que se preocupam mais com o projeto ético do algoritmo (*ethics by design*). No entanto, os autores atribuem bastante relevância ao reconhecimento de que tecnologias digitais são objeto legítimo de preocupação ética, isto é, que valores humanos são incorporados ao *design* dessas tecnologias.

A abordagem "*ethics by design*" diz respeito aos métodos, algoritmos e ferramentas necessários para dotar às tecnologias de inteligência artificial a capacidade de raciocinar sobre os aspectos éticos de suas decisões e garantir que estas se comportem dentro de determinados limites morais.[47] No entanto, isso nos remete a questões tais como "em que medida sistemas de inteligência artificial podem compreender a realidade social em que operam?"; "sistemas de inteligência artificial devem ser tratados

44. GREEN, *op.cit.*, *p. 6.*

45. GREENE, Daniel; HOFFMANN, Anna Lauren; STARK, Luke. *Better, Nicer, Clearer, Fairer: A Critical Assessment of the Movement for Ethical Artificial Intelligence and Machine Learning*. Proceedings of the 52nd Hawaii International Conference on System Sciences, 2019.

46. Os autores analisaram os seguintes documentos: *The Partnership on AI to Benefit People and Society Membership*; *The Montreal Declaration for a Responsible Development of Artificial Intelligence*; *The Toronto Declaration; OpenAI*; *The Center for Humane Technology (CHT)*; F*airness, Accountability and Transparency in Machine Learning (FATML)*; *Axon's AI Ethics Board for Public Safety.*

47. DIGNUM, Virginia et al. *Ethics by Design: necessity or curse?* p. 1-2. Disponível e: <https://aperto.unito.it/retrieve/handle/2318/1688083/469151/p60-dignum.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2021.

como entidades éticas?" "como a moral, os valores sociais e legais fazem parte do processo de design?".[48] Quaisquer que sejam as respostas a estas perguntas, não é possível afastar o papel central do desenvolvedor na construção desse *design*.

Além disso, há de se considerar que a maior parte dos documentos e iniciativas que tratam de diretrizes e princípios éticos na implementação e utilização de IA são emitidos por organizações localizadas nos Estados Unidos, União Europeia e Reino Unido, o que nos leva a preocupações com a negligência do conhecimento local, pluralismo cultural e justiça global.[49] "*O desafio fundamental para o desenvolvimento de uma agenda global para IA é equilibrar a necessidade de harmonização internacional com respeito pela diversidade cultural e pluralismo moral.*[50]

Por fim, Thilo Hagerdoff[51]aponta que, em muitos casos, os documentos que abordam a ética no desenvolvimento de IA carecem de mecanismos de *enforcement*, não havendo consequências para violações, consistindo apenas em estratégias de *marketing* para algumas empresas. Segundo o autor, experimentos empíricos mostraram que as diretrizes éticas tiveram influência pouco significativa na tomada de decisão dos desenvolvedores, sendo a ética frequentemente considerada como algo externo, excedente ou algum tipo de complemento para questões técnicas, imposta por instituições externas à comunidade técnica. O autor ainda aponta que carecem aos desenvolvedores sentimento de *accountability* ou visão moral do significado de seus trabalhos.

5. A IMPLEMENTAÇÃO DE CÓDIGOS DE CONDUTA ÉTICA NA ESTRUTURA DAS EMPRESAS: O CASO DA IBM

A AI4People, primeiro fórum global a discutir o impacto social da inteligência artificial, recomendou especificamente aos responsáveis pelas tomadas de decisão políticas: apoiarem o desenvolvimento de códigos de conduta autorreguladores das

48. *Ibid.*, p. 2

49. JOBIN, Anna; IENCA, Marcello; VAYENA, *op. cit*, p. 13.

50. *Ibid.* p. 16

51. HAGENDORFF, Thilo. The Ethics of AI Ethics: An Evaluation of Guidelines. *Minds & Machines*, v. 30, p. 99–120, 2020.

profissões relacionadas à inteligência artificial e análise de dados, com deveres éticos específicos. Segundo o documento, este tipo de regulação estaria em consonância com o que já ocorre com outros profissionais de áreas socialmente sensíveis, tais como médicos ou advogados.[52]

Dessa maneira, espera-se que a ciência de dados como profissão amadureça e que, com o tempo, requisitos profissionais sejam estabelecidos, não somente no que se refere às obrigações técnicas, mas também ao seu impacto na sociedade, levando cientistas de dados e demais profissionais envolvidos com a Inteligência Artificial a uma maior responsabilidade pessoal e prestação de contas, não somente na esfera da empresa.[53] Arvind Narayanan e Shannon Vallor apontam ainda para a importância de inclusão de estudos sobre ética na grade curricular dos cursos de engenharia com enfoque não somente em questões éticas normalmente enfrentados por engenheiros civis, mecânicos ou eletricistas, mas também em dilemas éticos que surgem no contexto da engenharia de software.[54]

O desenvolvimento de códigos de conduta ética também é visto como um dos métodos para concretização de uma IA de confiança, conforme Orientações Éticas para uma IA de Confiança (*Ethics Guidelines for Trustworthy AI*), segundo as quais: as organizações e as partes interessadas podem desenvolver códigos de conduta e documentos de política interna da empresa para contribuírem para construir uma IA de confiança.[55] Da mesma forma, a proposta europeia de Regulamento da Inteligência Artificial também incentiva a elaboração de códigos de conduta destinados a fomentar a aplicação voluntária dos requisitos obrigatórios aplicáveis aos sistemas de IA de risco elevado.[56]

A implementação de códigos de conduta ética pode contribuir para que as

---

52. FLORIDI, Luciano et al. AI4People - An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations. *Minds and Machine*, v. 28, p.689-707, 2018, p. 705.

53. KEYMOLEN, Esther; TAYLOR, Linnet. *Data ethics and data science: an uneasy marriage? Liebregts*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3797116 >. Acesso em: 30 ago. 2021.

54. NARAYANAN, Arvind; VALLOR, Shannon, op. cit.

55. COMISSÃO EUROPEIA, 2019, op. cit.., p.27.

56. COMISSÃO EUROPEIA, 2021, op. cit.., art. 69.

empresas aproveitem os benefícios gerados pela utilização de IA, como utilização de *machine learning* supervisado em processos decisórios, ao mesmo tempo que mitigam riscos do seu mau uso. Contudo, para que isso ocorra, sua construção deve ser feita com base na análise de riscos, isto é, os códigos devem ser elaborados somente após identificação, análise, avaliação e tratamento dos riscos, de um ponto de vista não apenas técnico/computacional, mas sob a perspectiva dos valores, missão e objetivos da empresa, considerando os impactos sociais de suas atividades.

Utilizando-se ainda do exemplo da aplicação de *machine learning* para seleção de candidatos, como no início do artigo: ao estabelecer diretrizes para a definição do nível de equidade almejado para o modelo, uma empresa pode controlar, detectar e corrigir vieses que são passíveis de ocorrer estágios de *machine learning*, garantindo assim que o uso da tecnologia contribuirá para que a seleção do empregado ocorra de forma justa. Para isso, o código de conduta ética, assim como ocorre na implementação de programas de *compliance*, deve estar articulado aos outros mecanismos/práticas de conformidade da empresa, indo além da gestão de riscos (considerando-se a tensão entre os potenciais benefícios e danos causados pelos modelos de *machine learning),* englobando também a previsão de aplicação de medidas disciplinares em caso de violação, o estabelecimento de procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades, o monitoramento contínuo das atividades dos desenvolvedores e da tecnologia (com mecanismos de controle como testes, auditorias), o treinamento dos desenvolvedores e o apoio da alta liderança. É necessário ainda que sejam atribuídas responsabilidades para dar efetividade e concretude ao código, além de recursos humanos e financeiros para averiguar sua devida observância pelos profissionais.

A implementação de códigos de conduta possibilita a redução do risco de violação da privacidade de dados e segredo comercial, contribui para o alinhamento da ética à inovação, diminui o descompasso existente entre regulação e inovação e não exige o conhecimento de informações sobre a lógica interna da caixa preta dos algoritmos para que seja cumprido. Ainda que a atividade seja enquadrada como sendo de alto risco (Anexo III da proposta de regulamentação das tecnologias de inteligência artificial da Comissão Europeia), a criação do código pode contribuir para endereçar melhor as condutas e responsabilidades concernentes ao cumprimento de requisitos que envolvem sistema de gestão de riscos, dados e governação de dados,

documentação técnica, manutenção de registros, transparência e prestação de informações aos utilizadores, supervisão humana, exatidão, solidez e cibersegurança.[57]

Tomemos como exemplo o caso da IBM. A empresa identifica como princípios da abordagem ética da inteligência artificial: "o propósito da IA de aumentar a inteligência humana", "dados e insights pertencem a quem os produziu" e "tecnologia deve ser transparente e explicável"[58]. Por sua vez, os pilares para tecnologias de inteligência artificial são os seguintes aspectos: explicabilidade, equidade, robustez, transparência e privacidade.[59] Quanto ao princípio da equidade (*fairness*), tido como tratamento equitativo de indivíduos ou grupos de indivíduos, entende-se que quando adequadamente calibrado, o sistema de IA pode ajudar seres humanos a fazerem escolhas mais justas, combatendo os preconceitos humanos e promovendo a inclusão. Além disso, a empresa destaca como vieses conscientes ou inconscientes podem tornar a saída (*output*) do sistema injusta, devido às limitações técnicas de seu design e expectativas culturais, sociais ou institucionais."[60] Por fim, a empresa evidencia a importância da diversidade nas equipes de desenvolvimento de IA: "*inclusão significa trabalhar para criar uma equipe de desenvolvimento diversificada e buscar as perspectivas das organizações que atendem às minorias e comunidades afetadas.*"[61]

Para tratar de virtudes específicas que um sistema de IA deve possuir, bem como prover diretrizes para desenvolvedores construírem e treinarem IA, a empresa elaborou o documento denominado "*Everyday Ethics for AI*"[62]. Segundo o documento, designers e desenvolvedores de sistemas de IA devem entender as considerações éticas da atividade que realizam. O documento é claro ao colocar que o sistema

57. COMISSÃO EUROPEIA, 2021, op. cit.., Capítulo 2 do título III.

58. IBM. Artificial Intelligence. Disponíve em <https://www.ibm.com/artificial-intelligence/ethics>. Acesso em: 01 set. 2021.

59. IBM. Pilares. Disponível em: <https://www.ibm.com/artificial-intelligence/ai-ethics-focus-areas> Acesso em: 01 set. 2021.

60. *Ibid.*

61. *Ibid.*

62. IBM. Everyday for Artificial Inteligence. Disponível em: <https://www.ibm.com/watson/assets/duo/pdf/everydayethics.pdf>. Acesso em: 01 set. 2021.

inteligente deve ser centrado no ser humano e desenvolvido de maneira a estar alinhado com os valores e princípios éticos da sociedade ou comunidade que afeta, cabendo aos profissionais estarem atentos a questões éticas durante a concepção, construção e manutenção de IA.

Para estabelecimento de uma estrutura ética para desenvolvimento dos sistemas de IA, a empresa foca em cinco áreas: *accountability*, alinhamento de valores, explicabilidade, equidade e direitos de proteção dos dados dos usuários.[63] No que se refere à equidade, o documento alerta para a possibilidade de que os vieses dos desenvolvedores sejam incorporados aos sistemas de IA, tratando de diversos vieses inconscientes que podem impactar a atividade dos desenvolvedores, além de recomendar práticas para mitigação dos mesmos vieses.

Verifica-se, portanto, que ao identificar os pilares sobre os quais as tecnologias de inteligência artificial se assentam e, ao estabelecer as diretrizes no documento "*Everyday Ethics for AI*", a empresa colocou em evidência o papel dos desenvolvedores na construção de uma IA que promova a equidade. Neste sentido, a empresa também criou um kit de ferramentas de código aberto para ajudar os desenvolvedores a examinar, relatar e reduzir a discriminação e os vieses em modelos de *machine learning* durante toda a vida útil da aplicação, inclusive com tutorais específicos para definição de *scores* de crédito e despesas médicas, compartilhamento dez algoritmos de mitigação de vieses que estão no estado da arte, sendo eles: pré-processamento otimizado, reajuste de pesos, remoção de vieses contraditórios, classificação com rejeição de opinião, remoção de impactos díspares, aprendizado de justa representação, remoção de vieses, pós-processamento calibrado para equalização de chances, pós-processamento para equalização de chances, classificador meta-ajustado para equidade. Além destes algoritmos, a empresa aborda métricas utilizadas para medir se grupos e pessoas recebem tratamento similar, como, por exemplo, a distância de Manhattan, a distância euclidiana, a diferença estatística pareada e a diferença da média das chances. Observa-se, que, apesar destas métricas e algoritmos atuarem em vários estágios de *machine learning,* nos estágios de coleta de dados, definição da variável-alvo e da sua rotulação e a definição das varáveis de entrada continuam sendo tarefas usualmente realizadas pelo ser humano, para as quais é mais difícil a aplicação

63. *Ibid.*

de redução de vieses[64]

A empresa expressa ainda a necessidade de testes de justiça, preconceito, robustez e segurança, além de medidas corretivas necessárias, antes da venda e implantação do sistema de IA ou após o início de sua operação, reconhecendo que "*[t]odas as organizações envolvidas no ciclo de vida de desenvolvimento de IA têm algum nível de responsabilidade compartilhada para garantir que os sistemas de IA que projetam e implantam sejam justos e seguros.*"[65].

Para garantir a conformidade com a abordagem ética, a empresa criou o *AI Ethics Board*, órgão de governança central, interdisciplinar, que deve supervisionar as avaliações de riscos e as estratégias de mitigação de danos, promovendo uma cultura de IA ética, responsável e confiável na empresa.[66] Contudo, não foi possível verificar nas informações públicas, como se dá a responsabilização dos empregados em caso de violação dos princípios e diretrizes éticos, Obviamente a concretude destes princípios e diretrizes só serão assegurados caso os mesmos estejam articulados com os diversos mecanismos e práticas já expostos em outros trechos deste artigo. É possível, contudo, vislumbrar a preocupação com o papel dos desenvolvedores nos impactos da inteligência artificial e a construção de uma ponte entre valores abstratos e implementações de soluções técnicas.

Por fim, não deixa de ser interessante ver como a postura da empresa modificou-se ao longo do tempo no que se refere à aplicação de tecnologias de reconhecimento facial, tão contestada em razão dos vieses apresentados. Em carta dirigida ao Congresso Americano em 2020, o CEO se pronunciou se opondo a qualquer tecnologia de reconhecimento facial, para vigilância em massa, perfil racial, violações de direitos humanos básicos e liberdades, ou qualquer propósito que não seja consistente com valores e princípios da empresa., decidindo não mais desenvolver, oferecer ou

64. IBM. AI Fairness 360. Disponível em: <http://aif360.mybluemix.net/?_ga=2.38832867.1167512373.1630614877-197245064.1630614877>. Acesso em: 03 set. 2021.

65. IBM. Precision Regulation Artificial Intelligence. Disponível em: < https://www.ibm.com/blogs/policy/ai-precision-regulation/>. Acesso em:01/09/2021.

66. IBM. Inteligência Artificial. Disponível em < https://www.ibm.com/br-pt/artificial-intelligence/ethics>. A cesso em: 01 set. 2021.

pesquisar tecnologia de reconhecimento facial.[67]

6. CONCLUSÃO

A preocupação em equilibrar os benefícios gerados pela inteligência artificial com seus possíveis riscos cresceu nos últimos anos, fazendo com que a abordagem ética tenha recebido relevante atenção. Embora comumente os algoritmos sejam vistos como neutros e objetivos, não se pode negar o impacto humano em sua construção. Neste sentido, é emblemático o caso da *Amazon* em 2014, quando a empresa criou um algoritmo de *machine learning* que analisava os currículos enviados por candidatos a vagas de emprego na empresa, conferindo notas que variavam de 1 a 5. Segundo informa a agência Reuters, o algoritmo visava facilitar o processo de seleção, recomendando os cinco candidatos mais indicados para cada vaga, e foi desenvolvido a partir de uma base de dados formada pelos currículos recebidos pela empresa ao longo de dez anos. Contudo, em 2015, a utilização do algoritmo foi interrompida em razão da identificação de vieses — currículos com menção a palavra "mulher" eram penalizados bem como aqueles com formação em duas instituições de ensino apenas para mulheres, levando à recomendação apenas de candidatos do gênero masculino no processo seletivo. [68]

Neste contexto, este artigo buscou entender de que forma a ética, e, mais especificamente, os códigos de conduta ética, poderiam contribuir para que algoritmos de *machine learning* supervisionado estimulassem a promoção da equidade em nossa sociedade. A partir dos estudos realizados, conclui-se que tais códigos constituem-se em ferramentas de *soft law*, complementares à heterorregulação, capazes de contribuir para a garantia que estas tecnologias não exacerbam ou perpetuem discriminações existentes em nossa sociedade. Para isso, é necessário que os mesmos sejam

67. THE VERGE. *IBM will no longer offer, develop, or research facial recognition technology*. Disponível em: <https://www.theverge.com/2020/6/8/21284683/ibm-no-longer-general-purpose-facial-recognition-analysis-software>. Acesso em: 01 set. 2021.

68. DASTIN, Jeffrey. *Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women*. Reuters, São Francisco, 2018. Disponível em < https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G> . Acesso em: 28 set. 2021.

incorporados de forma estratégica e dialógica na empresa, munidos de instrumentos de *enforcement* e apoiados na gestão de riscos.

REFERÊNCIAS

AIETHICSINITIATIVE. *The Ethics and Governance of Artificial Intelligence Initiative*. Disponível em: <https://aiethicsinitiative.org/>. Acesso em: 1º set. 2021.

ASSOCIATION FOR COMPUTING MACHINERY. *ACM Code of Ethics and Professional Conduct*. Disponível em: < https://www.acm.org/code-of-ethics>. Acesso em: 28/09/2021.BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew. Big Data's Disparate Impact. *California Law Review*, v. 104, n. 671, 2016.

BARTH, Carlos Henrique. "É Possível Evitar Vieses Algorítmicos?". *Revista de Filosofia Moderna e Contemporânea*, Brasília, v.8, n.3, dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/fmc/article/view/34363/28781>. Acesso em: 25 set. 2021.

CARNEGIE MELLON UNIVERSITY. Carnegie Mellon University Announces K&L Gates Professorships. Aceesso em: <https://www.cmu.edu/news/stories/archives/2018/april/kl-gates-professorships.html>. Acesso em: 28 set. 2021.

CHANDER, Anupam. The Racist Algorithm? *Michigan Law Review*, vol. 115:1023, p. 1023-1045, 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações éticas para uma IA de confiança*. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-pt/format-PDF>. Acesso em: 25 ago. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. Proposta de Regulamento da Inteligência Artificial. Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF>. Acesso em: 29 set. 2021.

DASTIN, Jeffrey. *Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women*. Reuters, São Francisco, 2018. Disponível em < https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight/amazon-scraps-secret-ai-recruiting-tool-that-showed-bias-against-women-idUSKCN1MK08G> . Aceso em: 28 set. 2021.

DIGNUM, Virginia et al. *Ethics by Design: necessity or curse?* Disponível e: <https://aperto.unito.it/retrieve/handle/2318/1688083/469151/p60-dignum.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2021.

FLORIDI, Luciano et al. AI4People - An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations. *Minds and Machine*, v. 28, p.689-707, 2018.

FLORIDI, Luciano; COWLS, Josh. A United Framework of Five Principles for AI in Society. *Harvard Data Science Review*, 2019. Disponível em: <https://hdsr.mitpress.mit.edu/pub/l0jsh9d1/release/7>. Acesso em: 25 ago. 2021.

FUTURE OF LIFE INSTITUTE. *Asilomar AI Principles*. Disponível em:<https://futureoflife.org/ai-

principles/> Acesso em: 25 ago. 2021.

GREEN, Ben. *Data Science as Political Action: Grounding Data Science in a Politics of Justice*. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3658431>. Acesso em: 25 ago. 2021.

GREENE, Daniel; HOFFMANN, Anna Lauren; STARK, Luke. *Better, Nicer, Clearer, Fairer: A Critical Assessment of the Movement for Ethical Artificial Intelligence and Machine Learning*. Proceedings of the 52nd Hawaii International Conference on System Sciences, 2019.

HAGENDORFF, Thilo. The Ethics of AI Ethics: An Evaluation of Guidelines. *Minds & Machines*, v. 30, p. 99–120, 2020.

IBM. AI Fairness 360. Disponível em: <http://aif360.mybluemix.net/?_ga=2.38832867.1167512373.1630614877-197245064.1630614877>. Acesso em: 03 set. 2021.

IBM. Inteligência Artificial. Disponível em < https://www.ibm.com/br-pt/artificial-intelligence/ethics>. A cesso em: 1º set. 2021.

IBM. Pilares. Disponível em: <https://www.ibm.com/artificial-intelligence/ai-ethics-focus-areas> Acesso em: 1º set. 2021.

JOBIN, Anna; IENCA, Marcello; VAYENA, Effy. Artificial Intelligence: the global landscape of ethics guidelines. *Nat Mach Intell*, v. 1, 389–399, 2019.

KEYMOLEN, Esther; TAYLOR, Linnet. *Data ethics and data science: an uneasy marriage? Liebregts*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3797116 >. Acesso em: 30 ago. 2021.

KOCHLING, Alina; WEHNER, Marius Claus. Discriminates by algorithm: a systematic review of discrimination and fairness by algorithmic decision-making in the contex of HR recruitment and HR development. *Business Research*, volume 13:795-848, 2020

LEHR, David; OHM, Paul. de Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning. *UC Davis Law Review,* vol. 51:653, 2017, p. 671.

MITTELSTADT, Brent Daniel et al. The ethics of algorithms: Mapping the debate. *Big Data & Society*, Volume 3, Issue 2, July-December 2016, p. 1-21.

NARAYANAN, Arvind.; VALLOR, Shannon. *Why software engineering courses should include ethics coverag*e. Comunications of the ACM. Disponível em: <https://cacm.acm.org/magazines/2014/3/172501-why-software-engineering-courses-should-include-ethics-coverage/fulltext>. Acesso em: 30 set. 2021.

THE VERGE. *IBM will no longer offer, develop, or research facial recognition technology*. Disponível em: <https://www.theverge.com/2020/6/8/21284683/ibm-no-longer-general-purpose-facial-recognition-analysis-software>. Acesso em 01/09/2021.THOUGHTWORKS; PRETALAB. *Quem coda br*. Disponível em <https://assets-global.website-

files.com/5b05e2e1bfcfaa4f92e2ac3a/5d671881e1161a6d2b8eb78b_Pesquisa%20QuemCodaBR.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

UNIVERSITÉ OF MONTRÉAL. *Montréal Declaration Responsible AI*. Disponível: <https://www.montrealdeclaration-responsibleai.com/>. Acesso em: 28 set. 2021.

GPT-3 APLICADA EM ASSISTENTES VIRTUAIS E POTENCIALIZAÇÃO DOS PRECONCEITOS:

PRIMEIRAS LINHAS JURISPRUDENCIAIS ACERCA DE RESPONSABILIDADE CIVIL SOBRE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO BRASIL E PERSPECTIVAS SOBRE SOLIDARIEDADE À LUZ DA TEORIA DO *DEEP POCKET*

Cristiano Colombo

Pós-Doutor em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doutor e Mestre em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor Permanente do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da UNISINOS; Pesquisador FAPERGS em Projeto: "Inteligência Artificial e Proteção de Dados Pessoais: Diálogos entre princípios da Centralidade do ser Humano e Eticidade rumo à concretização no ordenamento jurídico brasileiro." Membro da Red Iberoamericana de Universidades e Institutos con investigación en Derecho e Informática (RED CIIDDI). E-mail: cristianocolombo@unisinos.br

Maique Barbosa de Souza

Mestre em Direito da Empresa e dos Negócios (UNISINOS). Especialista em Direito Penal (PUC/RS). Especialista em Direito e Processo do Trabalho com capacitação para o Ensino no Magistério Superior (Faculdade Damásio). Advogado. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4130-8450. E-mail:maique.b.souza@gmail.com

Resumo: O estudo se volta à tecnologia GPT-3 e suas consequências no campo da responsabilidade civil. No primeiro capítulo, apresentou-se sua conceituação e importância como funcionalidade no desenvolvimento da linguagem, bem como a identificação de enviesamento de seu modelo, com reprodução de preconceitos. No segundo capítulo, identificou-se as

Abstract: *The study turns to the GPT-3 technology and its consequences in the field of civil liability. In the first chapter, its conceptualization and importance as a functionality in the development of language were presented, as well as the identification of bias in its model with reproduction of prejudices. In the second chapter, the first jurisprudential*

primeiras linhas jurisprudenciais, no Brasil, sobre a responsabilidade civil, no uso da inteligência artificial, tendo como resultante reflexões sobre a teoria denominada de *deep pocket*. O problema indagou sobre a aplicação da referida teoria como solução adequada para o ressarcimento do prejuízo, imputando a solidariedade, quando da existência de plúrimos sujeitos passivos, que se beneficiaram, no contexto do dano. A metodologia de pesquisa é jurisprudencial e doutrinária.
Palavras-chave: GPT-3; Assistentes Virtuais; Preconceito; Responsabilidade Civil; *Deep Pocket*.

lines on civil liability in the use of artificial intelligence were identified in Brazil, resulting in reflections on the theory called deep pocket. The problem inquired about the application of that theory as an adequate solution for the compensation of the loss, imputing solidarity when there are multiple passive subjects who benefited in the context of the damage. The research methodology is jurisprudential and doctrinal.
Keywords: *GPT-3; Virtual Assistants; Prejudice; Civil Liability; Deep Pocket.*

Sumário: 1. Introdução; 2. GPT-3 aplicada em assistentes virtuais e a Potencialização dos Preconceitos; 2.1. GPT-3 aplicada em assistentes virtuais; 2.2. Preconceitos humanos potencializados na adoção da GPT-3; 3. Primeiras linhas jurisprudenciais sobre responsabilidade civil por inteligência artificial no Brasil e Perspectivas sobre responsabilidade solidária à luz da *Deep Pocket*; 3.1. Primeiras linhas jurisprudenciais no Brasil acerca de responsabilidade civil sobre Inteligência Artificial; 3.2. Perspectivas sobre responsabilidade solidária à luz da *Deep Pocket*; 4. Conclusões; Referências.

1. INTRODUÇÃO

No ano de 2020, a empresa OpenAI publicou o artigo Language Models are Few-Shot Learners[1], no qual apresentou a Generative Pre-Training Transformer 3 - GPT-3 - "*chocando o mundo da IA mais uma vez*", em razão de vez que "*é certamente uma conquista revolucionária para a PNL em particular, e para a inteligência artificial em*

1. BROWN, Tom B. *et al. Language Models are Few-Shot Learners.* Cornell University, 2020. Disponível em: https://arxiv.org/abs/2005.14165. Acesso em: 03 jul. 2021.

geral"[2]. Nessa ambiência, o mundo tomou conhecimento da tecnologia mais próxima até então existente da Inteligência Artificial forte, com extraordinárias aplicações no desenvolvimento econômico e social a partir da escrita.

A GPT-3 é capaz de produzir textos, partituras e desenvolver programas com grande semelhança aos produzidos por humanos, inclusive, passando a ser aplicada em assistentes virtuais, no entanto, revelou preconceitos oriundos de vieses decorrentes de seus dados. Dessa forma, o problema a ser enfrentado deve responder à seguinte questão: A teoria de responsabilidade civil *deep pocket* pode representar uma solução adequada para o ressarcimento do prejuízo, em havendo plúrimos atores da área de tecnologia que lucram com os serviços colocados à disposição de seus destinatários?

No primeiro capítulo, apresentar-se-á a tecnologia GPT-3, com a possibilidade de sua aplicação em assistentes virtuais; e, na sequência, os riscos decorrentes da potencialização de preconceitos. No segundo capítulo, serão apresentadas as primeiras linhas jurisprudenciais orientativas acerca da responsabilidade civil sobre Inteligência Artificial, bem como perspectivas sobre a aplicação da responsabilidade solidária à luz da Deep Pocket. Quanto à metodologia de pesquisa, esta se dará por meio de consulta à jurisprudência, particularmente, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como qualitativa de análise bibliográfica da literatura especializada.

2. GPT-3 APLICADA EM ASSISTENTES VIRTUAIS E POTENCIALIZAÇÃO DOS PRECONCEITOS

2.1. GPT-3 aplicada em assistentes virtuais

Em recente notícia veiculada pela MIT Technology Review, a GPT-3 foi simultaneamente qualificada como a melhor e a pior tecnologia já inventada pelos seres humanos[3]. Isto porque trata-se do mais poderoso sistema de inteligência artificial já

2. ROMERO, Alberto. *A Complete Overview of GPT-3: The Largest Neural Network Ever Created.* Towards Data Science, 2021. Disponível em: https://towardsdatascience.com/gpt-3-a-complete-overview-190232eb25fd. Acesso em: 03 jul. 2021.
3. MIT TECNOLOGY REVIEW. *Por que a GPT-3 é o melhor e o pior da IA atualmente.* 2021. Disponível em: https://mittechreview.com.br/por-que-a-gpt-3-e-o-melhor-e-o-pior-da-ia-

criado, em razão de sua capacidade de domínio na reprodução da linguagem, ao escrever inúmeros tipos de textos, com uma aparência idêntica à dos seres humanos. A tecnologia pode até mesmo produzir músicas unindo partituras, ou mesmo fazer cálculos matemáticos, ainda que não tenha sido ensinada para isso. O que a torna diferente de tudo já conhecido é sua base de dados e os valores ajustados para treinamento. Conta com 175 bilhões de parâmetros, revelando-se uma evolução considerável em cotejo com sua geração anterior, a GPT-2, que contava com apenas 1,5 bilhão[4], constituindo-se no maior modelo de linguagem já produzido com inteligência artificial. Em razão da constante alimentação de suas bases textuais, com escritos de diversas áreas e finalidades, é capaz de produzir conteúdo direcionado para os mais diversos mercados, sendo um instrumento de auxílio ao humano, proporcionando redução de custos de transação e ganho de eficiência a partir da redução do tempo de produção. Sua utilização vai desde produção de livros e poesia, textos jornalísticos, músicas, até *chatbots* para comunicação em tempo real, favorecendo sua aplicação em assistentes virtuais. Por outro lado, o estudo aponta, em tom de alerta, que, além de seu alto custo, foi identificado enviesamento de seus modelos, por absorver *"grande parte da desinformação e do preconceito que se encontra online"*, reproduzindo-os[5].

As funcionalidades oferecidas pela GPT-3, sobretudo, têm como *output* a linguagem, viabilizando a construção da realidade com a atribuição de sentido e valor às pessoas e às coisas. Lembra-se que o ser humano a utiliza para se comunicar, compartilhar pensamentos e estabelecer o conceito das coisas, ao mesmo tempo em que descobre o mundo ao seu redor, pois *"é na linguagem que se dá o sentido [...]. O sujeito surge na linguagem e pela linguagem, a partir do que se pode dizer que o que*

---

atualmente/. Acesso em: 03 jul. 2021.

4. RADFORD, Alec *et al. Language Models are Unsupervised Multitask Learners.* Disponível em: https://cdn.openai.com/better-language-models/language_models_are_unsupervised_multitask_learners.pdf. Acesso em: 03 jul. 2021

5. MIT TECNOLOGY REVIEW. *Por que a GPT-3 é o melhor e o pior da IA atualmente.* 2021. Disponível em: https://mittechreview.com.br/por-que-a-gpt-3-e-o-melhor-e-o-pior-da-ia-atualmente/. Acesso em: 03 jul. 2021.

morre é a subjetividade 'assujeitadora', e não o sujeito da relação de objetos"[6]. Sob esta perspectiva, os resultados apresentados pelo sistema adquirem especial relevância na sua aplicação em assistentes virtuais.

Assistentes virtuais são programas que interpretam a linguagem natural, através de algoritmos, sendo capazes de dialogar com os seres humanos, respondendo a questionamentos, indicando percursos, realizando pesquisas, ativando o uso de eletrodomésticos, regulando a temperatura, a iluminação, bem como abrindo e fechando residências[7]. Todavia, para isso, recolhem escolhas, hábitos, preferências, características biométricas (como a voz), dados de geolocalização, bem como o número de pessoas e caraterísticas de pessoas que se encontram na casa[8]. Ao se valerem da voz, como *input*, os assistentes virtuais, além de coletarem as palavras, captam dados pessoais não verbais, classificados como elementos "paralinguísticos", como o silêncio, o tom da voz, que permitem captar o estado de saúde e emocional, a educação, os sotaques, idade e gênero[9].

A *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* (CNIL), em estudo denominado *White Paper on the Record*, revela algumas questões importantes acerca da utilização de assistentes de voz: a) a transição do visual (tela) para a voz, pode fazer com que o usuário perca a perspectiva dos vestígios deixados por suas interações, gerando maior opacidade, trazendo novos desafios à coleta do consentimento, inclusive, em razão de sua aceitação, muitas vezes, ser por *checkbox*; b) a resposta do assistente virtual acaba por ser única, diferente quando, na tela, são expostos inúmeros resultados; c) interferências nas relações entre seres humanos e máquinas,

6. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 7.

7. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI. *Assistenti digitali (smart assistante) i consigli del garante per un uso a prova di privacy.* Disponível em: https://www.garanteprivacy.it/temi/assistenti-digitali. Acesso em: 30 mar. 2022.

8. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI. *Assistenti digitali (smart assistante) i consigli del garante per un uso a prova di privacy.* Disponível em: https://www.garanteprivacy.it/temi/assistenti-digitali. Acesso em: 30 mar. 2022.

9. COMISSION NATIONALE INFORMATIQUE E LIBERTÈ. *On The Record*: Exploring the ethical, technical and legal issues of voice assistants. https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_white-paper-on_the_record.pdf. Acesso em: 30 mar. 2022.

tais como: a personificação de assistentes, tornando-os uma companhia aos seus usuários; confusão entre se o interlocutor é um ser humano ou resultante de Inteligência Artificial; d) questões de preconceitos, com a utilização de vozes femininas, no sentido de imputar a condição de assistente à mulher; e) impactos no mercado de trabalho, atingindo trabalhadores pouco qualificados, denominados de "*clickworkers*"; f) problemas de privacidade, pela gravação por parte dos dispositivos, bem como a partilha de dados com diferentes *players*[10]. Nesse sentido, passa-se a analisar as peculiaridades da adoção da GPT-3.

2.2. Preconceitos humanos potencializados na adoção da GPT-3

O sistema GPT-3 foi aberto para testes iniciais para questões matemáticas, semânticas e éticas. Apresentou bons resultados, com a possibilidade de efetuar cálculos simples, mesmo sem que tenha sido previamente ensinado, contudo, a capacidade diminuiu quando foram acrescentadas muitas casas decimais, havendo erros grosseiros nos resultados exarados. No que tange aos testes semânticos, apresentou excelentes textos com grande similaridade aos produzidos por humanos, mas com dificuldades para responder a perguntas simples, como quantos pés cabem em um sapato?[11] Já no terceiro teste, relacionado à ética, a GPT-3 apresentou vieses racistas.

Estes outputs apresentados pelo sistema merecem estudo aprofundado quanto aos efeitos ligados à responsabilidade civil, especialmente quando o seu uso já vem sendo adotado para implementar produtos no mercado como a possibilidade de troca de correspondência com pessoas famosas[12], construção de *chatbots*[13], jogos

10. COMISSION NATIONALE INFORMATIQUE E LIBERTÈ. *On The Record*: Exploring the ethical, technical and legal issues of voice assistants. https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_white-paper-on_the_record.pdf. Acesso em: 30 mar. 2022.

11. ICHI.PRO. *GPT3 não entende nada*. Disponível em: https://ichi.pro/pt/gpt-3-nao-entende-nada-32364358257330. Acesso em: 30 mar. 2022.

12. MAYNE, Andrew. *AI | Escritor*. 2021. Disponível em: https://www.aiwriter.app/. Acesso em: 03 jul. 2021.

13. ROHRER, Jason. *December Project*. 2021. Disponível em: https://projectdecember.net/. Acesso

virtuais[14] e até mesmo por grandes empresas como a Microsoft[15], inclusive, para a sua utilização em assistentes virtuais. A própria empresa que lançou o produto reconheceu os preconceitos e demonstrou preocupação com o potencial prejuízo de pessoas pertencentes a grupos protegidos de diferentes maneiras, consolidando e potencializando os estereótipos existentes, além de produzir retratos degradantes entre outros danos potenciais. A empresa refere ainda que os vieses observados estão relacionados à raça, gênero e religião, mas que "*esta é uma análise preliminar e não reflete todos os vieses mesmo dentro das categorias estudadas*"[16]. No mesmo sentido, foi observado no estudo feito por Luciano Floridi e Massimo Chiriatti que demonstrou que o processo de aprendizado e treinamento com textos produzidos por humanos, acaba por refletir o pensamento humano sobre negros, mulheres e religiões, com as tendências já conhecidas de preconceito dessas categorias. Vale dizer, ficou comprovado que a GPT-3 é excelente quando utilizada para o Teste de Turing[17], repetindo com fidelidade o comportamento humano, inclusive com as nuances relacionadas a preconceitos, refletindo em preocupações com eventual aconselhamento humano no processo de tomada de decisão. Os autores concluem no estudo que a "*GPT-3 é uma peça extraordinária de tecnologia, mas tão inteligente, consciente, esperta, atenta, perceptiva, perspicaz, sensitiva e sensível (etc.) como uma velha máquina de escrever*"[18]. Assim, sua utilização como auxiliar no processo de tomada

---

em: 03 jul. 2021.

14. WIKIPEDIA. *AI Dungeon*. 2021. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/GPT-3. Acesso em: 03 jul. 2021.

15. LANGSTON, Jennifer. *From conversation to code:* Microsoft introduces its first product features powered by GPT-3. Microsoft, 2021. Disponível em: https://blogs.microsoft.com/ai/from-conversation-to-code-microsoft-introduces-its-first-product-features-powered-by-gpt-3/. Acesso em: 03 jul. 2021.

16. BROWN, Tom B. *et al. Language Models are Few-Shot Learners.* Cornell University, 2020. Disponível em: https://arxiv.org/abs/2005.14165. Acesso em: 03 jul. 2021, p. 36

17. TURING, Alan M. *Computing machinery and intelligence*. Mind, a Quarterly Review of Psychology and Philosophy, v. 59, n. 236, 1950. Disponível em: https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433. Acesso em: 03 jul. 2021.

18. FLORIDI, Luciano; CHIRIATTI, Massimo. *GPT-3: Its Nature, Scope, Limits, and Consequences.* Minds and Machines, n. 30, 2020. p. 690. Disponível em: https://doi.org/10.1007/s11023-020-

de decisão deve ser repleta de cautela, pois o resultado pode não representar a melhor escolha no caso concreto.

Este posicionamento do sistema ao reproduzir a realidade social, inclusive com seus preconceitos, demonstra o potencial do algoritmo de captar as particularidades humanas a partir dos textos que lhe foram informados, bem como reafirma a relevância que os dados de ensino da máquina adquirem, lembrando-se que "*um algoritmo é tão bom quanto os dados com os quais trabalha*"[19]. Assim, a GPT-3 não pode ser acolhida como um interpretador universal da realidade, mas apenas como um ótimo repetidor do comportamento humano, ensinado a partir dos dados de entrada e que pode auxiliar no processo de tomada de decisão.

Por outro lado, em consonância com os estudos apresentados, ao utilizá-lo é importante ter em mente que a confiança deve ser mitigada o que revela que "*você sabe que não pode confiar em algumas de suas respostas, então você não pode confiar em qualquer uma delas*"[20], justamente por haver situações difíceis de observar quando o sistema fez a análise correta ou quando está enviesado por dados que repetem comportamento humano preconceituoso. Lembra-se que ele aprende a linguagem por meio de exposições repetidas e as repete em uma escala muito maior, com a produção de conteúdo novo como autora de livros ou mesmo com respostas filosóficas[21].

Nesse sentido, em função do caráter repetidor da realidade, é que se observa o surgimento de eventual responsabilização por respostas racistas. O sistema, pela sua capacidade potencializadora de encontrar padrões e repeti-los, pode tender a atuar como propagador de injustiças sociais historicamente combatidas, fazendo

---

09548-1. Acesso em: 03 jul. 2021.

19. No original "[...] an algorithm is only as good as the data it works with". Tradução nossa. BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. *Big Data's Disparate Impact*. California Law Review, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2477899. Acesso em: 05 jul. 2021, p. 671.

20. DALE, Robert. GPT-3: What's it good for? *Natural Language Engineering*, n. 27, 2021. Disponível em: 10.1017/S1351324920000601. Acesso em: 03 jul. 2021.

21. ELKINS, Katherine; CHUN, Jon. *Can GPT-3 Pass a Writer's Turing Test?* Journal of Cultural Analytics, 2020. Disponível em: 10.22148/001c.17212. Acesso em: 04 jul. 2021.

distinções com desvantagem sem qualquer justificativa razoável que sustente referida conduta[22]. Tal situação, provavelmente irá refletir nos tribunais, com a busca de responsabilização pelo output, sendo que pode ocorrer de que a "*linha entre propósito discriminatório e impacto discriminatório não seja tão clara, e talvez não tão crítica, quanto o leitor da opinião do tribunal pode presumir*"[23], culminando em condenações por responsabilidade civil.

3. PRIMEIRAS LINHAS JURISPRUDENCIAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO BRASIL E PERSPECTIVAS SOBRE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA À LUZ DA *DEEP POCKET*

3.1. Primeiras linhas jurisprudenciais sobre responsabilidade civil por inteligência artificial nos Tribunais Brasileiros

Embora não existam julgados que tenham diretamente enfrentado o uso da GPT-3, no Brasil, já é possível desenhar as primeiras linhas jurisprudenciais orientativas, acerca da responsabilidade civil, no uso da Inteligência Artificial, aplicada a interações com destinatários de produtos e serviços. Para fins de estudo, metodologicamente, realizou-se pesquisa nos acervos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, bem como dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais[24], Rio de

22. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato:* a integração entre proteção e autonomia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

23. UNITED NATIONS OF AMERICA. Washington v. Davis, 426 U.S. 229. Supreme Court, 1976. *In:* THE OXFORD Guide to United States Supreme Court Decisions. 2 ed. Disponível em: https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195379396.001.0001/acref-9780195379396. Acesso em: 04 jul. 2021.

24. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE - PERDA DE OBJETO - NÃO OCORRÊNCIA - WHATSAPP E FACEBOOK - GRUPO ECONÔMICO - BANIMENTO - BLOQUEIO DE CONTA EM APLICATIVO - COMUNICAÇÃO PRÉVIA FUNDAMENTADA - NECESSIDADE - DIREITO DO CONSUMIDOR - ALTERNATIVIDADE DA CLÁUSULA RESOLUTIVA DO CDC - DEVER DE INFORMAÇÃO - CONTRADITÓRIO - AMPLA DEFESA - LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO - AMBIENTE VIRTUAL - TROCA DE DADOS - LEI 12.965/2014 - MARCO CIVIL DA INTERNET - EFICÁCIA IMEDIATA E HORIZONTAL DOS DIREITOS HUMANOS -

Janeiro, Rio Grande do Sul e de São Paulo, com a expressão "Inteligência Artificial". O Tribunal de Justiça de São Paulo apontou 92 (noventa e dois) eventos, em março de 2022, pelo que foi eleito como parâmetro para o desenvolvimento do estudo, passando-se a selecionar casos ligados à temática em questão. A partir da análise, foi possível extrair critérios identificadores de responsabilização, quando da utilização da IA.

O primeiro caso selecionado versa sobre a exigência extrajudicial de dívida prescrita, mediada por Inteligência Artificial[25]. O julgado concluiu que a plataforma acabou por constranger indevidamente o destinatário da cobrança, configurando-a como "*mecanismo de massa para constranger devedores - não raras vezes pessoas simples e hipossuficientes - ao pagamento de dívida inexigível*". Operou-se a condenação da demandada, na monta de cinco mil reais, em face de importunação automatizada, com fundamento no artigo 187 do Código Civil brasileiro, aplicando a Teoria do Abuso do Direito.

No segundo julgado, foram examinados os danos decorrentes da prestação de serviços aéreos, em que a programação realizada, por decisão automatizada, para

---

MÁQUINAS - ALGORITMOS - INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL - RESPONSABILIDADE DA EMPRESA PELAS DECISÕES E CONSEQUÊNCIAS - TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA - REQUISITOS PREENCHIDOS. Sendo frágeis as provas apresentadas em face da abrangência do objeto da demanda atinente à disponibilidade de conta em aplicativo, não ocorre perda de objeto. Constatados a probabilidade do direito e o perigo de dano (art. 300 do CPC), não se mostra razoável o banimento de conta em aplicativo, sendo assegurado ao usuário o direito de apresentar defesa à empresa que faz parte do mesmo grupo financeiro e tem ingerência sobre o aplicativo, sem representação institucional no Brasil, de modo a evitar, em sede de tutela antecipada, prejuízo ao consumidor. Uma vez que o uso de recursos digitais de comunicação e de compartilhamento de dados tornou-se imprescindível no ambiente social, profissional e político, torna-se necessário imprimir coerência às relações jurídicas privadas modernas por meio da adoção de valores constitucionais, em conformidade com a eficácia imediata e horizontal dos direitos humanos, de modo a impedir que empresas de tecnologia, por meio de algoritmos, máquinas e inteligência artificial, violem princípios da Constituição da República e normas nacionais, em especial as dispostas no Marco Civil da Internet e no Código de Defesa do Consumidor. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.20.597631-9/001, Relator(a): Des.(a) Marcos Henrique Caldeira Brant, 16ª Câmara Cível, julgamento em 23/06/2021, publicação da súmula em 24/06/2021)

25. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1002438-60.2021.8.26.012.

troca de aeronaves, estimou tempo ínfimo, gerando perda de conexão aos passageiros, resultando em infortúnios que ultrapassaram o campo do mero dissabor[26]. A decisão referida atribuiu a responsabilidade à empresa aérea, uma vez que "*possui o controle do planejamento dos roteiros que oferece ao mercado, inclusive detendo as ferramentas de inteligência artificial que programam automaticamente as escalas*". Verifica-se, portanto, a condenação, por erro de cálculo, com base em critério equivocado, que afeta a análise preditiva.

O terceiro caso imputou o dever de indenizar à instituição bancária, em face de saques, decorrentes de sequestro relâmpago, que estavam notadamente em desacordo ao comportamento habitual de sua correntista, sem que a Inteligência Artificial pudesse ter detectado, impedindo a continuidade das retiradas de quantias em caixas eletrônicos. O acórdão proclamou que "*cabe à instituição financeira, ante o risco de sua atividade, possuir um aparato de segurança com controle dinâmico das transações por sistema/inteligência artificial, adaptado para os diversos perfis de cliente.*"[27]. No caso, a "omissão" da IA gerou a condenação do banco demandado, por não observar as movimentações anormais do perfil do consumidor.

O quarto caso, por sua vez, tratou da criação de páginas pela própria rede social, por Inteligência Artificial, para pessoas jurídicas, com a finalidade de marketing, todavia, sem autorização de seu titular, violando o nome e o direito marcário. A fundamentação é que a criação automática pelo provedor faz com que a pessoa jurídica titular da marca não consiga controlar o teor das postagens das referidas páginas, podendo lhe causar danos. A rede social, por sua vez, referiu que as páginas são criadas automaticamente, por meio de HUB[28], não podendo ser removidas. O

26. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1117469-80.2019.8.26.0100.

27. Apelação Cível sob o nº 1010887-85.2021.8.26.0100. "Cabe à instituição financeira, ante o risco de sua atividade, possuir um aparato de segurança com controle dinâmico das transações por sistema/ inteligência artificial, adaptado para os diversos perfis de cliente. Mediante adoção de regras de segurança mínimas, ter-se-ia evitado a maioria dos saques, eis que transações completamente destoantes do perfil da autora."

28. FACEBOOK. *Apresentamos o Creative Hub, um novo lugar para dar vida às suas ideias no Facebook*. Disponível em: https://www.facebook.com/business/news/creative-hub-product-announcement. Acesso em: 30 mar. 2022.

acórdão determinou a exclusão das páginas, aplicando multa diária, em não havendo cumprimento da ordem judicial de retirada[29].

Dessa forma, reflexões sobre esta quadra de casos comprovam que, quando a Inteligência Artificial causar importunação automatizada, erro de cálculo ou omissão capaz de gerar prejuízo à pessoa, estão presentes os critérios ensejadores da indenização. Outrossim, a utilização de nome e de marca, sem autorização, tem como resultado o dever de exclusão das páginas, nos veios da tutela inibitória.

Neste caso, na hipótese do assistente virtual, que conta com a tecnologia GPT-3, importunar, de forma automatizada, ou, ainda, fornecer informações que decorram de erro de cálculo, ou, mesmo, com viés racista, haverá dever de indenizar. Casos como o ocorrido na com a assistente virtual da Amazon, a Alexa, que propôs para uma menina de 10 anos o desafio de colocar um aparelho eletrônico na tomada apenas até a metade e, posteriormente, tocá-los com uma moeda devem ser analisados sob a perspectiva da responsabilidade civil em razão do risco oferecido ao ser humano[30]. Assim, ainda que no caso concreto não tenha ocorrido maiores danos, a simples exposição de um ser humano - no caso uma criança - a risco real de sofrer danos irreparáveis merece um olhar de atenção do Direito a fim de se estabelecer instrumentos de proteção eficiente na relação do humano com a inteligência artificial, no caso, a GPT-3.

3.2. Perspectivas sobre responsabilidade solidária à luz da *Deep Pocket*

A utilização de sistemas de inteligência artificial que são potencialmente causadores de danos, enseja o emprego da responsabilidade civil, a partir de diferentes teorias. O Código Civil brasileiro dispõe, em seu artigo 936, a responsabilidade pelo fato da coisa. Neste caso, ao implementar o sistema, a responsabilidade ocorreria independentemente de culpa, bastando que haja o nexo

29. Apelação Cível nº 1070390-71.2020.8.26.0100.

30. NAQ, Sana Noor. *Alexa propõe desafio com moeda e tomada a uma menina de 10 anos.* CNN, 2022. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/tecnologia/alexa-propoe-desafio-perigoso-com-moeda-e-tomada-a-uma-menina-de-10-anos/. Acesso em: 27 mar. 2022.

de causalidade entre a ação do sistema e o dano, nos moldes da responsabilização daquele que adota um animal e este vem a causar danos em outrem. A exceção seria culpa exclusiva do lesado ou a ocorrência de fato de terceiro[31]. Já sob outra perspectiva, nos termos do artigo 927, que trata do risco, a responsabilidade está ligada ao dever de indenizar "*quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*"[32]. Noutro contexto, no caso de tratar-se de relação de consumo, em razão da dialética de proteção ao consumidor, haverá a incidência de responsabilização objetiva quando ficar configurado defeito do produto ou do serviço no agir do algoritmo[33]. Ao reproduzir comportamento preconceituoso ou expor a risco o usuário, aplica-se o direito do consumidor para a responsabilização pelo dano que visa "*eliminar ou, ao menos, reduzir essas distorções e mal-entendidos discriminatórios inclusos na linguagem natural para que a IA atue de forma equânime e garanta a igualdade material aos consumidores*"[34].

Ocorre que o "*Relatório que contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade aplicável à Inteligência Artificial*"[35], de 5 de outubro de 2020, alerta que existem grupos de tecnologias diferentes, em matéria de IA, a ensejar diversos regimes. No caso concreto, a GPT-3 pode ser considerada de alto risco, conforme

31. "A responsabilidade civil do dono ou detentor de animal é objetiva, admitindo-se a excludente do fato exclusivo de terceiro. Poder Judiciário. Justiça Federal." (BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado 452*. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/390. Acesso em: 30 mar. 2022).

32. BRASIL. Lei n 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Câmara dos Deputados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 04 jul. 2021.

33. VLADECK, David C. *Machines Without Principals*: Liability Rules and Artificial Intelligence. *Washington Law Review,* v. 89, n.. 1, 2014. Disponível em: https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol89/iss1/6. Acesso em: 04 jul. 2021.

34. DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. *Desafios e benefícios da inteligência artificial para o direito do consumidor*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 11, n. 1, 2021, p. 660.

35. PARLAMENTO EUROPEU. *Relatório que contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial.* 05 out. 2020. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0178_PT.pdf. Acesso em: 30 mar. 2022.

critérios constantes do relatório[36]. Como se vê, a GPT-3, em face do volume de dados e de sua opacidade, se revela como tecnologia de alto risco, não sendo possível controlar, devendo ser aplicada a responsabilidade objetiva, sobretudo, com base na teoria do *deep pocket*[37].

Sendo assim, propõe-se que, havendo atuação defeituosa da assistente virtual baseada na GPT-3, ao buscar a responsabilização pelo dano, o juiz poderá, em havendo múltiplos atores, direcioná-la para aquele que tiver relação com a cadeia do produto e possuir maior capacidade de ressarcir o prejuízo. Neste caso, "*o agente, seja ele qual for, que tiver o 'bolso profundo', isto é, quem tiver a melhor capacidade para gerir os riscos dessas atividades perigosas deverá atuar como uma espécie de garantidor delas*"[38], respondendo diretamente pelo dano ocasionado em qualquer

36. "Considerando que alguns sistemas de IA representam importantes desafios jurídicos para o quadro em vigor em matéria de responsabilidade, podendo resultar em situações em que a sua opacidade torne extremamente dispendiosa, ou mesmo impossível, a identificação de quem controlava o risco associado ao sistema de IA ou que código, intervenção ou dados acabaram por provocar a operação danosa; que este fator pode tornar mais difícil identificar a relação entre os danos ou prejuízos e o comportamento que os provocam, resultando no facto de as vítimas poderem não receber indemnização adequada". (PARLAMENTO EUROPEU. *Relatório. que contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial.* Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0178_PT.pdf. Acesso em: 30 mar. 2022).

37. "Considera que um sistema de IA representa um alto risco quando o seu funcionamento autónomo envolve um risco considerável de causar danos a uma ou mais pessoas de forma aleatória e que vai além do que se pode razoavelmente esperar; considera que, ao determinar se um sistema de IA é de alto risco, o setor em que se podem esperar riscos significativos e a natureza das atividades empreendidas também devem ser tidos em conta; considera que a importância do risco depende da relação entre a gravidade dos eventuais danos, a probabilidade de o risco causar esses danos e a forma como o sistema de IA é utilizado". (PARLAMENTO EUROPEU. *Relatório. que contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial.* Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0178_PT.pdf. Acesso em: 30 mar. 2022).

38. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MENDON, Filipe. *Responsabilidade civil e regulação de novas tecnologias*: questões acerca da utilização de inteligência artificial na tomada de decisões empresariais. *Revista Estudos Institucionais;* v. 6, n. 1, 2020. Disponível em: 10.21783/rei.v6i1.383. Acesso em: 04 jul. 2021, p. 319.

ponto da cadeia de distribuição ou uso do produto. Este modelo de responsabilização implica que aquele que é o criador da inteligência artificial, o fabricante, ou aquele que a utiliza em sua atividade profissional e que, portanto, se beneficia dos lucros gerados pela tecnologia de qualquer forma, deve assumir a posição de garantidor sobre os riscos inerentes às suas atividades, podendo ser, inclusive, exigível que se faça um seguro obrigatório de danos. Assim, deve ser estabelecido por toda a cadeia que se beneficia do lucro, níveis de segurança esperados, capaz de ressarcir eventual prejuízo e atender ao retorno do *status quo* da relação ou, ao menos, à sua compensação.

Sobre a *deep pocket*, Paulo de Bessa Antunes a define como uma forma de definir a responsabilização em casos de inúmeras responsabilidades, mas que se apresenta difícil de se estabelecer o nível de responsabilidade de cada um individualmente[39].

Importante destacar que se compreende que esta teoria não se aplica à Inteligência Artificial de baixo ou médio risco, quando é possível identificar o responsável. No Brasil, a teoria do *deep pocket* vem sendo aplicada especialmente para a responsabilização de danos ambientais, fundamentada na noção de que em havendo diversos poluidores, deverá prevalecer a solidariedade entre eles, viabilizando ao prejudicado que possa demandar aquele agente que possua maiores e melhores condições financeiras para suportar a responsabilização pela degradação ambiental[40]. Esta dificuldade de enquadramento na legislação da responsabilidade

39. "Deep pocket doctrine é um jargão forense que busca dar solução para os casos nos quais existem muitas responsabilidades solidárias e dificilmente se pode chegar à definição sobre 'quão responsável é cada responsável'. Os tribunais, com vistas a não deixar que a vítima permaneça sem os devidos ressarcimentos, escolhem aquele que é mais saudável financeiramente e transferem para ele toda a responsabilidade econômica decorrente da indenização. Esta tendência está bastante cristalizada em nossa jurisprudência, pois os tribunais seguidamente negam denunciação da lide em questões ambientais, afirmando que a discussão entre os possíveis responsáveis é matéria privada e que não pode retardar a reparação dos danos ao meio ambiente e o pagamento das respectivas indenizações". (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental.* 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 225).

40. "A teoria norte-americana do bolso profundo (**Deep Pocket** Doctrine) parte da ideia de que em havendo vários poluidores, deverá prevalecer à solidariedade entre eles, afim de que o prejudicado possa demandar aquele agente que possua maiores e melhores condições financeiras para suportar a responsabilização pela degradação ambiental." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso

pelos danos ocasionados pela inteligência artificial não é exclusividade do Brasil, sendo observada em outros países como a França[41]. Sob esta perspectiva, a fim de propor uma solução a esta dificuldade na legislação brasileira, especialmente quando já conhecido que possui vieses potencialmente causadores de danos como no caso do GPT-3, é que se traz a reflexão acerca da aplicação da teoria do *deep pocket*, como forma de garantir o efetivo ressarcimento de eventuais danos causados em qualquer parte da cadeia que se beneficie de sua tecnologia.

A GPT-3 já vem sendo utilizada de forma direta por grandes empresas como a Microsoft[42] e em cadeia como API para a assistente virtual Alexa[43], onde se utiliza de um código de amostra para uma habilidade da Alexa que usa clonagem de voz realista para a conversão de texto em fala. Assim, levando-se em conta que ela é uma representação massiva do que está escrito no mundo, suas aplicações representam imensas possibilidades com extraordinários recursos de criação de texto escrito com grande similaridade ao humano. Ao mesmo tempo, também representa o reforço de preconceitos e a massificação de danos àqueles que fazem parte de grupos historicamente violentados pela antipatia humana. Dessa forma, com a utilização da GPT-3 por empresas que a irão incorporar como base em novos produtos, podem ocorrer danos que não decorrerão do produto lançado pela empresa que estará na ponta da cadeia, mas de sua aplicação que está por trás e utiliza a GPT-3 como API[44]. Dessa forma, ao se considerar que a empresa que possui relação direta com as pessoas fornece produtos para empresas e tomadores de decisão, a cadeia de

---

Especial 1946113. Julgado em 03/12/2021. Publicado em 09/12/2021).

41. ARCHAMBAULT, Laurent; ZIMMERMANN, Lea. *Repairing damages caused by artificial intelligence*: French law needs to evolve. *Gazette Du Palais,* n. 9, 2018. Disponível em: https://www.selene-avocats.fr/wp-content/uploads/2019/01/Traduction-article-IA.pdf. Acesso em: 04 jul. 2021.

42. FOLEY, Mary Jo. *Build 2021:* Microsoft veut permettre de programmer en langage naturel avec GPT-3. ZDNet, 2021. Disponível em: https://www.zdnet.fr/actualites/build-2021-microsoft-veut-permettre-de-programmer-en-langage-naturel-avec-gpt-3-39923343.htm. Acesso em: 04 jul. 2021.

43. Resemble AI - Alexa - GPT-3

44. SILVA, Douglas da. *O que é API?* Vantagens e aplicações. Zendesk, 2021. Disponível em: https://www.zendesk.com.br/blog/o-que-e-api/. Acesso em: 04 jul. 2021

responsabilização por comportamento preconceituoso e lesivo da GPT-3 pode ser tão extensa que venha a sofrer grande dificuldade para o efetivo ressarcimento aos prejuízos ocasionados. Neste contexto, as teorias tradicionais de responsabilidade civil podem não apresentar respostas que atendam de forma suficiente ao problema, ganhando relevância a teoria do *deep pocket*. Portanto, ante a imensa cadeia de ofertantes de produtos e serviços que poderão se utilizar da GPT-3 como fundamento para seus clientes, a responsabilização daquele que possuir o bolso profundo pode representar a melhor opção para o retorno ao *status quo* do lesado, cabendo a devida partilha, em sede de regresso, entre os players.

Saliente-se, no entanto, que sua aplicação não é consenso, havendo casos em que alguns juízes afirmam que ela fere até mesmo o bom senso, pois pretende responsabilizar um fabricante por lesões causadas pelo produto de terceiro[45]. Por outro lado, por vezes, o verdadeiro responsável *"é à prova de julgamento, é imune a processo por perempção ou por alguma outra barreira à imposição de responsabilidade, tem seguro inadequado ou não pode ser alcançado pelo processo judicial"*[46], revelando situações em que, se não adotada, o prejudicado não terá como ver seu direito realizado. Vale dizer, pode ocorrer de surgirem situações em que a cadeia de ofertantes de produtos que tomam por base a GPT-3 tenha se ramificado de tal forma que seja impossível responsabilizar alguém pelo viés racista, que ela pode apresentar.

Nesse sentido, em situação análoga, ao abordar erros ocasionados pela inteligência artificial quando utilizada em veículos autônomos, o ex-diretor do Bureau de Defesa do Consumidor da Federal Trade Commission, uma agência independente do governo dos Estados Unidos, David C. Vladeck afirma que seria melhor a divisão da responsabilidade em função de que o custo do erro é melhor

45. UNITED NATIONS OF AMERICA. *Phelps v. Wyeth, Inc., No. 09-6168-TC, 2010 WL 2553619, at *2* (D. Or. May 28, 2010). p. 32. Disponível em: https://www.courts.ca.gov/documents/1-s233898-resp-pet-rev-041916.pdf. Acesso em: 04 jul. 2021.

46. SCHWARTZ, Victor E. Deep Pocket Jurisprudence: Where Tort Law Should Draw the Line. *Washington Legal Foundation. Advocate for Freedom and Justice,* v. 32, n. 30, 2017. Disponível em: https://www.wlf.org/2017/12/08/publishing/deep-pocket-jurisprudence-where-tort-law-should-draw-the-line/. Acesso em: 04 jul. 2021.

distribuído entre todas as partes no intuito de estabelecer uma proteção mais contra eventuais perdas[47].

A utilização da teoria *deep pocket* pode representar um avanço, pois imporá responsabilidade a alguém que de alguma forma se beneficiou economicamente da tecnologia e tem condições de ressarcir o prejudicado. Sua implementação prática, no entanto, dependerá de ações que suscitam este modelo de responsabilidade, inclusive, em projetos de lei, bem como aos tribunais em discuti-la e definir seus limites de aplicação no Direito Brasileiro. Tais ações tendem a chamar a atenção dos desenvolvedores e preparar o caminho para a adoção de ações com caráter preventivo do surgimento de viés em modelos ofertados ao mercado.

4. CONCLUSÕES

Nesse sentido, é possível projetar as seguintes conclusões:

a) A GPT-3 representa evolução do desenvolvimento tecnológico com inúmeras aplicações, como melhoria, inclusive, em assistentes virtuais, sendo que, ao mesmo tempo, a título de pioria, reproduz preconceitos em razão de vieses oriundos de dados;

b) Existem diferentes níveis de Inteligência Artificial, que exigem distintas regras para sua responsabilização;

c) Aplica-se à GPT-3, tratando-se de Inteligência Artificial de alto risco, a teoria de responsabilidade civil *deep pocket*, em face de sua opacidade, bem como da

47. "Se for de fato impossível identificar a causa do acidente, então o fabricante provavelmente não teria motivos razoáveis para uma ação de indenização ou contribuição e, portanto, seria responsável por todo o julgamento. Esse resultado pode fazer sentido se o fabricante estiver na melhor posição para suportar a perda. Caso contrário, pode ser mais justo repartir a responsabilidade entre todas as partes que participaram da construção e manutenção dos sistemas autônomos do veículo, com o fundamento de que o custo do erro é melhor distribuído entre todas as partes potencialmente responsáveis ou entre as partes que poderiam proteger de forma mais eficiente ou seguro contra perdas". (VLADECK, David C. *Machines Without Principals*: Liability Rules and Artificial Intelligence. Washington Law Review. Volume 89, Nº 1. Symposium: Artificial Intelligence and the Law, 2014. Disponível em: https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol89/iss1/6/. Acesso em: 04 jul. 2021.)

dificuldade de se identificar quais dos plúrimos atores agiram ou deixaram de agir, somada à dificuldade de se evitar riscos. Tem o condão de permitir que o prejudicado seja ressarcido, independentemente de onde estiver o prestador na escala de relação com o desenvolvedor do algoritmo da GPT-3, bastando que este tenha se beneficiado de sua tecnologia;

d) Havendo danos oriundos de vieses inerentes à GPT-3, em sendo classificada como de alto risco, o lesado deverá buscar a aplicação da teoria *deep pocket*, para fomentá-la como alternativa de responsabilização por prejuízos ocasionados pela inteligência artificial, seja junto ao Poder Judiciário, sejam nos projetos que tramitam no Poder Legislativo.

Estas são as conclusões sobre a temática.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARCHAMBAULT, Laurent; ZIMMERMANN, Lea. Repairing damages caused by artificial intelligence: French law needs to evolve. *Gazette Du Palais*, n. 9, 2018. Disponível em: https://www.selene-avocats.fr/wp-content/uploads/2019/01/Traduction-article-IA.pdf. Acesso em: 04 jul. 2021.

BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. Big Data's Disparate Impact. *California Law Review*, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2477899. Acesso em: 05 jul. 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado 452*. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/390. Acesso em: 2022.

BRASIL. Lei n 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Câmara dos Deputados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 04 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Recurso Especial 1946113*. Julgado em 03/12/2021. Publicado em 09/12/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento n. 1.0000.20.597631-9/001*. Julgado em 24/06/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 1002438-60.2021.8.26.0012*. Julgado em 11/03/2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 1117469-80.2019.8.26.0100*. Julgado em

8/02/2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 1010887-85.2021.8.26.0100*. Julgado em 10/12/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 1070390-71.2020.8.26.0100*. Julgado em 2/12/2021.

BROWN, Tom B. et al. Language Models are Few-Shot Learners. *Cornell University*, 2020. Disponível em: https://arxiv.org/abs/2005.14165. Acesso em: 03 jul. 2021.

BROWN, Tom B. et al. Language Models are Few-Shot Learners. *Cornell University*, 2020. Disponível em: https://arxiv.org/abs/2005.14165. Acesso em: 03 jul. 2021, p. 36

DALE, Robert. GPT-3: What's it good for? *Natural Language Engineering*, n. 27, 2021. Disponível em: 10.1017/S1351324920000601. Acesso em: 03 jul. 2021.

DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. Desafios e benefícios da inteligência artificial para o direito do consumidor. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 11, n. 1, 2021, p. 660.

ELKINS, Katherine; CHUN, Jon. Can GPT-3 Pass a Writer's Turing Test? *Journal of Cultural Analytics*, 2020. Disponível em: 10.22148/001c.17212. Acesso em: 04 jul. 2021.

FACEBOOK. *Apresentamos o Creative Hub, um novo lugar para dar vida às suas ideias no Facebook.* Disponível em: https://www.facebook.com/business/news/creative-hub-product-announcement. Acesso em: 30 mar. 2022.

FLORIDI, Luciano; CHIRIATTI, Massimo. GPT-3: Its Nature, Scope, Limits, and Consequences. *Minds and Machines*, n. 30, 2020. p. 690. Disponível em: https://doi.org/10.1007/s11023-020-09548-1. Acesso em: 03 jul. 2021.

FOLEY, Mary Jo. Build 2021: Microsoft veut permettre de programmer en langage naturel avec GPT-3. *ZDNet*, 2021. Disponível em: https://www.zdnet.fr/actualites/build-2021-microsoft-veut-permettre-de-programmer-en-langage-naturel-avec-gpt-3-39923343.htm. Acesso em: 04 jul. 2021.

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI. *Assistenti digitali (smart assistante) i consigli del garante per un uso a prova di privacy*. Disponível em: https://www.garanteprivacy.it/temi/assistenti-digitali. Acesso em: 30 mar. 2022.

ICHI.PRO. *GPT3 não entende nada*. Disponível em: https://ichi.pro/pt/gpt-3-nao-entende-nada-32364358257330. Acesso em: 30 mar. 2022.

LANGSTON, Jennifer. From conversation to code: Microsoft introduces its first product features powered by GPT-3. *Microsoft*, 2021. Disponível em: https://blogs.microsoft.com/ai/from-conversation-to-code-microsoft-introduces-its-first-product-features-powered-by-gpt-3/. Acesso em: 03 jul. 2021.

MAYNE, Andrew. *AI | Escritor*. 2021. Disponível em: https://www.aiwriter.app/. Acesso em: 03 jul. 2021.

MIT TECNOLOGY REVIEW. *Por que a GPT-3 é o melhor e o pior da IA atualmente*. 2021. Disponível em: https://mittechreview.com.br/por-que-a-gpt-3-e-o-melhor-e-o-pior-da-ia-atualmente/. Acesso em: 03 jul. 2021.

NAQ, Sana Noor. Alexa propõe desafio com moeda e tomada a uma menina de 10 anos. *CNN*, 2022. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/tecnologia/alexa-propoe-desafio-perigoso-com-moeda-e-tomada-a-uma-menina-de-10-anos/. Acesso em: 27 mar. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU. *Relatório. que contém recomendações à Comissão sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial.* Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0178_PT.pdf. Acesso em: 30 mar. 2022.

RADFORD, Alec et al. *Language Models are Unsupervised Multitask Learners*. Disponível em: https://cdn.openai.com/better-language-models/language_models_are_unsupervised_multitask_learners.pdf. Acesso em: 03 jul. 2021

ROHRER, Jason. *December Project*. 2021. Disponível em: https://projectdecember.net/. Acesso em: 03 jul. 2021.

ROMERO, Alberto. A Complete Overview of GPT-3: The Largest Neural Network Ever Created. *Towards Data Science*, 2021. Disponível em: https://towardsdatascience.com/gpt-3-a-complete-overview-190232eb25fd. Acesso em: 03 jul. 2021.

SCHWARTZ, Victor E. Deep Pocket Jurisprudence: Where Tort Law Should Draw the Line. *Washington Legal Foundation. Advocate for Freedom and Justice*, v. 32, n. 30, 2017. Disponível em: https://www.wlf.org/2017/12/08/publishing/deep-pocket-jurisprudence-where-tort-law-should-draw-the-line/. Acesso em: 04 jul. 2021.

SILVA, Douglas da. O que é API? Vantagens e aplicações. *Zendesk*, 2021. Disponível em: https://www.zendesk.com.br/blog/o-que-e-api/. Acesso em: 04 jul. 2021

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Antidiscriminação e contrato*: a integração entre proteção e autonomia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto*: decido conforme minha consciência? 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MENDON, Filipe. Responsabilidade civil e regulação de novas tecnologias: questões acerca da utilização de inteligência artificial na tomada de decisões empresariais. *Revista Estudos Institucionais*; v. 6, n. 1, 2020. Disponível em: 10.21783/rei.v6i1.383. Acesso em: 04 jul. 2021.

TURING, Alan M. Computing machinery and intelligence. *Mind, a Quarterly Review of Psychology and Philosophy*, v. 59, n. 236, 1950. Disponível em: https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433. Acesso em: 03 jul. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *Phelps v. Wyeth, Inc.*, No. 09-6168-TC, 2010 WL 2553619, at *2

(D. Or. May 28, 2010). Disponível em: https://www.courts.ca.gov/documents/1-s233898-resp-pet-rev-041916.pdf. Acesso em: 04 jul. 2021.

UNITED STATES OF AMERICA. *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229. Supreme Court, 1976. In: The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions. 2 ed. Disponível em: https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195379396.001.0001/acref-9780195379396. Acesso em: 04 jul. 2021.

VLADECK, David C. Machines Without Principals: Liability Rules and Artificial Intelligence. *Washington Law Review*. Volume 89, Nº 1. Symposium: Artificial Intelligence and the Law, 2014. Disponível em: https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol89/iss1/6/. Acesso em: 04 jul. 2021.

WIKIPEDIA. *AI Dungeon*. 2021. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/GPT-3. Acesso em: 03 jul. 2021.

PRECIFICAÇÃO PERSONALIZADA VS. PRECIFICAÇÃO DINÂMICA:
DESAFIOS JURÍDICOS

José Luiz de Moura Faleiros Júnior
Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Digital, Direito Civil e Direito Empresarial. Advogado.
E-mail: jfaleiros@ufmg.br

Resumo: O artigo analisará a perfilização, cujas nuances são mal compreendidas quanto à sua licitude em contextos nos quais algoritmos sejam implementados. O problema investigado partirá da superficialidade da adjetivação depreciativa de práticas desse jaez pela estigmatização da precificação algorítmica como ilícita ou abusiva. Um paralelo será traçado para diferenciar a precificação personalizada da dinâmica. Na hipótese, analisar-se-á a necessidade de atribuição de soluções jurídicas diversas para uma e para outra. Será utilizado o método dedutivo, com lastro em revisão bibliográfica.
Palavras-chave: precificação personalizada; precificação dinâmica; perfilização.

Abstract: *The article will analyze profiling and its nuances, which are poorly understood as to its legality in contexts where algorithms are implemented. The problem investigated starts on the superficiality of the derogatory adjectives of such practices by the stigmatization of algorithmic pricing as illicit or abusive. A parallel will be drawn to differentiate personalized pricing from dynamic pricing. In the hypothesis, the need for attributing different legal solutions for one and the other will be analyzed. The deductive method will be used, based on qualitative bibliographic review.*
Keywords: *personalized pricing; dynamic pricing; profiling.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O que é a perfilização? Quais são seus traços distintivos?; 2.1. Precificação personalizada; 2.2. Precificação dinâmica; 3. Desafios intrínsecos e extrínsecos para a distinção das práticas exploradas; 4. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O ponto central da presente pesquisa diz respeito aos desafios para a compreensão do complexo tema da perfilização (identificada, em inglês, pelo termo *profiling*), que possui nuances ainda nebulosas e mal compreendidas quanto à sua licitude em contextos nos quais algoritmos sejam implementados para sua realização. Ainda que, por vezes, seja consentida e destinada à equalização da conversão de moeda, trata-se de prática recorrentemente visualizada pelas lentes da discriminação algorítmica, que já gerou sancionamento administrativo no Brasil e na Europa, embora, nem sempre, os casos concretos revelem sua ocorrência.

O tema é de amplo espectro consequencial, mas, para os fins da presente investigação, opta-se por analisá-lo sob o prisma das relações de consumo. Registra-se que, a despeito do recrudescimento do arcabouço de normas que se voltam à tutela da discriminação desencadeada por algoritmos no mercado de consumo, ainda são visualizadas, cotidianamente, diversas distorções que não geram violações diretas, tampouco desvirtuam a proteção haurida aos consumidores.

Não se desconsidera a dificuldade de fiscalização de abusos que geram lesões a direitos em uma lógica perversa de custo e benefício. Todavia, a casuística analisada – da qual decorre a hipótese da pesquisa – indica a necessidade de amadurecimento do conceito jurídico de 'perfilização', que, para o recorte proposto, se desdobra em duas práticas distintas: precificação personalizada e precificação dinâmica.

A partir dessa premissa, embora também não se desconsidere a ocorrência (e até recorrência) de práticas abusivas ou ilícitas, que se aproveitam da vulnerabilidade informacional do consumidor para gerar vantagens econômicas e concorrenciais no comércio eletrônico, percebe-se que a definição de preços (personalizada ou dinâmica) acaba sendo aferida pelas mesmas lentes, com solução jurídica única para práticas diferentes.

Com o objetivo geral de distingui-las no contexto consumerista e os objetivos específicos de apontar suas características centrais, suas consequências, os contextos nos quais se tornam abusivas ou ilícitas e, ainda, as soluções jurídicas disponíveis para sua tutela no ordenamento brasileiro, este trabalho buscará arrimo em casuística elucidativa, cuja aferição se dará em caráter qualitativo, haja vista o parco repertório pragmático para a consolidação de amostragem suficiente para uma análise

quantitativa.

Em termos metodológicos, tendo em vista as particularidades narradas, será utilizado o método dedutivo, com lastro em revisão bibliográfica, para a concretização da averiguação almejada. Serão analisados, no referido contexto, um emblemático exemplo brasileiro e outro, bem recente, que gerou sanção administrativa na Europa. As práticas levadas a efeito, no plano concreto, em cada um dos casos, permitirão o diagnóstico de seus elementos distintivos e seu enquadramento nos conceitos sob investigação para que se possa cumprir os objetivos específicos narrados.

2. O QUE É A PERFILIZAÇÃO? QUAIS SÃO SEUS TRAÇOS DISTINTIVOS?

O termo "perfilização" – extraído do vocábulo inglês *profiling* – é mais complexo do que possa parecer. Em simples termos, convém lembrar que sua gênese remonta às Ciências Criminais[1] e que várias foram as tentativas anteriores de tradução: já se falou em perfilamento, perfilagem, perfilhamento, mas o termo que vem sendo acatado pela doutrina especializada é, de fato, é perfilização. Segundo Rafael Zanatta, "*profiling (expressão inglesa de perfilização) significa 'o ato ou processo de extrapolar informação sobre uma pessoa baseado em traços ou tendências conhecidas'*".[2] A intenção, em essência, é prever cenários e traçar perfis[3] que, nas relações de consumo,

1. Com efeito: "O perfilamento criminal (*criminal profiling*, em inglês), também tem sido denominado de: perfilagem criminal, perfilamento comportamental, perfilhamento de cena de crime, perfilamento da personalidade criminosa, perfilamento do ofensor, perfilamento psicológico, análise investigativa criminal e psicologia investigativa. Por conta da variedade de métodos e do nível de educação dos profissionais que trabalham nessa área, existe uma grande falta de uniformidade em relação às aplicações e definições desses termos. Consequentemente, os termos são usados inconsistentemente e indistintamente." HEUSI, Tálita Rodrigues. Perfil criminal como prova pericial no Brasil. *Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics*, Itajaí, v. 5, n. 3, p. 232-250, 2016, p. 237.

2. ZANATTA, Rafael. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados. *ResearchGate*. fev. 2019. Disponível em: https://bit.ly/3hQe5wM. Acesso em: 02 set. 2021.

3. Segundo Danilo Doneda, os "dados, estruturados de forma a significarem para determinado sujeito uma nossa representação virtual – ou um *avatar* – podem ser examinados no julgamento de

viabilizam predição comportamental a partir da heurística.

De fato, o incremento da capacidade dos microprocessadores com intervalos médios de dois anos – que deram origem à hoje intitulada 'Primeira Lei de Moore'[4] – se tornou fator preponderante para a criação de mecanismos de regulação econômica e controle do ritmo da evolução tecnológica, em especial no contexto consumerista, sendo, ainda, precursor de temas fundamentais de assuntos como a obsolescência programada.[5]

A partir do momento em que o consumo se introjetou de forma definitiva nas relações humanas, começaram a surgir grupos organizados de consumidores com pleitos que passaram a nortear a necessidade de tratamento jurídico específico para eventuais contingências[6]. Segundo Luiz Otávio Amaral, "*consumidores, por definição, somos todos nós, (...) são o maior grupo econômico, e influenciam e são*

---

uma linha de crédito, de um plano de saúde, a obtenção de um emprego, a passagem livre pela alfândega de um país, além de tantas outras hipóteses." DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 2.

4. Em 1965, Gordon Moore identificou uma tendência de duplicação do potencial de processamento e armazenamento dos *microchips*, que ocorre até os dias atuais em função da nanotecnologia, a cada dois anos. Para mais detalhes, consultar seu famoso artigo: MOORE, Gordon E. Cramming more components onto integrated circuits. *Electronics*, Nova York, v. 38, n. 8, p. 1-4, abr. 1965. Porém, cumpre mencionar que uma outra proposta, chamada por muitos de 'Segunda Lei de Moore' ou de 'Lei de Moore/Rock' (em menção a Gordon Moore e Arthur Rock), já indicava que os custos para esse incremento computacional também dobrariam, mas a cada três ou quatro anos. Em algum momento, esses valores haverão de se equivaler, e a previsão é de que isso ocorra em 2023, tornando fundamental a disseminação do processamento descentralizado, viabilizado pela tecnologia 5G. Para mais detalhes, ver ROSS, Philip E. 5 Commandments. *IEEE Spectrum*, 2003. Disponível em: https://spectrum.ieee.org/semiconductors/materials/5-commandments. Acesso em: 31 ago. 2021.

5. Para uma análise mais detalhada dessa evolução, conferir FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A evolução da inteligência artificial em breve retrospectiva. *In*: BARBOSA, Mafalda Miranda *et al* (Coord.). *Direito digital e inteligência artificial*: diálogos entre Brasil e Europa. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 3-26.

6. RAMSAY, Iain. Consumer protection in the era of informational capitalism. *In:* WILHELMSSON, Thomas; TUOMINEM, Salla; TUOMOLA, Heli (Ed.). *Consumer law in the information Society.* Haia: Kluwer Law International, 2001, p. 45-65.

influenciados por quase toda decisão econômica pública ou privada."[7]

A constatação de que a informação se tornaria o substrato mais importante (e de maior valor) da sociedade foi resultado de reflexões que a Sociologia e a Economia apontaram muito antes que a evolução disruptiva se materializasse. [8] Erik Jayme, por exemplo, destaca a extinção das fronteiras na sociedade da informação, na medida em que "*qualquer um pode facilmente se libertar das amarras de sua existência limitada: velocidade, ubiquidade, liberdade; o espaço, para a comunicação, não existe mais.*"[9] Tudo se virtualizou e a vigilância empreendida a partir do controle e do mapeamento dos fluxos de dados se tornou elemento central da "virada informacional", ou, ainda, de uma "quarta revolução"[10].

Segundo Antonia Klee, "*a Internet configura um novo meio, permitindo a conexão de pessoas nas mais diversas situações, com os mais diversos propósitos. A inter-relação é de tal modo facilitada que se costuma falar em desterritorialização das relações celebradas por meio eletrônico*".[11] Noutros dizeres, a proteção do consumidor poderá ser dividida em momentos díspares: antes e depois da aparição do comércio eletrônico, tornando necessárias novas soluções para problemas que surgem[12] e que, agora, são desafiados por novas fronteiras do implemento de algoritmos que podem gerar discriminação e consequente ilegalidade.

Em pleno século XXI, tem-se o apogeu da era marcada pela ampla conectividade

---

7. AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *Teoria geral do direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 19.

8. KEEN, Andrew. *How to fix the future*. Nova York: Atlantic, 2018, p. 11.

9. JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 133-146, mar. 2003, p. 134.

10. FLORIDI, Luciano. *The 4th Revolution*: how the infosphere is reshaping human reality. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 1-24; 87-93.

11. KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 227.

12. LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 354.

estudada por Schwab[13]. Os debates já se elasteceram para além das regras contidas no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), pois já se tornou evidente que o ritmo galopante da inovação impõe reformulações aos modelos tradicionais de regulação pela lei e de engessamento das estruturas econômicas.

Esse foi um dos motes para a promulgação, no país, da "Declaração de Direitos de Liberdade Econômica" (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019), escorada em postulados como a liberdade (art. 2º, I) e a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas (art. 2º, III).

Nesse contexto, abriu-se largo campo à estruturação de modelos de negócio baseados em algoritmos capazes de processar grandes acervos de dados, trazendo sofisticação ao tradicional comércio eletrônico e viabilizando a implementação de estruturas negociais baseadas em dados e na identificação de perfis e tendências para a potencialização de lucros a partir da oferta de produtos e serviços mais personalizados ao consumidor final.

Esse renovado e robustecido comércio eletrônico está conectado intrinsecamente à economia digital (de base informacional). Agora, é possível pensar que se está diante de um 'mundo novo', além do alcance regulatório do direito tradicionalmente concebido – que é dependente da regulação estatal[14] –, porquanto permeável por ações preditivas inovadoras, tais como a precificação baseada em análise comportamental, o *framing* e o *anchoring*[15], a adição de itens como presentes ou bônus, a venda de itens em pacotes (*bundling*), o fatiamento de preços etc.[16] Fala-se até mesmo nos

13. SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016, p. 115.

14. BAGGIO, Lucas Pereira. O papel do Estado no desenvolvimento tecnológico. Do fomento estatal à regulação. *In*: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. *Empresa, mercado e tecnologia.* Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 304.

15. Analisando tais práticas no curioso mercado de jogos eletrônicos, conferir FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; DENSA, Roberta. Para além das 'loot boxes': responsabilidade civil e novas práticas abusivas no mercado de games. *In*: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; LONGHI, João Victor Rozatti; GUGLIARA, Rodrigo (Coord.). *Proteção de dados pessoais na sociedade da informação*: entre dados e danos. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 333-356.

16. VAN BOOM, Willem H. Price intransparency, consumer decision making and European Consumer Law. *Journal of Consumer Policy*, Cham: Springer, v. 34, p. 359-376, 2011, p. 362-265.

nudges publicitários e na intervenção sutil que coordena a atenção do ciberconsumidor e, em decorrência disso, o leva a firmar contratações na Internet.[17]

Segundo Zanatta, o processo de perfilização envolve, pelo menos, as etapas de (a) registro dos dados, (b) agregação e monitoramento de dados, (c) identificação de padrões nos dados, (d) interpretação de resultados, (e) monitoramento dos dados para checar resultados e (f) aplicação de perfis.[18] Se não é possível vislumbrar, antecipadamente, todas as consequências do implemento dessa técnica, ao menos é possível compreender alguns de seus problemas e, no intuito de prevenir a criação indiscriminada de perfis comportamentais a partir da malfadada perfilização, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD cuidou de tutelar genericamente tais práticas nos artigos 12, §2º, e 20, *in fine*, não as reputando ilícitas, mas deixando claro que, quando implementadas, tornarão a atividade suscetível de sujeição aos rigores da lei, nos seguintes contextos: (i) pela reversão do processo de anonimização de dados; (ii) quando decisões automatizadas forem utilizadas para traçar perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou aspectos relativos à personalidade.

Criticável, nesse aspecto, a leitura literal da LGPD, que conduziria ao entendimento de que sua incidência se dirige unicamente à proteção da pessoa natural, designada na lei como 'titular de dados' (art. 5º, V, e art. 17, *caput*), afastando as pessoas jurídicas de qualquer proteção, o que é criticado pela doutrina[19] em lúcida sinalização de que é preciso interpretar a amplitude do referido conceito conforme nuances setoriais e temáticas, pois não há dúvidas de que a proteção conferida pelo CDC se estende às pessoas jurídicas, quando enquadráveis no conceito contido em seu artigo 2º.

---

17. THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*: improving decisions about health, wealth, and happiness. New Haven: Yale University Press, 2008, p. 229-235.

18. ZANATTA, Rafael. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados. *ResearchGate*. fev. 2019. Disponível em: https://bit.ly/3hQe5wM. Acesso em: 02 set. 2021.

19. TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo; SOUSA, Mariana Almirão de. A proteção de dados da pessoa jurídica e a Lei Geral de Proteção de Dados. *Consultor Jurídico*, 22 jan. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jan-22/opiniao-protecao-dados-pessoa-juridica-lgpd. Acesso em: 31 ago. 2021.

2.1. Precificação personalizada

A "precificação personalizada" é usualmente identificada pelas expressões *geo-pricing* e *geo-blocking*. Entretanto, o conceito é mais abrangente e engloba essas duas práticas como espécies que, quando implementadas, levam em conta a localização geográfica para propiciar a precificação algorítmica, mas com nuances próprias.

O tema ganhou muita relevância, no Brasil, após atuação pioneira do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em razão de denúncia formalizada, por ocasião dos Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro, em 2016, por uma empresa que explora atividades de reservas de quartos de hotel e compra e venda de passagens aéreas. Na denúncia formalizada, referida empresa narrou ter identificado que uma concorrente exibia preços diversos em seu sítio eletrônico, a depender da localização de onde o potencial consumidor acessava a plataforma.[20]

Houve grande repercussão midiática, com veementes reações e sancionamento administrativo levado a efeito pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), órgão do Ministério da Justiça[21], além de imediata investigação, pelo Ministério Público, que culminou na instauração de inquérito civil e na subsequente propositura de ação judicial[22], levando a discussões sobre os limites da captura de

20. No referido caso, foi instaurado inquérito civil para apurar a ocorrência da discriminação de preços baseada em localização georreferencial. Uma ação civil pública foi ajuizada perante o Judiciário estadual fluminense e, paralelamente, a Secretaria Nacional do Consumidor – Senacon impôs sanção administrativa (multa) de R$ 7,5 milhões à empresa. O debate, naturalmente, gerou grande repercussão e despertou olhares para o debate jurídico em torno dos limites da perfilização, pois é a partir dela que discriminações levadas a efeito por algoritmos de inteligência artificial são perpetradas.

21. De fato, logo que o caso veio a público, em decisão inédita no Brasil, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) condenou a fornecedora supracitada, na esfera administrativa, ao pagamento de multa no valor de R$ 7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil reais) por diferenciação de preço de acomodações e negativa de oferta de vagas em hotéis, quando existentes, de acordo com a localização geográfica do consumidor.

22. O caso específico teve início a partir da atuação ministerial do Promotor de Justiça Dr. Guilherme Magalhães Martins, à época da 5ª Promotoria de Tutela Coletiva do Consumidor da Capital, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, e seguiu, com a instauração de inquérito civil (nº

metadados de navegação para fins de exibição de preços e de sua utilização.[23]

A captura dos dados de navegação é robustecida por metadados (a partir dos chamados *cookies*[24]), em conjugação, ainda, com dados pessoais usualmente cadastrais, coletados para o fim de, traçando o perfil do potencial consumidor, viabilizar a elevação ou redução do preço final do produto ou serviço que lhe é apresentado, maximizando lucros.[25] O potencial de discriminação de preços, condições negociais, qualidade e quantidade e outras informações relevantes, nessas práticas, depende de variáveis complexas e dos substratos valorados (com maior ou menor 'peso') pelos algoritmos que operacionalizam a coleta e o processamento de dados. E, além da violação flagrante às relações de consumo e à boa-fé que deve reger as contratações

347/2016) e a propositura de ação civil pública (nº 0111117- 27.2019.8.19.0001) – que também contou com a atuação do Promotor de Justiça Dr. Pedro Rubim Borges Fortes – em face da empresa "Decolar.com". Mais detalhes sobre o caso e sobre a emblemática atuação ministerial podem ser obtidos em: FORTES, Pedro Rubim Borges; MARTINS, Guilherme Magalhães; OLIVEIRA, Pedro Farias. O consumidor contemporâneo no Show de Truman: a geodiscriminação digital como prática ilícita no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 124, p. 235-260, jul./ago. 2019; MARTINS, Guilherme Magalhães. O *geo-pricing* e *geo-blocking* e seus efeitos nas relações de consumo. *In:* FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coord.). *Inteligência artificial e direito*: ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 633-650; MORASSUTTI, Bruno Schimitt. Responsabilidade civil, discriminação ilícita e algoritmos computacionais: breve estudo sobre as práticas de *geo-blocking* e *geo-pricing*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 124, p. 213-234, jul./ago. 2019; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; BASAN, Arthur Pinheiro. Desafios da predição algorítmica na tutela jurídica dos contratos eletrônicos de consumo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 44, p. 131-153, dez. 2020.

23. EDER, Niklas. Privacy, non-discrimination and equal treatment: developing a fundamental rights response to behavioural profiling. *In:* EBERS, Martin; GAMITO, Marta Cantero (Ed.). *Algorithmic governance and governance of algorithms*: Legal and ethical challenges. Cham: Springer, 2021, p. 44-47.

24. Sobre os *cookies* e seus impactos quanto ao direito à privacidade, conferir: ZIMMERMAN, Rachel K. The way "cookies" crumble: Internet privacy and data protection in the Twenty-First Century. *NYU Journal on Legislation and Public Policy*, Nova York, v. 4, p. 439-464, 2000.

25. CUMMINGS, Rachel; DEVANUR, Nikhil R.; HUANG, Zhiyi; WANG, Xiangning. Algorithmic Price Discrimination. *Proceedings of the Thirty-First Annual ACM-SIAM Symposium on Discrete Algorithms*, Nova York, p. 2432-2451, jan. 2020.

eletrônicas, tem-se em pauta uma questão fundamentalmente ética[26], pois seria possível programar o algoritmo para indicar preços mais elevados para usuários perfilados como 'pessoas com maior poder aquisitivo'.

O principal traço distintivo da prática em questão diz respeito ao objeto da precificação personalizada: um quarto de hotel é um espaço físico específico e de características bem delimitadas; da mesma forma, um assento em uma aeronave que realiza o transporte aéreo entre pontos de partida e destino terá por objeto o mesmo voo, na mesma aeronave, na data e no horário previamente definidos.

O cumprimento obrigacional, portanto, tem contornos totalmente previsíveis, bem delimitados e contempla um único objeto. Desse modo, ainda que se possa discutir a precificação diferenciada para quartos de maiores dimensões ou com comodidades adicionais, ou mesmo para passagens aéreas de "classes" melhores e que ofereçam maior conforto, é certo que o objeto será diverso e, por consequência, será justa a diferenciação de preço em razão do objeto que, mesmo possuindo múltiplas categorias, continuará sendo lícito, possível, determinado ou determinável (art. 104, II, do Código Civil). O que se repudia – e que se tornou objeto da veemente reação no Brasil – é a discriminação de preços de caráter subjetivo, isto é, que leva em conta elementos que permitam traçar o perfil pessoal, profissional ou de consumo do potencial consumidor. Na hipótese, o mesmo objeto (seja um quarto de hotel ou um assento em aeronave) será comercializado para consumidores diferentes por preços diferentes e em função de decisão automatizada (art. 20, *caput*, LGPD), gerando um vício de forma, porquanto defesa, em lei, a perfilização discriminatória nesse contexto específico (art. 20, §2º, LGPD).

2.2. Precificação dinâmica

Contornos diversos são os da chamada precificação dinâmica, há tempos utilizada para regionalizar preços em mercados digitais, sem gerar, necessariamente, discriminação ou até mesmo a perfilização.

Quando se emprega o adjetivo 'dinâmica' para categorizá-la, tem-se em vista

26. SCHOLZ, Lauren H. Algorithmic contracts. *Stanford Technology Law Review*, Stanford, v. 20, n. 2, p. 128-168, set./dez. 2017, p. 144.

traços distintivos circunstanciais, mas não necessariamente relacionados ao conceito desenvolvido anteriormente, qual seja, a predição do perfil pessoal, profissional, de consumo, de crédito ou aspectos relacionados à personalidade.

Não se 'personaliza' o produto ou o serviço para moldá-lo ao perfil que se traçou do consumidor em potencial; o que se faz, em singela descrição, é adaptar preços a realidades regionais que possam sofrer os impactos de circunstâncias de cariz tributário, inflacionário ou de conversão de moeda.

No comércio eletrônico, trata-se de prática habitual de empresas que comercializam software para download imediato (sem mídia física, caracterizável como produto). No mercado digital de jogos eletrônicos, já se tornou regra. Grandes empresas se valem da prática designada como *regional pricing support* para equacionar disparidades de conversão de moeda e regionalização de acordo com a localização geográfica do consumidor.

O objetivo, naturalmente, é potencializar vendas, pois, a partir de tal prática, um consumidor norte-americano, por exemplo, paga proporcionalmente mais por um mesmo jogo eletrônico vendido digitalmente do que um consumidor residente no Brasil, se considerada apenas a precificação comparada pela conversão da moeda (do dólar americano para o real, neste exemplo).[27] Noutros termos, se o software fosse vendido ao comprador brasileiro em dólares, este teria que suportar os ônus da conversão de moeda (além de tributos, como o Imposto sobre Operações Financeiras). O consumidor brasileiro, por sua vez, pagaria proporcionalmente menos do que um consumidor argentino (se considerada a conversão do dólar, aqui tomado como paradigma, para pesos), em razão da desvalorização mais acentuada da moeda argentina para o real brasileiro.

Há imperfeições, no contexto da precificação dinâmica levada a efeito no comércio de software, pois a utilização de *Virtual Private Networks – VPNs* permite alterar o *Internet Protocol – IP* e "ludibriar" a plataforma para que determinado consumidor pareça estar noutro país. Com isso, medidas de limitação à alteração do país de residência nessas plataformas de comércio de jogos eletrônicos têm sido

27. Sobre isso, cf. JANSKÝ, Petr; KOLCUNOVA, Dominika. Regional differences in price levels across the European Union and their implications for its regional policy. *The Annals of Regional Science*, Cham, v. 58, p. 641-660, 2017.

implementadas.[28]

Mesmo imperfeita, apesar de parecer muito clara a diferença conceitual, tal prática gerou a aplicação de vultosa multa, de € 7.8 milhões, pela Comissão Europeia, às empresas Valve, Capcom, Bandai Namco, Focus Home, Koch Media e ZeniMax.[29] A própria notícia sinaliza a discriminação por localização georreferencial como fundamento para a sanção, em confusão com o já analisado *geo-blocking*. Não se faz referencia ao *regional pricing support*.

Para que se possa compreender melhor a diferença, é importante que se elucide que o objeto da relação de consumo, nesta segunda hipótese, é o software, de natureza replicável, porquanto acessado mediante pagamento para que se viabilize o download, a instalação em dispositivo informático e, feitas algumas verificações de idoneidade dos arquivos, sua fruição.

Caso o episódio tivesse ocorrido no Brasil, o tema produziria polêmica, pois a extensão da proteção jurídica conferida ao software é debatida, pela doutrina, há décadas[30], mas foi legislada de forma específica somente com a Lei nº 7.646/1987,

---

28. PARKER, Jason. Steam Region Change Now Limited to Enforce Regional Pricing. *E-sportsTalk*, 24 jun. 2021. Disponível em: https://www.esportstalk.com/news/steam-region-change-now-limited-to-enforce-regional-pricing/. Acesso em: 26 ago. 2021.

29. EUROPEAN COMMISSION. *Antitrust*: Commission fines Valve and five publishers of PC video games € 7.8 million for "geo-blocking" practices. 20 jan. 2021. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/ detail/en/ip_21_170 Acesso em: 26 ago. 2021.

30. Em 1985, Orlando Gomes escreveu: "Entendo que o 'software' é uma expressão criativa do trabalho intelectual e pessoal de quem o prepara. Essa criação da inteligência, materializando-se num *corpus mechanicum* que torna comunicável sua expressão, adquire individualidade definitiva, tal como se fosse um romance, um filme cinematográfico ou uma composição musical. Para ser protegido como tal basta a criatividade subjetiva, entendida como trabalho pessoal do programador – como se admite quando na obra protegida o elemento da criatividade consiste na idealização do seu plano." GOMES, Orlando. A proteção jurídica dos programas de computador. *In:* GOMES, Orlando; WALD, Arnoldo; ASCENSÃO, José de Oliveira; LOBO, C.A. da Silveira; ULMER, Eugen; KOLLE, Gert. *A proteção jurídica do software*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 15. Nessa época, a doutrina se baseava em parco repertório normativo para estruturar uma base compreensiva sobre o tema, a exemplo do Decreto-Lei nº 239/1967 e do Decreto nº 75.225/1975, relativos à política nacional de desenvolvimento científico e tecnológico; do Decreto-Lei nº 1.418/1975, relativo à tributação de contratos de software no exterior; do Decreto-Lei nº 1.996/1976, que

posteriormente revogada pela Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998.[31]

Não há dúvidas de que se trata do resultado do complexo e altamente técnico trabalho de programadores e desenvolvedores, que só é possível pelo emprego de conhecimentos específicos, além de experiências e competências pessoais ligadas, essencialmente, à parametrização de funções "*in abstracto*".

Significa dizer que, pelo conceito, para estruturar um conjunto de funções direcionadas à realização de tarefa específica, lavra-se um código-fonte que obedecerá aos comandos previamente estabelecidos e matematicamente inseridos na *build* respectiva. O produto final, portanto, tem contornos de produção intelectual prototipada e usualmente sujeita a pivotagem e testagem. Porém, consolidado o código, este se torna um produto acabado e idêntico, que será acessado de forma ubíqua por todos aqueles que o adquirirem.

Eis o traço distintivo mais preponderante: a relação de consumo relativa à comercialização de passagens aéreas ou reservas de quartos de hotel cuida de objetos estáticos; por outro lado, a comercialização do software considera objeto ubíquo. Logo, não faz sentido que a precificação, no primeiro caso, faça distinções entre consumidores; já no segundo, faz todo sentido.

3. DESAFIOS INTRÍNSECOS E EXTRÍNSECOS PARA A DISTINÇÃO DAS PRÁTICAS EXPLORADAS

Como visto, a diferença primordial que se identifica entre os exemplos da geodiscriminação realizada para a comercialização de passagens aéreas ou para a reserva de

---

incentivava a exportação de software; da Lei nº 5.772/1971, que instituiu o Código de Propriedade Industrial da época; da Lei nº 5.988/1973, que regulava os direitos autorais. Foi somente em 1987, com a Lei nº 7.646, que se definiu um marco normativo "quanto à proteção da propriedade intelectual sobre programas de computador e sua comercialização no País".

31. O conceito de software (programa de computador, como se convencionou designá-lo a partir de então) é apresentado logo no artigo 1º: "Art. 1º Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados."

quartos de hotel, em comparação com as plataformas de comercialização de jogos eletrônicos, é o objeto da precificação; não o uso de algoritmos para isso.

Pela análise empreendida, está claro que a reserva de quartos de hotel ou a compra de passagens aéreas deve representar prestação de serviços idêntica para todo consumidor, sem distinção subjetiva, embora se admita a definição de categorias de produtos ou serviços conforme seus aspectos qualitativos (*v.g.*, quartos maiores ou assentos mais confortáveis). É totalmente diferente do download de software que está hospedado em um mesmo servidor, mas que é realizado por consumidor residente num ou noutro país. O hotel ou o voo são os mesmos, são objetos estáticos; o jogo eletrônico, licenciado para venda, varia, é ubíquo.[32]

Outros exemplos podem ser conjecturados a partir dessa diferenciação conceitual e, sem dúvidas, um dos temas de maior relevância no atual contexto envolve a compreensão dos limites de práticas discriminatórias levadas a efeito de forma sofisticada e, por vezes, velada, em função do processamento massivo de dados.

A dificuldade de se investigar eventuais abusos se acirra na exata medida em que são desvendados mecanismos complexos e robustecidos por técnicas de heurística computacional preditiva baseadas em *machine learning* (desafio intrínseco). Também se torna desafiador o contexto no qual se debate a eventual auditoria de algoritmos de inteligência artificial aplicados na operacionalização desses sistemas em razão da necessidade de proteção ao segredo industrial (desafio extrínseco),

32. Segundo Maria Luiza Kurban Jobim: "O traço distintivo, portanto, entre o preço dinâmico e o preço personalizado, por mais difícil, na prática, que estes possam se demonstrar, é a relação direta entre a disponibilidade para pagamento inferida pelo fornecedor – a partir de dados pessoais e comportamentais do consumidor – com a fixação do preço. A DAP [disposição a pagar] reflete o valor atribuído pelo indivíduo às mercadorias e serviços que deseja adquirir e se refere ao maior valor monetário que as pessoas estão dispostas a pagar. (...) A lógica adjacente à implementação do preço personalizado tal como concebido no presente é relativamente recente, sendo viabilizada sobretudo pela coleta maciça de dados hoje possível no ambiente virtual." JOBIM, Maria Luiza Kurban. Precificação personalizada (personalised pricing): progresso ou retrocesso? Definições e reflexões preliminares a partir da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e da Análise Econômica do Direito (AED). *In:* SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; MELGARÉ, Plínio (Coord.). *Proteção de dados*: temas controvertidos. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 257.

usualmente invocado como barreira à realização de perícias judiciais e fiscalizações.

Isto que se chama de desafio intrínseco diz respeito à própria complexidade fiscalizatória de práticas abusivas ou ilícitas. Basicamente, o consumidor é exposto a um algoritmo sofisticado, que é capaz de adaptar os termos contratuais para melhorar ou piorar as condições apresentadas, maculando a transparência da transação.[33] Tudo se reconfigura e ocorre verdadeira manipulação na formalização do contrato eletrônico de consumo, violando uma série de deveres consagrados na principiologia que rege a Política Nacional das Relações de Consumo e até mesmo parâmetros éticos concernentes ao desenvolvimento dessas aplicações. Ocorre a 'quebra' do dever de informação, corolário do princípio da transparência[34] e da boa-fé objetiva. Pratica-se, ao fim e ao cabo, violação fatal ao princípio da neutralidade da rede (art. 9º do Marco Civil da Internet[35]), que impõe justamente a não-discriminação.[36-37]

Em síntese, a oferta de um produto ou serviço no mercado acarreta a possibilidade de que qualquer consumidor efetue a sua contratação, ainda que eletronicamente, mas desde que esteja disposto a pagar o preço exigido e contanto que lhe sejam

33. VAN OOIJEN, Iris; VRABEC, Helena U. Does the GDPR enhance consumers' control over personal data? An analysis from a behavioural perspective. *Journal of Consumer Policy*, Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, v. 42, p. 91-107, 2019, p. 92 *et seq*.

34. Sobre o tema, confira-se: KRETZMANN, Renata Pozzi. *Informação nas relações de consumo*: o dever de informar do fornecedor e suas repercussões jurídicas. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019, item 1.3; BARROS, João Pedro Leite. Os contratos de consumo celebrados pela Internet. Um estudo de direito comparado luso-brasileiro. *In:* ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas; BARATA, Carlos Lacerda (Coord.). *Estudos de direito do consumo*. Lisboa: AAFDL, 2017, v. 5, p. 509-512.

35. "Art. 9º. O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação."

36. PARENTONI, Leonardo. Network neutrality: what is internet made of, how is it changing and how does it affect your life? *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, nº Especial, 2nd Conference Brazil-Italy, p. 195-243, 2017.

37. BELLI, Luca; DE FILIPPI, Primavera. General introduction: towards a multistakeholder approach to network neutrality. *In:* BELLI, Luca; DE FILIPPI, Primavera (Ed.). *Net neutrality compendium*: human rights, free competition and the future of the Internet. Cham: Springer, 2016, p. 11-12.

garantidos critérios justos de oferta, preço e acesso. Em razão disso, a lei proíbe que o fornecedor faça distinção de valores ou que realize ofertas contendo qualquer forma de indução exagerada (inclusive a partir da formação do perfil de consumo), conforme expressamente prevê o CDC, em seu artigo 39, incisos II e IX.

Infelizmente, não se tem grande proeminência de iniciativas de *compliance* para o direito do consumidor no Brasil. Estudo de Claudia Lima Marques e Patricia Galindo da Fonseca, escorado em relatório de 2016, apresentado à International Academy of Consumer Law, indica que ainda são comuns infrações publicitárias, a despeito dos esforços do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR. O trabalho ainda menciona a existência de iniciativas autorregulatórias, como o Código de Autorregulação Bancária, de 28 de agosto de 2008, mas alerta para seu baixíssimo impacto prático[38].

Os clássicos institutos do CDC exercem brilhante papel na tutela das relações de consumo levadas a efeito na Internet, mas sua coordenação estratégica ainda é dependente do *enforcement* levado a efeito pelos diversos atores da esfera administrativa (como os Procon's) e pelo Judiciário. Porém, uma reforma já é fortemente aguardada e, com a evolução ainda mais acentuada que se passará a notar em anos

38. MARQUES, Claudia Lima; FONSECA, Patricia Galindo da. Consumer protection in Brazil: the 2016 Report for the International Academy of Consumer Law. *In*: MICKLITZ, Hans-W.; SAUMIER, Geneviève (Ed.). *Enforcement and effectiveness of consumer law*. Cham: Springer, 2018, p. 113. Anotam: "The private regulation has almost none relevance in Brazil. There are some autoregulation council of ethic that work in many cases each year, with some interesting regulation for children advertising and environmental impacts. For example in advertising, the Conselho de Autoregulamentação Publicitária (CONAR) was created in 1977 and since 1978 has decided more than 8000 cases. Despite this effort, many illicit advertising remain in Brazil and have no important impact at the web advertising. There are also some autoregulation Code, like the Brazilian Bank Federation Conduct of Conduct (Código de Autoregulação Bancária, de 28 de Agosto de 2008), but the impact in the bank praxis with consumers is almost null. Article 7 of the Brazilian Consumer Code allows the consumer to use the deontological rules of the professionals and providers to establish the standard of good faith of the conduct. So some international and intern Rules of the Central Bank are used in consumer cases. The consumers may claim direct to the CONAR (in 2015, from the 241 cases solved, 128 came from consumers), and in 56% of the cases the professional have same fine as sanction. CONAR makes also conciliations between the advertising providers and their clients."

vindouros, mesmo os louváveis esforços regulatórios poderão não bastar.[39]

Com a ascensão da economia da atenção e o surgimento de atividades econômicas baseadas em *data analytics*, engajamento, números de inscritos e seguidores, influenciadores digitais e, em linhas mais amplas, *marketing* digital, novas nuances regulatórias serão fundamentais. A LGPD talvez represente o 'primeiro passo'. O legislador brasileiro, agindo em sintonia com modelos que vêm ganhando espaço noutras legislações[40], previu a governança de dados como uma *faculdade* do agente, dela cuidando especificamente em seus artigos 50 e 51.

A construção de semelhante arcabouço protetivo não afasta, contudo, a importância do controle regulatório, como destaca James Beniger: "*[c]ada nova inovação tecnológica estende os processos que sustentam a vida social humana, aumentando assim a necessidade de controle e a melhoria da tecnologia de controle.*"[41] Trata-se daquilo que Filipe Medon chama de '*One-Way Mirror*', isto é, o espelho que apenas reflete um dos lados, permitindo-lhe tudo ver, mas não ser visto[42], uma vez que, na

39. Para o comércio eletrônico, como anota João Pedro Leite Barros, "um programa de *compliance* bem instruído deve contemplar ações conjuntas dos mais variados setores de uma empresa, notadamente o setor de vendas com o *marketing* digital. (...) De nada adianta fazer uma publicidade "diferenciada", com diversos artifícios de *marketing*, se o dever de informação prestado pelo fornecedor for deficiente". BARROS, João Pedro Leite. Programas de compliance no comércio eletrônico de consumo. *Consultor Jurídico*, 20 jun. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jun-20/joao-leite-barros-compliance-comercio-eletronico-consumo. Acesso em: 30 ago. 2021.

40. É o caso do regulamento europeu: "The GDPR [Art. 32(2) GDPR; Art. 7(1) Directive 95/46/EC] forces data controllers to mitigate the risk of a potential privacy breach by establishing internal procedures to assess data protection risks of their products and services. Risk assessment provisions encourage data controllers to weigh technical data protection measures against risks faced by data processing activities. These measures must be proportionate to the envisaged risks". TAMÒ-LARRIEUX, Aurelia. *Designing for privacy and its legal framework*: data protection by design and default for the Internet of Things. Basileia: Springer, 2018, p. 96.

41. BENIGER, James R. *The control revolution*: technological and economic origins of the information society. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 434, tradução livre. No original: "Each new technological innovation extends the processes that sustain human social life, thereby increasing the need for control and for improved control technology".

42. MEDON, Filipe. *Inteligência artificial e responsabilidade civil*: autonomia, riscos e solidariedade.

atualidade, "*importantes autores corporativos detêm um conhecimento sem precedentes das minúcias de nossas vidas diárias, enquanto sabemos pouco ou nada sobre como eles usam esse conhecimento para influenciar as importantes decisões que nós – e eles – tomamos.*"[43]

No caso brasileiro envolvendo *geo-pricing* e *geo-blocking*, um Recurso em Mandado de Segurança levado ao crivo do Superior Tribunal de Justiça resultou em entendimento, consolidado em decisão monocrática, no sentido de que o sigilo excepcionalmente deve imperar no ato processual pericial.[44] Em síntese, mantém-se o

---

Salvador: Juspodivm, 2020, p. 289.

43. PASQUALE, Frank. *The black box society*: the secret algorithms that control money and information. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 09. No original: "Important corporate actors have unprecedented knowledge of the minutiae of our daily lives, while we know little to nothing about how they use this knowledge to influence the important decisions that we – and they – make".

44. Eis a ementa: "RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECRETAÇÃO DE SEGREDO DE JUSTIÇA. ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. GEODISCRIMINAÇÃO. *GEO-PRICING*. *GEO-BLOCKING*. PROCESSO COLETIVO. PUBLICIDADE. NECESSIDADE, COM RESGUARDO APENAS DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. 1. As práticas de "geodiscriminação" - discriminação geográfica de consumidores -, como o *geo-pricing* e o *geo-blocking*, desenvolvem-se no contexto da sociedade de risco e da informação, por intermédio de algoritmos computacionais, e - se comprovados - possuem a potencialidade de causar danos a número incalculável de consumidores, em ofensa ao livre mercado e à ordem econômica. 2. O processo coletivo, instrumento vocacionado à tutela de situações deste jaez, é moldado pelo princípio da informação e publicidade adequadas (*fair notice*), segundo o qual a existência da ação coletiva deve ser comunicada aos membros do grupo. 3. A publicidade, erigida a norma fundamental pelo novo Código de Processo Civil (Art. 8º), garante transparência e torna efetivo o controle da atividade jurisdicional, motivo pelo qual também representa imperativo constitucional conforme se depreende do *caput* do art. 37 e do inciso IX do art. 93. 4. Não se desconhece que, em hipóteses excepcionais, é possível a decretação de sigilo de processos judiciais, conforme dispõe o art. 189 do CPC/2015. No entanto, na hipótese, tendo em vista os princípios que informam o processo coletivo e as garantias constitucionais e legais que socorrem os consumidores, o que na verdade atende o interesse público ou social é a publicidade do processo, que versa sobre possível prática de "geodiscriminação". 5. Outrossim, conforme requerido pelo próprio Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e com o escopo de, a um só tempo, resguardar o interesse público e preservar direitos de propriedade intelectual, considero razoável a manutenção do segredo de justiça tão somente no que diz respeito ao algoritmo adotado pela Decolar.com

processo judicial acessível ao público, mas atribui-se o sigilo ao ato pericial para impedir que se escancare ao público detalhes técnicos sobre o código-fonte do algoritmo.

Embora seja compreensível – e até mesmo desejável – a preservação do segredo industrial, que garante a competitividade no mercado, não se pode deixar de considerar que abusos cuja fiscalização seja inviável ou impossível não podem representar zonas de risco recônditas e ocultas, sob pena de se criar ambientes de total propensão à prática de ilícitos.

4. CONCLUSÃO

A compreensão do termo 'perfilização' implica considerar diversas idiossincrasias concernentes aos contextos nos quais é aplicado. Preponderantemente estudada no direito do consumidor para uma compreensão sofisticada das relações de consumo, a palavra ganhou contornos muito amplos e vem sendo empregada de forma indistinta, como solução única para situações repletas de peculiaridades adversas.

Nesse breve estudo, foi apresentada a diferença entre duas práticas comerciais muito usuais no século XXI: a precificação personalizada e a precificação dinâmica. A primeira foi analisada à luz do exemplo brasileiro que envolveu uma empresa que realizava a captura de metadados e diferenciava os preços de passagens aéreas e quartos de hotéis para turistas interessados em visitar o Rio de Janeiro por ocasião dos Jogos Olímpicos de 2016. A segunda prática de precificação foi analisada no contexto das plataformas digitais de comércio de jogos eletrônicos, em que se busca apresentar preços equilibrados para consumidores de países nos quais os impactos tributários, inflacionários ou de conversão de moeda poderiam representar discrepâncias muito aguçadas.

Em síntese, constatou-se que:

a) Na precificação personalizada, o principal traço distintivo diz respeito ao

---

Ltda. e à eventual perícia de informática relativa a tal algoritmo em toda a base de dados adotada para a operação do sistema de reservas eletrônicas. 6. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e parcialmente provido." (STJ, RMS 61.306/RJ, Relator Min. Luis Felipe Salomão, DJe 10/12/2019)

objeto do cômputo do preço: um quarto de hotel é um espaço físico específico e de características bem delimitadas; da mesma forma, um assento em uma aeronave que realiza o transporte aéreo entre pontos de partida e destino previamente conhecidos terá por objeto o mesmo voo, na mesma aeronave, na data e no horário previamente definidos. O cumprimento obrigacional, portanto, tem contornos totalmente previsíveis, bem delimitados e contempla um único objeto estático.

b) Na precificação dinâmica, o exemplo estudado mostrou que o traço distintivo preponderante para a comercialização do software é a natureza do próprio objeto, intrinsecamente ubíquo. Logo, não faz sentido que a precificação, no primeiro caso, faça distinções entre consumidores; já no segundo, faz todo sentido, pois o download do software que está hospedado em um mesmo servidor, mas que é realizado por consumidor residente num ou noutro país, não implica aferição estática, mas dinâmica.

Outros aspectos de destaque envolvem considerar que, ainda que se possa discutir a precificação diferenciada – no primeiro exemplo – para quartos de maiores dimensões ou com comodidades adicionais, ou mesmo para passagens aéreas de "classes" melhores e que ofereçam maior conforto, é certo que o objeto será diverso e, por consequência, será justa a diferenciação de preço em razão do objeto que, mesmo possuindo múltiplas categorias, continuará sendo lícito, possível, determinado ou determinável, cumprindo, por isso, o requisito de validade explicitado no artigo 104, II, do Código Civil.

No comércio eletrônico, a precificação dinâmica já se tornou habitual no caso do software disponibilizado para download imediato pela prática – mais específica ainda –designada como *regional pricing support*, que é implementada para equacionar disparidades de conversão de moeda e regionalização de acordo com a localização geográfica do consumidor, sem, contudo, levar em conta aspectos concernentes à própria pessoa do consumidor ou a seu perfil profissional, de consumo, de crédito ou a elementos da personalidade.

O que se repudia e gera ilicitude é, enfim, a discriminação de preços realizada a partir de elementares subjetivas, isto é, que leva em conta elementos que permitam "traçar" o perfil do potencial consumidor. Se o mesmo objeto for comercializado para consumidores diferentes por preços diferentes e em função de decisão

automatizada (art. 20, *caput*, LGPD), ter-se-á um vício de forma que maculará a validade do negócio jurídico, porquanto defesa, nesse contexto específico, a perfilização discriminatória (art. 20, §2º, da LGPD).

A partir dessa distinção, conclui-se que nem toda prática algorítmica que se baseie na coleta do dado de localização georreferencial será, por si, ilícita. Assim, o problema não está no algoritmo ou em seu uso, embora haja desafio intrínseco quanto à sua fiscalização, e extrínseco quanto à necessidade de proteção de seu segredo industrial. O ponto está no objeto da relação de consumo, e não na prática algorítmica. Realizando-se o cotejo analítico, evitar-se-á a disparidade de entendimentos e a solução aplicada a cada caso refletirá com maior exatidão suas particularidades, evitando distorções, interpretações equivocadas ou soluções sem efeito prático.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *Teoria geral do direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BAGGIO, Lucas Pereira. O papel do Estado no desenvolvimento tecnológico. Do fomento estatal à regulação. *In*: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. *Empresa, mercado e tecnologia.* Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BARROS, João Pedro Leite. Os contratos de consumo celebrados pela Internet. Um estudo de direito comparado luso-brasileiro. *In:* ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas; BARATA, Carlos Lacerda (Coord.). *Estudos de direito do consumo*. Lisboa: AAFDL, 2017, v. 5.

BARROS, João Pedro Leite. Programas de compliance no comércio eletrônico de consumo. *Consultor Jurídico*, 20 jun. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jun-20/joao-leite-barros-compliance-comercio-eletronico-consumo. Acesso em: 30 ago. 2021.

BELLI, Luca; DE FILIPPI, Primavera. General introduction: towards a multistakeholder approach to network neutrality. *In:* BELLI, Luca; DE FILIPPI, Primavera (Ed.). *Net neutrality compendium*: human rights, free competition and the future of the Internet. Cham: Springer, 2016.

BENIGER, James R. *The control revolution*: technological and economic origins of the information society. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.* Publicado no DOU de 12.09.1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. *Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.* Publicado no DOU de 24.4.2014. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD.* Publicado no DOU de 15.8.2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019. *Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências.* Publicado no DOU de 15.8.2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 61.306/RJ. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe. 10/12/2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=103619332&tipo_documento=documento&num_registro=201901992746&data=20191210&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Decolar.com é multada por prática de geo-pricing e geo-blocking.* 2018. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-51. Acesso em: 31 ago. 2021.

BRASIL. Secretaria Nacional do Consumidor. Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor. *Despacho nº 299/2018.* Decisão de Aplicação de Sanção Administrativa. Processo nº 08012.002116/2016-21. Representada: Decolar.com Ltda. DOU. Diário Oficial da União. Publicado no DOU de 18 de junho 06 de 2018.

CUMMINGS, Rachel; DEVANUR, Nikhil R.; HUANG, Zhiyi; WANG, Xiangning. Algorithmic Price Discrimination. *Proceedings of the Thirty-First Annual ACM-SIAM Symposium on Discrete Algorithms*, Nova York, p. 2432-2451, jan. 2020.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

EDER, Niklas. Privacy, non-discrimination and equal treatment: developing a fundamental rights response to behavioural profiling. *In:* EBERS, Martin; GAMITO, Marta Cantero (Ed.). *Algorithmic governance and governance of algorithms*: Legal and ethical challenges. Cham: Springer, 2021.

EUROPEAN COMMISSION. *Antitrust*: Commission fines Valve and five publishers of PC video games € 7.8 million for "geo-blocking" practices. 20 jan. 2021. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/ detail/en/ip_21_170 Acesso em: 26 ago. 2021.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A evolução da inteligência artificial em breve retrospectiva. *In*: BARBOSA, Mafalda Miranda *et al* (Coord.). *Direito digital e inteligência artificial*: diálogos entre Brasil e Europa. Indaiatuba: Foco, 2021.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; BASAN, Arthur Pinheiro. Desafios da predição algorítmica na tutela jurídica dos contratos eletrônicos de consumo. *Revista da Faculdade de Direito da*

UFRGS, Porto Alegre, n. 44, p. 131-153, dez. 2020.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; DENSA, Roberta. Para além das 'loot boxes': responsabilidade civil e novas práticas abusivas no mercado de games. *In*: FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; LONGHI, João Victor Rozatti; GUGLIARA, Rodrigo (Coord.). *Proteção de dados pessoais na sociedade da informação*: entre dados e danos. Indaiatuba: Foco, 2021.

FLORIDI, Luciano. *The 4th Revolution*: how the infosphere is reshaping human reality. Oxford: Oxford University Press, 2014.

FORTES, Pedro Rubim Borges; MARTINS, Guilherme Magalhães; OLIVEIRA, Pedro Farias. O consumidor contemporâneo no Show de Truman: a geodiscriminação digital como prática ilícita no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 124, p. 235-260, jul./ago. 2019.

GOMES, Orlando. A proteção jurídica dos programas de computador. *In:* GOMES, Orlando; WALD, Arnoldo; ASCENSÃO, José de Oliveira; LOBO, C.A. da Silveira; ULMER, Eugen; KOLLE, Gert. *A proteção jurídica do software*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

HEUSI, Tálita Rodrigues. Perfil criminal como prova pericial no Brasil. *Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics*, Itajaí, v. 5, n. 3, p. 232-250, 2016.

JANSKÝ, Petr; KOLCUNOVA, Dominika. Regional differences in price levels across the European Union and their implications for its regional policy. *The Annals of Regional Science*, Cham, v. 58, p. 641-660, 2017.

JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 133-146, mar. 2003.

JOBIM, Maria Luiza Kurban. Precificação personalizada (personalised pricing): progresso ou retrocesso? Definições e reflexões preliminares a partir da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e da Análise Econômica do Direito (AED). *In:* SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth; MELGARÉ, Plínio (Coord.). *Proteção de dados*: temas controvertidos. Indaiatuba: Foco, 2021.

KEEN, Andrew. *How to fix the future*. Nova York: Atlantic, 2018.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KRETZMANN, Renata Pozzi. *Informação nas relações de consumo*: o dever de informar do fornecedor e suas repercussões jurídicas. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima; FONSECA, Patricia Galindo da. Consumer protection in Brazil: the 2016 Report for the International Academy of Consumer Law. *In*: MICKLITZ, Hans-W.; SAUMIER, Geneviève (Ed.). *Enforcement and effectiveness of consumer law*. Cham: Springer, 2018.

MARTINS, Guilherme Magalhães. O *geo-pricing* e *geo-blocking* e seus efeitos nas relações de

consumo. *In:* FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coord.). *Inteligência artificial e direito*: ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MEDON, Filipe. *Inteligência artificial e responsabilidade civil*: autonomia, riscos e solidariedade. Salvador: Juspodivm, 2020.

MOORE, Gordon E. Cramming more components onto integrated circuits. *Electronics*, Nova York, v. 38, n. 8, p. 1-4, abr. 1965.

MORASSUTTI, Bruno Schimitt. Responsabilidade civil, discriminação ilícita e algoritmos computacionais: breve estudo sobre as práticas de *geo-blocking* e *geo-pricing*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 124, p. 213-234, jul./ago. 2019.

PARENTONI, Leonardo. Network neutrality: what is internet made of, how is it changing and how does it affect your life? *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, nº Especial, 2nd Conference Brazil-Italy, p. 195-243, 2017.

PARKER, Jason. Steam Region Change Now Limited to Enforce Regional Pricing. *E-sportsTalk*, 24 jun. 2021. Disponível em: https://www.esportstalk.com/news/steam-region-change-now-limited-to-enforce-regional-pricing/. Acesso em: 26 ago. 2021.

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

RAMSAY, Iain. Consumer protection in the era of informational capitalism. *In:* WILHELMSSON, Thomas; TUOMINEM, Salla; TUOMOLA, Heli (Ed.). *Consumer law in the information Society.* Haia: Kluwer Law International, 2001.

ROSS, Philip E. 5 Commandments. *IEEE Spectrum*, 2003. Disponível em: https://spectrum.ieee.org/semiconductors/materials/5-commandments. Acesso em: 31 ago. 2021.

SCHOLZ, Lauren H. Algorithmic contracts. *Stanford Technology Law Review*, Stanford, v. 20, n. 2, p. 128-168, set./dez. 2017.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial.* Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

TAMÒ-LARRIEUX, Aurelia. *Designing for privacy and its legal framework*: data protection by design and default for the Internet of Things. Basileia: Springer, 2018.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*: improving decisions about health, wealth, and happiness. New Haven: Yale University Press, 2008.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo; SOUSA, Mariana Almirão de. A proteção de dados da pessoa jurídica e a Lei Geral de Proteção de Dados. *Consultor Jurídico*, 22 jan. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jan-22/opiniao-protecao-dados-pessoa-juridica-lgpd. Acesso em: 31 ago. 2021.

VAN BOOM, Willem H. Price intransparency, consumer decision making and European Consumer Law. *Journal of Consumer Policy*, Cham: Springer, v. 34, p. 359-376, 2011.

VAN OOIJEN, Iris; VRABEC, Helena U. Does the GDPR enhance consumers' control over personal data? An analysis from a behavioural perspective. *Journal of Consumer Policy*, Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, v. 42, p. 91-107, 2019.

ZANATTA, Rafael. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados. *ResearchGate*. fev. 2019. Disponível em: https://bit.ly/3hQe5wM. Acesso em: 02 set. 2021.

ZIMMERMAN, Rachel K. The way "cookies" crumble: Internet privacy and data protection in the Twenty-First Century. *NYU Journal on Legislation and Public Policy*, Nova York, v. 4, p. 439-464, 2000.

II
PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE NA LGPD:
A PROBLEMÁTICA DO DANO MORAL *IN RE IPSA*

Bernardo Menicucci Grossi

Advogado, Doutorando e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas, Especialista em Direito Processual Civil pelo CAD. Professor da Pós-Graduação do IEC / PUC Minas. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Minas Gerais e Membro do Comitê Gestor do PJe do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Sócio da Bernardo Grossi Advocacia.

Resumo: Este artigo tem como objetivo situar a tutela da proteção de dados pessoais enquanto direito da personalidade e como expressão do princípio constitucional da dignidade da pessoa. Além disso são apresentadas visões distintas acerca da responsabilidade civil e da releitura de seu eixo fundamental propondo uma discussão acerca da reprovabilidade de condutas lesivas em detrimento de danos causados ao titular. A superação do discurso atrelado ao realismo jurídico exacerbado é proposta através de uma teoria geral da proteção de dados pessoais fundada na observância da autonomia privada e da boa-fé objetiva e de seus deveres laterais.

Palavras-chave: proteção de dados; responsabilidade civil; dano moral.

Abstract: *This article aims to situate the protection of personal data protection as an expression of the constitutional principle of the person's personality. In addition, it is fundamental to propose civil liability and vision a question about the importance of its relevance in the reinterpretation of its respect for the probability of the diversity of damages caused by the titular vision. Finally, overcoming the discourse linked to exacerbated legal realism is proposed through a general theory of personal data protection based on the observance of private autonomy and objective good faith and its duties.*

Keywords: *data protection; civil liability; punitive damages.*

Sumário: 1. A proteção de dados pessoais enquanto direito da personalidade; 2. A reparação do dano moral pela violação de direitos da personalidade; 3. O caso Cyrela; 3.1. Sentença; 3.2. Acórdão; 4. Conclusão: pela sistematização de uma teoria geral da proteção de dados pessoais; Referências.

1. A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS ENQUANTO DIREITO DA PERSONALIDADE

A proteção dos direitos da personalidade é um tema relativamente recente para a ciência jurídica e disseminado nos sistemas jurídicos contemporâneos, principalmente aqueles de tradição romano-germânica, a partir de um deslocamento histórico causado pela superação dos principais paradigmas impostos pelo Estado liberal e que fizeram emanar o conceito de dignidade da pessoa como um verdadeiro *elemento central* da constitucionalidade democrática de forma a promover a funcionalização de diversas situações jurídicas e a constitucionalização do direito privado.

Parece clara a compreensão verdadeiramente historicista dos direitos da personalidade enquanto construção social oriunda de diversos conflitos e de suas superações ocorridas nos últimos séculos. Como muito bem ressalta José Emílio Medauar Ommati[1], os direitos fundamentais decorrem da necessidade de suprir necessidades da sociedade contemporânea e surgidas apenas recentemente[2].

Na esteira dessa construção histórico dialógica, "*[...] a dignidade é a própria razão de ser dos direitos de personalidade, garantir que os aspectos do ser humano que lhe assegurem uma vida digna sejam respeitados e protegidos*"[3]. O exercício dos direitos de personalidade está diretamente relacionado, portanto, com aquilo que se

1. OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma teoria dos direitos fundamentais*, 7ª ed. rev. e atual. belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020, p.42. Segundo o referido autor: "Na verdade, tal como ocorreu com o surgimento da Constituição formal e rígida e com o controle de constitucionalidade, os direitos fundamentais são uma aquisição evolutiva tipicamente moderna e pretenderam responder a uma nova necessidade de uma sociedade que se afirmava como diferente das anteriores e, portanto, moderna".

2. Não se desconsidera, a propósito, a correlação que parte da doutrina faz entre os direitos da personalidade e a *actio iniuriarum* do Direito Romano. Porém, adota-se a posição de que a vinculação de tais direitos apenas ao cidadão (*pater familias*) e não à pessoa (ainda tratada como mercadoria em muitos casos) revela que em sua essência havia muito pouca identificação com os direitos da personalidade tais quais tratados atualmente.

3. SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p.23.

denominou como fundamento da República (art. 1, III, CF/88): a dignidade humana.

O que se explicita, neste diapasão, é que se torna impossível compreender a dignidade da pessoa de forma dissociada da sua própria personalidade[4]. Isso, em particular, porque é impossível preencher-se o substrato conceitual de dignidade de forma totalmente abstrata e apriorística, dependendo-se fundamentalmente de contextualizações a serem reiteradamente conjugadas e permanentemente interpretadas[5]. Como muito bem pontuam Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves[6] *"[...] a dignidade como valor carrega elementos culturais que não se definem a priori, mas somente historicamente"*. Acrescenta-se aqui que essa mesma dignidade não apenas se identifica pelas lentes do passado, mas a todo momento se reafirma com elementos do presente.

Porém, não se pretende afirmar que a construção histórica dos direitos da personalidade venha a significar que o seu conteúdo axiológico deva ser relativizado na aplicação do direito. Do contrário e melhor explicando, parte-se do pressuposto de que a colisão entre direitos fundamentais é meramente aparente, sendo que particularidades de um dado caso concreto são constantemente capazes de autorizar a aplicação ou não deste direito[7]. O mesmo acontecerá, na interpretação e na solução de *hard cases* relacionados ao direito à privacidade, à proteção de dados pessoais e à autodeterminação informativa.

Tudo o que se está a tutelar, idealmente, através dos direitos da personalidade é um valor unitário e bastante singular, embora de dificílima compreensão, o da dignidade humana. Até por isso, antes mesmo da promulgação da Lei 13.709/18 não havia dúvida de que o direito à proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa, enquanto claros e indeléveis desdobramentos do direito à privacidade, já

4. Enquanto atributo de sua representação e da sua compreensão pelo mundo externo.

5. Essa é a realidade que se impõe através do pós-positivismo ao qual estamos sujeitos em uma tentativa de criar uma relação de coerência entre direito, ética, valores, princípios e regras na esteira dos direitos fundamentais.

6. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p.20.

7. Como é bem exposto por OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma teoria dos direitos fundamentais,* 7ª ed. rev. e atual. belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020. Assim como por DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

estavam ampla e irrefutavelmente tutelados pela ordem constitucional[8].

É sempre oportuna a menção ao voto do Ministro Luiz Fux[9], quando do julgamento da ADI 6.387 e em síntese do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual *"[...] a proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos"*.

A proteção da privacidade enquanto atributo da individualidade e da dignidade parece ser cada vez mais clara a se considerar a realidade hiperconectada em que os negócios jurídicos são celebrados, assim como o potencial enormemente discriminatório e, quiçá, de indução cognitiva, que dados pessoais reunidos em larga escala e tratados mediante capacidade de processamento exponencial podem representar. Embora em um passado recente essa afirmação não fosse tão clara, é indubitável que a importância da tutela dos dados pessoais, especialmente em contextos tecnológicos, simboliza enquanto artefato garantidor da dignidade humana.

Atento a essa questão, Stefano Rodotà[10] desenvolveu o conceito de corpo eletrônico ao considerar que na dinâmica das relações sociais a realidade e, acrescenta-se, a individualidade, acaba por se definir através de um conjunto de dados organizados eletronicamente que são capazes de afetar a vida da pessoa e as suas escolhas. Já sustentava, Rodotà, que a proteção jurídica do corpo eletrônico era inerente à garantia da dignidade.

Ainda que a tutela da pessoa constitua um dos mais importantes vetores da ordenação jurídica[11] até então normatizada a partir da garantia constitucional da

8. Aliás, foi exatamente essa a conclusão a que o Supremo Tribunal Federal chegou ao analisar a constitucionalidade da Medida Provisória 954 que tratava do acesso a dados pessoais de toda a população brasileira pelo IBGE através de compartilhamento dos bancos de dados das empresas de telecomunicação. Vide ADI 6.387, ADI 6.388, ADI 6.389, ADI 6.390 e ADI 6.393, julgamento em 07 mai. 2020.

9. No acórdão: A proteção de dados pessoais e a autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos, que envolvem uma tutela jurídica e âmbito de incidência específicos. Esses direitos são extraídos da interpretação integrada da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X), do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da garantia processual do *habeas data* (art. 5º, LXXII), todos previstos na Constituição Federal de 1988.

10. *Il diritto di avere diritti.* Bari: Editori Laterza, 2017.

11. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos*

privacidade[12] e que, por isso, abranja claramente a proteção de dados pessoais, foi a partir da Emenda Constitucional 115 que o artigo 5º da Constituição Federal foi alterado para nele se incluir um novo e formal direito fundamental[13]: *o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.*

Independentemente de outras eventuais categorizações e divergências quanto a tipicidade ou não dos direitos da personalidade, entende-se que essa discussão pode ser superada pela simples compreensão de que a CF/88 atribuiu à dignidade humana um dos seus mais importantes pilares, o que fez com que *"[...] a perspectiva jurídica tomasse a si o papel garantidor da transição em direção ao personalismo, ausente em outros momentos históricos quando a Igreja, o Estado e o Exército tiveram alçadas de poder em relação às escolhas individuais"*[14].

Como pressuposto da igualdade formal e material entre todas as pessoas, torna-se muito claro que o conteúdo jurídico da dignidade somente pode ser preenchido por uma decisão individual, intrínseca, incapaz de legitimar a imposição de um padrão de conduta social oriundo de um ente externo e supostamente instituído por outrem, revestindo-se o direito como instrumento garantidor dessa face da autonomia privada[15]. É exatamente neste contexto que Pietro Perlingieri[16] adota a nomenclatura da *pari dignità sociale.*

Toda essa contextualização se torna necessária para explicitar que o direito à

---

danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

12. Está disposto no art. 5º, X, da CF/88 que *"são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"*.

13. Com o acréscimo do inciso LXXIX ao art. 5º da CF/88.

14. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.19.

15. O estudo da proteção de dados pessoais que é um dos direitos da personalidade (privacidade) está, portanto, ligado umbilicalmente à autonomia privada enquanto o direito e a capacidade da pessoa de se autodeterminar, autoafirmar, autodefinir e de manter a sua total independência em sintonia com a coerência das normas de ordem pública que integram e se aplicam necessariamente às relações privadas.

16. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

proteção de dados pessoais, para muito além do fato de já se encontrar tutelado constitucionalmente como direito fundamental antes da Emenda Constitucional 115, identifica-se como um direito da personalidade e é garantidor da dignidade humana. Não apenas os aspectos da vida íntima da pessoa como também aqueles relacionados à percepção que terceiros (agentes externos) têm da mesma e o que estes têm a aptidão de fazer com os dados pessoais enquanto substrato da personalidade importam para a garantia da dignidade. Este é o fundamento basilar sobre o qual a LGPD repousa.

Como tal, existem dois atributos inerentes à expressão do direito da personalidade que comportam especial atenção: a primeira, enquanto liberdade negativa, relacionada ao aspecto notadamente íntimo da pessoa e ao seu direito de impedir que terceiros (agentes externos tanto públicos quanto privados) interfiram ou tomem conhecimento de aspectos relacionados a si[17]; o segundo, enquanto liberdade positiva, isto é, na medida em que o direito que se exterioriza e vincula a atuação de terceiros (igualmente agentes externos) para que o direito seja respeitado.

Pensar de outra forma seria, a respeito da segunda característica citada, associar o descumprimento de direitos apenas à tutela ressarcitória, o que significaria afirmar que o Estado não teria a aptidão de tutelar adequadamente os direitos fundamentais por não compreender a esfera preventiva ou impeditiva. Porém, há muito, se reconhece a eficácia dos direitos fundamentais (à espécie, de personalidade) nas relações privadas de modo a assegurar condições mínimas para o exercício da autonomia privada (eficácia horizontal imediata). Neste contexto, não bastaria ressarcir, mas estabelecer formas de se garantir a efetividade do direito fundamental à proteção de dados pessoais através de um agir prévio no sentido proibitivo (da violação do direito) ou orientativo (do agir e da estruturação de negócios jurídicos), inclusive com todas as possibilidades que a tutela jurisdicional assegura.

Esse segundo viés é reforçado pela necessária conjunção da proteção de dados pessoais à boa-fé objetiva (art. 422, Código Civil). A compreensão dos deveres laterais ou acessórios à boa-fé objetiva resulta no reconhecimento de que o direito à proteção de dados pessoais, à privacidade e à intimidade afetam a pessoa em sua esfera

17. É neste sentido que Louis Brandeis e Samuel Warren cunharam o seu notório artigo *The right to privacy*, publicado na *Harvard Law Review* em 1890.

íntima, mas também são impositivos para terceiros em suas relações privadas e na modelagem de negócios. Trata-se do fundamento pelo qual os pressupostos de *privacy by design* e *privacy by default* são acolhidos na ordenação jurídica nacional.

Sem embargo, como bem destaca Stefano Rodotà[18], atualmente já se abandonou o conceito segundo o qual a privacidade abrange apenas a relação *"pessoa-informação-sigilo"* para compreender, necessariamente, a equação *"pessoa-informação-circulação-controle"*. É através da boa-fé objetiva e de seus postulados que se instrumentaliza ao controlador os deveres de transparência, prestação de contas e *accountability*, como também as obrigações de impor finalidade, adequação, necessidade, prevenção e não-discriminação, todos os quais se encontram previstos na LGPD, mas não derivam necessaria e exclusivamente dela. A isso deve-se acrescentar ainda os deveres de lealdade, de proteção, de conservação, de mitigar o prejuízo, de informar, de ser transparente, de coerência, de cooperação, de não adotar comportamento contraditório e de agir consoante pressupostos da *surrectio* e *supressio* todos os quais impõem obrigações (e não meras faculdades) ao controlador de dados pessoais em seus atos e negócios jurídicos.

2. A REPARAÇÃO DO DANO MORAL PELA VIOLAÇÃO DE DIREITOS DA PERSONALIDADE

Historicamente, a reparabilidade do dano moral encontra-se há muito superada, principalmente a partir da positivação havida na CF/88 que assegura, em seu art. 5º, inciso X, por exemplo, o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem. A positivação solucionou grande parte do embargo doutrinário e jurisprudencial precedente à constituinte. E é em função da impossibilidade de retorno ao *status quo ante* quando consumada a violação de direito da personalidade ou da inexistência de instrumentos mensuráveis de seus reflexos econômicos, que acabou se naturalizando a solução

18. Segundo o autor: *"[...] hoje a sequência quantitativamente mais relevante é 'pessoa-informação-circulação-controle' e não apenas 'pessoa-informação-sigilo', em torno da qual foi construída a noção clássica de privacidade. O titular do direito à privacidade pode exigir formas de 'circulação controlada', e não somente interromper o fluxo das informações que lhe digam respeito"*. (RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.93).

jurídica consistente na conversão do inadimplemento obrigacional em perdas e danos.

E a esse respeito, Sérgio Cavalieri Filho[19] ressalta que a reparabilidade do dano moral e o respectivo arbitramento da obrigação de pagar pecúnia não guardam uma relação de direta causa e consequência, eis que *"[...] o ressarcimento do dano moral não tende à restitutio in integrum do dano causado, tendo mais uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida"*. Em qualquer aspecto, seria impossível valorar objetivamente a lesão a um direito da personalidade e repercussões dessa violação na vida da pessoa constantemente podem ser associadas aos conceitos de lucros cessantes ou de danos emergentes (art. 402, Código Civil).

Aqui, para além da discussão a ser instaurada a respeito da quantificação do dano moral e dos vetores que devem (ou não) ser levados em consideração, há ainda que se acrescentar aquilo que Nelson Rosenvald[20] chamou de *"a refundação das penas privadas"* para denominar o deslocamento de foco do instituto da responsabilidade civil que gradativamente fez migrar seu eixo gravitacional da conduta do agente para o dano por ele causado. E isso se observa, notadamente, a partir da simples constatação da influência que a economia de mercado tem exercido na vida das pessoas no último século de modo a se sobrepor, muitas vezes, a inúmeros tipos de racionalidades, como bem destacado por Daniel de Andrade Levy[21].

A reparabilidade do dano moral aliado ao movimento histórico-social de postulação para que se atribua padrões de conduta à sociedade e aos seus componentes deu origem a diversas outras controvérsias, como a introdução da figura dos *punitive*

---

19. *Programa de responsabilidade civil*, 10ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p.91.

20. ROSENVALD, Nelson. A refundação das penas privadas. In: FIUZA, César. Et. Al. *Direito Civil: teoria e prática no direito privado*. Atualidades IV. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.625-648.

21. Segundo o qual: A desumanização do indivíduo, que se torna dado estatístico, e a percepção do processo decisório com base na simples relação entre custo e benefício, são marcas desse sintoma. Hoje, não se trata mais de um autor e de uma vítima, mas de um agente econômico, ou seja, um debate econômico substituiu um debate jurídico. (LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das coisas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p.8).

damages na ordenação jurídica brasileira[22].

Não se desconsidera, aqui, que este movimento de transformação ao qual o instituto da responsabilidade civil se sujeitou esteja isento de críticas[23] especialmente por conduzir ao potencial enriquecimento sem causa da parte que teve o seu direito lesado e pelo desprezo da jurisprudência que constantemente se limita a uma aparente fundamentação ao pretender a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade sem qualquer anteparo em circunstâncias reais ligadas às partes envolvidas.

No entanto, e sem oposição destacada, a jurisprudência dos tribunais se consolidou, notadamente a partir da CF/88, no sentido de reconhecer que a violação de direitos de personalidade, expressão da dignidade da pessoa, pode resultar na responsabilidade civil extracontratual. A discussão que se instaurou, de forma subsequente, está relacionada à necessidade de comprovação da existência de danos[24].

A esse propósito, é necessário observar que o Superior Tribunal de Justiça analisou conteúdo correlato sob o Tema Repetitivo nº. 1.078, onde se consignou que *"o atraso, por parte de instituição financeira, na baixa de gravame de alienação*

22. Como instrumento típico da responsabilidade civil dos países de tradição anglo-saxã, o dano com caráter punitivo tem sido sistematicamente admitido no Brasil. Inicialmente como uma variável a ser levada em consideração no cômputo da indenização por dano moral e, mais recentemente, até em questões que envolvem a reparação de danos estritamente materiais (como no caso da violação de direitos autorais). Ver: STJ, AgRg no EDcl no REsp 1.158.622/RS. 3ª Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. DJe 22 mar. 2012. Tema sistematicamente criticado por mim em: GROSSI, Bernardo Menicucci. *Responsabilidade civil e equivalência do direito estrangeiro na lei do software*. Belo Horizonte: Dialética, 2022.

23. Por todos: AZEVEDO, Renan Santos de. A inaplicabilidade dos punitive damages no ordenamento jurídico brasileiro e uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Superior Tribunal de Justiça acerca do instituto. *In:* SOUZA, Adriano Stanley Rocha, *Et. Al.* (Org.) *O dano moral como subterfúgio para o enriquecimento sem causa: reflexões acadêmicas.* Curitiba: Appris, 2018, p.17-30.

24. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido da seguinte maneira: "A configuração do dano moral pressupõe uma grave agressão ou atentado a direito da personalidade, capaz de provocar sofrimentos e humilhações intensos, decompondo o equilíbrio psicológico do indivíduo por um período de tempo desarrazoado". (STJ, REsp 1.653.865/RS. 3a Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe de 31 mai. 2017).

fiduciária no registro de veículo não caracteriza, por si só, dano moral in re ipsa". Posteriormente, no mesmo julgado[25], ainda ficou consignado que a referida demora na baixa de restrição da quitação de financiamento não constituiria fato suficiente para configurar a violação de direito de personalidade. *A priori*, dentro do recorte metodológico proposto e de forma analógica, é possível notar que o Superior Tribunal de Justiça admitiu expressamente uma gradação acerca da reparabilidade da violação dos direitos da personalidade. Existiriam atos mais e menos graves, independentemente da pessoa, que implicariam ou não no dever de indenizar a título de dano moral (violação do direito da personalidade)[26]. Neste particular, nota-se que o padrão decisório citado ainda se volta severamente para a conduta da parte.

Porém, há que se observar que ainda no âmbito do Superior Tribunal de Justiça existe controvérsia sobre os elementos caracterizadores da reparação do dano moral nas diversas casuísticas que são levadas a julgamento. No REsp 1.899.304[27] julgado à unanimidade pela Segunda Seção do referido Tribunal, decidiu-se que a simples existência de corpo estranho em alimento adquirido por consumidor é suficiente para configurar a violação de direito da personalidade, ensejando dano moral a ser reparado. O fato de haver a ingestão ou não do mesmo pelo consumidor unicamente seria relevante apenas para a quantificação do *quantum* indenizatório e não, ressalte-se, para a conclusão acerca de sua existência.

Diversos outros tribunais têm trilhado o mesmo entendimento inicialmente destacado[28] com a nítida intenção de constituir obstáculos ao pleno acesso à justiça de

---

25. "[...] *o acórdão recorrido concluiu que a demora na baixa da restrição após a quitação do financiamento, por si só e quando não comprovado real dano à pessoa, não passa de mero dissabor, não provocando abalo suficiente à violação dos direitos inerentes à personalidade [...]*

26. O paradoxo é real. Ao mesmo tempo em que a jurisprudência admite a gradação de condutas entre causadoras ou não de dano moral

27. 2a Seção. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe 30 nov. 2021.

28. *"RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Sentença de improcedência. Apelo do autor. Alegação de invasão de privacidade e perturbação do sossego pelos técnicos das rés que utilizam o muro da residência para realizar manutenção na cabine instalada no poste na lateral do imóvel. Fotografias que comprovam, no entanto, inexistir acesso visual do interior da residência pela lateral do imóvel, bem como que o muro, bastante elevado e sem janelas ou portas, é utilizado apenas como apoio da escada e não para o*

pessoas que tenham seus direitos violados por criar obstáculos ao cômputo e à quantificação da reparação civil. É o que Sérgio Cavalieri observa ao afirmar que *"[...] corremos, agora, o risco de ingressar na fase da sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias".*

De uma fase pré-constituinte em que se rechaçava a reparabilidade da lesão a direito de personalidade à virada do século, o maquiavélico argumento de que a presunção da existência do dano moral enquanto decorrência da violação de direito da personalidade não pode ser admitida em razão de seu efeito prático foi acolhida de forma ostensiva pela jurisprudência.

Observa-se, neste diapasão, uma forte influência do realismo jurídico causador, por vezes, de discursos excessivamente simplificados mediante uma valoração atribuída ao intérprete em oposição à efetiva aferição da dignidade da própria pessoa. Como crítica, anota-se que a valoração externa dos atributos da personalidade, notadamente da própria dignidade, é tarefa excessivamente árdua e desafiadora do princípio da isonomia.

A despeito desta transição, conforme já observado tanto por Nelson Rosenvald[29] quanto por Sérgio Cavalieri Filho[30], a teoria da responsabilidade civil tem caminhado claramente para uma transição de foco inicialmente sempre atrelado à existência de danos para uma tutela de condutas potencialmente lesivas. A dinâmica das relações sociais contemporâneas, portanto, é um grande indicador desse movimento evolutivo da responsabilidade civil em que a noção de uma economia de mercado deixa

---

trabalho em si. Alegações inverossímeis do autor que elide o direito perseguido. Provas oral e testemunhal totalmente protelatórias ante o conjunto probatório. Cerceamento de defesa não constatado. Danos morais não evidenciados. Mero aborrecimento que não enseja em abalo aos direitos da personalidade. Indenização indevida. Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO". (TJSP; Apelação Cível 1011578-24.2020.8.26.0007; Relator (a): Alfredo Attié; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VII - Itaquera - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/03/2022; Data de Registro: 16/03/2022).

29. ROSENVALD, Nelson. A refundação das penas privadas. In: FIUZA, César. *Et. Al. Direito Civil: teoria e prática no direito privado.* Atualidades IV. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.625-648.

30. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 10ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

claro que a intromissão no patrimônio da pessoa constitui um fator razoavelmente eficaz para a imposição de padrões de conduta não lesivos à dignidade. Como anota Daniel Levy[31], *"a lesão não é mais concreta, não é mais pontual, não é mais imediata e o tempo de vida do ser humano não coincide com a temporalidade do dano"* e, de fato, essa transformação acaba por exigir uma releitura de muitos institutos jurídicos.

Não bastasse toda essa controvérsia que, naturalmente, demanda tempo e experimentação coletiva e individual para se assentar, em seu natural caminhar à frente da norma jurídica, o fato social envolvendo o uso de dados pessoais ganhou muita notoriedade nos últimos anos em decorrência do progresso exponencial da capacidade de processamento de dados.

E essa nova evolução das relações sociais trouxe consigo uma nova revisitação do instituto da responsabilidade civil especialmente ao se questionar a reparação da lesão a direito da personalidade (privacidade e proteção de dados pessoais) e a sua complexa e eventual necessidade de comprovação.

3. O CASO CYRELA

A Cyrela Brazil Realty S.A. Empreendimentos e Participações é uma incorporadora e construtora fundada em São Paulo no ano de 1962 e que teve como lucro líquido no último trimestre do ano de 2020 o valor de R$261.000.000,00[32].

A Cyrela foi acionada em um dos primeiros casos que se tornaram notórios envolvendo a aplicação da LGPD, o que ocorreu nos autos do processo nº. 1080233-94.2019.8.26.0100 e que tramitou perante a 13ª Vara Cível de São Paulo/SP[33].

---

31. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas.* São Paulo: Atlas, 2012, p.15.

32. Informações tornadas públicas pela própria empresa em razão da cotação de suas ações em bolsa e disponíveis em: http://ri.cyrela.com.br/informacoes-financeiras/central-de-resultados/ - Acesso 15 mar. 2022.

33. Em verdade, havia controvérsia sobre a própria aplicação da LGPD ao caso, eis que o fato era anterior à sua vigência. Porém, independentemente disso, como já se ressaltou anteriormente, a proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental e direito da personalidade superariam qualquer entrave dessa natureza - como foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

Um dos clientes (consumidor) da empresa alegou que adquiriu uma unidade em empreendimento imobiliário e que, inadvertidamente, seus dados pessoais teriam sido compartilhados com outras empresas, o que teria causado violação a seus direitos de personalidade e deveria implicar no ressarcimento civil.

Durante a instrução processual, conforme destacado pela própria sentença, ficou comprovado que os dados pessoais do consumidor, notadamente seu nome e telefone teriam sido compartilhados pela Cyrela com outras instituições financeiras, consórcios, empresas de arquitetura e construção civil e lojas de móveis. Todos esses terceiros, consoante se comprovou, entraram em contato com o consumidor em razão da aquisição de uma unidade autônoma específica no empreendimento em questão.

O caso Cyrela é representativo de toda a controvérsia instaurada em torno da responsabilidade civil pela violação de direito da personalidade, já que destaca o debate acerca da releitura de seu eixo fundamental com a tendência de que se reconheça um direito que tutela com maior ênfase a conduta lesiva do que o patrimônio jurídico lesado, assim como o eventual enriquecimento sem causa do consumidor e também a necessidade de se produzir prova a seu respeito para eventual quantificação.

3.1. Sentença

A sentença analisou o caso à luz da LGPD e do Código de Defesa do Consumidor, sendo atribuído à Cyrela a responsabilidade objetiva[34], com destaque para o fato de que inexistiu observância à obrigação de informar ao consumidor a que espécies e finalidades de tratamento os seus dados pessoais estariam sujeitos.

Considerou-se ainda que não havia necessidade de comprovação da existência e da extensão do dano moral, eis que este decorreria da violação de direito da

34. Destacando-se trecho da sentença: *"[...] a responsabilidade da ré é objetiva (arts. 14, caput, CDC e 45, LGPD). Inexiste suporte para a exclusão de responsabilidade (art. 14, 3º, I a III, CDC), de sorte que caracterizado o ato ilícito relativo a violação a direitos de personalidade do autor, especialmente por permitir e tolerar (conduta omissiva) ou mesmo promover (conduta comissiva) o acesso indevido a dados pessoais do requerente por terceiros.*

personalidade, o direito à proteção de dados pessoais[35].

Com isto, foi arbitrada indenização por dano moral no valor de R$10.000,00.

3.2. Acórdão

Em grau recursal, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo adotou um posicionamento ligeiramente diverso. De imediato, observou-se que o indigitado compartilhamento de dados pessoais ocorreu antes da entrada em vigor da LGPD, razão pela qual a mesma não deveria ser aplicada ao caso em questão.

E com relação ao incidente em si considerou, o acórdão, que a prova apresentada pelo consumidor acerca do compartilhamento de dados não teria sido satisfatória (*"não há prova inequívoca")*[36]. E, na esteira do que já se sinalizou ser o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo asseverou que existem circunstâncias que ensejam na presunção da ocorrência do dano moral. No entanto, outras situações específicas não teriam essa aptidão.

Extrai-se do acórdão a consideração de que a situação havida deveria ser compreendida como um singelo incômodo: "*trata-se, pois, de episódio do qual não resultou nenhuma interferência excepcional no comportamento do autor e que não rompeu com seu equilíbrio psicológico".*

O recurso da Cyrela foi integralmente provido para, reformando-se a sentença, julgar improcedente o pedido de indenização por dano moral.

---

35. Da sentença: *"o dano à esfera extrapatrimonial também fora demonstrado. Justamente por conta do ato ilícito relativo ao acesso de dados titularizados pelo autor a terceiros, houve violação a direitos de personalidade (intimidade, privacidade, nome). O dano, nesta hipótese, decorre do próprio ilícito (in re ipsa), e resta corroborado pelos documentos que comprovam que o requerente fora assediado por diversas empresas por conta da conduta ilícita da requerida".*

36. Do acórdão: *"[...] concluo que, no caso em tela, com a devida vênia à Magistrada sentenciante, não há prova inequívoca de que foi a requerida quem repassou os dados pessoais do requerente aos prestadores de serviço que o contataram por e-mail e mensagens de WhatsApp. Em que pese a informação de uma das prestadoras que entrou em contato com o autor sobre o acesso a mailing por meio de 'portal de construtoras' (pág. 145), este fato, por si só, não identifica a ré como a responsável pelo alegado vazamento de dados, máxime porque outra informação que trabalhavam 'com diversas parceiras', arrematando: 'não sei ao certo quem passou o seu contato".*

4. CONCLUSÃO: PELA SISTEMATIZAÇÃO DE UMA TEORIA GERAL DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

O "caso Cyrela" julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é representativo de uma questão que tende a se tornar cada vez mais comum na contemporaneidade. De que forma a violação à proteção de dados pessoais, indubitavelmente compreendida como um direito da personalidade, irá impactar a jurisprudência nacional é uma questão a ser respondida com muita cautela e a desafiar a superação das críticas baseadas meramente no realismo jurídico e desatentas à conjuntura inerente à tutela dos direitos fundamentais.

Há que se levar em consideração a cláusula geral de tutela da pessoa e a necessidade de promoção efetiva de sua dignidade, o que constitui um dos fundamentos da república (art. 1º, III, CF/88). Aliado a isso, outro fator que deve ser levado em consideração é a hipossuficiência da pessoa (e especialmente do consumidor, embora não apenas dele) com relação à produção de prova inequívoca sobre o compartilhamento intencional ou não de seus dados pessoais. Os elementos materiais acerca da existência dessas relações raramente estarão na posse ou no âmbito de disponibilidade do titular já que inerentes ao controlador.

O CDC, aliás, já havia proposto uma solução para esse problema ao contemplar a possibilidade de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII) como medida facilitadora da tutela de seus direitos sempre que *"[...] for verossímil a alegação"* ou quando ele for hipossuficiente em relação à produção da indigitada prova. De forma totalmente alinhada, o CPC (art. 373, §1º) dispõe que determinadas particularidades de uma causa relacionadas à impossibilidade ou excessiva dificuldade de se cumprir o ônus da prova, ou ainda a maior facilidade de se produzi-la por uma parte, pode levar o juiz a redistribuir o ônus da prova. A análise da sentença e do acórdão proferidos no caso Cyrela, infelizmente, não revela qualquer análise sobre tais situações.

No contexto em que eventualmente se questione o compartilhamento de dados com outro controlador ou até mesmo a ocorrência de um incidente de segurança da informação que tenha comprometido total ou parcialmente esses dados, não se vislumbra a possibilidade de que a pessoa, e consumidora, tenha condição de produzir prova inconteste da origem e da manipulação de suas informações. Do contrário, o

que se obtém como regra é um conjunto de indicativos da origem desses dados e do tratamento que lhes foi atribuído, ou seja, uma mera coerência.

Essas circunstâncias, que evidentemente merecem uma análise centrada em verossimilhança e plausibilidade, é que devem induzir à inversão do ônus da prova por decisão fundamentada e assegurada a oportunidade do controlador de se defender e de se eximir de qualquer responsabilidade. É claro que não se poderia defender a legitimação de instrumentos causadores do enriquecimento sem causa. Por outro lado, em situações como tal a regra de distribuição do ônus da prova constituirá, *prima facie*, eterno impeditivo do ressarcimento civil da violação a direito da personalidade.

Dito de outro modo, a visão fortemente impactada pelo realismo jurídico a que grande parte da jurisprudência se submete é potencialmente causadora da ineficácia do direito fundamental à proteção de dados pessoais. Carências muito específicas relacionadas a determinadas áreas do direito, como o direito civil, do consumidor, das famílias e sucessões, dentre outros, terão o condão, cada vez mais, de serem afetadas e de causarem distorções hermenêuticas nas causas que envolvam a tutela da dignidade sob o prisma da proteção de dados pessoais.

Por este motivo é que se justifica, cada vez mais, uma teoria geral da proteção de dados pessoais como instrumento de uniformização da epistemologia jurídica na aplicação do direito e no combate a vieses decisórios. Esses vieses decorrem, propriamente, da incompreensão de várias particularidades inerentes à disciplina e que afetam, decisivamente, a sua sistematização. Vale dizer, a falta de uma teoria geral da proteção de dados pessoais claramente pautada nos direitos da personalidade e no conceito de autonomia privada é permissiva de desvios jurisprudenciais ainda a serem equacionados em um futuro próximo.

A se reconhecer aquilo que a doutrina já aponta como uma releitura do instituto da responsabilidade civil com maior ênfase às condutas deliberadamente lesivas em detrimento da prosaica comprovação (ou não) da repercussão do dano, identifica-se que a tutela da proteção de dados pessoais não poderá ser negligenciada sem que se descumpra a própria dignidade da pessoa (titular). Com isto, a inversão do ônus da prova mediante decisão fundamentada durante a instrução processual ganha radical relevância não só neste como em outros casos, especialmente aqueles relacionados a

incidentes de segurança da informação causados por falhas técnicas de índole tecnológica. Por isso, situar situações como o caso Cyrela e tantos outros que se reproduzem diariamente nos tribunais pátrios enquanto atos oriundos da autonomia privada e necessariamente vinculados aos deveres laterais da boa-fé objetiva constitui o passo inicial e inafastável do desenvolvimento da epistemologia jurídica.

De outro modo, a singularidade dos casos analisados acabará por sucumbir às críticas superficiais de um realismo jurídico exacerbado e que não encontra guarida na constitucionalidade democrática atual.

REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 10ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

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

GROSSI, Bernardo Menicucci. *Responsabilidade civil e equivalência do direito estrangeiro na lei do software*. Belo Horizonte: Dialética, 2022.

LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas.* São Paulo: Atlas, 2012.

MELO, Nehemias Domingos. *Dano moral - problemática: do cabimento à fixação do quantum*, 2ª ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma teoria dos direitos fundamentais*, 7a ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti.* Bari: Editori Laterza, 2017.

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

SOUZA, Adriano Stanley Rocha; GODINHO, Jéssica Rodrigues (Org.). *Reflexões acadêmicas: o dano moral como subterfúgio para o enriquecimento sem causa.* Curitiba: Appris, 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. (Coord.). *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*, 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

O COMBATE À INSEGURANÇA JURÍDICA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N° 6.387/2020 E SEUS IMPACTOS NO RECONHECIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS E DO DEVIDO PROCESSO INFORMACIONAL

Luisa de Almeida Naves

Graduanda em Direito na UFMG e em Administração na SKEMA Business School.

Marina Moretzsohn Chust Trajano

Membro do Comitê Estadual de Proteção de Dados. Assessora do Gabinete do Advogado-Geral do Estado. Membro da Equipe Gestora da Proteção de Dados na Advocacia-Geral do Estado. Pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito, Tecnologia e Inovação – DTIBR e Graduanda em Direito na UFMG.

Resumo: A decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 6.387 representou histórico julgamento no combate à insegurança jurídica no país no que tange à proteção de dados pessoais. Nesse sentido, destaca-se, (i) no âmbito material, o reconhecimento do direito à proteção de dados como direito fundamental autônomo, diferente do direito à privacidade, e (ii) na esfera formal, a releitura da cláusula do devido processo como dimensão subjetiva do direito à proteção de dados. A decisão, ainda, leva à reflexão sobre particularidades e responsabilidades do tratamento de dados pelo Poder Público, essencial para a preservação da democracia.

Palavras-chave: proteção de dados; devido processo

Abstract: *The decision of the Brazilian Supreme Court in Direct Action of Unconstitutionality No. 6,387 represented a historic judgment in the fight against legal uncertainty regarding the protection of personal data in Brazil. Among these advancements, it highlights, (i) in the material sphere, the recognition of the right to data protection as an autonomous fundamental right, different from the right to privacy, and (ii) in the formal sphere, the understanding of the due process of law as a subjective dimension of the right to data protection. The decision also leads to reflection over the particularities and responsibilities of data processing by public authorities, which is essential to preserve democracy.*

Keywords: *personal data protection; due process of*

informacional; direito fundamental autônomo. *law; autonomous fundamental right.*

Sumário: 1. Introdução; 2. A busca pelo justo ponto de equilíbrio quanto à proteção de dados pessoais diante do tratamento de dados pelo Poder Público; 3. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 6.387; 4. O momento de fragilidade dos poderes; 5. Privacidade vs. crise sanitária; 6. O aspecto material; 7. O aspecto formal; 8. Combate à insegurança jurídica; 9. As peculiaridades do tratamento de dados pelo IBGE; 10. Riscos à democracia; 11. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O cuidado com a constitucionalidade material e formal de medidas excepcionais tomadas no momento da crise sanitária da Covid-19 são uma preocupação global, devido à tendência de enfraquecimento das instituições governamentais sob o pretexto de enfrentamento da crise. A Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.387, de 07 de maio de 2020, refletiu, de forma oportuna, o dever das instituições jurídicas frente a ameaças constitucionais em períodos de fragilidade, por meio da proteção dos direitos de privacidade e vida íntima, e da merecida consideração dada ao princípio do devido processo legal. A decisão interposta pelo Supremo Tribunal Federal (STF) representou um marco para o direito brasileiro, ao reconhecer o direito à autodeterminação informativa como fundamental, rompendo com a tendência de afrouxamento da guarda pelos direitos.

A ADI 6.387 discute a constitucionalidade da Medida Provisória nº 954, de 17 de abril de 2020, que dispõe sobre o compartilhamento de dados de empresas de telecomunicação com o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), para "*fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*"[1].

1. BRASIL. *Medida provisória n° 954/2020.* Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à

A doutrina denomina de "*systematic access*" o fenômeno do compartilhamento de dados de empresas com o governo. O termo se refere tanto ao acesso direto do governo ao banco de dados das empresas, quanto ao compartilhamento de um grande volume de dados pelas entidades[2]. O compartilhamento de dados pessoais para o governo, com o objetivo de vigilância da população, se intensificou após o ataque terrorista às Torres Gêmeas, nos Estados Unidos, em 11 de setembro de 2001. O uso dos dados era justificado com o pretexto da manutenção da segurança nacional, e vários países, como Canadá, Reino Unido e Alemanha, seguiram o exemplo dos Estados Unidos e modificaram suas normas de prevenção ao terrorismo[3] para reconhecer mais poderes de vigilância às agências de inteligência nacional[4]. Dessa forma, a aquisição de poderes de monitoramento pelo governo, somado às evoluções tecnológicas de ciência dados nas décadas seguintes, aumentaram cada vez mais a

produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19), de que trata a Lei n.13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm>. Acesso em: 06 jun. 2021

2. RUBINSTEIN, Ira et al. *Systematic Government Access to Private - Sector Data.* Systematic Government Access to Private-Sector Data. Oxford Scholarship Online, 2020. Disponível em: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/oso/9780190685515.001.0001/oso-9780190685515>. Acesso em 13 jun. 2021.

3. Após 11 de setembro de 2001, o Patriot Act, que visa combater o terrorismo passou por mudanças que aumentaram o nível de monitoramento feito pelo governo. Destaca-se a modificação que "*Allows law enforcement to use surveillance against more crimes of terror. Before the Patriot Act, courts could permit law enforcement to conduct electronic surveillance to investigate many ordinary, non-terrorism crimes, such as drug crimes, mail fraud, and passport fraud. Agents also could obtain wiretaps to investigate some, but not all, of the crimes that terrorists often commit. The Act enabled investigators to gather information when looking into the full range of terrorism-related crimes, including: chemical-weapons offenses, the use of weapons of mass destruction, killing Americans abroad, and terrorism financing.*" (Highlights of the USA PATRIOT Act, 2001)

4. RUBINSTEIN, Ira et al. *Systematic Government Access to Private - Sector Data.* Systematic Government Access to Private-Sector Data. Oxford Scholarship Online, 2020. Disponível em: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/oso/9780190685515.001.0001/oso-9780190685515>. Acesso em 13 jun. 2021.

dependência do governo frente aos dados de empresas.

2. A BUSCA PELO JUSTO PONTO DE EQUILÍBRIO QUANTO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DIANTE DO TRATAMENTO DE DADOS PELO PODER PÚBLICO

Diante do aumento do volume de tratamento de dados pelo governo para fins de vigilância, Wimmer[5] destaca o debate crescente, no âmbito internacional, sobre a adequação de leis que disciplinam funções públicas de inteligência ou de investigação face às proteções constitucionais conferidas aos cidadãos com relação ao tratamento de dados pessoais. A título de exemplo, salienta-se a declaração de invalidade da Diretiva europeia nº 2006/24/CE, de 15 de março de 2006, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações.

Essas discussões vêm ganhando relevância diante das perspectivas impostas pelo desenvolvimento de *big analytics*, ou seja, *"a possibilidade de extrair, a partir dos dados, correlações, diagnósticos, padrões, inferências e associações que possam ser consideradas informações"*[6]. A geração de valor a partir de dados depende da capacidade do processamento destes e dos algoritmos responsáveis por tal tratamento, determinando uma transformação digital na economia.

Tal perspectiva foi fundante para o estabelecimento de uma economia movida a dados, na qual Tim O'Reilly constata que os dados são como a nova areia: "*Nossos dados individuais não são tão valiosos. Os dados não são o novo petróleo. É a nova areia. Como o silício, que constitui 28% da crosta terrestre, ele é onipresente e só se torna valioso por um enorme conjunto de processos em escala industrial"* [7].

---

5. WIMMER, Miriam. *Proteção de dados pessoais no Poder Público: incidência, bases legais e especificidades.* Revista do Advogado, nº 144, nov. 2019.

6. FRAZÃO, Ana. *Big Data e Aspectos Concorrenciais do Tratamento de Dados Pessoais.* In.: MENDES; DONEDA; SARLET; RODRIGUES JR. (coord); BIONI (coord. executivo). Tratado de Proteção de Dados Pessoais. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

7. O'REILLY, Tim. *Data Is The New Sand.* The Information, 2021. Disponível em: <https://www.theinformation.com/articles/data-is-the-new-sand>. Acesso em: 20 set. 2021.

Cumpre destacar, ainda, que essa economia movida a dados é mais um aspecto que caracteriza o contexto de capitalismo de vigilância, em que cresce a importância dos dados a partir da valorização dos dados comportamentais. Como consequência, tem-se mais incentivos para o aumento da vigilância e, portanto, maior será a coleta de dados[8]. Assim, observa-se uma conjuntura de economia de vigilância e um verdadeiro varejo de dados pessoais[9].

Tal transformação é também demandada do governo, podendo-se observar significativa evolução na adoção de tecnologia pelos Estados e consequente expansão de suas capacidades de tratamento, processamento e cruzamento de dados, intensificando o questionamento da constitucionalidade de diversas leis que lhes atribuem amplos poderes de investigação em meios digitais, considerando seus impactos sobre direitos e liberdades fundamentais[10].

3. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N° 6.387

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387 foi ajuizada pelo Conselho Federal da OAB contra o inteiro teor da Medida Provisória (MP) nº 954, de 17 de abril de 2020. A MP prevê o compartilhamento de dados de usuários por prestadoras de serviços de telecomunicações com o IBGE para dar suporte à produção estatística oficial durante a pandemia da Covid-19 por meio da PNAD, a Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios. O acórdão, de relatoria da Ministra Rosa Weber, determinou a

8. FRAZÃO, Ana. *Big Data e Aspectos Concorrenciais do Tratamento de Dados Pessoais*. In.: MENDES; DONEDA; SARLET; RODRIGUES JR. (coord.); BIONI (coord. executivo). Tratado de Proteção de Dados Pessoais. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

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

10. Esse movimento foi acompanhado da evolução na compreensão do papel da tecnologia nos processos de governança pública, transitando-se do conceito de Governo Eletrônico para o conceito de Governo Digital, no qual as tecnologias digitais são concebidas como parte integrante das estratégias de modernização do Estado e de criação de valor público. (WIMMER, Miriam. *O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público*. In.: MENDES; DONEDA; SARLET; RODRIGUES JR. (coord.); BIONI (coord. executivo). Tratado de Proteção de Dados Pessoais. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Forense, 2021.)

suspensão da MP, pelo parecer de 10 votos a 1.

Na decisão, consideradas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, questionou-se alguns aspectos da MP, como (i) o interesse público legítimo no compartilhamento dos dados pessoais dos usuários de serviços de telefonia; (ii) a garantia do devido processo legal, em razão da não definição apropriada do meio e fins da coleta de dados; (iii) a garantia de que os dados pessoais manipulados sejam conservados apenas pelo tempo necessário, considerando a previsão de conservação dos dados pessoais por trinta dias após a decretação do fim da situação de emergência de saúde pública; (iv) a garantia de que os dados sejam adequados, relevantes e não excessivos em relação ao propósito em questão, levando em conta que o objetivo se trata da produção estatística oficial, cujo objeto, amplitude e necessidade não foram explicitados. Ainda, o acórdão se pauta nos fundamentos da disciplina de proteção de dados pessoais, apresentados no art. 2° da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), incluindo o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa, decorrentes dos direitos de personalidade.

A decisão vem sendo apontada como um marco na tutela da proteção de dados no Brasil, em razão da potencial quebra de relevantes paradigmas. Nesse aspecto, destacam-se dois principais impactos da decisão, em que se apontam vícios da inconstitucionalidade formal e material da MP. O primeiro deles, no âmbito material, diz respeito ao fortalecimento da tendência de reconhecimento do direito à proteção de dados como um direito fundamental autônomo, diferente do direito à privacidade. Posteriormente, por meio da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 17/2019, tal direito fundamental também passou a ter previsão constitucional. O segundo, por sua vez, na esfera formal, diz respeito à releitura da cláusula do devido processo como uma dimensão subjetiva do direito à proteção de dados pessoais, em uma busca pela preservação do devido processo informacional.

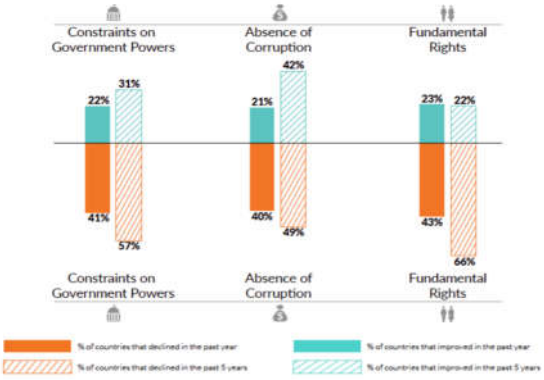
4. O MOMENTO DE FRAGILIDADE DOS PODERES

A Pandemia da Covid-19, pelo caráter de urgência mundial, representou um momento de exceção, no qual, sob o pretexto da necessidade de enfrentar efetivamente a crise, muitos governos ultrapassaram o limite da razoabilidade, executando medidas que ferem direitos fundamentais.

O *World Justice Project (WJP)* é uma organização independente e multidisciplinar que busca construir e disseminar conhecimento para estimular o avanço do *rule of law* por todo o mundo. O *rule of law* é um sistema de leis, normas, instituições, e uma comunidade comprometida que geram *accountability*, uma lei clara, estável e amplamente conhecida, um governo forte e acessível, além de uma justiça imparcial e efetiva. A organização realiza, todo ano, uma pesquisa que busca compreender o *rule of law* mundialmente[11]. Os dados gerados se baseiam em oito aspectos: restrições ao poder do governo, falta de corrupção, governo aberto, direitos fundamentais, ordem e segurança, aplicação regulatória, justiça cível e criminal.

Em setembro de 2020, a organização publicou um relatório avaliando o impacto da pandemia sobre esses aspectos. Destaca-se que a crise sanitária emergiu em um período de baixa das restrições ao poder do governo (*constraints on government powers*) e da garantia aos direitos fundamentais (*fundamental rights*), sendo que, no último ano e nos últimos cinco anos, este último foi o aspecto do *rule of law* mais afetado.

Figura 1 - *Fundamental Rights, Constraints on Government Powers, and Absence of Corruption Show Greatest Decline*



Fonte: *World Justice Project*, 2020.

11. Na edição de 2020, foram entrevistados mais de 130 mil famílias e 4 mil especialistas do direito para entender o *rule of law* em cada um dos países alvo da pesquisa. Os dados gerados pelo WJP já foram utilizados como base na criação de políticas públicas, e é citado por chefes de Estado, chefes de Justiça e por grandes instituições por todo o mundo.

Assim, entrando na pandemia com uma estrutura global de restrições ao poder do governo e garantias aos direitos fundamentais abalada, a observância desses aspectos se tornou ainda mais relevante, uma vez que a fragilidade ocasionada pela crise global poderia acentuar ainda mais a redução das garantias.

Dentre os direitos afetados, destaca-se o direito à privacidade, infringido pelas ferramentas de monitoramento da população utilizadas para evitar o alastramento do vírus. Segundo diretrizes contidas no guia da situação emergencial da pandemia elaborado pelas Nações Unidas para os Direitos Humanos (*Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*): "*Although derogation or suspension of certain rights is permitted when such emergencies are declared, measures suspending rights should be avoided when the situation can be adequately dealt with by establishing proportionate restrictions or limitations on certain rights*"[12].

Tendo em vista a preocupação global em assegurar a garantia ao direito à privacidade e de restringir o poder do governo quando há abuso, a ADI 6.387 busca restabelecer ambos aspectos fragilizados: a garantia aos direitos fundamentais, impondo restrições necessárias às ações do governo, impedindo a arbitrariedade e ilegalidade dessas políticas.

5. PRIVACIDADE VS. CRISE SANITÁRIA

É evidente a excepcionalidade do momento da crise sanitária global, e a necessidade de medidas atípicas que colaborem para o enfrentamento das dificuldades. É com esse ideal que foi criada a Medida Provisória nº 954, com o argumento de que: "*Não se pode olvidar da relevância dessas atividades de produção estatística, inclusive para o enfrentamento da pandemia, o que urge a adoção de medidas que viabilizem, por outros meios, a produção desse relevante insumo para o implemento de políticas públicas*"[13].

12. UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. *Emergency Measures And Covid-19: Guidance*. 2020. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Events/EmergencyMeasures_Covid19.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

13. BRASIL. *Exposição de motivos da Medida Provisória 954 de 17 de abril de 2020*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-954-20.pdf>.

Entretanto, apesar da relevância do estudo de dados para a criação de políticas públicas mais eficazes, a violação da privacidade e intimidade que o compartilhamento de dados para o governo acarretaria, necessita ser justificada apropriadamente, feita dentro dos limites de legalidade e razoabilidade. Esse entendimento vai de acordo com normas internacionais, como o artigo 17 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (*International Covenant on Civil and Political Rights*): "*No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation*"[14], e o artigo 8° da Convenção Europeia dos Direitos Humanos[15].

Ambos os documentos internacionais ressaltam que a redução do direito à privacidade é razoável em momentos de exceção se feita de acordo com a lei e com justificativa adequada. É nesse sentido que é declarada a inconstitucionalidade formal e material da MP nº 954, devido à falta de adequação aos fundamentos legais.

6. O ASPECTO MATERIAL

Quanto à inconstitucionalidade material, tem-se o argumento principal de violação das regras constitucionais da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, do sigilo dos dados e da autodeterminação informativa (arts. 1º, III e 5º, X e XII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)). Nesse aspecto, destaca-se a necessidade de tutela do direito fundamental à proteção de dados pessoais, a teor do art. 5º, XII, da CRFB/88, que assegura a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, ressalvada

---

Acesso em: 21 set. 2021.

14. UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. *International Covenant on Civil and Political Rights.* 1966. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. Acesso em: 13 jun. 2021.

15. *There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.* (ECHR, 1950)

a relativização, nessa última hipótese, mediante ordem judicial e para fins de persecução penal. Ainda, como salienta o voto da Min. Rosa Weber: "*Argumenta com o direito fundamental à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X, CRFB/88), como fundamento do indivíduo para determinar e controlar, frente ao Estado, a utilização dos seus dados.*" A Ministra acrescenta: "*(...)aponta para a existência, no desenho constitucional brasileiro, de um direito fundamental à proteção de dados, na concepção de um direito à autodeterminação informativa, em que fundamenta, inclusive, a edição da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018)*"[16].

O voto da relatora invocou, ainda, decisão de 1983 do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que reconheceu, no direito geral da personalidade, o direito fundamental à autodeterminação sobre dados pessoais, diante de intervenções estatais. A decisão foi interposta frente à Lei do Censo alemão, caracterizada como inconstitucional por não apresentar as salvaguardas necessárias para que os riscos das atividades de tratamento de dados fossem mitigados. A norma em questão criava um censo estatístico que determinava a coleta de dados pessoais dos usuários para otimização de políticas, e permitia que houvesse livre compartilhamento desses dados, com fins de planejamento urbano, para vários outros órgãos da administração pública.

Os argumentos favoráveis à inconstitucionalidade da Lei apontavam para a possibilidade de desvirtuamento, por esses órgãos, da finalidade para a qual os dados haviam sido coletados, legitimando usos menos nobres do tratamento de dados. Essa decisão representou importante marco inicial na proteção de dados, mundialmente, representando o primeiro momento em que o Poder Judiciário determinou, de forma explícita, que o direito à proteção de dados é diferente do direito à privacidade.

Essa distinção foi devidamente enfatizada no voto da Relatora por meio de uma analogia com as antigas listas telefônicas que continham nomes, telefones e endereços dos assinantes residenciais e comerciais dos serviços de telefonia em determinado local. Além da possibilidade de que os titulares de dados solicitassem a exclusão de seus dados, é importante ressaltar que os efeitos de tal compartilhamento são

16. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.6.387-DF.* Rel. Min. Rosa Weber. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB x Presidência da República. J. 24 abr. 2020.

ínfimos se comparados ao potencial das atuais tecnologias, que permitem que sejam traçados perfis extremamente detalhados a partir do processamento, cruzamento e filtragem de dados.

Assim, com base no reconhecimento do direito fundamental autônomo à proteção de dados, o objeto de discussão não deve ser a necessidade de sigilo frente a determinado dado. Como afirmou a Corte Constitucional alemã no julgamento de 1983, que deu origem ao direito à autodeterminação informativa, não existem mais dados insignificantes no contexto do processamento de dados. Pelo simples fato de estarem atrelados a um indivíduo, dados pessoais podem ser utilizados de modo a prejudicar seu titular e, portanto, devem ser objeto de proteção. Assim, as informações referentes ao nome, número de telefone e endereço dos consumidores, a serem compartilhadas pelas empresas de telefonia com o IBGE, conforme determinação da MP n° 954, configuram dados pessoais ao se relacionarem à identificação da pessoa natural. É o que dispõe o inciso I do art. 5° da Lei Geral de Proteção de Dados: "(...) Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; (...)"[17].

Apesar de tal norma ainda não vigorar à época da decisão objeto do presente artigo, ao configurar dados pessoais, tais informações integram o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII). Conforme aponta a relatora, "sua manipulação e tratamento, desse modo, hão de observar, sob pena de lesão a esses direitos, os limites delineados pela proteção constitucional."[18].

7. O ASPECTO FORMAL

A medida provisória foi criada na Constituição de 1988, com o objetivo de dar ao

17. BRASIL. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 13 jun. 2021.

18. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.6.387-DF.* Rel. Min. Rosa Weber. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB x Presidência da República. J. 24 abr. 2020.

Presidente da República o poder de emitir medidas com força de lei, a fim de atender necessidades urgentes e relevantes, que são pressupostos formais desses atos normativos. Até 1989, o entendimento era que o judiciário não tinha competência para avaliar e criticar a existência da medida provisória. Entretanto, nesse ano, a jurisprudência do STF passou a admitir que os pressupostos formais fossem questionados para identificar eventual "abuso manifesto"[19-20]

Assim, a Ministra Cármen Lúcia destaca a importância da apreciação pelo judiciário para a garantia do Estado democrático de direito. De acordo com ela, os órgãos do Poder Judiciário devem "*fazer valer a sua competência própria para o exercício do controle de constitucionalidade das medidas provisórias, (...) sob pena de vir a se estabelecer um espaço de atuação estatal inexpugnável à jurisdição fiscalizadora de validade dos atos do Poder Público* (...)"[21].

O artigo 62 da Constituição Federal dispõe que: "Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional"[22].

A Ministra Rosa Weber afirma que, apesar de ser possível associar a estatística com o enfrentamento à pandemia por inferência, a Medida Provisória não demonstra, de forma direta, em seu texto, a relação entre a coleta dos dados com a crise sanitária ocasionada.

A Ministra Cármen Lúcia, por outro lado, acredita que a relevância e urgência está justificada na exposição de motivos da Medida Provisória: "(...) a pesquisa deverá ser veículo para a inclusão de quesitos relacionados ao monitoramento da pandemia de Covid-19 em todo o território nacional, orientando políticas públicas e o

---

19. (ADI n. 4.717, Relatora Carmen Lúcia Plenário, DJe 15.2.2019)

    (RE n. 592.377, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para o acórdão Ministro Teori Zavascki, Plenário, DJe 20.3.2015).

20. MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. *Curso de Direito Constitucional.* 10ª edição. São Paulo. Saraiva, 2015.

21. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Medidas provisórias e princípio da separação de poderes. In: *Direito contemporâneo*: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa, p. 44 -69. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 62.

22. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* 1988.

processo decisório nas mais distintas esferas (...)"[23]. Ainda, existem jurisprudências do Supremo Tribunal Federal cujas exposições de motivos foram utilizadas para justificar os pré-requisitos de relevância e urgência da Medida Provisória[24].

Entretanto, a explicação contida na exposição de motivos da MP nº 954/2020 não se mostra suficiente, uma vez que a justificativa do compartilhamento de dados para a realização da PNAD Contínua para o desenvolvimento de estatísticas que orientem políticas públicas é incoerente com outras ações do IBGE. O instituto iniciou a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua voltada à quantificação do alastramento da pandemia da Covid-19 e seus impactos no mercado de trabalho brasileiro, feita com uma amostra de 193,6 mil contatos já existentes em sua base de dados desde 2019. Fabiana Fábrega de Oliveira, técnica em pesquisas do IBGE há 13 anos e atual chefe da Agência do instituto em Contagem, na região metropolitana de Belo Horizonte, explica sobre as pesquisas realizadas: "Nesta pesquisa ligaremos para um grande grupo de endereços selecionados em todos os estados do Brasil e pesquisaremos sintomas da Covid-19, a busca por atendimento em saúde e os impactos da doença sobre o trabalho e rendimento das famílias."[25].

Esse fato vai na contramão do princípio da necessidade do compartilhamento de dados, provando que não há necessidade de compartilhar centenas de milhões de dados, uma vez que a pesquisa é feita por amostragem.

Além da inobservância do princípio da necessidade, ao requerer um número excessivo de dados, e da finalidade, ao não justificar o por quê da não utilização da base de dados já existente, a MP nº 954/2020 descumpre vários outros princípios do tratamento de dados elencados no art. 6º da LGPD, o que justifica sua inconstitucionalidade material.

---

23. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.6.387-DF.* Rel. Min. Rosa Weber. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB x Presidência da República. J. 24 abr. 2020.

24. ADI n. 4.717, Relatora Min. Cármen Lúcia, Plenário.

25. GOMES, Lucas. *IBGE passa a fazer pesquisas por telefone, mas encontra resistência da população.* Jornal O Tempo, 2020. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/economia/ibge-passa-a-fazer-pesquisas-por-telefone-mas-encontra-resistencia-da-populacao-1.2331633>. Acesso em: 13 jun. 2021.

Nesse aspecto, a decisão proferida pela Min. Rosa Weber resgata também a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão de 1983 na necessidade de observância à proporcionalidade para embasar a atividade de tratamento de dados via intervenção estatal. Como a referida MP não explicita a finalidade do uso da pesquisa estatística, não resta demonstrada a forma pela qual seriam adequados e necessários os dados e nem é delimitado o campo de proteção na operação de processamento de dados[26].

Assim, no aspecto formal, aponta-se a inobservância dos requisitos constitucionais do artigo 62 da CRFB/88 para edição de medida provisória, ao não demonstrar a urgência e a relevância material para tanto. Isso, pois, não foi evidenciada na MP n° 954 a importância superlativa da pesquisa estatística que embasa a solicitação de compartilhamento dos dados, tampouco explicitada a forma como a pesquisa contribuirá na formulação das políticas públicas de enfrentamento da crise sanitária, uma vez não informados os tipos de estudos a serem realizados.

8. COMBATE À INSEGURANÇA JURÍDICA

Laura Schertel Mendes destaca a necessidade de estabelecimento de um tripé institucional para a proteção de dados pessoais no Brasil, calcado em: "*(i) um direito fundamental à proteção de dados pessoais, (ii) na entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados (...), bem como (iii) na instituição de uma autoridade de proteção de dados autônoma, técnica e atuante*".[27]

Para o primeiro dos pontos que compõem o tripé, foi emblemática a decisão do Supremo Tribunal Federal frente à ADI n° 6.387, dada sua relevância para o reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados como direito fundamental

26. Nessa linha, ao não definir apropriadamente como e para que serão utilizados os dados coletados, a MP n. 954/2020 não oferece condições para avaliação da sua adequação e necessidade, assim entendidas como a compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e sua limitação ao mínimo necessário para alcançar suas finalidades. Desatende, assim, a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Lei Maior), em sua dimensão substantiva. (WEBER, 2020)

27. MENDES, Laura Schertel. *A encruzilhada da proteção de dados no Brasil e o caso do IBGE.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-24/laura-shertel-mendes-encruzilhada-protecao-dados>. Acesso em: 19 jun. 2021.

autônomo. Torna-se evidente, portanto, a significância da decisão para o preenchimento das lacunas do ordenamento jurídico-político brasileiro no âmbito da proteção de dados, em combate à insegurança jurídica no país sobre a coleta, o uso e a transferência de dados, conjuntura que explica a intensa judicialização frente à MP n° 954.

O segundo aspecto foi sanado por força da Lei 14.010/20, que determinou a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados. O terceiro aspecto, por sua vez, ainda presente à época da decisão, foi sanado a partir da nomeação do Conselho Diretor e a consequente criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), em 6 de novembro de 2020. Parentoni, em análise estruturalista da ANPD, comparando-a com instituições de papel semelhante, em outros países e levantando as principais ações por ela realizadas até abril de 2021, demonstra que a estrutura atual da ANPD, por si só, não seria empecilho ao bom exercício de suas funções.[28]

A falta da ANPD, ainda enfrentada à época da decisão, cria insegurança quanto à fiscalização das atividades que envolvem dados pessoais, e à possível responsabilização pelo descumprimento da legislação, uma vez que, uma das funções desse órgão é "*fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso*"[29]. Sem essa garantia, a Medida Provisória em questão deveria ser ainda mais rígida e específica quanto aos mecanismos técnicos e jurídicos para a preservação da privacidade[30].

28. (...) a estrutura inicial da ANPD, conquanto não seja considerada a ideal pelos estudiosos da matéria, ao menos até o momento, não vem sendo obstáculo para que essa autoridade reguladora desempenhe satisfatoriamente as suas funções e corresponda à enorme expectativa criada ao seu redor, ainda que alguns pontos de suas primeiras ações sejam tecnicamente discutíveis (...). (PARENTONI, 2021)

29. BRASIL. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 13 jun. 2021.

30. BULHÕES, Lucas. *Dados de Geolocalização: O Limbo entre Privacidade e Saúde Pública em Tempos de COVID-19.* Os Dados e o Vírus. São Paulo. 1ª Edição, p. 58-66, 2020.

9. AS PECULIARIDADES DO TRATAMENTO DE DADOS PELO IBGE

Apesar da não vigência da LGPD no momento da requisição do tratamento dos dados pelo IBGE, as peculiaridades do tratamento, por ser uma instituição do Poder Público são de extrema importância para entender a fundo o cenário no qual o IBGE se encontra.

Primeiramente, destaca-se a assimetria de poder, uma vez que as empresas privadas se encontram em uma posição de inferioridade quando requisitados dados pelas instituições do Poder Público, como o IBGE, que possuem um potencial de coerção maior, já que entidades privadas buscam sempre manter uma relação harmônica com os governos. O poder do IBGE de coleta das informações é garantido na Lei n° 5.534, de 1968, que determina, em seu artigo 1º que "*toda pessoa natural ou jurídica de direito público ou de direito privado que esteja sob a jurisdição da lei brasileira é obrigada a prestar as informações solicitadas pela Fundação IBGE para a execução do Plano Nacional de Estatística*"[31], e apresenta as sanções para o descumprimento em seu artigo 2º.

Além da assimetria de poder, a assimetria informacional do Poder Público frente ao particular é outro fator a se considerar, principalmente se tratando de uma instituição de mais de 85 anos que trata dados de milhões de brasileiros há décadas. A assimetria informacional levanta questões sobre quais dados são realmente necessários para a finalidade determinada, considerando que, anteriormente à disseminação da cultura de proteção de dados, o senso comum era que quanto mais dados coletados, melhor.

Por outro lado, o tratamento pelo IBGE necessita ter um nível de transparência superior para estar de acordo com a publicidade necessária de órgãos públicos. Neste ponto se encontra a maior crítica à Medida Provisória nº 954 de 2020, que trata do compartilhamento de dados das empresas de telefonia para o IBGE de maneira ampla e pouco específica. Ressalta-se que a Lei de Acesso à Informação determinou que às fundações públicas cabe, além do dever de transparência passiva imposto pela

31. BRASIL. *Lei nº 5.534, de 14 de novembro de 1968.* Dispõe sobre a obrigatoriedade de prestação de informações estatísticas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5534.htm>. Acesso em: 20 set. 2021.

LGPD, o compromisso de transparência ativa - que, na iniciativa privada, diferentemente, não é imposição legal, e sim uma possível estratégia de negócio a ser usada livremente pela empresa que assim optar.

10. RISCOS À DEMOCRACIA

Em uma conjuntura na qual indivíduos são diariamente bombardeados nas mídias sociais com volumes enormes de dados e informações, torna-se cada vez mais complexo selecionar o conteúdo que tem credibilidade. A alta velocidade com que as informações trafegam na contemporaneidade é reflexo da celeridade com que ocorrem transformações no contexto vigente – principalmente a partir da deflagração da Revolução Técnico-Científico-Informacional[32]. Iniciado no século XX, o movimento promoveu total integração entre ciência, tecnologia e informação, e contou com o advento da internet, meio que rompeu limites físicos de distância e tempo, gerando essa relevante ampliação do fluxo informacional. É evidente que essa dinamicidade tem efeitos também no comportamento individual, ao ocasionar o imediatismo – conceito trabalhado pelo sociólogo Zygmunt Bauman[33] – que se manifesta, por exemplo, pela propensão ao contentamento com informações superficiais, que constroem conhecimentos fragmentados, aspecto reforçado pela origem informacional em fontes desconectadas e dispersas.

É essa dualidade que o Ministro Luís Roberto Barroso destaca, em seu voto, como uma tensão entre a importância dos dados no mundo contemporâneo e os riscos para a privacidade que a sua malversação representa para todos nós. Dentre esses riscos, o Ministro destaca que "*as campanhas de desinformação, as campanhas de difamação, as campanhas de ódio e o assustador deep fake, que é capaz de colocar qualquer um de nós, aqui, na frente de uma câmera, dizendo coisas que jamais dissemos, de uma forma que é quase impossível detectar a fraude*". O Ministro continua seu discurso expondo os riscos para a privacidade: "*Há os riscos do hackeamento, vira e*

32. SANTOS, Milton. *Técnica, espaço, tempo: globalização e meio técnico-científico-informacional.* São Paulo: Hucitec, 1998.

33. BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida.* Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

mexe nós lemos, pela imprensa, a ameaça representada pela captura de dados em diferentes empresas que retém dados dos seus clientes. Há risco do uso indevido desses dados, inclusive e sobretudo para fins políticos".[34]

Em meio aos riscos apresentados, é evidente que a propagação de notícias falsas é cada vez mais frequente. A falta de compromisso com a verdade, evidenciada por esse fenômeno, remonta às práticas de um renomado grupo de pensadores da Antiguidade - os sofistas, que defendiam a concepção de que o conhecimento é relativo e antagônico. Assim, utilizavam-se da retórica para manipular a verdade, em detrimento do favorecimento dos interesses de alguns grupos. Essa analogia evidencia que a propagação de *fake news* para manipular informações que legitimam ideologias não teve início nas últimas décadas, porém, teve seu alcance potencializado exponencialmente por meio da internet.

Diante da força que tem a divulgação de notícias falsas nos dias atuais, observa-se, como principal consequência, o aumento da desinformação. Esse fenômeno favorece a manipulação ideológica e política, criando crenças populares errôneas que podem comprometer o funcionamento da democracia - forma de governo que demanda a participação popular, e, portanto, o engajamento crítico-político do povo. Isso acontece, pois, o acesso à informação verídica é essencial na prevenção da alienação política e no asseguramento de melhor representação popular pelos governantes em prol da maior participação cidadã - além de possibilitar o desenvolvimento de um pensamento crítico para reconhecer e superar injustiças sociais, avaliar políticas públicas e cobrar posturas adequadas dos representantes.

Os danos da propagação de notícias falsas à democracia estabelecem um contraste com o potencial da internet de favorecimento desse tipo de regime. Em primeira análise, tem-se o papel dos veículos digitais na democratização do conhecimento, possibilitando, por exemplo, o acesso às pesquisas estatísticas do IBGE, cujo consumo poderia ser restrito, se difundidas de outros modos, por questões financeiras ou geográficas. Adicionalmente, as redes sociais permitem a organização da sociedade civil para mobilizar-se em prol de diferentes causas, em uma expressão da soberania

34. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.6.387-DF.* Rel. Min. Rosa Weber. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB x Presidência da República. J. 24 abr. 2020.

popular. Um exemplo relevante se deu na Primavera Árabe, uma onda de protestos eclodida em 2011 contra governos ditatoriais de países situados no Oriente Médio. Essas manifestações foram organizadas nas redes sociais e promoveram a deposição de diversos regimes de opressão, representando uma forma de utilização da tecnologia em prol de uma sociedade mais democrática.

O IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, é regido pela Lei nº 5.878, de 11 de maio de 1973. O objetivo do instituto é a realização de pesquisas e estudos que colaborem para o entendimento da realidade do país, visando ao planejamento econômico e social, e à segurança nacional. Por isso, as estatísticas feitas pela fundação são de tamanha importância para o desenvolvimento do país, e devem ser realizadas da forma mais responsável e transparente possível. Esse fato ressalta a relevância da decisão do STF, que se mostrou preocupado com o impacto que os estudos podem ter, motivo pelo qual a MP nº 954 foi analisada com o devido rigor.

O Decreto-lei nº 161, de 13 de fevereiro de 1967, dispõe sobre a supervisão do instituto, que é responsabilidade do Ministro de Estado do Planejamento e da Coordenação Geral, além da direção da fundação, feita por um Conselho-Diretor, que tem como presidente um nomeado pelo Presidente da República[35]. Assim, os cargos mais altos do IBGE são compostos por pessoas indicadas pelo poder executivo, o que apresenta, mais uma vez, a necessidade da transparência e publicidade das pesquisas, a fim de evitar possíveis conflitos com interesses políticos.

11. CONCLUSÃO

Diante do exposto, torna-se evidente a importância da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 6.387 para o reconhecimento do direito à proteção de dados como direito fundamental autônomo e para a garantia do devido processo no âmbito informacional. Frente ao estabelecimento desses paradigmas, destaca-se que a defesa da proteção de dados não contraria o uso de dados pela administração pública, mas é essencial para a definição dos critérios a embasar a intervenção estatal na coleta, no compartilhamento e no uso dos dados pessoais de modo a beneficiar, e não

35. Art. 8º A Fundação IBGE será dirigida por um Conselho-Diretor, integrado pelos seguintes membros: a) o Presidente da Fundação, nomeado pelo Presidente da República.

prejudicar, os titulares de dados e a sociedade como um todo.

Ainda, é relevante destacar que, não obstante os grandes avanços propiciados pela decisão e seu positivo impacto diante do tripé institucional desenvolvido por Laura Schertel Mendes[36], ainda tem-se diversas lacunas a serem preenchidas no ordenamento jurídico-político brasileiro no âmbito da proteção de dados, e a atuação da ANPD, portanto, é essencial para o combate à insegurança jurídica.

Além disso, tomando como base a crise sanitária provocada pela pandemia da Covid-19, que caracteriza um momento de fragilidade e de tendências de flexibilização de procedimentos legais em prol da manutenção da estabilidade, destaca-se a importância da decisão por demonstrar a razoabilidade do Poder Judiciário. A decisão ponderou, de forma precisa e coerente, a situação emergencial da saúde pública e os riscos do uso indevido de dados para estatística, que se mostram especialmente relevantes por serem essenciais para guiar políticas públicas, e por isso merecem um cuidado extra.

Em contraposição aos riscos à democracia ocasionados pelo mau uso dos dados, é importante ressaltar que tratar dados pessoais é essencial para o exercício das atividades públicas e constitui fenômeno reconduzível à própria formação dos Estados modernos e à consolidação da democracia[37]. Nesse sentido, destaca-se necessária compreensão de uma dimensão social e coletiva do direito fundamental à proteção de dados pessoais[38].

Foi com base nessa lógica que o Senado aprovou, no dia 20 de outubro de 2021, a

---

36. MENDES, Laura Schertel. *A encruzilhada da proteção de dados no Brasil e o caso do IBGE.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-24/laura-shertel-mendes-encruzilhada-protecao-dados>. Acesso em: 19 jun. 2021.

37. WIMMER, Miriam. *O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público.* In.: MENDES; DONEDA; SARLET; RODRIGUES JR. (coord.); BIONI (coord. executivo). Tratado de Proteção de Dados Pessoais. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

38. (...) a privacidade é encarada como um bem comum, que detém particular importância para o estado democrático de direito, por garantir uma participação deliberativa e heterogênea entre os cidadãos em contraste às sociedades totalitárias. A privacidade não beneficia, portanto, somente o indivíduo, mas, colateralmente, a sociedade, revelando-se como um elemento constitutivo da própria vida em sociedade. (BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais*. A função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019)

Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 17/2019, que altera o texto constitucional para incluir a proteção de dados pessoais no rol de direitos fundamentais, reafirmando a importância deste direito anteriormente já reconhecido como fundamental pelo STF na ADI 6.387.

É considerando o compromisso do tratamento de dados pelo Poder Público com a democracia e com a concretização de direitos fundamentais - como o direito à igualdade, à liberdade do exercício de trabalho, à liberdade de ir e vir e à liberdade de reunião em espaço público - que o artigo 23 da LGPD explicita a necessidade de atendimento à finalidade pública quando o Estado trata dados. A caracterização do interesse público como requisito para tais operações de tratamento marca o reconhecimento da importância da proteção de dados pessoais para além de sua dimensão individual. Assim, deve-se compreender a relação de mútuo reforço entre a proteção de dados pessoais e o interesse público.

Para o efetivo estabelecimento de tal contínua relação mutualística, é necessário o estabelecimento de confiança entre o indivíduo e o Poder Público, que "não se esgota na simples existência de uma base legal para o tratamento de dados"[39], requerendo clareza quanto à responsabilidade do Estado em tratar os dados dos cidadãos com fins ao atingimento do interesse público.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

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

BRASIL. *Decreto-lei n° 161, de 13 de fevereiro de 1967*. Autoriza o Poder Executivo a instituir a "Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística" e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0161.htm>. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. *Exposição de motivos da Medida Provisória 954 de 17 de abril de 2020*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-954-20.pdf>

39. WIMMER, Miriam. *O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público*. In.: MENDES; DONEDA; SARLET; RODRIGUES JR. (coord.); BIONI (coord. executivo). Tratado de Proteção de Dados Pessoais. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 13 jun. 2021.

BRASIL. *Lei nº 5.534, de 14 de novembro de 1968.* Dispõe sobre a obrigatoriedade de prestação de informações estatísticas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5534.htm>. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. *Lei n° 12.527, de 18 de novembro de 2011.* Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. *Medida provisória n° 954/2020.* Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19), de que trata a Lei n.13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm>. Acesso em: 06 jun. 2021.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.6.387-DF.* Rel. Min. Rosa Weber. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB x Presidência da República. J. 24 abr. 2020.

BRASIL. *Medida Provisória nº 954, de 17 de abril de 2020.* Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

BULHÕES, Lucas. *Dados de Geolocalização: O Limbo entre Privacidade e Saúde Pública em Tempos de COVID-19.* Os Dados e o Vírus. São Paulo. 1ª Edição, p. 58-66, 2020.

BVerfGE 65, 1 (Volkszählung). *Reclamação Constitucional contra Ato Normativo;* 15.12.1983.

DEMPSEY, James. *Systematic Government Access.*Systematic Government Access to Private-Sector Data. Oxford Scholarship Online, 2020. Disponível em: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/oso/9780190685515.001.0001/oso-9780190685515-chapter-1>. Acesso em: 19 jun. 2021.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *European Convention on Human Rights.* 1950.

Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf.> Acesso em: 11 jun. 2021.

FRAZÃO, Ana. *Big Data e Aspectos Concorrenciais do Tratamento de Dados Pessoais*. In.: MENDES; DONEDA; SARLET; RODRIGUES JR. (coord.); BIONI (coord. executivo). Tratado de Proteção de Dados Pessoais. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GOMES, Lucas. *IBGE passa a fazer pesquisas por telefone, mas encontra resistência da população.* Jornal O Tempo, 2020. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/economia/ibge-passa-a-fazer-pesquisas-por-telefone-mas-encontra-resistencia-da-populacao-1.2331633>. Acesso em: 13 jun. 2021.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. *Curso de Direito Constitucional.* 10ª edição. São Paulo. Saraiva, 2015.

MENDES, Laura Schertel. *A encruzilhada da proteção de dados no Brasil e o caso do IBGE.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-24/laura-shertel-mendes-encruzilhada-protecao-dados>. Acesso em: 19 jun. 2021.

MENDES, Laura Schertel. *Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo.* 2008. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

O'REILLY, Tim. *Data Is The New Sand*. The Information, 2021. Disponível em: <https://www.theinformation.com/articles/data-is-the-new-sand>. Acesso em: 20 set. 2021.

PARENTONI, Leonardo. *Por que confiar na Autoridade Nacional de Proteção de Dados?* Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 2021. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/354325767_Por_que_confiar_na_Autoridade_Nacional_de_Protecao_de_Dados_Why_trust_the_Brazilian_Data_Protection_Authority.> Acesso em: 20 set. 2021.

RUBINSTEIN, Ira et al. *Systematic Government Access to Private - Sector Data.* Systematic Government Access to Private-Sector Data. Oxford Scholarship Online, 2020. Disponível em: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/oso/9780190685515.001.0001/oso-9780190685515>. Acesso em 13 jun. 2021.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Medidas provisórias e princípio da separação de poderes*. In: Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa, p. 44 -69. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 62).

SANTOS, Milton. *Técnica, espaço, tempo: globalização e meio técnico-científico-informacional.* São Paulo: Hucitec, 1998.

UNITED STATES OF AMERICA. *The USA PATRIOT Act: Preserving Life and Liberty.* Department of Justice Website, 2001. Disponível em: <https://www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm>. Acesso em: 19 jun. 2021.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. *International Covenant on Civil and Political Rights.* 1966. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. Acesso em: 13 jun. 2021.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. *Emergency Measures And Covid-19: Guidance*. 2020. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Events/EmergencyMeasures_Covid19.pdf. Acesso em: 21 set. 2021.

WIMMER, Miriam. *Proteção de dados pessoais no Poder Público: incidência, bases legais e especificidades.* Revista do Advogado, nº 144, nov. 2019.

WIMMER, Miriam. *O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público.* In.: MENDES; DONEDA; SARLET; RODRIGUES JR. (coord.); BIONI (coord. executivo). Tratado de Proteção de Dados Pessoais. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

WORLD JUSTICE PROJECT. *Fundamental Rights in the COVID-19 Pandemic,* 2020. Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/Fundamental%20Rights-10.20.20.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021.

ARE YOUR FRIENDS YOUR WORST ENEMIES?

SHADOW PROFILE E OS RISCOS QUE ELE REPRESENTA PARA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Renata Diniz de Souza

Mestranda em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito de Proteção e Uso dos Dados pela PUC Minas. Advogada no escritório Camargo e Vieira Advogados.

Resumo: Os *shadow profiles* são um tipo de "pré-perfil" criado pelas redes sociais através da coleta de informações de pessoas que não se cadastraram na plataforma. Por não existir nenhuma relação prévia ou aproximação entre o perfilado e o agente de tratamento, essa é uma situação especialmente delicada, com o potencial de causar danos para o titular em razão do desrespeito às normas gerais de proteção de dados pessoais. Os princípios de proteção de dados foram considerados, aqui, como a espinha dorsal do arcabouço de proteção, pelo que foram escolhidos para embasar essa análise.

Palavras-chave: *shadow profile*; proteção de dados pessoais; princípios.

Abstract: *Shadow profiles are a type of "pre-profile" created by social networks through the collection of information from people who have not registered on the platform. As there is no prior relationship or even a rapprochement between the person being profiled and the processing agent, this is an especially delicate situation, with the potential to cause damages for the data subject due to non-compliance with the general rules for the protection of personal data. Data protection principles were considered here as the backbone of the protection framework, and were therefore chosen to support this analysis.*

Keywords: *shadow profile; data protection; principles.*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. *Shadow profile* e por que ele merece atenção; 3. Proteção de dados pessoais; 3.1. Princípios gerais para proteção de dados pessoais; 3.2. *Shadow profiles* pela lente da proteção de dados pessoais; 4. O papel do usuário: a culpa é dos amigos? 5. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em 2011, um estudante austríaco chamado Max Schrems[1] pediu ao Facebook uma cópia dos dados que a rede social mantinha a seu respeito. Quando recebeu o compilado, percebeu que a lista de informações era muito maior do que o esperado, e que o Facebook mantinha informações que jamais haviam sido compartilhadas pelo usuário.

Esse foi o primeiro caso que chamou atenção para os *shadow profiles*. Daniel Evangelista define *shadow profiles* como o conjunto de informações armazenados por uma rede social que não foram compartilhados ativamente pelo usuário[2]. David Garcia, por sua vez, entende o conceito como arquivos gerados por serviços online utilizando-se de dados fornecidos por terceiros[3]. Por mais absurda que seja a coleta, uso e armazenamento de dados de usuários que jamais foram compartilhados por ele com a plataforma, um caso posterior demonstrou com clareza ainda maior a gravidade da situação.

No ano de 2013, pesquisadores da Packet Storm Security trouxeram atenção para uma falha de segurança do Facebook que demonstrou que, além de informações de seus usuários, a plataforma possuía também dados de não usuários, coletados a partir das agendas de contatos às quais tinha acesso.

Quando um usuário da rede social permitia que ela acessasse seus contatos, essas informações eram utilizadas não apenas para indicar novas conexões no Facebook,

---

1. COMPLAINT. Europe versus Facebook. Disponível em: <http://europe-v-facebook.org/Complaint_02_Shadow_Profiles.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2021

2. EVANGELISTA, Daniel V. A. SHADOW PROFILES: *A tutela dos direitos da personalidade do usuário e do não usuário das redes sociais.* Dissertação (Mestrado em direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: < http://danielevangelista.adv.br/wp-content/uploads/2018/10/SHADOW-PROFILES-A-tutela-dos-direitos-da-personalidade-do-usu%C3%A1rio-e-do-n%C3%A3o-usu%C3%A1rio-das-redes-sociais.pdf> Acesso em: 23 ago. 2021.

3. GARCIA, David. *Leaking privacy and shadow profiles in online social networks.* Science Advances, Washington, ago/2017. Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/318923239_Leaking_privacy_and_shadow_profiles_in_online_social_networks>. Acesso em: 23 ago. 2021

mas também armazenadas e utilizadas para criação de "pré-perfis" caso aquele contato viesse a ingressar na rede social em algum momento. Os nomes, telefones e e-mails eram conferidos a partir das agendas de contatos de outros usuários, de forma que se sabia, além das informações atuais de uma pessoa, as antigas e desatualizadas. Através dessas informações, era possível também criar uma rede de potenciais "amigos" para esse futuro usuário, levantar possíveis interesses, e conhecer o perfil geral de pessoas que optaram ativamente por não fazer parte da rede social.

Dessa forma, ainda que uma pessoa escolha não se integrar à uma plataforma, independentemente dos cuidados adotados por ela, existe a chance de o Facebook conhecê-la. A descoberta levou à publicação do artigo *Facebook: Where Your Friends Are Your Worst Enemies*[4].

Ainda assim, em 2018, ao ser chamado para prestar esclarecimentos perante o Congresso Americano acerca da forma com o Facebook utiliza dados pessoais, Mark Zuckerberg alegou explicitamente que "não estava familiarizado" com a criação de *shadow profiles*[5]. Não ficou claro se ele desconhecia a prática ou somente o termo utilizado para descrevê-la.

Hoje, sabe-se que a coleta de dados de usuários feita pelas plataformas e redes sociais é enorme, e, por vezes, invasiva. No entanto, o fato dessa coleta interferir também na esfera de terceiros, a sistematização e criação de perfis a partir dessas informações são aspectos do ecossistema de plataformas que precisam ser avaliados com o devido cuidado. É necessário compreender os riscos que essa atividade representa e como ela pode ser classificada no arcabouço de proteção de dados hoje em vigor. A partir daí, saber-se-á se ela deve ser chancelada ou se deve ser repensada para respeitar os parâmetros considerados adequados.

Os limites para o tratamento de dados pessoais ainda estão sendo desenhados,

---

4. FACEBOOK: Where Your Friends are Your Worst Enemies. *Packet Storm*, 21 jun. 2013. Disponível em: < https://packetstormsecurity.com/news/view/22713/Facebook-Where-Your-Friends-Are-Your-Worst-Enemies.html > Acesso em: 23 ago. 2021

5. QUODLING, Andrew. Shadow profiles: Facebook knows about you, even if you're not on Facebook. *The Conversation,* 13 abr. 2018. Disponível em: < https://theconversation.com/shadow-profiles-facebook-knows-about-you-even-if-youre-not-on-facebook-94804> Acesso em: 23 ago. 2021

especialmente no que diz respeito à tecnologia, e precisamos entender qual o papel de cada um dos envolvidos nos processos de coleta e processamento das informações. Afinal, seus amigos são mesmo seus piores inimigos?

Para efeito de sistematização, analisaremos neste artigo apenas um dos aspectos dos *shadow profiles,* qual seja, os perfis criados para não-usuários das redes sociais, com base em dados e metadados coletados através de terceiros. Deixaremos de lado, por agora, os perfis de usuários enriquecidos por informações coletadas utilizando-se o mesmo método.

Do lado da proteção de dados pessoais, consideraremos os princípios que regem essa matéria e que se repetem em diversas legislações de maneira semelhante. Optamos por esse recorte por entender que a internet e as redes sociais ultrapassam os limites fronteiriços, o que torna prioritária, para casos como esse, uma análise mais abrangente.

2. *SHADOW PROFILE* E POR QUE ELE MERECE ATENÇÃO

As definições apresentadas para o *shadow profile* possuem um denominador comum: as informações utilizadas na construção do perfil não foram fornecidas pelo titular dos dados pessoais e a possibilidade de a pessoa perfilada não possuir nenhuma relação com a rede social ou serviço online que armazena as informações. É o que acontece quando o titular não é um usuário da rede social, situação que será o foco deste trabalho.

O artigo *Shadow profiles - Facebook knows about you, even if you're not on Facebook* ilustra bem como essa coleta pode acontecer. Se A, B e C são amigos, e A é o único que é membro de uma rede social, essa rede pode possuir informações sobre B e C, se tiver acesso aos contatos salvos no celular de A. Assim, e futuramente B ingressa na mesma rede, já terá um "pré-perfil" pronto, sugerindo, por exemplo, uma conexão com A. Identificando as coincidências das agendas de A e B, a rede social pode saber não só que ambos são amigos de C, mas também poderá incluir C em um grupo de acordo com seus prováveis interesses. Se C decide se tornar membro da rede social, poderá encontrar de imediato sugestões direcionadas para conexões,

conteúdo e lugares de seu interesse[6].

Não se nega que essa prática pode ser benéfica para o titular de dados, que terá acesso a ofertas de acordo com seus gostos e poderá conhecer produtos, serviços e pessoas que, em outra situação, estariam fora do seu alcance. Além disso, a quantidade de ofertas que não lhe interessam será consideravelmente menor. Mas quais os riscos envolvidos? Não é possível ignorar o quão invasiva essa análise pode ser, especialmente considerando a ausência de qualquer contato ou relação entre C e a plataforma quando o *shadow profile* é criado.

Essa prática pode ser incluída no rol crescente de formas de *profiling* aplicadas pelas redes sociais, sobre as quais Zanatta ressalta que *"essa formação de perfil comportamental objetiva a inferência e a descoberta de conhecimento em massas de dados."*[7]

Por sua característica de levantamento maciço de informações, as diversas formas de *profiling* têm recebido atenção. O potencial de invasão da esfera privada é grande nesse tipo de atividade, pelo que se tem discutido os limites aplicáveis a elas. Por se tratar de uma forma de levantamento de informações para criação de perfil, a criação de *shadow profiles* precisa ser tratado com o devido cuidado e seus limites precisam ser desenhados claramente.

Sabe-se que a relação entre as redes sociais e a privacidade e a proteção de dados pessoais é difícil. Muitas são as dúvidas geradas, e as preocupações com o equilíbrio entre ambas crescem continuamente.[8] O cenário é ainda mais crítico quando

---

6. QUODLING, Andrew. Shadow profiles: Facebook knows about you, even if you're not on Facebook. *The Conversation,* 13 abr. 2018. Disponível em: < https://theconversation.com/shadow-profiles-facebook-knows-about-you-even-if-youre-not-on-facebook-94804> Acesso em: 23 ago. 2021

7. ZANATTA, Rafael. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados. *ResearchGate*. fev. 2019. Disponível em: https://bit.ly/3hQe5wM. Acesso em: 23 ago. 2021.

8. PASTOR, Luiza. Redes Sociais destruíram a ideia de privacidade, diz pesquisadora. *Folha de São Paulo,* São Paulo, 28 jun. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2019/06/redes-sociais-destruiram-ideia-de-privacidade-diz-pesquisadora.shtml> Acesso em: 28 ago. 2021; OLIVEIRA, Adriana D A. As redes sociais e o direito à privacidade. *Gazeta do povo.* 16 ago. 2012. Disponível em: < https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-

consideramos que não há nenhuma relação entre o titular dos dados pessoais e a plataforma, como é o caso dos não-usuários, que em nenhum momento tiveram contato com a Política de Privacidade e os Termos de Uso.

Como restará demonstrado, o poder de ação dos titulares de dados pessoais é muito pequeno, e muitos são os mecanismos utilizados para tornar o ambiente ainda mais hostil para aqueles que não são especialistas nos diversos temas que tangenciam a proteção de dados pessoais.

Apesar de o foco do presente trabalho ser especificamente a relação entre a criação de *shadow profiles* e a proteção de dados pessoais, há outro ponto que não pode passar sem comentários. Os riscos envolvidos nos *shadow profiles* ultrapassam em muito o assunto escolhido aqui como foco, e podem inclusive interferir na esfera dos direitos fundamentais, se considerarmos o direito à exclusão digital.

Como bem destaca Victor Hugo Pereira Gonçalves, a inclusão digital faz parte de uma dicotomia cuja importância precisa ser reconhecida. O autor reconhece, assim, o direito fundamental à exclusão digital, que se pauta na essencialidade de garantir ao indivíduo o direito de escolha.[9] A ideia de *shadow profile,* quando a consideramos em sua relação com não usuários da rede social, representa uma afronta clara a esse direito. O próprio conceito impõe a ausência de relação entre a pessoa e a plataforma.

3. PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

3.1. Princípios gerais para proteção de dados pessoais

A proteção de dados pessoais é um tema tratado com certa uniformidade em diversos ordenamentos jurídicos[10]. Por se tratar de um tema com natureza

---

direito/artigos/as-redes-sociais-e-o-direito-a-privacidade-2zbku3s7jzfn95kxgyt5dd07i/> Acesso em: 28 ago. 2021

9. GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. Direito Fundamental à Exclusão Digital. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Direito & Internet III*: Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. I

10. DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*. Joaçaba: Universidade do Oeste de Santa Catarina v. 12, n. 02, p. 98, jul. 2011.

eminentemente interseccional, através da sua evolução muitas discussões foram construídas envolvendo interessados das mais diversas áreas do mercado e locais, inclusive organizações internacionais.

O principal direcionamento internacional no que diz respeito à proteção de dados pessoais foram, por muito tempo, os *Fair Information Principles - FIPs*. Eles nasceram da necessidade de regulamentação do tema em contextos diferentes, tanto nos Estados Unidos quanto na Europa, e se consolidaram durante a década de 1970 para oferecer direcionamentos práticos para o dia a dia do tratamento de dados. Seguindo a tendência legislativa da época, a preocupação inicial era com os limites e abusos do poder público perante seus cidadãos, mas sua estruturação logo ultrapassou esse escopo e alcançou também o setor privado.

Segundo Doneda (2011), os princípios em matéria de proteção de dados formam *"o núcleo das questões com as quais o ordenamento deve se deparar ao procurar fornecer sua própria solução ao problema da proteção dos dados pessoais."*[11]

Os princípios são, portanto, o guia geral para interpretação e aplicação de diversas legislações de proteção de dados no mundo. Apesar da natureza internacional dos FIPs, seu conteúdo continua bastante coerente nos diferentes ordenamentos. Ele pode ser condensado em cinco princípios:

O princípio da publicidade ou da transparência determina que a existência de um banco de dados deve ser pública. A forma pela qual essa divulgação ocorre pode variar, indo desde a necessidade de autorização até a mera notificação da autoridade competente, passando inclusive pela obrigatoriedade de elaboração de relatórios periódicos sobre suas atividades e modo de funcionamento.

O princípio da exatidão exige a correição e atualização dos dados pessoais mesmo após a coleta, durante todo o seu ciclo de vida. Devem ser feitas atualizações periódicas, a depender da necessidade específica de cada tipo de banco de dados. Para que se possa traçar um paralelo, a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira possui a mesma determinação com um nome diverso: princípio da qualidade[12].

---

11. *Ibid.*, P. 101

12. BRASIL. *Lei n. 13.709 de 14 de agosto de 2018.* Publicada no Diário Oficial da União em 15 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-

O princípio da finalidade é, provavelmente, o mais influente na legislação brasileira. A LGPD o traz com o mesmo nome e conteúdo, determinando a "realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades"[13]. No Brasil, ele foi complementado por mais dois princípios, o da adequação e o da necessidade[14], que complementam seu conteúdo e estabelecem sua importância.

Outro princípio transcrito quase literalmente na legislação brasileira foi o do livre acesso[15], segundo o qual um titular de dados pessoais tem o direito de receber informações sobre a forma como seus dados pessoais são tratados e o local onde estão armazenados. Ele tem ainda a possibilidade de requerer uma cópia desses dados, o que lhe permite colocar em ação o princípio da exatidão (ou qualidade).

Por fim, há o princípio da segurança física e lógica, segundo o qual deve-se adotar as medidas necessárias e razoáveis para, na medida do possível, proteger os dados pessoais de qualquer incidente.

Conhecendo-se os *Fair Information Principles* e a sua importância para a proteção de dados pessoais, passar-se-á à análise da prática de criação de *shadow profiles* pela perspectiva da aplicação desses princípios.

3.2. *Shadow profiles* pela lente da proteção de dados pessoais

O uso de informações de alguém que jamais concordou – ou sequer teve contato – com a Política de Privacidade e os Termos de Uso de determinado serviço tem o potencial de representar uma série de irregularidades no que diz respeito à proteção de dados pessoais. Essa análise poderia ter como foco diversos aspectos, entre os

2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021. "Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento".

13. *Ibid.*, Art 6, I

14. *Ibid.*, Art. 6, II e III

15. *Ibid.*, Art. 6, IV

quais os direitos do titular e as bases legais para o tratamento. No entanto, optou-se pelo estudo dos princípios por sua natureza basilar para as demais determinações legais, ou seja, ainda que a escolha fosse outra, seria preciso considerar a influência dos princípios, pelo qual considerou-se mais proveitoso deixar neles o foco do presente artigo.

Ainda que a relação da plataforma com seus usuários seja exemplar no que diz respeito à proteção de dados pessoais, isso não respalda o uso de dados de terceiros. A partir das correlações feitas entre trechos de informação compartilhados de maneira esparsa (seja no tempo ou mesmo por usuários distintos), é possível que as plataformas cheguem a informações privadas de terceiros, inclusive dados sensíveis.

Conforme demonstra Garcia, é possível obter, por exemplo, informações sobre as circunstâncias de relacionamento e a sexualidade de um indivíduo. Isso porque, nesses dois aspectos da sua vivência, pessoas tendem a se relacionar com outras que pertencem ao mesmo grupo. Portanto, ainda que C não seja usuário de uma rede social, se suas informações de contato são imputadas na rede por um grande número de pessoas que são homossexuais e estão em um relacionamento sério, C tem grandes chances de ser classificado nessa categoria. Da mesma forma, outras conclusões podem advir das correlações feitas, e eles têm o potencial de influenciar o *score* de crédito de C[16].

O autor ilustra de maneira muito clara o que ele chama de "*shadow profile problem*", ou, em tradução livre, "problema do *shadow profile*":

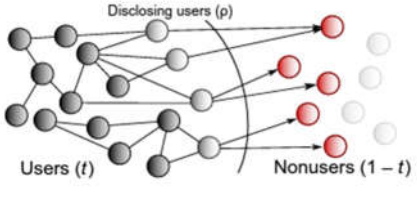


Fig. 1. Shadow profile problem, de David Garcia, *Leaking privacy and shadow profiles in online social networks,* cit., p. 2

16. GARCIA, David. Leaking privacy and shadow profiles in online social networks. *Science Advances*, Washington, ago/2017. Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/318923239_Leaking_privacy_and_shadow_profiles_in_online_social_networks>. Acesso em: 23 ago. 2021

Nesse diagrama, consideramos que as bolinhas vermelhas e brancas são os não usuários (*1-t*), e as pretas e cinzas são os usuários que compartilharam sua agenda com a rede social (*t*). A partir das relações desenhadas entre os usuários *t*, a plataforma compreende melhor quem eles são e quais círculos frequentam. Assim, se as listas de contatos dos usuários cinza continham também os não usuários vermelhos, sabendo quem são os cinzas, quais tipos de relação mantém e quais as suas tendências, pode-se inferir as categorias de informações sobre os vermelhos.

Os não usuários representados pelas bolinhas vermelhas provavelmente sequer têm conhecimento que suas informações pessoais são conhecidas pela plataforma, o que torna inviável qualquer exercício de direito.

Em 2013, após a falha de segurança que expôs de maneira mais crítica a criação de *shadow profiles* pelo Facebook, os pesquisadores da Packet Storm Security entraram em contato com representantes da plataforma para averiguar algumas questões. Uma delas foi se haveria a possibilidade de a empresa descartar os dados pessoais coletados quando eles dissessem respeito a um não usuário, ou, caso esse descarte não fosse feito imediatamente, seria possível considerá-lo após um período, se o não usuário não aceitasse um convite para ingressar na plataforma. A resposta que receberam foi que, para o Facebook, os contatos importados da agenda de um usuário diriam respeito àquele usuário, ao invés de ao não usuário a quem as informações de contato se referem diretamente. Ao questionarem sobre a possibilidade de exclusão de informações que não foram colocadas na plataforma pelo titular, mas por um terceiro, foram respondidos que, se a rede social estaria limitando a liberdade de expressão de seus usuários[17].

As respostas são absurdas. É absolutamente certo que os dados pessoais coletados nessa situação não dizem respeito ao usuário. Se uma rede social acessa a agenda de A e encontra os contatos de B e C, não há sequer que considerar se essas informações dizem ou não respeito a B e C. Elas obviamente dizem. Não se está coletando apenas os nomes de seus amigos (o que poderia dizer respeito também a o usuário, sem jamais excluir os titulares dos contatos), mas sim o conteúdo completo das agendas. É

17. FACEBOOK: Where Your Friends are Your Worst Enemies. *Packet Storm*, 21 jun. 2013. Disponível em: < https://packetstormsecurity.com/news/view/22713/Facebook-Where-Your-Friends-Are-Your-Worst-Enemies.html > Acesso em: 23 ago. 2021

certo que os titulares dos dados pessoais são aqueles a quem os dados dizem respeito.

O conceito de titular de dados pessoais trazido pela Lei Geral de Proteção de Dados brasileira[18] e pela *General Data Protection Regulation* europeia[19] (legislação que influenciou diversas outras no mundo, inclusive a LGPD) deixam claro que o titular de dados pessoais é aquele que pode ser identificado através das informações tratadas. É ele quem possui direitos e que se deve considerar ao realizar o tratamento de dados pessoais.

Percebe-se, portanto, que as afrontas à proteção de dados pessoais dos não usuários perfilados é gritante. Especificamente quanto aos princípios, pode-se perceber ainda desrespeitos certos ou potenciais a quase todos eles.

O princípio da segurança é o único que não parece ser flagrantemente desrespeitado pelas plataformas no processo de criação dos *shadow profiles.* Cabe comentar, no entanto, que essa nem sempre foi a situação corrente. O próprio caso que usamos como base para essa análise ocorreu em razão de uma falha de segurança que permitia que os usuários tivessem acesso a todas as informações de contato dos terceiros cujos dados eram enviados para a plataforma por suas agendas, mesmo aquelas enviadas por outros usuários. No entanto, essa falha foi sanada de maneira eficaz, e, atualmente, não há evidência de um novo erro.

O desrespeito ao princípio da publicidade é muito claro. Como definido anteriormente, ele proíbe que bancos de dados sejam secretos, e, perante a recusa do Facebook em admitir que os perfilamentos são criados[20], percebe-se a necessidade de torná-los conhecidos pelos outros atores do mercado. As redes sociais não negam a coleta dos dados da agenda, como visto nas falas de seus representantes, mas a negativa da natureza dos dados pessoais coletados, assim como a falta de clareza quanto

18. BRASIL, *op. cit.*

19. UNIÃO EUROPEIA. *Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council (General Data Protection Regulation)*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 25 ago. 2021.

20. QUODLING, Andrew. Shadow profiles: Facebook knows about you, even if you're not on Facebook. *The Conversation,* 13 abr. 2018. Disponível em: < https://theconversation.com/shadow-profiles-facebook-knows-about-you-even-if-youre-not-on-facebook-94804> Acesso em: 23 ago. 2021

ao que é feito com essas informações têm o efeito de coibir o exercício de direitos por parte dos titulares de dados pessoais. Os não usuários dificilmente sabem que suas informações são coletadas, armazenadas e analisadas pelas plataformas, muito menos reconhecem os riscos para sua própria esfera que essa prática representa.

A inibição do exercício de direitos pelos titulares e a impossibilidade de fiscalização das atividades de tratamento realizadas são os dois pontos principais que o princípio da transparência procura evitar.

O princípio da exatidão possui duas interfaces diversas e opostas com o *shadow profile*. Por um lado, uma vez que não há transparência na atividade realizada, é impossível que o princípio da exatidão seja respeitado, já que não existem meios dos titulares de dados pessoais saberem quais dados pessoais são coletados, para assim poder corrigi-los e atualizá-los. Por outro lado, considerando a enorme quantidade de dados imputados nos sistemas, a chance é de que pelo menos alguns usuários trarão informações que atendam a esse princípio. No entanto, o não usuário perfilado ainda fica conectado a dados que não traduzem de maneira adequada sua realidade, sem a possibilidade de requerer sua desvinculação.

O princípio da finalidade é o mais claramente desrespeitado nessa situação. Segundo Doneda, em razão desse princípio, todo uso de dados pessoais deve ter uma finalidade clara, que deverá ser comunicada ao titular previamente à coleta. Ainda, ele fundamente "*a restrição da transferência de dados pessoais a terceiros, além do que se pode, a partir dele, estruturar-se um critério para valorar a razoabilidade da utilização de determinados dados para certa finalidade (fora da qual haveria abusividade);*[21]

Há dois pontos principais nessa definição que são desrespeitados pela prática do *shadow profile*. O primeiro é o que diz respeito à informação à qual o titular deve ter acesso para que seus dados possam ser tratados. Como já demonstrado, não há qualquer transparência ou informação dada à pessoa a quem as informações dizem respeito.

Em segundo lugar, há o critério temporal colocado por Doneda. As informações

21. DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*. Joaçaba: Universidade do Oeste de Santa Catarina v. 12, n. 02, p. 98, jul. 2011. p. 100.

deveriam ser dadas ao titular previamente ao tratamento de seus dados pessoais. Sabendo-se que não há nenhuma relação entre a plataforma e o titular e que os dados foram coletados através de terceiros (que provavelmente sequer têm consciência das consequências e riscos gerados[22]) a anterioridade de qualquer comunicação se torna incompatível com o processo como um todo.

Passamos, por fim, ao princípio do livre acesso. Ele sobre uma grande influência do princípio da transparência, já que o desconhecimento acerca da existência do banco de dados impediria completamente qualquer exercício de controle do titular sobre seus dados pessoais. Exigir que o titular assuma o ônus de descobrir se seus dados pessoais são tratados por uma plataforma com a qual ele não tem nenhuma relação seria o mesmo que imputar-lhe a responsabilidade de, periodicamente, entrar em contato com todos os atores que poderiam potencialmente utilizar suas informações e perguntar a cada um deles se o faz. Considerando a absoluta impossibilidade desse exercício, o princípio do livre acesso fica, portanto, inviabilizado em um processo em que não há publicidade.

Vê-se, assim, a nefasta influência que o desrespeito aos princípios da proteção de dados traz: se os princípios não são atendidos, não há que se falar em exercício dos direitos dos titulares, e qualquer consideração por suas expectativas e escolhas é retirado da equação.

4. O PAPEL DO USUÁRIO: A CULPA É DOS AMIGOS?

No artigo *Facebook: Where Your Friends Are Your Worst Enemies,* os

22. A esse respeito, ver: SOLOVE, Daniel J. Introduction: Privacy self-manegment and the consent dilemma. 126 *Harvard Law Review* 1880 (2013); GWU Legal Studies Research Paper No. 2012-141; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2012-141. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2171018; McDONALD, Aleecia M.; CRANOR, Lorrie Faith. The Cost of Reading Privacy Policies. *A Journal of Law and Policy for the Information Society*. Disponível em: http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/isjlpsoc4&div=27; OBAR, Jonathan A.; OELDORF-HIRSCH, Anne. The Biggest Lie on the Internet: Ignoring the Privacy Policies and Terms of Service Policies of Social Networking Services. *TPRC 44: The 44th Research Conference on Communication, Information and Internet Policy 2016*. Agosto de 2016. Disponível em: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2757465

pesquisadores da Packet Storm Security demonstram como, independentemente dos cuidados adotados pelo indivíduo, suas informações estão sempre sujeitas a serem compartilhadas com as plataformas por seus amigos e conhecidos. O artigo faz uma brincadeira com o termo "friends", como o Facebook chama as suas conexões, traduzido para a versão em português da plataforma literalmente, como "amigos". Segundo a pesquisa divulgada, a plataforma não apenas interliga usuários que dão acesso à mesma informação de um terceiro, mas permite ainda a atualização das informações e a vinculação de informações novas e antigas. Dessa forma, ainda que você nunca tenha se cadastrado, o Facebook pode saber não só suas informações de contato atuais, mas também as antigas[23]. Através da análise de quem atualizou seus contatos e como suas relações mudaram ao longo do tempo, pode inferir mais.

O título do artigo, obviamente, não passa de um trocadilho. No entanto, ele abre espaço para um diálogo interessante: afinal, até que ponto é razoável contar com outras pessoas para o exercício dos nossos direitos no meio online?

Hoje, mais do que nunca, as escolhas de cada um quanto ao que divulgar e o que manter privado afetam os demais, até mesmo considerando terceiros com quem não há uma relação direta. Esse aumento está diretamente relacionado com as possibilidades cada vez maiores de exploração dos dados, assim como às correlações a que se pode chegar através de análises cada vez mais aprofundadas e complexas. Através de técnicas de manuseio de bancos de dados, é possível encontrar padrões antes despercebidos.

Compreendendo o pouco poder de ação dos titulares perante o - mal-uso de seus dados pessoais, faz-se necessário ponderar quais as possibilidades reais de ação, e, principalmente, de impedir o uso indevido de informações. Ainda, mesmo que seja possível algum nível de controle individual sobre os dados pessoais, deve-se pensar se é razoável esperar algum resultado concreto desse esforço, considerando os dados não pessoais que poderão ser utilizados e as várias possibilidades de descoberta que eles trazem.

Ao analisar se a perspectiva de controle dos dados pessoais pelos titulares é uma

23. FACEBOOK: Where Your Friends are Your Worst Enemies. *Packet Storm*, 21 jun. 2013. Disponível em: < https://packetstormsecurity.com/news/view/22713/Facebook-Where-Your-Friends-Are-Your-Worst-Enemies.html > Acesso em: 23 ago. 2021

expectativa real ou uma falácia, Lazaro conclui que ele não pode ser exercido sem que o titular possua meios de monitorar o controlador, averiguando se suas preferências foram atendidas. Além disso, "*control becomes almost impossible when the data subject has to deal with privacy-unfriendly default settings and technologies.*[24]

Se um titular de dados pessoais não consegue gerenciar seus próprios dados pessoais no ambiente online, pensado para ser inóspito para todos aqueles que não possuem conhecimento técnico mais ou menos aprofundado, que dirá da necessidade de apoiar também seus amigos, conhecidos e terceiros (com quem não possui relação direta) nessa gestão.

A proteção de dados pessoais, em situações como essa, ultrapassa a esfera pessoal de cada titular e passa a ser um tema de interesse geral. O tema já vem sendo estudado, e, perante as poucas possibilidades do titular, precisa ser considerado[25].

Importante salientar que não é o objetivo do presente artigo trazer respostas concretas para essas perguntas. Buscar esse objetivo seria inviável perante a enormidade das questões trazidas e a quantidade de temas e especialidades envolvidas, especialmente em um formato que pede certa brevidade. Busca-se, aqui, levantar questões relevantes para respaldar uma discussão sobre o papel do usuário na criação de *shadow profiles* e como isso o impacta diretamente.

5. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, não resta dúvidas do risco representado pela prática de criação de *shadow profiles* de não usuários por plataformas online. Existem riscos para todo o arcabouço de dados pessoais vigente hoje no mundo, especialmente na esfera de países e organizações que foram influenciados pela regulamentação europeia em vigor desde o final do século passado, e pelos *Fair Information Principles - FIPs.*

---

24. LAZARO, Christophe; MÉTAYER, Daniel Le. Control Over Personal Data: True Remedy or Fairy Tale? *SCRIPTed - Journal of Law, Technology & Society*. Edinburgh: University of Edinburgh School of Law. v. 12, n. 01, p. 03-34, jun. 2015.

25. Mais sobre o tema em: MANTELERO, Alessandro. Personal data for decisional purposes in the age of analytics: From an individual to a collective dimension of data protection. *Computer Law & Security Review*. Amsterdam: Elsevier. v. 32, n. 02, p. 238-255, Apr. 2016.

Essas duas fontes normativas trazem, como espinha dorsal do sistema de proteção de dados pessoais, cinco princípios gerais: publicidade, exatidão, finalidade, livre acesso e segurança. Entre todos os princípios, apenas o último não é, pelo que se sabe, afrontado pelos *shadow profiles* de não usuários.

Exigir do titular de dados pessoais qualquer medida para sua proteção é inviável e absurdo, já que não existe qualquer relação entre as partes que permita ao cidadão médio presumir que suas informações estão sendo utilizadas. Apesar de os dados pessoais serem coletados através das agendas de contatos de terceiros que sejam usuários das plataformas, esperar que eles tomem qualquer providência para evitar a construção dos *shadow profiles* seria tão inviável quanto esperar do titular.

O limite de atuação de pessoas físicas perante grandes plataformas, no que diz respeito a dados pessoais, é muito pequeno, salvo raras exceções, em geral nas quais trata-se de um ativista ou alguém agindo com a assistência de grupos organizados. Não se pode nem sequer esperar que um indivíduo sozinho leia e compreenda os Termos de Uso e Políticas de Privacidade com os quais se depara, muito menos que compreenda todos eles e seja capaz de agir.

Portanto, a alternativa que resta aos titulares de dados pessoais que optaram ativamente por não ser parte de uma rede social, independentemente do motivo que levou à decisão, é contar com a ação de autoridades nacionais, vigias de mercado e da sociedade civil organizada. Contando com uma estrutura robusta e mais capaz de se posicionar perante as plataformas, esses atores são os que tem a maior chance de conseguir a mobilização necessária para obter resultados concretos na constante busca pelo bom uso dos dados pessoais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei n. 13.709 de 14 de agosto de 2018*. Publicada no Diário Oficial da União em 15 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 28 de ago. de 2021.

COMPLAINT. *Europe versus Facebook*. Disponível em: <http://europe-vfacebook.org/Complaint_02_Shadow_Profiles.pdf>. Acesso em: 28 de agosto de 2021.

DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*. Joaçaba: Universidade do Oeste de Santa Catarina v. 12, n. 02, p. 91-108, Jul. 2011.

EVANGELISTA, Daniel V. A. Shadow Profiles: *A tutela dos direitos da personalidade do usuário e do não usuário das redes sociais*. Dissertação (Mestrado em direito) – Pontíficia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: < http://danielevangelista.adv.br/wp-content/uploads/2018/10/SHADOW-PROFILES-A-tutela-dos-direitos-da-personalidade-do-usu%C3%A1rio-e-do-n%C3%A3o-usu%C3%A1rio-das-redes-sociais.pdf> Acesso em 23 ago. 2021.

FACEBOOK: Where Your Friends are Your Worst Enemies. *Packet Storm*, 21 jun. 2013. Disponível em: < https://packetstormsecurity.com/news/view/22713/Facebook-Where-Your-Friends-Are-Your-Worst-Enemies.html > Acesso em: 23 ago. 2021.

GARCIA, David. Leaking privacy and shadow profiles in online social networks. *Science Advances*, Washington, ago/2017. Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/318923239_Leaking_privacy_and_shadow_profiles_in_online_social_networks>. Acesso em: 23 ago. 2021.

GONÇALVES, Victor Hugo Pereira. Direito Fundamental à Exclusão Digital. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). *Direito & Internet III:* Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015. t. I

LAZARO, Christophe; MÉTAYER, Daniel Le. Control Over Personal Data: True Remedy or Fairy Tale? *SCRIPTed - Journal of Law, Technology & Society*. Edinburgh: University of Edinburgh School of Law. v. 12, n. 01, p. 03-34, June. 2015.

McDONALD, Aleecia M.; CRANOR, Lorrie Faith. The Cost of Reading Privacy Policies. *A Journal of Law and Policy for the Information Society*. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/isjlpsoc4&div=27>.

OBAR, Jonathan A.; OELDORF-HIRSCH, Anne. The Biggest Lie on the Internet: Ignoring the Privacy Policies and Terms of Service Policies of Social Networking Services. *TPRC 44: The 44th Research Conference on Communication, Information and Internet Policy 2016*. Agosto de 2016. Disponível em: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2757465s-sociais-destruiram-ideia-de-privacidade-diz-pesquisadora.shtml> Acesso em: 28 ago. 2021.

OLIVEIRA, Adriana D A. As redes sociais e o direito à privacidade. *Gazeta do povo*. 16 ago. 2012. Disponível em: < https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/artigos/as-redes-sociais-e-o-direito-a-privacidade-2zbku3s7jzfn95kxgyt5dd07i/> Acesso em: 28 ago. 2021.

PASTOR, Luiza. Redes Sociais destruíram ideia de privacidade, diz pesquisadora. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 28 jun. 2019. Disponível em: < https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2019/06/redes-sociais-destruiram-ideia-de-privacidade-diz-pesquisadora.shtml#:~:text=%5BRESUMO%5D%20Ascens%C3%A3o%20de%20redes%20sociais,a%20transpar%C3%AAncia%20em%20nossos%20atos Acesso em: 28 de ago. de 2021.

QUODLING, Andrew. Shadow profiles – Facebook knows about you, even if you're not on Facebook. *The Conversation*, 13 abr. 2018. Disponível em: < https://theconversation.com/shadow-profiles-

facebook-knows-about-you-even-if-youre-not-on-facebook-94804> Acesso em 23 de ago. de 2021.

SOLOVE, Daniel J. Introduction: Privacy self-manegment and the consent dilemma. 126 *Harvard Law Review* 1880 (2013); GWU Legal Studies Research Paper No. 2012-141; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2012-141. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2171018>

UNIÃO EUROPEIA. *Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council (General Data Protection Regulation)*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 25 de ago. de 2021.

VIEIRA, Gustavo D. *Proteção de dados pessoais em práticas de profiling no setor privado*. Dissertação (Mestrado em direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/34072/8/Gustavo%20Duarte%20Vieira%20-%20Prote%C3%A7%C3%A3o%20de%20dados%20pessoais%20em%20pr%C3%A1ticas%20de%20profiling-mesclado%281%29.pdf> Acesso em: 23 de ago. de 2021.

ZANATTA, Rafael. Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados. *ResearchGate*. fev. 2019. Disponível em: https://bit.ly/3hQe5wM. Acesso em: 23 de ago. de 2021.

III
BLOCKCHAIN E 'TOKENIZAÇÃO'

NON-FUNGIBLE TOKEN (NFT):
LIÇÕES PRELIMINARES SOBRE SUA NATUREZA JURÍDICA

Arthur Salles de Paula Moreira

Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Pós-graduação na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito & Tecnologia da Universidade Federal de Minas Gerais – DTEC-UFMG. Advogado no Humberto Theodoro Júnior Sociedade de Advogados. arthur@htj.adv.br.

Resumo: O mercado de *Non-Fungible Tokens* (NFT) está crescendo rapidamente nos últimos anos. A tecnologia ganhou maior notoriedade recentemente a partir da sua utilização vinculada ao mercado de artes digitais e, em razão da relevância econômica das transações, atraiu grande atenção em todo o mundo. No entanto, poucos são os trabalhos acadêmicos, especialmente os jurídicos, que tratam do assunto. O presente artigo apresenta um estudo inicial sobre o tema, a fim de demonstrar as linhas preliminares sobre a natureza jurídica do NFT. No primeiro capítulo é demonstrada a forma de organização e funcionamento de um NFT. No segundo capítulo é diferenciado o NFT de outros tipos de *token.* No terceiro capítulo são investigadas as possibilidades de enquadramento do NFT como valor mobiliário, contrato derivativo e bem móvel. Ao final, no quarto capítulo, a fim de demonstrar casos práticos de aplicação do enquadramento jurídico investigado, serão demonstrados dois exemplos concretos de aplicação do NFT.

Palavras-chave: *tokens*; NFT; natureza jurídica.

Abstract: *The Non-Fungible Tokens (NFT) market has been growing rapidly in recent years. The technology has gained greater notoriety recently from its use linked to the digital arts market and, due to the economic relevance of the transactions, it has attracted great attention worldwide. However, there are few academic articles, especially legal ones, that deal with the subject. This article presents an initial study on the subject, in order to demonstrate the preliminary lines on the legal status of NFT. The first chapter demonstrates the organization and functioning of an NFT. In the second chapter, NFT is differentiated from other types of tokens. The third chapter investigates the possibilities of qualifying the NFT as a security, derivative contract and chattel. At the end, in order to demonstrate practical cases of application of the investigated legal framework, two concrete examples of NFT application will be demonstrated.*

Keywords: *tokens; NFT; legal status.*

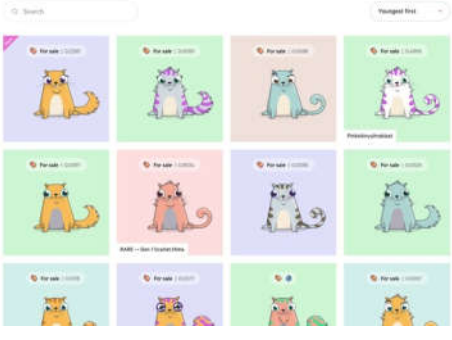
Sumário: 1. Introdução; 2. O que é um NFT ?; 2.1. O conceito de *token* e suas diversas aplicações; 2.2. O que torna um *token* infungível ?; 3. A natureza jurídica do NFT; 3.1.

Bem móvel?; 3.2. Valor mobiliário?; 3.3. Contrato derivativo?; 4. NFT na prática: "Everydays - The First 5000 Days" e "Doge"; 5. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Um dos primeiros registros de popularização de *Non Fungible Token (NFT)* foi a coleção de imagens artísticas chamadas CryptoKitties que consistiram em ilustrações de gatos e que eram utilizadas em um jogo na plataforma de blockchain *Ethereum*, permitindo aos jogadores comprá-los, colecioná-los, reproduzi-los e vendê-los[1].

Imagem 1 – CryptoKitties[2]



Em dezembro de 2017, em razão do grande volume de negociações de CryptoKitties a rede Ethereum chegou a ficar congestionada[3]. Por quase dois anos, esse permaneceu sendo a único exemplo popular de NFTs.

Uma recente pesquisa publicada na Nature Scientifics Reports mapeou dados empíricos acerca do mercado de NFTs[4]. Segundo identificado, após um rápido

1. Para maiores informações sobre os chamados Cryptokitties, acesse: https://www.cryptokitties.co/
2. ÉPOCA NEGÓCIOS. *A nova mania mundial é colecionar gatinhos virtuais.*06/12/2017. Disponível em https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2017/12/nova-mania-mundial-e-colecionar-gatinhos-virtuais.html. Acesso em: 05 fev. 2022.
3. WONG, Joon Ian. *The Ethereum network is getting jammed up because people are rushing to buy cartoon cats on its blockchain.* 04/12/2017. Disponível em https://qz.com/1145833/cryptokitties-is-causing-ethereum-network-congestion/. Acessado em 05/08/2021.
4. NADINI, Matthieu, ALESSANDRETTI, Laura., DIGIACINTO, Flavio; MARTINO, Mauro; MARIAAIELLO, Luca; BARONCHELLI, Andrea. *Mapping the NFT revolution: market trends,*

crescimento inicial no final de 2017, quando a coleção CryptoKitties ganhou popularidade mundial, o tamanho do mercado NFT permaneceu substancialmente estável até meados de 2020, com uma média de dólares americanos negociados diariamente. A partir de julho de 2020, o mercado experimentou um crescimento vertiginoso, com o volume total negociado diariamente superando milhões de dólares em março de 2021, tornando-se 150 vezes maior do que 8 meses antes. Ainda segundo a análise, as NFTs relacionadas a obras de arte têm dominado o mercado com os maiores volumes financeiros de negociação, sendo que os maiores preços até agora foram alcançados por esse tipo de NFTs que foram vendidas por mais de 1 milhão de dólares.

A tecnologia relativa ao NFT ganhou maior destaque e repercussão, portanto, a partir das altas cifras envolvidas nas negociações de obras de arte dessa natureza. O exemplo mais emblemático foi o da negociação do NFT em março de 2021 identificado como "*Everydays - The First 5000 Days*", relativo a arquivo em formato .JPG de autoria de Mike Winkelmann, artista digital conhecido como Beeple, negociado por mais de US$ 69 milhões (sessenta e nove milhões de dólares estadunidenses).

Imagem 2 – NFT "*Everydays - The First 5000 Days*" de Mike Winkelmann (Beeple)[5]

A compra resultou no terceiro maior preço de leilão alcançado por um artista

trade networks, and visual features. 22/10/2021. *in* Nature Scientifics Reports Disponível em https://doi.org/10.1038/s41598-021-00053-8. Acesso em: 06 fev. 2022.

5. REYBURN, Scott. *JPG File Sells for $69 Million, as 'NFT Mania' Gathers Pace*. 11/03/2021. Disponível em: https://www.nytimes.com/2021/03/11/arts/design/nft-auction-christies-beeple.html *in* The New York Times. Acesso em: 05 jun. 2021.

vivo, atrás de nomes relevantes no mundo da arte como Jeff Koons (que vendeu a obra "*Rabit*" por US$ 91 milhões em 1991) e David Hockney (cuja quadro "*Portrait of na Artist – Pool with* "*Two Figures*") foi vendido por US$ 90,3 milhões em 2018)[6].

A partir daí, vários outros recordes de vendas se seguiram[7]: três *Cryptopunks* – uma coleção de 10.000 caracteres digitais gerados automaticamente – foram vendidos a US$ 11,8, US$ 7,6 e US$ 7,6 milhões, respectivamente; o primeiro "*tweet*"[8] foi vendido por US$ 2,9 milhões; e o *Auction Winner Picks Name* – NFT com videoclipe e faixa de dança – foi vendido por US$ 1,33 milhão. A lucratividade dos NFTs motivou celebridades e grandes marcas a criarem seus próprios NFT's, com colecionáveis da NBA e jogadores famosos de futebol sendo vendidos por centenas de milhares de dólares[9].

Uma das aplicações da tecnologia responsáveis por transações com maior relevância econômica, portanto, se dá no campo do mercado de artes, podendo se relacionar às obras tradicionais (tangíveis e corpóreas) ou às artes digitais. A aplicação da tecnologia é difundida como possibilidade de criação, exposição e circulação de obras de arte antes corporificadas em telas e gravuras a partir de suporte digital e/ou registro baseado em tecnologia *blockchain,* que passou a ser identificada como *Non Fungible Token (NFT) – token* não fungível, em uma tradução literal do termo.

Em razão da atualidade do tema, verifica-se a carência de produção acadêmica que aborde o assunto, especialmente sob a perspectiva jurídica. A doutrina nacional ainda não possui produções específicas sobre a análise da tecnologia, seu funcionamento, enquadramento e repercussão nas relações jurídicas.

Assim, o presente artigo apresenta em linhas introdutórias as definições básicas

---

6. REYBURN, Scott. *JPG File Sells for $69 Million, as 'NFT Mania' Gathers Pace*. 11/03/2021. Disponível em: https://www.nytimes.com/2021/03/11/arts/design/nft-auction-christies-beeple.html *in* The New York Times. Acesso em: 05 mar. 2022.

7. PHILLIPS, Daniel; GRAVES, Stephen; HAYWARD, Andrew *The 15 most expensive NFTs ever sold.* 21/02/2022. Disponível em: https://decrypt.co/62898/the-10-most-expensive-nfs-ever-sold. Acesso em: 01 mar. 2022.

8. Denominação utilizada para identificar uma publicação na rede social "Twitter".

9. DEVLIN, JonhJo. *The "insane" money in trading collectible cards.* 19/03/2021. Disponível em https://www.bbc.co.uk/news/business-56413186 *in* BBC News. Acessado em: 05 ago. 2021.

em relação ao funcionamento de NFT no mercado de artes[10], suas principais características e compreensão de sua natureza jurídica. Ao final, serão destacados casos práticos que demonstram a aplicação adequada da natureza jurídica de um NFT.

2. O QUE É UM NFT?

O NFT, como o nome sugere, é uma espécie de *token* indivisível e único caracterizado por sua não fungibilidade e intercambialidade. Ou seja, não haveria possibilidade de *tokens* dessa natureza serem trocados pela mesma quantidade do mesmo tipo precisamente porque são únicos e porque cada um possui características diferentes. Cada NFT diz respeito às informações e aos dados que não poderiam ser replicados, dificultando, assim, a sua reprodução. Nesse sentido, eles diferem de outros tipos de *tokens* que seriam, em sentido oposto, fungíveis por natureza.

Os NFTs podem ser compreendidos, portanto, a partir de seus elementos essenciais de 1) exclusividade: em que um NFT é ou representa um bem ou direito único, seja digital ou não, que pode estar associado de forma inequívoca a um usuário ou a uma carteira virtual; 2) indivisibilidade: o NFT não pode ser dividido em partes; 3) não fungibilidade: os NFTs não são fungíveis e replicáveis.

Sob tais aspectos, o NFT inclui um conjunto de informações registradas no *blockchain* que representa o ativo vinculado ao *token* (obras tradicionais ou digitais). Como resultado, também seria possível identificar com precisão o seu titular, que pode invocar e exercer os direitos sobre o bem, inclusive negociar a sua transmissão

10. O debate sobre o que é, conceitualmente, uma obra de arte possui contornos quase filosóficos. No presente contexto, de forma pragmática, pretende-se analisar os NFT que possuem relação com as obras de arte e que sejam assim negociadas nas plataformas voltadas para esse tipo de NFT. Registra-se que é adotada aqui a conceituação de "obra de arte" dada por Gaut que propõe uma lista de critérios que podem ser usados no julgamento de algo ser ou não arte: (1) possuir propriedades estéticas positivas; (2) expressar emoção; (3) ser intelectualmente desafiador; (4) ser formalmente complexo e coerente; (5) ter a capacidade de transmitir significados complexos; (6) exibir um ponto de vista individual; (7) ser um exercício de imaginação criativa (ser original); (8) ser artefato ou performance que é um produto de um alto grau de habilidades; (9) pertencer a uma forma artística estabelecida (música, pintura, filme, etc.); e (10) ser o produto de uma intenção de fazer uma obra de arte". (GAUT, Berys. The Cluster Account of Art. In: CARROLL, Noël (org.). *Theories of Art Today*. Madison: University of Wisconsin, 2000. p. 28-29)

a terceiros.

Nesse contexto, NFTs vêm sendo utilizados de forma a atribuir maior grau de confiança em relação à autenticidade e rastreabilidade de direitos, passando a ser explorados em diferentes setores e atividades – incluindo jogos *online*, patentes ou outros direitos de propriedade intelectual, imóveis, veículos, licenças e documentos financeiros.

Considerando suas características e propriedades, o NFT também passou a ser utilizado como representativo de titularidade de direitos autorais em relação a obras de arte, podendo representar:

> **1) Obras tradicionais** (por exemplo: quadro, gravura e posters impressos)**:** o NFT é vinculado a uma determinada obra de arte corpórea e tangível e o acesso à obra é regulado também pelo seu registro via NFT. Mais do que um simples registro, nesse caso, o NFT se apresenta como um certificado de autenticidade daquela obra que garante ao seu titular o acesso à obra de arte e sua disposição em relação a ela. O exemplo mais prático é o NFT relativo a obras de arte como telas e esculturas que, dada a sua corporificação, podem restringir o acesso ao obra ao titular do NFT. Nesse mesmo sentido, é que tem feito a marca de relógios Breitling que passou a emitir o denominado "passaporte digital" que utiliza a tecnologia NFT para certificar a autenticidade de seus produtos[11]. Da mesma forma, artistas já passaram a fornecer ao comprador de suas telas uma versão digital da obra de arte registrada em *blockchain* e vinculada a um NFT[12].
>
> **2) Obras digitais** (vídeos, arquivos de imagens, arquivos de áudio, por exemplo): Trata-se do cenário mais frequente de utilização do NFT. Nessa hipótese, o NFT relaciona-se a uma obra de arte em meio digital (fotos, ilustrações, arquivos de áudio, etc.). Exemplo: uma ilustração digital que já circula na internet há anos é associada a um *token* registrado em *blockchain* e o referido *token* passa a ser reconhecido no mercado como certificado de registro[13].

---

11. É a divulgação do próprio site do empresário: https://www.breitling.com/us-en/service/blockchain/.

12. Nesse sentido, é a notícia: https://www.smh.com.au/culture/art-and-design/the-world-s-gone-mad-for-nfts-but-what-are-they-20210312-p57a63.html

13. Exemplos práticos dessa realidade passaram a ser relatados rotineiramente nos jornais, como, por exemplo: EPOCA NEGÓCIO. *Memes da década passada ressurgem como NFTs avaliados em*

No mesmo sentido, o fundador e CEO do Twitter, Jack Dorsey, vendeu seu primeiro "tweet", que simplesmente dizia "*apenas configurando meu Twitter*" por US $ 2,9 milhões em 23 de março de 2021. Um argumento comum contra o uso de NFTs para representar obras de arte digital é que as próprias obras podem ser facilmente copiadas. No entanto, é exatamente nesse sentido que o NFT opera. Atribuindo caráter de originalidade a arquivos que, de outra forma, poderiam se confundir com diversos arquivos com a mesma imagem ter circulado inúmeras vezes na internet[14]. De toda forma, há também crescente movimento de criação de artes digitais para venda em plataformas de NFTs. Tais arquivos são negociados e adquiridos por colecionadores e curadores de arte que passam a contar com a obra em seu portifólio ou carteira digital.

Assim, NFTs causam verdadeira alteração na dinâmica proposta para negociação em relação às propriedades e/ou direitos. Isso porque, o *token* digital inclui um conjunto de informações registradas no *blockchain* que representa um ativo/bem/direito.

Com isso, também é possível identificar com precisão o seu titular, que pode fazer valer os direitos sobre o ativo/bem/direito e optar por negociá-lo com terceiros. Na prática, portanto, exatamente essa propriedade de singularidade que permite com que sejam utilizados como prova de propriedade e autenticidade de uma obra de arte.

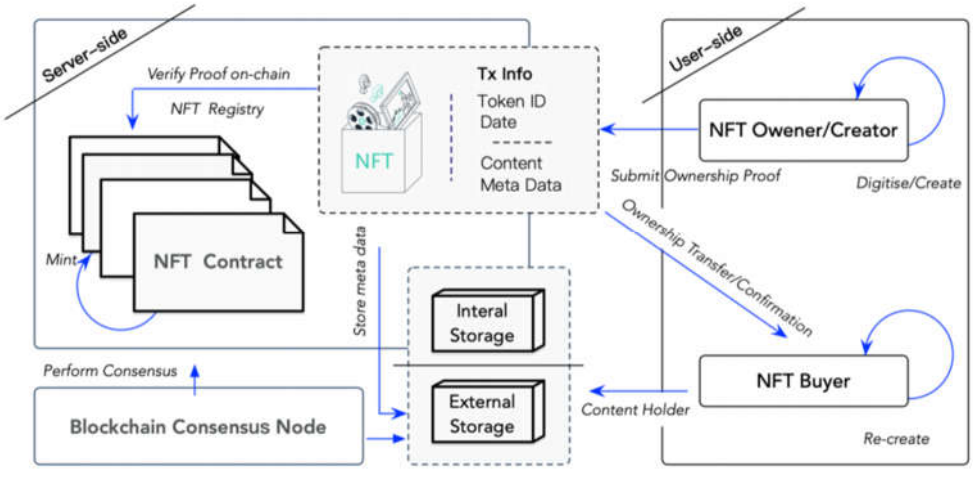
Para auxiliar na compreensão da operação que envolve a criação e circulação de um NFT, veja-se o esquema a seguir:

---

milhares de dólares. 30/04/2021. Disponível em: https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2021/04/memes-da-decada-passada-ressurgem-como-nfts-avaliados-em-milhares-de-dolares.html. Acessado em 03/09/2021.

14. Exatamente nesse sentido caminham as recentes discussões quanto à definição de "originalidade" em obras de arte no mercado de NFT.

Imagem 3 – Estruturação do NFT[15]



2.1. O conceito de *token* e suas diversas aplicações

Como o próprio nome indica, NFT é uma espécie de *token* que por suas características específicas se tornam únicos e, assim, não fungíveis. Nesse caso, há um questionamento prejudicial, portanto, a ser enfrentado: o que seriam propriamente os *tokens*?

A tradução do termo indica se tratar de "símbolo"[16] e é nesse mesmo sentido que deve caminhar a sua compreensão. Um *token*, na rede *blockchain*, é a representação daquilo que está sendo registrado. Pode-se compreender os *tokens*, por tanto, como representações digitais, baseadas em criptografia, de direitos que são garantidos a seus detentores[17]. Trata-se de uma espécie de título registrado em *blockchain*.

15. Fonte: WANG, Qin; LI, Rujia; WANG, Qi; CHEN, Shiping. *Non-Fungible Token (NFT): Overview, Evaluation, Opportunities and Challenges*. p. 6. ArXiv, 2021. Disponível em: https://arxiv.org/abs/2105.07447. Acesso em: 04 jun. 2021.

16. CAMBRIDGE DICTIONARY. Disponível em: https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/token. Acessado em: 22/08/2021.

17. CAMPOS, Emília Malgueiro. *Criptomoedas e Blockchain: O direito no mundo digital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 96.

Os *tokens* digitais podem ser qualquer tipo de ativo digital ou qualquer representação digital de um ativo físico[18]. Ativo aqui compreendido como qualquer bem ou direito. No caso da rede Bitcoin, por exemplo, o *token* representa uma unidade de medida própria daquela rede. Ao mesmo tempo, um *token* digital pode representar qualquer bem fungível e negociável, como moeda, pontos de recompensa, certificados e assim por diante.[19]

Exatamente por essas características, os *tokens* podem ser utilizados como representação de ativos, o que deu origem à chamada "*tokenização*": tentativa de associar a um *token*¸ bens e direitos diversos. A "*tokenização*" de ativos é motivada pelas principais características da rede *blockchain*: essência descentralizada; desnecessidade de intermediários; possibilidade de fracionamento e a resistência a alteração de registros[20].

O processo de "*tokenização*" parte das chamadas "*Colored-Coins*", quando uma camada de informações construída sobre um registro de *token* permite a sua associação a ativos do mundo real, permitindo também a transferência desses *tokens* com assinatura digital, essas transações são incorporadas permanentemente na

---

18. "*Tokenised securities are generally thought of as traditional, regulated securities, but with a digital wrapper […] A tokenised security represents a security that exists outside of a blockchain, and can be described as being 'blockchain-embedded'*" (ASIA SECURITIES INDUSTRY & FINANCIAL MARKETS ASSOCIATION. Tokenised Securities: A Roadmap for Market Participants and Regulators, 2019, p. 9. Disponível em https://www.asifma.org/wp-content/uploads/2019/11/tokenised-securities-a-roadmap-for-market-participants-final.pdf. Acessado em 25/08/2021).

19. BAMBARA, Joseph J.; ALLEN, Paul R. *Blockchain – A practical business, law and technology solutions*. New York: MCGraw-Hill Education, 2018. p. 36.

20. A *blockchain* é comumente descrita como imutável, indicando que suas transações não poderiam ser alteradas após registradas. No entanto, trata-se de afirmação equivocada. A mutabilidade é possível, ainda que seja extremamente custosa. Sobre o tema: MOREIRA, Arthur Salles de Paula; DELGADO, Camila Campos Baumgratz; SANTOS, Gabriel Gonçalves. Repensando a tecnologia *blockchain:* por que nem tudo o que você leu até hoje era verdade? *In* PARENTONI, Leonardo; MILAGRES, Marcelo de Oliveira; VAN DE GRAAF, Jeroen (Coords). "DIREITO, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO – v. III: Aplicações Jurídicas de Blockchain". Belo Horizonte: Editora Expert, 2021. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/351250544_Direito_Tecnologia_e_Inovacao_v_III_Aplicacoes_Juridicas_de_Blockchain_Law_Technology_and_Innovation_v_III_Legal_Blockchain_Applications. Acesso: 07/06/2021.

Blockchain.[21]

Por exemplo, um *token* na rede *Ethereum*, poderia ser negociado como representativo de fração de um imóvel, inclusive, fora do país onde se localiza aquele bem.

Outro exemplo é a utilização de *tokens* para negociação de valores relativos a precatórios[22]. Nesse caso, os *tokens* representam as requisições de pagamentos das dívidas. No processo de "*tokenização*", permite-se, inclusive, que os precatórios, que seriam somente negociados com grandes investidores, em razão do seu valor expressivo, sejam fracionados e comercializados em diversas unidades de *tokens*. Assim, um precatório relativo a um crédito de um milhão de reais poderia ter o seu valor fracionado em duzentos *tokens* que representariam o crédito de cinco mil reais para serem negociados com terceiros. O resultado, nesse caso, é o aumento da liquidez da negociação do valor do precatório.

A depender, inclusive, da utilidade dada ao *token*, tem-se admitido a seguinte classificação[23]: *Currency tokens; utility tokens* e *security tokens* que podem ser compreendidas respectivamente como *tokens* de pagamento, *tokens* de utilidade e *tokens* de investimento (securitários).[24]

A necessidade de esclarecer suas diferenças – além de definir melhor sua própria aplicação – é o fato de que, em muitas jurisdições, os *tokens* de segurança são mais

---

21. YARBROUGH, KAREN A.; MIRKOVIC, John. *Blockchain Pilot Program. Final ReportDeputy Recorder of Deeds (Communications/IT)*.Cook County, Illinois, 2017. Disponível em: Acesso em: 11 jul. 2021.

22. VALOR INVESTE. *Tokens de precatórios têm retorno potencial de 21% ao ano.* 16/07/2021. São Paulo. Disponível em: https://valorinveste.globo.com/mercados/cripto/noticia/2021/07/16/mercado-bitcoin-lanca-tokens-de-precatorios-com-investimento-a-partir-de-r-100.ghtml. Acessado em 22 ago. 2021.

23. Classificação inclusive adotada pela Autoridade Bancária Europeia (EUROPEAN BANKING AUTHORITY. *Report with advice for the European Commission on Crypto-Assets*, 09 de janeiro de 2019. Disponível em: https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2545547/67493daa85a8-4429-aa91-e9a5ed880684/EBA%20Report%20on%20crypto%20assets.pdf?retry=1. Acesso em: 03 ago. 2021. p. 7.)

24. DI ANGELO, Monica; SALZER, Gernot. *Tokens, Types, and Standards: Identification and Utilization in Ethereum.* 2020 IEEE International Conference on Decentralized Applications and Infrastructures (DAPPS), 2020, p. 1-10, doi: 10.1109/DAPPS49028.2020.00001.

regulamentados do que *tokens* de outra natureza, por exemplo.

Os *tokens de pagamento* cumprem uma função de meio pagamento em determinada rede, com pouca ou nenhuma outra aplicação. Esses são vulgarmente identificadas como moedas virtuais[25] que, registradas e negociadas em rede *blockchain*, são denominadas criptomoedas, tais como Bitcoin, Ethereum, LiteCoin e Ripple.

Essa espécie de *token* é usada como meio de troca para, por exemplo, permitir a compra ou venda de um bem fornecido por terceiro, ainda que não seja o emissor do token, ou para fins de investimento[26] e não garantem outros direitos aos seus titulares (como os tokens de utilidade).

Os *tokens de utilidade*, por sua vez, são aqueles que, via de regra, fornecem acesso digital a um aplicativo ou serviço por meio de uma infraestrutura baseada em *blockchain*. Os *utility tokens* representam o direito ao uso de um produto ou serviço, podendo estar condicionados ao fato de que o projeto ao qual pertençam seja efetivamente lançado. Isso significa que sua utilização é restrita a aplicações específicas que

25. A classificação de criptomoedas como moedas paralelas é questão controversa. Tecnicamente, no entanto, deve-se destacar que *exchange tokens* não se equivalem ao conceito de "*moeda eletrônica*" trazido pela Lei n.º 12.865/2013. A moeda eletrônica é a própria moeda corrente do país, escriturada e expressa em meio eletrônico. Assim, como dispõe o próprio art. 6º, inciso VI, da Lei n.º 12.865/2013: "recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento". O *exchange tokens* não corresponde a essa classificação exatamente porque se refere a outra unidade de conta e de valor que não guarda qualquer relação com a moeda oficial. (TEIXEIRA, Tarcisio; RODRIGUES, Carlos Alexandre. *Blockchain e Criptomoedas: aspectos jurídicos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 51).

26. "*Digital tokens can be classified into four types depending on their underlying economic function, as follows: a) Payment tokens: those intended to become BLCAs and to be used universally (i.e., not restricted to a specific platform) as units of account, store of value, and means of payment (e.g., Litecoin). b) Utility tokens: those designed to provide the holders future access to services by means of a DLT-based application. Examples of such applications are those for file storage, social messaging, and trading (e.g., Ether, Binance coin, and Filecoin. c) Asset tokens: those representing debt or equity claims on the issuer. They generate interest to the holder or promise a share in the future earnings of the company, respectively. d) Hybrid tokens: those that are part utility and part asset or payment token*". (FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. Treatment of Crypto Assets in Macroeconomic Statistics. p. 7-8. Disponível em: https://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2019/pdf/Clarification0422.pdf. Acesso em: 03 ago. 2021)

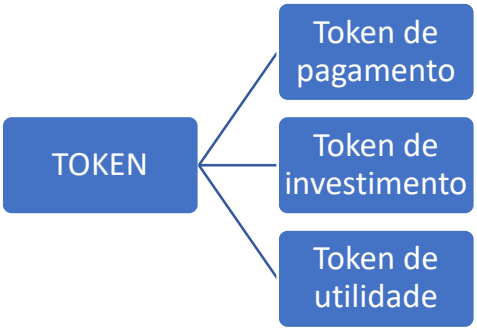
podem ser, por exemplo: direitos de voto; cupons de pré-venda; programas de fidelidade; direito de acesso a uma rede ou serviço. Outro exemplo desse tipo *token* está no contexto de serviços de em nuvem (*cloud computing*), em que um *token de utilidade* pode ser emitido para facilitar o acesso à plataforma[27].

Já os *tokens de segurança* são ativos, como uma dívida ou direito de patrimônio do emissor. Em termos de sua função econômica, portanto, esses *tokens* acabam sendo comparados, com ações, títulos ou derivativos.[28]

Os *security tokens* não pretendem exatamente substituir as ações de uma companhia. Na realidade, eles passam a oferecer funcionalidades adicionais atreladas de forma subjacente a esse *token* e resultantes do uso de tecnologias como *blockchain* e *smart contracts*. Dentre tais atributos próprios dos *securtity tokens*, estariam, por exemplo, a rápida e eficiente distribuição de dividendos ou lucros por meio da automação de pagamentos instantâneos com menores custos e muito mais celeridade.

Ilustrativamente, portanto:

Imagem 4 – Classificação dos *tokens*



27. EUROPEAN BANKING AUTHORITY. *Report with advice for the European Commission on Crypto-Assets*, 09 de janeiro de 2019. Disponível em: https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2545547/67493daa85a8-4429-aa91-e9a5ed880684/EBA%20Report%20on%20crypto%20assets.pdf?retry=1. Acesso em: 03 ago. 2021. p. 7.

28. FINMA Disponível em: https://www.finma.ch/en/documentation/dossier/dossier-fintech/entwicklungen-im-bereich-fintech; J. Rohr and A. Wright, "Blockchain-Based Token Sales, Initial Coin Offerings, and the Democratization of Public Capital Markets," Hastings LJ, vol. 70, p. 463, 2019. P. Hacker and C. Thomale, "Crypto-securities regulation: Icos, token sales and cryptocurrencies under eu financial law".

2.2. O que torna um *token* infungível?

Já compreendido, em linhas gerais, o conceito de *token* é necessário, agora, identificar o que difere o NFT de outros *tokens.* A resposta, como não poderia deixar de ser, é intuitiva: a sua não fungibilidade.

A compreensão dos NFTs encontra-se atrelada ao conceito de *fungibilidade* e *não fungibilidade*. Um ativo é considerado fungível quando existe a possibilidade de substituí-lo por outro idêntico, tanto em termos de qualidade e quantidade (por exemplo, dinheiro). Da mesma forma, um ativo não é fungível quando tal substituição por um item idêntico não é possível dada a individualidade intrínseca do próprio bem (por exemplo, uma obra de arte). Um *token* fungível é um *token* igual a todos os outros de seu tipo e capaz de substituição mútua, razão pela qual poderia ser negociado ou trocado por outro *token* fungível (do mesmo tipo).

No ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, a atribuição de "fungibilidade" em relação aos bens móveis guarda contornos similares ao acima tratados, conforme previsto pelo art. 85 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

No caso específico de NFTs transacionados no mercado de artes, fica evidenciada a característica do *token* como infungível. Uma vez negociado o *token* como representativa de direitos relativos a uma obra (seja ela obra tradicional, digital ou registrada em rede *blockchain*), é fácil perceber que aquele *token* não se confundirá com outro *token* daquela mesma rede *blockchain*. Isso porque, é intrínseco ao *token* a associação à obra que, por sua vez, tem natureza infungível.

Assim, nota-se que, via de regra, *tokens de pagamento* não podem ser tidos como NFT, uma vez que aqueles possuem como marco distintivo a própria possibilidade de substituição por outro do mesmo género. Um bitcoin possui o mesmo valor de outro bitcoin. Já *tokens utilitários* e *tokens de segurança*, a depender do caso concreto, podem ser tidos como NFT dada a sua infungibiliade com outros *tokens* da mesma natureza.

Conclusivamente, ainda, em relação à definição de NFT no mercado de artes, é importante destacar que este não se confunde com a obra de arte em si. Um *token* relacionado a uma tela ou escultura, por exemplo, não equivale à própria obra de

arte. Trata-se, o NFT, de um registro daquela obra de arte em rede *blockchain*. É claro que, a partir de contratos (inclusive, *smart contracts*), pode-se disciplinar a regulação de direitos e obrigações aos seus titulares, desenvolvedor do *token* e criador da obra de arte.[29] No entanto, o *token* em si não é a própria obra de arte a ele relacionada.

Em sentido oposto, como visto, é o que ocorre, por exemplo, com *tokens de pagamento*, em que o *token* representa a própria unidade de valor praticada em determinada rede: um bitcoin é o *token* da rede bitcoin e a própria unidade de valor a ela relacionada.

Ilustrativamente, portanto, é o que se demonstra a seguir:

Imagem 5 – Classificação dos *tokens* a partir de sua fungibilidade:

3. A NATUREZA JURÍDICA DO NFT NO MERCADO DE ARTES

Estabelecidas as linhas gerais dos elementos que compõe a tecnologia envolvida no NFT, necessário apresentar possíveis enquadramentos em relação à sua natureza jurídica. Dentre as possibilidades, destacam-se três delas que irão conduzir as reflexões preliminares do presente estudo.

A primeira diz respeito à verificação quanto possibilidade de classificação do NFT no mercado de artes como como valores mobiliários. Na sequência, discute-se a possibilidade de classificação de *tokens* como espécie de contrato derivativo. Por fim, será investigada a possibilidade de identificação de NFT no mercado de artes como

29. É o que, inclusive, pretende-se seja feito a partir da estipulação de regras, via *smart contracts*, para garantir automatização no pagamento do direito de sequência do autor da obra, previsto pelo art. 38 da Lei de Direito Autorais (Lei n º 9.610/1998).

bem móvel.

3.1. Valores mobiliários?

Para caracterização de um instrumento como valor mobiliário, é conhecido historicamente o teste aplicado pela Corte Estadunidense denominado *Howey Test*[30]. De acordo com o referido teste, o instrumento será considerado como valor mobiliário quando (i) a pessoa investe recurso; (ii) em um empreendimento conjunto; (iii) esperando receber retorno financeiro; (iv) oriundo unicamente dos esforços do empreendedor ou de terceiros. De toda forma, nem sempre os tribunais exigem a presença de todo os requisitos cumulativamente para o reconhecimento de um valor mobiliário.[31]

Os critérios previstos pelo *Howey Test* foram, de certa forma, incorporados à legislação brasileira a partir do art. 2º da Lei nº 10.303/2001, que acrescentou a previsão genérica de valor mobiliário nas hipóteses taxativas contidas no art. 2º da Lei nº 6.385/1976, passando a indicar como valor imobiliário também:

> (...) quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

Assim, embora a Lei nº 6.385/1976, tenha sido inicialmente taxativa, a sua alteração passou a permitir enquadramento de outros novos instrumentos e contratos de investimento coletivo. Da leitura de referida norma, denota-se o alargamento conceitual em relação aos valores mobiliários – e, portanto, da maior abrangência da competência da CVM – o que abriria espaço para enquadramento dos *tokens* dentro do escopo do artigo 2º da Lei 6.385/1976.

No ordenamento jurídico brasileiro, portanto, há definição em relação à

30. EIZIRIK, Nelson. *Mercado de capitais – Regime Jurídico.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

31. PARENTE, Norma Jonssen. *Mercado de Capitais.* 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 150.

existência de valores mobiliários típicos[32] – aqueles identificados expressamente pelo art. 2º da Lei nº 6.385/1976 ou previstos na legislação esparsa – e valores mobiliários atípicos[33], que englobam toda a gama de captação popular como caráter de valor mobiliário não contida nas hipóteses típicas.[34]

A verificação do enquadramento do NFT como valor mobiliário deve partir da análise em relação a uma das hipóteses do art. 2º da Lei nº 6.385/68. Não havendo previsão expressa que se assemelhe aos *tokens* não fungíveis, é necessária a análise quanto ao inciso IX do referido dispositivo que, como visto, contém previsão mais genérica e que depende de interpretação.

A "oferta pública" de NFT pode ser constada caso se considere que há livre disponibilização de NFT ao mercado a partir das inúmeras plataformas existentes.

A questão, no entanto, torna-se um pouco mais complexa em relação à verificação sobre a suposta existência de "quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo". Isso porque não é possível considerar que no bojo de um NFT haveria espécie de contrato de investimento coletivo.

A esse respeito, por exemplo, a CVM leva em conta os seguintes requisitos para a caracterização dos contratos de investimento coletivo (CIC): (i) existir oferta de um investimento, com caráter coletivo; (ii) existir a formalização do investimento em um instrumento contratual ou título; (iii) prever-se algum direito, decorrente do investimento, a alguma espécie de remuneração (sendo ela originada dos esforços do empreendedor ou de terceiros, e não do investidor); e (iv) por fim, que esses títulos ou contratos de investimento sejam objeto de oferta pública[35].

---

32. Como, por exemplo, ações ordinárias, ações preferenciais, dividendos, direitos de subscrição, *warrants*, certificado de depósitos, debêntures, cédula de crédito bancário, entre outros.

33. Como, por exemplo, contrato de investimento coletivo e contratos de financiamento coletivo (*crowndfunding*).

34. PARENTE, Norma Jonssen. *Marcos de Capitais.* 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 153.

35. STRUECKER, Fernando Almeida. *Oferta pública de criptoativos à luz da lei n.º 6.385/1976*. Curitiba, 2020. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2020. p. 101. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/67658/R%20-%20D%20-

Da mesma forma, os NFTs – ao menos no mercado de arte, que é o objeto do presente estudo – não parecem tratar de ativos "que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros."

Ao adquirir um NFT no mercado de arte, o adquirente, em princípio, apenas se torna o titular do *token* que atesta a originalidade e autenticidade de uma determinada obra de arte. A depender das circunstâncias materiais da obra (se se trata de obra digital, por exemplo) e da celebração de contrato que discipline os direitos e obrigações envolvidas, terá o titular do *token* direitos também em relação à própria obra em si. No entanto, o bem adquirido e o feixe de direitos correlatos não se confundem com *participação, parceria* ou *remuneração*. Até mesmo porque eventual valorização do NFT não se dá como "esforço do empreender ou de terceiros".

Em relação à verificação da natureza jurídica de *tokens* e seu possível enquadramento como valores mobiliários, o caso de mais fácil equiparação de *token* a valores mobiliários é o dos *securities tokens*, isto é, *tokens* que possuem um componente de investimento imediatamente associável aos elementos que compõem a *Howey Test.*

Isso porque no caso dos *security tokens*, há investimento de recursos (dinheiro ou criptomoedas) em empreendimento coletivo (cada investidor possui uma quota-parte do negócio, representada por um *token*) com a expectativa de obtenção de recursos (dividendos ou criptomoedas) que decorrem dos esforços do empreendedor ou de terceiros (aqueles que ofertam publicamente os *security tokens* por meio de uma plataforma para potenciais investidores interessados).

A Comissão de Valores Mobiliários, inclusive, a partir das Deliberações nº 830 e 831, ambas de 01 de outubro de 2019, determinou que os responsáveis pela oferta de oportunidades de investimentos atreladas a operações com criptoativos se abstenham dessa prática, ante a constatação de que se configuraria uma oferta pública de distribuição de valores mobiliários sem prévio registro ou dispensa de registro pela referida autarquia.

Já os *currency tokens*, caracterizados por sua função de meio de pagamento ou

---

%20FERNANDO%20ALMEIDA%20STRUECKER.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acessado em 3/08/2021.

troca, a rigor, não estão incluídos no conceito de valores mobiliários. Ao se aplicar o *Howey Test* paira alguma dúvida sobre se há expectativa de remuneração ou não por parte dos investidores, bem como acerca do fato desta estar atrelada a esforços de terceiros. Contudo, a possibilidade de retorno financeiro ao comprar e vender uma criptomoeda não é um direito vinculado ao bem, mas um possível resultado da especulação por parte daquele que detém o bem. Outrossim, não havendo remuneração vinculada à criptomoeda, não há que se falar em remuneração originada nos esforços de terceiros.[36]

O Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão em que tangencia a análise da natureza jurídica de um *currency tokens*, especialmente de *bitcoin*. De acordo com a decisão, as operações envolvendo compra ou venda de criptomoedas não encontram regulação no ordenamento jurídico pátrio, haja vista que as moedas virtuais – que não devem ser confundidas com a moeda eletrônica – não são tidas pelo Banco Central do Brasil (BCB) como moeda propriamente dita, tampouco como valor mobiliário pela CVM. Em janeiro de 2018, inclusive, a CVM publicou ofício em que se afirmou que as criptomoedas não se qualificam como "ativos financeiros"[37].

Por fim, quanto aos *utility tokens*, essa espécie de *token* confere direitos de uso ou propriedade de determinados produtos, bem como a prestação de serviços desenvolvidos pela emissora dos *tokens*.

Aplicando-se o *Howey Test*, tal como delineado anteriormente, pode identificar que há investimento de recursos, através da compra dos *tokens*, em empreendimento coletivo. No entanto, não há, em princípio, expectativa de obtenção de lucros, dado que o *utility token* seria mero instrumento de troca. Contudo, é possível que a literalidade do art. 2º, IX, da Lei nº 6.385/76, que engloba contratos que geram remuneração, inclusive, resultante da prestação de serviços, possa levar a conclusão de que determinado *utility token* seria valor mobiliário.

---

36. SCHECHTMAN, Daniel Casz. Necessidade de registro de ICO: criptomoedas são valores mobiliários? In: HANSZMANN, Felipe (org.). *Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais*. Vol. III. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. p. 137-181.

37. Superintendência de Relações com Investidores Institucionais em Ofício Circular n.º 1/2018/CVM/SIN.

A CVM já teve oportunidade de discutir o tema ao analisar o caso Niobium[38]. O Colegiado acompanhou a manifestação da Superintendência de Registro de Valores Mobiliários, concluindo que o Niobium constituiria um *utility token* e, portanto, não possuiria a natureza jurídica de valor mobiliário na feição de Contrato de Investimento Coletivo. Diante disso, sua oferta pública não atrai a competência da CVM, cabendo ao público investidor avaliar, por conta própria, os riscos acentuados de aquisição desse ativo. De todo modo, essa decisão não esgota completamente o assunto, uma vez que a CVM deve analisar cada oferta de maneira casuística.

De fato, não parece que a regulação relativa à oferta pública de distribuição de valores mobiliários se aplique muito bem ao contexto dos *utility tokens*. Tal regulação visa a minimizar os conflitos por meio da obrigatoriedade de divulgação de informações pela emissora. Essa divulgação, que se dá principalmente por meio do prospecto, é essencialmente financeira.

Em princípio, portanto, os NFT que se assemelham à *utility token* possuem características que os distanciam da classificação como valor mobiliário.

3.2. Contratos Derivativos?

Segundo a Comissão de Valores Mobiliários, derivativos são "contratos que derivam a maior parte de seu valor de ativo subjacente, taxa de referência ou índice. O ativo subjacente, por sua vez, pode ser físico (café, ouro, etc.) ou financeiro (ações, taxas de juros, etc.), negociado no mercado à vista ou não (é possível construir um derivativo sobre outro derivativo)."[39]

Os derivativos são conceituados pela doutrina como contratos negociados cujo valor resulta, total ou parcialmente, do valor de outro ativo, financeiro ou não, de modo que o valor de um contrato deriva de outro contrato, ativo ou índice, de acordo com suas variações no tempo.[40] O termo "derivativo" refere-se, assim, ao fato de que

38. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Processo SEI nº 19957.010938/2017-13. Relator: SER. Julgamento: 30/01/2018.

39. COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Disponível em: investidor.gov.br/menu/Menu_Investidor/derivativos/Derivativos_introducao.html. Acessado em 03/09/2021.

40. EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádina; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado*

tais contratos derivarem de algum outro valor mobiliário, sendo utilizados, portanto, para a gestão de preços desses ativos.[41]

Os derivativos como visto são, portanto, uma categoria contratual *sui generis*.

Portanto, para que fosse possível classificar um NFT como derivativo, este deveria, antes, ser compreendido como um negócio jurídico bilateral contratual.

A definição, no entanto, não parece ser a mais adequada. Conforme demonstrado no capítulo 1 do presente estudo, o NFT nada mais é do que um *token* que, em virtude do direito/bem ao qual se relaciona, possui característica de infungibilidade.

Para que fosse considerado um contrato, o NFT deveria enquadrar-se na definição de "acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos", ou ainda, de forma mais sucinta, "o acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos".[42] Não é o que ocorre, no entanto. Não há acordo de vontades, principalmente porque a realização de registro em *blockchain* não envolve manifestação de vontade das partes.

Assim, o NFT não pode ser considerado contrato, assim como um bitcoin ou outro *token*.

A relação contratual eventualmente existente na negociação de NFT[43] não é intrínseca ao *token* não fungível em si considerado. Pode haver sim pactuação de direitos e obrigações entre aqueles que negociam o NFT desde que atrelado a um contrato que, este sim, trará estipulações para os envolvidos (por exemplo: titular da obra, autor da obra, terceiro adquirente). [44]

---

de Capitais: Regime Jurídico. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 121.

41. PARENTE, Norma Jonssen. *Marcos de Capitais.* 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 225.

42. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: contratos.* 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Volume III. p. 7.

43. Diz-se, eventualmente, porque o NFT pode existir por si só sem estar atrelado a um contrato (smart contract, via de regra) que disciplina os direitos e obrigações dos envolvidos.

44. Nesse sentido, seria possível questionar-se sobre a possibilidade de um *smart contract* vinculado a um NFT em mercado de arte ser considerado como um contrato derivativo, o que não será

3.3. Bem móvel?

Bens são coisas que, por serem úteis e raras, são suscetíveis de apropriação e contêm valor econômico[45]. Trata-se daquilo que é útil aos homens, apresentando expressão econômica, e suscetíveis à apropriação, podendo ser materiais ou imateriais, tangíveis ou incorpóreos.

O Código Civil Brasileiro trata da definição de bem móveis os identificando como aqueles bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social (art. 82, do Código Civil). Ainda, são considerados como bens móveis as anergias que tenham valor econômico; os direitos reais sobre objetos móveis e ações correspondentes e os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações (art. 83, do Código Civil).

As quotas sociais, por exemplo, têm natureza jurídica de bem móvel e incorpóreo que reúne direitos e obrigações de natureza pessoal – como o direito de deliberar, de fiscalizar a sociedade, de votar e ser votado e administrá-la – e de natureza patrimonial – como o direito de receber dividendos, participar do acerva social em caso de dissolução da sociedade ou de apuração de haveres em decorrência de falecimento, exclusão ou de exercício de direito de retirada.[46]

No mesmo sentido, compreende-se a possibilidade de classificação de NFT na categoria de bens móveis intangíveis.

Em princípio, o *token* como bem móvel confere ao seu titular apenas o registro de determinada informação em rede *blockchain*. No entanto, em relação a NFT no mercado de arte, a depender da forma como registrado aquele *token*, será conferido ao seu titular os direitos relativos à obra de arte (ex.: direito autoral patrimonial, direito de sequência, etc.).

Sendo assim, muito embora se trate de tecnologia que inaugura diversas

---

analisado no presente trabalho em virtude do escopo delineado anteriormente.

45. GONÇALVES, C. R. *Direito Civil Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 276.

46. GONVÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário.* Vol. 1, n. 184, p. 209. 2ª Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, Ed. 2004.

novidades quanto à propriedade de coisa móvel (criptografia, chave pública e privada, ausência de intermediação etc.), fato é que não se altera, em substância, a sua natureza jurídica de coisa móvel incorpórea[47].

Conferir aos *tokens* e, especialmente, aos NFTs, a condição de bem móvel incorpóreo importaria na possiblidade de ser realizado "um negócio jurídico de transmissão de um bem móvel, com a tradição efetivada por meio eletrônico descentralizado, feito diretamente entre as partes".[48] Isso porque, como sabido, a forma de aquisição de propriedade dos bens móveis se dá pela tradição.

Sendo classificado como bem móvel e incorpóreo, poderão recair sobre o NFT direitos reais, como usufruto, o penhor e o fideicomisso, sendo amplamente aceita na doutrina moderna a aplicação de normas próprias das coisas móveis também aos direitos, tanto os direitos reais quanto os direitos pessoais, sempre que eles se tornem objeto de outros direitos.[49] É, inclusive, o que prevê os incisos II e III do art. 48 do Código Civil.

4. NFT NA PRÁTICA: "EVERYDAYS - THE FIRST 5000 DAYS" E "DOGE"

Traçadas as linhas preliminares acerca da natureza jurídica do NFT no mercado de artes, concluiu-se pela impossibilidade de sua classificação como valor mobiliário e como contrato derivativo, tendo sido verificada a possibilidade de seu enquadramento como bem móvel e fungível.

A fim de confirmar a classificação proposta, e cumprindo o objeto do presente estudo de conectar a teoria com casos práticos concretos, passe- a analisar dois

47. STRUECKER, Fernando Almeida. *Oferta pública de criptoativos à luz da lei n.º 6.385/1976*. Curitiba, 2020. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2020. p. 112. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/67658/R%20-%20D%20-%20FERNANDO%20ALMEIDA%20STRUECKER.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acessado em 3/08/2021.

48. TEIXEIRA, Tarcisio; RODRIGUES, Carlos Alexandre. *Blockchain e Criptomoedas: aspectos jurídicos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 55.

49. GONVÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Empresa individual de responsabilidade limitada e sociedade de pessoas.* 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.453.

exemplos diferentes de NFT a fim de confirmar se, de fato, podem ser compreendidos como bens móveis intangíveis.

O primeiro exemplo é aquele já apontado no primeiro tópico do presente trabalho. Trata-se do NFT denominado "*Everydays - The First 5000 Days*", relativo a arquivo em formato .JPG de autoria do artista digital conhecido como Beeple e que foi negociado por mais de US$ 69.000.000,00 (sessenta e nove milhões de dólares estadunidenses), conforme anteriormente já descrito.

A imagem em referência (imagem 1 do presente trabalho), consiste em uma colagem de tudo aquilo que o artista publicou diariamente em rede social desde 2007. Trata-se, portanto, de um compilado de fotos digitais que compõe um novo arquivo, também digital, em formato .JPEG.

O segundo exemplo, é aquele relativo a uma foto com a imagem de um cachorro da raça Shiba Inu que foi vendida como um NFT, por quatro milhões de dólares, tornando-o o meme NFT mais caro de todos os tempos.

Imagem 6 - "*Doge*" [50]

Em ambos os exemplos, tendo sido criado os respectivos *tokens* relacionados às imagens houve a negociação do NFT para terceiros em plataformas específicas de negociação de arte digital.

Tanto no primeiro caso como no segundo, verifica-se que os NFTs não se

50. ROSENBLATT, Kalhan. *Iconic 'Doge' meme NFT breaks record, selling for $4 million*. 11/06/2021. Disponível em: https://www.nbcnews.com/pop-culture/pop-culture-news/iconic-doge-meme-nft-breaks-records-selling-roughly-4-million-n1270161 *in* NBC News. Acesso em: 13 ago. 2021.

enquadram nas hipóteses previstas para compreensão como valor mobiliário. Os *tokens* não representam "títulos ou contratos de investimento coletivo" e também não se relacionariam a "direito de participação, de parceria ou de remuneração" e nem "rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros."

As duas imagens relativas aos NFTs analisados podem ser identificadas como itens de colecionadores, assim como é realizado em leilões de arte, por exemplo.

Por isso, também não podem ser compreendidos como contratos derivativos porque não podem ser tidos como acordo de vontades aptos a criação de um negócio jurídico bilateral.

Se há negociação de direitos e obrigações estas são disciplinadas não pelo NFT, mas, sim, pelo contrato subjacente.

Tais exemplos evidenciam, ainda, que os NFTs apresentam caraterísticas de um bem, por ter valor econômico e que pode servir de objeto a uma relação jurídica. Pode, também, ser considerado algo útil, raro e suscetível à apropriação, apresentando valor econômico. Além do mais, os NFTs analisados podem ser considerados um bem móvel. Assim é que os exemplos mencionados confirmam a compreensão dos NFTs como bens móveis e infungíveis.

5. CONCLUSÃO

A partir do presente estudo verificou-se as principais características e funcionamento de NFT no mercado de artes chegando-se a uma conclusão, em linhas iniciais, de sua natureza jurídica.

São necessárias, ainda, maiores reflexões sobre a matéria a fim de compreender as diversas aplicações da tecnologia, seu funcionamento e especificidades. No entanto, a partir do escopo estabelecido para o presente estudo, chegou-se a algumas conclusões.

No primeiro e segundo capítulos foi possível identificar serem os NFTs espécies do gênero dos *tokens*. Naquela ocasião, identificadas as características do NFT, demonstrou-se que o elemento que o distingue dos demais *tokens* é essencialmente a sua não fungibilidade. No que se refere aos NFTs no mercado de artes, a não fungibilidade é questão ainda mais evidente, por serem relacionados a bens que, por sua

própria natureza, são marcados pela singularidade. Assim, sendo os NFTs registro em *blockchain* de obras de arte, estes também não são confundem com outros *tokens* da mesma rede e conservam sua originalidade, individualidade e infungibilidade.

Demonstrou-se, ainda, que o NFT no mercado das artes não se confunde com a obra artística ao qual se relaciona. Trata-se, mais propriamente, de um certificado que visa a imprimir maior garantia à existência de originalidade e autenticidade da obra à qual este se relaciona. No entanto, NFT e obra de arte podem estar em plataformas distintas. Pode a obra artística estar, inclusive, em suporte corpóreo, enquanto o registro em NFT permanecerá em *blokchain.*

A partir do terceiro capítulo foram analisadas as possibilidades de enquadramento do NFT como valor mobiliário, contratos derivativos e bens móveis.

Em relação a possibilidade de classificação como valor mobiliário, demonstrou que os NFTs não preenchem os requisitos previstos pelo *Howey Test*, nem se enquadram nas hipóteses previstas pelo art. 2º da Lei nº 10.303/2001. Além disso, verificou que, por sua natureza, os NFTs não seriam "títulos ou contratos de investimento coletivo" e que não se relacionariam a "direito de participação, de parceria ou de remuneração" e nem "rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros."

Também se verificou que os NFTs não podem ser classificados como contratos derivativos porque – ainda que se relacionem com outro bem (no caso, a obras de arte) – não podem ser tidos como contratos na acepção técnica do termo já que não representam manifestação e acordo de vontade.

Finalmente, foi apurada a possibilidade de compreensão dos NFTs como bens móveis intangíveis.

No quarto e capítulo do presente artigo, quando confrontada a categorização da sua natureza jurídica com os exemplos práticos, foi possível confirmar a compreensão dos NFTs como bens móveis intangíveis, o que foi feito a partir do estudo de dois casos específicos identificados como "*Everydays - The First 5000 Days*" e "*Doge*".

REFERÊNCIAS

ASIA SECURITIES INDUSTRY & FINANCIAL MARKETS ASSOCIATION. Tokenised Securities: A Roadmap for Market Participants and Regulators, 2019, p. 9. Disponível em https://www.asifma.org/wp-content/uploads/2019/11/tokenised-securities-a-roadmap-for-market-participants-

final.pdf. Acesso em: 25 ago. 2021

BAMBARA, Joseph J.; ALLEN, Paul R. Blockchain – A practical business, law and technology solutions. New York: MCGraw-Hill Education, 2018.

CAMBRIDGE DICTIONARY. Disponível em: https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/token. Acesso em: 22 ago. 2021.

CAMPOS, Emília Malgueiro. *Criptomoedas e Blockchain: O direito no mundo digital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Disponível em: investidor.gov.br/menu/Menu_Investidor/derivativos/Derivativos_introducao.html. Acesso em: 03 set. 2021.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Processo SEI nº 19957.010938/2017-13. Relator: SER. Julgamento: 30/01/2018.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Disponível em: investidor.gov.br/menu/Menu_Investidor/derivativos/Derivativos_introducao.html. Acesso em: 03 set. 2021.

DEVLIN, JonhJo. *The "insane" money in trading collectible cards.* 19/03/2021. Disponível em https://www.bbc.co.uk/news/business-56413186 *in* BBC News. Acesso em: 05 ago. 2021.

DI ANGELO, Monica; SALZER, Gernot. *Tokens, Types, and Standards: Identification and Utilization in Ethereum*. 2020 IEEE International Conference on Decentralized Applications and Infrastructures (DAPPS), 2020, p. 1-10, doi: 10.1109/DAPPS49028.2020.00001.

EIZIRIK, Nelson. *Mercado de capitais – Regime Jurídico.* 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

EIZRIK, Nelson; GAAL, Ariádina; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de Capitais: Regime Jurídico.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

EPOCA NEGÓCIO. *Memes da década passada ressurgem como NFTs avaliados em milhares de dólares.* 30/04/2021. Disponível em: https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2021/04/memes-da-decada-passada-ressurgem-como-nfts-avaliados-em-milhares-de-dolares.html. Acesso em: 03 set. 2021

ÉPOCA NEGÓCIOS. *A nova mania mundial é colecionar gatinhos virtuais.*06/12/2017. Disponível em https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2017/12/nova-mania-mundial-e-colecionar-gatinhos-virtuais.html. Acesso em: 05 fev. 2022.

EUROPEAN BANKING AUTHORITY. *Report with advice for the European Commission on Crypto-Assets*, 09 de janeiro de 2019. Disponível em: https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2545547/67493daa85a8-4429-aa91-e9a5ed880684/EBA%20Report%20on%20crypto%20assets.pdf?retry=1. Acesso em: 03 ago. 2021.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. Treatment of Crypto Assets in Macroeconomic Statistics. p. 7-8. Disponível em: https://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2019/pdf/Clarification0422.pdf. Acesso em: 03 ago. 2021

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário*. Vol. 1, n. 184, p. 209. 2ª Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, Ed. 2004.

GAUT, Berys. The Cluster Account of Art. In: CARROLL, Noël (org.). *Theories of Art Today*. Madison: University of Wisconsin, 2000.

GONVÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Empresa individual de responsabilidade limitada e sociedade de pessoas*. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuteus Brasil, 2018.

GRAAF, Jeroen (Coords). "DIREITO, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO – v. III: Aplicações Jurídicas de Blockchain". Belo Horizonte: Editora Expert, 2021. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/351250544_Direito_Tecnologia_e_Inovacao_v_III_Aplicacoes_Juridicas_de_Blockchain_Law_Technology_and_Innovation_v_III_Legal_Blockchain_Applications. Acesso em: 07 jun. 2021

MOREIRA, Arthur Salles de Paula; DELGADO, Camila Campos Baumgratz; SANTOS, Gabriel Gonçalves. Repensando a tecnologia *blockchain:* por que nem tudo o que você leu até hoje era verdade? *In* PARENTONI, Leonardo; MILAGRES, Marcelo de Oliveira; VAN DE GRAAF, Jeroen (Coords). "DIREITO, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO – v. III: Aplicações Jurídicas de Blockchain". Belo Horizonte: Editora Expert, 2021. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/351250544_Direito_Tecnologia_e_Inovacao_v_III_Aplicacoes_Juridicas_de_Blockchain_Law_Technology_and_Innovation_v_III_Legal_Blockchain_Applications. Acesso em: 07 jun. 2021.

NADINI, Matthieu, ALESSANDRETTI, Laura., DIGIACINTO, Flavio; MARTINO, Mauro; MARIAAIELLO, Luca; BARONCHELLI, Andrea. *Mapping the NFT revolution: market trends, trade networks, and visual features*. 22/10/2021. *in* Nature Scientifics Reports Disponível em https://doi.org/10.1038/s41598-021-00053-8. Acesso em: 06 fev. 2022.

PARENTE, Norma Jonssen. *Marcos de Capitais*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Volume III.

PHILLIPS, Daniel; GRAVES, Stephen; HAYWARD, Andrew *The 15 most expensive NFTs ever sold.* 21/02/2022. Disponível em: https://decrypt.co/62898/the-10-most-expensive-nfs-ever-sold. Acesso em: 01 mar. 2022.

REYBURN, Scott. *JPG File Sells for $69 Million, as 'NFT Mania' Gathers Pace*. 11/03/2021. Disponível em: https://www.nytimes.com/2021/03/11/arts/design/nft-auction-christies-beeple.html *in* The New York Times. Acesso em: 05 jun. 2021.

ROSENBLATT, Kalhan. *Iconic 'Doge' meme NFT breaks record, selling for $4 million*. 11/06/2021. Disponível em: https://www.nbcnews.com/pop-culture/pop-culture-news/iconic-doge-meme-nft-

breaks-records-selling-roughly-4-million-n1270161 *in* NBC News. Acesso em: 13 ago. 2021.

SCHECHTMAN, Daniel Casz. Necessidade de registro de ICO: criptomoedas são valores mobiliários? In: HANSZMANN, Felipe (org.). *Atualidades em Direito Societário e Mercado de Capitais*. Vol. III. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

STRUECKER, Fernando Almeida. *Oferta pública de criptoativos à luz da lei n.º 6.385/1976*. Curitiba, 2020. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2020.

TEIXEIRA, Tarcisio; RODRIGUES, Carlos Alexandre. *Blockchain e Criptomoedas: aspectos jurídicos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

VALOR INVESTE. *Tokens de precatórios têm retorno potencial de 21% ao ano*. 16/07/2021. São Paulo. Disponível em: https://valorinveste.globo.com/mercados/cripto/noticia/2021/07/16/mercado-bitcoin-lanca-tokens-de-precatorios-com-investimento-a-partir-de-r-100.ghtml. Acessado em 22/08/2021.

WANG, Qin; LI, Rujia; WANG, Qi; CHEN, Shiping. *Non-Fungible Token (NFT): Overview, Evaluation, Opportunities and Challenges*. p. 6. ArXiv, 2021. Disponível em: https://arxiv.org/abs/2105.07447. Acesso em: 04 jun. 2021.

WONG, Joon Ian. *The Ethereum network is getting jammed up because people are rushing to buy cartoon cats on its blockchain.* 04/12/2017. Disponível em https://qz.com/1145833/cryptokitties-is-causing-ethereum-network-congestion/. Acesso em: 05 ago. 2021.

YARBROUGH, Karen A.; MIRKOVIC, John. *Blockchain Pilot Program. Final ReportDeputy Recorder of Deeds (Communications/IT)*. Cook County, Illinois, 2017. Disponível em: Acesso em: 11 jul. 2021.

TOKENS, BLOCKCHAINS AND NFTS:
LEGAL IMPLICATIONS ON THE NEW ECONOMY

Matheus Puppe

Matheus Puppe, LLM, PhD Candidate (Goethe-Uni), Sócio da JusHub Legal tech e Sócio da Matheus Puppe Advocacia, matheus@matheuspuppe.com

Rafael de Miranda

Rafael de Miranda, LLM, PhD, Professor, Professor de Direito Internacional, Unisul, Sócio da JusHub Legal tech e Sócio da Matheus Puppe Advocacia, rafael@jushub.com.br

Resumo: *A tecnologia de Blockchain está revolucionando nosso sistema financeiro. Outrora um jogo de soma zero, a economia digital, baseada na tecnologia blockchain e através de tokens, criptomoedas e mais recentemente NFTs vem modificando a dinâmica antes conhecida de nossa economia. Milionários estão sendo forjados da noite para o dia, e novas formas de monetização usando o blockchain estão surgindo diariamente. Desta forma, nosso contrato social urge por uma regulação jurídica, ainda que baseada em uma autorregulação regulada. Este ambiente conectado aparentemente caótico existente dentro internet, onde teoricamente não seria possível coexistir previsibilidade e segurança, está certamente mudando, enquanto os grandes players apostam alto na economia digital. Portanto, os marcos legais estão sendo ajustados e reformulados globalmente para contemplar os grandes avanços da nossa próxima (ou presente) economia.*

Palavras-chave: *NFT; Tokens; Economia Digital.*

Abstract: Blockchains is revolutionizing our financial system. Once a zero-sum game, the digital economy, based upon the blockchain technology and trough tokens, cryptocurrencies and most recently NFTs modify the once known dynamics of the economy. Millionaires are being forged overnight, and new forms of monetizing using the blockchain are daily emerging. Henceforth, the social contract urges for a legal regulation, even if based upon a regulated self-regulation. This internet based apparently chaotic environment where no predictability and security would be possible to coexist is changing, while big players are betting high on the digital economy. Therefore, legal frames are being adjusted and reshaped globally in order to contemplate the big advances of our next (or present) economy.

Keywords: NFT; Tokens; Digital Economy.

CONTENTS: 1. Introduction: Order and Chaos; 2. How NFTs work? 3. Are NFTs the next big thing on the crypto-actives world? 3.1. NFTs and Art; 3.2. NFTs and the Gaming industry; 4. Legal Challenges surrounding the Non-Fungible Economy: the case of money laundering; 5. Conclusions; References.

1. INTRODUCTION: ORDER AND CHAOS

Are you familiar with the chaos? Chaos theory is a branch of mathematics that focus on those dynamical systems whose apparently randomness and disorder are governed by patterns and deterministic laws. Chaos theory describes that, within the apparent random complex chaotic systems, there are underlined patterns, interconnectedness, loops, repetition, self-similarity, fractals, and most importantly: self-organization. We surely can consider the Internet – or most importantly the digital economy – as a chaotic system: Despite its apparent randomness, however, the apparent chaos coalesces into patterns and laws and organize itself towards order.

Digital Economy is no different from a mathematical system, as a once perceived as a random set of rules, global chaos of norms with no predictability and no legal security or integrity, becomes actually an organized nonlinear state independent legal and economic system. The system does not need to be linear, to work, as we only need the intrinsic principles that are based on your own behaviour. So, why not a mathematically organized chaos as a truly global economic and legal system working within our interconnected "society"? In order to evolve towards this path, new disruptive technologies are constantly emerging.

Non-Fungible Tokens (NFTs) are the latest application of the disruptive blockchain technology. Combining blockchain technology with smart contracts to create unique tokens, NFTs are a new kind of cryptographic token that represents ownership over digital or physical assets. NFTs are transforming the system of digital content ownership, thus giving content creators a whole new degree of control over their work, especially with regards to the worlds of digital art and collectibles, amongst many other possibilities of utilization, some yet to be invented.

Yet the adoption and growth in the use of NFTs have raised several issues

regarding this still unregulated area of the crypto-economy, most notably the possibility of using NFTs as an effective tool for money laundering.

This chapter offers an overview of the impact and potential of the NFTs in the art and game industries, before turning to the pressing challenge of misusing NFTs for money laundering purposes and what solutions could be offered to mitigate such risk.

We have conducted a review of the most recent literature about NFTs and challenges arising from its increasing adoption by an ever expanding market, in order to understand the main contemporary legal issues and what solutions have purposed thus far.

This chapter is organized as follows: In Section 2 we elaborate on the notions necessary to have an initial understanding of what NFTs are and how they function. In Section 3, we showcase the disruption caused by the increasing adoption of the NFTs, using its adoption by the gaming industry and the protection of intellectual property rights as examples. In Section 4, we focus on one of the most challenging issues surrounding the use of NFTs, the risk of money laundering. In Section 5, we draw the conclusions with respect to this work and indicate potential areas of further studies.

2. HOW NFTS WORK?

Non-fungible tokens (NFTs) are unique digital assets that cannot be duplicated or divided and which, in turn, creates digital scarcity. They have many use cases, including for digital collectibles, music, artwork, and in-game tokens Examples include collectibles, game items, digital art, event tickets, domain names, and even ownership records for physical or virtual assets.

Two aspects become immediately apparent and require clarification: the concept of fungibility and the tokenized nature of the NFT.

Fungibility refers to an asset that is freely interchangeable with any other like unit of that asset. For instance, one Dollar is the same as any other Dollar in circulation, the same applying to cryptocurrencies, like Bitcoin or Ethereum. Furthermore, fungibility means that assets are also divisible, meaning they can be broken up into smaller fractions of units that share the same properties.

In sum, fungible assets are essentially indistinguishable from one other.

On the other hand, non-fungible assets are indivisible and unique, which means that it is not possible to freely exchange or replace non-fungible items with similar assets. For instance, a painting such as the "Monalisa" is unique and there is no other similar asset in which it can be freely exchanged to. However possible it may be to create copies, a non-fungible asset will continue to be unique.

More specifically, NFTs are likewise non-fungible, meaning that each NFT is unique and that is not possible to freely exchange or replace one NFT for another. This uniqueness creates scarcity.

Like any economic asset, scarcity can raise the price of a given token, and the owner, the distributer or the collectors as well the market can determine the pricing policies, now, based on the social media influence, it can take turns different that we were used to and they might control and influence values.

On the digital economy it is no different: demand can be created through the power of digital marketing, led by social media efforts that we have seen before, while the blockchain technology can be used to create scarcity. In this sense, NFT created scarcity means that the rarer an item is, the more valuable it may become. Not only rarity But with NFTs, each token has its distinct value based on characteristics such as age, condition, perks, etc. This allows for new forms of digital scarcity with corresponding economic advantages over traditional currencies.

As we have mentioned before, the "*Monalisa*" has an intrinsic value due to this uniqueness (translated into scarcity) and its insanely high demand. As Sokolin[1] puts it: "Another aside on value. The Mona Lisa is original and valuable. A poster of the Mona Lisa is not valuable, despite being nearly identical in visual information. A reproduction of the Mona Lisa, even if perfect stroke-for-stroke, is similarly not valuable, because it is not the original. Therefore, the art is valuable not for its collection of particular atoms in some particular order, but for its historical and social context. Recreating the object does nothing, because it does not contain the same social

1. Sokolin, Lex. Long Take: Non-fungible tokens and crypto art (like Hashmasks) will create multi-billion markets for digital objects with financial features. (Feb. 08, 2021). Available at: https://lex.substack.com/p/long-take-non-fungible-tokens-and.

history."

The tokenized nature of the NFT stems from the fact that tokens are cryptocurrencies that do not have their own blockchains. Rather, they are a digital asset on top of a cryptocurrency or blockchain, representing the right to something.

To illustrate the point made above, cryptocurrencies like Bitcoin, Dogecoin, and Ethereum, use their own blockchains, whereas tokens employ another coin's blockchain, usually relying on the Ethereum blockchain known as ERC-721 NTF Token Standard[2] or, more recently, ERC-1155 in the case of Multitoken assets[3-4].

Another aspect, as put by Di Angelo and Salzer "tokens are part of an application, often a decentralized application (DApp). DApps are applications on a P2P network that are not controlled by a single entity"[5]. One area in which the impact of DApps is mostly felt is in the gaming industry, as we will discuss in section 3.2 of this chapter.

Besides the characteristics mentioned above, one further aspect needs to be highlighted: the fact that, regardless of the technology used by the token, a NFT's uniqueness is verified and secured by a blockchain, which on the Ethereum blockchain[6] is known as a smart contract. As Di Angelo and Salzer note "Non-fungible tokens…are uniquely identified by individual bit patterns, like numbers, and the contract has to associate each individual token with its owner"[7], adding further that the ledger is

2. Entriken, William; shirley, Dieter; evans, Jacob; Sachs, Nastassia, "EIP-721: Non-Fungible Token Standard," Ethereum Improvement Proposals, no. 721, January 2018. [Online serial]. Available: https://eips.ethereum.org/EIPS/eip-721.

3. ERC-1155 Multi Token Standard allows for the management of any combination of fungible and non-fungible tokens in a single contract, including transferring multiple token types at once.

4. Radomski, W., Cooke, A., Castonguay, P., Therien, J., Binet, E.,Sandford, R.: ERC-1155 multi token standard (2015). Available at: https://eips.ethereum.org/EIPS/eip-1155. Accessed 11 December 2021

5. Di Angelo, Monika; Salzer, Gernot. Identification of token contracts on Ethereum: standard compliance and beyond. 2021. International Journal of Data Science and Analytics. https://doi.org/10.1007/s41060-021-00281-1

6. There are other NFT blockchains besides Ethereum, including WAX, which stands for the World Asset eXchange

7. Di Angelo, Monika; Salzer, Gernot. Identification of token contracts on Ethereum: standard compliance and beyond. 2021. International Journal of Data Science and Analytics.

safeguarded by the cryptographic mechanics of the underlying blockchain.

Finally, NFTs may incorporate smart contracts in its code, in order for the terms of the contract to be automatically executed when predefined conditions are met. One example of its application would be to provide that the NFT creator receives a percentage of the transaction proceeds every time the NFT is sold.

We note that the NFTs expand on the already consolidated functions of the blockchains and cryptocurrencies, creating completely new areas of expansion in an ever-growing digital economy, some of which we shall explore on the next section.

3. ARE NFTS THE NEXT BIG THING ON THE CRYPTO-ACTIVES WORLD?

NFT is one of the rising stars on the blockchain based solutions, very suitable to the emerging digital economy and digital businesses. Several striking cases have made their way around the web that illustrate the rising importance of NFTs. For instance, Lindsay Lohan sold a NFT of a photo of herself for approximately $50,000 dollars. There is also the case of the NFT auctioned off by Twitter founder and then CEO Jack Dorsey of his first tweet from 2006 in which he declared "just setting up my twttr.", sold for $2.9 million, and he then donated the proceeds to charity.

A NFT provides authenticity of origin, ownership, uniqueness (scarcity), and permanence for any particular item. These combined characteristics have the potential of completely remaking whole areas of the digital economy, creating new opportunities and challenges to address.

Entriken et al. have envisaged three main uses for NFTs when they devised the ERC 721 NFT Standard: represent ownership over digital or physical assets, from real estate to unique art and collectible cards and the creation of "'Negative value' assets — loans, burdens and other responsibilities"[8]. Based on their categorization, we shall look into three of the most promising areas of NFT expansion and

---

https://doi.org/10.1007/s41060-021-00281-1

8. Entriken, William; shirley, Dieter; evans, Jacob; Sachs, Nastassia, "EIP-721: Non-Fungible Token Standard," Ethereum Improvement Proposals, no. 721, January 2018. [Online serial]. Available: https://eips.ethereum.org/EIPS/eip-721.

disruption, more specifically, NFT art and the gaming industry.

3.1. NFTs and Art

Today, NFT art represents an alternative option to traditional art for emerging artists. NFTs allow digital art that can be bought and sold, usually running on the Ethereum blockchain.

Indeed, NFTs seem to be a very effective way to secure the digital ownership of an Intellectual Property-right based on the blockchain, by ensuring the integrity of information that can be traced back to its original owner by an encrypted via blockchain. Ownership tokens can function as digital 'proof-of-ownership' while also easily transferable.

The NFTs are granting more security and stability to content creators and artists globally, using an upcoming solution and creating a burgeoning secondary market.

Powered by smart contracts within an available blockchain, it can be an alternative way to protect and/or monetize content, through the valuation and trading of titles (NFTs) from an artist or content creator, as well it creates a new global demand for actives, crypto-actives. This technology allows for the intellectual property of the object in question to be proven and certified. Regardless of any transfers of ownership, its attribution will always stay in the creator's hands, while the blockchain also acts as proof of authenticity.

The very structure of blockchain allows you to keep track of everything, including transactions and change of ownership. This is why smart contracts find application in tracking individual properties with chronological accuracy.

This creates new avenues of expansion to digital artists, because NFT art is an innovative way for artists and collectors to collaborate by giving the artist direct access to their audience without intermediaries, such as galleries or auction houses.

Tokenized art also provides visual artists with an alternative way to distribute digital collectibles without worrying about setting up an online store and, according to the EU Blockchain Observatory, NFTs can also be useful for musicians as “this enables blockchain-based streaming platforms to track with better accuracy the revenue generated by a particular song, while enabling a truly transparent method for artists

to circulate their songs"[9]. This possibility illustrates how the "negative-value"[10] conceived by Entrinken et al. is put into use: generating royalties for the artist every time his song is heard on blockchain-based streaming platforms.

This gives artists more control over how they distribute their works and how much profit they make, while also facilitating access to potential buyers. Beckman argues that both parties are benefited, since artists get the full price for their work[11] (including the freedom on how much they want to charge), whereas people can buy original artwork directly from them and without worrying about an intermediary taking any part of the profits[12].

Second, there is potential for art based NFTs to be an important piece of the larger token economy. According to the EU Blockchain Observatory (2021) Art NFTs represented 15.2 % of all NFT sales and amounted to 13 million Euros in 2020, making it the second most sought after NFT, after NFT collectibles. As of April 2021, roughly 23.700 NFTs were sold in the art segment during the previous 30 days. As of September 2021, the aggregated number of sales over 30 days reached approximately 94.500[13].

To further illustrate the potential of the art NFT market, the EU Blockchain

9. The European Union Blockchain Observatory & Forum. Demystifying Non- Fungible Tokens (NFTs). Online: European Union Blockchain Observatory & Forum, (Nov., 29, 2021). Available at: https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/DemystifyingNFTs_November%202021_2.pdf.

10. Entriken, William; shirley, Dieter; evans, Jacob; Sachs, Nastassia, "EIP-721: Non-Fungible Token Standard," Ethereum Improvement Proposals, no. 721, January 2018. [Online serial]. Available: https://eips.ethereum.org/EIPS/eip-721.

11. Beckman, Marc. The comprehensive guide: NFTs, digital artwork, blockchain technology. 2021. New York. Skyhorse Publishing.

12. Chevet, Sylve, Blockchain Technology and Non-Fungible Tokens: Reshaping Value Chains in Creative Industries (May 10, 2018). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3212662 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3212662

13. The European Union Blockchain Observatory & Forum. Demystifying Non- Fungible Tokens (NFTs). Online: European Union Blockchain Observatory & Forum, (Nov., 29, 2021). Available at: https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/DemystifyingNFTs_November%202021_2.pdf.

Observatory noted that "sales from January to October 2021 has already exceeded by 300 % the number of sales for the entire 12 months of 2020"[14].

The most famous case at the time of writing is the case of the NFT sold by the American digital artist and designer Beeple of his work titled "The First 5000 days" for $69.3 million, the highest quote ever achieved by a digital artist so far[15].

However, the NFT art world is not the sole domain of a new generation of digital artists. Beckman[16], who so far conducted one of the most thorough studies about NFTs and digital artwork, predicts that the disruptive nature of the NFTs will completely change the music industry and even to concept of fandom itself, which can be owned and proved by a NFT.

He furthers the point of how NFTs will disrupt the music industry by suggesting some applications of how NFTs could be or have been used: the issuance of tickets from the artist directly to the public, with the potential of such NFT tickets becoming "pieces of art" that fans can proudly display; The possibility of embedding the NFT with special perks, such as download of a show which the fans attended, early access to new songs, etc.

The famous band Kings of Leon, for instance, released their album "When You See Yourself" as an NFT for a limited period[17] (Kings of Leon, YELLOWHEART-FACTORIES, 2021[18]). While the album is available in traditional formats, those in

14. The European Union Blockchain Observatory & Forum. Demystifying Non- Fungible Tokens (NFTs). Online: European Union Blockchain Observatory & Forum, (Nov., 29, 2021). Available at: https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/DemystifyingNFTs_November%202021_2.pdf.

15. Frank, Robert, Crypto investor who bought Beeple's NFT for $69 million says he would have paid even more, CNBC (Mar. 30, 2021), available at https://www.cnbc.com/2021/03/30/vignesh-sundaresan-known-as-metakovan-on-paying-69-million-for-beeple-nft.html.

16. Beckman, Marc. The comprehensive guide: NFTs, digital artwork, blockchain technology. 2021. New York. Skyhorse Publishing.

17. As a way to increase the digital scarcity of their NFT album, any unsold NFTs when the offer ends will be "burned", meaning they will send any remaining NFTs to a verifiably un-spendable wallet, therefore effectively removing them from the blockchain. It should be noted, though, that any transactions leading up to the burn will remain on the blockchain ledger.

18. Kings Of Leon x YELLOWHEART. When You See Yourself. NFT Yourself. 2021. Available at:

NFT were sold for 0,035 WETH[19] ($111, 60 dollars at the time of writing), and each contained different perks: digital downloads, concert tickets, and a limited-edition vinyl copy of the album.

The case of the NFT album issued by Kings of Leon/YELLOWHEART serves as an indication that some leading musicians are already turning to the direction pointed by Beckman[20].

There is also the possibility of traditional art spaces becoming part of the NFT ecosystem, as is the case of the one of world's leading art auction house Christie's. Christie's is now relying on MakersPlace to support the new digital trend, seeing opportunities for a world of art in which even the younger generations, accustomed to digital creations, can invest.

Despite the growth disruptive nature, there seems to be ample room for further growth in the union between art and NFTs. It has, nonetheless, a potential for misuse, especially the risk of using NFTs for money laundering purposes, a topic which we shall explore on section 4 of this chapter.

3.2. NFTs and the Gaming industry

Besides art, one of the industries that first believed in non-fungible-tokens and received significant benefits from them is gaming. Since gamers have always been familiar with buying, selling, and exchanging digital assets, including in secondary markets, that specific market was ready for utilizing tokens and NFTs.

One of the problems facing gamers until recently was that they were buying something they could not really claim ownership of, as the item and the game itself was subjected to the whims of its developer. If, the item would suddenly become

https://opensea.io/assets/0x557430421f8f3ed0a92aca211f1c05ad7b606288/0 .

19. WETH means "Wrapped Ethereum" and, according to OpenSea, is a currency that allows users to make pre-authorized bids that can be fulfilled at a later date without any further action from the bidder. WETH is used to buy and sell with auctions on OpenSea.

20. Beckman, Marc. The comprehensive guide: NFTs, digital artwork, blockchain technology. 2021. New York. Skyhorse Publishing.

worthless or ceased to exist entirely.

The introduction of NFTs in this industry made possible that tokenized items purchased now are verifiable and authentic. They create value for the players themselves and lead to new forms of collecting that exist independently from the game itself.

In addition, as mentioned in the previous section tokens are part of a decentralized application, or DApp. The emergence of DApps made possible the creation on games based on blockchain technology and, more specifically NFTs-based games.

The first NFT game was "CryptoKitties", which gives users the chance for users to own, transfer, and breed genetically unique digital cats. CryptoKitties utilizes non-fungible kitty tokens on Ethereum blockchain to represent unique cats with distinct features; when a cat is bred with a different cat, the offspring will have distinct features shared from its parents.

The game was officially launched in November 2017 and quickly became a success: a month after its launch, Cryptokitties transactions had amounted to roughly $5 million dollars and represented 25% of all traffic on the Ethereum blockchain[21].

"Cryptokitties" raised considerable awareness about NFTs and, according to Chevet[22], this resulted in venture capital firms a16z and USV investing $12 million in the company to expand the product.

Besides the upheaval caused by Cryptokitties in the gaming industry and to NFTs in general, Beckman argues that CryptoKitties "…showed one of the defining and revolutionary features of NFT art in that it was accessible to collectors at almost any level of wealth. The most modestly priced CryptoKitty NFTs started at just $12"[23].

Another game that has taken full advantage of the possibilities created by the NTFs is the game "Gods Unchained" (2021). The game is a digital collectible card

21. Dapper Labs INC.. CryptoKitties. 2021. Available at: https://www.cryptokitties.co/.

22. Chevet, Sylve, Blockchain Technology and Non-Fungible Tokens: Reshaping Value Chains in Creative Industries (May 10, 2018). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3212662 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3212662

23. Beckman, Marc. The comprehensive guide: NFTs, digital artwork, blockchain technology. 2021. New York. Skyhorse Publishing.

game where cards are issued as NFTs on the Ethereum blockchain. Since each digital card is unique, players can own and trade them with the same level of ownership as if they were physical cards.

The game was so successful that it soon attracted the attention of leading technology investors. Indeed, as Bloomberg (2019) reports the company responsible for the game raised $15 million in an investment round led by Nasper Ventures, one of the one of the largest technology investors in the world.

NFTs and ERC tokens have also created new forms of games. Consider, for instance, "Play-to-earn" games, a new form of monetization being driven by NFTs, in which players are able to earn NFTs or other in-game cryptocurrencies by playing the games.

As the EU Blockchain Observatory points out: "Games originally required an investment from players to acquire the means to play. Moreover, the sole reward for the players was having a good time in the game"[24]. Therefore, the "Play-to-earn" revolution in the gaming industry now permits that gamers are incentivised to play a game because, besides having a good time playing it, they can monetarise their time by selling their tokenised items in a marketplace, be it inside the game platform itself or a secondary market

As an example of a "Play-to-earn" game, we can use the case of "Axie Infinity"[25].

The "Axie Infinity" game involves users taking care of small pets and these pets are designed to socialize, fight, accumulate points, get improvements, and reproduce. Another interesting possibility on "Axie Infinity" is to buy land and own your own home. The game contains "animals" that move on the blockchain and are made according to ERC-20 tokens—i.e., AXS, the platform's native token.

In "Axie Infinity"[26], as with games based on the Ethereum network, the player can

24. The European Union Blockchain Observatory & Forum. Demystifying Non- Fungible Tokens (NFTs). Online: European Union Blockchain Observatory & Forum, (Nov., 29, 2021). Available at: https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/DemystifyingNFTs_November%202021_2.pdf.

25. Axie Infinity Limited. Axie Infinity. 2021. Available at: https://axieinfinity.com/

26. Axie Infinity Limited. Axie Infinity. 2021. Available at: https://axieinfinity.com/

successfully earn cryptocurrencies or contribute to the ecosystem by creating value. The gamer can develop these properties over time and upgrade them. This world was launched in 2018, and all game actions have always been registered on the Ethereum network. Each "animal" in the game has its own characteristics and abilities in combat, and each of them has been able to gather communities around them that are enriched daily with new players.

Although it is taken for granted today, at the time of its arrival, Axie Infinity's ease of use and seemingly infinite possibilities revolutionized the gaming industry. Today, it is constantly evolving while remaining reliably based its original features.

NFTs have also created the possibility of cross-platform gaming. As NFTs share the same standard, they are able to provide interoperability between multiple platforms and projects, creating a whole ecosystem where gamers can (in theory) seamlessly move from one platform to another without losing their progress.

4. LEGAL CHALLENGES SURROUNDING THE NON-FUNGIBLE ECONOMY: THE CASE OF MONEY LAUNDERING

So far, we have seen the disruption caused by the ever-increasing use of NFTs in some of the digital economy's key areas. Such disruption (and potential future disruption), however, is not without its risks and shortcomings.

Despite the inherent built-in safeguards against fraud in every NFT, there are already important practical discussions of the many legal challenges arising from the expansion of the NFT market, especially given how "governments and regulating bodies have been slow to categorize and regulate other digital assets"[27].

Goanta, for example, analyses the legal implications of buying and selling the LAND token in Decentraland, a virtual world built on the Ethereum blockchain, for the end user, as well intellectual property issues arising from apparently contradictory clauses in Decentraland's Terms of Service, from the European Digital Content Directive perspective[28].

27. Beckman, Marc. The comprehensive guide: NFTs, digital artwork, blockchain technology. 2021. New York. Skyhorse Publishing.

28. Goanta, Catalina (2020). Selling LAND in Decentraland: The Regime of Non-fungible Tokens on

The European Union is exploring issues about the conflict of jurisdiction related to operations involving NFTs and questions regarding the intellectual property rights of a content creator when the copyright is transferred, and if the author of the NFT remains the original creator[29].

There is also the question of taxation, a difficult topic in itself, as the tax treatment of crypto-assets, especially NFTs, remains unclear. The nature of the NFT makes proper taxation even more difficult, because it would depend if a jurisdiction would consider a NFT as property or a form of investment, which could lead to different kinds of taxation, just to cite one example of the difficulty regarding the taxation of NFTs operations.

To navigate through these difficult issues, Ossio et al. suggest that a NFT operator should look at a variety of factors "including the nature of the cryptoasset, what it represents, its intended use and whether any analogies can be drawn from the relevant jurisdiction's existing approach (if any) to taxation of cryptocurrencies"[30].

Notwithstanding the importance of the examples mentioned above, money laundering with NFTs seems to be one of the most pressing issues to regulate, whether by governments, autoregulation structures, or both.

NFTs represent an area that is so far unregulated, made of complex assets and that is expanding rapidly. This combination could provide for criminals new ways to "clean" their money.

The EU Blockchain Observatory states that it would be very easy for bad actors to use NFTs as a money laundering tool and they have even detailed how this could be achieved with a few simple steps, as shown bellow:

---

the Ethereum Blockchain Under the Digital Content Directive. Disruptive Technology, Legal Innovation, and the Future of Real Estate, 139–154. doi:10.1007/978-3-030-52387-9_8.

29. The European Union Blockchain Observatory & Forum. Demystifying Non- Fungible Tokens (NFTs). Online: European Union Blockchain Observatory & Forum, (Nov., 29, 2021). Available at: https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/DemystifyingNFTs_November%202021_2.pdf.

30. Ossio, Diego Ballon, Cranston, James, Nixon, Laura, Garcia, Laura de Arroyo. Non-fungible tokens: the global legal impact (2021) Clifford-Chance.

- Firstly, they create an artwork. These can be low-effort, even blank or generated algorithmically – in the past, such NFTs have sold for millions of dollars. Thanks to the availability of the metadata and code, fraudsters can create similar works by replicating the required algorithm
- Secondly, they create the artists. Artist personas are often anonymous in the cryptocurrency world.
- Thirdly, they create a web presence, using servers in jurisdictions that do not cooperate with international policing efforts.
- Finally, they can trade their digital NFT using cryptocurrencies. Either inflating the price by buying many works from an artist at higher than market rates, or by acting as both the buyer and seller in a trade. This can be done by registering two separate accounts (one for selling and one for buying) and purchasing the NFT from themselves – a practice commonly known as "wash-trading"[31].

Despite such cases being unknown of, the risk of someone trying to "clean" illicit money still exists and it needs to be taken into account.

There is also the possibility of forging an existing piece of art, tokenize it and sell the forgery as an "original" NFT art. One such case has already happened in march 2021, when a forger created a piece of digital artwork and put it up for sale on a digital art marketplace called "OpenSea" claiming it was a limited edition print of an artist known as Banksy. The token sold for roughly 300,000 dollars, paid in Ethereum.

Even though the situation took an unexpected turn and the forger returned the funds after the sale, the case still illustrates a way of how someone could forge NFTs from other pieces of art, sell it as a "legitimate" NFT and then quickly try to launder the proceeds.

Surely, we need to take some precautions, as NFTs could become an excellent money-laundering tool. Therefore, governments need to regulate or perhaps create an autoregulation system through the creation imposition of rigorous compliance

31. The European Union Blockchain Observatory & Forum. Demystifying Non- Fungible Tokens (NFTs). Online: European Union Blockchain Observatory & Forum, (Nov., 29, 2021). Available at: https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/DemystifyingNFTs_November%202021_2.pdf.

systems[32], in order to restrain illegal activities yet avoiding restraining the rise of the digital economy.

Ossio et al.[33] note that most jurisdictions do not yet have legislation[34] or regulations specifically applicable to NFTs, but a host of existing regulations may still apply. This would depend on: *i.* the token's characteristics and features; *ii.* the activities performed in respect of such token; and; *iii.* the territorial scope of the particular regulatory framework.

To combat, or at least mitigate, the risk of misusing NFTs markets for money laundering purposes or to evade national jurisdictions regarding securities, Owen and Chase[35] suggest the adoption of system of 'know your customer' (KYC) policies and ongoing monitoring, similar to those used in the traditional art market and in compliant cryptocurrency exchanges, needs to be implemented to ensure that the risk of money laundering is mitigated. Whereas Di Angelo and Salzer[36] purpose further studies, in order to "better understanding of individual contracts and of the context in which they are embedded", as well as the creation of tools for detecting publicly available data structures and code related to a token's functionality.

Given the lack of specific legal guidelines to deal with issues related to money laundering in NFT operations, and until there is further studies and regulation,

32. The fact that NFTs, like other digital assets, are issued on the blockchain means that the history of their transactions can be traced. The EU Blockchain Observatory sees as crucial that the seller and the buyer of the token can be identified at the "bottleneck" of the proposed scheme during the conversion of cryptocurrency to fiat. This is the case since fiat to crypto conversion points (primarily exchanges) are increasingly transparent with regulators and law enforcement.

33. Ossio, Diego Ballon, Cranston, James, Nixon, Laura, Garcia, Laura de Arroyo. Non-fungible tokens: the global legal impact (2021) Clifford-Chance

34. It is worth noting that even recent regulations proposals on crypto-assets, such the European Union Markets in Crypto-assets Regulation do not address NFTs directly.

35. Owen, Allison; Chase, Isabella. NFTs: A New Frontier for Money Laundering? (Dec. 02, 2021). Available at: https://rusi.org/explore-our-research/publications/commentary/nfts-new-frontier-money-laundering.

36. Di Angelo, Monika; Salzer, Gernot. Identification of token contracts on Ethereum: standard compliance and beyond. 2021. International Journal of Data Science and Analytics. https://doi.org/10.1007/s41060-021-00281-1

Kirkpatrick et al suggest that "unless and until NFT-specific guidance is provided, companies should look to guidance on analogous services and products"[37].

The lack of state regulation makes the need for a self-regulatory system within the NFT ecosystem even more pressing. However, until such a system is developed, Beckman[38] recommends the adoption of a minimum set of best practices and safeguards to be adopted by the NFT ecosystem that can provide an initial standard to combat money laundering. These might include practices like:

- Creating protocols for filing "suspicious activity reports." As an industry-wide procedure, anyone dealing with an NFT transaction that, for any reason, felt a bit "fishy" should have a way to easily report this to the authorities for further investigation.
- Doing additional due diligence whenever a purchaser has a known history of criminal activity such as art fraud.
- Flagging third party purchases of NFTs. That is, noting instances in which Person A sells an NFT to Person B, but Person C pays for it.
- Conducting regular risk assessments of fraud in the marketplace, and training employees on how to detect and prevent fraud[39].

Even the minimum parameters proposed by Beckman will already serve to add a layer of protection against money laundering, increasing confidence in the operations carried out on the platform that decide to adopt them.

Indeed, the development of legal and technical criteria to ascertain and mitigate the risk of money laundering will be an essential part in the future expansion of token and NFT operations into broader markets.

---

37. Kirkpatrick, Katherine et al. The Anti-Money Laundering Act and Crypto Collide: Non-Fungible Tokens. JD Supra, (May 19, 2021). Available at: https://www.jdsupra.com/legalnews/the-anti-money-laundering-act-and-3117511/

38. Beckman, Marc. The comprehensive guide: NFTs, digital artwork, blockchain technology. 2021. New York. Skyhorse Publishing.

39. Beckman, Marc. The comprehensive guide: NFTs, digital artwork, blockchain technology. 2021. New York. Skyhorse Publishing.

5. CONCLUSIONS

We do need to consider that the law and as well the economy are fundamental parts of society, framing all the ought to be's of it, regardless of its advances. Law is the Meta-technology crucial for this algorithmic and data-driven society we are living in, where the forces of the market are reshaping social norms. Law - and if we may add economy – are reflexes of societies, now mirroring and framing a harmonized mathematical-legal chaos system, in which solutions such as blockchains and NFTs emerge in order to frame the new needs.

Once settled, the apparently chaotic system does reveal a much more coherent financial system, where the power is actually effortless distributed. Indeed, the impact of this monetary technological shift is measurable and lasting.

The legal impacts of this decentralized economic system are huge, but part of our close-future reality and that needs to be addressed by regulators and law now, alongside with further developments in token standards.

In this regard, and in order to address the existing legal loopholes regarding the use and exchange of NFTs, we propose as an initial step the adoption of the best practices suggested by Beckman[40], as discussed in the previous section. These practices would serve to combat money laundering and offer another layer of protection, which would be beneficial not only to ensure more safety and transparency to NFT transactions, but would mean that a NFT platform is taking the issue seriously. This may serve as an incentive may serve as an incentive to attract investors, who may otherwise be weary of investing in a completely unregulated area.

Besides the early adoption of the best practices suggested by Beckman, we propose the following:

- The use of analogous interpretation of existing regulations when the NFT is used to represent an already regulated asset, such as visual art or music, for example. Platforms that deal with NFTs should consider adopting at least the municipal or

40. Beckman, Marc. The comprehensive guide: NFTs, digital artwork, blockchain technology. 2021. New York. Skyhorse Publishing.

regional legislation as reference for their Terms of Service;

- NFT trading platforms should consider re-examining their existing anti-money laundering compliance programs to meet the needs of their clients and investors;
- The enhancement of self-regulatory systems to mitigate risks of misuse of NFTs, and in conjunction with the technical evolution of blockchain and token standards;

This last point requires more interdisciplinary studies between (at least) Law, Economics and Information Technology, with the aim of understanding in a deeper and more integrated way existing loopholes and on how to address the risks inherent to such gaps. One key future study would be a comparative study of most popular NFTs platforms' (such as OpenSea, MakersPlace and SuperRare) Terms of Service compliance with anti-laundering legislations, both municipal, regional and international.

REFERÊNCIAS

Axie Infinity Limited. Axie Infinity. 2021. Available at: https://axieinfinity.com/

Beckman, Marc. The comprehensive guide: NFTs, digital artwork, blockchain technology. 2021. New York. Skyhorse Publishing.

Boeing, G. "Visual Analysis of Nonlinear Dynamical Systems: Chaos, Fractals, Self-Similarity and the Limits of Prediction." Systems, 4 (4), 37. 2016.

Broude, Tomer, and Yuval Shany. Multi-Sourced equivalent norms in international law. Oxford, Hart, 2011.

Buterin (2013), A Next-Generation Smart Contract and Decentralized Application Platform. https://github.com/ethereum/wiki/wiki/White-Paper

"Chaos Theory." Encyclopedia of Mathematics. Available at: www.encyclopediaofmath.org/index.php/Chaos

Chevet, Sylve, Blockchain Technology and Non-Fungible Tokens: Reshaping Value Chains in Creative Industries (May 10, 2018). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3212662 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3212662

Chirtoaca, Dan; Ellul, Joshua; Azzopardi, George. A framework for creating deployable smart contracts for non-fungible tokens on the Ethereum blockchain. IEEE International Conference on Decentralized Applications and Infrastructures (DAPPS). 2020

Clark, Mitchell. Someone paid more than $300K for a fake Banksy NFT — and the scammer gave it all back: pranksy, the scammers building on a scam, and the refund. (Aug. 31. 2021. Available at: https://www.theverge.com/2021/8/31/22650594/banksy-nft-scam-pranksy-ethereum-returned-duplicates-art .

Dapper Labs INC.. CryptoKitties. 2021. Available at: https://www.cryptokitties.co/

Di Angelo, Monika; Salzer, Gernot. Identification of token contracts on Ethereum: standard compliance and beyond. 2021. International Journal of Data Science and Analytics. https://doi.org/10.1007/s41060-021-00281-1

Emmerich-Fritsche, A. Vom Völkerrecht zum Weltrecht. Berlin, Duncker & Humblot, 2007.

Entriken, William; shirley, Dieter; evans, Jacob; Sachs, Nastassia, "EIP-721: Non-Fungible Token Standard," Ethereum Improvement Proposals, no. 721, January 2018. [Online serial]. Available: https://eips.ethereum.org/EIPS/eip-721.

Frank, Robert, Crypto investor who bought Beeple's NFT for $69 million says he would have paid even more, CNBC (Mar. 30, 2021), available at https://www.cnbc.com/2021/03/30/vignesh-sundaresan-known-as-metakovan-on-paying-69-million-for-beeple-nft.html.

Frank, Robert, NFT sales top $2 billion in first quarter, with twice as many buyers as sellers, CNBC (Apr. 13, 2021), available at https://www.cnbc.com/2021/04/13/nft-sales-top-2-billion-in-first-quarter-with-interest-from-newcomers.html.

Goanta, Catalina (2020). Selling LAND in Decentraland: The Regime of Non-fungible Tokens on the Ethereum Blockchain Under the Digital Content Directive. Disruptive Technology, Legal Innovation, and the Future of Real Estate, 139–154. doi:10.1007/978-3-030-52387-9_8

Habermas, Jürgen, and Ciaran Cronin. The divided West. Cambridge, Polity, 2006. "Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance?"

Herdegen, Matthias. The dynamics of International law in a globalized world: cosmopolitan values, constructive consent, and diversity of legal cultures.

Immutable. Gods Unchained. 2021. Available at: https://godsunchained.com/

Kings Of Leon x YELLOWHEART. When You See Yourself. NFT Yourself. 2021. Available at: https://opensea.io/assets/0x557430421f8f3ed0a92aca211f1c05ad7b606288/0 .

Kirkpatrick, Katherine et al. The Anti-Money Laundering Act and Crypto Collide: Non-Fungible Tokens. JD Supra, (May 19, 2021). Available at: https://www.jdsupra.com/legalnews/the-anti-money-laundering-act-and-3117511/

Ledger Insights. Jack Dorsey sells his first tweet as an NFT for $2.9 million. Ledger Insights. Online, (March, 23 2021). Available at: https://www.ledgerinsights.com/jack-dorsey-sells-his-first-tweet-as-an-nft-for-2-9-million/

Luhmann, N., 1986. The autopoiesis of social systems. In: Geyer, F., Zouwen, J. (Eds.), Sociocybernetic Paradoxes. Sage, London (Reprinted in Luhmann, N., 1990. Essays on Self-reference.

Columbia University Press, New York

MakersPlace. MakersPlace x Christie's x Beeple: A Historic Day for Digital Art (Feb., 16, 2021) available at: https://rare.makersplace.com/2021/02/16/makersplace-x-christies-x-beeple-a-historic-day-for-digital-art/

Maturana, H., 1981. Autopoiesis. In: Zeleny, M. (Ed.), Autopoiesis: A Theory of Living Organization. North-Holland, New York

Nagarajan, Shalini. Billionaire Mark Cuban is setting up a digital art gallery that allows users to display NFTs in any form, report says, Business Insider (Mar. 24, 2021), available at https://markets.businessinsider.com/news/stocks/billionaire-mark-cuban-setting-up-digital-art-gallery-for-nfts-2021-3-1030240151.

Ossio, Diego Ballon, Cranston, James, Nixon, Laura, Garcia, Laura de Arroyo. Non-fungible tokens: the global legal impact (2021) Clifford-Chance

Owen, Allison; Chase, Isabella. NFTs: A New Frontier for Money Laundering? (Dec. 02, 2021). Available at: https://rusi.org/explore-our-research/publications/commentary/nfts-new-frontier-money-laundering.

Pagallo, Ugo, lecture at the specialization course Law and Technology, at Stockholm University.

Radomski, W., Cooke, A., Castonguay, P., Therien, J., Binet, E.,Sandford, R.: ERC-1155 multi token standard (2015). Available at: https://eips.ethereum.org/EIPS/eip-1155. Accessed 11 December 2021

Redman, Jamie, Burned Banksy NFT Sale Captures Close to $400K, Critics Claim Buyers Are 'Morons', Bitcoin.com (Mar. 8, 2021), available at https://news.bitcoin.com/burned-banksy-nft-sale-captures-close-to-400k-critics-claim-buyers-are-morons/

Sokolin, Lex. Long Take: Non-fungible tokens and crypto art (like Hashmasks) will create multi-billion markets for digital objects with financial features. (Feb. 08, 2021). Available at: https://lex.substack.com/p/long-take-non-fungible-tokens-and.

The European Union Blockchain Observatory & Forum. Demystifying Non- Fungible Tokens (NFTs). Online: European Union Blockchain Observatory & Forum, (Nov., 29, 2021). Available at: https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/DemystifyingNFTs_November%202021_2.pdf.

Teubner, Gunther. Global law without a state. Aldershot, Ashgate, 2006. Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization

Teubner, Gunther Law as an Autopoietic System, Oxford/Cambridge, Blackwell Publishers, European University Institute Series, 1993.

Thompson, Clive. The Untold Story of the NFT Boom (May 12, 2021). Available at: https://www.nytimes.com/2021/05/12/magazine/nft-art-crypto.html

Tidy, Joe. Fake Banksy NFT sold through artist's website for £244k. (Aug. 31, 2021). Available at:

https://www.bbc.com/news/technology-58399338.

Wintermeyer, Lawrence. Lindsay Lohan on Why NFTs are destined for Hollywood. Forbes (Mar. 26, 2021), available at: https://www.forbes.com/sites/lawrencewintermeyer/2021/03/26/lindsay-lohan-on-why-nfts-are-destined-for-hollywood/

IV
NEUTRALIDADE DA REDE, CRIPTOGRAFIA E PLATAFORMAS DIGITAIS

A NATUREZA POLÍTICA DO INSTITUTO DA NEUTRALIDADE DE REDE E O JULGAMENTO DA COMCAST CORP. V. FCC

Júlia Lio Rocha Camargo

Bacharel em Direito e Pós-graduada em Compliance, Ética e Governança Corporativa, ambos pela PUCMINAS. Integrante do Grupo de Estudos DTEC (Direito e Tecnologia) da UFMG. Advogada Consultiva no Inter.

Resumo: O presente artigo trata o instituto jurídico da neutralidade rede, analisando seu conceito, aspectos históricos e a natureza política intrínseca a sua aplicação na Internet. Neste texto, a aplicação prática do tema perpassa pelo estudo do caso americano *Comcast Corp. v.* FCC, e as consequências do seu julgamento para a regulamentação da área de telecomunicações. A conclusão apresenta a discussão atual sobre o tema, aborda o cenário brasileiro e apresenta uma análise sobre a adoção da neutralidade de rede como forma de garantir a concorrência, o livre mercado e direitos fundamentais.

Palavras-chave: Neutralidade de Rede; Regulação da Internet; Direitos Fundamentais.

Abstract: *This article studies the legal institute of net neutrality, analyzing its concept, the historical aspects and the intrinsic political nature of its application on the Internet. In this text, the practical application of the theme permeates the study of the American case Comcast Corp. v. FCC, and the consequences of this judgment for the regulation of the telecommunications area. The conclusion presents the current discussion on the subject, examinates the Brazilian scenario and shows an analysis of the adoption of net neutrality as a way to guarantee competition, the free market and fundamental rights.*

Keywords: *Net Neutrality; Internet Regulation; Fundamental Rights.*

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceito e contexto histórico; 3. O dilema da neutralidade de rede; 4. O julgamento do caso Comcast; 4.1. Contexto; 4.2. O Caso; 4.3. Desfecho, Consequências e Situação Atual; 4.4. Panorama brasileiro; 5. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Seria difícil compreender a atualidade sem levar em consideração toda a transformação feita em nossa comunicação nos últimos anos, em especial pelo advento da Internet.

Responsável por encurtar fronteiras, lapsos temporais e centralizar informações, foi esse novo formato de se comunicar que tornou possível o estreitamento de laços culturais e comerciais[1], possibilitando um mundo cada vez mais interligado e, por assim dizer, interdependente.

Nesse sentido se torna fácil afirmar que a internet possui o controle do funcionamento de grande parte das ferramentas – para não dizer todas – que permite a vida em sociedade da forma como conhecemos. E diante disso, não é demais perguntar: e quem controla a Internet?

Essa é uma pergunta difícil de ser respondida e que a cada dia que passa ganha mais importância e controvérsias. É justamente nesse cenário que o instituto da neutralidade de rede desponta sua relevância e levanta debates ao redor do globo, inclusive sob uma perspectiva política dada as consequências sociais e econômicos decorrentes de cada lado.

O caso *Comcast Corp. v. Federal Communication Comission ("FCC")*[2] e suas implicações, cuja a análise é o tema do presente artigo, é um marco na atual discussão sobre o assunto. De um lado na disputa estava uma grande provedora de internet e seus interesses, e do outro, a FCC, a agência reguladora de comunicações americanas, com a suposta defesa de regulação do acesso de uso da rede a partir dos princípios da neutralidade de rede[3].

---

1. FORGIONI, Paula Andrea; MIURA, Maira Yuriko Rocha. *O princípio da neutralidade e o Marco Civil da Internet no Brasil*. In: Direito e internet III: Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin; 2015, p. 1272.
2. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Comcast Corp. versus F.C.C.* United States Court of Appeals for the District of Columbia. 600 F.3d 642, j. 06.04.2010
3. HOLOFCENER, Adam. Net Neutrality Besieged by Comcast Corp. v. FCC: *The Past, Present and Future Plight of an Open Internet* (2012). Disponível em: http://digitalcommons.law.umaryland.edu/jbtl/vol7/iss2/7. Acesso em: 20/06/2021, p. 43.

É diante desse cenário que se passa a abordar o caso, seu contexto histórico e desdobramentos que acontecem até hoje. Contudo, antes, se torna imprescindível a conceituação do instituto jurídico da neutralidade de rede.

2. CONCEITO E CONTEXTO HISTÓRICO

O princípio da neutralidade de rede pode ser definido, de forma resumida, na seguinte frase "*os operadores de acesso à rede não podem tratar de forma discriminatória os dados que trafegam em suas estruturas, não importando seu conteúdo, origem ou destino*"[4]. De uma forma prática isso significa que não é possível que os provedores de Internet escolham, favoreçam ou dificultem a forma e o acesso, ainda que indiretamente, à determinados conteúdos e serviços para o usuário.

Sob um aspecto operacional, a existência de regras para a tutela da neutralidade de rede implica dizer que "*todo tráfego, isto é todo, todos os pacotes de dados transmitidos utilizando o Internet Protocol (IP) deveriam ser tratados da mesma forma*"[5]. Respeitar a neutralidade de rede seria não permitir a suspensão/degradação da conexão no acesso a qualquer conteúdo, sítio eletrônico ou tipo de informação.

A diretriz aqui estabelecida não foi desenvolvida para sua aplicação exclusiva na internet. Ao contrário, sua utilização precede – em muito, diga-se de passagem – tal criação e pode ser percebida nas mais diversas redes de comunicação.

A primeira tratativa sobre o conceito adveio com a regulamentação dos telégrafos nos Estados Unidos, a qual já estabelecia a ideia central da neutralidade de rede, ou seja, a troca de informações sem discriminação, ao propor que "*mensagens recebidas de qualquer indivíduo, empresa ou corporação, ou de qualquer linha telegráfica*

---

4. FORGIONI, Paula Andrea; MIURA, Maira Yuriko Rocha. *O princípio da neutralidade e o Marco Civil da Internet no Brasil*. In: Direito e internet III: Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin; 2015, p. 1274.

5. PIRES, Jorge Oliveira. *Neutralidade de rede*: a evolução recente do debate. Biblioteca Digital Revista de Direito de Informática e Telecomunicações - RDIT, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, 2009. Dispoível em: https://www.academia.edu/22193215/Neutralidade_de_rede_a_evolu%C3%A7%C3%A3o_recente_do_debate?bulkDownload=thisPaper-topRelated-sameAuthor-citingThis-citedByThis-secondOrderCitations&from=cover_page Acesso em: 27 set. 2021.

conectada a esta linha em qualquer um de seus terminais, devem ser transmitidas de forma imparcial na ordem de sua recepção"[6] (tradução livre). O mesmo também aconteceu com as legislações sobre gás e saneamento, por exemplo.

Apesar desta longínqua origem histórica, sua aplicação na internet teve início na década de 90, com o surgimento do mercado privado de provedores deste serviço e o receio de violar a natureza *end-to-end* da rede[7]. A internet foi arquitetada levando em consideração essa metodologia a qual garante que "*as camadas inferiores da rede devem ser projetadas para funcionar da maneira mais simples possível, ficando a complexidade reservada à camada superior, de aplicações*"[8], *é* dizer: para o correto funcionamento da rede os intermediários da comunicação (gateways e roteadores) não devem realizar alterações que deteriorem a comunicação seja ela qual for.

A aplicação sugestiva dessa diretriz pode ser feita ao comparar determinado usuário, que faz uso de conteúdos na internet para se informar sobre um importante acontecimento em sua cidade e outro que a utiliza para entretenimento a partir de jogos online, com um consumo intenso do tráfego da rede. Os provedores de serviço de internet não poderiam alterar a entrega de nenhuma das informações, tampouco o seu custo, por exemplo.

Assim, inicia-se a controvérsia – e que se estende até o momento – se essa deve ou não ser a regra adotada para a instauração de certa "governança" na rede[9],

---

6. No original: "(...) messages received from any individual, company, or corporation, or from any telegraph lines connecting with this line at either of its termini, shall be impartially transmitted in the order of their reception". ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Pacific Telegraph Act of 1860*. An Act to Facilitate Communication between the Atlantic and Pacific States by Electric Telegraph. Jun. 1860. Disponivel em: http://cprr.org/Museum/Pacific_Telegraph_Act_1860.html. Acesso em: 27 jun. 2021.

7. FARRELL, Joseph; WEISER, Phil. Modularity, Vertical Integration, and Open Access Policies*: Towards a Convergence of Antitrust and Regulation in the Internet Age*. Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 17, No. 1, Fall 2003. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=452220. Acesso em: 27 jun. 2021, p. 88.

8. PARENTONI, *Leonardo. Neutralidade de Rede: mudanças na infraestrutura da internet e como isso influencia na sua vida*. Revista Jurídica da Presidência. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, v. 19, n. 119, p. 560-597, jan. 2018, p. 586.

9. Sobre o tema, Tim Wu ressalta que "[c]ommunications regulators over the next decade will spend

inserindo uma barreira regulatória às regras negociais das prestadoras de serviço de internet.

Esse debate se torna ainda mais importante quando analisada a questão de vulnerabilidade do usuário frente as questões de uso da rede, já que este não tem influência para negociar e sequer conhecimento técnico para entender das regras de como este acessa o conteúdo das informações transacionadas na web. Sob esse aspecto, exigir o cumprimento da neutralidade de rede resguardaria o usuário de um amplo poder das operadoras. Sobre esse tema, Lucca Belli retrata o cenário da internet como um "ambiente quase feudal", no qual o usuário aceita contratos unilaterais da operadora do serviço, do qual tem pouco ou quase nenhum conhecimento, ressaltando que "*(...) além de definir unilateralmente as regras que governam os seus ciberespaços, as operadoras de telecomunicações e provedores de serviços também têm a possibilidade de aplicá-las por meio de medidas técnicas*"[10].

É exatamente a compreensão se a adoção a regra seria "justa" e adequada que caracteriza a natureza política do instituto da neutralidade de rede, já que é uma opção legislativa adotada por cada governo para o cumprimento das chamadas as "premissas implícitas" de cada sistema, conforme definido por Tulio Ascarelli[11].

3. O DILEMA DA NEUTRALIDADE DE REDE

É neste cenário que surge a discussão sobre a neutralidade de rede: deveria essa ser uma regra? Livre definição pelas prestadoras de serviço de internet? Definição

---

increasing time on conflicts between the private interests of broadband providers and the public's interest in a competitivo innovation environment centered on the Internet". Wu, Tim, Network Neutrality, *Broadband Discrimination. Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, p. 141, 2003, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=388863 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.388863.

10. BELLI, Lucca. *Da neutralidade de rede ao feudalismo na rede*. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16670/Da%20neutralidade%20da%20rede%20ao%20feudalismo%20na%20rede.pdf?sequence=1. Acesso em: 26 set. 2021

11. ASCARELLI, Túlio. *Problema das sociedades anônimas de direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1946.

natural do mercado? Conforme contextualizado, não há um entendimento dominante sobre instituir ou não o princípio da neutralidade de rede.

É justamente os argumentos sobre cada uma das posições que se passa a discutir, mas, de antemão, já se destaca que qualquer que seja a posição teoria adotada, é certo que essa possui serias implicações para a econômica, mercado, a atividade de telecomunicações e, claro, para o usuário.

Por um lado, se entende que institucionalizar a neutralidade de rede seria uma afronta aos direitos de propriedade privada e a livre iniciativa das operadoras de Internet, por afetar e alterar a sua regra de negócio diretamente[12]. Isso significa dizer que estas não poderiam comercializar planos e pacotes para o seu serviço de forma completamente autônoma, e, tampouco poderiam os consumidores negociar preço de acordo com seu uso da rede, já que há regras a serem observadas.

Por exemplo, sem a obrigação legal para o respeito a neutralidade de rede, as provedoras de rede poderiam criar pacotes destinados exclusivamente para leitura de e-mails e serviço de *streaming*. Neste caso, os consumidores teriam mais uma oferta de plano e uma possível redução dos valores a serem pagos, ao passo que instituir a regra da neutralidade poderia "*reduzir as ofertas, inviabilizar a gestão da rede e aumentar os custos ao consumidor*"[13].

Nesse sentido, também destacam que essa situação configuraria aumentaria o grau de complexidade do mercado de telecomunicações – que já é bastante regulado – dificultando a entrada de novos *players*, e, por consequência, a competitividade no mercado, além de atuar como um desestímulo às inovações e investimentos[14].

Os defensores dessa corrente ainda entendem que a regulação sobre o tema seria

---

12. BRASIL. Congresso Nacional. *Câmara dos Deputados.* Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, ano 64, n. 85, 21 maio 2013, p. 20.963-21.765. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/420029-TELES-CRITICAM-PRINCIPIO-DA-NEUTRALIDADE-DE-REDE. Acesso em: 26 de set. 2021. Discurso de Eduardo LEVY, Representante do Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal – (Sinditelebrasil).

13. *Ibidem.*

14. RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Uma questão de escolhas*: o debate sobre a regulação da neutralidade da rede no marco civil da internet. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b750f74544cb00c1 Acesso em: 27 jun. 2021.

desnecessária, já que *"a demanda pelos serviços dos provedores regularia naturalmente o mercado: aqueles assinantes que preferissem ambiente 'neutro' buscariam empresas que trabalhassem dessa forma"*[15].

Não obstante, a flexibilidade no cumprimento da neutralidade de rede ainda pode ajudar na melhora da entrega do serviço de Internet, dado que as operadoras teriam maior liberdade para direcionar o tráfego de rede, de forma a direcionar seus esforços e melhorar a rapidez em sites muito acessados, privilegiando o usuário.

Nesse sentido, Christpher Yoo, destaca que "*a velocidade com que a solicitação é atendida também depende do número de outras consultas direcionadas ao servidor da CNN*"[16], e, vai além, destacando que *"a Akamai minimiza o atraso, armazenando conteúdo em cache em milhares de locais na Internet e encaminhando as solicitações para o servidor que está mais próximo e / ou menos congestionado"*.[17]

Por outro lado, a visão que se tem é oposta. Os adeptos à neutralidade de rede remontam seus argumentos a própria natureza da *web*, entendem a Internet como um marco democrático e de liberdade, não podendo, por essa razão, ter seu conteúdo regulado pelas operadoras.

Essa corrente, liderada, em especial, por Tim Wu da Columbia Law School, a entendem esse fundamento como um princípio simples, que sugere que você tem o direito de acessar a informação que desejar, você tem de se comunicar[18]. O estudioso

---

15. FORGIONI, Paula Andrea; MIURA, Maira Yuriko Rocha. *O princípio da neutralidade e o Marco Civil da Internet no Brasil*. In: Direito e internet III: Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin; 2015, p. 1280.

16. No original: "*The speed with which the request is filled also depends on the number of other queries being directed at CNN's server.*". Wu, Tim; Yoo, Christopher. *"Keeping the Internet Neutral? Tim Wu and Christopher Yoo Debate*" Federal Communications Law Journal: Vol. 59 : Iss. 3, Article 6, 2007. Disponível em: https://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol59/iss3/6.

17. No orginal: "Akamai minimizes delay by caching content at thousands of locations throughout the Internet and routing requests to the server that is the closest and/or the least congested" (WU; YOO, 2007, p. 576). Wu, Tim; Yoo, Christopher. *"Keeping the Internet Neutral? Tim Wu and Christopher Yoo Debate*" Federal Communications Law Journal: Vol. 59 : Iss. 3, Article 6, 2007. Disponível em: https://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol59/iss3/6.

18. WU, Tim. *Network Neutrality, Broadband Discrimination. Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, p. 141, 2003, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=388863

ainda faz uma analogia interessante ao pontuar que neutralidade de rede na Internet seria exatamente como na transmissão da eletricidade, *"a rede elétrica não ser importa de você liga uma torradeira, um ferro ou um computador"*[19] (tradução livre).

O David Farber e Barbara Van Schewick argumentam e expõem que é direito de consumidores e empreendedores acessar os conteúdos e serviços de sua preferência sem a interferência das operadoras de rede, sendo que tal prerrogativa é da natureza da Internet, tornando possível sua inovação, progresso social e econômico[20].

Nesse sentido, a preocupação é que ao não observar a neutralidade de rede, os provedores poderiam criar pacotes e prestigiar alguns conteúdos em detrimento de outros, fazendo com que o consumidor não tenha uma verdadeira "liberdade" na web, restringindo o seu poder de acesso. Um paralelo interessante seria com os canais de televisão, os quais em razão de sua arquitetura e construção – e aqui uma ressalva necessária, já que muito diferentes do intuito e da natureza da Internet – não tem todo seu conteúdo exposto a todos os usuários. O acesso a determinados canais e conteúdos apenas pode ser feito com o pagamento de taxas adicionais, e, assim, a concorrência entre eles não é ideal.

Essa realidade atingiria as classes economicamente inferiores, as quais não teriam condições de arcar com valores superiores para planos ilimitados com maior entrega de conteúdo e serviços: assim, se cria uma concentração de poder nas mãos de determinados sites e serviços na internet, que podem ser acessados por todos, enquanto apenas alguns teriam acesso a demais conteúdo. Por obvio, esse cenário também seria responsável por desestimular a inovação de conteúdo e serviços, tendo vista a restrição e barreira de alcance inicial.

Dessa forma, os entusiastas da neutralidade entendem que se deve zelar pela menor interferência de terceiros no acesso do usurário à internet, mantendo-se a

---

or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.388863, p. 148.

19. No original: *"the electric grid does not care if you plug in a toaster, an iron or a computer"*. Wu, Tim. *Network Neutrality, Broadband Discrimination. Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, p. 141, 2003, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=388863 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.388863, p. 148.

20. FARBER, D. e VAN SCHEWICK, B. *Point/Counterpoint*: Network Neutrality Nuances. Communications of the ACM, v. 52, n. 2, 2009.

natureza pela qual esta foi estabelecida, sendo um "*grande condutor, aberto à transmissão, compartilhamento e construção coletiva dos mais diversos tipos de conteúdo, estimulando, assim, a inovação e o diálogo*"[21]

Não menos importante, esse debate ainda esbarra em questões de privacidade, conforme destaca Demi Getschko, em debate feito na Câmara dos Deputados, ao relatar que "*seria uma invasão na privacidade, não deveríamos interferir na integridade dos pacotes que trafegam*"[22], tendo em vista que as operadoras passariam a ter acesso e informações sobre o conteúdo efetivamente consumido por cada usuário para que a eventual alteração na conexão se opere. Essa situação se somaria a mais um dos pontos que demostra a situação de vulnerabilidade do consumidor.

O que se percebe é que há argumentos pertinentes e adequados para ambos os lados e que a controvérsia está longe de terminar, e, por isso, o debate judicial a ser discutido foi iniciado.

4. O JULGAMENTO DO CASO COMCAST

4.1. Contexto

Conforme mencionado, o caso *Comcast Corp. v. Federal Communications*[23] envolve a discussão sobre a neutralidade de rede. Contudo, este não é o único elemento necessário a ser contextualizado. Por essa razão, se faz necessário tecer breves explicações sobre os entes envolvidos e a narrativa histórica por trás da decisão.

Assim como acontece no Brasil, a organização institucional dos Estados Unidos da América prevê a criação de agências reguladoras para administrar determinados

21. PARENTONI, *Leonardo. Neutralidade de Rede: mudanças na infraestrutura da internet e como isso influencia na sua vida*. Revista Jurídica da Presidência. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, v. 19, n. 119, p. 560-597, jan. 2018, p. 571.

22. GETSCHKO, Demi. *Neutralidade e o Marco Civil da Internet no Brasil*. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cctci/apresentacoes-em-eventos/2015/06-10-2015-ap-neutralidade-de-rede-no-marco-civil-da-internet/demi-getschko-cgi-br. Acesso em: 28 set. 2021.

23. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Comcast Corp. versus F.C.C. United States Court of Appeals for the District of Columbia*. 600 F.3d 642, j. 06.04.2010.

setores da economia, para tanto estas possuem dois poderes: criação de normas setoriais e julgamentos administrativos. Essas agências são estabelecidas a partir de legislação específica, na qual o Congresso atribui competência pré-definida sobre os temas que tais entes podem regular e decidir.

A Federal Communications Comission ("FCC") é a agência reguladora responsável pela área de Comunicações, com suas competências determinadas pela Communication Act of 1934, aditada com a Telecommunications Act of 1996[24].

Nesse sentido, compete a FCC regular de temas como telefonia, rádio e televisão – não a Internet, já que em razão de orientação normativa da própria agência, definiu-se que esta não seria considerada nem serviço de telecomunicações e tampouco à cabo[25].

Outrossim, tendo em vista os avanços tecnológicos, a legislação permitiu a possibilidade de a FCC atuar de forma subsidiária para a criação de normas e regulações necessários para o exercício de função ainda que não previamente estabelecida em legislação sua competência[26]. Essa possibilidade foi confirmada em casos *como United States v. Southwestern Cable Co.*[27], e *United States v. Midwest Video Corp*[28], que reconheceu a competência da FCC para regular sobre serviços de televisão a cabo, quando a lei de 1934 (Communication Act of 1934) não previa tal questão de forma expressa.

Considerando tal prerrogativa e avanço da importância da rede desde o início dos anos 2000, a FCC elaborou um uma política sobre serviços de Internet "Policy Statment", no qual há orientações sobre o desenvolvimento da rede, estabelecendo fundamentos como a preservação da competitividade, livre mercado e livre acesso.

---

24. HOLOFCENER, Adam. *Net Neutrality Besieged by Comcast Corp. v. FCC*: The Past, Present and Future Plight of an Open Internet (2012). Disponível em: http://digitalcommons.law.umaryland.edu/jbtl/vol7/iss2/7. Acesso em: 20 jun. 2021, p. 408.

25. Ibidem.

26. Ibidem.

27. ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. *United States v. Southwestern Cable Co*. Disponível em: https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/392/157.html. Acesso em: 22 jun. 2021.

28. ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. *United States v. Midwest Video Corp*. Disponível em: https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/406/649.html. Acesso em: 22 jun. 2021.

Por consequência – e interesse – tal diretriz também demonstrava a afirmação e reconhecimento ao mercado de que a FCC teria a competência necessária para regulamentar sobre a Internet.

Feito esse registro e contextualização normativa e institucional, se dá início aos acontecimentos que anteviram o caso.

4.2. O caso

A FCC, como agência reguladora, recebe e dá início a diversos processos administrativos advindos de denúncias e notificações que recebe quando verificado o descumprimento de regras e diretrizes aplicáveis aos setores de sua competência.

Nesse sentido, buscando representar os consumidores supostamente lesados, a FCC recebeu uma reclamação formal da *Free Press* e *Public Knowledge*, entidades sem fins lucrativos que zelam pelos direitos de seus cidadãos, em desfavor da Comcast Corporation, empresa privada americana, considerada referência no mercado de fornecimento de serviços de Internet[29].

Na denúncia, as entidades argumentaram que a operadora prejudicava intencionalmente o funcionamento de algumas aplicações peer-to-pee[30] ("P2") para seus clientes. Isso significa os quase 13 milhões de consumidores da companhia estavam

29. HOLOFCENER, Adam. *Net Neutrality Besieged by Comcast Corp. v. FCC*: The Past, Present and Future Plight of an Open Internet (2012). Disponível em: http://digitalcommons.law.umaryland.edu/jbtl/vol7/iss2/7. Acesso em: 20 jun. 2021, p. 409-410.

30. "Os sistemas P2P representam um paradigma para a construção de sistemas e de aplicativos distribuídos onde dados e recursos computacionais são provenientes da colaboração uniforme de diversos hosts através da Internet. Tais sistemas são desenvolvidos para permitir o compartilhamento de recursos em larga escala e sem a necessidade de servidores e infra-estruturas associadas para gerenciamento. Seu sucesso é consequência do rápido crescimento da Internet e aumento no número de usuários exigindo acesso a recursos compartilhados. A popularidade destes sistemas ocorreu, principalmente, devido às aplicações utilizadas para compartilhamento de arquivos". REZENDE, Evandro da Silva. *Modelo Estrutural para Compartilhamento de Arquivos Peer-to-Peer.* Dissertação de Mestrado elaborada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciência da Computação na Universidade Estadual Paulista. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/98698/rezende_es_me_sjrp.pdf;jsessionid=6BAA4360D8E610628D15BC38A0904940?sequence=1. Acesso em: 21 jun. 2021.

com dificuldade para acessar determinadas aplicações que compartilham arquivos, como músicas e filmes[31].

Conforme pesquisa feita pela Free Press, a companhia ainda omitia de seus consumidores a realidade por trás, já que testes conduzidos ela indicavam que a Comcast *"(...) gerava uma mensagem que instruía o cliente a parar de se comunicar quando outro usuário do BitTorrent tentava compartilhar um arquivo completo com o outro usuário. A mensagem de erro dava, então, a falsa impressão de que o erro seria do outro usuário e não da própria rede"* (tradução livre)[32].

A FCC, então, instaurou processo administrativo, intimando a empresa a prestar esclarecimentos sobre o caso. Em sua defesa, a Comcast argumentou que sua conduta era apenas mera gestão de tráfego de rede, inerente ao seu serviço como operadora de Internet[33].

Diante do caso, a primeira atitude da agência reguladora foi esclarecer as razões pelas quais esta possuía competência para julgar o procedimento: sustentou-se que essa teria competência subsidiária para atuar no caso, tal qual feito nos anos 2000 na política orientativa sobre a utilização da rede[34]. Superado esse ponto, a agência reguladora deu razão as teses propostas pela Free Press e Public Knowledge, reconhecendo que a empresa estava realizando condutas discriminatórias na rede e sem a devida transparência com o usuário, configurando uma violação à competitividade e ao livre mercado[35].

---

31. PUBLIC KNOWLEDGE. *See Formal Complaint of Free Press and Public Knowledge against Comcast Corporation for Secretly Degrading Peer-to-Peer Applications.* Disponível em: http://www.publicknowledge.org/pdf/fp-pk-comcast-complaint.pdf. Acesso em: 22 jun. 2021

32. No original: *"(...) generated an error message that instructed the user to stop communicating when one BitTorrent user attempted to share a complete file with another user. The error message thus gave the false impression that the error was due to the other user, and not in fact generated by the network itself"*. PREIS, Sarah. To Regulate or Not to Regulate: *The FCC' s Authority to Regulate Online Copyright Infringement under the Communications Act*. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi ?article=1436&context=uclf. Acesso em: 21 jun. 2021.

33. Ibidem, p. 554.

34. Ibidem, p. 556.

35. Ibidem, p. 554.

Em sua decisão a FCC ainda determinou que a Comcast fizesse (i) a divulgação de todas as implicações e estratégias da prática questionada, (ii) o envio de um projeto de conformidade indicando os planos para a transição de rede, bem como (iii) a divulgação para o público sobre as práticas que vinham ocorrendo e apresentação de uma estratégia para encerrar com tais condutas[36].

Irresignada, a provedora de Internet acionou do Tribunal de Apelações do Distrito de Columbia, argumentando de forma bastante específica a ausência de competência para a atuação da FCC em demandas relacionadas ao fornecimento de Internet, a gestão da atividade de rede e tráfego pelas operadoras e tampouco sobre o oferecimento de serviços P2P[37]. Ironicamente, a principal tese utilizada pela Comcast foi a diretriz feita pela própria agência reguladora, a qual estabelecia que como a Internet não se qualificava como serviço de telecomunicações ou à cabo, enquadradas pela Lei de Comunicações e de Telecomunicações.

Do outro lado, a agência reguladora alegou que a Comcast estava se distanciando da discussão principal do caso ao se valer de um argumento meramente formal. Adicionalmente, reafirmou sua competência para regular e adjudicar sobre o tema levando em consideração sua função subsidiária definida na legislação e já reconhecida pela Corte Americana em outras ocasiões[38].

Apresentada todas as alegações, o Tribunal se manifestou favorável as teses apresentadas pela Comcast, alegando que "*as declarações por si só não podem servir de base para que a Comissão exerça o poder subsidiário*"[39]. Com isso, operadora teve seu pedido acolhido e a ordem expedida pela FCC, por via de consequência, foi esvaziada, perdendo seus efeitos.

---

36. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Comcast Corp. versus F.C.C. United States Court of Appeals for the District of Columbia*. 600 F.3d 642, j. 06.04.2010.

37. HOLOFCENER, Adam. *Net Neutrality Besieged by Comcast Corp. v. FCC*: The Past, Present and Future Plight of an Open Internet (2012). Disponível em: http://digitalcommons.law.umaryland.edu/jbtl/vol7/iss2/7. Acesso em: 20 jun. 2021, p. 412.

38. Ibidem, p. 412.

39. No original: "*policy statements alone cannot provide the basis for the Commission's exercise of ancillary authority*". ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Comcast Corp. versus F.C.C. United States Court of Appeals for the District of Columbia*. 600 F.3d 642, j. 06.04.2010.

4.3. Desfecho, consequências e situação atual

O resultado do caso é um pouco decepcionante quando analisado o tema central da neutralidade de rede. Isso porque, diante de emblemática situação discutida, quando levada à julgamento o caso se transformou em decisão – talvez uma das mais importantes – de competência legal regulatória.

Nesse sentido, tem-se que inexistiu qualquer tipo de decisão judicial sobre esse ponto apesar da importância e necessidade sobre uma definição nessa questão.

Conforme constam dos relatos, a FCC optou por não recorrer da decisão em razão dos custos e a insegurança jurídica envolvida neste caso. Também foi pensada a revogação da orientação da agência que mencionava que os serviços de internet não poderiam ser considerados abarcados pelo Communication Act e Telecommunications Act, contudo, a Comissão entendeu que tal legislação não tinha os controles necessários para normatizar o tema.

A solução, então, foi propor uma solução mais conciliadora, considerada como uma "terceira via", na qual se fez a separação de conceitos da Internet entre o que seria serviços de telecomunicações e serviços disponibilizados pela rede (information based services). Nesse sentido, a ideia era de que os provedores fossem reclassificados para o capítulo II da Lei de Comunicações, a qual trata das redes de telefonia, com alguns importantes ajustes legislativos para adequar a realidade da Internet. Dentre tais ajustes, há a menção expressa a aplicação do princípio da neutralidade de rede e aspectos de sua aplicação[40].

Ciente da importância do tema, a Comissão realizou uma consulta pública para análise da proposta apresentada, a qual recebeu importantes comentários.

Os mesmos entes envolvidos no processo administrativo da FCC, a Comcast e as entidades Free Press e Public Knownlodge novamente se enfrentaram em discussões acaloradas sobre o tema. Naturalmente, a provedora da Internet se manifestou contrária a sugestão feita pelo ente regulador e aos argumentos apresentados por tais

40. HOLOFCENER, Adam. *Net Neutrality Besieged by Comcast Corp. v. FCC*: The Past, Present and Future Plight of an Open Internet (2012). Disponível em: http://digitalcommons.law.umaryland.edu/jbtl/vol7/iss2/7. Acesso em: 20 jun. 2021, p. 415.

entidades[41].

O relatório final sobre o tema, com força normativa, sobreveio apenas em 2015, na qual os conselheiros da FCC aprovaram, por maioria, a reclassificação dos serviços de internet perante a Lei de Comunicações Americana, bem como a regulação, em alguns aspectos, sobre a neutralidade de rede, prestigiando a natureza aberta e livre da Internet. Na normativa ainda se previa de forma expressa que os provedores não poderiam bloquear ou reduzir a qualidade rede de Internet para acesso a serviços e/ou conteúdo.

O tema ganhou tamanha repercussão que foi, inclusive, palco de disputas políticas. O, até então, Presidente Barack Obama apoiou publicamente a alteração legislativa, enquanto Donald Trump ressaltava em redes sociais sobre seu posicionamento contrário. Esse cenário, considerado de conquista por ativistas pela liberdade da Internet, logo foi alterado.

Com a eleição de Donald Trump, o governista americano nomeou para a presidência da FCC o Ajit Pai, um dos conselheiros da *Verizon* – grande empresa de telecomunicações americana – e sabidamente contra a regulação da neutralidade de rede[42].

Logo nos primeiros meses no cargo, Ajit Pai já propôs uma nova mudança legislativa sobre o tema que tinha como objetivo neutralizar as alterações legislativas encabeças pela própria FCC em 2015. Na defesa de seu projeto, o mencionado conselheiro afirmou que "*a decisão da Comissão em 2015 que submeteu os provedores para a regulamentação prevista no Título II coloca em risco a inovação, servindo em última instância para ameaçar a liberdade da Internet, a qual esta pretendia preservar*"[43] (tradução livre).

---

41. Ibidem, p. 414-415.

42. NBC, National Broadcasting Company. *Trump Promotes Neutrality Opponent Ajit Pai to Lead FCC*. Disponível em: https://www.nbcnews.com/tech/internet/trump-promotes-neutrality-opponent-ajit-pai-lead-fcc-n711116 Acesso em: 22 jun. 2021.

43. No original: "*the Commission's 2015 decision to subject ISPs to Title II utilitystyle regulations risks that innovation, serving ultimately to threaten the open Internet it purported to preserve*". FCC, Federal Communications Commission. *File ID 10427187873098*. Disponível em: https://www.fcc.gov/ecfs/filing/10427187873098. Aceso em: 22/06/2021.

Ao final do mesmo ano, essa nova redação legislativa foi aprovada pelo Congresso Americano, sendo considerada como *"um triunfo do liberalismo, uma derrota das grandes empresas de tecnologia e, no mínimo, uma incógnita para o consumidor"*[44].

Apesar do decurso do tempo, até a elaboração do presente artigo, poucas mudanças práticas – ao menos aquelas aparentes – foram verificadas nos últimos anos, tanto na prática dos provedores, quanto pelos próprios consumidores.

Em conclusão, é possível perceber que não há um consenso sobre a adoção da neutralidade de rede entre os estudiosos, já que há argumentos pertinentes e justiçáveis para embasar cada um destes entendimentos.

É exatamente por isso que muitas expectativas foram criadas quando o caso *Comcast Corp. v. Federal Communications* foi a julgamento. Conforme visto, apesar da neutralidade de rede ser o pano de fundo da discussão, o caso enfrentou barreiras jurídicas anteriores que determinaram seu desfecho.

Contudo, isso não significa que tamanho esforço tenha sido em vão, já que *"essa decisão pôde motivar o Congresso a conceder a autoridade necessária que a FCC precisava para regulamentar as práticas de gerenciamento de rede dos provedores de serviços de Internet"*[45] (tradução livre). E, assim, foi feito: o tema passou a ser discutido e debatido no Congresso Americano, que criou e tornou vigente legislação específica regulamentando e concretizando a da neutralidade de rede. Posteriormente, foi alvo de críticas e alterações legislativas por governos posteriores – que, diga-se de passagem, autoridades com ideologias de partidos contrapostos aos idealizadores na norma.

No Brasil não foi diferente. A discussão aqui tomou forma a partir do projeto de lei sobre o Marco Civil da Internet, a Lei 12.965/2014.

---

44. EL PAÍS. *EUA põe fim à neutralidade da rede impulsionada por Obama.* Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/14/internacional/1513217068_301815.html. Acesso em: 22 jun. 2021.

45. No original*: "this decision may motivate Congress to provide the FCC with the statutory authority that it now needs to regulate the network management practices of Internet service providers".* MILLS, Jad. Comcast Corp. v FCC: *D.C. Circuit Denies FCC Jurisdiction to Mandate Net Neutrality*. Disponível em: https://jolt.law.harvard.edu/digest/comcast-corp-v-fcc. Acesso em: 27 jun. 2021.

4.4. Panorama brasileiro

Neste ponto, muitas dessas questões jurídicas e teóricas foram levantadas durante a sua negociação, criando um verdadeiro embate *entre "as empresas de telecomunicação e os defensores do princípio da neutralidade"*[46].

Durante o debate público, essencial para uma mudança legislativa nesse porte, as operadoras mencionaram que ainda não seria o momento de uma definição sobre esse ponto no Brasil. A Claro chegou a realizar uma declaração pública afirmando que "o tema da neutralidade de rede deverá ser amplamente debatido e estudado antes de haver um posicionamento fechado. Nem mesmo os mercados maduros conseguiram chegar à um consenso"[47].

Também foi pauta da discussão o direito das provedoras a ofertar aos seus consumidores a restrição de acesso a determinados conteúdos e serviços a sua escolha, como forma ainda de baratear o acesso à rede.

Não obstante tal posicionamento, o que se viu no relatório final sobre o – até então – projeto de lei, era de que a neutralidade de rede foi caracterizada como inerente ao uso da Internet. Assim, ela foi estabelecida como um princípio, e, então, norma cogente às provedoras de acesso que não mais poderiam tratar de forma não isonômica os dados transitados por sua rede. Tal diretriz foi consagrada no então inciso IV, do art. 3º da Lei 12.965/2014 e melhor regulada ao longo do texto legal.

O pioneirismo brasileiro sobre o tema foi reconhecido de forma mundial, tendo Tim Berners-Lee[48] ressaltado esse avanço para a garantia do futuro da Internet de

46. FORGIONI, Paula Andrea; MIURA, Maira Yuriko Rocha. O princípio da neutralidade e o Marco Civil da Internet no Brasil. In: *Direito e internet III: Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/2014*. São Paulo: Quartier Latin; 2015, p. 1289.

47. TELESÍNTESE. *Claro questiona a neutralidade da rede no marco civil*. Disponível em: https://www.telesintese.com.br/claro-questiona-a-neutralidade-da-rede-no-/marco-civil/. Acesso em: 27 jun. 2021.

48. BERNERS-LEE, Tim. Marco Civil: *Statement of Support from Sir Tim Berners-Lee*. Disponível em: https://webfoundation.org/2014/03/marco-civil-statement-of-support-from-sir-tim-berners-lee/. Acesso em: 27 jun. 2021.

forma colaborativa e inovativa. O professor ainda ressaltou que tal marca nacional se relacionava com nossa distinção cultural, sempre pautada pela mistura e troca dinâmica de conhecimentos e ideias.

5. CONCLUSÃO

Diante do que se argumentou neste trabalho, é possível perceber o quão amplo e impactante é o debate sobre a questão da neutralidade de rede, atingindo não só as provedoras de Internet, mas, também os consumidores, o mercado, e, ainda, de forma indireta, toda a inovação de criatividade decorrente do uso "rede mundial de computadores" – em seu conceito mais antiquado.

É fato que a neutralidade de rede foi uma das principais responsáveis pela transformação social decorrente da Internet, a qual permitiu a criação de um ambiente propicio para o oferecimento de conteúdo e serviços online para todos os usuários.

O amplo acesso oferecido pela Internet foi o que tornou possível a troca massiva de notícias, artigos científicos, aspectos culturais, entretenimentos e muitos outros, caracterizando o mundo interligado da forma como conhecemos hoje. Eventual restrição feita ao acesso a tais serviços e conteúdo, por meio dos provedores, poderia ocasionar forte impacto no modelo de globalização adotado.

Justamente por isso que a defesa pela neutralidade de rede é a posição dominante e mais atual nos modelos hoje propostos.

Ao se falar de Internet, conceitos como independência, autonomia e liberdade vêm de forma natural à mente, já que são princípios próprios e inerentes da rede. Contudo, muitas vezes sequer notamos a importância destes para a manutenção da Internet, tornando possível que o usuário ao "navegar na web" visite o site de sua preferência, utilize o serviço de sua escolha ou ainda exponha o conteúdo de sua criação.

Esse espaço inspirador e democrático acaba por estimular inovações como desenvolvimento de novas tecnologias ou produções acadêmicas e científicas, sendo certo que o sucesso e êxito delas tem a neutralidade de rede como um importante aspecto a ser considerado.

São as regras daí advindas as responsáveis por construir um ambiente que

promova uma competição justa, no qual todos os players estão sob as mesmas regras – ao menos do que diz respeito ao tráfego de dados – favorecendo a livre concorrência e o mercado. Exatamente nesse cenário que empresas como o Netflix e Spotify, mesmo sem grande alçada financeira inicial, conseguiram atuar na rede e promover competição no setor audiovisual a preços mais acessíveis.

Em resumo ao presente artigo, e, em resposta a pergunta inicial aqui formulada, se percebe que até o momento não há uma definição concreta sobre quem controla e domina a Internet. Contudo, o que se sabe é que tal poder é essencial: este é capaz de definir os rumos do mercado e do conhecimento, tendo em vista o amplo acesso à informação.

Assim, tem-se que eventual violação a esse livre acesso à rede poderia submeter o usuário a uma exclusão do mercado, da informação e de serviços, agravando a desigualdade e integração social já existentes, e, por consequência, violando princípios e garantias fundamentais dos indivíduos, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ASCARELLI, Túlio. *Problema das sociedades anônimas de direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1946.

BELLI, Lucca. *Da neutralidade de rede ao feudalismo na rede*. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16670/Da%20neutralidade%20da%20rede%20ao%20feudalismo%20na%20rede.pdf?sequence=1. Acesso em: 26 set. 2021.

BERNERS-LEE, Tim. Marco Civil*: Statement of Support from Sir Tim Berners-Lee*. Disponível em: https://webfoundation.org/2014/03/marco-civil-statement-of-support-from-sir-tim-berners-lee/. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. *Câmara dos Deputados*. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, ano 64, n. 85, 21 maio 2013, p. 20.963-21.765. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/420029-TELES-CRITICAM-PRINCIPIO-DA-NEUTRALIDADE-DE-REDE. Acesso em: 26 set. 2021. Discurso de Eduardo LEVY, Representante do Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal – (Sinditelebrasil).

BRASIL. *Marco civil da internet*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 27/06/2021.

EL PAÍS. *EUA põe fim à neutralidade da rede impulsionada por Obama*. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/14/internacional/1513217068_301815.html. Acesso em: 22 jun. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Comcast Corp. versus F.C.C. United States Court of Appeals for the District of Columbia*. 600 F.3d 642, j. 06.04.2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. *United States v. Midwest Video Corp*. Disponível em: https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/406/649.html. Acesso em: 22 jun. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. *United States v. Southwestern Cable Co*. Disponível em: https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/392/157.html. Acesso em: 22 jun. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Pacific Telegraph Act of 1860*. An Act to Facilitate Communication between the Atlantic and Pacific States by Electric Telegraph. Jun 1860. Disponivel em: http://cprr.org/Museum/Pacific_Telegraph_Act_1860.html. Acesso em: 27 jun. 2021.

FARBER, David; VAN SCHEWICK, Barbara. *Point/Counterpoint*: Network Neutrality Nuances. Communications of the ACM, v. 52, n. 2, 2009

FARRELL, Joseph; WEISER, Phil. Modularity. Vertical Integration, and Open Access Policies: Towards a Convergence of Antitrust and Regulation in the Internet Age. *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 17, No. 1, Fall 2003. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm ?abstract_id=452220. Acesso em: 27 jun. 2021.

FCC, Federal Communications Commission. *File ID 10427187873098*. Disponível em: https://www.fcc.gov/ecfs/filing/10427187873098. Aceso em: 22 jun. 2021.

FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION, Washington, 2005. Pág. 2 Disponível em: https://apps.fcc.gov/edocs_public/.../FCC-05-151A1.pdf

FORGIONI, Paula Andrea; MIURA, Maira Yuriko Rocha. O princípio da neutralidade e o Marco Civil da Internet no Brasil. In: *Direito e internet III: Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/2014*. São Paulo: Quartier Latin; 2015.

GETSCHKO, Demi. *Neutralidade e o Marco Civil da Internet no Brasil*. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cctci/apresentacoes-em-eventos/2015/06-10-2015-ap-neutralidade-de-rede-no-marco-civil-da-internet/demi-getschko-cgi-br. Acesso em: 28 set. 2021.

HOLOFCENER, Adam. Net Neutrality Besieged by Comcast Corp. v. FCC: *The Past, Present and Future Plight of an Open Internet (2012)*. Disponível em: http://digitalcommons.law.umaryland.edu/jbtl/vol7/iss2/7. Acesso em: 22 jun. 2021.

MILLS, Jad. *Comcast Corp. v FCC: D.C. Circuit Denies FCC Jurisdiction to Mandate Net Neutrality*. Disponível em: https://jolt.law.harvard.edu/digest/comcast-corp-v-fcc. Acesso em: 27 jun. 2021.

NBC, *National Broadcasting Company. Trump Promotes Neutrality Opponent Ajit Pai to Lead FCC*. Disponível em: https://www.nbcnews.com/tech/internet/trump-promotes-neutrality-opponent-

ajit-pai-lead-fcc-n711116 Acesso em: 22 jun. 2021.

PARENTONI, Leonardo. Neutralidade de Rede: mudanças na infraestrutura da internet e como isso influencia na sua vida. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, v. 19, n. 119, p. 560-597, jan. 2018.

PIRES, Jorge Oliveira. Neutralidade de rede: a evolução recente do debate. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações - RDIT*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, 2009. Dispoível em: https://www.academia.edu/22193215/Neutralidade_de_rede_a_evolu%C3%A7%C3%A3o_recente_do_debate?bulkDownload=thisPaper-topRelated-sameAuthor-citingThis-citedByThis-secondOrderCitations&from=cover_page Acesso em: 27 set. 2021.

PREIS, Sarah. To Regulate or Not to Regulate: *The FCC' s Authority to Regulate Online Copyright Infringement under the Communications Act.* Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1436&context=uclf. Acesso em: 21 jun. 2021.

PUBLIC KNOWLEDGE. *See Formal Complaint of Free Press and Public Knowledge against Comcast Corporation for Secretly Degrading Peer-to-Peer Applications.* Disponível em: http://www.publicknowledge.org/pdf/fp-pk-comcast-complaint.pdf. Acesso em: 21 jun. 2021.

RAMOS, Pedro Henrique Soares. Uma questão de escolhas*: o debate sobre a regulação da neutralidade da rede no marco civil da internet.* Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b750f74544cb00c1 Acesso em: 27 jun. 2021.

REZENDE, Evandro da Silva. *Modelo Estrutural para Compartilhamento de Arquivos Peer-to-Peer.* Dissertação de Mestrado elaborada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciência da Computação na Universidade Estadual Paulista. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/98698/rezende_es_me_sjrp.pdf;jsessionid=6BAA4360D8E610628D15BC38A0904940?sequence=1. Acesso em: 21 jun. 2021.

TELESÍNTESE. *Claro questiona a neutralidade da rede no marco civil.* Disponível em: https://www.telesintese.com.br/claro-questiona-a-neutralidade-da-rede-no-/marco-civil/. Acesso em: 27 jun. 2021.

WU, Tim. *Network Neutrality* FAQ. Disponível em: http://www.timwu.org/network_neutrality.html. Acesso em: 22 jun. 2021.

WU, Tim, Network Neutrality, Broadband Discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, p. 141, 2003, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=388863 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.388863

WU, Tim; YOO, Christopher. Keeping the Internet Neutral? Tim Wu and Christopher Yoo Debate," *Federal Communications Law Journal*, Vol. 59: Iss. 3, Article 6, 2007. Disponível em: https://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol59/iss3/6.

NEUTRALIDADE DE REDE:
REALIDADE OU UTOPIA?

Marcela Adriana Carvalho Andrade

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG; Pós-graduada em Direito e Tecnologia pela Faculdade Arnaldo Jassen; Pesquisadora voluntária no Grupo de Estudos em Direito e Tecnologia da Universidade Federal de Minas Gerais– DTEC-UFMG; Sócia fundadora do escritório de advocacia Carvalho e Menezes Advogados.

Priscilla Menezes Santos Rodrigues

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros – Unimontes; Pós-graduada em Direito e Tecnologia pela Faculdade Arnaldo Jassen; Pesquisadora voluntária no Grupo de Estudos em Direito e Tecnologia da Universidade Federal de Minas Gerais– DTEC-UFMG; Sócia fundadora do escritório de advocacia Carvalho e Menezes Advogados.

Resumo: O presente artigo aborda, de forma crítica, os limites e contornos da neutralidade de rede, tendo por background polêmicas mercadológicas e políticas, além de cases envolvendo as empresas Comcast e Netflix nos Estados Unidos, e, no Brasil, o emblemático caso da Decolar.Com. Para tanto, é descrito o contexto sócio-político da criação da internet e a conformação de sua arquitetura por meio dos protocolos TCP/IP, para fins de discutir se a neutralidade de rede representa um princípio absoluto ou se ele é relativizado frente às práticas adotadas pelo mercado e pelos governos.

Palavras-chave: neutralidade de rede; arquitetura de rede; discriminação de tráfego de dados; transparência.

Abstract: *This article critically addresses the limits and contours of net neutrality, having as background market and political controversies, as well as cases involving Comcast and Netflix, companies in the United States, and, in Brazil, the emblematic case of Decolar.Com. Therefore, the socio-political context of the creation of the internet and the conformation of its architecture through TCP/IP protocols is described, in order to discuss whether net neutrality represents an absolute principle or whether it is relativized in relation to practices adopted by the market and governments.*

Keywords: *net neutrality; network architecture; data traffic discrimination; transparency.*

Sumário: 1. Internet e arquitetura de rede; 2 A neutralidade de rede: polêmicas mercadológicas, políticas e judiciais; 3 A internet nunca foi neutra; Conclusão; Referências.

1. INTERNET E ARQUITETURA DE REDE

A internet é um fenômeno totalmente naturalizado em nossas vidas. Sua onipresença faz crer se tratar de estrutura simples, já que com poucos "cliques" ela é ativada em nossos computadores e *smartphone*s. Contudo, a sua aparente simplicidade camufla toda a complexidade que existe para que a internet chegue aos nossos lares.

Criada na década de 60, no contexto da Guerra Fria, surgiu nos Estados Unidos da América com a ajuda das Universidades e teve como motivação o desenvolvimento de um aparato capaz de trazer maior segurança às comunicações no país frente a um possível ataque militar. Isso porque, diferentemente das linhas telefônicas, em que os dados necessariamente transitam pela mesma via de conexão, que deve ser reservada para aquela finalidade no momento em que a comunicação está sendo realizada, a ARPANET, como era denominada, permitia que fossem interligados vários pontos de comunicação entre diversas bases militares.

Via ARPANET, a informação era dividida em vários pacotes menores, transmitidos separadamente e simultaneamente por diversas rotas, privilegiando aquelas que se encontravam menos congestionadas. No destino final os pacotes de dados eram reagrupados e a informação transmitida. Ou seja, se por algum motivo uma das bases militares fosse destruída, ainda assim a informação transitaria pelas redes que estivessem conectadas e disponíveis.

A transmissão da informação, nestes moldes, foi viabilizada pela forma como a internet foi arquitetada, em especial, pelo protocolo TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol).* Ele viabiliza que os pacotes de dados – bites e *bytes* – sejam comutados de um local para o outro e a informação ao final seja reorganizada.

Além do mais, para que a informação chegue até nós, a internet é estruturada em diversas camadas. Existe mais de um modelo que visa explicar como as camadas da internet são estruturadas, de modo que optamos, neste artigo, por uma abordagem

mais simplificada. Assim, as camadas da internet podem ser fracionadas em três grandes grupos: i) camada de infraestrutura: onde são prestados os serviços de telecomunicações. Nesta camada, você adquire das empresas de telecomunicações um pacote de dados via "banda larga", que foi responsável por substituir a conexão por telefonia fixa, realizada por acesso discado. ii) Camada lógica: após sair da camada de infraestrutura, você entrará na camada lógica, em que é atribuído aos seus dispositivos um número IP, o que permite o endereçamento dos pacotes de dados e, após, chegamos à terceira camada, iii) a camada de conteúdo, em que estão os serviços de informação e as diversas aplicações, como os sites de notícias, as plataformas de *streaming,* os aplicativos de mensagens instantâneas etc. É a camada que vemos e interagimos no nosso dia a dia.

Certo é que o seu uso para fins militares rapidamente cedeu espaço para a vida civil, com a estrutura de rede sendo expandida para o ambiente universitário a partir da década de 70 e para o uso comercial a partir da década de 80. Atualmente, segundo levantamento feito em janeiro de 2001 pelo *We Are Social* em parceria com o *Hootsuite*, possuíamos 4,66 bilhões de pessoas conectadas à rede.

Toda essa complexa infraestrutura é regulada de diversas formas, seja por meio de normas sociais, pelo mercado, pela própria arquitetura de rede e por meio de normas jurídicas[1].

Por normas sociais, compreende-se os limites impostos por meio dos usos e costumes de determinada cultura, de modo que as normas são impostas por uma determinada comunidade e não por um governo. No Brasil, muito tem se falado sobre a *cultura do cancelamento*, em que determinados comportamentos são rechaçados no ambiente virtual.

Já a regulação pelo mercado consiste em promover o condicionamento de comportamentos através do preço, permitindo que os usuários da rede tenham ou não acesso a determinados bens e serviços, apresentando restrições ao comportamento individual e coletivo.

O controle pela arquitetura, a sua vez, faz com que os atributos originais da rede

1. LESSIG, Lawrence. The Law of the Horse: what Cyberlaw might teach. *Harvard Law Review*, Association, 1999, p. 7.

restrinjam de forma intencional a conduta dos usuários, induzindo certos comportamentos, sejam eles positivos ou negativos, simplesmente pelo modo como a arquitetura de rede foi construída. Nessa seara, *code is law,* de modo que a concepção do *desing* do ciberespaço induz ou não a prática de determinados atos. Além do mais, a arquitetura na internet faz com que tenhamos menos controle sobre o monitoramento dos nossos atos, porquanto as formas de controle são pulverizadas entre algoritmos e tecnologias diversas, de forma imperceptível, de modo que a vigilância no ciberespaço não é auto identificada.

No controle jurídico, há a criação de normas pelo poder público para a regulação dos interesses jurídicos no ambiente da rede, ora mais ou menos eficientes[2].

No Brasil, a internet é regulada pelas diretrizes constantes do Marco Civil da Internet – MCI (Lei nº 12.965/2014) e seus decretos regulatórios. Em seu escopo, o Marco Civil traz inúmeros princípios norteadores, dentre os quais se destaca o princípio da neutralidade de rede. Tal princípio é considerado um dos mais sensíveis na lei, porquanto traduz a preocupação do legislador com o modo com que a comunicação e o tráfego de dados são feitos por meio da internet em nosso país.

Por neutralidade de rede compreende-se a vedação de que os provedores de acesso não podem, em regra, fazer distinção entre os pacotes de dados que trafegam em sua rede, devendo tratar todos com isonomia, independentemente de seu conteúdo, origem, destino, serviço, terminal ou tipo de aplicação. Indo além, na provisão de conexão à internet, seja onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados.

A discriminação ou degradação do tráfego, como exceção, devem decorrer de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações e a priorização de serviços de emergência. Nestas hipóteses, o responsável deve se abster de causar danos aos usuários, agir com proporcionalidade, transparência e isonomia, informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas,

2. LESSIG, Lawrence. The Law of the Horse: what Cyberlaw might teach. *Harvard Law Review*, Association, 1999, p. 8.

inclusive as relacionadas à segurança de rede e deve oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias, abstendo-se de praticar conduta anticoncorrenciais.

2. A NEUTRALIDADE DE REDE: POLÊMICAS MERCADOLÓGICAS, POLÍTICAS E JUDICIAIS

Os debates a respeito dos limites e contornos da neutralidade de rede remontam os anos 2000, quando o acesso à internet começou a se popularizar, aumentando de forma exponencial o número de dispositivos conectados à rede. Foi naquele momento que começaram a surgir evidências de que os provedores de acesso estariam prejudicando o tráfego daqueles provedores de aplicação que pudessem ser opostos aos seus interesses comerciais.

O termo "neutralidade de rede" foi cunhado pelo professor norte-americano da Universidade da Columbia, Tim Wu. No ano de 2003, após analisar de perto os termos e condições de uso das dez maiores operadoras de banda larga dos Estados Unidos, Wu verificou uma série de restrições de uso impostas aos consumidores pelas próprias empresas[3].

O controle imposto pelos prestadores do serviço incluía desde restrições de cunho comercial, até restrições de cunho subjetivo, como aquelas decorrentes de qualquer objetivo tido como ofensivo ou imoral[4]. Nesses casos, a própria operadora de banda larga propunha, fiscalizava e punia o comportamento dos usuários.

O poder de regulação concentrado nos provedores de acesso, para Wu, não seria legítimo e não permitiria uma inovação da mesma forma que poderia acontecer com uma rede livre de interferências direcionadas aos interesses privados. Segundo ele, é preciso criar um ambiente "desprovido de viés cognitivo" para que novas ideias

3. WU, Tim, Network Neutrality, Broadband Discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, p. 141, 2003. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=388863 Acesso em: 27 set. 2021.

4. WU, Tim, Network Neutrality, Broadband Discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, p. 141, 2003. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=388863 Acesso em: 27 set. 2021, p. 160.

possam germinar. Assim, a solução proposta pelo professor foi o que ele definiu por "neutralidade de rede", princípio que busca atingir um equilíbrio: se não houver um dano comprovado, as provedoras de acesso não poderiam restringir a forma com que os usuários utilizam a conexão, dando, ao mesmo tempo, à provedora, uma liberdade de "'*policiar o que eles possuem' (a rede local), enquanto as restrições baseadas em indícios inter-redes devem ser vistas com suspeita*"[5].

Tim Wu ainda explica que "*a promoção da neutralidade da rede não é diferente do desafio de promover a concorrência evolucionária justa em qualquer ambiente de propriedade privada, seja uma rede telefônica, sistema operacional ou mesmo uma loja de varejo*"[6].

Essa visão pioneira, contudo, apresenta pontos de vista diversos, dado que a aplicabilidade e a discussão quantos aos contornos do que efetivamente seria a neutralidade de rede são temas complexos.

Em 2007, Tim Wu e Christopher Yoo debateram sobre a manutenção da internet como um ambiente neutro. Nas palavras de Yoo:

> Não estou convencido de que desvios da neutralidade da rede irão necessariamente prejudicar os consumidores e a inovação. Pelo contrário, a competição e a inovação poderiam ser melhores servidas se os formuladores de políticas adotassem um princípio de 'diversidade de rede' que permitisse a diferentes proprietários de rede perseguir abordagens diferentes para rotear o tráfego[7].

Para ele, a diversidade de rede poderia ser segmentada em três grandes ramos de mercado, de acordo com o tipo de dado e de sua aplicação. Assim, a rede teria um segmento voltado para e-mails e acessos a páginas da web, outro segmento para

---

5. WU, Tim. *Network Neutrality, Broadband Discrimination*. Journal of Telecommunications and High Technology Law, Vol. 2, p. 141, 2003. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=388863 Acesso em: 27 set. 2021, p. 168.

6. WU, Tim. *Network Neutrality, Broadband Discrimination*. Journal of Telecommunications and High Technology Law, Vol. 2, p. 141, 2003. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=388863 Acesso em: 27 set. 2021, p. 142.

7. WU, Tim; YOO, Christopher S. *Keeping the Internet Neutral?: Tim Wu and Christopher Yoo Debate*. Disponível em: https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1485&context=fclj Acesso em: 27 set. 2021, p. 2-3, tradução livre.

transações financeiras e *e-commerce,* e um terceiro destinado a aplicações com maior demanda de dados, como *streaming* de vídeo. Além do mais, ele entende como aceitável que os provedores de acesso possam celebrar acordos comerciais com exclusividade com as empresas provedoras de conteúdo e aplicação, de modo que determinado site ou buscador somente poderiam ser acessados caso o usuário contratasse os serviços de determinada empresa provedora de acesso. Deste modo, ele compreende que sobreviveria no mercado a composição de segmentos de rede, com os devidos ajustes entre os provedores de acesso e de conteúdo, que fosse mais vantajosa para o usuário final[8].

O seu raciocínio se justificaria no fato de que as demandas do início da internet, como o envio de um e-mail e a simples navegação na web, conviviam com pequenos atrasos de segundos que eram praticamente imperceptíveis. Contudo, este tipo de demanda tem sido substituída por serviços tais, como *streaming* de vídeo e o uso da telefonia via internet, nos quais pequenos atrasos impactam sobremaneira a sua qualidade. Deste modo, na visão de Yoo, "*uma solução óbvia seria dar uma prioridade mais alta ao tráfego associado a estes serviços. Infelizmente, este é precisamente o tipo de discriminação entre aplicativos que a neutralidade de rede condenaria*"[9].

Deste modo, ele defende que a política de neutralidade deva ser analisada caso a caso, para fins de separar as hipóteses benéficas e perniciosas da neutralidade de rede para a concorrência mercadológica, já que esse tipo de análise seria enriquecedora para a inovação e o desenvolvimento tecnológico[10].

De modo diverso, para Wu a discriminação em rede não é um convite à inovação e ao desenvolvimento do mercado, porquanto permitiria que os grandes *players* bloqueassem a entrada de concorrentes, prejudicando, justamente, a inovação, já que

---

8. YOO, Christopher S., *Beyond Network Neutrality.* Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 05-16. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=742404 Acesso em: 27 set. 2021, p. 9.

9. WU, Tim; YOO, Christopher S. *Keeping the Internet Neutral? Tim Wu and Christopher Yoo Debate.* Disponível em: https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1485&context=fclj Acesso em: 27 set. 2021, p. 3, tradução livre.

10. WU, Tim; YOO, Christopher S. *Keeping the Internet Neutral? Tim Wu and Christopher Yoo Debate.* Disponível em: https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1485&context=fclj Acesso em: 27 set. 2021, p. 8.

empresas com monopólios deteriam controle sobre o tráfego que é realizado na rede. Nesta lógica, nem sempre o melhor produto ganharia o mercado, mas sim aquele cuja empresa pagasse mais ao provedor de conexão ou que não concorresse com o nicho de atuação do provedor, o que seria pernicioso. "*O risco, como já disse, é termos um mercado onde várias grandes empresas definem o ritmo da inovação e não os desafios dos concorrentes*"[11].

Nesta esteira, quem deve dizer qual produto ou serviço deve sobreviver no mercado são os consumidores, através do uso ou desuso em razão de suas preferências pessoais.

Para ele, a importância do debate quanto aos contornos e limites da neutralidade de rede recai, justamente, sobre a compreensão quanto ao que equivale uma boa ou má discriminação nas redes. E vai além, aduzindo que os exemplos trazidos por Christopher denotam alguns tipos de discriminação que podem ser úteis, contudo, os exemplos não são capazes de anular a discriminação ruim, especialmente quando estamos diante *stakeholders* que possuem grande poder de mercado[12]

Ou seja, o debate da neutralidade de rede está diretamente vinculado à competição mercadológica. Mas não só, já que o jogo político também é fator preponderante para a definição do que é permitido ou não no ambiente de rede. Um claro exemplo do simbolismo da neutralidade de rede no cenário político brasileiro ocorreu em 2016, quando a então presidente Dilma Rousseff estava prestes a sofrer o impeachment. Ao escolher quais seriam suas últimas decisões, faltando apenas três dias para deixar o seu cargo presidencial, ela optou por regulamentar, via Decreto nº 8.711/2016, o Marco Civil da Internet, que havia sido aprovado pelo Congresso Nacional em 2014, em meio a um enorme escândalo político internacional.

Na esteira dos acontecimentos, em meados de 2013, diante das acusações de espionagem internacional feita pelos Estados Unidos e denunciadas por Edward

11. WU, Tim; YOO, Christopher S. *Keeping the Internet Neutral? Tim Wu and Christopher Yoo Debate*. Disponível em: https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1485&context=fclj Acesso em: 27 set. 2021, p. 9, tradução livre.

12. WU, Tim; YOO, Christopher S. *Keeping the Internet Neutral? Tim Wu and Christopher Yoo Debate.* Disponível em: https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1485&context=fclj Acesso em: 27 set. 2021, p. 4.

Snowden, ex-consultor da Agência de Segurança Nacional (NSA, na sigla em inglês) dos EUA, a Presidente Dilma Rousseff requereu que o Projeto de Lei nº 2126/2011 fosse analisado com urgência pelo Congresso Nacional, vindo a ser aprovado o MCI em 2014.

Não só no Brasil, o simbolismo da neutralidade de rede no jogo político também é perceptível em outros países, como nos Estados Unidos. No governo Obama, foi nomeado para presidente da Federal Communications Commission (FCC) Tom Wheeler, que foi responsável por adotar diversas condutas para o *enforcement* da neutralidade de rede no país. Já no governo Trump, como resposta política, em sua primeira semana do seu mandato, foi nomeado outro presidente para o FCC, o Ajit Pai, com a proposta de revogar diversas regras de neutralidade de rede nos EUA, e assim foi feito. O atual presidente norte-americano Joe Biden busca retomar as regras relativas à neutralidade de rede no país, tendo inclusive nomeado o professor Tim Wu como um dos conselheiros econômicos do governo.

Certo é que as discussões sobre a neutralidade de rede chegaram até o Poder Judiciário. À título de direito comparado, é emblemático o *case* do Tribunal de Apelações dos Estados Unidos para o Distrito de Columbia envolvendo a provedora de acesso *Comcast Corp versus Federal Communications Commission* (FCC), que colocou em jogo o interesse de grandes aplicações da internet, como a NBC e a Netflix.

O caso diz respeito a uma ordem do FCC, datada de 2008, que censurava a *Comcast* por interferir na velocidade de certas aplicações da internet, de acordo com seus interesses comerciais. Ao final da demanda, o Tribunal de Apelações sustentou que a FCC não teria jurisdição sobre o serviço de internet da *Comcast* e decidiu por anular a ordem da FCC. Como consequência, a Netflix e demais concorrentes acabaram buscando acordos financeiros com a Comcast para que a velocidade de acesso a suas aplicações pelos usuários da *Comcast* não fosse diminuída.

Vale enfatizar, contudo, que mesmo diante o acordo, o CEO da Netflix, Reed Hastings, manifestou-se à época, afirmando que os provedores de acesso à internet deveriam provisionar, de forma apropriada e gratuita, as conexões de rede aos serviços de aplicação. Na visão do CEO, ter que pagar um valor ao provedor de acesso para que os usuários tenham uma conexão rápida e satisfatória aos seus serviços seria uma forma de "imposto arbitrário".

Já no Brasil, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ajuizou Ação Civil Pública em face da famosa empresa Decolar.com Ltda, sob alegação de que restou provado em inquérito civil as práticas abusivas de *Geo-blocking* (bloqueio de oferta com base na origem geográfica do consumidor e/ou nacionalidade) e de *Geo-pricing* (precificação diferenciada da oferta com base na origem geográfica e/ou nacionalidade do consumidor).

Segundo o Ministério Público, a discriminação geográfica teria ocorrido por meio de duas práticas diferentes, levadas à cabo pela manipulação da própria estrutura dos algoritmos da Decolar.com e por meio de ferramentas digitais disponibilizadas na plataforma de empresas do setor hoteleiro.

No primeiro caso, os algoritmos usados pela Decolar.com para a disponibilização de ofertas aos consumidores registrariam a sua origem geográfica como elemento representativo de sua nacionalidade, ao qual era utilizada como critério discriminador, já que assim a empresa bloquearia ofertas ou atribuiria preços mais altos aos produtos em função das nacionalidades dos consumidores.

Já no segundo caso, as ferramentas disponíveis nas plataformas das empresas do setor hoteleiro permitiriam que os próprios hotéis levassem à cabo a discriminação, oferecendo melhores condições para determinadas nacionalidades, em detrimento das demais.

Outra prática muito polêmica no mercado é a denominada *zero rating*. Em setembro de 2017, foi publicada no Diário Oficial da União uma decisão do CADE, relativa à Nota Técnica nº 34/2017/CGAA4/SGA1/SG/CADE, no sentido de determinar o arquivamento de inquérito administrativo instaurado pelo Ministério Público Federal para fins de apurar a prática de infrações à ordem econômica por operadoras de telefonia móvel, justamente em razão da suposta prática de *zero rating*.

Para o Ministério Público Federal, as operadoras de telefonia, além de praticarem condutas anticoncorrenciais estariam praticando tratamento discriminatório entre conteúdos trafegados e aplicações de empresas parceiras.

A prática de *zero rating* consiste em diversas estratégias comerciais apresentadas ao consumidor. Dentro os inúmeros exemplos elencáveis, a estratégia mais comum ocorre quando os provedores de conexão permitem que os seus consumidores utilizem certas aplicações sem que o seu uso consuma o volume de dados adquiridos nos

planos contratados. Nesta hipótese, caso o plano de dados possua um volume fixo cujo limite da franquia é atingido, o acesso à rede de modo geral é bloqueado, mas as aplicações parceiras, em que o consumo não é deduzido do pacote franqueado, continuam tendo o seu acesso permitido, sem redução de velocidade.

Em outra hipótese bastante comum, esta prática estabelece um limite de velocidade para o tráfego de dados no plano contratado. Deste modo, ao atingir o limite da franquia, o acesso às aplicações é mantido, conduto, com a redução de velocidade.

Em que pese se tratem de estratégias diversas, em todo o caso, a prática de *zero rating* consiste em uma discriminação positiva do tráfego dos dados das aplicações parceiras ou da própria provedora de conexão, em detrimento das demais[13].

3. A INTERNET NUNCA FOI NEUTRA

O mito de que a internet seria um ambiente neutro em decorrência da forma como foi arquitetada, em torno do Protocolo TCP/IP, é apenas isto, um mito. De antemão, verifica-se que a internet surgiu no contexto da Guerra Frita, para atingir interesses militares e de segurança nacional, ou seja, a sua criação não é fruto de um ambiente de neutralidade.

Além do mais, a sua regulamentação é eivada de inúmeros vieses, até porque, como já sedimentado por Lessig, a internet é regulada por regras sociais (que alteram de cultura para cultura), por meio do mercado, com múltiplos estímulos privados, pela própria arquitetura e *design* da rede, que também seguem a interesses diversos, sejam eles públicos ou privados, e através de normas jurídicas, que certamente são plurais quando se pensa em um ambiente de rede globalizado.

Para que houvesse uma pretensa neutralidade internacional, isso dependeria, *a priori,* da conformação de uma regulação transfronteiriça que vedasse, de forma equânime, o tratamento discriminatório seja aqui no Brasil, nos Estados Unidos ou na China. E ainda assim a neutralidade não seria um princípio absoluto, pois é imprescindível que determinados serviços detenham gerenciamento de tráfego

13. COHEN, Fernanda; LEITE, Douglas; SILVA, Isaura. *Acordos de zero rating e neutralidade de rede.* Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordos-de-zero-rating-e-neutralidade-de-rede-24092017 Acesso em: 27 set. 2021.

privilegiado, em decorrência de seus requisitos técnicos ou de sua urgência.

Ademais, até a mesmo a opção de como regulamentar é uma escolha não neutra, como já verificado em teorias de regulamentação completamente diversas sustentadas por doutrinadores renomados, como Tim Wu e Christopher Yoo. Soma-se às diversas versões doutrinárias a enorme pressão política que circunda os debates mercadológicos.

Além das questões aqui suscitadas, ainda há o fato de que empresas deliberadamente adotam posturas comerciais que atentam contra a pretensa neutralidade da rede, frente às quais seria possível cogitar a coibição dos abusos mais alarmantes, mas é realista concluir que seria impossível vedar toda e qualquer prática que vá de encontro ao princípio da neutralidade.

A título de exemplo, em razão da arquitetura original da rede, organizada em torno do protocolo TCP/IP que permite a divisão da informação em pacotes menores, a sua transmissão e o reagrupamento da informação no destino final, não era possível aferir o conteúdo das informações que estavam sendo transmitidas, pouco importando se tratar de um conteúdo jornalístico, uma letra de música ou uma decisão judicial.

No entanto, a arquitetura atual da rede conforma novos componentes hábeis a permitir o monitoramento do conteúdo dos pacotes, como o software denominado DPI (*deep packet inspection).* Basta, para tanto, que no local onde o *software* DPI esteja programado para agir, a informação transite por lá[14]. Deste modo, a pretensa neutralidade trazida pelos protocolos TCP/IP ao transmitirem dados independente do seu conteúdo, origem e destino, já não reflete a realidade.

Uma vez que se sabe o conteúdo dos pacotes que estão sendo transmitidos, é possível manipular o seu tráfego, reduzindo ou aumentando a velocidade de determinados pacotes em detrimento de outros, ou até mesmo promover a interrupção de sua transmissão. Isso confere amplo poder aos que dispõem do DPI, já que eles podem prejudicar o tráfego de conteúdo da empresa concorrente, ou submeter a transmissão

14. PARENTONI, Leonardo. Neutralidade de Rede: mudanças na infraestrutura da internet e como isso influencia na sua vida. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, v. 19, n. 119, p. 560-597, jan. 2018, p. 574.

a filtros e censuras governamentais, em uma postura nada transparente. E o pior. Esta manipulação ocorre sem que o usuário final da rede possua consciência, muitas vezes trazendo a falsa sensação de que o serviço ofertado por determinada empresa é pior que o da concorrente, quando, na verdade, o concorrente se valeu de técnicas para piorar a qualidade do tráfego das outras empresas, prática denominada *traffic shaping*[15].

O *traffic shaping,* ou modelagem de tráfego, ocorre quando os provedores limitam o uso de protocolos de transferência para moderar o tráfego de dados, seja em razão do volume a ser transmitido, em razão do horário ou região, ou até mesmo em decorrência de práticas anticoncorrenciais.

É o que ocorre, por exemplo, quando um usuário consome um serviço de *streaming* de vídeo, que envolve elevada quantidade de informações transmitidas, e, por meio do *traffic shaping,* possui o seu uso limitado, diminuindo a qualidade com que o vídeo será reproduzido[16].

Além desta prática, inúmeras são as estratégias atentatórias à neutralidade de rede que podem ser levadas à cabo. É o que teria ocorrido, por exemplo, no mencionado *case* entre *Comcast* e Netflix, em que esta teve que dispender de volume financeiro para que os usuários da *Comcast* não tivessem o tráfego de dados reduzido quando utilizassem das aplicações da Netflix.

Há que se falar que neste caso estamos diante uma briga de gigantes, que dispõem de enorme capital econômico, tecnológico e jurídico para a tutela de seus interesses. O problema é agravado quando estamos diante de pequenos e médios empreendedores que competem em um ambiente hostil, no qual seus serviços poderão ser constantemente prejudicados por gigantes do mercado, cujo poder afeta até mesmo a conformação original da arquitetura da rede, como foi visto com o DPI.

Se grande parte das empresas sequer possui capacidade de impedir esse tipo de

---

15. PARENTONI, Leonardo. Neutralidade de Rede: mudanças na infraestrutura da internet e como isso influencia na sua vida. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, v. 19, n. 119, p. 560-597, jan. 2018, p. 580.

16. BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; CÉSAR, Daniel. *Marco civil da internet e neutralidade da rede: aspectos jurídicos e tecnológicos*. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/23288/pdf Acesso em: 27 set. 2021, p. 13.

discriminação, quiçá o consumidor final terá consciência sobre o que tem sido feito com os serviços por eles contratados. Resta totalmente frustrada a experiência do usuário, ainda que o serviço por ele contratado seja, em sua natureza, de extrema qualidade.

Isso pode ser também verificado diante as estratégias de *zero rating,* em que empresas parceiras dos provedores de acesso podem atrair benefícios para as suas aplicações, em detrimento dos serviços de outros concorrentes, eventualmente com melhor qualidade, mas com menor capacidade competitiva.

Mais invasivo ainda é quando o caráter discriminatório se dirige diretamente aos usuários em decorrência de características pessoais, como visto por meio das práticas de *Geo-pricing* e *Geo-blocking* levadas à cabo pela Decolar.com. Neste caso, a ausência de neutralidade ataca diretamente fatores pessoais dos usuários da rede, uma vez que dados de geolocalização eram utilizados para beneficiar comercialmente determinadas nacionalidades em detrimento de outrem.

A questão central reside no fato de que a neutralidade de rede visa a permitir que os usuários da internet possam fazer suas escolhas de forma livre e consciente. Caso um consumidor soubesse que, acessando determinado site de passagens aéreas de uma localização diversa de sua residência, teria o preço final menor, muito provavelmente ele não compraria a passagem com preço mais elevado ou compraria de uma empresa concorrente. O ponto fulcral é a necessidade de transparência, justamente para que o usuário possua poder de escolha.

O Marco Civil da Internet e o Decreto nº 8.771/2016 são claros ao disporem as hipóteses que autorizam a discriminação ou degradação do tráfego, indo de encontro com a neutralidade de rede, quais sejam, em decorrência de requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços ou aplicações, ou para fins de priorizar serviços de emergência, frente às quais não estão comtempladas as atividades de *traffic shaping, zero rating* e muito menos as práticas de *geo-pricing* e *geo-blocking.*

Ademais, somente é possível a discriminação ou degradação do tráfego em hipóteses restritas, previamente informadas aos usuários, e de modo transparente, claro e suficientemente descritivo sobre as práticas de mitigação de tráfego adotadas, sendo vedado condutas anticoncorrenciais. O Decreto nº 8.771/2016 vai além e veda condutas que priorizem pacotes de dados em razão de arranjos comerciais ou

privilegiem aplicações ofertadas pelo próprio responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento.

Quanto à precificação diversa de produtos idênticos perpetrada pela Decolar.com, a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19) traz em seu artigo 3º, inciso III, que a definição de preços dos produtos e serviços é livre, em mercados não regulados, de acordo com a oferta e demanda. Mas, em se tratando de ambiente de rede, a regulação dos preços deve seguir também as diretrizes do Marco Civil da Internet, por ser tratar de lei especial. Assim, quando há modulação de preços em função de critérios pessoais não divulgados, como praticado pela Decolar.com, é retirada a liberdade de escolha do usuário, que somente terá acesso a uma determinada precificação, sem saber que, contudo, consumidores diversos estão comprando o mesmo produto com preços e condições diferentes.

Esta discussão reverte-se de grande importância, pois estão em jogo a inovação, a liberdade de expressão e a livre concorrência, corolários da internet. A internet é um fenômeno justamente porque foi arquitetada sob uma estrutura que permite a enorme e veloz profusão de conteúdo, sob os mais diversos formatos e aplicações, de forma a estimular modelos de negócios criativos e inovadores e a livre comunicação.

Nesse sentido, Barbara Van Schewick propõe a conformação de uma terceira via, para além das suscitadas por Yoo e Wu, cujo foco é a transparência das relações comerciais, permitindo a liberdade de escolha dos consumidores. Ela defende que a neutralidade de rede deve considerar o fomento à inovação, à liberdade de expressão e à descentralização das relações econômicas, admitindo a discriminação de tráfego de dados em momentos de congestionamento de rede por tipo de aplicação, em que segmentos completos podem ser discriminados, sem prejuízo de uma determinada empresa específica[17].

Ora, o envio de um e-mail possui requisitos e necessidades diversas do serviço de *streaming* da Netflix, que por sua vez possui prioridade diversa da realização de uma cirurgia à distância viabilizada por meio da tecnologia 5G. Desta forma, poder-se-ia tolerar a modulação de tráfego em prol das aplicações de *streaming* em detrimento

17. AMMORI, Marvin. *The Women Who Won Net Neutrality.* Disponível em https://slate.com/technology/2015/09/barbara-van-schewick-susan-crawford-and-other-women-who-won-net-neutrality.html Acesso em: 28 set. 2021.

do envio de e-mail, em momentos de congestionamento, porquanto neste último caso pequenos atrasos não prejudicam a qualidade do serviço ofertado.

O que não se admite é o abuso de direito, vedado em nossa legislação por meio do artigo 187 do Código Civil, conforme claramente verificado nos *cases* da *Comcast* e Netflix, e nas práticas de adotadas pela Decolar.com.

Nos casos em comento, o dever de transparência foi suplantado pela concorrência predatória, capaz de influenciar diretamente a experiência do usuário na utilização dos serviços de *streaming* da Netflix, ou pior, para fins de discriminação de consumidores diante a prestação do mesmo serviço, prática vedada pelo Código de Defesa do Consumidor.

A liberdade de escolha de bilhões de consumidores diante a miríade de oferta de bens e serviços restaria cabalmente comprometida se, de forma escusa, empresas pudessem beneficiar o tráfego dos seus pacotes de conteúdo em detrimento dos pacotes das empresas concorrentes, ou pudessem subsidiar o acesso aos conteúdos de determinadas aplicações, prejudicando a oferta dos serviços de outras empresas.

Deste modo, não estar-se-ia privilegiando a livre concorrência e todas as benesses que ela traz para a disposição de produtos e serviços com qualidade cada vez melhor, a um custo cada vez menor. Isso privilegiaria empresas com serviços potencialmente inferiores, somente porque possuem a capacidade de manipular a arquitetura da rede e a forma como seus pacotes de conteúdo trafegam ou porque possuem poderio econômico para subsidias parcerias com provedores de acesso.

Deste modo, a livre concorrência deve estar intrinsicamente vinculada à criatividade, à disrupção e à capacidade de criar produtos e serviços melhores e inovadores. Ou seja, a camada de aplicações da rede, onde se externaliza o resultado do que é trafegado, deve fomentar a concorrência e a livre iniciativa, pois é salutar para o ambiente econômico e para os usuários da rede. Assim, a empresa que detiver as melhores notícias, a melhor plataforma de *streaming,* o melhor e-mail, o melhor aplicativo de troca de mensagens, terá mais clientes, mais marketing, mais investimentos, mais lucro. E assim será até que surjam modelos de negócios mais disruptivos e encantadores.

Por outro lado, deve ser desestimulada a guerra silenciosa que atua à nível de estrutura de rede, que de forma não transparente impacta o tráfego de pacotes de

conteúdo, inclusive mediante a verificação da origem, destino e conteúdo do que está sendo trafegado, dado que violam a livre concorrência, a liberdade de expressão e o direito à privacidade, incorrendo, eventualmente, até mesmo em censura.

CONCLUSÃO

Os contornos acima delineados demonstram a complexidade do ciberespaço, porquanto nele coexistem interesses múltiplos e incontáveis, seja da iniciativa privada nos mais diversos segmentos e portes, comportando desde gigantes como Google e Facebook até empresas recém-criadas; seja do Poder Público, com suas diferentes necessidades e níveis de intervenção, como as diretrizes adotadas em países com ideologias totalmente distintas, como Estados Unidos, Brasil e China.

Acrescenta-se a esta complexidade, inata ao ambiente de rede, os desafios decorrentes das inúmeras legislações que regulam a internet nos territórios, já que em uma realidade de economia globalizada, uma empresa sediada em determinado país é capaz de prestar seus serviços e vender seus produtos em todo o globo, devendo submeter-se a diversas legislações, por vezes conflitantes.

Além disto, o controle cada vez maior da infraestrutura de rede pelos gigantes de tecnologia dificulta a profusão de um ambiente que estimule a livre concorrência e a inovação, sendo certo que, em qualquer dos cenários acima descritos, o grande prejudicado é o usuário final da rede.

Isso porque, além da possibilidade de ter acesso a menos produtos e serviços em um ambiente com concorrência predatória, o usuário ainda pode ter mitigada a sua capacidade e liberdade de escolha, ao passo em que ainda é manipulável em decorrência de características e dados pessoais mapeados com absoluta precisão por empresas e governos.

Tendo como foco o usuário e consumidor final da internet, faz-se necessário contrapor o princípio da neutralidade de rede com as demandas técnicas para o melhor funcionamento das aplicações, permitindo, como defendido por Barbara van Schewick, a discriminação de tráfego de segmentos inteiros de aplicação, sem que uma empresa específica seja beneficiada em detrimento de outra, para que a experiência do usuário seja a melhor possível naquele determinado nicho.

Nesta hipótese, não se toleraria abusos dos grandes *players* do mercado, permitiria e incentivaria a inovação e o surgimento de novas empresas a fim de competirem em um mercado amplo e aberto, ao passo em que privilegiaria a experiência dos usuários com os serviços de aplicações, de forma totalmente transparente e não atentatória aos direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

AMMORI, Marvin. *The Women Who Won Net Neutrality*. Disponível em https://slate.com/technology/2015/09/barbara-van-schewick-susan-crawford-and-other-women-who-won-net-neutrality.html Acesso em: 28 set. 2021

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; CÉSAR, Daniel. *Marco civil da internet e neutralidade da rede: aspectos jurídicos e tecnológicos*. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/23288/pdf Acesso em: 27 set. 2021

BRASIL. *Decreto nº 8.771, de 11 de maio de 2016*. Regulamenta a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8771.htm Acesso em: 01 jul. 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Acesso em: 01 jul. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm Acesso em: 01 jul. 2021.

COHEN, Fernanda; LEITE, Douglas; SILVA, Isaura. *Acordos de zero rating e neutralidade de rede*. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordos-de-zero-rating-e-neutralidade-de-rede-24092017 Acesso em: 27 set. 2021

ENOMOTO, Lívia Yuri de Queiroz. *Influência e disputa regulatória: a atuação de grupos de interesses do setor privado na definição da neutralidade de rede no Brasil.* Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-24052017-084708/en.php Acesso em: 27 set. 2021

G1. *CEO do Netflix defende neutralidade da rede e critica Comcast.* Disponível em: http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/03/ceo-do-netflix-defende-neutralidade-da-rede-e-critica-comcast.html. Acesso em: 01 jul. 2021

GIZMODO BRASIL. *Quem é Tim Wu, pioneiro da neutralidade da rede que fará parte de conselho do governo Biden.* Disponível em: https://gizmodo.uol.com.br/tim-wu-neutralidade-rede/ Acesso em: 27 set. 2021

ISTO É DINHEIRO. *Número de usuários de Internet no mundo chega aos 4,66 bilhões.* Disponível em: https://www.istoedinheiro.com.br/numero-de-usuarios-de-internet-no-mundo-chega-aos-466-bilhoes/. Acesso em: 30 jun. 2021.

THE VERGE. *Biden's executive order puts net neutrality back in the spotlight.* Disponível em: https://www.theverge.com/2021/7/9/22570567/biden-net-neutrality-competition-eo Acesso em: 26 set. 2021.

LESSIG, Lawrence. The Law of the Horse: what Cyberlaw might teach. *Harvard Law Review*, Association, 1999.

MICHAELIS. *Dicionário brasileiro da Língua Portuguesa.* Disponível em: https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=fen%C3%B4meno. Acesso em: 28 jun. 2021.

NIC.BR. *Uma breve história da internet e do Comitê Gestor da Internet no Brasil.* Disponível em: https://www.nic.br/noticia/na-midia/uma-breve-historia-da-internet-e-do-comite-gestor-da-internet-no-brasil/. Acesso em: 01 jul. 2021

RAMOS, Pedro Henrique Soares. *Neutralidade da rede: um guia para discussão.* Disponível em: http://www.neutralidadedarede.com.br/. Acesso em: 27 jun. 2021.

SCHINCARIOL, Fernando. Filtros Bolha, as escolhas que fizemos e as que faremos: Considerações sobre como (Não) Regular a Internet. In: BRANCO, Sérgio e TEFFÉ, Chiara de [Org]. *Privacidade em Perspectivas*. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio, 2018.

SENADO FEDERAL. *Marco Civil da Internet foi reação brasileira a denúncias de Snowden.* Disponível em: https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/espionagem-cibernetica/propostas-senadores-querem-inteligencia-forte/marco-civil-da-internet-foi-reacao-brasileira-a-denuncias-de-snowden. Acesso em: 01 jul. 2021

PARENTONI, Leonardo. Neutralidade de Rede: mudanças na infraestrutura da internet e como isso influencia na sua vida. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, v. 19, n. 119, p. 560-597, jan. 2018.

WIKIPEDIA. *História da Internet*. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Hist%C3%B3ria_da_Internet. Acesso em: 01 jul. 2021.

WU, Tim, Network Neutrality, Broadband Discrimination. *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, p. 141, 2003. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=388863 Acesso em: 27 set. 2021.

YOO, Christopher S., *Beyond Network Neutrality.* Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 05-16. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=742404 Acesso em: 27 set. 2021.

WU, Tim; YOO, Christopher S. *Keeping the Internet Neutral? Tim Wu and Christopher Yoo Debate.* Disponível em: https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1485&context=fclj Acesso em: 27 set. 2021.

ZERO-RATING E SEU IMPACTO NA REDE E NA ECONOMIA

Giovanni Carlo Batista Ferrari

Graduado em Direito pela UFMG. Pós-graduado em Direito Digital pelo CERS. Pós-graduando em Direito do Consumidor pela Faculdade Legale. Advogado.

Resumo: O presente trabalho conceitua o *Zero-rating*, mostrando das diversas maneiras como ele se manifesta no mercado. Após, a neutralidade de rede é abordada, explicando o início da internet, seu funcionamento, como o *Zero-rating* interfere na rede, e o entendimento da legislação brasileira. Logo depois, mostra-se como o *Zero-rating* interfere no âmbito concorrencial e as distorções ocorridas na competição de operadoras de telefonia e aplicativos. Feitas essas considerações, aborda-se uma decisão do CADE sobre o *Zero-rating* e como o tema é entendido nos Estados Unidos e União Europeia.

Palavras-chave: *Zero-rating*, neutralidade de rede, concorrência.

Abstract: *This work conceptualizes Zero-rating, showing the different ways in which it manifests itself in the market. Afterwards, net neutrality is addressed, explaining the beginning of the internet, its operation, how Zero-rating interferes in the network, and the understanding of Brazilian legislation. Soon after, it shows how Zero-rating interferes in the competitive environment and the distortions that occurred in the competition of telephony operators and applications. Having made these considerations, a decision by CADE on Zero-rating and how the issue is understood in the United States and the European Union is addressed.*

Keywords: *Zero-rating, net neutrality, competition.*

SUMÁRIO: 1. Introdução e conceito de *Zero-rating*; 2. Neutralidade de Rede; 3. *Zero-rating* no contexto do Direito da Concorrência; 4. *Zero-rating* no Brasil; 5. *Zero-rating* em outros lugares; 6. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO E CONCEITO DE *ZERO-RATING*

Coisas grátis te atraem? E se você pudesse usar ilimitadamente um serviço online, isso iria te agradar? Melhor ainda, e se uma das aplicações de internet que você mais

usa e gosta, simplesmente não fosse abatida de sua franquia de pacote de dados móveis? Tal fato seria no mínimo, conveniente. E é exatamente isso que está acontecendo em várias regiões do mundo concomitantemente, incluindo o Brasil. *"Que maravilha!"*, exaltariam alguns, ter algo que você aprecia, simplesmente oferecido sem contrapartidas. Ledo engano. Não há "almoço grátis", nesse caso, e você é o "prato principal".

"Todo mundo está comprando dos mais vendidos", é parte da letra da música *"O Papa é Pop"*, da banda Engenheiros do Hawaii. Esse trecho ilustra bem o que acontece no atual mercado de aplicativos de celular, quando um aplicativo se torna popular, no topo dos mais usados, e a companhia que o possui realiza diversas manobras bastante questionáveis para se manter no patamar superior, criando um ambiente de negócios bastante oligopolizado e estático. Assim sendo, os consumidores têm menos opções, e tenderão a usar os mais usados.

Nesse sentido, uma dessas manobras questionáveis é o acordo entre empresas proprietárias de aplicações de internet e as companhias donas de provedores de internet. Nesse acordo, fica estabelecido que os custos do acesso dos clientes dos provedores da internet nos aplicativos selecionados serão custeados pelas próprias companhias donas do aplicativo. Essa manobra se chama *Zero-rating* e há várias maneiras de se fazê-lo.

O *Zero-rating* pode ser conceituado como uma prática realizada por provedora de internet ou operadoras de telefonia, que consiste em oferecer ao consumidor o acesso a certas aplicações da internet gratuitamente, sem cobrar o acesso na franquia de dados móveis. Existem várias formas de *Zero-rating*, e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), através do Informe nº 4/2016/SEI/SCP[1], listou as práticas de *Zero-rating*[2].

---

1. Informação disponível em https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?Yj72kUioo_z14_E1ere_NErKAAYpCDMsB4uhQFHnURw7-zDaMfPIMI8E37WdZvnvmvwOy8fPIjL8ye4k6Og2tVyMnK2VwG4a1o52XKIxVib-tkB7nDUfxhoq956Rs3lD7. Acesso em: 16 de ago. de 2021.

2. "Tarifação zero por escolha da própria prestadora – a prestadora de serviço de telecomunicações elege, segundo critérios pautados em uma decisão interna, determinados conteúdos ou aplicações que, quando acessados pelo usuário, não gerarão qualquer tipo de custo;

Nessa senda, observa-se que, a depender dos interesses comerciais envolvidos, os agentes econômicos elaboram acordos entre si, com o intuito de maximizar seus lucros e de se manter no domínio do mercado consumidor. Tais acordos são prejudiciais à inovação e ao princípio da neutralidade de rede, e como consequência, criam barreiras à inovação e à entrada de novos competidores, gerando um ambiente concentrado de poder econômico e de influência.

Esse arranjo dos provedores de aplicações e companhias de telecomunicações favorecem as grandes empresas de aplicativos, que podem pagar pelos acessos de seus usuários, marginalizando aqueles que não podem, como criadores sem fins lucrativos, pequenas empresas em desenvolvimento e usuários comuns. O *Zero-rating*, nesse sentido, pode garantir uma vantagem indevida do conteúdo que não é abatido da conta do consumidor, comparado ao conteúdo provido pelos demais concorrentes. Em suma, o *Zero-rating* afunila os usuários da internet nos conteúdos cobertos por essa prática, ao custo da perda de relevância das demais alternativas.

As companhias de telecomunicações que também são provedoras de aplicações podem se aproveitar do *Zero-rating* para promover seus próprios conteúdos, facilitando o acesso desses usuários a esse tipo de serviço que ela mesma gera, criando a

---

Tarifação zero para aplicações ou serviços de emergência – o acesso a aplicações ou serviços de utilidade pública específicos não são cobrados do usuário;

Dados patrocinados – nesse caso, o patrocinador arca com os custos dos dados trafegados pelo usuário final quando destinarem-se ao acesso a website específico ou utilização de determinado aplicativo;

Gerenciamento de dados – consiste no gerenciamento de tráfego direcionado a provedores de conteúdo, a fim de que estes se utilizem de períodos de menor demanda de tráfego, os quais são consequentemente mais baratos, para entrega de seu conteúdo de forma mais eficiente;

Dados como recompensa – ocorre quando uma marca, desejando engajar determinado consumidor, lhe oferece a possibilidade de acesso a dados móveis, com custo zero, como recompensa por assistir um vídeo específico, baixar certo aplicativo ou realizar determinada ação desejada;

Publicidade direcionada – nesse caso, direciona-se a publicidade de determinado produto àqueles consumidores que, segundo informações de seu acesso, efetivamente têm interesse. Nesse caso, o usuário que baixar o aplicativo ou acessar o conteúdo desejado, não pagará por tê-lo feito;

Dados corporativos – permite que determinada instituição arque apenas com acesso a dados corporativos. Os dados pessoais serão custeados pelo próprio funcionário."

famigerada vantagem competitiva indevida, já que ela concentra uma considerável parcela de tudo o que é oferecido ao consumidor.

Para evitar que interferências indevidas no fluxo de dados pela internet, surgiu o conceito de neutralidade de rede, que será melhor detalhado infra. Em linhas gerais, a neutralidade de rede visa garantir uma internet neutra, sem privilegiar e nem degradar nenhum dado que trafega pela rede, buscando manter a arquitetura original da internet, que trouxe muita inovação para todo o mundo. A neutralidade de rede, assunto de muita importância, já é contemplada em legislações mundo afora, inclusive no Brasil.

2. NEUTRALIDADE DE REDE

A neutralidade de rede é um conceito que nos remete ao início da própria da internet. A internet surgiu na segunda metade do século XX, nos Estados Unidos, oriunda de um projeto militar que visava preservar as informações militares em caso de guerra e com perda severa de infraestrutura. Na época, as telecomunicações mais rápidas ocorriam por meio de telefone, e tal meio de comunicação era demasiado vulnerável a ataques.

Nesse contexto, entre incentivos e reveses, o projeto embrionário da internet ganhou fôlego quando a União Soviética lançou o satélite Sputnik, em 1957. Então, os militares se uniram aos acadêmicos para desenvolver o projeto Arpanet, que culminou no que hoje conhecemos como internet. Dessa forma, a internet surgiu como uma tecnologia com potencial enorme de desenvolvimento, especialmente por causa de sua estrutura dividida em camadas.

A internet foi criada em etapas, com tecnologias surgindo como passar do tempo e sendo incorporadas à estrutura. Assim, hoje, a internet possui seis camadas distintas: estrutura física, conexão, protocolo, transporte, aplicações e conteúdo. É a rápida troca de informações entre essas camadas que possibilita o usuário navegar entre páginas da internet, aplicações, redes sociais e toda sorte de ambientes virtuais.

Outra característica da rede é sua modularidade, o que significa que a rede é formada por diversos componentes independentes entre si, chamados de módulos. A existência desses módulos serve para diminuir a dependência da rede como um todo,

em relação a cada módulo. Segundo Parentoni[3] "*a grande vantagem da modularidade é possibilitar aprimoramentos internos em cada componente da rede sem que para isto seja preciso alterar sua infraestrutura como um todo.*"

Nesse diapasão, foi a partir dessa modularidade que Tim Bernard Lee, em 1989, criou o protocolo de hipertexto, também conhecido como World Wide Web (WWW), que praticamente é a tecnologia dominante nas páginas de internet. Lee só pode concretizar sua inovação por conta da natureza modular da rede, sendo ele capaz de desenvolver a aplicação conhecendo apenas o necessário de uma camada. Assim, não é preciso conhecer a fundo o funcionamento de cada tecnologia da rede para desenvolver novas tecnologias. Se cada desenvolvedor de produtos e serviços na internet tivesse que conhecer com precisão cada tecnologia envolvida no funcionamento da rede, a complexidade e custo total do projeto tornaria toda da operação praticamente inviável.

A neutralidade de rede é um princípio que foi conceituado por Parentoni[4], citando Tim Wu, e Michael Geist[5], de modo que fica claro como esse aspecto da gestão

---

3. PARENTONI, Leonardo. Neutralidade de Rede: mudanças na infraestrutura da internet e como isso influencia na sua vida. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, v. 19, n. 119, p. 560-597, jan. 2018.

4. PARENTONI, Leonardo. Neutralidade de Rede: mudanças na infraestrutura da internet e como isso influencia na sua vida. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, v. 19, n. 119, p. 560-597, jan. 2018.

5. "Embora a definição da neutralidade da rede está aberta a algum debate, em sua essência é o compromisso de assegurar que os fornecedores de serviços de Internet (ISPs) tratem todos os conteúdos e aplicações igualmente, sem privilégios, sem degradação de serviço ou priorização baseado em fonte, em propriedade do conteúdo ou em destino. [...] A adoção de uma abordagem neutra, em outras palavras, exige a adesão estrita a regra de um cardinal: que os ISPs transportem dados, sem discriminação, preferência ou consideração por conteúdo. (GEIST, 2015, p. 641, tradução nossa)."

   "[Neutralidade da rede existe] para proibir operadores de banda larga, na ausência de uma exibição de dano, de restringir o que os usuários fazem com a sua conexão de internet, dando ao operador a liberdade geral para gerenciar o consumo da largura de banda e outros assuntos de interesse local. O princípio consegue isso por meio da adoção do princípio básico de que operadoras de banda larga devem ter plena liberdade de 'policiar eles próprios' (rede local) enquanto que as restrições com base em indícios inter-rede devem ser vistas com desconfiança. (WU, 2003, p. 165,

da internet é extremamente relevante e toda modificação nele deve ser feita com profundas reflexões nos impactos que potencialmente podem acontecer.

O assunto neutralidade de rede atrai ao debate defensores acalorados dessa ideia, encabeçado principalmente por governos, organizações não governamentais, acadêmicos e ativistas da internet, que querem uma internet livre, sem interferências de terceiros definindo o que será privilegiado ou degradado no tráfego da rede. Em outro giro há os fervorosos defensores da discriminação de dados, povoados principalmente por empresas de telecomunicações, arguindo que a neutralidade de rede não incentiva a inovação, pois elimina a noção de vantagem competitiva no mercado, além de não possibilitar a melhoria de sistemas que exigem alta velocidade ao privilegiar o tráfego desses serviços em relação a outros serviços que não exigem tanta velocidade.

Carlos Souza e Ronaldo Lemos também discorrem sobre a abertura da internet e neutralidade de rede[6], deixando claro seu propósito de integração entre pessoas e instituições.

A neutralidade de rede no Brasil foi contemplada na lei nº 12.965/2014, conhecida como o Marco Civil da Internet (MCI). O art. 3º, IV do MCI determina que um dos princípios a serem seguidos no uso da internet no Brasil é a garantia e preservação da neutralidade de rede. Já o Art. 9º desse mesmo diploma, tem uma redação direta sobre o tema[7].

---

tradução nossa)."

6. "O intento da neutralidade é proteger a característica da Internet como rede aberta, capaz de integrar todas e quaisquer outras redes por meio do protocolo IP, sejam elas abertas ou fechadas, com liberdade de acesso a qualquer interessado e sem interferência danosa no que diz respeito ao trafegar dos dados ao seu destino. Essa infinita possibilidade de integração de outras redes por meio da Internet e seu protocolo IP permeia diretamente o conceito de neutralidade da rede. Em outras palavras, o objetivo teleológico da neutralidade da rede é preservar a estrutura de ampulheta da Internet."

7. "Art. 9º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação.

   § 1º A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no inciso IV do art. 84 da Constituição Federal,

Nesse contexto, observa-se que o legislador brasileiro criou uma norma que contempla a neutralidade de rede, abrindo exceção para apenas requisitos técnicos indispensáveis ao funcionamento da rede e de serviços de emergência. Essa redação deixa claro também que são vedadas discriminações de dados fora das exceções e práticas anticoncorrenciais.

O Poder Executivo Federal, através do Decreto n° 8.771/2016, regulamentou a neutralidade de rede que o MCI trouxe ao ordenamento jurídico. Em dois dispositivos, o decreto é bastante claro sobre o uso responsável da internet, vedando condutas economicamente predatórias e a trazendo a lume importância da preservação de uma internet inclusiva e não discriminatória[8].

---

para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de:

I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e

II - priorização de serviços de emergência.

§ 2º Na hipótese de discriminação ou degradação do tráfego prevista no § 1º, o responsável mencionado no caput deve:

I - abster-se de causar dano aos usuários, na forma do art. 927 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil;

II - agir com proporcionalidade, transparência e isonomia;

III - informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, inclusive as relacionadas à segurança da rede; e

IV - oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais.

§ 3º Na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, respeitado o disposto neste artigo."

8. "Art. 9º Ficam vedadas condutas unilaterais ou acordos entre o responsável pela transmissão, pela comutação ou pelo roteamento e os provedores de aplicação que:

I - comprometam o caráter público e irrestrito do acesso à internet e os fundamentos, os princípios e os objetivos do uso da internet no País;

II - priorizem pacotes de dados em razão de arranjos comerciais; ou

III - privilegiem aplicações ofertadas pelo próprio responsável pela transmissão, pela comutação

Nessa ótica, é cristalina a norma que proíbe a priorização de pacotes de dados por meio de acordos comerciais e que privilegiam aplicações que fazem parte do grupo econômico do próprio provedor de internet. Então, chega-se à conclusão que o *Zero-rating* é uma afronta à neutralidade de rede, e em consequência, à lei como regra geral, comportando apenas as exceções de priorização de serviços de emergência e por requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações na rede.

Nessa senda, o *Zero-rating* representa justamente o oposto ao conceito da neutralidade de rede, uma vez que há discriminação de dados trafegados na rede, visando privilegiar uma ou algumas aplicações de internet, mediante acordos com operadoras de telecomunicações, responsáveis por prover e gerenciar a internet. Esses aplicativos que têm vantagens no tráfego de rede realizam claramente uma prática anticompetitiva, que será melhor explicado no próximo tópico.

3. *ZERO-RATING* NO CONTEXTO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

A Política Econômica de um país é o meio pelo qual ele procura alcançar objetivos de desenvolvimento, distribuição e estabilização da economia. O Estado realiza sua Política Econômica através de três instrumentos principais: fiscal, monetário e cambial. Nesse sentido, a Política Econômica também pode se consubstanciar em um sentido mais restrito, sendo aplicada quando o governo impede comportamentos monopolistas no mercado, fornece subsídios a alguns setores da economia, concede benefícios fiscais a determinados setores, quando abre linha de crédito para empreendedores e várias outras situações.

A Constituição da República de 1988 (CR) estabeleceu normas sobre o ambiente de negócios no Brasil, especialmente no Título VII. Dessa forma, foram criados princípios basilares sobre os quais o país constrói seu modelo econômico, voltado

---

ou pelo roteamento ou por empresas integrantes de seu grupo econômico.

Art. 10. As ofertas comerciais e os modelos de cobrança de acesso à internet devem preservar uma internet única, de natureza aberta, plural e diversa, compreendida como um meio para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória."

principalmente para o desenvolvimento do país em termos de valorização do trabalho humano, livre iniciativa e para assegurar a todos uma existência digna.

O princípio constitucional da Livre Iniciativa tem suas raízes fincadas no Édito de Tourgot, de 1776, na França. Em 1791, no âmbito da Revolução Francesa, o Decreto d'Allarde determinava que qualquer pessoa poderia realizar qualquer negócio ou qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, desde que pagos os impostos e cumprimento de regulações. Posteriormente, a Lei de Chapelier pôs fim às Corporações de Ofício, acabando com o regime feudal francês.

Hoje, mais de 200 anos depois, a Livre Iniciativa não é mais um direito individual de caráter absoluto, agora há que se atentar para as funções sociais e o impacto deste princípio nos demais ramos do Direito. O novo paradigma afasta-se da ideia de um princípio voltado à abstenção estatal em relação ao particular, para focar na intervenção necessária para evitar que um particular abuse de seu poderio econômico diante de outro particular. Fábio Guimarães, se referindo a Natalino Irti, escreveu que a "*liberdade de iniciativa não se resume à liberdade de promover, ou não, atividade econômica, mas significa também a liberdade de acesso, de entrar e sair em um determinado ramo de atividade, de competir com outros*". Dessa forma, liga-se a Livre Iniciativa à Livre Concorrência.

A Livre Concorrência, embora tenha laços estreitos com a livre iniciativa, com ela não se confunde. Assim sendo, somente pode-se observar que apenas há Livre Concorrência quando existe a Livre Iniciativa, mas a Livre Iniciativa, por si só, não garante a Livre Concorrência. Em várias situações faz-se necessária a atuação estatal para assegurar a Livre Concorrência.

A Livre Concorrência foi magistralmente explicada por João Leopoldino da Fonseca[9], contextualizando a liberdade de concorrência e o mercado[10]. Portanto, a Livre Concorrência tem seu fundamento último na própria existência do mercado, espaço

9. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: 2007, 128-129.

10. "Afirmando uma opção pelo regime de economia de mercado, e assumindo essa postura ideológica, a Constituição adota como princípio aquela mola básica que rege aquele tipo de organização da economia. Garante-lhe a liberdade de concorrência como forma de alcançar o equilíbrio, não mais aquele atomístico do liberalismo tradicional, mas um equilíbrio entre os grandes grupos e um direito de estar no mercado também para as pequenas empresas."

onde os agentes econômicos atuam.

A defesa do consumidor também foi contemplada entre os princípios da atividade econômica. O foco deste artigo não é a defesa do consumidor em si, mas como ela tem interseção no objeto principal, é importante que seja mencionada por participar do contexto. Para melhor situar os direitos dos consumidores nesse contexto, vale observar o voto do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), na ADI MC 2.832/PR[11].

Dessa forma, observa-se que é necessário proporcionar um equilíbrio de interesses dos diversos atores do mercado, garantindo a consumidores e fornecedores a possibilidade de livre e substancial atuação, sem fatores competitivos viciados que trazem prejuízo ao próprio livre mercado.

O direto antitruste ou direito a concorrência operou-se a partir do momento em que as grandes concentrações passaram a representar um perigo para a organização do mercado, principalmente em perspectiva de danos aos consumidores e demais empresas atuantes.

A Lei Federal n° 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, estipula em seu art. 36[12], as infrações cometidas contra a ordem

---

11. Na realidade, a proteção estatal ao consumidor – quer seja esta qualificada como um direito fundamental positivado no próprio texto da Constituição da República, quer seja compreendida como diretriz confirmadora da formulação e execução de políticas públicas, bem assim do exercício das atividades econômicas em geral – assume, em última análise, na perspectiva do nosso sistema jurídico consagrado em nossa Carta Política, a condição de meio instrumental destinado, enquanto expressão de um "princípio constitucional impositivo" (EROS ROBERTO GRAU, A Ordem Econômica na Constituição de 1988", p. 271, item 115, 6ª edição, 2001), a neutralizar o abuso do poder econômico praticado em detrimento das pessoas e do seu direito ao desenvolvimento e a uma existência digna e justa. (STF Pleno, ADI MC 2.832/PR, Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 20/6/2008).

12. "Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

    I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

    II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

    III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

econômica, tipificando quatro condutas distintas e aplicáveis nesse caso do *Zero-rating*.

Com todas essas considerações sobre o Direito Econômico e seus princípios basilares, é necessário agora tecer as ligações com o *Zero-rating*, e o que esta prática afronta na livre concorrência.

O *Zero-rating*, por privilegiar certas aplicações da internet ao invés de outras, cria um ambiente concorrencial totalmente descompensado, onde grandes corporações com vastos recursos competem com empresas sem a mesma capacidade de investimento e *startups*. Nessas condições, observa-se que essas grandes companhias fazem acordos com empresas de telefonia, para que os consumidores não tenham seus dados móveis abatidos de sua franquia contratada.

Nesse contexto, nota-se que para uma empresa fica muito difícil entrar no mercado, pois ela não tem o mesmo atrativo ao consumidor pelo não abatimento dos dados da franquia móvel, e não tem capacidade financeira para realizar um contrato com a operadora de telefonia sobre um *Zero-rating* patrocinado.

Nesse diapasão, fica claro que o *Zero-rating* privilegia a empresa que está numa posição dominante, ao inibir a atuação de novos entrantes, ao mesmo tempo que angaria mais usuários dos concorrentes que não aderem ao mesmo modelo de negócio, pelas vantagens já mencionadas.

O *Zero-rating* afronta diretamente o dispositivo constitucional que garante a livre iniciativa, já que, ao inibir e inviabilizar a atividade de outros concorrentes. A empresa que se utiliza desse modelo de negócio tende a criar desincentivos à inovação e à legítima conquista natural de mercado. Os novos empreendedores farão cálculos e perspectivas futuras do mercado, levando em consideração a barreira do *Zero-rating*, que pode ser um fator decisivo para tornar uma ideia ou modelo de negócio impraticável, mesmo que esse novo produto seja melhor que o outro produto que se utiliza do *Zero-rating*. Nas condições normais, já é difícil um aplicativo se desenvolver e se difundir no público, com o *Zero-rating* atuando, a tendência dos mais novos é ser extirpada do mercado ou comprada pelo dominante, reduzindo assim as opções dos consumidores e a dinâmica do livre mercado.

IV - exercer de forma abusiva posição dominante".

A livre concorrência busca a plena possibilidade de competição entre os atuantes do mercado que lutam entre si para oferecer melhores produtos e serviços, com a intenção de desenvolver uma atividade econômica. Dessa forma, nota-se que essa competitividade saudável incentiva a inovação e a busca de técnicas mais eficientes de crescimento de um negócio. Essa situação de disputa virtuosa de mercado visa garantir a própria existência do mercado, com maior liberdade de oferta e procura de produtos e serviços.

No âmbito da livre concorrência, o *Zero-rating* é também bastante tóxico em seu existir, uma vez que não é um recurso lícito a ser utilizado em um mercado competitivo, onde uma companhia busca uma maior fatia do mercado na oferta de produtos e serviços de qualidade superior. Nessa situação, o *Zero-rating* se caracteriza mais como um recurso desleal e abusivo, que ajuda a se manter em posição dominante aquele mais rico e influente, em detrimento daquele inovador e disruptivo. Os atores menores têm mais um fator negativo a considerar diante do cálculo de viabilidade de entrada e competição no mercado. Com a concorrência combalida, a tendência do mercado é se oligopolizar ou se monopolizar, reduzindo as opções de compra dos consumidores e a prosperidade daquele setor econômico, criando um ambiente estático e pouco dinâmico do ponto de vista da inovação.

Observando as infrações constantes no art. 36 da lei 12.529/2011, nota-se que o *Zero-rating* viola concomitantemente vários dispositivos legais. O inciso "I" já descreve a infração que limita e prejudica a livre iniciativa e a livre concorrência, sendo que tais situações já foram supramencionadas e arguidas. O outro inciso que tem especial relevância nesse caso é o exercício de forma abusiva da posição dominante, que pode ser observada pelos acordos celebrados entre as empresas de aplicações da internet e as companhias de telecomunicação. Tais acordos envolvem somas altíssimas, para que certos aplicativos tenham o *Zero-rating* contemplado no pacote de serviços do consumidor. Apenas companhias que possuem muito dinheiro são capazes de tecer tais acordos e com isso, colocar seu aplicativo numa situação de dominação totalmente desequilibrada dos concorrentes, que não possuem tamanha vantagem e apelo ao gosto popular.

Portanto, observa-se que a prática do *Zero-rating* no Brasil possui contornos de infração à ordem econômica, por isso, ele deve ser coibido pelas autoridades públicas competentes, a fim de se criar um ambiente próspero à inovação e ao

desenvolvimento tecnológico.

4. *ZERO-RATING* NO BRASIL

O *Zero-rating* é um tema que já foi discutido no Brasil, sendo inclusive alvo de julgamento pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade), no ano de 2017, por meio da Nota Técnica nº 34/2017/CGAA4/SGA1/SG/CADE. Na ocasião, o Ministério Público Federal (MPF) protocolou uma Representação face a operadoras de telefonia que dominam praticamente todo o mercado no Brasil, a Oi, Tim, Claro e Vivo. Nesse contexto, o MPF salientou que a conduta dessas operadoras consistia em práticas anticoncorrenciais, citando o art. 36 da lei 12.529/2011, enquadrando os procedimentos dessas empresas como sendo limitadoras da livre iniciativa e livre concorrência; impedimento da entrada de novas empresas no mercado; utilização de meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; regulação de mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordo para controlar ou limitara pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviço; discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; e vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo.

O cerne da representação do MPF, resumidamente, aduz que as operadoras de telefonia estariam incorrendo em condutas anticompetitivas de falseamento ou prejuízo à livre concorrência à jusante, por meio de suas políticas de preços e condições diferenciadas de prestação de serviço no mercado da internet, com suposto tratamento discriminatório entre os diversos conteúdos trafegados e aplicativos acessados por meio de suas redes.

Nesse diapasão, o MPF afirmou em sua manifestação que essas companhias estariam supostamente adotando práticas comerciais discriminatórias no provimento de serviço de acesso à internet móvel ao oferecer aos seus clientes planos de dados que diferenciam as condições de acesso a determinados serviços de internet, por meio de cobrança de valores reduzidos ou mesmo da isenção total da cobrança. Nesse último caso - modelo caracterizado como *Zero-rating* -, os usuários não pagariam as operadoras para acessar determinados conteúdos ou aplicações, como as de redes sociais.

Em outro modelo, denominado "*acesso patrocinado*", o detentor da aplicação supostamente remunera a prestadora pelo tráfego de dados gerado por seus usuários.

Os exemplos trazidos são dos acordos envolvendo as empresas de telefonia e aplicativos, que desenvolveram planos de internet para que esses aplicativos, que no caso foram o WhatsApp, Facebook e Twitter, pudessem ser utilizados sem sofrer desconto do pacote de dados contratado. Como o acesso a tais aplicações é mais barato, isso afeta o setor de desenvolvimento tecnológico, que segundo o MPF, causa distorção na competição do mercado de aplicativos, constituindo obstáculo ao crescimento de empresas concorrentes e criando um obstáculo aos novos entrantes, desincentivando a inovação.

As empresas representadas, alegaram cada uma, em apertada síntese, que a prática realizada por elas não é anticoncorrencial e nem viola a neutralidade de rede, não podendo o CADE puni-las por conduta antitruste e devendo arquivar a representação.

Neste processo, outras entidades da sociedade civil também se manifestaram sobre os fatos ali apontados. A Associação Brasileira de Internet (Abranet), afirmou que a oferta de planos que diferenciam as condições de acesso a certas aplicações constitui clara ofensa à lei de defesa da concorrência e também ao MCI, que, na prática, desvirtua as condições de competição na internet. A Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (Proteste) aduz que a prática do *Zero-rating* associada a planos franqueados com acesso restrito a determinados conteúdos e aplicações e bloqueio aos demais conteúdos viola o princípio da neutralidade de rede, além de gerar grave dano sobre o ambiente concorrencial, pois não haveria oportunidade igual a todos os agentes econômicos interessados em explorar os mercados.

Entidades governamentais também deixaram sua opinião sobre este caso, o Ministério da Ciência e Tecnologia (MCTIC), através da Secretaria de Política de Informática (SPI) e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). O MCTIC escreveu que essa questão do *Zero-rating* é controversa, não havendo entendimento uniforme entre entidades regulatórias. O MCTIC ainda manifestou que entende que a oferta de planos com tarifa zero para aplicações selecionadas pelo provedor de acesso à internet e outras práticas que se enquadrem na categoria mais ampla de acesso patrocinado não consistem em uma violação ao princípio da neutralidade de rede. No

que diz respeito aos efeitos anticompetitivos das condutas denunciadas, o MCTIC considera que a alegação por parte do MPF foi abstrata, no sentido de que há uma distorção concorrencial no mercado de aplicações em virtude de práticas de tarifa zero, e isso parece ser insuficiente para justificar qualquer apuração ou repressão por parte do Cade. A Anatel seguiu o mesmo entendimento do MCTIC, e se manifestou pela ausência de indícios de infração à ordem econômica nas ofertas de planos de telefonia contemplados pelo *Zero-rating*. Essa entidade ainda concluiu que a conduta do *Zero-rating*, naquela época, praticada pelas companhias de telefonia, não configuram ameaça à livre concorrência e nem violação à neutralidade de rede descrita no MCI.

Após a análise de todas essas considerações, o Cade decidiu que o *Zero-rating* não viola a neutralidade de rede, pois não se deve bloquear previamente ou desestimular os modelos de negócios da cadeia da internet, que ocorrem no âmbito de relações privadas. Este conselho justificou também que não há bloqueio ou degradação de tráfego para aplicativos fora do *Zero-rating*, tendo estes aplicativos acesso aberto à internet. Quanto à prática anticoncorrencial, o Cade afirmou categoricamente que não há prática anticompetitiva no mercado de acesso à internet e nem no mercado de aplicativos e conteúdos. Assim, o Cade decidiu pelo arquivamento do procedimento.

Essa decisão do Cade é bastante questionável. Essa entidade deveria ter considerado, à luz da neutralidade de rede, que os aplicativos não abrangidos pelo *Zero-rating*, após o consumo da franquia de dados contratada pelo consumidor, têm seu acesso bloqueado ou degradado, causando uma diferenciação de pacotes e desequilíbrio acessos a outros serviços de internet, havendo claramente diferenciação dos pacotes de dados.

5. *ZERO-RATING* EM OUTROS LUGARES

Outros países já se manifestaram acerca do *Zero-rating*, e há diferentes entendimentos sobre o tema, com alguns países permitindo e outros o proibindo.

Nos Estados Unidos, o *Zero-rating* foi regulamentado pelo Open Internet Order,

em 12 de maio de 2015. A Federal Communications Commission (FCC) constatou[13] que a prática do *Zero-rating* tem o potencial de causar sérios danos concorrenciais na internet e decidiu avaliar caso a caso as demandas que lhes serão apresentadas, não banindo a prática, mas restringindo-a decisão favorável da entidade. Em 2017, a FCC derrubou a regulação anterior sobre neutralidade de rede através da *Restoring Internet Freedom*[14], e com isso o Zero-rating é considerada uma prática possível nos Estados Unidos.

Ainda nos Estados Unidos, alguns estados federados como a Califórnia, por exemplo, criaram normas que determinam a neutralidade de rede, resistindo, assim, à nova regulamentação federal. O estado californiano editou a norma SB-822, que garante a neutralidade de rede dentro da circunscrição estadual.

Na Holanda, o governo publicou em 2012 o Dutch Telecommunications Act[15], uma regulação que bania o *Zero-rating* do país. Entretanto, uma companhia de telecomunicações, a T-mobile, criou um serviço de música que não abatia da franquia do usuário os dados trafegados. Um caso envolvendo essa prática foi levado à Corte de Rotterdam em 2016, e o judiciário, invocando o Regulamento 2015/2120[16], do Parlamento Europeu – aplicável em toda União Europeia –, decidiu que o Dutch Telecommunications Act violava o Regulamento 2015/2120, e não poderia banir a discriminação de preços, devendo as relações serem decididas caso a caso. Assim, o *Zero-rating* foi permitido na Holanda[17], embora o Regulamento 2015/2120[18]

13. Informação disponível em: https://www.fcc.gov/document/fcc-releases-open-internet-order Acesso em: 16 de ago. de 2021.

14. Informação disponível em https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-347927A1.pdf . Acesso em: 16 de ago. de 2021.

15. Informação disponível em: https://www.government.nl/documents/policy-notes/2012/06/07/dutch-telecommunications-act Acesso em: 16 de ago. de 2021.

16. Informação disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R2120&from=en Acesso em 16 de ago. de 2021.

17. Informação disponível em https://edri.org/our-work/dutch-ban-on-zero-rating-struck-down-major-blow-to-net-neutrality/ Acesso em: 16 de ago. de 2021.

18. "3. Os prestadores de serviços de acesso à Internet tratam equitativamente todo o tráfego, ao prestarem serviços de acesso à Internet, sem discriminações, restrições ou interferências, e independentemente do emissor e do receptor, do conteúdo acedido ou distribuído, das aplicações ou

determine a neutralidade de rede claramente em seu artigo 3º (3).

Em 15 de setembro de 2020, a Corte de Justiça da União Europeia, através do julgamento conjunto dos casos C-807/18 e C-39/19[19], envolvendo Ministério de Telecomunicações da Hungria e a companhia de telecomunicações Telenor, decidiu que práticas de *Zero-rating* no âmbito da União Europeia foram banidas pelo Regulamento 2015/2120. Nesse caso, a Telenor estava oferecendo dois pacotes de serviços chamados MyChat e MyMusic a seus clientes, que faziam a diferenciação dos dados trafegados nos planos de telefonia móvel dos consumidores. Assim, o MyChat admitia que os aplicativos Facebook, Facebook Messenger, Instagram, Twitter, Viber e Whatsapp pudessem ser usados sem abater da franquia de dados contratados, e quando atingido o limite de dados contratado, os demais aplicativos acessados teriam sua velocidade reduzida. Nessa senda, o MyMusic também privilegiava os aplicativos Apple Music, Deezer, Spotify e Tidal, ao não teriam os dados abatidos da franquia contratada, e uma vez atingido o limite dessa franquia, outros aplicativos também teriam o a velocidade de acesso diminuído. O Ministério das Comunicações húngaro considerou que esta prática da Telenor violava a neutralidade de rede determinada pelo Regulamento 2015/2120 e buscou uma decisão judicial nesse sentido. Assim, pacificou-se na União Europeia a discussão sobre a possibilidade do *Zero-rating*.

6. CONCLUSÃO

O *Zero-rating* é um tema que será ainda muito discutido mundo afora, especialmente com o surgimento e expansão da tecnologia 5G e da internet das coisas. Há uma série de situações particulares que devem ser analisadas de forma detida, a fim de se evitar decisões precipitadas e desastrosas.

No Brasil, o *Zero-rating* não é totalmente proibido, havendo exceções lícitas descritas no MCI, como a priorização de serviços de emergência e por requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações. Assim, faz-se

serviços utilizados ou prestados, ou do equipamento terminal utilizado."

19. Informação disponível em http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=231042&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3076737 Acesso em: 16 de ago. de 2021.

necessário maior atenção a essas situações, que devem ser cuidadosamente regulamentadas. Portanto, o Brasil provavelmente terá uma regulação quanto ao uso do *Zero-rating* nos casos legalmente permitidos.

Dessa forma, conclui-se que o *Zero-rating* é um fenômeno de aplicação global que precisa ser melhor estudado e adaptado às novas situações que o rápido desenvolvimento tecnológico proporciona. Uma regulamentação muito rígida tende a ruir, diante de novos paradigmas impostos pelo surgimento de novos usos e práticas na internet. Assim sendo, as regulamentações sobre o *Zero-rating* devem ser suficientemente adaptáveis ao ritmo dos tempos líquidos em que vivemos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica*. Brasília, DF, 30 nov. 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm>. Acesso em 16 de ago. de 2021.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 16 ago. 2021.

BRASÍLIA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Nota Técnica nº 34/2017/CGAA4/SGA1/SG/CADE*. Brasília, DF, 31 ago. 2017. Disponível em: < https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOTVltdzdZLqhkfL-gLcg20sp2COFkT0u4F6kpO2C8HmeI4kRnRnEVbwvcVZhI5-Ryodazm-kfXdvuF-MMocM8XW>. Acesso em: 16 de ago. de 2021.

CRUZ, F. C. B.; MARCHEZAN, J. C.; SANTOS, M.W. What is at stake in the regulation of the Marco Civil da Internet? *Final Report on the Public Debate Sponsored by Ministry of Justice on Regulation Law 12.965/2014*, 2015. Disponível em: http://www.internetlab.org.br/en/news/what-is-at-stake-in-the-regulation-of-the-marco-civil/. Acesso em: 23 de ago. de 2021.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GUIMARÃES, Fábio. *Manual de Direito Econômico*. Salvador: JusPodivm, 2015.

PARENTONI, Leonardo. Neutralidade de Rede: mudanças na infraestrutura da internet e como isso influencia na sua vida. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, v. 19, n. 119, p. 560-597, jan. 2018.

MARSDEN, Cristopher. Zero Rating and Mobile Net Neutrality. *Net Neutrality Compendium*. Switzerland, p. 241, 2016.

MARSDEN, Cristopher. *Comparative case studies in implementing net neutrality: a critical analysis*, 2015. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=2335359. Acesso em: 23 de ago.2021.

PEREIRA NETO, Caio Mário S.; LEMOS, Ronaldo; CARVALHO, Felipe Moreira de; ADAMI, Mateus Piva. A compatibilidade da prática de zero-rating com a previsão de neutralidade de rede. *Revista de Direito GV*, v. 15 n. 2 (2019): maio-ago. (33), 26 set. 2019. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80275. Acesso em: 18 de ago. de 2021.

SOLUM, Lawrence B., CHUNG, Minn. The Layers Principle: Internet Achitecture and the Law, 79 *Notre Dame L. Rev.* 815 (2004). Available at: http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol79/iss3/1

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; LEMOS, Ronaldo. *Marco Civil da Internet*: construção e aplicação. Juiz de Fora: Editar, 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento 2015/2120. Estabelece medidas respeitantes ao acesso à Internet aberta. Disponível em: < https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R2120&from=DE>. Acesso em: 16 de ago. de 2021.

WU, Tim. Network Neutrality, Broadband Discrimination, J*ournal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 2, P. 141, 2003 (2003).

CRIPTOGRAFIA, *APPLE*, ADI 5.527/DF:
NOVOS CAPÍTULOS DE UMA VELHA DISCUSSÃO

Laurence Duarte Araújo Pereira
Bacharel e Mestrando em Direito na UFMG, advogado.

Resumo: A criptografia é fundamental para a existência da internet. Além disso, é importante para garantir a privacidade, intimidade e liberdade dos usuários. No entanto, nas últimas décadas, corporações e governos vêm propondo flexibilizações e diminuições nos padrões de configuração de criptografia na internet e nos dispositivos, um caso recente da Apple é mais um exemplo. Este artigo busca apresentar breve histórico dos debates sobre a criptografia, debater o recente caso da Apple e apresentar o possível desfecho do tema a partir do julgamento da ADI 5.527, em trâmite no Supremo Tribunal Federal.
Palavras-chave: criptografia; Apple; ADI 5.527/DF.

Abstract: *Cryptography is fundamental to the existence of internet. Furthermore, it is important to guarantee the privacy, intimacy and freedom of users. However, in recent decades, corporations and governments proposed flexibilization and decreases in the standards of cryptography on the internet and on devices, a recent case from Apple is another example. This article seeks to present a brief history of debates on cryptography, discuss the recent case of Apple and present the possible outcome of the issue from the judgment of ADI 5.527, in progress at the Brazilian Supreme Court.*
Keywords: *cryptography; Apple; ADI 5.527/DF.*

SUMÁRIO: 1. O que é a criptografia? Porque ela importa?; 2. A discussão sobre a criptografia nos anos 90: *key escrow* e *clipper chip*; 3. A discussão sobre a criptografia nos anos 2000: "criptografia responsável"; 4. Um exemplo atual: novas configurações de segurança da Apple; 5. A proposta e promessas da Apple e a respostas dos especialistas; 6. A discussão sobre a criptografia no Brasil: ADI 5.527/DF; 7. Considerações finais; Referências.

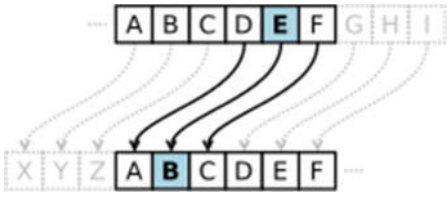
1. O QUE É A CRIPTOGRAFIA? PORQUE ELA IMPORTA?

A criptografia é fundamental para a existência e funcionamento da internet como

a temos hoje[1]. Em geral, sem a criptografia, não haveria segurança no espaço virtual *online* e a troca de mensagens, *e-commerce*, e-mails, conexões seguras, não seriam possíveis.

Chama-se criptografia métodos historicamente utilizados para tornar um texto escrito em segredo, podendo ser revelado a partir de uma chave criptográfica que é, em suma, uma regra, ou um algoritmo, que revela o segredo criptografado.

Um exemplo clássico de método de criptografia é a histórica "cifra de César", utilizada pelo imperador Romano Júlio César em suas correspondências. Neste simples método, o remetente de uma mensagem modifica as letras de sua mensagem em um determinado número de posições no alfabeto, de forma que a mensagem enviada parece inteligível a princípio para quem a recebe. Para entender a mensagem, o destinatário deve saber a chave criptográfica que consiste em quantas posições no alfabeto as letras foram modificadas, e assim reproduzir o texto de acordo com as letras originais, para entende-lo[2]. A cifra de César pode ser entendida por um esquema simples, como a figura abaixo:



Cifra de César. Fonte: Wikipedia.

A internet como a conhecemos hoje possui criptografia em diversos níveis, alguns exemplos são os protocolos de IP, as proteções SSL (Secure Sockets Layer), os protocolos PGP (Pretty Good Privacy), S/MIME (que protegem e-mails), criptografia por HASH (transformação de texto em códigos criptografados a partir de funções matemáticas), dentre outros[3].

No entanto, as mesmas configurações de criptografia que permitem o

1. SCHNEIER. Bruce. *Secrets and Lies*: Digital Security in a Digital World. Wiley Computer Publishing. Indiana. 2000. p. 85.

2. WIKIPEDIA. *Caesar Cipher*. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Caesar_cipher>. Acesso em 03 set. 2021.

3. SCHNEIER, Bruce. *Op. Cit.* p. 86.

funcionamento e a segurança da internet são constantemente alvo de propostas de modificação e redução por entidades privadas e públicas, não raramente sob a alegação de combate à criminalidade digital, mas com frequência voltadas para a promoção da vigilância dos usuários da internet.

Segundo Liguori Filho, alguns tipos de criptografia, como a criptografia ponta a ponta, impossibilitam que o próprio provedor de aplicação possa ter acesso aos conteúdos que são transmitidos em sua aplicação (como as mensagens de *whatsapp*), e, dessa forma, podem dificultar a investigação por meio de autoridades governamentais em casos de investigações criminais[4].

O debate sobre a criptografia se intensificou e ficou evidenciado em 2010, quando a página *Wikileaks,* comandada por Julian Assange, passou a divulgar informações e documentos secretos do governo dos Estados Unidos, denunciando o cometimento de crimes e a prática de terrorismo de estado. Segundo Assange, *o Wikileaks significava a libertação da verdade por meio da criptografia*[5] uma vez que tanto a existência da página quanto os seus canais de obtenção de informação só eram possíveis em razão da criptografia.

Hoje preso no Reino Unido, Assange se tornou alvo da justiça e dos órgãos de inteligência estadunidenses, mas também se tornou um expoente na luta pela liberdade na internet, pela criptografia, e pela proteção aos usuários contra a vigilância de estado. O australiano defende uma internet em que haja "privacidade para os fracos, transparência para os poderosos"[6]

4. LIGUORI FILHO, Carlos Augusto; SALVADOR, João Pedro Favaretto. *Crypto wars e bloqueio de aplicativos: o debate sobre regulação jurídica da criptografia nos Estados Unidos e no Brasil.* Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 3, p. 135-161, set./dez. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/59422>.

5. ASSANGE, Julian. (et al.) *Cypherpunks: liberdade e o futuro da internet.* Ed. Boitempo. São Paulo. 2012. p. 12.

6. *Idem.* p. 143.

2. A DISCUSSÃO SOBRE A CRIPTOGRAFIA NOS ANOS 90: *KEY ESCROW* E *CLIPPER CHIP*

Como exposto na introdução deste artigo, já houve diversos debates públicos em que a privacidade dos usuários fora contraposta à prevenção e combate à criminalidade através da vigilância de dispositivos eletrônicos.

Liguori Filho afirma que após o fim da Segunda Guerra Mundial e até o fim dos anos 80, os órgãos de inteligência em defesa, especialmente a NSA (*National Security Agency*) do Departamento de Defesa dos Estados Unidos, detinham a capacidade de controlar as principais ferramentas criptográficas disponíveis. No entanto, tal poder se perdeu com o avanço tecnológico e a popularização da internet e dos computadores pessoais[7].

Nos anos 90, o governo estadunidense adotou diversas medidas para tentar combater a difusão e o uso da criptografia em dispositivos eletrônicos, sempre em nome de um combate à criminalidade[8].

Uma primeira proposta de monitoramento se deu pela defesa da implementação das chamadas *key escrow*, que seria um sistema de guarda de chaves disponibilizado pelas produtoras de dispositivos eletrônicos, para acesso às autoridades públicas, em casos de necessidade. Além disso, nessa época, os Estados Unidos chegaram a manter regulações proibindo e limitando a venda de produtos criptografados para fora do país[9].

No entanto, com o avanço e difusão de produtos criptografados, na medida em que as empresas de tecnologia iam expandindo seu mercado consumidor, tornou-se difícil a implementação das medidas almejadas pelas autoridades estadunidenses[10].

Nesta época, as autoridades passaram a defender a possibilidade de que, no caso de investigações criminais, houvesse a determinação de que as produtoras de dispositivos eletrônicos disponibilizassem uma chave de acesso denominada *Clipper Chip,* que daria acesso a dispositivos criptografados, o que fora defendido pela Casa Branca

7. LIGUORI FILHO, Carlos Augusto; SALVADOR, João Pedro Favaretto. *Op. Cit.* p. 138.

8. *Idem.*

9. *Idem.* p. 139.

10. *Ibidem.*

em 1993[11].

Porém, as medidas relatadas foram recebidas com bastante resistência pela comunidade científica e pelas empresas fabricantes e, em 1997, um grupo de especialistas apresentou um relatório detalhado chamado intitulado "*The Risks of Key Recovery, Key Escrow, and Trusted Third-Party Encryption*", recomendando ao governo o abandono das iniciativas de *key escrow* e *clipper chip*, demonstrando que tais iniciativas criavam um grande risco à segurança dos dispositivos interceptáveis, bem como traziam vulnerabilidade aos bancos de dados no país em geral, já que a concentração de chaves poderia permitir o acesso a terceiros mal intencionados[12].

Diante das diversas críticas e do insucesso das iniciativas relatadas, em 1999 o governo Bill Clinton declarou a derrota de suas pretensões, determinando a remoção dos controles de exportação e uma política para que os cidadãos tivessem acesso às formas mais fortes de proteção.

3. A DISCUSSÃO SOBRE A CRIPTOGRAFIA NOS ANOS 2000: "CRIPTOGRAFIA RESPONSÁVEL"

O debate ressurgiu nos anos 2000 nos Estados Unidos, quando duas autoridades nos Estados Unidos em discursos recentes, na qual solicitaram "*mudanças na tecnologia para promoção do enforcement lega*l", "*criptografia responsável*" e defenderam que os provedores deveriam "*tanto prover segurança de dados quanto permitir acesso legal com ordem judicial*".

Pfefferkorn problematiza as sugestões realizadas no artigo denominado "*The Risks of "Responsible Encryption"*, no qual discute as propostas de flexibilização da criptografia em aparelhos eletrônicos propostas pelo procurador geral Rosenstein (2017), pelo diretor do FBI Wray (2015) [13].

Segundo a autora, não há clareza sobre se essas sugestões são de medidas voluntárias ou compulsórias, sendo aparentemente compulsórias. A autora define o

11. *Ibidem.*

12. *Ibidem.*

13. PFEFFERKORN, Riana. *The Risks of "Responsible Encryption"*. CIS Working Paper. p. 01-23, Feb. 2018.

escopo das sugestões, seus requisitos técnicos, e seus riscos e limitações[14].

Dentre os riscos e limitações, cita que em um único ano, o FBI chegou a fazer 7.800 solicitações de desbloqueio de criptografia. Em escala global, esse número poderia sair de controle. O excesso de chaves de desbloqueio de criptografia poderia gerar: 1) banalização dessas chaves e; 2) risco de segurança das próprias chaves. Além disso, com as dificuldades de autenticação da autoridade solicitante, usuários de má-fé se passarem pelas autoridades solicitantes[15].

As medidas sugeridas trariam, ainda, impactos na competitividade econômica dos Estados Unidos: a) produtores de dispositivos e aplicativos nacionais perderiam mercado para os estrangeiros (com criptografia); b) a criptografia minimizada geraria mais ataques a dados pessoais, levando a mais prejuízo para os indivíduos americanos[16].

Mesmo que a flexibilização da criptografia fosse aplicada, além de todos os pontos negativos já abordados, pode ser que esta flexibilização não atingisse seus objetivos, pois os usuários têm diversas outras formas de proteger seus aparelhos (senhas, fatores duplos ou triplos de autenticação, bloqueios, transferências de dados etc.). Se as autoridades públicas não puderem compelir os usuários a cooperar, não necessariamente terão acesso aos dados, mesmo sem a criptografia[17]. Um usuário sofisticado, sobretudo que tenha planejado alguma violação, poderá se preparar para se proteger independente da criptografia.

As medidas sugeridas pelos diretores do FBI e procurador geral não evoluíram, e, nas discussões da "criptografia responsável", a conclusão fora de que as autoridades devem se adaptar à realidade da criptografia e das novas tecnologias, e considerar como fazer o melhor uso destas, e não enfraquecer as proteções conferidas, indispensáveis para a segurança de dados, economia e segurança nacional. Pfefferkorn defende que o debate público envolvendo o assunto da criptografia deve levar em conta a participação das produtoras de dispositivos e de apps, público, legisladores e

14. *Idem.* p. 3-6.

15. *Idem.* p. 7-8

16. *Idem.* p. 8-9.

17. *Ibidem.*

autoridades[18].

Os debates em torno da flexibilização da criptografia ocorridos nas décadas de 1990 e 2000 demonstraram que, em linhas gerais, a criptografia não pode ser diminuída ou flexibilizada, sob pena de sua desnaturação. É possível afirmar que, do ponto de vista da garantia dos direitos à privacidade e liberdade na internet, não é possível estabelecer padrões de criptografia minimizada, sob pena de violação desses direitos.

4. UM EXEMPLO ATUAL: NOVAS CONFIGURAÇÕES DE SEGURANÇA DA APPLE

Recentemente, em agosto de 2021, a Apple anunciou a implementação de novas funcionalidades de vigilância em seus aparelhos iPhone e iPad, com capacidade para realizar varredura nas fotografias, mensagens, e no serviço de armazenamento em nuvem iCloud, a fim de, segundo fora afirmado pela empresa, prevenir e investigar casos de pedofilia e pornografia infantil[19].

Embora o combate e a prevenção à pornografia infantil e pedofilia online sejam prioridades reconhecidas pela comunidade, as medidas anunciadas pela Apple causaram polêmica e receberam críticas de especialistas em privacidade, segurança digital, organizações de direitos humanos e até mesmo de trabalhadores da empresa.

Dentre os receios da comunidade quanto às novas medidas da Apple, destaca-se o perigo de que as medidas de flexibilização da criptografia adotadas pela companhia, embora num primeiro momento sejam voltadas para a prevenção à pornografia infantil, poderiam ser facilmente expandidas para ampliar o monitoramento e violar a privacidade dos usuários, por uma simples decisão da Apple.

---

18. *Idem.* p. 16

19. ARBULU, Rafael. *Apple anuncia monitoramento de iPhones para combater a pornografia infantil.* Olhar Digital. 6 ago. 2021. Disponível em: <https://br.financas.yahoo.com/noticias/apple-anuncia-monitoramento-iphones-para-194303427.html?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAAAXCBoJpxPkbqY2mPzieo6r0sFrPMbwHfT5GafQZI6mO3bVUjSxcaCSyx0p-g4OCUcb-B4Y2ptWKfWMCZLQS8mmROnWSBMGUrC5D3cfPA87Cqbl9cY-CxqxC0CE1v6QIY5yNHIovmkirbKC_GLPb6hxSTJk8SvmaODie4eXeCzla>. Acesso em: 21 ago. 2021.

Uma coalisão de mais de 90 (noventa) organizações e trabalhadores da Apple enviaram uma carta aberta ao seu CEO Tim Cook, com pedidos para que a empresa deixasse de implementar as novas funcionalidades de vigilância anunciadas[20].

Ocorre que o debate entre a privacidade dos usuários e a vigilância para fins de prevenção ou combate criminal já teve episódios passados, tanto nos anos 90, quando autoridades governamentais estadunidenses defenderam a utilização de "chaves de recuperação" que permitiram a quebra da criptografia dos dispositivos particulares, tanto nos anos 2000, em que autoridades do FBI e da promotoria estadunidense se manifestaram a favor de uma "criptografia responsável", que garantisse o acesso às autoridades de dados criptografados dos particulares a fim de combater e prevenir crimes[21].

Em ambos os casos, a comunidade científica e os especialistas em proteção de dados e privacidade se manifestaram contrariamente às iniciativas de flexibilização da criptografia em nome do combate à criminalidade, em uma defesa à privacidade e intimidade dos usuários comuns. Porém, como o recente caso da Apple demonstra, essa discussão vem se repetindo ao longo do tempo, e não parece que este será o seu último episódio.

No Brasil, além disso, ainda está pendente de julgamento, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.527-2020/DF, ADI da Criptografia, na qual a Ministra Relatora Rosa Weber já expediu relatório e voto no sentido de prevalência da privacidade e intimidade sobre as medidas de restrição e flexibilização da criptografia em dispositivos eletrônicos.

Diante deste cenário, o presente artigo tem por objetivo discutir o recente anúncio da Apple, fazendo um paralelo entre os demais casos em que a vigilância de dispositivos eletrônicos foi contraposta à privacidade e intimidade dos usuários comuns, trazendo, ainda, os argumentos já expostos na ADI 5.527/DF, a fim de enriquecer o debate suscitado.

---

20. Center for Democracy and Technology. *In letter to Apple CEO, 90+ Organizations Urge Tim Cook to Scrap Plans to Weaken Digital Privacy and Security.* 19 ago. 2021. Disponível em: <https://cdt.org/press/in-letter-to-apple-ceo-90-organizations-urge-tim-cook-to-scrap-plans-to-weaken-digital-privacy-and-security/>. Acesso em: 21 ago. 2021.

21. PFEFFERKORN, Riana. *Op. Cit.*

5. A PROPOSTA E PROMESSAS DA APPLE E A RESPOSTAS DOS ESPECIALISTAS

A proposta de implementação de funcionalidades de vigilância nos dispositivos foi anunciada pela Apple com o foco específico de combate à pornografia infantil e pedofilia, a mensagem institucional trazia os dizeres: q*ueremos ajudar a proteger as crianças dos predadores que usam ferramentas de comunicação para recrutá-las e explorá-las, e limitar a difusão de pornografia infantil*[22].

Diante das primeiras reações negativas da comunidade, a companhia garantiu a segurança e privacidade dos usuários comuns, informando que o monitoramento de dispositivos se daria por meio de um sistema de inteligência artificial, que faria monitoramento apensa sobre dispositivos nos quais houvesse correspondência de imagens às impressões digitais de material de abuso sexual infantil[23].

No entanto, ainda assim, especialistas em privacidade questionaram a medida. Um representante do *Center for Democracy and Technology*, um conhecido instituto de proteção de dados e privacidade nos Estados Unidos, afirmou que a Apple estaria substituindo o sistema de criptografia ponta a ponta por um sistema de vigilância e censura, não só nos Estados Unidos, mas no mundo todo. Segundo os críticos, bastaria a Apple mudar uma simples configuração para monitorar não apenas casos de pornografia infantil mas como qualquer atividade dos usuários, mesmo as lícitas[24].

Além do caso Apple aqui estudado, outras propostas empresariais ou governamentais de flexibilização ou quebra da criptografia ocorreram recentemente. Um outro exemplo a ser citado foi a tentativa recente do governo brasileiro, representado pelo filho do presidente eleito, vereador do estado do Rio de Janeiro, ao tentar adquiri o *software* Pegasus, que seria capaz de quebrar a criptografia e espionar aparelhos de

22. MATOS, Tainã Gomes de. *Apple intensifica combate ao abuso infantil em seus telefones e servidores.* Socialismo Criativo. 07 ago. 2021. Disponível em: <https://www.socialismocriativo.com.br/apple-intensifica-combate-ao-abuso-infantil-em-seus-telefones-e-servidores/>. Acesso em: 21 ago. 2021.

23. *Idem.*

24. *Ibidem.*

celular, lendo SMS, mensagens de *WhatsApp*, monitorar ligações e e-mail[25].

6. A DISCUSSÃO SOBRE A CRIPTOGRAFIA NO BRASIL: ADI 5.527/DF

No Brasil, a discussão em torno da criptografia e sua flexibilização ganhou destaque a partir dos notórios casos de ordens judiciais de bloqueio ao aplicativo *WhatsApp*.

Em 2016, a Juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias – RJ, determinou o bloqueio nacional de funcionamento do aplicativo de mensageria *WhatsApp*, por não ter cumprido ordem judicial de disponibilização de mensagens trocadas dentro do aplicativo por investigados no Inquérito Policial n. 062-00164/2016.

O Partido Popular Socialista (PPS) impetrou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) face à decisão exarada, requerendo *(...)a imediata suspensão da decisão exarada pela Juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ, nos autos do IP 062-00164/2016, pelos fundamentos consignados na peça vestibular da presente ADPF.*

O Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu na ADPF 403/2016[26], pela imediata suspensão da decisão combatida, merecendo destaque seu voto, no qual entendeu desproporcional o bloqueio, já que a flexibilização da criptografia seria de alta complexidade técnica, mas, de toda forma, não seria razoável limitar a comunicação de milhões de usuários em razão de uma única investigação criminal:

> (...) Ressalto, de resto, que não se ingressa aqui na discussão sobre a obrigatoriedade de a empresa responsável pelo serviço revelar o conteúdo das mensagens, conforme determinado pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ e supostamente descumprido pelo WhatsApp, eis que isso constitui matéria de alta

25. ISTOÉ. *Além do Pegasus, Carlos Bolsonaro queria outra ferramenta para espionagem dentro do governo*. Publicado em: 03 ago. 2021. Disponível em: <https://istoe.com.br/alem-do-pegasus-carlos-bolsonaro-queria-outra-ferramenta-para-espionagem-dentro-do-governo/>. Acesso em: 03 set. 2021.

26. STF. Medida Cautelar Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 403 Sergipe. ADPF 403 MC/SE. Relator Min. Edson Fachin. Voto do Min. Ricardo Lewandowski. 19 jul. 2021.

complexidade técnica, a ser resolvida no julgamento do mérito da própria ação.

Assim, nessa análise perfunctória, própria das medidas cautelares, entendo que não se mostra razoável permitir que o ato impugnado prospere, quando mais não seja por gerar insegurança jurídica entre os usuários do serviço, ao deixar milhões de brasileiros sem comunicação entre si. (STF. ADPF 403/2016. Min. Rel. Ricardo Lewandowski).

Já na ADI 5.527/DF[27], o Partido da República (PR), buscou a declaração de inconstitucionalidade das sanções de suspensão temporária das atividades dos aplicativos de mensageria por ordem judicial, pela declaração de inconstitucionalidade dos artigos 10, §2º, e 12, III e IV da Lei n. 12.965/2014, o Marco Civil da Internet.

O Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/201428, promulgado justamente em momento imediatamente posterior à divulgação, pelo WikiLeaks, de atos de espionagem pelos órgãos de inteligência estadunidenses em face da então presidenta do Brasil Dilma Rousseff, dispõe em seu art. 7º que são garantidos aos usuários da internet os direitos de *inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei* (inciso II) e *inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;* (inciso III).

O art. 10, §2º, por sua vez, dispõe que *o conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.*

Neste sentido, a ADI proposta no STF tem por objetivo ou a) a declaração de inconstitucionalidade do art. 10, §2º, ou a sua interpretação conforme a constituição, para que o conteúdo das comunicações privadas somente pudesse ser disponibilizado em casos de *investigações criminais ou instrução penal.*

Além disso, a ADI pretende a inconstitucionalidade do dispositivo do art. 12, III e IV, os quais dispõem que o juiz poderá determinar *suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11*; ou *proibição de exercício das*

27. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.527 Distrito Federal. Relatora Min. Rosa Weber. 28 mai. 2021.

28. BRASIL, Lei n. 12.965/2014. *Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.* Diário Oficial da União. 24 abr. 2014.

atividades que envolvam os atos previstos no art. 11, no caso do descumprimento de ordem judicial no sentido de apresentar dados dos usuários das aplicações utilizadas por usuários investigados.

A Relatora da ADI, Ministra Rosa Weber, já expediu relatório e voto no qual fez profunda análise da discussão envolvendo criptografia, privacidade, proteção de dados e combate à criminalidade, merecendo destaque sua menção à prevalência do direito constitucional à privacidade, bem como o histórico traçado pela relatora de casos notórios julgados nos Estados Unidos sobre a matéria.

Dentre os argumentos reforçados pela Relatora, destacam-se as considerações sobre o direito à privacidade, previsto no art. 5º, X, da Constituição da República, concluindo *que tanto quanto a ampla liberdade de expressão, a proteção da privacidade também é uma característica estrutural indispensável das sociedades democráticas.*

Quanto ao sigilo das comunicações privadas, direito previsto no art. 5º, XII, da Constituição da República, a Relatora salientou em seu voto que *a lei somente poderá autorizar a suspensão de sigilo de comunicações privadas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.*

Destaca-se, ainda, a menção, pela Relatora, da Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime, em vigor desde 1º de julho de 2004, que permite, no art. 18, a adoção de medidas legislativas que obriguem a abertura, por provedores de serviços, às autoridades competentes, de dados que estejam sob sua posse, *que não sejam relativos ao tráfego ou conteúdo,* e em seu art. 21, permite medidas que viabilizam acesso às autoridades públicas aos dados de conteúdos e comunicações, *desde que não se exija mais do que a capacidade técnica do fornecedor pode oferecer, e desde que a medida tenha como objeto o conteúdo de comunicações específicas.*

Quanto à criptografia, a Relatora da ADI reforça ainda o disposto nos artigos 17 e 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas:

> Artigo 17
>
> (...) ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência.
>
> Artigo 19
>
> Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de

> procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

Em seu voto, a Relatora reforça também a Recomendação Relativa às Diretrizes para Política de Criptografia adotada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE em 1997: *o direito fundamental dos indivíduos à privacidade, incluindo o sigilo das comunicações e a proteção dos dados pessoais, deve ser respeitado nas políticas nacionais de criptografia e na implementação e uso de métodos criptográficos.*

É possível observar que o relatório e voto proferidos na ADI 5.527/DF vão no sentido do antigo debate travado em torno da criptografia, quanto à contraposição imposta entre a privacidade e liberdade dos usuários comuns e o suposto direito das autoridades públicas em terem acessos à informações a fim de promover investigações e persecuções criminais. Neste sentido, Rosa Weber afirma:

> Volto à pergunta: pode o Estado compelir fabricantes de dispositivos eletrônicos, provedores de aplicações digitais ou autores de *software* a implementar, nos produtos que desenvolvem, mecanismos para desabilitar ou contornar tecnologias de encriptação neles incorporadas? A ideia, que não é nova, de forçar a implementação de "*back doors*" (portas dos fundos) em *softwares* de criptografia, para franquear acesso furtivo a autoridades públicas, ainda que limitada a situações excepcionais, vem sendo abandonada em todo o mundo. Medidas dessa natureza teriam como consequência, invariavelmente, tornar as tecnologias de comunicação menos seguras para todos os seus usuários, além de violar frontalmente a proteção da liberdade de expressão e a proteção do sigilo das informações. Seria, além disso, potencialmente inócua, porque os usuários que se utilizam de aplicações para o cometimento de crimes migrariam para aplicativos fora do alcance das autoridades.

Ao final, o voto da ministra entendeu pela prevalência da privacidade, dispondo:

> (i) julgo improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 12, III e IV, da Lei nº 12.965/2014; (ii) julgo procedente o pedido de interpretação conforme a Constituição do art. 10, § 2º, da Lei nº 12.965/2014, a fim de assentar exegese segundo a qual "o conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º, e para fins de investigação criminal ou

instrução processual penal";

(iii) julgo improcedente o pedido sucessivo de declaração de nulidade parcial sem redução de texto do art. 12, III e IV, da Lei nº 12.965/2014, à compreensão de que não abrangido em sua hipótese de incidência o conteúdo que dele se pretende excluir; (iv) julgo parcialmente procedente o pedido sucessivo de interpretação conforme a Constituição do art. 12, III e IV, da Lei nº 12.965/2014 apenas para (a) assentar que as penalidades de suspensão temporária das atividades e de proibição de exercício das atividades somente podem ser impostas aos provedores de conexão e de aplicações de internet nos casos de descumprimento da legislação brasileira quanto à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como aos direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros, (b) ficando afastada qualquer exegese que – isoladamente ou em combinação com o art. 7º, II e III, da Lei nº 12.965/2014 – estenda a sua hipótese de incidência de modo a abarcar o sancionamento de inobservância de ordem judicial de disponibilização de conteúdo de comunicações passíveis de obtenção tão só mediante fragilização deliberada dos mecanismos de proteção da privacidade inscritos na arquitetura da aplicação. É como voto." (28.05.2020. Rel. Min. Rosa Weber, acompanhada pelo Min. Edson Fachin).

No momento, a ADI se encontra com vistas para o Ministro Alexandre de Moraes. Observa-se, no entanto, desde já, que o caminho adotado pela Relatora é no sentido de que *não* há inconstitucionalidade no dispositivo do Marco Civil da Internet que prevê a obrigatoriedade de fornecimento de dados dos usuários pelos provedores de aplicativos, *desde que para investigação e persecução criminal,* e, além disso, não há inconstitucionalidade nas ordens judiciais de bloqueio ou suspensão de aplicativos por descumprimento de ordem judicial, *desde que os dados solicitados não sejam dados de comunicação e de fluxo de comunicação*, estes inacessíveis, cuja abertura demandaria fragilização expressiva das condições de segurança e privacidade dos usuários, notadamente a criptografia.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se observa, a discussão gerada pelo anúncio de novas configurações dos aparelhos da Apple são novos capítulos de uma antiga discussão sobre a dicotomia entre a privacidade dos usuários e a fiscalização pelas autoridades.

Em geral, os especialistas e estudiosos do tema ressaltam a prevalência da privacidade dos usuários e, no Brasil, a interpretação do STF tende a seguir esse mesmo caminho.

No Brasil, ao contrapor as recentes discussões em torno das novas configurações dos dispositivos Apple e o julgamento em curso da ADI 5.527/DF, nos parece que se manterá a tendência de que as novas configurações anunciadas poderão, em algum momento, ser revistas ou canceladas.

Permitir o acesso da fabricante às fotos e vídeos dos dispositivos de todos os usuários, com o objetivo de combater e prevenir pedofilia e pornografia infantil, nos parece em desacordo com as balizas estabelecidas até então no julgamento do STF. Com efeito, a medida extrapola o requisito de que o acesso se dê a dados *específicos*, uma vez que a princípio toda a galeria de vídeos e fotos estaria acessível.

Além disso, a ponderação entre a intimidade, privacidade, e o dever/direito do Estado em promover a persecução penal nos parece especialmente desbalanceada neste caso, uma vez que a intimidade e a privacidade em questão estão não só nas mensagens e comunicações, mas em vídeos e fotos dos usuários, aspecto ainda mais íntimo, em muitos casos, que as próprias comunicações. Não bastasse isso, o combate e prevenção à criminalidade em questão é proposto não por um ente estatal, mas por uma grande corporação privada, avaliada em quase 2,5 trilhões de dólares[29], que, além de não possuir competência legal para os atos propostos, possui diversos interesses privados nos dados de seus usuários[30].

---

29. MACIEL, Rui. *Em novo recorde, Apple atinge valor de mercado de US$ 2,3 trilhões.* Canaltech. 29 dez. 2020, Disponível em: <https://www.tudocelular.com/mercado/noticias/n176827/apple-atinge-valor-de-mercado-de-us-24-trilhoes.html>. Acesso em: 03 set. 2021.

30. Na ADI 5.527/DF, a Ministra Rosa Weber ressaltou o grau de privacidade e intimidade que armazenamos hoje em nossos dispositivos: "No século XXI, parte significativa da vida privada de grande número de brasileiros descortina-se por meio dos respectivos celulares. Mais do que estações para fazer e receber chamadas, ou meros espelhos negros quando inativos dentro dos bolsos e bolsas, os telefones celulares, uma vez ativados em nossas mãos, convertem-se em janelas luminosas para a nossa intimidade. Uma estante inteira de álbuns de fotografia da família se comprime em um único aplicativo. Em outro, permanecem registradas inclusive as últimas refeições. A porta giratória da agência bancária cedeu lugar à senha digitada na tela ou à impressão digital coletada detrás dela. No mesmo dispositivo, a porta de entrada para nosso diário, nossas leituras e músicas

Neste sentido, e diante das especificidades da tecnologia discutida, pode-se afirmar que *ou há criptografia, ou não há,* não seria possível cogitar de uma criptografia flexibilizada ou minimizada, a fim de atender a objetivos persecutórios do Estado, sem prejudicar ou deixar vulneráveis a privacidade, intimidade e a liberdade dos usuários.

Uma provocação a ser feita seria questionar: com qual frequência a flexibilização da privacidade dos usuários em dispositivos eletrônicos por configurações de fábrica de fato gerou combate à criminalidade, e com qual frequência tais configurações foram utilizadas como formas de monitorar e violar a privacidade dos indivíduos? A visão dos críticos e a experiência narrada nos episódios do WikiLeaks nos dão pistas[31].

Nesse cenário, com o avanço da tecnologia e de novas formas de monitoramento e vigilância dos cidadãos, essa e outras discussões similares se repetirão e, neste cenário, cumpre aos juristas buscar conhecimento sobre as novas tecnologias, como

---

preferidas. As mensagens que respondemos e as que ainda nem visualizamos. Os textos lidos e os textos por ler. As conversas que tivemos, os planos futuros e os desejos íntimos, compartilhados com amigos na crença de que ninguém mais está a ouvi-los, lê-los ou vê-los. Os objetos antes guardados nas gavetas dos escritórios e prateleiras das salas de estar – nessa condição protegidos de invasão arbitrária – hoje converteram-se em impulsos eletromagnéticos que transitam, por cabos ou ondas, entre os circuitos eletrônicos dos celulares e sistemas de armazenamento chamado de nuvem, em metáfora que não deixa de conter uma certa poesia. Os aparelhos de telefone móvel guardam muito mais da vida privada e intimidade de seus proprietários do que as portas e paredes, gavetas e armários da residência de cada um deles, e a inviolabilidade do domicílio não temos dificuldade alguma em reconhecer".

31. O especialista em tecnologia e crítico Evgeny Morozov afirma que vivemos *a ascensão dos dados e a morte da política,* e que: "Vivemos em uma era de profunda assimetria epistêmica. A hipervisibilidade do cidadão como indivíduo – monitorado por todo tipo de dispositivo inteligente – é acompanhada da crescente hiperinvisibilidade de todos os outros agentes. Os governos continuam a classificar mais documentos, delegando suas funções a empresas privadas que não precisam se adequar às leis de liberdade de informação. As corporações semeiam a confusão sobre o impacto real de suas atividades, difundindo propositalmente a ignorância por meio do patrocínio de duvidosas pesquisas pseudocientíficas. Wall Street segue criando instrumentos financeiros tão obscuros que chegam a ser impermeáveis a qualquer esforço de entendimento". MOROZOV, Evgeny. *Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política.* Traduzido por Claudio Marcondes. São Paulo. Editora Ubu. 2018. p. 111.

estas podem afetar o direito dos cidadãos e como o direito pode se posicionar, a fim de resguardar as garantias constitucionais, a privacidade, a intimidade e as liberdades individuais.

REFERÊNCIAS

ASSANGE, Julian. (et al.) *Cypherpunks: liberdade e o futuro da internet.* Ed. Boitempo. São Paulo. 2012. p. 12.

ARBULU, Rafael. *Apple anuncia monitoramento de iPhones para combater a pornografia infantil.* Olhar Digital. 6 ago. 2021. Disponível em: <https://br.financas.yahoo.com/noticias/apple-anuncia-monitoramento-iphones-para-194303427.html?guccounter=1&guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&guce_referrer_sig=AQAAAAXCBoJpxPkbqY2mPzieo6r0sFrPMbwHfT5GafQZI6mO3bVUjSxcaCSyx0p-g4OCUcb-B4Y2ptWKfWMCZLQS8mmROnWSBMGUrC5D3cfPA87Cqbl9cY-CxqxC0CE1v6QIY5yNHIovmkirbKC_GLPb6hxSTJk8SvmaODie4eXeCzla>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL, Lei n. 12.965/2014. *Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.* Diário Oficial da União. 24 abr. 2014.

CENTER FOR DEMOCRACY AND TECHNOLOGY. *In letter to Apple CEO, 90+ Organizations Urge Tim Cook to Scrap Plans to Weaken Digital Privacy and Security.* 19 ago. 2021. Disponível em: <https://cdt.org/press/in-letter-to-apple-ceo-90-organizations-urge-tim-cook-to-scrap-plans-to-weaken-digital-privacy-and-security/>. Acesso em: 21 ago. 2021.

ISTOÉ. *Além do Pegasus, Carlos Bolsonaro queria outra ferramenta para espionagem dentro do governo.* Publicado em: 03 ago. 2021. Disponível em: <https://istoe.com.br/alem-do-pegasus-carlos-bolsonaro-queria-outra-ferramenta-para-espionagem-dentro-do-governo/>. Acesso em: 03 set. 2021.

LIGUORI FILHO, Carlos Augusto; SALVADOR, João Pedro Favaretto. Crypto wars e bloqueio de aplicativos: o debate sobre regulação jurídica da criptografia nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 3, p. 135-161, set./dez. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/59422>.

MACIEL, Rui. *Em novo recorde, Apple atinge valor de mercado de US$ 2,3 trilhões.* Canaltech. 29 dez. 2020, Disponível em: <https://www.tudocelular.com/mercado/noticias/n176827/apple-atinge-valor-de-mercado-de-us-24-trilhoes.html>. Acesso em: 03 set. 2021.

MATOS, Tainã Gomes de. *Apple intensifica combate ao abuso infantil em seus telefones e servidores.* Socialismo Criativo. 07 ago. 2021. Disponível em: <https://www.socialismocriativo.com.br/apple-intensifica-combate-ao-abuso-infantil-em-seus-telefones-e-servidores/>. Acesso em: 21 ago. 2021.

MOROZOV, Evgeny. *Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política.* Traduzido por Claudio Marcondes. São Paulo. Editora Ubu. 2018. p. 111.

SCHNEIER. Bruce. *Secrets and Lies*: Digital Security in a Digital World. Wiley Computer Publishing. Indiana. 2000. p. 85.

PFEFFERKORN, Riana. The Risks of "Responsible Encryption". *CIS Working Paper*. p. 01-23, Feb. 2018.

STF. Medida Cautelar Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 403 Sergipe. ADPF 403 MC/SE. Relator Min. Edson Fachin. Voto do Min. Ricardo Lewanvowski. 19 jul. 2021.

STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.527 Distrito Federal. Relatora Min. Rosa Weber. 28 mai. 2021.

WIKIPEDIA. *Caesar Cipher*. Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Caesar_cipher>. Acesso em: 03 set. 2021.

V
ASPECTOS REGULATÓRIOS E DEMAIS SITUAÇÕES

O EXERCÍCIO REGULATÓRIO SOBRE AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS DISRUPTIVAS:
O CASO UBER E A (DES)REGULAÇÃO COLOMBIANA

Bruna de Paula Ferreira Costa

Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialista em Direito Administrativo pela UFMG. Bacharela em Direito pela UFMG. Bacharela em Administração Pública pela Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro (FJP). Assessora de Desestatização no Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais (BDMG).

Resumo: Este artigo aborda as particularidades do Caso Uber na Colômbia e busca investigar se após o banimento da empresa no país e a estratégia por ela utilizada para driblar a proibição, houve alguma evolução na atividade regulatória realizada pelo Estado colombiano, no tocante a este tipo de tecnologia disruptiva. Conclui-se que a Administração Pública colombiana ainda não evoluiu na regulação desse serviço, permanecendo não só a ausência de normas jurídicas a respeito, mas também o ambiente hostil e inseguro para motoristas, taxistas e usuários.

Palavras-chave: regulação; tecnologia disruptiva; Uber.

Abstract: *This article addresses the particularities of the Uber Case in Colombia and seeks to investigate whether after the company was banned in the country and the strategy it used to circumvent the ban, there was some evolution in the regulatory activity carried out by the Colombian State, regarding this type of technology disruptive. It is concluded that the Colombian Public Administration has not yet evolved in regulatory activity, remaining not only the absence of legal norms in this regard, but also the hostile and unsafe environment for drivers, taxi drivers and users.*

Keywords: *regulation; disruptive technology; Uber.*

Sumário: 1. Introdução; 2. A Administração Pública do Século XXI e a atividade regulatória estatal; 3 O exercício regulatório sobre as inovações tecnológicas disruptivas; 4. O caso Uber e a (des) regulação colombiana; 5. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública contemporânea tem passado por intensas transformações neste século XXI, não sendo mais aquela que se consolidou no século XVIII, após as revoluções liberais francesas. Pautada em um Estado Liberal que se estruturava e que tinha como lema a "Liberdade, Igualdade e Fraternidade", o Poder Público naquela época era caracterizado por atuar de forma impositiva, hierárquica, autoritária, através de atos administrativos unilaterais. Essa forma de gestão predominou até a Segunda Guerra Mundial, que trouxe com ela uma intensa devastação, material e moral, agravando o quadro social e econômico mundial, o que exigiu uma mudança do papel da Administração. Ela, então, passou a dar um grande enfoque na prestação de serviços públicos para a concretização dos direitos fundamentais, a partir do surgimento do Estado de Direito democrático e social.

Contudo, apesar de bem intencionado, o Estado demonstrou não dar conta de prover tudo aquilo que os indivíduos necessitavam para ter uma vida digna e, a partir dos anos 80, surgiu um movimento inverso, que ainda prevalece, de transferência para o setor privado de determinadas atividades estatais. Deixa a Administração Pública, assim, de prestar diretamente alguns serviços públicos e passa a assumir o papel de regulação dessa atuação particular.

O conceito de regulação ainda não é unanimidade na doutrina nacional e internacional. Não há dúvidas, entretanto, de se tratar de um conjunto de normas a balizar as condutas da iniciativa privada, no tocante às atividades por ela exercidas, sejam elas exclusivas ou não de Estado, visando-se a proteção do interesse público. Busca-se, então, equilibrar o livre mercado e a livre concorrência, sem deixar de lado o interesse de toda a coletividade.

Se a tarefa por si só já não é fácil, especialmente quando há o surgimento de tecnologias disruptivas, ou seja, aquelas inovações que causam uma ruptura drástica no mercado e, até mesmo, no modo de vida e de comportamento das pessoas, a atividade regulatória passou a contar com um dificultador maior neste século XXI: o surgimento e difusão da Internet e a popularização dos celulares inteligentes.

Não há dúvidas de como a vida de toda a sociedade sofreu transformações intensas com o surgimento da Internet e que essas mudanças foram potencializadas com a chegada dos *smartphones*. Há pouco mais de dez anos atrás, as ligações eram o

principal meio de comunicação entre as pessoas, cartão de crédito era um objeto de plástico que só existia na sua carteira e sorte sua se tivesse condições financeiras para pegar um taxi frequentemente – se não, boa sorte comprando um carro, andando de ônibus ou se aventurando de bicicleta. Agora, as mais de duas bilhões de pessoas que vivem no planeta Terra foram conectadas utilizando-se somente o toque dos dedos, as formas de pagamento viraram digitais e, até mesmo, o meio de locomoção não é mais como antes, afinal, quem não tem o aplicativo da Uber instalado em seu celular que atire a primeira pedra.

E é exatamente a Uber o foco deste artigo que, como a tecnologia disruptiva que é, causou uma alteração abrupta e drástica no mercado de transportes individual de passageiros por todo o mundo.

A Uber surgiu na Califórnia, nos Estados Unidos, em 2009, sendo lançada internacionalmente 3 anos depois. No Brasil, a empresa chegou no Rio de Janeiro, junto com a Copa do Mundo de 2014, sendo logo expandida para outras capitais como São Paulo, Belo Horizonte e Brasília. Atualmente, ela está presente em mais de 500 cidades do país, com aproximadamente 1 milhão de motoristas. Com um serviço eficiente a preços acessíveis, ela conquistou 22 milhões de usuários brasileiros e abriu espaço para o surgimento de novas entidades que, oferecendo produtos semelhantes, esquentaram a concorrência[1].

Mas nem tudo são flores. Afinal, o surgimento da empresa incomodou um pequeno grupo que, beneficiado com o *status quo* anterior, era resistente ao surgimento de novos atores no exercício da atividade econômica, não querendo perder todo o poder econômico e social que possuía. O que se sucedeu foi um movimento de resistência mundial, que envolveu desde manifestações públicas contrárias a plataforma até atos de violência contra veículos, motoristas e usuários do serviço. Cada país, então, começou a discutir o impacto dessa inovação tecnológica e passou a tomar as medidas cabíveis para controlar a situação, seja utilizando-se de instrumentos regulatórios, que passaram a dispor acerca desta nova realidade, seja determinando a proibição do exercício da atividade prestada pela empresa em seu território.

E esse foi o caso da Colômbia que, em 2020, por meio de uma decisão jurisdicional

1. FATOS e Dados sobre a Uber. Uber, 27 de agosto de 2020.

exarada por um tribunal administrativo, determinou a cessação imediata das operações da Uber no país. Insatisfeita, a empresa não só apresentou recurso contra a decisão como, também, em uma reviravolta inesperada, anunciou que manteria suas operações em solo colombiano, mas, agora, por meio de um modelo diferente de negócio, em que passaria a ser uma forma de conectar interessados em firmar um contrato de arrendamento de veículo com condutor por tempo determinado, visando-se, de forma clara, contornar o mandamento jurisdicional.

Percebe-se, assim, que nem mesmo uma decisão jurisdicional foi capaz de parar as atividades da empresa que, atualmente, encontra-se muito grande para ser proibida. Nesse contexto, este artigo busca investigar se após o banimento da Uber na Colômbia e a estratégia utilizada pela empresa para driblar a proibição, houve alguma evolução na atividade regulatória realizada pela Administração Pública colombiana, no tocante a este tipo de tecnologia disruptiva. Não se tem por objetivo apontar qual a melhor forma de exercer a regulação ou quais os instrumentos que deveriam ser utilizados para tanto, mas, tão somente, apresentar o desenrolar do Caso Uber na Colômbia e verificar o atual nível de evolução da regulação de atividade de transporte particular e individual de passageiros no país.

Para o alcance deste objetivo, optou-se pela utilização da vertente teórico-metodológica jurídico-dogmática, realizando-se uma pesquisa descritiva a partir da investigação bibliográfica (artigos e doutrinas sobre o tema), documental (matérias jornalísticas), legislativa (legislação brasileira e colombiana) e jurisprudencial (decisões dos tribunais brasileiros e colombianos).

Assim, tem-se que o presente trabalho encontra-se estruturado em **5** seções, incluindo esta introdução. A seção **2** trata do tema da evolução da Administração Pública e suas transformações no século XXI e a busca pela conceituação do termo "regulação" pelos doutrinadores nacionais e internacionais. Na seção **3**, discorre-se acerca do exercício regulatório sobre as tecnologias disruptivas. A seção **4** expõe o caso Uber na Colômbia, buscando-se verificar se houve alguma evolução na atividade regulatória realizada pela Administração Pública colombiana, no tocante a este tipo de tecnologia disruptiva, após o banimento da empresa no país. Por fim, faz-se uma conclusão a respeito da temática exposta.

2. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO SÉCULO XXI E A ATIVIDADE REGULATÓRIA ESTATAL

Se o mundo não acabou com a virada do milênio e a chegada dos anos 2000, o mesmo não pode ser dito sobre os velhos dogmas que pairavam sobre a atuação da Administração Pública, cuja diluição "*produz importantes transformações na Administração Pública do Estado de Direito democrático e social, sob o ponto de vista orgânico e sob o aspecto funcional*"[2]. Isso porque o Estado moderno, surgido em meados do século XX, tem passado por modificações profundas desde o início do século XXI.

Tudo começou com as revoluções liberais ocorridas nos últimos anos do século XVIII, que culminaram no surgimento do Estado de Direito e, com ele, no princípio de divisão de poderes, "*garantindo à Administração imunidade contra o controle judicial de sua atividade, bem como assegurando sua competência regulamentar frente ao parlamento*"[3]. Essa Administração se estruturou a partir das convicções liberais de uma burguesia ascendente e, pautada na ideia de Estado mínimo, caracterizava-se por ser a "*afirmação de um Poder Executivo forte e centralizador*"[4]. Nesse sentido, atuava de forma extremamente hierarquizada e autoritária, utilizando-se do ato administrativo unilateral como sua principal forma de manifestação na relação com os particulares[5].

Alguma mudança dessa forma de atuação da Administração Pública começou a se dar a partir da Constituição mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, mas foi somente com o constitucionalismo do segundo pós-guerra que ela se revelou, a partir do surgimento do Estado de Direito democrático e social[6]. Afinal, a II Guerra Mundial trouxe consigo uma intensa devastação, material e moral, agravando o quadro

2. BITENCOURT NETO, Eurico. *Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI*. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 208-226, jan/abr, 2017, p. 208.

3. BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação Administrativa Interorgânica – Direito Administrativo e organização do século XXI*. Belo Horizonte: Editora Almedina, 2017, p. 37;40.

4. Ibidem, p. 40.

5. Ibidem, p. 39.

6. Ibidem, p. 69.

social e econômico mundial, o que exigiu uma transformação do Estado, que passa de liberal para *"conformador da ordem social e econômica, em busca da justiça social"*[7]. Nesse contexto, os direitos fundamentais ganharam um papel de destaque e iniciou-se *"o desenvolvimento de uma teoria e uma organização dirigidas à sua concretização"*[8].

De acordo com Eurico Bittencourt Neto, é possível notar que, desde o seu surgimento, o Estado de Direito democrático e social já passou por duas fases, quais sejam, um modelo inicial de Estado prestador e *"um subsequente modelo de Estado regulador e de Administração infraestrutural"*[9]. Para o autor[10], essas mudanças podem ser explicadas por fenômenos econômicos, como a globalização, crises financeiras e econômicas, a liberalização da economia; jurídico-políticos; sociais e de informação e comunicação, com o *"peso crescente da tecnologia da informação e da comunicação nas sociedades contemporâneas"*. Ele ressalta ainda a importância das alterações nas configurações do Estado e da Administração Pública *"a uma opção neoliberal, imposta pelos países capitalistas desenvolvidos"*[11], caracterizada pelo intenso processo de privatização e liberalização da economia a partir da década de 80. Gustavo Binenbojm[12], por outro lado, destaca que *"a crise financeira do Estado de bem-estar social e sua notória ineficiência econômica (...) convergem para a implementação de*

7. Ibidem, p. 70.

8. Ibidem, p. 70.

9. "É claro que falar em tais modelos significa optar por uma generalização, sempre redutora da realidade. Ainda hoje verificamos exemplos da Administração prestadora ou constitutiva, mais própria de uma primeira fase do Estado de Direito democrático e social, seja em uma mesma sociedade, seja em sociedades em distintos estágios de desenvolvimento. Mas tal generalização é útil, nesta oportunidade, para destacar as características novas que se manifestam no Direito Administrativo contemporâneo, decorrentes de um novo modo (...) de atua da Administração (...)". BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação Administrativa Interorgânica – Direito Administrativo e organização do século XXI.* Belo Horizonte: Editora Almedina, 2017, p. 111.

10. Ibidem, p. 111-112.

11. Ibidem, p. 112.

12. BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 160.

reformas institucionais", tais como os processos de desestatização, a criação de novas formas de governança econômica e a implantação de agências reguladoras independentes.

Dessa forma, se, após a Segunda Grande Guerra, o Estado passou a ser o prestador dos serviços públicos e garantidor direto dos direitos fundamentais, a partir de 1980 surge, então, um movimento inverso, *"no sentido de transferir para o setor privado entes estatais ou setores absorvidos pelo Estado"*[13] criando uma nova dinâmica econômica. *"O novo perfil da Administração compreende, para além de sua face prestadora, formas de atuação infraestrutural, de garantia, (...) (ao menos pela garantia do mínimo existencial)"*[14], com a transferência da execução dos serviços públicos aos particulares, deixando *"a função central de execução"* e passando *"a assumir a regulação de tais atividades, para conformá-las a obrigações típicas de Direito Administrativo"*[15]. A pedra de toque da intervenção estatal na economia passa a ser, assim, principalmente, a preocupação com a eficiência[16].

Diante do exposto, indaga-se: o que é regulação?

Segundo Christel Koop[17], essa área tem experimentado um amadurecimento considerável nas últimas décadas, com a introdução da teoria econômica da regulação e o estabelecimento de órgãos regulatórios por todo o mundo. Porém, até agora, a questão sobre a definição conceitual de "regulação" ainda permanece em debate, afirmando que há na doutrina uma concordância em discordar. Salienta, contudo, que existem três concepções principais:

> (1) "Regulação como 'a promulgação de um conjunto autorizado de regras acompanhadas de algum mecanismo (...) para monitorar e promover o cumprimento dessas

13. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 85.

14. BITENCOURT NETO, op.cit., p. 117.

15. BITENCOURT NETO, Eurico. *Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI*. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 208-226, jan/abr, 2017, p. 209.

16. BINENBOJM, op. cit., p. 160.

17. KOOP, Christel; LODGE, Martin. *What is regulation? An interdisciplinary concept analysis*. Regulation and Governance, London, nov. 2016, p. 3-4.

regras'";

(2) "Regulação como 'todos os esforços das agências estatais para dirigir a economia'";

(3) "Regulação como 'todos os mecanismos de controle social – incluindo processos não intencionais e não estatais'".

De acordo com o autor, esses pontos de vista não coincidentes podem ser atribuídos às diferenças atinentes às preocupações dos distintos ramos da ciência, vez que formulados por advogados, cientistas políticos e economistas e construídos a partir de realidades e concepções distintas.

Nesse mesmo sentido se posiciona Odete Medauar[18], ao afirmar que *"a consulta à literatura estrangeira e nacional revela diversidade no teor dos conceitos de regulação"*. Ela entende, todavia, que a atividade regulatória abrange a edição de normas e a fiscalização de seu cumprimento, a exigência de habilitação específica para a prestação da atividade, além da imposição de sanções e da mediação de conflitos. *"Não se inclui necessariamente na atividade regulatória a fixação de políticas para o setor, mas seria viável a contribuição das agências para tanto, com a participação de representantes de todos os seguimentos envolvidos"*[19].

Marcos Juruena Villela Souto[20] também aborda essa falta de consenso quanto ao conceito de regulação, mas afirma que ele deve ser considerado em três aspectos, quais sejam: a) a regulação de monopólios (com a minimização das forças de mercado por meio de controles sobre a qualidade do serviço e os preços envolvidos); b) a regulação para a competição, visando-se viabilizar sua existência e garantir sua continuidade; e c) regulação social, *"assegurando prestação de serviços públicos de caráter universal e a proteção ambiental"*.

Em consonância com esse posicionamento, Di Pietro[21], então, apresenta seu

18. MEDAUAR, Odete. *Regulação e auto regulação*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 228, abr-jun 2002. p. 125.

19. Ibidem, p. 127.

20. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Agências Reguladoras*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 216, abr-jun 1999. p. 128-129.

21. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia,*

próprio conceito de regulação, afirmando ser ela *"o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público"*. Nesse sentido, Thiago Marrara[22] afirma que o Estado, ao se propor a regular, *"visa o equilíbrio de forças e interesses públicos primários no funcionamento de determinados setores, encampados por agentes econômicos em exercício de atividades em sentido estrito, acompanhados ou não de prestadores de serviços públicos"*. Busca-se, assim, equilibrar os diversos setores em decorrência das falhas de mercado, sendo a regulação um objetivo estatal mais do que uma atividade pública específica.

Percebe-se, então, que a atividade regulatória abrange não somente a prestação de serviços públicos, mas, também, as atividades privadas não exclusivas de Estado, que possuem o condão de impactar diretamente toda a sociedade. Não ficam de fora, então, os instrumentos tecnológicos, em especial a internet, cada dia mais difundidos e incorporados ao dia-a-dia de todos os indivíduos.

Conforme discorre Patrícia Baptista[23], foi a partir da década de 90 que os debates envolvendo a possibilidade e o cabimento da regulação das relações sociais, jurídicas e econômicas estabelecidas no mundo virtual tomaram força. Porém, as dificuldades de subsunção dos fatos ao direito tradicional foram tão grandes que se questionou até mesmo a possibilidade de a internet ser considerada um *"'território livre', em que os indivíduos pudessem agir sem restrição ou influência externa estatal"*[24]. Essas ideias, contudo, deixaram de prevalecer tão logo houve a evolução do debate acadêmico acerca do tema, afinal, a intervenção regulatória passou a ser legitimada a partir de novos ideais, como *"a promoção a direitos fundamentais e de valores sociais e culturais; a inclusão de grupos minoritários e excluídos; a proteção de interesses*

---

terceirização, parceria público-privada. Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 312.

22. MARRARA, Thiago; GASIOLA, Gustavo Gil. *Regulação de novas tecnologias e novas tecnologias na regulação*. International Journal of Digital Law, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, maio/ago. 2020, p. 132.

23. BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. *Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas*. RDA - Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 273, set-dez 2016. p. 133.

24. Ibidem, p. 133-134.

intergeracionais; demandas redistributivas"[25], não se limitando mais à velha teoria das falhas de mercado.

Não há mais dúvidas, assim, acerca da possibilidade de submissão das novas tecnologias à intervenção estatal, inclusive aquelas resultantes das inovações disruptivas, que desafiam o direito, conforme será visto a seguir.

3. O EXERCÍCIO REGULATÓRIO SOBRE AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS DISRUPTIVAS

O termo "disruptivo" é classificado como adjetivo e é definido como aquele "*que acaba por interromper o seguimento normal de um processo*", "*que tem capacidade para romper ou alterar*"[26]. Nesse contexto, inovações tecnológicas disruptivas são aquelas que provocam "*uma alteração drástica no mercado que, via de consequência, muitas vezes levará à significativa redução, ou até mesmo destruição, dos agentes de cercado até então estabelecidos*"[27]. Para além, elas são mais do que um aprimoramento de algum produto já existente, configurando o surgimento de um novo modelo de negócio e causando "*alterações no estado de arte da indústria*"[28]. São inúmeros os exemplos de disrupções tecnológicas neste último século, como a criação do iPod pela Apple (que tirou o sono dos produtores de *walkmans*), o surgimento do Airbnb, da Uber e, até mesmo, da Nespresso, em que a Nestlé alterou a forma de se tomar um cafezinho, demonstrando que "*a disrupção pode ser procedida não apenas por novos entrantes, mas também por agentes econômicos atuantes no mercado em que encontram, na refundação de seu próprio nicho de atividade (...)*"[29].

25. Ibidem, p. 140.

26. DISRUPTIVO. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2021.

27. RIBEIRO, Leonardo Coelho. *A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, out./dez. 2016, p. 191.

28. COUTO, Rainer; NOVAIS, Leandro. *Regulação de tecnologias disruptivas: uma análise de sharing economy*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Ed. RT, ano 26, vol. 111, maio-jun. 2017, p. 270.

29. RIBEIRO, op.cit., p. 191.

Porém, nem tudo são flores, dado que essas tecnologias enfrentam uma grande resistência do *status quo*, ao promoverem a chamada "destruição criativa", conceito-chave apresentado por Schumpeter que "*identificou o processo característico dos sistemas econômicos capitalistas, pelo qual a estrutura econômica é constantemente revolucionada a partir dela mesma, destruindo antigas e criando novas lógicas econômicas*"[30]. A inovação tecnológica, então, não obstante contribuir para a prosperidade social, também culmina na "*substituição do antigo pelo novo, bem como a destruição dos privilégios econômicos e do poder político de alguns*"[31].

E é justamente quando essas grandes transformações, ocorridas em decorrência da destruição criativa, vão se consolidando e promovendo repercussões sociais, políticas e jurídicas, que aumenta a necessidade de que o direito seja influenciado por esta nova realidade[32]. "*Os desafios que esses fenômenos importam ao direito administrativo não são poucos, nem simples. Nesse caso, o desafio é vencer o status quo; romper com o que está posto*"[33]. E quais desafios seriam esses? Pode-se apontar pelo menos dois, quais sejam, o fato de as inovações permearem os "*pontos cegos dos regimes jurídicos existentes*"[34] e, a partir disso, incorrerem em menos custos, o que gera uma vantagem competitiva em relação aos concorrentes já estabelecidos no mercado; e a utilização da internet, especialmente das plataformas digitais, expandindo suas atividades a tal ponto que se tornam "*'grandes demais para serem banidas' (too big to ban)*"[35].

---

30. BAPTISTA; KELLER, op. cit., p. 131.

31. RIBEIRO *apud* ACEMOGLU e ROBINSON, p. 192.

32. RIBEIRO, op.cit., p. 196.

33. Ibidem, p. 197.

34. Ibidem, p. 197.

35. "Quanto mais passageiros a Uber conseguir em seus carros, acostumados a ter a conveniência de aperta um botão como opção, menos incentivo os políticos terão para permanecer no caso Uber. Ao reduzir drasticamente seus preços, a Uber está fazendo mais do que aumentar sua base de clientes. Está cultivando ingredientes - as pessoas que reclamarão quando alguém no poder tentar tirar seu Uber. Se a Uber puder sobreviver às suas muitas batalhas políticas, ela se tornará uma empresa global enorme e extremamente valiosa. Para os investidores, é um bilhão de dólares bem gasto". WOHLSEN, Marcus. *Uber's Brilliant Strategy to Make Itself Too Big To Ban*. Wired, jul.

Nesse sentido, salta aos olhos a importância da função administrativa, no sentido de agir para evitar que o interesse privado de alguns prevaleça sobre interesses públicos específicos, protegendo e promovendo, assim, os direitos fundamentais[36]. Sobre isso, convém destacar que, não obstante a relevância do controle dos efeitos concorrenciais gerados pelas novas tecnologias, no que tange à atuação da Administração Pública, "*o problema gira em torno da compatibilidade dessa alteração com os quadros constitucional e legislativo que fundamentam o exercício de autoridade administrativa e, também, em eventuais ameaças a direitos fundamentais que essas tecnologias podem representar*"[37]. O foco propriamente dito do Poder Público, então, não é a defesa da concorrência, objeto do Direito Econômico, mas a garantia do interesse público e a defesa dos direitos da coletividade.

Dentro desse contexto, a regulação se apresenta como a principal ferramenta para equilibrar a questão, ainda que definir como se dará a intervenção não ser uma tarefa fácil. "*Assim, a definição do meio (instrumento regulatório) deve ser objeto de meticulosa justificação que seja capaz de demonstrar a adequação da medida ao objetivo regulatório previamente definido*"[38], sendo que essa escolha exige sempre "*um exame pragmático, de viés contextual e consequencialista, diante das possibilidades e limites presentes no ordenamento jurídico*"[39].

O primeiro ponto a ser considerado é o seguinte: *quando* deve ser iniciada a regulação de uma nova tecnologia?

Sobre essa indagação, Patrícia Baptista afirma que essa resposta está longe de ser simples[40]. Isso porque cabe ao Poder Público decidir se o controle se dará logo quando do surgimento da inovação ou se a intervenção será postergada para um momento de maior instabilidade institucional. Em relação à primeira possibilidade, entende a autora que ela apresenta riscos maiores e de mais difícil reversão. "*Primeiro,*

2014.

36. RIBEIRO, op. cit., p. 198-199.

37. MARRARA, op. cit., p. 124.

38. BINENBOJM, op.cit., p. 163.

39. Ibidem.

40. BAPTISTA, op. cit., p. 145.

porque a atuação espontânea já se mostra equivocada diante da possibilidade de, a longo prazo, constatar-se que nenhuma intervenção era necessária"[41], dado que o "não agir" também funciona como uma opção regulatória. Segundo porque não é fácil prever o grau de receptividade da nova tecnologia pelos consumidores e os seus reais impactos dentro daquela sociedade. Ainda, *"justamente por incidir sobre este processo de desenvolvimento da tecnologia em si, uma regulação precoce pode inibir a inovação, tanto em relação ao aperfeiçoamento de elementos já existentes (inovação interna), quanto ao surgimento de tecnologias ainda mais inovadoras (inovação externa)"*[42].

A segunda possibilidade (regulação posterior), apesar de parecer a melhor opção, também não está isenta de riscos. Uma grande preocupação diz respeito ao momento ideal para se iniciar a intervenção, evitando-se o risco de paralisia por análise, ou seja, *"a possibilidade de a espera pelo momento adequado de intervir acarretar inércia regulatória e consequente omissão"*[43]. Afinal, o adiamento do controle significa também postergar seus *"efeitos benéficos e arriscar a perpetuação de situações de injustiça ou a produção de resultados indesejados ou menos eficientes"*[44].

Outro ponto a ser considerado é acerca de *como* se dará a regulação dessas novas tecnologias. Deverá o regulador ser mais contido nas normas de controle ou mais restritivo em sua intervenção? Quais os instrumentos que deverão ser utilizados para se alcançar o fim almejado?[45] Essas são perguntas sem respostas que dependem avidamente do caso concreto para serem respondidas, não havendo uma *"fórmula pronta, do tipo one size fits all, para regular toda e qualquer inovação disruptiva"*[46]. O

41. Ibidem, p. 145.

42. BAPTISTA, op. cit., p. 145.

43. Ibidem, p. 146.

44. Ibidem, p. 146.

45. De acordo com Binenbojm, os instrumentos regulatórios podem ser separados em três categorias: "(i) regulação por normas de comando e controle; (ii) regulação por normas de indução; e (iii) meios alternativos de realização de objetivos regulatórios". BINENBOJM, op. cit., p. 164. Não é o intuito deste trabalho, todavia, aprofundar o estudo nos tipos de instrumentos regulatórios existentes.

46. RIBEIRO, op. cit., p. 200.

que não se pode, contudo, é a política regulatória culminar no impedimento da inovação, ao invés de ser sua catalisadora, devendo ela ser "*o objetivo central das intervenções regulatórias em face das tecnologias*"[47]. Mas cautelas devem ser tomadas, todavia, não podendo o Estado se tornar um "*promotor explícito e direto de inovações, encaminhando a indústria na direção desta ou daquela tecnologia específica*"[48].

Percebe-se, então, que "*a busca de uma regulação eficiente acaba sendo forçada a se equilibrar entre essas duas perspectivas: velocidade/abrangência*"[49]. Nesse sentido, não há uma receita de bolo que traz, de forma peremptória, todos os ingredientes necessários para uma regulação eficiente, cabendo ao regulador se utilizar dos instrumentos regulatórios tradicionais, combinando-os de modo a atender aquele caso concreto[50].

Por fim, ainda cabe à Administração Pública evitar a adoção de medidas que envolvam o confronto com o setor inovador ou a utilização de soluções regulatórias unilaterais que não aspiram bons resultados. "*O desenvolvimento de novas tecnologias é ágil e sempre disposto a contornar os obstáculos regulatórios*"[51]. E foi exatamente isso que a empresa Uber fez na Colômbia: através de um "jeitinho jurídico", "sambou" na cara do Estado e voltou às suas operações, mesmo após ser banida permanentemente do país.

4. O CASO UBER E A (DES)REGULAÇÃO COLOMBIANA

Não é novidade que o surgimento da Uber causou uma grande comoção (para não dizer confusão) no mercado mundial. Se antes a forma de as pessoas se

47. BAPTISTA, op. cit., p. 151.

48. Ibidem, p. 151.

49. Ibidem, p. 151.

50. O estudo das políticas sobre inovação começa pela proposição de que não há um desenho ótimo de política universal, ou uma melhor tecnologia regulatória. Ao invés, existem critérios contextuais para o sucesso, o que implica na adoção de diferentes desenhos regulatórios para diferentes problemas, situações, sociedades e acertos institucionais. Devemos testar ideias, aprender com as experiências e adaptar a tecnologia com o passar do tempo. BAPTISTA *apud* WIENER, p. 158.

51. BAPTISTA, op. cit., p. 159.

transportarem envolvia veículos próprios ou a dependência direta dos serviços disponibilizados pelo Estado, seja por meio de transporte público, seja por meio da outorga dos serviços aos particulares - como os taxistas -, com a chegada da Uber, tudo isso mudou. Isso porque a empresa criou uma nova forma de mobilidade, que envolve a prestação do serviço por motoristas particulares que se conectam diretamente pelo usuário do serviço por meio de um aplicativo, sem qualquer ingerência estatal. A própria Uber se define como "*uma empresa de tecnologia que está transformando a maneira como as pessoas se movimentam*"[52].

E por que, então, dizer que a chegada da entidade causou uma grande confusão se, quando de uma análise pormenorizada, percebe-se que a forma de locomoção pela cidade tornou-se mais fácil e acessível a todos os cidadãos, de todas as classes sociais?

Como já tratado no capítulo anterior, a Uber pode ser considerada como uma dessas novas tecnologias disruptivas que provocaram a ruptura não só da forma de prestação do serviço de transporte como um todo, mas, também, do *status quo* daqueles que disso viviam. E, como tudo aquilo que mexe com a zona de conforto, causou a insatisfação de diversos segmentos do ramo, especialmente dos taxistas, que passaram a dividir o mercado com um concorrente mais eficiente e que ofertava um preço demasiadamente competitivo.

Com uma simples pesquisa no Google (utilizando-se dos termos "confusão Uber e táxi"), inúmeras são as reportagens sobre a questão, que envolvem desde manifestações dos taxistas, pleiteando a proibição do serviço tido, por eles, como ilegal, até a existência de violência física e psicológica entre os motoristas, com a ocorrência de lesões corporais e ameaças de morte[53].

E não pense que toda essa movimentação é um privilégio tupiniquim. Afinal, relatos de fatos semelhantes podem ser encontrados em jornais de todo o mundo, inclusive da Colômbia, onde a onda violenta envolveu até mesmo carros queimados e agressões aos próprios usuários, levando-se à seguinte indagação: "*É necessário um morto para que sejam tomadas medidas acerca dos choques entre Uber e os*

52. Conheça o aplicativo Uber e veja como funciona. UBER, 2018.

53. ENTENDA a briga entre taxistas e motoristas do aplicativo Uber. G1, Rio de Janeiro, 26 jul. 2015.

taxistas?"[54] (tradução nossa).

Mas nem só de violência e caos vive essa história.

No Brasil[55], a Lei nº 12.587/2012[56] foi alterada pela Lei nº 13.640/2018 e passou a regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros, definido como *"serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede"*, nos termos do seu art. 4º, inciso X. Assim, caberá a Uber cumprir uma série de requisitos administrativos, tributários e previdenciários, conforme artigos 11-A e 11-B da norma[57], caso queira continuar suas operações no país.

54. ¿SE necesita un muerto para tomar medidas ante los choques entre Uber y los taxistas? SEMANA, Bogotá, 01 ago. 2021.

55. Ressalta-se que este artigo não possui como objetivo realizar uma análise comparativa entre o caso brasileiro e o caso colombiano. Nesse sentido, expõe-se aqui alguns acontecimentos do Caso Uber no Brasil com o único intuito de contextualização fática.

56. Essa lei institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana.

57. Art. 11-A. Compete exclusivamente aos Municípios e ao Distrito Federal regulamentar e fiscalizar o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei no âmbito dos seus territórios. Parágrafo único. Na regulamentação e fiscalização do serviço de transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal deverão observar as seguintes diretrizes, tendo em vista a eficiência, a eficácia, a segurança e a efetividade na prestação do serviço: I - efetiva cobrança dos tributos municipais devidos pela prestação do serviço; II - exigência de contratação de seguro de Acidentes Pessoais a Passageiros (APP) e do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT); III - exigência de inscrição do motorista como contribuinte individual do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), nos termos da alínea h do inciso V do art. 11 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Art. 11-B. O serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei, nos Municípios que optarem pela sua regulamentação, somente será autorizado ao motorista que cumprir as seguintes condições: I - possuir Carteira Nacional de Habilitação na categoria B ou superior que contenha a informação de que exerce atividade remunerada; II - conduzir veículo que atenda aos requisitos de idade máxima e às características exigidas pela autoridade de trânsito e pelo poder público municipal e do Distrito Federal; III - emitir e manter o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo (CRLV); IV - apresentar certidão negativa de antecedentes criminais. Parágrafo único. A exploração dos serviços remunerados de transporte privado individual de passageiros sem o cumprimento dos

Ainda, em 2019, o Supremo Tribunal Federal (STF), julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 449/DF, ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL), para declarar inconstitucional lei local que dispunha sobre a proibição do uso de carros particulares cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas no Município de Fortaleza. No quesito formal, a Corte afirmou que somente a União possui competência para legislar sobre questões afetas ao trânsito e transportes, sendo vedado aos municípios disporem sobre isso. Já em relação à matéria, o tribunal entendeu que a norma analisada provocava uma "*restrição oligopolística do mercado em benefício de certo grupo e em detrimento da coletividade*"[58] e que "*a proibição legal do livre exercício da profissão de transporte individual remunerado afronta o princípio da busca pelo pleno emprego, insculpido no art. 170, VIII, da Constituição, pois impede a abertura do mercado a novos entrantes*"[59], e também os princípios da livre iniciativa e livre concorrência, não podendo a lei, de forma arbitrária, retirar da sociedade a sua liberdade de empreender, salvo fundamento constitucional para tanto[60].

Sobre a regulação, o STF afirmou que a tecnologia solucionou "*em definitivo, problemas classicamente entendidos como 'falhas de mercado' antes justificadores da intervenção regulatória*", passando a proporcionar "*novas comodidades à sociedade*"[61]. Ainda, que diferentes regimes regulatórios para a mesma atividade não viola a

requisitos previstos nesta Lei e na regulamentação do poder público municipal e do Distrito Federal caracterizará transporte ilegal de passageiros.

58. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449. Requerentes: Partido Social Liberal e outros. Intimados: Câmara Municipal de Fortaleza e outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Distrito Federal, 02 de setembro de 2019, p. 4-5.

59. Ibidem, p. 5.

60. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449. Requerentes: Partido Social Liberal e outros. Intimados: Câmara Municipal de Fortaleza e outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Distrito Federal, 02 de setembro de 2019, p. 68.

61. De acordo com o Ministro Roberto Barroso, "o regime de autorização a que estão submetidos os táxis impunha barreiras ao ingresso de novos operadores no mercado. Isso, portanto, significava uma limitação à quantidade de carros em circulação e um obstáculo à competição, agravado pelo fato de que havia um controle de preço e um preço único praticado por todos os agentes econômicos". Ibidem, p. 60.

isonomia, mas sim gera o aumento da competitividade e, consequentemente, da qualidade do serviço prestado ao usuário[62].

Nesse mesmo sentido foi julgado o Recurso Extraordinário nº 1.054.110, também em 2019, considerando inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, a proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo. Determinou, ainda, que os Municípios e o Distrito Federal, quando do exercício de sua competência de regulamentação e fiscalização do serviço, não poderão contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal.

Já na Colômbia, em 2016, a Cotech S.A., empresa prestadora de serviço de transporte particular mediante táxi, ajuizou um processo perante a Superintendência de Indústria e Comércio da Colômbia (SIC), contra a Uber Colombia S.A.S. ("Uber Colombia"), Uber Technologies, Inc. ("Uber Technologies") e Uber BV (conjuntamente, "Uber")[63], alegando atos de competência desleal, nos termos de Lei 256 de 1996[64].

De acordo com o art. 18 da norma, "*se considera desleal a efetiva realização no mercado de uma vantagem competitiva adquirida frente aos competidores mediante a infração de uma norma jurídica. A vantagem tem que ser significativa*"[65] (tradução nossa). Assim, para que o ato seja configurado como de concorrência desleal, é necessário verificar a existência de uma infração à alguma norma reguladora

62. Ibidem, p. 70.

63. "(...) essas três atividades se desenvolvem de maneira concatenada, por entender que Uber BV é quem coloca o aplicativo Uber à disposição no mercado colombiano, a Uber Tech desenvolve e hospeda o aplicativo, bem como encarregado de diligenciá-la para o mercado colombiano e, por fim, a Uber Colômbia se encarrega, entre outros, da promoção, análise de mercado e medição dos níveis de satisfação dos usuários" (tradução nossa). COLÔMBIA. Superintendência de Indústria e Comércio. Sentencia 20 de Diciembre de 2019. Proceso Cotech contra Uber. Juez: Luiz Hernando Sandoval, p. 14.

64. MANTILLA, Santiago Cruz. *La batalla legal de uber por operar em Colombia*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 53, 2019, p. 161.

65. ARTÍCULO 18. VIOLACIÓN DE NORMAS. Se considera desleal la efectiva realización en el mercado de una ventaja competitiva adquirida frente a los competidores mediante la infracción de una norma jurídica. La ventaja ha de ser significativa.

concorrencial e estabelecer um nexo causal entre essa violação e a alegada vantagem competitiva significativa no mercado. Caso contrário, a infração legal, sozinha, gerará interesse para as autoridades, mas não para aquelas encarregadas de assegurar a adequada competição entre os agentes econômicos[66]. Nesse sentido, na concepção da Cotech S.A., as três sociedades Uber demandadas violaram algumas normas que fazem parte da regulação de transportes na Colômbia, especialmente os artigos 9 e 11 da Lei 366 de 96 e os artigos 6 e 10 do Decreto 172 de 2001[67].

Em 20 de dezembro de 2019, a SIC, entendendo que as empresas incorreram em concorrência desleal, proferiu sentença em primeira instância[68], ordenando a cessação imediata das operações da Uber na Colômbia[69]. Para o julgador, estava claro que a Uber presta serviço de *"transporte público terrestre automotor individual de passageiros em veículo ou táxi"*, não se tratando *"de uma simples prestação de serviços de tecnologia"*[70], como alegado. Nesse sentido, caberia à empresa se submeter às normas regulatórias do país, o que não o fez, obtendo uma vantagem competitiva significativa em decorrência dessa violação[71-72].

Insatisfeita, a Uber enviou uma comunicação formal ao governo colombiano, informando sua intenção de tomar medidas legais com base no Tratado de Livre Comércio atualmente vigente entre a Colômbia e os Estados Unidos da América, além

66. COLÔMBIA. Superintendência de Indústria e Comércio. Sentencia 20 de Diciembre de 2019. Proceso Cotech contra Uber. Juez: Luiz Hernando Sandoval, p. 14.

67. Ibidem, p. 14.

68. "Importante destacar que essa decisão se deu no contexto das funções jurisdicionais exercidas pela Superintendência de Indústria e Comércio da Colômbia, e não na qualidade de autoridade administrativa" (tradução nossa). ORDÓÑEZ, Mariana Camacho. Caso Uber Colombia: los puntos clave. Derecho, Economía y Competencia, Universidad San Francisco de Quito, Quito, 04 de maio de 2020.

69. MANTILLA, op. cit., p. 161.

70. COLÔMBIA. Superintendência de Indústria e Comércio. Sentencia 20 de Diciembre de 2019. Proceso Cotech contra Uber. Juez: Luiz Hernando Sandoval, p. 16.

71. Ibidem, p. 24.

72. Para mais detalhes concorrenciais do caso, que não são o foco deste artigo, sugere-se leitura da decisão jurisdicional.

de apelar da sentença, visando a sua revisão em segunda instância pelo Tribunal Superior de Bogotá[73]. Contudo, considerando que a apelação não possui efeitos suspensivos, a empresa anunciou que deixaria de funcionar no país a partir de 1º de fevereiro de 2020, e assim o fez.

Ocorre que, em uma reviravolta inesperada, *"contornando os obstáculos regulatórios"*[74], a entidade publicou um comunicado, em 20 de fevereiro de 2020, anunciando que começaria a funcionar uma alternativa do aplicativo Uber de forma temporária, a partir de um modelo diferente: segundo a empresa, *"a aplicação se converteu em um 'ponto de contato' entre solicitante e condutor, para que esses celebrem em cada oportunidade um contrato de arrendamento de veículo com condutor, por um tempo determinado"*[75] (tradução nossa). Ainda, deixou claro, nos termos e condições a que se submetem os motoristas, que não há prestação de serviços de transporte pela Uber sobre essa nova modalidade. Revoltada, a Cotech anunciou que denunciaria a empresa por fraude na resolução judicial e a Superintendência de Transporte informou que analisaria a legalidade dessa modalidade de negócio.

Não se sabe e possivelmente jamais se saberá o resultado da suposta denúncia penal encabeçada pela Cotech e da análise da legalidade pela Superintendência de Transporte, uma vez que, em 18 de junho de 2020, o Tribunal Superior de Bogotá julgou a apelação da Uber, revogando a sentença proferida pela Superintendência de Indústria e Comércio. O argumento para a reversão da decisão, contudo, não envolveu qualquer discussão acerca da necessidade de cumprimento de medidas regulatórias pela empresa, mas tão somente a declaração de prescrição da avença, nos termos do art. 23 da Ley 256 de 1996[76-77]. Dessa forma, não houve um desfecho judicial acerca

73. MANTILLA, op. cit., p. 161.

74. BAPTISTA, op. cit., p. 159.

75. MANTILLA, op. cit., p. 161.

76. "(...) é a partir do momento em que o interessado toma conhecimento do ato desleal e de quem o praticou (anos 2012, ou no máximo 2013, como se pode verificar), é que, de acordo com a redação do artigo 23 da Lei 256 de 1996, o prazo prescritivo começa transcorrer independentemente do fato de, eventualmente, o ato continuar a ser realizado posteriormente". COLÔMBIA. Tribunal Superior Del Distrito Judicial – Sala Civil. Bogotá D.C, 18 de junho de 2020, p. 30.

77. ARTÍCULO 23. PRESCRIPCIÓN. Las acciones de competencia desleal prescriben en dos (2) años

da questão e as dúvidas atinentes a regulação continuam pendentes.

Visando-se resolver de uma vez por todas a celeuma, em julho de 2020, foi apresentado um projeto de lei (Proyecto de Ley nº 003 de 2020 – Câmara de Representantes), *"por meio do qual se cria a categoria de serviço público de transporte terrestre automotor individual de passageiros em veículos particular intermediado por plataformas tecnológicas, e se ditam outras disposições"* (tradução nossa). Composta por 35 artigos e doze títulos, a lei pretende estabelecer as normas destinadas ao serviço público terrestre automotor individual de passageiros em veículos particulares, determinar as condições de operação e os requisitos de habilitação para a prestação do serviço, dentre outros[78].

Acontece que, por incrível que pareça, o projeto de lei foi arquivado em 02 de maio de 2021, após a intensa pressão exercida pelos taxistas colombianos. Se, por um lado, tiveram aqueles que celebraram a decisão, afirmando que a Lei 003 *"premiava a ilegalidade e a corrupção da Uber e outras transacionais, contra o patrimônio e a empregabilidade do serviço de táxis e o bom desenvolvimento urbano"*, outros afirmaram que *"aqui há perdedores e os perdedores são os cidadãos, porque são eles que estão pedindo o direito de se mover com liberdade, com tranquilidade e sem estigmatizações"*[79]. Sabe-se, porém, que, no final das contas, a Uber e outras empresas semelhantes, como a Didi e a Beat, continuam prestando serviços no país.

Ainda, em agosto de 2021, a empresa firmou uma aliança com a plataforma TaxExpress e começou a oferecer o serviço de táxis, denominado Uber Taxi, através de seu aplicativo. Na primeira fase de implantação, a funcionalidade somente estará disponível para Bogotá e Cali, sendo que a meta é atingir todo o país até o final do ano

---

a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal y en todo caso, por el transcurso de tres (3) años contados a partir del momento de la realización del acto.

78. COLÔMBIA. Secretaría de Gobierno. Comentarios de la Administración Distrital al Proyecto de Ley 003/2020 de Câmara "Por médio de la cual se crea la categoria del servicio público de transporte terrestre automotor individual de pasajeros em vehículo particular intermediado por plataformas tecnológicas, y se dictan otras disposiciones", agosto de 2020.

79. PROYECTO de ley que regularía plataformas de transporte se hunde en el Congreso. Infobae. Colômbia, 02 de maio de 2021.

de 2021[80]. *"O preço do Uber Taxi será calculado de acordo com as tarifas estabelecidas pelas autoridades de cada cidade"* (tradução nossa) e os motoristas terão acesso às diversas ferramentas e funcionalidades de segurança oferecidas pela tecnologia da Uber[81]. De acordo com a empresa, *"hoje mais do que nunca, queremos mostrar ao país que podemos trabalhar juntos para oferecer mais alternativas e mais oportunidades para que as pessoas na Colômbia possam gerar ganhos adicionais"* (tradução nossa)[82].

Por fim, em dezembro de 2021, a Uber promoveu a instalação de outdoors com sua logo dentro das instalações do Aeroporto Internacional El Dorado, em Bogotá, argumentando que essa ação destinava a *"apoiar a reativação do país através do turismo"* (tradução nossa), ressaltando a todos que a *"Colômbia é um país inovador, próspero e que se orgulha de implementar avanços tecnológicos"* (tradução nossa)[83]. Rapidamente, a Associação de Proprietários e Condutores de Taxi (Asoproctax) peticionou à Superintendência de Transporte, requerendo a investigação da conduta e a retirada da publicidade de maneira imediata, posto que a empresa *"viola a lei e promove a sua violação"* (tradução nossa)[84]. A Uber, então, rechaçou a atitude tomada pelo setor de taxi e argumentou que nem a livre concorrência, o livre mercado e a concorrência entre particulares, e nem a liberdade de expressão, podem ser afetados *"por pressões sobre o operador do principal porto de entrada e saída de passageiros do país"* (tradução nossa)[85]. Clamou, então, pela garantia dos direitos e das liberdades

80. Até o presente momento (janeiro de 2022), não se tem informações acerca da concretização de tal expansão.

81. UBER ofrecerá taxis amarillos en Colombia. Forbes Colombia, Bogotá, 11 ago. 2021.

82. Ibidem.

83. UBER: se reaviva el debate tras el retiro de una publicidad en El Dorado. Forbes Colombia, Bogotá, 21 dez. 2021.

84. RETIRAN publicidad de Uber en El Dorado a petición de los taxistas. Forbes Colombia, Bogotá, 21 dez. 2021.

85. "A empresa acrescentou que turistas de todo o mundo usam o Uber em mais de 600 aeroportos nos cinco continentes. Por isso, 'a Colômbia não pode ser a exceção e dar as costas à inovação em benefício do ressurgimento do turismo local. Este ano, as viagens de e para os aeroportos aumentaram mais de 200% em relação ao ano passado, tornando o aplicativo Uber uma opção real para milhares de visitantes', alertaram. Por enquanto, destacaram que 'a Colômbia não pode continuar

de todos os colombianos.

Não obstante a súplica da empresa em prol dos direitos individuais, o Aeroporto, atingido pela pressão exercida pelos taxistas, retirou a publicidade da Uber de suas instalações. Para além da discussão da legalidade ou não da prestação dos serviços, põe-se em pauta ainda a própria liberdade de expressão.

Percebe-se que, na Colômbia, a regulação dessa nova forma de prestação de serviço de transporte de passageiros ainda está em atraso. Afinal, quase dez anos depois da entrada da empresa no país e ainda não há uma determinação jurídica acerca de como se dará o seu funcionamento no território colombiano.

É uma utopia acreditar que o verdadeiro motivo para tanto é barrar a ilegalidade e promover o desenvolvimento urbano, já que os únicos que saem ganhando nesse contexto são os detentores de licenças de taxis (motoristas ou não) e os agentes políticos que têm esses trabalhadores como sua base eleitoral. Para os usuários, a existência da Uber (e de outros aplicativos semelhantes) é extremamente interessante, vez que a empresa oferece preços mais competitivos e, ainda, "*a redução da assimetria de informação entre as partes e, portanto, maior segurança e confiança para realizar a transação*"[86], já que, logo ao contratar o serviço, você sabe de antemão quanto irá pagar, qual caminho vai percorrer, qual a confiabilidade do condutor e, ao final, não precisa tirar a carteira do bolso para realizar o pagamento. A questão da segurança, inclusive, "*era fundamento para a regulação do serviço de táxi, que apenas precariamente conseguia lidar com esse problema informacional*"[87-88].

---

aceitando a divisão promovida por alguns setores minoritários que se recusam a evoluir na convivência com as tecnologias. Na Uber mostramos que é possível e estamos comprometidos com a convivência, lançando o Uber Taxi em aliança com a TaxExpress, em prol da reativação econômica do país e dos taxistas'." RETIRAN publicidad de Uber en El Dorado a petición de los taxistas. Forbes Colombia, Bogotá, 21 dez. 2021.

86. AZEVEDO *et al.* Uber: O dilema de crescer com uma inovação disruptiva. Insper, 2015, p. 4.

87. Ibidem, p. 4 -5.

88. Destaca-se, ainda, que, inclusive, a prestação de serviços de táxi teve uma melhora significativa em decorrência da competição gerada pela Uber. Isso porque a categoria passou a se preocupar mais com a qualidade do serviço e a segurança dos usuários através da criação de aplicativos semelhantes ao da empresa concorrente. Para mais informações:

Para além, a Uber chegou na América Latina em um momento de crise e crescimento do desemprego, permitindo que milhares de indivíduos conseguissem manter a sua subsistência ao prestar serviços para o aplicativo. Para se ter uma ideia, em janeiro de 2020, na Colômbia, cerca 88 mil motoristas trabalhavam na plataforma, sendo que 63% deles possuíam diploma universitário[89]. No Brasil, em agosto do mesmo ano, havia um milhão de motoristas parceiros, atendendo um total de 22 milhões de usuários[90]. Não se discute, aqui, as condições de trabalho oferecidas por essas empresas e a precariedade ou não do serviço: o que se mostra é que essa forma de obtenção de renda impacta de forma significativa a vida de milhares de famílias, que dependem dela para sobreviver[91].

Diante do exposto, constata-se que a regulação do serviço traz inúmeras vantagens aos seus usuários, motoristas e, até mesmo, aos próprios taxistas, já que as empresas de transporte por aplicativo passariam a ter que cumprir diversos requisitos legais para continuarem ativas, equalizando os famigerados problemas de concorrência alegados pelo setor. A resistência à implementação de instrumentos regulatórios é, até mesmo, sem sentido, considerando que a Uber continua prestando o serviço na Colômbia, tangenciando o ordenamento jurídico local.

Importante frisar que o Estado não deve se deixar levar, utilizando-se de instrumentos regulatórios para tolher as inovações e impedir o avanço tecnológico e social. Porém, a ausência de regulação também não é vantajosa, vez que causa atos de violência e possível concorrência desleal, como aqui já demonstrado. Afinal, "*liberdade de ação sem limites não é liberdade*"[92] (tradução nossa), sendo que a "*regulação é*

---

https://www.semana.com/pais/articulo/nueva-aplicacion-de-taxis-en-bogota/280904/.

89. EL 63% de conductores de Uber en Colombia tiene título universitário. Semana, 14 de janeiro de 2020.

90. FATOS e Dados sobre a Uber. Uber, 27 de agosto de 2020.

91. Para se ter uma ideia do tamanho do mercado por aqui, por volta de 20% dos motoristas da Uber no mundo são brasileiros. Para mais informações: https://summitmobilidade.estadao.com.br/compartilhando-o-caminho/numero-de-motoristas-por-aplicativo-cresce-137-em-8-anos/.

92. SINGER, Joseph William. *No Freedom without Regulation: The Hidden Lesson of the Subprime Crisis*. New Haven and London, Yale University Press, 2015, p. 7.

somente uma outra palavra para Estado de Direito"[93] (tradução nossa). Como dizia Locke: "*onde não existe o Direito, não existe Liberdade"*[94] (tradução nossa).

Conclui-se, então, que, mesmo após o banimento da Uber na Colômbia e a estratégia utilizada pela empresa para driblar a proibição, não houve evolução na atividade regulatória realizada pela Administração Pública colombiana, no tocante a este tipo de tecnologia disruptiva, não obstante a tentativa efetuada por alguns congressistas por meio da apresentação de um projeto de lei para tanto, mas que foi arquivado pouco depois.

Por fim, indaga-se a) até quando irá a crença daqueles que defendem o banimento da Uber de que isso ainda é possível, b) em qual momento eles começarão a perceber que não só a empresa, mas esse tipo de prestação de serviços tornou-se grande demais para ser banida (ou, no jargão atual da Internet, cancelada) e c) se, em breve, mudarão suas concepções e implorarão ao governo colombiano por instrumentos regulatórios.

E nesse vai e vem, todo mundo sai perdendo, inclusive aqueles que celebram a não regulação do serviço no país.

5. CONCLUSÃO

O surgimento de tecnologias disruptivas não é novidade desses tempos modernos, uma vez que inovações causadoras de mudanças drásticas no mercado e na vida das pessoas existem desde que o mundo é mundo. Como exemplos, citam-se as máquinas de tear, que substituíram os serviços manuais de tecelagem, e a substituição de veículos de tração animal por locomotivas a vapor.

Uma das tecnologias disruptivas atuais mais expressivas é aquela trazia pela Uber, que revolucionou a forma de prestação dos serviços de transporte individual de passageiros. Não obstante a popularidade da empresa, um movimento foi iniciado em todo mundo, questionando a legalidade do exercício dessa atividade econômica frente às questões concorrenciais e regulatórias, o que culminou na regulação do

93. Ibidem.

94. Ibidem.

serviço por alguns Estados ou no banimento da plataforma em outros. O Brasil optou pela primeira alternativa, ao passo que, na Colômbia, o serviço chegou a ser proibido por uma decisão jurisdicional, que determinou a cessação da prestação da atividade pela empresa.

Não obstante o "jeitinho" jurídico da Uber para continuar operando e a posterior derrubada dessa sentença por um tribunal superior, a Administração Pública colombiana ainda não evoluiu na atividade regulatória, no tocante a este tipo de tecnologia disruptiva, permanecendo não só a ausência de normas jurídicas a respeito, mas também o ambiente hostil e inseguro para motoristas, taxistas e usuários. No fim das contas, a inexistência da regulação não impediu a Uber de continuar atuando às margens da legalidade – e, com ela, novas plataformas semelhantes que chegaram ao mercado mundial.

Na Colômbia, então, infelizmente ainda prevalece a pressão exercida por um pequeno grupo, que são os detentores de licenças de taxis (motoristas ou não) e os agentes políticos que têm esses trabalhadores como sua base eleitoral, cujo interesse é, tão somente, manter o seu poder político, econômico e social às custas da população, do interesse público e, por que não, da liberdade de expressão.

Espera-se que, em algum momento no futuro próximo, o Estado colombiano perceba que cada vez mais a sociedade está vivendo em uma época de evolução tecnológica intensa e desenfreada, potencializada pelo surgimento e difusão da Internet e dos *smartphones* e que, nesse sentido, "nadar contra a maré", tentando-se retornar ao *status quo* anterior, não é mais uma opção. Afinal, aqueles que assim persistirem poderão acabar se afogando.

REFERÊNCIAS

¿SE necesita un muerto para tomar medidas ante los choques entre Uber y los taxistas? SEMANA, Bogotá, 01 ago. 2021. Disponível em: https://www.semana.com/nacion/articulo/pelea-taxis-contra-uber/513545/. Acesso em: 01 ago. 2021.

AZEVEDO *et al. Uber: O dilema de crescer com uma inovação disruptiva*. Insper, 2015. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/09/estudo-de-caso-Uber-crescer-inovacao-disruptiva.pdf. Acesso em: 01 ago. 2021.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. *Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os*

desafios trazidos pelas inovações disruptivas. RDA - Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 273, set-dez 2016. p. 123-163. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/66659. Acesso em: 01 ago. 2021.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação*: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação Administrativa Interorgânica – Direito Administrativo e organização do século XXI*. Belo Horizonte: Editora Almedina, 2017A.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI*. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 208-226, jan/abr. 2017B. Disponível em: https://rb.gy/3mhsay. Acesso em 25 ago. 2021.

BRASIL, Lei n. 12 587, de 3 de janeiro de 2021. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nºs 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nºs 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências., Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449. Requerentes: Partido Social Liberal e outros. Intimados: Câmara Municipal de Fortaleza e outros. Relator: Ministro Luiz Fux. Distrito Federal, 02 de setembro de 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur409361/false. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.054.110. Requerentes: Câmara Municipal de São Paulo. Relator: Ministro Roberto Barroso. Distrito Federal, 06 de setembro de 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur410190/false. Acesso em: 01 ago. 2021.

COLÔMBIA. Ley 256 de 1996. Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal. Santa Fé de Bogotá D.C., 15 de janeiro de 1996. Disponível em: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=38871#:~:text=OBJETO.,establecido%20en%20el%20numeral%201o. Acesso em: 01 ago. 2021.

COLÔMBIA. Secretaría de Gobierno. Comentarios de la Administración Distrital al Proyecto de Ley 003/2020 de Câmara "Por médio de la cual se crea la categoria del servicio púbçicp de transporte terrestre automotor individual de pasajeros em vehículo particular intermediado por plataformas tecnológicas, y se dictan otras disposiciones", agosto de 2020. Disponível em: https://www.camara.gov.co/camara/visor?doc=/sites/default/files/2020-08/003%202020C%20comentarios%20Adm%20distrital%20Bogota.pdf. Acesso em: 01 ago. 2021.

COLÔMBIA. Superintendência de Indústria e Comércio. Sentencia 20 de Diciembre de 2019. Proceso Cotech contra Uber. Juez: Luiz Hernando Sandoval.

COLÔMBIA. Superintendência de Indústria e Comércio. Sentencia 20 de Diciembre de 2019. Proceso

Cotech contra Uber. Juez: Luiz Hernando Sandoval. Disponível em: https://dernegocios.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/2/2020/01/SENTENCIA-1-INSTANCIA-Uber-vs.-COTECH.-COTECH.-COTECH.pdf. Acesso em: 01 ago. 2021.

COLÔMBIA. Tribunal Superior Del Distrito Judicial – Sala Civil. Demandante: Comunicaciones Tech y Transportes S.A. – COTECH S.A. Demandados: Uber Colombia S.A.S. e outros. Bogotá D.C, 18 de junho de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/CA169A31D2F944_z.-SENTENCIA-ANTICIPADA-UBER-1.pdf##LS. Acesso em: 01 ago. 2021.

CONHEÇA o aplicativo Uber e veja como funciona. UBER, 2018.

COUTO, Rainer; NOVAIS, Leandro. *Regulação de tecnologias disruptivas: uma análise de sharing economy*. Revista de Direito do Consumidor. vol. 111. ano 26. p. 269-292. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2017. Disponível em: https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/345. Acesso em: 01 ago. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada*. Rio de Janeiro, Forense, 2019.

DISRUPTIVO. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2021.

EL 63% de conductores de Uber en Colombia tiene título universitário. Semana, 14 de janeiro de 2020. Disponível em: https://www.semana.com/confidenciales-semanacom/articulo/el-63-de-los-conductores-de-uber-en-colombia-tiene-titulo-universitario/648056/. Acesso em: 01 ago. 2021.

ENTENDA a briga entre taxistas e motoristas do aplicativo Uber. G1, Rio de Janeiro, 26 jul. 2015. Disponível em: http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/07/entenda-briga-entre-taxistas-e-motoristas-do-aplicativo-uber.html /. Acesso em: 01 ago. 2021.

FATOS e Dados sobre a Uber. Uber, 27 de agosto de 2020. Disponível em: https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/. Acesso em: 01 ago. 2021.

FATOS e Dados sobre a Uber. Uber, 27 de agosto de 2020. Disponível em: https://www.uber.com/pt-BR/newsroom/fatos-e-dados-sobre-uber/. Acesso em: 01 ago. 2021.

KOOP, Christel; LODGE, Martin. *What is regulation? An interdisciplinary concept analysis*. Regulation and Governance, London, nov. 2016.

MANTILLA, Santiago Cruz. *La batalla legal de uber por operar em Colombia*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 53, 2019.

MARRARA, Thiago; GASIOLA, Gustavo Gil. *Regulação de novas tecnologias e novas tecnologias na regulação*. International Journal of Digital Law, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 117-144, maio/ago. 2020. Disponível em: https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/13. Acesso em: 01 ago. 2021.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDAUAR, Odete. *Regulação e auto regulação*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.

228, abr-jun 2002. p. 123-128. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46658. Acesso em: 01 ago. 2021.

ORDÓÑEZ, Mariana Camacho. *Caso Uber Colombia: los puntos clave*. Derecho, Economía y Competencia, Universidad San Francisco de Quito, Quito, 04 de maio de 2020. Disponível em: https://blogcompetencia.usfq.edu.ec/caso-uber-colombia-puntos-clave/. Acesso em: 13 jun. 2021.

PROYECTO de ley que regularía plataformas de transporte se hunde en el Congreso. Infobae. Colômbia, 02 de maio de 2021. Disponível em: https://www.infobae.com/america/colombia/2021/05/03/proyecto-de-ley-que-regularia-plataformas-de-transporte-se-hunde-en-el-congreso/. Acesso em: 01 ago. 2021.

RETIRAN publicidad de Uber en El Dorado a petición de los taxistas. Forbes Colombia, Bogotá, 21 dez. 2021. Disponível em: https://forbes.co/2021/12/21/actualidad/retiran-publicidad-de-uber-en-el-dorado-a-peticion-de-los-taxistas/. Acesso em: 31 jan. 2022.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. *A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 181-204, out./dez. 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/30527336/A_instrumentalidade_do_direito_administrativo_e_a_regula%C3%A7%C3%A3o_de_novas_tecnologias_disruptivas. Acesso em: 01 ago. 2021.

SINGER, Joseph William. *No Freedom without Regulation: The Hidden Lesson of the Subprime Crisis*. New Haven and London, Yale University Press, 2015.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Agências Reguladoras*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 216, abr-jun 1999. p. 125-162. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47359. Acesso em: 01 ago. 2021.

UBER ofrecerá taxis amarillos en Colombia. Forbes Colombia, Bogotá, 11 ago. 2021. Disponível em: https://forbes.co/2021/08/11/negocios/uber-ofrecera-taxis-amarillos-en-colombia/. Acesso em: 01 ago. 2021.

UBER: se reaviva el debate tras el retiro de una publicidad en El Dorado. Forbes Colombia, Bogotá, 21 dez. 2021. Disponível em: https://www.elespectador.com/economia/uber-se-reaviva-el-debate-tras-el-retiro-de-una-publicidad-en-el-dorado/. Acesso em: 31 jan. 2022.

WOHLSEN, Marcus. *Uber's Brilliant Strategy to Make Itself Too Big To Ban*. Wired, jul. 2014. Disponível em: https://www.wired.com/2014/07/ubers-brilliant-strategy-to-make-itself-too-big-to-ban/. Acesso em: 01 ago. 2021.

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA DIVULGAÇÃO NA INTERNET DE INFORMAÇÕES PROCESSUAIS (TEMA 1141 DO STF):

UMA ABORDAGEM A PARTIR DOS DIREITOS AO ESQUECIMENTO E À DESINDEXAÇÃO

Gustavo Baião Vilela

Mestrando em Direito na UFMG. Juiz Federal.

Resumo: O presente artigo visa ao enfrentamento da problemática da responsabilidade civil pela divulgação na internet de informações processuais, objeto de julgamento no Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.307.386, com repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 1141). O estudo será desenvolvido sob a ótica dos direitos ao esquecimento e à desindexação, em especial o contexto histórico até o surgimento da internet e a abordagem jurisprudencial do tema. Ainda será dado destaque à Lei do Marco Civil da Internet, que traz disposições sobre a responsabilidade civil de provedores de aplicação, e à Lei Geral de Proteção de Dados, que também regulamenta pontos de interesse no julgamento do Tema 1141 do STF, tais como o tratamento de dados, a sua eliminação e anonimização. Noutro vértice, analisa-se o princípio da publicidade no contexto do processo eletrônico, com ênfase na Lei 11.419/2016 (Lei do Processo Eletrônico) e na Resolução 121/2010 do CNJ. A partir da pesquisa realizada, verificou-se que a ausência de regulamentação específica e pormenorizada sobre o direito ao esquecimento e à desindexação, bem como as lacunas na regulação do princípio da publicidade no processo eletrônico impactam na definição da responsabilidade civil pela divulgação na internet de informações processuais. Assim, eventual indenização por danos

Abstract: *The present article aims to address the issue regarding the civil liability for the disclosure of procedural information on the internet, which will feature in the trial of the Topic 1141 by the Federal Supreme Court. The study will be conducted from the perspective of the rights to oblivion and deindexation, approaching of the judicial take on the subject. The brazilian law on internet, which encompasses the rules on civil liability of application providers, and the law on data protection, which also regulates matters of interest regarding the trial of Topic 1141 by the STF, such as the processing, the deletion and the anonymization of data, will also both be highlighted. In a different perspective, one analyses the principle of publicity in the context of the electronic process, emphazing on the Law n. 11.419/2016 and Resolution 121/2010 of the CNJ. Based on the research carried out, it was found that the abscence of specif and detailed regulation on the right to oblivion and the right to deindexation, as well as the loopholes in the regulation of the principle of publicity in the context of the electronic process, impact the definition of civil liability for the disclosure of procedural information on the internet. Therefore, the compensation for moral and material damages*

morais e materiais decorrentes dessa exposição, tendo como fundamento o direito ao esquecimento ou à desindexação, fica subordinada ao descumprimento da ordem judicial eventualmente emitida com base no art. 19 do Marco Civil da Internet.

Palavras-chave: responsabilidade civil pela divulgação na internet de informações processuais; direito ao esquecimento; desindexação.

eventually caused by such exposure, based on the right to oblivion and the right to deindexation, is subjected to the non-compliance with the court order issued on the basis of article 19 of the brazilian law on internet.

Keywords: *civil liability for the disclosure of procedural information on the internet; right to oblivion; deindexation.*

Sumário: 1. Introdução; 2. O direito ao esquecimento como desdobramento do direito fundamental à privacidade; 2.1 As perspectivas trazidas pelo avanço tecnológico e os reflexos na atividade jurisdicional; 2.2 A natureza jurídica e o objeto do direito ao esquecimento os casos Aida Curi e Candelária e os reflexos no julgamento do Tema 1141 do STF; 3. O direito à desindexação – o caso Mario Costeja González contra o Google; 4. Aspectos relevantes da responsabilidade civil no Marco Civil da Internet; 5. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e alguns impactos na atividade jurisdicional; 6. O princípio da publicidade no processo eletrônico – a insuficiência regulatória da Lei 11.419/2006 e da Resolução 121/2010 do CNJ diante do Marco Civil da Internet e da Lei Geral de Proteção de Dados; 7. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Recentemente o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo – ARE 1.307.386 (Tema 1141), cuja controvérsia foi delimitada da seguinte forma: "*Responsabilidade civil por disponibilização na internet de informações processuais publicadas nos órgãos oficiais do Poder Judiciário, sem restrição de segredo de justiça ou obrigação jurídica de remoção.*"

O caso teve início com uma demanda ajuizada por um cidadão contra os *sites* de

busca Google e Escavador, em razão da divulgação de informações sobre uma reclamação trabalhista apresentada por ela. O fundamento principal da demanda era de que a publicidade dada ao processo poderia estar inibindo empregadores de contratá-lo, por medo de se tornarem réus em possível futura reclamação trabalhista. Pleiteava, por isso, a condenação dos *sites* ao pagamento de indenização por dano moral e à exclusão das informações.

Após o pedido ser julgado improcedente na 1ª Instância, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) n. 70082616665, firmou a seguinte tese: "*É lícita a divulgação por provedor de aplicações de internet de conteúdos de processos judiciais, em andamento ou findos, que não tramitem em segredo de justiça, e nem exista obrigação jurídica de removê-los da rede mundial de computadores, bem como a atividade realizada por provedor de buscas que remeta àquele.*"

Com o julgamento do Tema 1141, o Supremo Tribunal Federal irá definir, em âmbito nacional, o alcance e sentido das normas constitucionais que garantem a publicidade dos atos processuais, o direito à informação e a segurança jurídica, em detrimento do direito à vida privada, especialmente no que se refere à publicação de dados relativos a processos trabalhistas e criminais, nos quais há restrição de pesquisa por determinadas informações, como o nome das partes, no âmbito dos Tribunais.

A decisão a ser tomada nesse tema ganha imenso relevo porque, além de buscar definir em que circunstâncias a privacidade pode constituir limite à publicidade dos atos processuais, também tangencia questões atuais e polêmicas em torno do direito ao esquecimento e à desindexação do conteúdo dos processos judiciais eletrônicos, cuja consulta permanece disponível na rede de computadores, mesmo após serem arquivados.

O presente artigo visa trazer alguns apontamentos teóricos e jurisprudenciais com a finalidade de lançar luzes para uma solução adequada à controvérsia desse complexo tema posto a julgamento no Supremo Tribunal Federal, a partir não só de uma abordagem principiológica das normas constitucionais, mas também dos diplomas normativos que disciplinam a internet (Lei 12.965/2014), a proteção de dados (Lei 13.709/2018) e a publicidade do processo judicial, em especial, a Resolução 121/2010 do Conselho Nacional de Justiça e a Lei 11.419/2006 que trata do processo eletrônico.

2. O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO DESDOBRAMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

2.1. As perspectivas trazidas pelo avanço tecnológico e os reflexos na atividade jurisdicional

Recordar e esquecer representam atividades mentais inerentes ao ser humano. A recordação normalmente se vincula a fatos marcantes. O esquecimento, por sua vez, relaciona- se com as demais situações que, sendo corriqueiras e pouco significativas, são apagadas da memória num curto período, sem que isso constitua prejuízo ao desenvolvimento e aperfeiçoamento do próprio indivíduo ou mesmo da coletividade. Por isso, afirma-se que "*o esquecer é tão importante quanto lembrar, pois possibilita que o ser humano selecione as informações ininterruptamente recebidas pelo cérebro, preservando somente aquelas memórias que o indivíduo considerar como úteis, necessárias ou significativas*".[1]

Além da linguagem falada, o ser humano desenvolveu outras técnicas de registro capazes de perpetuar a lembrança de eventos considerados importantes para si ou para as gerações futuras. Assim ocorreu com a pintura e com a literatura, e mais recentemente com o desenvolvimento da fotografia e do vídeo.

O último grande marco dessa evolução foi alcançado pela invenção do computador e pelo surgimento da internet. O computador, dentre outras funcionalidades, permitiu o armazenamento de um número de informações e dados que tem crescido paulatinamente ao longo das últimas décadas, alcançando volumes astronômicos nos dias atuais.

Essa nova realidade foi provocada pela crescente digitalização de documentos físicos e pelo desenvolvimento tecnológico a impactar todas as atividades econômicas e até mesmo aquelas funções desempenhadas tipicamente pelo Estado, dentre elas, a atividade jurisdicional.

Há poucos anos ainda predominava o processo cuja tramitação ocorria

1. MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao Esquecimento*: A proteção da Memória Individual na Sociedade daInformação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 62.

inteiramente em autos de papel e tudo a ele relacionado era feito mecanicamente, desde o registro da distribuição, a catalogação por meio de fichas, a comprovação de carga dos autos pelos advogados e o registro de sentenças. Essa sistemática sofreu transformação substancial com a difusão do uso de computadores, principalmente a partir da década de 1990, em que foi possível a realização de algumas tarefas inerentes à tramitação processual eletronicamente, dentre elas, o cadastro da distribuição, o registro dos atos praticados, a elaboração de peças processuais e decisões judiciais que, após impressas, eram anexadas aos autos físicos.

A internet, por sua vez, abriu um vasto campo de circulação e processamento de dados. Ao mesmo tempo, incrementou as formas de comunicação, com novas funcionalidades tais como videochamadas e aplicativos de troca de mensagens instantâneas. Tratando-se de fenômeno em constante evolução, é difícil precisar os seus limites, sobretudo com o recente desenvolvimento da inteligência artificial. Em relação ao processo judicial, permitiu o amplo acesso à consulta de decisões judiciais, em especial, dos tribunais, e o desenvolvimento do processo judicial inteiramente eletrônico, com a possibilidade de se desempenhar o trabalho telepresencial.

Tais transformações evidentemente impactaram o modo de se encarar a privacidade.[2] Em linhas gerais, a visão originária de que esse direito era resguardado apenas com a não importunação do indivíduo, possibilitando-o manter-se solitário, não era mais suficiente, diante dos avanços tecnológicos.

Não por outra razão, as primeiras manifestações do direito à privacidade e ao esquecimento relacionadas a esse avanço tecnológico dizem respeito à possibilidade de se retratar em programas televisivos a vida de criminosos muito tempo após o cometimento do delito[3].

---

2. PARENTONI, Leonardo Netto. O direito ao esquecimento (*right to oblivion*). *In: Direito & Internet III*: Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014). Tomo I (DE LUCCA, Newton et al. cood.). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 540. "Se, por um lado, a preocupação com o tema não é nova; por outro, o desenvolvimento tecnológico das últimas décadas, principalmente com a invenção dos computadores pessoais e da internet, trouxe uma miríade deproblema e questionamentos referentes à privacidade, anteriormente inimagináveis. A internet relativizou distâncias, permitindo a comunicação praticamente instantânea entre partes opostas do mundo, com som e imagens de alta definição. E, juntamente com os benefícios, o progresso tecnológico trouxe também novos riscos."

3. Tal situação foi enfrentada pela Corte Constitucional Federal Alemã no célebre caso Lebach em

Com a difusão da internet, a ponderação entre a tutela da privacidade e o direito à informação ou à publicidade que já se mostrava complexa em determinadas situações, revelou-se ainda mais tormentosa. Observa-se que no meio virtual os usuários se tornaram permanentes fornecedores de dados que podem ser acessados em qualquer lugar do planeta. Assim, notoriamente a exposição de uma foto, vídeo ou notícia na internet tem o condão de ser muito mais lesiva à privacidade do que aquela ocorrida por outros meios de comunicação.

Essa consequência também pode ser detectada com os dados e informações processuais durante um procedimento em curso ou mesmo muito tempo após ele ter se encerrado, em especial quando a referida exposição é capaz de afetar a intimidade ou dificultar ou mesmo impedir o exercício de determinados direitos fundamentais. O acesso irrestrito a informações e dados no processo eletrônico, sem qualquer condicionante, não pode ser equiparado à situação de consulta aos autos físicos no cartório judicial, enquanto ativo o processo, ou após requerimento de desarquivamento, quando encerrado.

Diante desse contexto, a doutrina aponta que na era digital a privacidade deve ser encarada de forma mais abrangente do que o mero interesse de não ser importunado.[4] Essa nova vertente do direito à privacidade, dada a sua amplitude e peculiaridades de manifestação e meios de tutela, vem ganhando uma abordagem autônoma

---

que um dos assassinos de quatro soldados do Exército da República Federal da Alemanha, proximamente a sua libertação, ingressou com uma demanda para impedir a difusão de um documentário sobre o crime. Após derrotas sucessivasnas instâncias ordinárias, obteve a proteção requerida no Tribunal Constitucional Federal. A partir do embate entrea proteção da personalidade e a liberdade de informar por meio de radiodifusão, a referida Corte assentou que ainda que este direito tenha uma precedência geral no que tange à informação sobre atos criminosos, na hipótese,deveria prevalecer a proteção da personalidade e a consequente proibição de exibição documentário, já que não mais havia interesse atual na retomada do assunto e por afetar à ressocialização do autor.

4. Defende-se, com razão, que "se a difusão de informações é em larga escala, o controle sobre o que é divulgado se torna cada vez mais importante, com a privacidade surgindo em acepção dupla, tanto para permitir esse controle,quanto para impor o dever negativo, em certos casos, de exclusão de determinados dados". LIMA, Henrique CunhaSouza. *Direito ao esquecimento na internet*: efetividade e perspectivas: de acordo com a LGPD (Lei nº 13.709/2018) e a Lei nº 13.853/2019. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 120.

pela doutrina – o direito à proteção de dados. Ele se conecta à noção de autodeterminação informativa, isto é, ao direito dos indivíduos de decidirem por si próprios quando e dentro de quais limites seus dados pessoais podem ser utilizados.[5]

A se considerar que o processo judicial eletrônico é composto por um plexo relevante de informações e dados pessoais, até mesmo sensíveis no conceito trazido pelo art. 5, inc. II, da Lei 13.709/2018[6], os quais são fornecidos pelas partes para ingressar com a demanda, ao realizar o cadastro para distribuição, bem como para instruir o feito – documentos pessoais e comprobatórios dos fatos alegados – é necessário, a partir da informatização e virtualização, repensar a forma como o Poder Judiciário deve lidar com os princípios da publicidade processual e da privacidade.

2.2. A natureza jurídica e o objeto do direito ao esquecimento – os casos Aida Curi e Candelária e os reflexos no julgamento do Tema 1141 do STF

O direito fundamental à privacidade é previsto na Constituição Federal por meio de uma norma principiológica que garante a sua inviolabilidade, nos termos do disposto no art. 5º, inc. X, da CF. Em razão de sua amplitude, é natural que se desdobre em outros direitos que se distinguem pelo modo como são exercidos, sem, contudo,

5. A respeito da necessidade do reconhecimento do direito à proteção de dados, José Afonso da Silva adverte que "o intenso desenvolvimento da complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadrinhamento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento". SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*.17. ed. São Paulo:Malheiros, 2000, p. 209-210.

6. Lei 13.709/2018, art. 5º. Para os fins desta Lei, considera-se:

   I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

   II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; (...)

torná-los independentes e autônomos do direito à privacidade.

O direito ao esquecimento apresenta-se como um desdobramento do direito à privacidade, na medida em que visa proteger o seu titular da indevida exposição de fato ou acontecimento passado. Em outras palavras, o reconhecimento do direito ao esquecimento, implica preservar a privacidade tanto sob a perspectiva tradicional da não importunação quanto daquela mais abrangente que engloba o controle do uso de informações e dados dos titulares expresso no novel direito à proteção aos dados.[7]

Ao se relacionar com o direito à privacidade, o direito ao esquecimento também integra o rol dos direitos da personalidade. Por isso, está protegido, ainda que de forma implícita, no art. 5º, inc. X, da CF.[8]

Superada a questão da natureza jurídica do direito ao esquecimento, destaca-se que ele visa tutelar dados pessoais coletados de forma lícita seja diretamente por ato do próprio titular seja aqueles disponibilizados por terceiros, com ou sem consentimento do titular.[9]

---

7. Nesse sentido, vide: RUARO, Regina Linden; MACHADO, Fernando Inglez de Souza. Ensaio a propósito do direito ao esquecimento: limites, origem e pertinência no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 12, n. 01, fls. 204-233, abril 2017.

8. Nessa linha, Ingo Sarlet ensina que "é possível sustentar que o direito ao esquecimento, na perspectiva da ordemconstitucional brasileira, constitui um direito fundamental de natureza implícita, manifestação (e mesmo exigência) da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, guardando relação, ainda, com diversos direitos de personalidade consagrados – de modo explícito e implícito – pela CF, taiscomo os direitos à privacidade, intimidade, honra e imagem, mas também os direitos à autodeterminação informativa, ao nome e o direito à identidade pessoal, todos já reconhecidos pelo STF. SARLET, Ingo WolfgangVillas Boas. Notas acerca do assim chamado direito ao esquecimento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA Danilo; MENDES, Laura Schertel (coord.). *Lei geral de proteção de dados (Lei nº 13.709/2018)*: a caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

9. Ao considerar essas especificidades, o direito ao esquecimento foi conceituado como sendo um direito de personalidade a partir do qual "o indivíduo pode excluir ou deletar as informações a seu respeito quando tenha passado um período de tempo desde a sua coleta e utilização e desde que não tenham mais utilidade ou não interfiram no direito de liberdade de expressão, científica, artística, literária e jornalística". LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao Esquecimento e Internet: O fundamento legal no Direito Comunitário Europeu, no Direito Italiano e no Direito Brasileiro.

Essa abordagem é importante porque reflete a realidade atual de que o direito ao esquecimento, a partir do avanço tecnológico proporcionado pela internet, não está restrito a situações específicas marcadas pela notoriedade, tais como a reprodução de documentários de criminosos famosos pela repercussão de seus delitos ou reportagens sensacionalistas envolvendo artistas de renome.

Pelo contrário, a internet, além de proporcionar a disseminação de dados, praticamente eterniza notícias e informações. A ausência de limites ou barreiras físicas torna possível ler reportagens sobre fatos ocorridos há muitos anos, inclusive com fotos e vídeos, o que torna inviável ser esquecido diante de tal mecanismo de comunicação.

Também não se encontra na órbita do direito ao esquecimento situações em que o dado pessoal foi divulgado com infringência a alguma norma legal, hipótese em que o tempo transcorrido não possui relevância para a tutela do direito do lesado.[10]

No Brasil, há casos notáveis que foram julgados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal a envolverem o direito ao esquecimento. Na linha evolutiva do reconhecimento desse direito, os primeiros processos julgados disseram respeito à exposição de programas televisivos que reproduziram crimes ocorridos há vários anos, com a citação dos nomes dos envolvidos.

O *leading case* desse período foi o julgamento do Recurso Especial 1.334.097[11] no STJ que envolveu indivíduo acusado de participação na Chacina da Candelária, e, embora absolvido, teve o seu nome mencionado no programa 'Linha Direta Justiça'

Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 946, ago. 2014, p. 97.

10. Henrique Cunha Souza Lima frisa que "o direito ao esquecimento somente abarca a proteção de dados pessoais cuja obtenção ou divulgação tenha sido, a princípio, lícita, e que o passar do tempo tornou-as desnecessárias (término da disponibilização inicial) ou prejudiciais. Isso porque, em caso de ilicitude originária, o Direito forneceoutros mecanismos para retirada do conteúdo, sem precisar se utilizar do direito ao esquecimento." LIMA, Henrique Cunha Souza. *Direito ao esquecimento na internet*: efetividade e perspectivas: de acordo com a LGPD (Lei nº 13.709/2018) e a Lei nº 13.853/2019. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 116.

11. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 1.334.097, Rel. Min. Luís Felipe Salomão. DJe 10 set.2013. Acórdão disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1334097&b=ACOR&p=false&l=10&i=14&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 13 ago. 2021.

que reproduziu um documentário em rede nacional sobre o crime treze anos após a sua ocorrência.

A decisão apresenta relevantes fundamentos relacionados à colisão entre o direito à informação jornalística garantido pela liberdade de imprensa e o direito à privacidade, com ênfase ao fator tempo como estabilizador das relações jurídicas a justificar o reconhecimento do direito ao esquecimento.

A controvérsia refere-se à situação do condenado que já cumpriu pena e possui direito ao sigilo da folha de antecedentes, do processo judicial e da condenação, após ultrapassado o prazo da reabilitação, como sinais do reconhecimento do direito ao esquecimento na esfera penal.

Pontua que é um contrassenso não reconhecê-lo aos absolvidos. Apesar de frisar a importância do esquecimento na esfera criminal, para os condenados que já cumpriram pena, como fator de reinserção ao convívio social, ressalva hipóteses em que o direito ao esquecimento deve ceder espaço ao direito de informação e publicidade, como narrativas de fatos históricos, que não possam ser realizadas sem menção aos envolvidos.[12]

É possível perceber que o relator buscou encontrar solução que pudesse equacionar o interesse público de informar e o interesse individual a intimidade e privacidade, conferindo prevalência àquele em relação a este na situação concreta do recorrente.

Outro caso paradigmático envolve o feminicídio de Aida Curi ocorrido em 1958

12. A partir das premissas acima, o relator do acórdão Min. Luís Felipe Salomão conclui que "a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida,nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 1.334.097, Rel. Min. Luís Felipe Salomão. DJe 01 fev. 2022. Acórdão disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1334097&b=ACOR&p=false&l=10&i=14&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 13 ago. 2021.

em Copacabana, no Rio de Janeiro. Após 50 anos, um programa de televisão transmitiu um documentário com detalhes do fato criminoso como fotos do funeral, da família e do corpo da vítima. A família da falecida Aida Curi, então, ingressou com demanda contra a emissora de televisão, com pedido de indenização por danos morais e pagamento dos valores recebidos pela exploração da imagem, nome e história pessoal da falecida, inclusive aqueles recebidos com publicidade nos intervalos do programa, sem autorização da família. A alegação principal foi de que a exibição do programa trazia à tona lembranças e sentimentos muito dolorosos, que já tinham ficado no passado.

Na 1ª e na 2ª instâncias, o pedido foi julgado improcedente. No Superior Tribunal de Justiça, foi julgado o REsp 1.335.153[13] em que se reconheceu a existência do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico com base principiológica, mas manteve as decisões anteriores, por entender que no caso concreto o delito teve repercussão nacional e histórica e o interesse público de informação prevalecia sobre o direito ao esquecimento.[14]

A mais alta Corte do país reconheceu a repercussão geral no ARE 833248 e RE 1.010.606 (Tema 786)[15]. Em extenso acórdão de mais de trezentas páginas, o Plenário

13. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp1.335.153, Rel. Min. Luís Felipe Salomão. DJe 10 set. 2013. Acórdão disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESP+1335153&pesquisaAmigavel=+%3Cb%3ERESP+1335153%3C%2Fb%3E&b=ACOR&p=false&thesaurus=&l=10&i=11&operador=E&tipo_visualizacao=RESUMO&tp=T>. Acesso em: 13 ago. 2021

14. Em relação ao reconhecimento desse direito, o acórdão do STJ esclarece que no caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há umainfeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um "direito ao esquecimento", na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido,embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes.

15. O acórdão que reconheceu a repercussão geral do tema encontra-se assim ementado: "Direito constitucional. Veiculação de programa televisivo que aborda crime ocorrido há várias décadas. Ação indenizatória proposta porfamiliares da vítima. Alegados danos morais. Direito ao esquecimento. Debate acerca da harmonização dos princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade. Presença de repercussão geral." BRASIL. Supremo Tribunal

do STF, no dia 11 de fevereiro de 2021, negou provimento ao recurso extraordinário.[16] A referida decisão, ao conferir prevalência aos direitos de livre expressão e de informar sobre o direito à privacidade, declarou incompatível com a Constituição Federal a existência do direito ao esquecimento, compreendido como a prerrogativa de impedir em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Contudo, preservou o manejo de demandas ressarcitórias por eventuais abusos cometidos contra o lesado.

A tese fragiliza o direito à privacidade, a se considerar que o direito ao esquecimento é desdobramento daquele. A fim de melhor compatibilizar esse direito com a liberdade de informação, teria sido melhor adotar o entendimento de que o direito ao esquecimento envolve também a existência de constrangimento causada pelo transcurso do tempo.[17]

Nesse ponto, o Superior Tribunal de Justiça tanto no julgamento do caso Aida Curi quanto no caso da Candelária parece ter trilhado melhor caminho, ao definir que o direito ao esquecimento existe no ordenamento jurídico, apontando parâmetros e critérios para sopesá-lo com os princípios da liberdade de expressão e informativa e ser reconhecido no caso concreto.

Adotado o sistema de precedentes pelo Código de Processo Civil de 2015, é

Federal. Tribunal Pleno. ARE 833248, Rel. Min. Dias Toffoli. DJe 12 dez. 2014. Acórdão disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ARE%20833248%22&base=acordaos &sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 13 ago. 2021.

16. A tese fixada no Tema 786 foi a seguinte: "É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais — especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral — e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível".

17. Nessa linha de entendimento, vide PARENTONI, Leonardo Netto. O direito ao esquecimento (right to oblivion). In: *Direito & Internet III*: Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014). Tomo I (DE LUCCA, Newton et al. cood.). São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 589.

imperioso delimitar o alcance das teses firmadas, a fim de verificar se são aplicáveis a outras situações que envolvem o direito à privacidade e ao esquecimento, a exemplo do que ocorre com o Tema 1141 do STF.

Aspecto relevante presente em ambos os casos citados acima diz respeito ao veículo de comunicação onde a exposição ocorreu – programa televisivo – diversamente do que ocorre no Tema 1141 que trata especificamente da internet.[18]

Outro ponto de distinção está relacionado ao fato de que o Tema 1141 aborda a responsabilidade pela divulgação de informações processuais de forma genérica na internet, conectando-se de forma mais próxima à atividade desindexação promovida pelos provedores de busca.

A respeito desse último ponto, no julgamento do RE 1.010.606, o Rel. Min. Dias Toffoli, após análise do caso Gonzales, julgado no Tribunal de Justiça da União Europeia, deixa claro que não possui pertinência e aplicação em situações envolvendo a desindexação (a ser estudada no próximo tópico)[19].

---

18. O relator do REsp 1.334.097 expressamente manifesta a esse respeito: "No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 1.334.097, Rel. Min. Luís Felipe Salomão. DJe 10 set. 2013. Acórdão disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1334097&b=ACOR&p=false&l=10&i=14&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 13 ago. 2021.

19. Vale a pena transcrever o seguinte trecho do voto: "Compreendidos os pressupostos adotados pelo TJUE, destacoque nestes autos não se travará uma apreciação do exato alcance da responsabilidade dos provedores de internet em matéria de indexação/ desindexação de conteúdos obtidos por motores de busca. A uma, porque a desindexaçãofoi apenas o meio de que se valeu o TJUE para garantir ao interessado o direito pretendido (que a informação queenglobava seus dados pessoais deixasse de estar à disposição do grande público), não se confundindo, portanto – e ao contrário do que muito se propala –, desindexação com direito ao esquecimento. A duas – e sob a mesma ordem de ideias –, porque o tema desindexação é significativamente mais amplo do que o direito ao esquecimento.Há inúmeros fundamentos e interesses que podem fomentar um pedido de desindexação de conteúdos da rede, muitos dos quais absolutamente dissociados de um suposto de

Dito isso, os precedentes citados acima possuem especificidades que possibilitam que o Tema 1141 do STF seja julgado sob ótica distinta, sem que se possa concluir pela ofensa às teses já definidas.

3. O DIREITO À DESINDEXAÇÃO – O CASO MARIO COSTEJA GONZÁLEZ CONTRA GOOGLE

O incremento do número de usuários da internet somado ao surgimento de novas funcionalidades provocou o aumento exponencial no volume de informações inseridas na rede. Essa dinâmica tornou necessário criar mecanismos capazes de filtrar o conteúdo desejado pelo usuário.

Os *sites* ou motores de busca, como são chamados, podem limitar-se à pesquisa de conteúdo específico, tais como imagens, vídeos ou músicas. Os buscadores globais, por sua vez, fazem pesquisas amplas e generalizadas para detectar as páginas disponíveis ao público. A indexação é o processo utilizado por tais *sites* para examinar arquivos, mensagens e qualquer outro conteúdo, para posterior catalogação das informações, como as palavras e os metadados.

Na rede mundial de computadores, a indexação das páginas disponíveis ao público ocorre através de rastreadores da Web. Tais programas visitam a página e analisam o conteúdo e o significado das páginas, armazenando-a num servidor para posterior pesquisa pelos usuários.

A desindexação é o processo inverso em que o buscador remove o *link* ou o conteúdo de sua pesquisa[20]. Embora o *site* em que veiculada a informação possa permanecer sendo acessível, não estará mais disponível à pesquisa.

O direito à desindexação manifesta-se como desdobramento do direito à

---

direito ao esquecimento."

20. Cíntia Rosa, citando Pizzetti Franco, define o direito à indexação como: "o direito de não ver facilmente encontrada uma notícia que não seja mais atual. O efeito principal da indexação e difusão da notícia por meio dasferramentas de busca é, de fato, colaborar de maneira contínua para a atualidade das informações e criar um perfilda pessoa a que se referem." LIMA, Cintia Rosa Pereira de. Direito ao esquecimento e os registros públicos. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 89, jul/dez. 2020, p. 20.

privacidade, porque o efeito imediato de seu exercício é tanto evitar a exposição proporcionada pelos buscadores quanto possibilitar que o indivíduo possua controle sobre os dados que se encontram na rede. Eventualmente outros direitos da personalidade conexos à privacidade podem ser alcançados como a preservação da imagem, da honra e do nome.

Ao evitar que se listem determinados resultados, pode-se, assim, dizer que o direito à desindexação se encontra na linha limítrofe entre a eliminação ou remoção do conteúdo indesejado e a sua ampla difusão, em grande parte proporcionada pelos próprios buscadores da internet.

Desse modo, em certos casos, a desindexação pode mostrar-se a medida mais adequada à tutela da privacidade e do próprio direito ao esquecimento, sem eliminar a liberdade informativa dos *sites* responsáveis pela publicação. A notícia, não podendo ser encontrada por meio de palavras-chave nos buscadores, exigirá que o interessado possua o endereço exato do sítio eletrônico que disponibilizou o conteúdo, dificuldade que pode fazer com que o conteúdo seja acessado por um número cada vez menor de internautas, sendo suficiente para atender à pretensão do interessado.

A desindexação ainda contorna a dificuldade de o titular do direito ter que identificar o responsável pela publicação, sobretudo quando o número de páginas com a informação é elevado e impeça a listagem de todas as *URL's* a serem removidas.

Como se vê, o direito à desindexação tem o seu exercício vinculado à internet, sendo, sob esse prisma, mais restrito do que o direito ao esquecimento. Contudo, vislumbra-se a possibilidade de ser exercido não só a partir do panorama da inutilidade da informação por decurso do tempo, tal como no direito ao esquecimento, mas em outras situações que exponham o lesado a constrangimento capaz de afetar diversos direitos da personalidade tais como a exposição indevida de uma imagem ou do nome. Ou seja, a desindexação pode encontrar amparo em interesses que vão além do mero esquecimento, sendo sob esse ângulo, mais amplo do que ele.

Ao estudar esse tema, não se pode deixar de trazer considerações acerca do caso Mario Costeja González *versus* Google julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em que foram firmadas diversas conclusões relevantes sobre o direito à desindexação.

Após Mario Costeja González ser demandado numa execução por dívida com a

Seguridade Social espanhola, o edital de hasta pública foi publicado no jornal de grande circulação espanhol *La Vanguardia*, tal como previsto na lei. Vários anos após ter quitado a dívida objeto da execução, a informação continuou acessível no sítio eletrônico do jornal, assim como era possível pesquisá-la e encontrá-la no Google, em razão da indexação.

Por entender que não mais se justificava a ligação de sua pessoa ao referido processo e não consentir com o tratamento de seus dados pessoais, conforme a Diretiva 95/46/CE e a Diretiva 2002/58/CE, requereu a exclusão da notícia tanto ao jornal quanto do sistema de buscas do Google, sem sucesso. Ao ingressar com uma reclamação junto à AEPD, não foi reconhecido o direito de exclusão da notícia do site do jornal, em razão de ter sido objeto de determinação de órgão oficial com base na lei da época. Contudo, em relação ao Google Inc. e o Google Spain foi adotada a posição de que estão sujeitos à legislação de tratamento de dados.

Após a interposição de recursos pelo Google, o caso chegou ao Tribunal de Justiça da União Europeia que definiu, entre outras questões, que: i) os buscadores realizam tratamento de dados, nos termos da Diretiva 95/46, recaindo a responsabilidade sobre o operador da ferramenta; ii) é possível extrair a existência do direito subjetivo à desindexação no art. 14 da Diretiva 95/46/CE; iii) o Google está sujeito à lei espanhola, mesmo tendo sua sede nos Estados Unidos, pois oferece seus serviços aos cidadãos europeus e o Google Spain como filial desenvolve suas atividades de publicidade associadas ao tratamento de dados realizado pela matriz americana (art. 4º da Diretiva 95/46/CE).

O julgamento do Tema 1141 pelo Supremo Tribunal Federal revela a existência de controvérsia que pode remeter ao caso Mario González julgado pelo TJUE, por envolver a responsabilidade dos provedores de aplicação de internet, aí incluídos os *sites* de busca, pela publicação de informações processuais obtidas a partir de órgãos oficiais do Poder Judiciário quando inexistente o segredo de justiça.

Assim, será necessário analisar a natureza das atividades desempenhadas pelos provedores de aplicação da internet, em especial os *sites* de busca geral tais como Google e Yahoo ou *sites* de busca restrita a informações processuais como o Escavador e o Jus Brasil; a existência do direito à desindexação relacionadas às informações e dados processuais; a possibilidade de reconhecimento do direito ao esquecimento

em relação à divulgação de informações processuais, especialmente dos processos findos.

É interessante notar que no caso europeu a responsabilidade do jornal foi afastada sob a perspectiva de que cumpriu tão somente um dever imposto pela lei processual, e ainda que a informação fosse antiga não poderia ser compelido a exclui-la. Em outros termos, o TJUE, ao abordar a privacidade, sob a ótica do direito ao esquecimento, reconheceu que uma informação legitimamente divulgada não pode ser removida da referida página, sendo suficiente a desindexação no motor de busca para o seu atendimento.

A encampar essa tese, o direito ao esquecimento, em princípio, não seria oponível às pessoas jurídicas de direito público que devem dar publicidade aos seus atos. Assim, no âmbito do Poder Judiciário, os dados pessoais que integram o processo judicial eletrônico acessíveis nos sites dos tribunais ou por meio das publicações em Diários Oficiais, não poderiam ser excluídos ou indisponibilizados, em razão do transcurso do tempo ou para resguardar qualquer outro interesse relacionado à privacidade e intimidade das partes, ressalvados apenas os processos em segredo de justiça.

Embora o caso González também aborde a responsabilidade do jornal *Vanguardia* no tocante à publicação da hasta pública, o TJUE não chegou a enfrentar a controvérsia acerca do embate entre o direito de noticiar determinado julgamento, com base em informações processuais extraídas da internet, e o direito à privacidade. Nesse ponto, o Tema 1141 pode distanciar-se do caso europeu, caso se entenda que se amplie o seu objeto para abarcar a responsabilidade dos provedores de aplicação de internet genericamente, incluindo os de conteúdo que noticiam decisões relacionadas a processos judiciais.

4. ASPECTOS RELEVANTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI 12.965/2014)

Nesse momento, é importante contextualizar o direito ao esquecimento e à desindexação, a partir da legislação brasileira que regula a internet (Lei 12.965/2014).

O Marco Civil da Internet, embora não regulamente expressamente tais direitos, teve por objetivo tratar dos fundamentos, objetivos e princípios que regem o uso da internet, direitos e deveres para o uso da internet, além de regular temas específicos

como a proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas, a neutralidade da rede, a responsabilidade civil dos provedores de conexão e aplicações de internet, a guarda de registros e a sua eventual requisição pelas autoridades.

Tal disciplina tem o condão de nortear a interpretação e o alcance do direito ao esquecimento e à desindexação. Inicialmente os princípios da proteção à privacidade e da proteção a dados pessoais sobre os quais se fundam tais direitos, são mencionados no art. 3º da Lei 12.965/2014.

Também há destaque à garantia de tais princípios em relação à guarda e à disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas.

Um dos únicos dispositivos que remetem expressamente à ideia de esquecimento como direito, o art. 7º, inc. X, trata de situação bem específica em que se admite a exclusão definitiva dos dados pessoais fornecidos a determinada aplicação da internet, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros. É perceptível que esse artigo não incide em relação aos dados pessoais fornecidos a aplicações da internet do Poder Público que se pautam por princípios diversos, tal como se vê no art. 24 da Lei 12.965/2014.

A disciplina da responsabilização dos provedores de aplicação[21] por danos

21. A definição de aplicações de internet é ampla. Segundo o art. 5º, inc. VII, da Lei 12.965/2014, trata-se do conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet. Ao analisar o art. 15 do Marco Civil da Internet, Frederico Meinberg Ceroy descreve o provedor de aplicação como sendo "qualquer empresa, organização ou pessoa natural que, de forma profissional ou amadora, forneça um conjunto defuncionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet, não importando se os objetivos são econômicos. Nesse conceito amplo, estão englobados os chamados provedores de conteúdo que disponibilizam informações armazenadas em servidores próprios ou pertencentes a provedores de hospedagem. Também são provedores de aplicação da internet sites do governo que ofertam serviços ao cidadão ou sites de tribunais, através dos quais é possível pesquisar jurisprudência ou acessar processos eletrônicos. Os provedores debusca, enquanto provedores de aplicação, também são alcançados pelo Marco Civil da Internet." (CEROY, Frederico Meinberg. Os Conceitos de Provedores no Marco Civil da Internet. *Revista Eletrônica Direito & TI*, v. 1, n. 1, set. 2015. Disponível em: <https://direitoeti.emnuvens.com.br/direitoeti/article/view/14>. Acesso em: 28 ago. 2021.) Destaca-se que os artigos 24 e 25 da Lei 12.965/2014 tratam especificamente das aplicações da internetdo Poder Público, deixando claro que o provedor de aplicação pode ser uma pessoa jurídica de direito público.

decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, por sua vez, é importante porque abarca de forma genérica qualquer tipo lesão inclusive aquela à privacidade. Assim, acaba por englobar a tutela ressarcitória baseada em violação ao direito à desindexação e ao esquecimento.

A análise do art. 19 da Lei 12.965/2014 permite concluir que o legislador optou pela responsabilidade subjetiva dos provedores de aplicação em que a mera notificação extrajudicial não é suficiente para garantir a retirada do material[22], tendo sido o Poder Judiciário considerado a instância para definir sobre a ilicitude do conteúdo.

Em que pese a intensa controvérsia a respeito do modo como esse artigo regulamentou a responsabilidade dos provedores da internet, com posições favoráveis e contrárias à norma[23], o legislador pretendeu alcançar um ponto de equilíbrio entre

---

22. É importante destacar que "o Marco Civil condiciona a responsabilidade civil dos provedores de aplicações ao não cumprimento de uma ordem judicial específica. Essa afirmação em nada impede os provedores de, na organização de suas atividades, criarem regras que definam o que pode e o que não pode ser exibido em sua plataforma. Sendo assim, se um provedor receber uma notificação apontando que um determinado conteúdo é ilícito, ele terá liberdade para decidir se deve ou não mantê-lo. Portanto, o artigo 19 do MCI não diz — nem poderiadizer — que toda remoção de conteúdo terá de ocorrer por ordem judicial.

    Já que não existe para os provedores de aplicações de internet o dever de monitoramento prévio, a notificação atuacomo um alerta para que os mesmos possam averiguar a procedência de um suposto dano e analisar a viabilidadeda remoção do conteúdo questionado. Caso decidam remover o conteúdo por ser contrário aos termos de uso e demais políticas que regem o funcionamento da plataforma, os provedores não ofenderão o Marco Civil da Internet, visto que a lei não proíbe a exclusão de conteúdo nesses termos." SOUZA, Carlos Affonso; TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Responsabilidade dos provedores por conteúdos de terceiros na internet. *Consultor Jurídico*, 23 de jan. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-23/responsabilidade-provedor-conteudo- terceiro-internet/>. Acesso em: 28 de jul. 2021.

23. Chiara Spadaccini de Teffé e Maria Celina Bodin de Moraes, em artigo dedicado especificamente ao tema, expõem quatro argumentos para embasar a opção do legislador: "Em primeiro lugar, afirma-se que é equivocado permitir que os provedores possam decidir se o conteúdo questionado deve ser exibido ou não, se causa dano ou não mediante critérios que extrapolam os seus termos de uso. Alega-se também que os critérios para a retirada de conteúdo seriam muito subjetivos, o que prejudicaria a diversidade na internet, e que a retirada de conteúdos da rede, de forma subjetiva e mediante mera notificação, poderia prejudicar a inovação no âmbito da internet, implicando sério entrave para o desenvolvimento de novas alternativas de exploração e comunicação na rede,

interesses de cunho pessoal e público a incidirem nessa pretensão.

Chama a atenção o requisito contido no art. 19, § 1º, do Marco Civil da Internet, que prevê que a ordem judicial deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

A facilidade de disseminação de dados na internet deveria conduzir à interpretação de que apenas a identificação clara e específica do conteúdo seria necessária, pela impossibilidade de se apontar a URL de todo o material ilícito. Esse entendimento foi adotado por um período[24], mas na atualidade tem prevalecido a necessidade de indicação da URL[25], conforme se vê das decisões exaradas no REsp 1.568.935 e na Reclamação 5072 julgados pelo STJ.

No que toca à responsabilidade dos buscadores de internet, o Superior Tribunal de Justiça tem sedimentado o entendimento de que inexiste o direito de desindexação de dados e informações pessoais[26]. Não obstante, foi prolatada importante

---

as quais poderiam não ser desenvolvidas em razão do receio de futuras ações indenizatórias. Por fim, ressalta-se que, ao se colocar nas mãos do Judiciário a apreciação do conteúdo, garante-se uma maior segurança para os negócios desenvolvidos na internet, bem como a construção de limites com um maior grau de legitimidade para a expressão na rede." MORAES. Maria Celina Bodin de; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. *Pensar* (UNIFOR), v. 22, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/6272>. Acesso em: 11 de ago. 2021, p. 132.

24. Por exemplo, o REsp 1.175.675, julgado pela 4ª Turma do STJ e relatado pelo Min. Luís Felipe Salomão, DJe de 20 set. 2011. Acórdão disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1175675&b=ACOR&p=false&l=10&i=14&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 02 ago. 2021.

25. No caso de *sites* de busca, não faz sentido exigir a indicação precisa da URL, quando o que se pretende não é a exclusão da página em si, mas apenas evitar que determinado termo ou palavra-chave remeta à notícia, foto ou qualquer outra informação que afete a intimidade ou outro direito do lesado.

26. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROVEDOR DE PESQUISA. DIREITO AO ESQUECIMENTO. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. BLOQUEIO DE PALAVRAS-CHAVES. IMPOSSIBILIDADE. Direito ao esquecimento como "o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora

decisão em que foram discutidas não só a aplicação do art. 19, §1º, da Lei 12.965/2014 a essa específica modalidade de provedor de aplicações, quanto a possibilidade do reconhecimento do direito ao esquecimento e à desindexação[27].

O relator, após constatar que a jurisprudência do STJ tem afastado a responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados apresentados, ponderou que a existência de circunstâncias excepcionais permite ao Poder Judiciário determinar a exclusão dos resultados relacionados a termos que fazem menção a dados pessoais e não guardem relevância ao interesse público, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo.

O caso em análise foi enquadrado nessa hipótese, visto que dizia respeito a uma promotora de justiça que prestou concurso para a magistratura no Estado do Rio de

---

inocentado". Precedentes. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da página onde este estiver inserido. Ausência de fundamento normativo para imputar aos provedores de aplicação de buscas na internet a obrigação de implementar o direito ao esquecimento e, assim, exercer função de censor digital. Recurso especial provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. AgInt no REsp 1.593.873, Rel(a). Min(a). Nancy Andrighi. DJe 17 nov. 2016. Acórdão disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1593873&b=ACOR&p=false&l=10&i=4&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 13 ago. 2021.

Mais recentemente, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acolheu recurso do Google para desobrigá-lo de excluir resultados decorrentes da busca pelo nome do cantor Ney Matogrosso que estejam associados a publicações feitas na internet pelo deputado federal Kim Kataguiri (DEM-SP), um dos fundadores do Movimento Brasil Livre (MBL). Por unanimidade, o colegiado reafirmou o entendimento da corte no sentido de que os provedores de pesquisa virtual não podem ser obrigados a eliminar os resultados de busca por determinado termo ou expressão ou os resultados que apontem para conteúdo específico. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp 1.777.911. Rel(a). Min(a). Nancy Andrighi. DJe 26 abr. 2021. Acórdão disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201771911>. Acesso em: 13 ago. 2021.

27. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp 1.660.168. Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze. DJe 26 abr. 2021. Acórdão disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201771911>. Acesso em: 13 ago. 2021.

Janeiro anulado por suspeita de fraude, sendo o seu nome envolvido na situação, mas posteriormente absolvida pelo Conselho Nacional de Justiça por falta de provas. Transcorrido mais de uma década desde o fato noticiado, ao se informar como critério de busca exclusivo o nome da parte recorrente, o primeiro resultado apresentado permanecia apontando *link* de notícia de seu possível envolvimento em fato desabonador, não comprovado, a despeito da existência de outras tantas informações posteriores a seu respeito disponíveis na rede mundial.

Segundo o relator, "*em situações tais, o direito à intimidade e ao esquecimento, bem como a proteção aos dados pessoais devem preponderar, com a garantia do anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca*".[28]

Percebe-se que a fundamentação segue a mesma linha de entendimento do TJUE no caso Mario González, na medida em que assevera que o rompimento do referido vínculo sem a exclusão da notícia compatibiliza também os interesses individual do titular dos dados pessoais e coletivo de acesso à informação. Desse modo, viabiliza a localização das notícias àqueles que direcionem sua pesquisa fornecendo argumentos de pesquisa relacionados ao fato noticiado, mas não àqueles que buscam exclusivamente pelos dados pessoais do indivíduo protegido.

5. A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LEI 13.709/2018) E ALGUNS IMPACTOS NA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Ao lado do Marco Civil da Internet, a entrada em vigor da Lei 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), também possui alguns dispositivos relevantes à análise da controvérsia instaurada no Tema 1141 do STF. Em primeiro lugar, pode ser mencionada a definição ampla de tratamento dados pessoais, ao abarcar, por exemplo, operações de coleta, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento,

28. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp 1.660.168. Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze. DJe 26 abr. 2021. Acórdão disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201771911>. Acesso em: 13 ago. 2021.

armazenamento, modificação, transferência, difusão dos referidos dados, todas elas, verificáveis em relação ao processo judicial.[29]

Ao condicionar, em regra, o tratamento de dados pessoais ao consentimento do titular, a lei traz algumas exceções, dentre elas, o exercício regular de direitos em processo judicial. De fato, não seria possível desenvolver a atividade jurisdicional, desde a propositura da demanda, passando pela instrução probatória e a prolação de uma decisão judicial, se não houvesse essa ressalva.[30]

Não obstante, isso não significa dizer que o tratamento de dados pelo Poder Judiciário na sua atividade-fim não deva resguardar, ao lado da publicidade processual, a privacidade[31] dos titulares de dados pessoais, sobretudo a partir do desenvolvimento do processo eletrônico.

Nessa linha, no âmbito processual, a finalidade à que alude o art. 7º, § 3º, da LGPD deve remeter não só à publicização, mas também à implantação de medidas para atender a privacidade. Em vista disso, o art. 7º, § 4º, da LGPD deve ser interpretado restritivamente no que diz respeito aos dados do processo judicial publicizados, especialmente em razão do seu trecho final que se refere à garantia dos direitos do titular e aos princípios expressos na lei.[32]

Com efeito, a publicidade inerente à maioria dos processos judiciais, aliada à

---

29. Lei 13.709/2018, Art. 5º, inc. X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

30. Lei 13.709/2018, art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

    (...) inc. VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem).

31. Lei 13.709/2018, art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural."

32. A mesma advertência vale para o art. 26, § 1º, inc. III que veda ao Poder Público transferir a entidades privadas dados pessoais constantes de bases de dados a que tenha acesso, exceto nos casos em que os dados forem acessíveis publicamente, observadas as disposições desta Lei.

dispensa de consentimento para o tratamento de dados, não pode servir de justificativa para que tanto os participantes do processo quanto terceiros realizem posterior tratamento dos dados para fins diversos daqueles para os quais foi prevista a publicidade processual.

Por exemplo, não pode a parte contrária, advogados, inclusive aqueles que não representam as partes, ou terceiros escudarem-se nesse dispositivo para coletar e comercializar dados pessoais obtidos de um processo judicial, sem o consentimento do titular. Do mesmo modo, os provedores de aplicações da internet não podem se valer desse dispositivo para realizarem o tratamento de dados pessoais constantes de processos judiciais públicos, sem o consentimento dos titulares para finalidades diversas que não guardem qualquer nexo com os objetivos que orientam a publicidade processual.[33]

Aspecto relevante trazido pela LGPD, que pode ter impacto em relação aos processos findos e já baixados, diz respeito à possibilidade de eliminação ou indisponibilização de dados pessoais que não mais cumprem a finalidade inicial de tratamento. Ainda que eventualmente não tenha sido a intenção do legislador, a hipótese parece encampar o direito do esquecimento, já que envolve exatamente os dados pessoais obtidos de maneira lícita, mas cujo tratamento com o tempo não mais se justifica, por exaurir a finalidade inicial, ou não mais serem úteis para tal finalidade.[34]

---

33. TOALDO, Adriane Medianeira; RODRIGUES, Osmar. A relativização da publicidade dos atos processuais praticados por via eletrônica. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n.88, mar./abr. 2014, p. 94. "A ideia de que os dados pessoais contidos na jurisprudência podem ser publicados para responder desse modo, à finalidade concreta que se deriva da necessidade de uma perfeita transparência das sentenças judiciais. Porém, em nenhum caso deve servir para outras finalidades, especialmente para aquelas que possibilitariam fazer buscas a partir de critérios que mudariam radicalmente não só o objetivo da publicação, mas também sua natureza. A sentença deve ser pública com o fim único de tornar transparente a atividade judicial, e nunca para fins outros dissonantes do objetivo e pela importância da difusão da sentença anonimizada por critérios numéricos e como este instrumento servirá para complementar a sua finalidade."

34. A situação é tratada pelo art. 15, inc. I, da Lei 13.709/2018: "O término do tratamento de dados pessoais ocorrerá nas seguintes hipóteses:

    I - verificação de que a finalidade foi alcançada ou de que os dados deixaram de ser necessários ou pertinentes ao alcance da finalidade específica almejada; (...)"

Nessa linha, o art. 16 da LGPD autoriza a eliminação dados, após o término do tratamento. Tal situação deve ser equacionada no âmbito processual com a necessidade de se manterem intactos documentos, peças e decisões judiciais cujo acesso cumpre o papel de permitir o controle da atividade jurisdicional garantido pela publicidade processual.

Diversamente, dados pessoais como o endereço informado ou o respectivo comprovante juntado pela parte cujo acesso após o trânsito em julgado se mostra desconexo de tais finalidades poderiam ser de alguma forma eliminados, desentranhados, anonimizados ou serem acessíveis apenas pela parte titular do dado pessoal.[35]

Em relação aos motores de busca que também realizam tratamento de dados[36], perquire-se se em algum momento, pode ocorrer o encerramento do tratamento, o que importa desindexar determinada expressão ou termo que conduza a uma informação que não mais guarde qualquer interesse público.

Essas disposições demonstram como a LGPD traz impactos à atividade jurisdicional, exigindo dos órgãos competentes a implantação de medidas que visem a tornar compatíveis a natureza pública do processo e a preservação da privacidade em relação a determinados dados pessoais, em especial aqueles qualificados como sensíveis. No item seguinte, essa questão será aprofundada, ao abordar o princípio da publicidade, inclusive mediante a análise dos impactos na responsabilidade civil pela

35. É importante destacar que a Lei de Acesso à Informação, a ser aplicada e interpretada em conjunto com a LGPD traz importante disposição sobre informações pessoais que reforça o entendimento aqui exposto. Trata-se do art. 31 que assim dispõe: O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

    § 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

    I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e

    II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

36. Esse é o entendimento que foi adotado pelo TJUE no julgamento do caso Mario Costeja Gonzalez mencionado anteriormente.

divulgação de informações processuais na internet.

6. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NO PROCESSO ELETRÔNICO – A INSUFICIÊNCIA REGULATÓRIA DA LEI 11.419/2006 E DA RESOLUÇÃO 121/2010 DO CNJ DIANTE DO MARCO CIVIL DA INTERNET E DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

O julgamento do Tema 1141 pelo STF abrange, de um lado, interesses privados expressos na preservação da privacidade e da proteção de dados, e de outro, interesses públicos expressos na liberdade informativa e na publicidade, sendo esse o momento adequado para tratar desse último aspecto, em especial a partir da expansão do processo eletrônico.

O princípio da publicidade processual tem como objetivo garantir a divulgação e o conhecimento geral dos atos que são praticados ao longo do procedimento, com o afastamento de julgamentos secretos que possam ofender os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República.

Não sendo absoluto, o próprio texto da CFRB/1988 ressalva no art. 5, inciso LX, que a lei poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Semelhante disposição se encontra no art. 93, inc. IX, da CF que, após dispor que os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, prevê que a lei pode limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos no quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Durante o período em que os processos eram físicos não havia grande preocupação em torno da publicidade dos atos processuais. A consulta no balcão de processos em trâmite, por si só, dificultava o acesso a interessados que não residiam próximos ao fórum. Ademais, a lei processual regulava de forma razoável e adequada a publicidade processual, com a ressalva de situações excepcionais que poderiam autorizar a decretação do sigilo.

A virtualização do processo modificou sensivelmente esse panorama, ao facilitar a consulta processual, através da rede mundial de computadores. O interessado em qualquer parte do globo terrestre, desde que conectado à internet, fica habilitado a

realizar o acesso.

Somada a essa exposição muito mais ampla, as mudanças operadas pela tecnologia já contextualizadas nos itens anteriores demonstram que os dados pessoais ganham cada vez mais importância, notadamente para fins comerciais.[37] O fato de o processo eletrônico ser um grande repositório de dados e informações pessoais somente reforça a necessidade de que, em relação a ele, o livre acesso e consulta aos autos não pode prevalecer do mesmo modo como outorgado aos autos físicos, ainda que o processo não esteja sob sigilo.[38]

A propósito, a consulta indiscriminada a peças processuais com dados de identificação, endereço, contas bancárias, dentre outros, poderia servir a propósitos diversos[39] daqueles representados pelo controle da atividade judiciária ou garantia de transparência e respeito ao devido processo legal que sustentam o princípio da publicidade, o que impõe a adoção de uma interpretação evolutiva em torno das normas constitucionais e legais que o regulam.

Em relação ao acesso do processo trabalhista virtual, é suscitada, com razão, a preocupação com o trabalhador que tenha ingressado com a reclamação trabalhista

---

37. "Hoje, não é o governo que ameaça a privacidade – é o comércio pela Internet. A Web transformou-se num mercado e, nesse processo, fez a privacidade passar de um direito a uma commodity". (PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet*: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 36.

38. Cândido Dinamarco alerta que "os modernos canais de comunicação de massa podem representar um perigo tão grande como o próprio segredo". Assim, prossegue manifestando que "a publicidade, como garantia política (...) não pode ser confundida com o sensacionalismo que afronta a dignidade humana. Cabe à técnica legislativa encontrar o justo equilíbrio e dar ao problema a solução mais consentânea em face da experiência e dos costumes do povo." CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores,1999, p. 70.

39. Guilherme Luis Quaresma Batista Santos aponta a existência de três riscos inerentes ao processo eletrônico – aclonagem de dados, a publicidade mediata do processo e a manutenção dos dados nos sistemas de informática, aduzindo a necessidade de se pensar na baixa virtual dos processos encerrados. SANTOS, Guilherme Luís Quaresma Batista. A publicidade dos atos processuais e a inviolabilidade da privacidade no processo judicial eletrônico. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 8. 2011, p. 429. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20828.> Acesso em: 02 de ago. 2021.

vir a ser discriminado na tentativa de se reempregar. Nesse caso, não só o acesso aos documentos e provas, mas ao próprio conteúdo das peças processuais pode vir a trazer sérios prejuízos ao obreiro.

Na esfera do processo civil, a despeito da previsão do art. 189 do CPC de que os processos relacionados a direito de família (casamento, separação, divórcio, união estável, guarda de crianças e alimentos) e à arbitragem, quando prevista cláusula de confidencialidade, estão sujeitos ao sigilo, é possível constatar sem dificuldades que tais hipóteses não exaurem aquelas que merecem estar sob o abrigo do sigilo.[40] Tampouco o art. 189 do CPC dá solução aos processos eletrônicos não alcançados pelo sigilo, mas que igualmente podem possuir dados pessoais, a justificar ao menos o sigilo parcial.

No âmbito criminal, a preocupação relaciona-se com o estigma criado pelo fato de o indivíduo já ter sido parte num processo criminal e, em caso de condenação, com a possibilidade de reintegração do réu ao convívio social, seja na fase de cumprimento da pena seja após o seu encerramento.

É certo que o Código de Processo Penal possui algumas regras que visam resguardar a privacidade do réu, durante o trâmite processual,[41] e, posteriormente à sentença transitada em julgado.[42] A reabilitação criminal regulamentada no Código de

---

40. Tanto assim, que o próprio Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência pacificada de que esse rol é exemplificativo. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. REsp 1082951. Rel. Min. Raul Araújo. DJe 17 ago. 2015. Acórdão disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/ ?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201771911 >. Acesso em: 13 ago. 2021.

41. O Código de Processo Penal, por exemplo, prevê no art. 792, § 1º a possibilidade que a audiência, sessão de julgamento ou qualquer ato processual seja realizado em sigilo, se verificado que a publicidade puder resultar escândalo, inconveniente ou perturbação da ordem. Embora com a eficácia suspensa pela ADI 6305, o art. 3º-F, introduzido ao CPP pela Lei 13.964/2019, impõe ao juiz das garantias o dever de assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa

42. CPP, art. 709. A condenação será inscrita, com a nota de suspensão, em livros especiais do Instituto de Identificação e Estatística, ou repartição congênere, averbando-se, mediante comunicação do juiz ou do tribunal, a revogação da suspensão ou a extinção da pena. Em caso de revogação, será feita a averbação definitiva no registro geral.

Processo Penal e na Lei de Execução Penal, com a impossibilidade de menção da condenação na folha de antecedentes, por sua vez, representa manifestação do próprio direito ao esquecimento na esfera penal. Apesar disso, tal como na esfera cível, tais dispositivos são insuficientes a promover uma regulamentação equilibrada entre a publicidade e a privacidade.

Ao abordar de forma específica do processo eletrônico, o art. 11, § 6º, da Lei 11.419/2006 regulamentou a questão do acesso aos autos de forma diversa, dispondo que "*os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça*."

A Resolução 121/2010 do CNJ sobre a divulgação de dados processuais eletrônicos na rede mundial de computadores e que se propôs a regulamentar o artigo acima fez referência à possibilidade de acesso aos dados básicos do processo por toda e qualquer pessoa, independentemente de prévio cadastramento ou de demonstração de interesse. São relacionados como dados básicos o número, a classe e assuntos do processo, o nome das partes e de seus advogados; a movimentação processual e o inteiro teor das decisões, sentenças, votos e acórdãos. Por sua vez, o acesso integral dos autos ficou limitado apenas ao advogado cadastrado e habilitado nos autos, às partes cadastradas e ao membro do Ministério Público cadastrado.

Essa regulamentação, embora mais restrita do que a existente em relação ao processo físico que permite que qualquer pessoa possa ter vista dos autos no balcão da secretaria, revela-se adequada e mais condizente com o ambiente virtual. Na medida

---

§ 1º. Nos lugares onde não houver Instituto de Identificação e Estatística ou repartição congênere, o registro e a averbação serão feitos em livro próprio no juízo ou no tribunal.

§ 2º. O registro será secreto, salvo para efeito de informações requisitadas por autoridade judiciária, no caso de novo processo.

§ 3º. Não se aplicará o disposto no § 2º, quando houver sido imposta ou resultar de condenação pena acessória consistente em interdição de direitos.

CPP, art. 748. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.

em que impede o livre acesso de pessoas que não tenham participado do processo aos documentos juntados aos autos, evita-se que informações e dados pessoais sejam divulgados amplamente a terceiros por meio da rede mundial de computadores, situação que extrapola a linha divisória que resguarda o direito da privacidade das partes.

A despeito da referida restrição, o art. 3º, § 1º, da Resolução 121/2010, possibilita que advogados, procuradores e membros do Ministério Público cadastrados, mas não vinculados a processo previamente identificado, acessem automaticamente todos os atos e documentos processuais armazenados em meio eletrônico, desde que demonstrado interesse, para fins, apenas, de registro.

A Lei 13.793/2019 incorporou parcialmente as disposições estatuídas na Resolução 121/2010 do CNJ[43], tendo por escopo reforçar a garantia de acesso aos autos digitais pelo advogado, sem procuração nos autos e sem necessidade de expor o motivo ou interesse para tanto.[44] Perdeu-se, contudo, a chance de aperfeiçoar a legislação no tocante ao acesso a dados e informações pessoais contidas no processo, com a finalidade de resguardar a privacidade das partes.

É interessante notar que a Resolução 121/2010 do CNJ, ao tratar dos processos da Justiça do Trabalho, afasta a possibilidade de se realizar consultas públicas nos

---

43. Lei 11.419/2006. Art. 11, § 6º Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa pelas respectivas partes processuais, pelos advogados, independentemente de procuração nos autos, pelos membros do Ministério Público e pelos magistrados, sem prejuízo da possibilidade de visualização nas secretarias dos órgãos julgadores, à exceção daqueles que tramitarem em segredo de justiça. (Incluído pela Lei nº 13.793, de 2019)

    § 7º Os sistemas de informações pertinentes a processos eletrônicos devem possibilitar que advogados, procuradores e membros do Ministério Público cadastrados, mas não vinculados a processo previamente identificado, acessem automaticamente todos os atos e documentos processuais armazenados em meio eletrônico,desde que demonstrado interesse para fins apenas de registro, salvo nos casos de processos em segredo de justiça. (Incluído pela Lei nº 13.793, de 2019)

44. Atualmente no sistema PJe esse acesso ocorre com o registro no sistema do nome do advogado, semrepresentação das partes que acessou as peças processuais. Essa identificação do advogado é essencial para apurareventual responsabilidade pelo exercício inadequado desse direito de vista amplo do processo.

sistemas de tramitação e acompanhamento processual com o nome das partes, a fim de possibilitar que principalmente o reclamante não sofra qualquer tipo de discriminação ou restrição na contratação por ter exercido o direito de ação.

Tais normas não exaurem a matéria e deixam lacunas importantes. No que diz respeito ao processo trabalhista, embora o acesso ao trâmite processual seja dificultado pela Resolução 121/2010 do CNJ, seu alcance acaba sendo limitado, em razão de as decisões judiciais serem publicadas no Diário Oficial da União com o nome das partes, sendo objeto de indexação pelos sites de busca global ou específica como Escavador ou JusBrasil. Desse modo, até mesmo a Resolução CSJT n. 139/2014 que dispõe sobre medidas para mitigar o acesso automatizado a dados dos reclamantes, para evitar as "listas sujas", dentre elas, impedir ou evitar o rastreamento e a indexação por serviços de busca, não surte o efeito desejado.

Embora o art. 5.º da Resolução 121/2010 tenha previsto que "*a disponibilização de consultas às bases de decisões judiciais impedirá, quando possível, a busca pelo nome das partes*", essa norma não vem sendo cumprida pelos tribunais brasileiros, inclusive os trabalhistas. No tocante aos processos não alcançados pelo sigilo, a vedação possui alcance limitado, tendo em vista a possibilidade de acesso a dados básicos, dentre os quais se incluem as decisões judiciais, sendo, nesse caso, admissível a consulta ao trâmite processual pelo nome das partes.

Outro problema do processo judicial eletrônico diz respeito à possibilidade de acesso amplo e irrestrito a todos os dados e documentos pelos advogados, procuradores e membros do Ministério Público garantido pela Lei 13.793/2019, sem qualquer tipo de salvaguarda a dados pessoais, inclusive sensíveis, ainda que o processo não esteja em segredo de justiça.

Para contornar tais problemas, os sistemas eletrônicos de tramitação processual têm permitido decretar o sigilo em relação a alguns documentos, sem que haja necessidade de estender a mesma providência a todo o processo. Na mesma linha de atuação, tem-se criado diferentes níveis para controle do acesso ao processo sigiloso pelos servidores.

Apesar das referidas iniciativas serem louváveis, não se encontram regulamentadas adequadamente nas leis processuais ou pelo CNJ, de forma que não há uniformidade na interpretação e aplicação pelos tribunais. A regulamentação existente, por

sua vez, é anterior à entrada em vigor do Marco Civil da Internet e da Lei Geral de Proteção de Dados, o que indica a necessidade de ser atualizada de acordo com tais diplomas legislativos.

Como exemplo da insuficiência da regulamentação atual, pode ser citado o processo de natureza previdenciária em que se pleiteia benefício por incapacidade laborativa. Normalmente a petição inicial descreve a doença da parte autora, com a juntada de inúmeros documentos médicos, todos enquadrados como dados sensíveis pela LGPD. Em razão das normas processuais atuais, tal processo não seria alcançado pelo sigilo, solução que claramente não se encontra albergada pela LGPD.

Nessa ótica, além do sigilo parcial a ser decretado em relação a determinados dados pessoais constantes de peças processuais, documentos de identificação e probatórios, ou depoimentos, tem-se também debatido sobre a possibilidade estender a providência relacionada à ocultação do nome das partes, mediante o uso das iniciais, a outros trechos que veiculem dados pessoais, especialmente os sensíveis, tais como no processo previdenciário de benefício incapacitante.[45]

Esse mesmo debate alcança os processos encerrados e arquivados, em que a legislação parece não fazer qualquer distinção entre aqueles em tramitação. Para essa situação, possui relevância o estudo do direito ao esquecimento, uma vez que pela atual regulamentação, inexiste qualquer limite temporal para o acesso a todos os dados

45. CARNEIRO, Isabelle da Nóbrega Rito; SILVA, Luiza Caldeira Leite; TABASH, Danielle. Tratamento de dados pessoais. *In:* FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antônio Henrique Albani (coord.). *Comentários à Lei Geral de Proteção de dados*: Lei 13.709/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. "Além disso, o equilíbrio entre os institutos da privacidade e da publicidade das decisões judiciais deve ser observado. Ancorados nas ideias de não inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem da pessoa, trazidas pelo inciso X do art. 5º da Constituição, a anonimização dos dados pessoais se faz necessária em alguns casos, principalmente, no que tange aos dados sensíveis. Nos Estados Unidos, por exemplo, já existe o costume judicial de proteger as partes que, mediante solicitação, requerem a substituição de seus nomes em processos judiciais pelos de pseudônimos. Embora essa prática, inicialmente, tivesse se limitado a casos exclusivamente envolvendo menores, divórcios, custódia e paternidade, nos últimos anos, expandiu-se e tem ganhado alcance cada vez maior". Em idêntico sentido: CUEVA, Ricardo Villas Boas. A incidência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nas atividades do Poder Judiciário. *In:* CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA Danilo; MENDES, Laura Schertel (coord.). *Lei geral de proteção de dados* (Lei nº 13.709/2018): a caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

básicos e decisões do processo, hipótese alargada pela permissão conferida a advogados, membros do Ministério Público e magistrados pela Lei 13.793/2019. Assim, a divulgação inicialmente lícita pode, com o passar do tempo, tornar-se prejudicial às partes ou terceiros que tiveram os dados divulgados no processo, o que implica a necessidade de ponderar o princípio da publicidade com a preservação da privacidade das partes envolvidas.

A rápida evolução do processo eletrônico, aliada às lacunas legais relacionadas à publicidade desse tipo de processo e às hipóteses de sigilo, acabam por impactar a avaliação da existência da responsabilidade civil dos provedores de aplicações, conforme será visto a seguir.

7. CONCLUSÃO

Delineados os principais pontos relacionados ao julgamento do Tema 1141 do STF, cabe correlacioná-los e apresentar uma proposta para a solução da controvérsia.

Em primeiro lugar, constatou-se que o direito ao esquecimento e à desindexação não se encontram suficientemente regulamentados, inclusive no que toca à divulgação de informações processuais, ainda que alguns dispositivos legais isolados do Marco Civil da Internet e da LGPD, e alguns institutos processuais tais como a reabilitação na esfera penal possam remeter à ideia de esquecimento e de desindexação.

Por sua vez, as restrições às consultas aos processos previstas pela Resolução 121/2010 do CNJ direcionadas apenas aos tribunais possuem alcance limitado, ao não impedir o acesso integral às decisões judiciais, inclusive aos dados pessoais e sensíveis nelas contidos, por meio da consulta à jurisprudência, ou pelas publicações no Diário Oficial. Não só a questão da consulta processual, mas outros aspectos essenciais à garantia da privacidade dos jurisdicionados não foram satisfatoriamente regulamentados pelas normas processuais e pelo CNJ, sobretudo a partir da entrada em vigor do Marco Civil da Internet e da LGPD. Destaca-se a questão do acesso aos dados pessoais não só quando ainda em trâmite o processo, mas após o seu encerramento, ocasião em que pode ser justificável eventual eliminação, anonimização ou indisponibilização de determinados dados pessoais e sensíveis, amparado no direito ao esquecimento.

A partir desse contexto marcado por lacunas legislativas, o Tribunal de Justiça do

Rio Grande do Sul, ao julgar o IRDR n. 70082616665, definiu que a divulgação das informações pelos provedores de aplicação de internet é lícita, o que seria suficiente para afastar a responsabilidade por danos sofridos pelo reclamado.

Essa solução desconsidera a força normativa dos princípios e dos direitos da personalidade, muitas vezes expressos em cláusulas gerais. O fato de não haver violação a uma regra específica, não significa que o direito à privacidade possa ser fragilizado.

Assim, eventual abuso relacionado à disponibilização de informações processuais no ambiente virtual por provedores de aplicação depende da ponderação de princípios, a fim de definir se tal publicidade se mostra irrazoável ou desproporcional em detrimento do direito à privacidade das partes e terceiros que eventualmente tenham seus dados expostos.

A presença de uma zona cinzenta típica a essa modalidade interpretativa conduz à conclusão de que a melhor forma de se solucionar a questão é por meio da aplicação do art. 19 do Marco Civil da Internet. Desse modo, a alegação de violação a direito à privacidade, englobado o direito ao esquecimento, para o fim de reconhecer eventual responsabilidade aos provedores de aplicação, subordina-se à existência de uma decisão judicial que, após conferir primazia ao interesse individual em face da liberdade de expressão e informativa, determinaria a indisponibilização do conteúdo do próprio *site* ou eventualmente a desindexação no provedor de busca, caso tal providência seja suficiente para resguardar aqueles direitos. Superada essa fase destinada a reconhecer o ilícito, o descumprimento da obrigação judicial imposta ao provedor de aplicação da internet, faria surgir o direito da parte contrária a ser indenizada.

Essa proposta geral se aproxima da solução dada ao caso Mario Costeja González pelo TJUE, porém adaptada à legislação pátria, em especial ao Marco Civil da Internet.

Apresentada a proposta geral para solução do Tema 1141 do STF, cabe averiguar algumas hipóteses específicas que podem conduzir a soluções distintas a partir da ponderação prevista no art. 19 da Lei 12.965/2014.

Na demanda que originou a controvérsia a ser definida pelo STF, são réus tanto um provedor de busca geral (Google) quanto um provedor de busca restrita (Escavador). Esse último, tal como ocorre com o JusBrasil e outros, presta serviços essencialmente aos operadores do Direito através do acompanhamento do andamento de

processos cadastrados e da consulta unificada à jurisprudência dos tribunais.

A natureza da prestação desse serviço e o direcionamento a um público mais restrito permitem concluir que a exposição a informações e dados pessoais das partes é mais restrita do que a verificada em relação a um buscador geral como o Google ou Yahoo. A ponderação dos princípios, portanto, pende no primeiro caso para se resguardar o interesse ao acesso às decisões judiciais em detrimento ao interesse particular das partes. Já para os sites de busca geral, a disponibilização da informação processual de forma isolada parece não cumprir interesse público, ao expor de forma ampla e irrestrita o nome da parte a determinada demanda judicial. Nessa situação, caso haja menção a determinado constrangimento sofrido pelo cidadão, o caminho seria ingressar com a ação para determinar a desindexação do termo ou expressão que vincule o nome da parte ao processo. Eventualmente, a ponderação poderá ocorrer em detrimento da natureza do processo e do próprio direito ao esquecimento. Entende-se que quanto maior o tempo transcorrido entre o término do processo e a divulgação da informação processual, por meio da indexação, menor o interesse público envolvido. O mesmo pode ser dito de um processo cuja causa de pedir faça menção a dados sensíveis ou segredos comerciais cuja proteção à privacidade deve preponderar sobre a publicidade.

Na situação específica do julgamento do IRDR n. n. 70082616665 cuja causa de pedir relaciona-se à discriminação sofrida pela parte que ingressou com reclamação trabalhista e teve seus dados expostos pelos provedores de busca, a solução proposta tem o condão de minimizar os efeitos deletérios pela exposição irrestrita num buscador geral como é o Google, sem inviabilizar a prestação da atividade de acesso a decisões judiciais e andamentos processuais por *sites* que se propõem a indexar informações processuais disponíveis nos sites dos tribunais e nos diários oficiais onde são publicadas.

Noutro vértice, como já destacado, os tribunais trabalhistas não vêm cumprindo o disposto na Resolução 121/2010, ao permitirem a consulta à jurisprudência por meio do nome das partes. Ademais, o Diário Oficial da União também não observa a referida resolução, tornando a eficácia das vedações bastante limitada.

Essa situação de descumprimento da Resolução 121/2010 importa solução distinta da enfrentada em relação aos provedores de busca. A responsabilidade se dá

pela prática de ato ilícito, não havendo sentido subordinar a definição da responsabilidade a uma prévia decisão judicial, tal como determinado pelo art. 19 do Marco Civil da Internet. Não bastasse isso, a responsabilidade das pessoas jurídicas de Direito Público é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da CF, e evidentemente alcança os serviços prestados por provedores de aplicações de internet de natureza pública.

Para matérias diversas da trabalhista e criminal, a ausência de norma regulamentadora do acesso ou sigilo a dados pessoais, em conformidade com as disposições da LGPD, clama pela ponderação principiológica. Mas, nesse caso, sendo objetiva a responsabilidade do ente público, o seu reconhecimento independe da providência prevista no já mencionado artigo 19 da Lei 12.965/2014. Assim, é possível formular o pedido indenizatório em conjunto com o cominatório, não se subordinando o acolhimento daquele ao descumprimento deste.

Analisada a responsabilidade dos provedores de busca e dos provedores de aplicação de internet vinculados aos entes públicos, não ficou claro na delimitação da controvérsia a ser julgada no Tema 1141 se o julgamento do recurso extraordinário com repercussão geral alcançará ou não a responsabilidade civil de provedores de conteúdo que acessam informações processuais nos sites dos tribunais e as divulgam em forma de notícias. Em sendo positiva a resposta, o STF poderá retomar à análise do Tema 786, não só em relação ao direito à desindexação, expressamente excluído do julgamento, mas também em relação ao direito ao esquecimento e à privacidade no âmbito da internet. Em relação a esse último ponto, embora haja menção na tese ao meio digital, é certo que não houve uma abordagem específica e abrangente relacionada a ele. Tal análise tangencia o caso julgado no REsp 1.660.168[46] pelo Superior Tribunal de Justiça, oportunidade em que o STF poderá abordar conjuntamente os direitos ao esquecimento e à desindexação, sobretudo os limites em que podem ser exercidos, já sabido que muitas vezes a mera desindexação de termo ou expressão do *site* de busca pode ser suficiente para resguardar o direito à privacidade subjacente ao direito ao esquecimento e até mesmo outros direitos da personalidade conexos,

46. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp 1.660.168. Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze. DJe 26 abr. 2021. Acórdão disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201771911>. Acesso em: 13 ago. 2021

como a proteção ao nome, a imagem e a honra.

Também para esse tipo de provedor, revela-se adequada a adoção da proposta de solução geral já apresentada, mediante a incidência do art. 19 do Marco Civil da Internet, distanciando-se em certa medida daquela adotada no Tema 786 em que esse diploma legislativo não possui aplicação. No meio virtual, não se estaria cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa, na medida em que a atuação do particular ocorre normalmente depois da publicação, não sendo, em princípio, possível prevê-la e, portanto, impedi-la. De qualquer modo, comprovada a existência de algum constrangimento seja em razão do direito ao esquecimento ou de outro direito da personalidade, o particular pode se valer do pedido cominatório de remoção do conteúdo, sendo que o direito à indenização somente surge com o descumprimento da determinação judicial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico*: a informatização judicial no Brasil. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

CARNEIRO, Isabelle da Nóbrega Rito; SILVA, Luiza Caldeira Leite; TABASH, Danielle. Tratamento de dados pessoais. *In:* FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antônio Henrique Albani (coord.). *Comentários à Lei Geral de Proteção de dados*: Lei 13.709/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CEROY, Frederico Meinberg. Os Conceitos de Provedores no Marco Civil da Internet. *Revista Eletrônica Direito & TI*, v. 1, n. 1, set. 2015. Disponível em: <https://direitoeti.emnuvens.com.br/direitoeti/article/view/14>. Acesso em: 28 ago. 2021.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores,1999.

CUEVA, Ricardo Villas Boas. A incidência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nas atividades do Poder Judiciário. *In:* CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA Danilo; MENDES, Laura Schertel (coord.). *Lei geral de proteção de dados* (Lei nº 13.709/2018): a caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DONEDA, Danilo. Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil- constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GUARDIA, Andrés Felipe Thiago Selingardi. Brevíssima incursão jurisprudencial: direito ao esquecimento e rompimento de vínculo entre o nome e o resultado de busca na internet. *Revista Internacional Consinter de Direito*. Porto, Portugal , v.6, n.10, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-vi-numero-x/capitulo-01-direitos- difusos-coletivos-e-individuais-homogeneos/brevissima-incursao-jurisprudencial-direito-ao- esquecimento-e-rompimento-de-vinculo-entre-o-nome-e-o-resultado-de-busca-na-internet/>. Acesso em: 30 jul. 2021.

JORNADA SOBRE TEORIA E PRÁTICA DO PROCESSO ELETRÔNICO, 1., 2013, Belo Horizonte, MG.; MAGALHÃES, Sandra Fuck de (Org.). I Jornada sobre Teoria e Prática do Processo Eletrônico. Brasília: Escola de Magistratura Federal da 1ª Região (Esmaf), 2014.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao Esquecimento e Internet: O fundamento legal no Direito Comunitário europeu, no Direito Italiano e no Direito Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 946, p 77-109, ago. 2014.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao esquecimento e os registros públicos. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 89, p. 13-35, jul.dez. 2020.

LIMA, Henrique Cunha Souza. *Direito ao esquecimento na internet: efetividade e perspectivas*: de acordo com a LGPD (Lei nº 13.709/2018) e a Lei nº 13.853/2019. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

LIMA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula; SOUZA, Mariana Almirão de; ABADI, Maurício Joseph. Considerações sobre direito ao esquecimento, desindexação e desvinculação de conteúdo da internet. *Revista Forense*, Rio de Janeiro , v.115, n. 428, p. 201-220, jul./dez. 2018.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Müller da Silva Opice (coord.). *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao Esquecimento*: A proteção da Memória Individual na Sociedade da Informação. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014

MORAES. Maria Celina Bodin de; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet. *Pensar* (UNIFOR), v. 22, p. 108-146, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/6272>. Acesso em: 11 de ago. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Santos de; BARROS, Bruno Mello Correa de; PEREIRA, Marília do Nascimento. O direito à privacidade na internet: desafios para a proteção da vida privada e o direito ao esquecimento. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* [Recurso Eletrônico]. Belo Horizonte , n.70, jan./jun. 2017.

PARENTONI, Leonardo Netto. O direito ao esquecimento (*right to oblivion*). *In: Direito & Internet III*: Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014). Tomo I (DE LUCCA, Newton et al. cood.). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

PAULA, Wesley Roberto de. *Publicidade no processo judicial eletrônico: busca da indispensável*

relativização. São Paulo: LTr, 2009.

PEGORARO JUNIOR, Paulo Roberto. *Processo eletrônico e a evolução disruptiva do direito processual civil*. Curitiba: Juruá, 2019.

PIMENTEL, Alexandre Freire; CARDOSO, Mateus Queiroz. A regulamentação do direito ao esquecimento na Lei do Marco Civil da Internet e a problemática da responsabilidade civil dos provedores. *Revista da Ajuris* [Recurso Eletrônico]. Porto Alegre , v.42, n.137, mar. 2015.

RUARO, Regina Linden; MACHADO, Fernando Inglez de Souza. Ensaio a propósito do direito ao esquecimento: limites, origem e pertinência no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 12, n. 01, abril 2017, fls. 204-233.

SARLET, Ingo Wolfgang Villas Boas. Notas acerca do assim chamado direito ao esquecimento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA Danilo; MENDES, Laura Schertel (coord.). *Lei geral de proteção de dados (Lei nº 13.709/2018)*: a caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SANTOS, Guilherme Luís Quaresma Batista. A publicidade dos atos processuais e a inviolabilidade da privacidade no processo judicial eletrônico. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 8, Rio de Janeiro, p. 405-442, 2011. Disponível em: <https://www.e- publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20828>. Acesso em: 02 de ago. 2021.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*.17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Carlos Affonso; TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Responsabilidade dos provedores por conteúdos de terceiros na internet. *Consultor Jurídico*, 23 de jan. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-jan-23/responsabilidade-provedor-conteudo- terceiro-internet/. Acesso em: 28 de jul. 2021.

TOALDO, Adriane Medianeira; RODRIGUES, Osmar. A relativização da publicidade dos atos processuais praticados por via eletrônica. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n.88, p. 81-98, mar./abr. 2014.

OVERSIGHT BOARD E A MODERAÇÃO DE CONTEÚDO POR MEIO DE DECISÕES AUTOMATIZADAS

Jessica Aparecida Soares

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestra em Sociedade, Cultura e Fronteiras pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE). Servidora Pública Federal na Universidade Federal da Integração Latino-Americana (UNILA).

Resumo: Este texto aborda a contribuição do Comitê de Supervisão para a melhoria das decisões automatizadas da Meta e, consequentemente, a garantia de direitos dos usuários da plataforma. Para o desenvolvimento desta pesquisa qualitativa, será realizado um estudo de caso, com base na decisão do Comitê de Supervisão no caso 2020-04-IG-UA. Ao final, conclui-se que a decisão analisada e a própria existência do Comitê de Supervisão contribuem para a melhoria da moderação de conteúdo por decisões automatizadas realizadas pela Meta.

Palavras-chave: decisões automatizadas; moderação de conteúdo no Facebook e Instagram; Comitê de Supervisão.

Abstract: *This article approaches the contribution of the Oversight Board to improve the Meta's automated decisions, and consequently guarantee the rights of users on the platform. For the development of this qualitative research it will be use a study of case, based on the decision of the Oversight Board in the case 2020-04-IG-UA. The conclusion with the study was that the analyzed decision and even the existence of the Oversight Board have contributed to the improvement on the way that the content is analyzed by the Meta's automated decisions.*

Keywords: *automated decisions; moderation of content on Facebook and Instagram; Oversight Board.*

Sumário: 1. Introdução; 2. A moderação de conteúdo no *Facebook* e no *Instagram,* e as decisões automatizadas; 3. Afinal, o que é o Comitê de Supervisão? 3.1. A composição do comitê é adequada para a consecução do objetivo do órgão? 3.2. As decisões do comitê são vinculativas? 3.3. Pode a decisão do comitê ser mais garantista ao usuário da plataforma que o próprio Ordenamento Jurídico brasileiro? 4. Contribuições do caso 2020-04-IG-UA para garantia de direitos do usuário; 5. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Cada vez mais vemos uma virtualização, a passagem do atual para o virtual, conforme retratado por Pierre Lévy[1]. Porém, como destaca Luciano Floridi[2], a crescente disseminação das tecnologias de informação e de comunicação abala algumas estruturas de referência, como a indefinição da distinção entre realidade e virtualidade. A partir disso, está cada vez mais difícil perguntar se uma pessoa está on-line ou off-line. Por tal motivo, é necessário pensar se não estamos vivendo a *on-life*.[3]

De qualquer forma, a tecnologia tem nos possibilitado, de forma extraordinária, o acesso a informações, dados e à interação com pessoas com diferentes distâncias, bem como ao compartilhamento de informações, imagens e opiniões por meio de plataformas[4].

Nessa perspectiva, conforme aponta o relatório sobre a visão geral global digital de 2021[5], o *Facebook* aparece na terceira posição do *ranking* de sites mais visitados, perdendo apenas para o *Google* e o *YouTube*. Já o *Instagram* aparece na sexta posição, atrás da *Wikipédia* e do *Yahoo*. Isso demonstra o quanto tais plataformas do grupo

1. LÉVY, Pierre. *O que é virtual?* São Paulo: Editora 34, 2011.
2. FLORIDI, Luciano. *The Onlife Manifesto*. [S.l], Springer International Publishing, 2015.
3. Floridi adota o termo *on-life* para se referir à nova experiência de realidade hiperconectada, na qual alguém pode estar ao mesmo tempo *on-line* e *off-line*. Uma sociedade onde a barreira entre o real e o virtual caiu. Na *on-life,* o *on-line* e *offline* se fundem.
4. O termo plataforma é vago e ambíguo, pois compreende uma ampla gama de empresas. Dessa forma, no presente trabalho, adotar-se-á a definição cunhada por Gillespie. Assim, plataformas são sites que ofertam serviços que possibilitam a hospedagem, a organização e a circulação de conteúdo compartilhado entre usuários, gerando interações sociais (GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the internet*: platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media. [S.l], Yale University Press, 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/327186182_Custodians_of_the_internet_Platforms_content_moderation_and_the_hidden_decisions_that_shape_social_media. Acesso em: 27 ago. 2021).
5. O referido relatório considera dados até o mês de abril de 2021. Para mais informações, acesse: WE ARE SOCIAL; HOOTSUITE'S. *Digital 2021*: April Global Statshot Report. [S. l.: s. n.], 2021. Disponível em: https://wearesocial.com/blog/2021/04/60-percent-of-the-worlds-population-is-now-online. Acesso em: 30 ago. 2021.

Meta[6] têm sido utilizadas por pessoas do mundo todo.

Importante destacar que, assim como a vida em sociedade requer normas de convivência, a partir do surgimento de plataformas como o *Instagram*, *Facebook* e *Twitter*, passou a ser fundamental a formulação de normas de convivência na sociedade virtual.

Nesse sentido, com o passar dos anos e considerando o crescimento do *Facebook* – com a pressão da sociedade civil e de governos em diversos países –, a empresa desenvolveu e implementou os Padrões da Comunidade. Trata-se de um conjunto de normas criadas com a finalidade de regular o comportamento do *Facebook* em relação aos conteúdos publicados na plataforma. Tal documento contém as principais diretrizes sobre conteúdos e ações permitidas e proibidas na rede social. Por exemplo, nudez adulta e atividade sexual[7].

No entanto, surgem discussões sobre os limites de tal poder de moderação de conteúdo, além de sua interferência na liberdade de expressão dos usuários e cerceamento de direitos. Tal discussão tomou mais publicidade após o banimento de Donald Trump de plataformas como o *Twitter* e *Facebook* após as manifestações do ex-presidente dos Estados Unidos da América (EUA) serem apontadas como atos de incitação à violência.

Porém, há casos de menor amplitude midiática que também são objeto de moderação por parte da empresa. Diariamente o *Facebook* lida com diferentes casos em que é preciso utilizar de seu Padrão da Comunidade para dar conta da moderação de

---

6. No final do mês de outubro de 2021, o presidente-executivo Mark Zuckerberg, do então Facebook Inc., durante o evento Connect 2021, apresentou a nova marca do grupo. O então Facebook Inc. passou a se chamar Meta, com a finalidade de abarcar todos os aplicativos e tecnologias sob uma nova marca corporativa. Portanto, o presente capítulo utilizará o nome da nova marca (Meta) para se referir às ações do antigo grupo Facebook Inc., ainda que estas ações tenham sido desempenhadas antes de outubro de 2021. Tal decisão terminológica foi tomada para deixar o texto mais fluído aos leitores. Para mais informações sobre a alteração da marca, acesse: https://about.fb.com/br/news/2021/10/apresentando-meta-uma-empresa-de-tecnologia-social/.

7. ESTARQUE, Marina; ARCHEGAS, João Victor. *Redes sociais e moderação de conteúdo*: criando regras para o debate público a partir da esfera privada. Rio de Janeiro: ITS Rio, 2021. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2021/04/Relatorio-redes-sociais-moderacao-conteudo.pdf. Acesso em: 27 ago. 2021.

conteúdo em diversas frentes temáticas.

Somado a isso, é preciso considerar que, em grande parte dos casos, a moderação de conteúdo é realizada de forma automatizada, ou seja, sem a intervenção de pessoa natural.

A partir desse ponto de vista, considerando que a moderação de conteúdo tem sido objeto de constante debate, a Meta, em maio de 2020, criou o *Oversight Board* ou, na tradução para o Português, Comitê de Supervisão[8]. Este não se confunde com a empresa que o criou, tendo em vista que possui a finalidade de limitar o poder da empresa. Sua função é decidir, em última instância, sobre temas de publicação de conteúdo no *Facebook* e no *Instagram*.

A presente pesquisa qualitativa justifica-se em razão da busca de um equilíbrio interpretativo entre o poder de moderação exercido pela Meta, gerando, em determinados casos, possíveis violações de direitos; e de outro lado, a tomada de decisões sobre conteúdo do Comitê de Supervisão, que busca responder às questões sobre a liberdade de expressão *on-line*.

A partir de tais ideias, iremos desenvolvê-las no texto, tendo como recorte a decisão do Comitê de Supervisão sobre o caso 2020-04-IG-UA. Na referida decisão, aproveitamos a discussão sobre a remoção de conteúdo – por parte da Meta – de uma imagem de conscientização sobre o câncer de mama por decisão automatizada para reforçar a necessidade de recomendações para a melhoria dos procedimentos que envolvem a tomada de decisões automatizadas.

Consoante ao que foi destacado anteriormente, a presente pesquisa pretende responder à seguinte questão central: Como a decisão do Comitê de Supervisão sobre o caso 2020-04-IG-UA pode contribuir para a melhoria das decisões automatizadas da Meta? E, para tanto, possui como objetivo geral demonstrar que as recomendações presentes na decisão do caso supracitado contribuem para a melhoria das decisões automatizadas da empresa para com as suas plataformas (*Instagram* e *Facebook*).

Para a consecução do referido objetivo, em um primeiro momento, será

8. Para manter a padronização de redação, será utilizado ao longo do presente trabalho a terminologia Comitê de Supervisão, conforme consta em todas as publicações do referido comitê em seu site no Brasil.

fundamental definir o que é moderação de conteúdo e como ela é realizada, além de definir no que consiste as decisões automatizadas. Em um segundo momento, é preciso esclarecer o que é o Comitê de Supervisão, sua atuação e os possíveis problemas práticos vinculados a ele, e, por fim, analisar como a decisão do Comitê de Supervisão sobre o caso 2020-04-IG-UA pode contribuir para a melhoria das decisões automatizadas no *Facebook* e *Instagram*.

Dessa forma, analisar-se-á a decisão sob o ponto de vista de suas contribuições para o aperfeiçoamento da prática de decisões automatizadas, assim como sua contribuição para a garantia de direitos dos usuários da plataforma.

Partimos da análise de dados secundários, fundamentada na literatura existente sobre decisões automatizadas e moderação das redes, dos documentos constitutivos do Comitê de Supervisão e da legislação nacional no que tange às decisões automatizadas. Além disso, será examinada uma decisão específica do Comitê de Supervisão que, ao final, possibilitará uma análise crítica sobre os procedimentos adotados em uma decisão automatizada, bem como os direitos que precisam ser garantidos aos usuários da plataforma.

2. A MODERAÇÃO DE CONTEÚDO NO *FACEBOOK* E *INSTAGRAM*, E AS DECISÕES AUTOMATIZADAS

Conforme destacado anteriormente, assim como a vida em sociedade requer normas de convivência, a partir do surgimento de plataformas como o *Instagram*, *Facebook* e *Twitter*, passou a ser necessário a formulação de normas de convivência na sociedade virtual. Tais normas, no caso do *Facebook*, são chamadas de Padrões da Comunidade.

O Padrão da Comunidade do *Facebook* contém diretrizes sobre o que é ou não permitido na rede social. Segundo a empresa, as políticas são baseadas nos conselhos de especialistas em áreas como segurança pública, tecnologia e direitos humanos, bem como no *feedback* dos próprios usuários da plataforma[9].

No referido documento, o primeiro ponto destacado pela empresa é o

9. FACEBOOK. *Padrões da Comunidade*. [S.n.t]. Disponível em: https://www.facebook.com/communitystandards/introduction. Acesso em: 25 ago. 2021.

compromisso com as vozes. Este valor diz respeito ao compromisso do *Facebook* com a liberdade de expressão. Por isso, são garantidos os valores de autenticidade, segurança, privacidade e dignidade.

Porém, ainda que o respeito à liberdade de expressão esteja categorizado como um compromisso da empresa para com o usuário, nem sempre as decisões da plataforma na moderação de conteúdo o refletem.

A moderação de conteúdo tem sido desempenhada antes mesmo do surgimento das redes sociais. A escolha do que publicar em um jornal impresso, ou mesmo o conteúdo a ser inserido na grade de programação de uma emissora de televisão é, de certa forma, resultado de uma moderação de conteúdo.

Com o surgimento de redes sociais, onde o usuário não só tem acesso à informação, mas também a produz e compartilha com os demais usuários da rede, surge a necessidade de a própria plataforma detectar, avaliar e fazer intervenções sobre conteúdos e comportamentos considerados inaceitáveis pela sua política[10].

A moderação, a depender do tipo de conteúdo, pode ser realizada *ex ante*, ou seja, antes do conteúdo ser divulgado na plataforma, bem como *ex post*, após a publicação do conteúdo. Antes da publicação, por exemplo, a moderação pode ser usada para evitar que imagens que remetam a conteúdo sexual sejam publicadas. Quando o conteúdo já foi publicado, a moderação pode ser exercida diretamente pela empresa ou mesmo por meio de denúncias de usuários diretamente na plataforma.

As plataformas tendem a suscitar a moderação como necessária para melhorar a experiência do usuário, reduzir riscos à sua segurança etc. Mas, como destacado por Barrie Sander[11], na prática, a moderação é operacionalizada por meio de regras de governança privada.

---

10. GILLESPIE, Tarleton. *et al.* Expanding the debate about content moderation: scholarly research agendas for the coming policy debates. *In*: *Internet Policy Review*, v. 9, p. 1-30, 2020. Disponível em: https://policyreview.info/articles/analysis/expanding-debate-about-content-moderation-scholarly-research-agendas-coming-policy. Acesso em: 27 ago. 2021.

11. SANDER, Barrie. Freedom of Expression in the Age of Online Platforms: The Promise and Pitfalls of a Human Rights-Based Approach to Content Moderation. *In*: *Fordham International Law Journal*, v. 43, p. 939, 2019. Disponível em: https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2787&context=ilj. Acesso em: 27 ago. 2021.

Além disso, conforme Aram Sinnreich relembra, a estrutura democrática é concebida partindo do princípio de separação dos poderes entre legislativo, executivo e judiciário. Em complemento, afirma que a moderação do conteúdo, independentemente da forma como seja realizada, viola esse princípio ao delegar virtualmente as funções legislativas, judiciais e executivas a uma entidade única, irresponsável e controlada de forma privada[12].

Para compreender melhor as práticas de moderação de conteúdo, exemplificativamente foram definidas algumas categorias de intervenção[13], tais como: a remoção, considerada como a completa eliminação do conteúdo da plataforma; indisponibilização temporal ou geográfica de uma informação; restrição por meio de ocultação de conteúdo, seguido da exibição de aviso sobre o teor da informação, dentre outras[14].

A forma de intervenção em um conteúdo, como vimos, é variada e pode ser exercida por vários motivos. Todavia, como apontam Kurtz e do Carmo[15], normalmente o conteúdo moderado passará primeiramente por uma análise automatizada, realizada com base em padrões algoritmos, por meio de inteligência artificial.

A análise prévia do conteúdo poderá ser realizada mediante ranqueamento ou por filtragem. No ranqueamento, o algoritmo decidirá sobre os conteúdos que serão entregues a cada usuário. Já na filtragem, ou inspeção, cabe ao algoritmo identificar se o conteúdo publicado atende aos padrões da plataforma e se a sua circulação representa algum risco. Na presente pesquisa, será abordada a moderação no tipo inspeção

---

12. GILLESPIE, Tarleton. *et al.* Expanding the debate about content moderation: scholarly research agendas for the coming policy debates. *In*: *Internet Policy Review*, v. 9, p. 1-30, 2020. Disponível em: https://policyreview.info/articles/analysis/expanding-debate-about-content-moderation-scholarly-research-agendas-coming-policy. Acesso em: 27 ago. 2021.

13. Para conhecer todas as categorias, veja: KURTZ, Lahis Pasquali; DO CARMO, Paloma Rocillo Rolim; VIEIRA, Victor Barbieri Rodrigues. Transparência na moderação de conteúdo: tendências regulatórias nacionais. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2021. Disponível em: https://bit.ly/3xjAUka. Acesso em: 25 ago. 2021.

14. KURTZ, Lahis Pasquali; DO CARMO, Paloma Rocillo Rolim; VIEIRA, Victor Barbieri Rodrigues. *Transparência na moderação de conteúdo:* tendências regulatórias nacionais. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2021. Disponível em: https://bit.ly/3xjAUka. Acesso em: 25 ago. 2021.

15. Ibid.

de conteúdo[16].

É evidente que tal análise e decisão sobre a inspeção de conteúdo são tomadas de forma automatizada. Mas, afinal, o que é uma decisão automatizada? Para compreender tal conceito, primeiramente é preciso entender alguns outros conceitos, como algoritmos e *machine learning*.

Muitas são as formas de se conceituar algoritmo, mas, para o presente trabalho, iremos utilizar o conceito defendido por Pedro Domingos[17], no qual o algoritmo é visto como "uma sequência de instruções que informa ao computador o que ele deve fazer".

A partir de tal concepção, é preciso ter em mente que os algoritmos aprendem com os dados que são apresentados a ele. Isto é o *machine learning*, que representa a capacidade de aprendizado do algoritmo. É por meio dele que o algoritmo é capaz de receber dados que são transformados no resultado que desejamos.

O processo de aprendizagem pode ser realizado pelo agrupamento de objetos semelhantes. Em sua forma mais simples, o *machine learning* é a aprendizagem supervisionada. Nesse caso, o sistema será alimentado com dados previamente escolhidos por humanos, sendo que "*o conjunto de dados rotulados e a saída desejada são carregados no sistema. Enquanto é treinado, o modelo ajusta as suas variáveis para mapear as entradas para a saída correspondente*"[18].

Além dessa forma de aprendizagem, podemos destacar ainda a aprendizagem não supervisionada e os algoritmos de reforço. Na aprendizagem não supervisionada os

16. KURTZ, Lahis Pasquali; DO CARMO, Paloma Rocillo Rolim; VIEIRA, Victor Barbieri Rodrigues. *Transparência na moderação de conteúdo:* tendências regulatórias nacionais. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2021. Disponível em: https://bit.ly/3xjAUka. Acesso em: 25 ago. 2021.

17. DOMINGOS, Pedro. *O algoritmo mestre*: como a busca pelo algoritmo de machine learning definitivo recriará nosso mundo. São Paulo: Novatec, 2017, n.p.

18. FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. Arbitrium ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. *In*: *Revista dos Tribunais*, [S.l], v. 995, p. 1-16, set. 2018. Disponível em: http://governance40.com/wp-content/uploads/2018/11/ARBITRIUM-EX-MACHINA-PANORAMA-RISCOS-E-A-NECESSIDADE.pdf. Acesso em: 27 ago. 2021, p. 4.

dados não são rotulados, sendo delegado ao algoritmo o aprendizado por conta própria. Já no algoritmo de reforço, este funciona como uma criança que aprende por meio da tentativa e erro; consequências positivas e negativas[19].

Com base em tais processos de aprendizados, os algoritmos são capazes de tomar decisões automatizadas. O objetivo de tais decisões é poder agir sem necessidade de intervenção humana. Dessa forma, são capazes de lidar com novas condições, ou seja, tomar a decisão mesmo quando o conjunto de dados que lhes foi apresentado é diferente daquele pelos quais foi treinado[20].

Nesse sentido, tomemos um exemplo mais prático em relação ao tema pesquisado. Mark Zuckerberg, fundador do *Facebook*, ao explicar alguns avanços na moderação de conteúdo, expõe que uma das mais importantes melhorias para a aplicação da política da empresa é possibilitada por meio de utilização de inteligência artificial para relatar proativamente conteúdos com potencial problema. "*Essa abordagem nos ajuda a identificar e remover uma porcentagem muito maior do conteúdo prejudicial – e muitas vezes podemos removê-lo mais rápido, antes mesmo de alguém vê-lo, em vez de esperar até que seja relatado*"[21].

Dessa forma, conforme Zuckerberg[22], a empresa utiliza da tecnologia para a tomada de decisão sobre uma grande quantidade de conteúdo de forma rápida, e pessoas para decisões mais complexas que exigem conhecimento mais profundo sobre o objeto de análise. Além disso, afirma que, no treinamento dos sistemas de inteligência artificial, normalmente é priorizada a detecção proativa de conteúdos que tenham possibilidade de causar mais danos reais no mundo. Por exemplo: ataque

---

19. Ibid.

20. KARANASIOU, Argyro. P.; PINOTSIS, Dimitris. A. A study into the layers of automated decision-making: emergent normative and legal aspects of deep learning. International *Review of Law, Computers & Technology,* [s. l.], v. 31, n. 2, p. 170–187, 2017. Disponível em: https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=iih&AN=123209768&lang=pt-br&site=ehost-live. Acesso em: 1 set. 2021.

21. ZUCKERBERG, Mark. A Blueprint for Content Governance and Enforcement. *In*: *Facebook*, 5 maio 2018. Disponível em: https://www.facebook.com/notes/751449002072082/?hc_location=ufi. Acesso em: 01 set. 2021, n.p.

22. Ibid.

terrorista.

No entanto, independentemente de como o processo de aprendizado será empregado, as decisões automatizadas, provenientes de tal procedimento, merecem atenção.

Com efeito, as normativas de proteção de dados parecem se preocupar com tal questão. É o que se pode notar ao analisar o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia (UE). O RGPD[23] estabelece, em seu considerando 71, em casos de tratamento automatizado de dados, serão garantidas ao titular dos dados as medidas que incluem o direito de obter intervenção humana, a possibilidade de se manifestar sobre o assunto, bem como a obtenção de explicação sobre a decisão e a possibilidade de contestá-la.

Nessa perspectiva, após destacar a sua aplicação no âmbito do tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, reserva uma seção para dar conta das questões relacionadas ao direito de oposição e às decisões individuais automatizadas.

Do mesmo modo, apesar de menos detalhada, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), inspirada no RGPD, demonstra certa preocupação com as decisões automatizadas, fazendo previsão, em seu Artigo 20, do direito de revisão de decisões automatizadas. Segundo a previsão legal, ao titular dos dados, é assegurado o direito de solicitar revisão de decisões tomadas com base no tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, tais como definição de perfil pessoal, profissional e de consumo[24].

Além disso, é garantido ao titular dos dados o direito de solicitar o recebimento de informações claras e adequadas em relação aos critérios e aos procedimentos

23. UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. *Regulamento UE n. 2016/679*. relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679. Acesso em: 25 ago. 2021.

24. BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.

utilizados para a tomada de decisão automatizada. Na verdade, o conjunto normativo protetivo inicial era mais amplo, assegurando especificidades para a revisão das decisões automatizadas.

Na redação original da referida lei, o § 3º, do Artigo 20, previa que a revisão quanto às decisões automatizadas seria exercida por pessoa natural. Todavia, em julho de 2019, o Presidente da República decidiu vetá-lo sob o fundamento de que tal disposição seria contrária ao interesse público, tendo em vista que o dispositivo inviabilizaria os modelos atuais de muitas empresas, bem como seria gerado um efeito negativo na oferta de crédito aos consumidores[25].

A referida previsão seguia a mesma lógica de proteção concebida pelo RGPD, que expressamente prevê o direito de obter intervenção humana nos procedimentos de revisão. A proposta brasileira contemplava um eixo protetivo, valorizando a atuação humana e garantindo os direitos dos titulares de dados quanto à efetiva revisão das decisões automatizadas.

Nesse contexto dos desafios trazidos pela nova economia, como bem destacado por Ana Frazão[26], a LGPD pretende criar "*uma espécie de devido processo legal para proteger os cidadãos contra a 'tirania' dos julgamentos automatizados*". Porém, tal veto acaba, de certa forma, por cercear as garantias do devido processo legal, marginalizando os direitos dos cidadãos em face de uma suposta defesa concorrencial.

Evidentemente tal veto é muito temerário, tendo em vista que deixou de lado um direito de profunda relevância para os titulares de dados em detrimento de uma justificativa de cunho empresarial. Ninguém pode ficar sujeito a decisões automatizadas de forma irrestrita sem que seja resguardado garantias aos seus direitos.

Nesse sentido, Aram Sinnreich destaca que as regulamentações que falham em abordar as implicações da moderação de conteúdo automatizado provavelmente

---

25. BRASIL. Presidência da República. *Mensagem n. 288, de 8 de julho de 2019*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-288.htm. Acesso em: 27 ago. 2021.

26. FRAZÃO, Ana. O direito à explicação e à oposição diante de decisões totalmente automatizadas. *In*: *Jota*, 05 dez. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-direito-a-explicacao-e-a-oposicao-diante-de-decisoes-totalmente-automatizadas-05122018#_ftnref1. Acesso em: 01 set. 2021, n.p.

criarão mais problemas do que soluções. A deficiência mais óbvia da moderação automatizada de conteúdo é o risco maior de falsos positivos e negativos. De forma a exemplificar seu argumento, diz que um vídeo educacional sobre amamentação poderia ser facilmente rotulado de forma errônea como pornografia[27].

Sistemas automatizados estão passíveis de cometer erros, sendo possível que tais erros impactem significativamente nos direitos dos usuários sujeitos a essas decisões. Dessa forma, é importante garantir aos titulares de dados a possibilidade de contestarem decisões automatizadas, pois estas podem cercear direitos, como o exercício da liberdade de expressão no caso da moderação de conteúdo discutida neste trabalho.

3. AFINAL, O QUE É O COMITÊ DE SUPERVISÃO?

No tópico anterior, destacamos no que consiste a moderação de conteúdo, bem como discorremos sobre as questões que envolvem as decisões automatizadas. Tal conteúdo é fundamental para a compreensão do Comitê de Supervisão, bem como dos problemas práticos que podem ocorrer no bojo da atuação de tal comitê.

Para tanto, o presente tópico abordará, em um primeiro momento, a criação do Comitê de Supervisão, apresentando o seu papel perante a moderação de conteúdo. Em um segundo momento, serão realizadas reflexões sobre alguns problemas práticos que podem surgir a partir de sua atuação.

Em 2018, Mark Zuckerberg[28] externou a sua preocupação em criar um projeto para a governança e aplicação de conteúdo para o *Facebook*. Nessa manifestação, destacou que conectar dois bilhões de pessoas em uma mesma plataforma o fez ver "*toda a beleza e feiura da humanidade*".

---

27. GILLESPIE, Tarleton. *et al.* Expanding the debate about content moderation: scholarly research agendas for the coming policy debates. *In*: *Internet Policy Review*, v. 9, p. 1-30, 2020. Disponível em: https://policyreview.info/articles/analysis/expanding-debate-about-content-moderation-scholarly-research-agendas-coming-policy. Acesso em: 27 ago. 2021.

28. ZUCKERBERG, Mark. A Blueprint for Content Governance and Enforcement. *In*: *Facebook*, 5 maio 2018. Disponível em: https://www.facebook.com/notes/751449002072082/?hc_location=ufi. Acesso em: 01 set. 2021, n.p.

O que isso quer dizer? Ao longo do manifesto, Zuckerberg expressa a sua preocupação com a liberdade de expressão em um sentido amplo. Nesse ponto, cabe salientar que *dar voz às pessoas* é um dos princípios externados pela empresa[29], o compromisso é reforçado em seu Padrão da Comunidade.

Após discorrer sobre a utilização de inteligência artificial para a moderação do conteúdo[30], Zuckerberg[31] reconhece que qualquer sistema que opere em escala cometerá erros. Portanto, admite que é preciso criar mecanismos capazes de garantir que a liberdade de expressão dos usuários não seja sufocada.

Nesse sentido, indica que a Meta, pensando na garantia dos direitos de usuário e na moderação automatizada de conteúdo, está implantando um processo recursal, dando início ao planejamento para a criação de um órgão independente, capaz de externar decisões transparentes e vinculativas sobre moderação de conteúdo[32].

Em janeiro de 2019, Nick Clegg, vice-presidente de Assuntos Globais e Comunicação da Meta, divulgou o esboço de um documento sobre o projeto de criação do Comitê de Supervisão para decisões de conteúdo. O referido documento traz uma série de informações e perguntas sobre a composição e a independência do órgão, estabelecendo o seu propósito como sendo supervisionar como a empresa exerce essas responsabilidades[33].

Nota-se uma certa preocupação da Meta em dar publicidade e em possibilitar a

---

29. Conforme consta no site da empresa, há quatro princípios que são defendidos na execução de suas atividades: a) dar voz às pessoas; b) criar conexão e Comunidade; c) servir a todos, e d) manter as pessoas seguras e proteger a privacidade. Para informações mais detalhadas, acesse: https://about.fb.com/br/company-info/.

30. Falamos um pouco sobre como a Meta utiliza as tecnologias para a moderação do conteúdo no tópico 2 deste trabalho.

31. ZUCKERBERG, Mark. A Blueprint for Content Governance and Enforcement. *In*: *Facebook*, 5 maio 2018. Disponível em: https://www.facebook.com/notes/751449002072082/?hc_location=ufi. Acesso em: 01 set. 2021.

32. Ibid.

33. DRAFT Charter: An Oversight Board for Content Decisions. [S.n.t]. Disponível em: https://about.fb.com/br/wp-content/uploads/sites/3/2019/01/draft-charter-oversight-board-for-content-decisions-1.pdf. Acesso em: 01 set. 2021.

participação da comunidade na criação do Comitê de Supervisão de decisões ao lançar, em abril de 2019, uma consulta pública sobre o assunto. No mesmo ano, em junho, foram publicadas as contribuições globais de especialistas em direitos humanos, liberdade de expressão, jornalismo, segurança e direito sobre a criação do referido órgão[34].

À medida que novas definições sobre a criação do órgão eram confirmadas, as informações eram divulgadas ao público. Assim, em janeiro de 2020, a Meta divulgou explicações sobre a preparação para o início dos trabalhos do comitê, sendo que, em maio do mesmo ano, seria divulgada a listagem dos primeiros membros do órgão.

Ao final de todo o processo de discussão, é criado o Comitê de Supervisão, órgão independente, capaz de emitir julgamentos igualmente independentes de forma transparente e respeitando a privacidade. Conforme destacado em seu Estatuto, o órgão possui o objetivo de proteger a liberdade de expressão dos usuários em relação à moderação de conteúdo[35].

Para desenvolver as suas atividades de forma transparente, o comitê se propõe a explicar o seu raciocínio claramente para o público e a oportunizar que as pessoas solicitem uma análise de seus casos e sejam ouvidas. Importante destacar que os serviços do comitê se aplicam a todas as pessoas que usam os serviços da Meta, incluindo o *Instagram*[36].

---

34. HARRIS, Brent. Atualização sobre a criação de um Comitê Global de Supervisão. *In: Meta*, 12 dez. 2019. Disponível em: https://about.fb.com/br/news/2019/12/atualizacao-sobre-a-criacao-de-um-comite-global-de-supervisao/. Acesso em 03 jan. 2022.

35. COMITÊ DE SUPERVISÃO. *Estatuto do Comitê de Supervisão*. [S.n.t]. (b) Disponível em: https://www.oversightboard.com/governance/. Acesso em: 26 ago. 2021.

36. Em conformidade com a nota de rodapé 6. Ressalta-se que o Estatuto do Comitê de Supervisão ainda não foi atualizado para mencionar a nova marca (Meta). Desta forma, em diversas passagens do documento haverá referência ao Facebook ao invés de Meta, conforme exemplo citado, sem grifo no original: "O comitê trabalhará de forma transparente e seu raciocínio será explicado claramente para o público, respeitando sempre a privacidade e confidencialidade das pessoas que usam *os serviços do Facebook, Inc., incluindo o Instagram (coletivamente chamados de "Facebook")*." Ibid.

    Assim, considerando a necessidade dessa adequação, quando o Estatuto do Comitê for citado neste capítulo, de forma direta, e Facebook for utilizado para designar a empresa (Meta), a palavra

O comitê tem o poder de escolher quais casos – encaminhados pela empresa ou usuários das plataformas – serão apreciados, considerando casos com maior potencial de orientar decisões e políticas futuras. Para a tomada de decisão, o comitê analisará as decisões de aplicação do conteúdo, determinando se são ou não consistentes com as políticas de conteúdo e com os valores da empresa.

Em relação à análise de casos, a equipe do comitê organizará painéis de membros com no mínimo um membro da região. Vale destacar que, apesar da lista de membros do órgão ser pública, a lista de membros de cada painel tem sido mantida em sigilo, como permite o próprio Estatuto, em face de um julgamento independente.

A criação do referido comitê claramente representa uma grande vitória para toda a comunidade do *Facebook* e do *Instagram*, tendo em vista que esta é mais uma instância que possibilita o exercício de direitos dos usuários da plataforma.

Entretanto, é possível identificar alguns problemas práticos vinculados a ele, tais como: a) a composição do comitê é adequada para a consecução do objetivo do órgão?; b) as decisões do comitê são vinculativas? Ou seja, a Meta[37], enquanto moderadora de conteúdo do *Facebook* e *Instagram*, deve adotá-las ainda que haja discordância, e c) pode a decisão do comitê ser mais garantista ao usuário da plataforma que o próprio Ordenamento Jurídico brasileiro?

Para que seja possível refletir sobre tais possíveis problemas, nos propomos a focar na composição do comitê e nos procedimentos que envolvem as decisões do órgão. Ressaltamos que, ao final, não pretendemos apresentar respostas que solucionem as questões apresentadas, mas tão somente despertar o raciocínio crítico do leitor ao refletir sobre os possíveis problemas encontrados.

Facebook será acompanhada da expressão (sic).

37. No texto, nos referimos à Meta como responsável pela moderação de conteúdo do *Facebook* e do *Instagram* de forma a não segmentar a apreciação de conteúdo por cada plataforma. Destaca-se que a moderação do conteúdo é realizada pela empresa, mas afeta ambas plataformas, a depender de cada caso concreto, levando em consideração os padrões da Comunidade do *Facebook* e/ou Diretrizes da Comunidade do *Instagram*. Além disso, o Comitê de Supervisão poderá fazer recomendações na declaração consultiva de política que sejam aplicadas para ambas plataformas, ou que considerem as políticas das duas plataformas na análise, como se verá adiante.

3.1. A composição do comitê é adequada para a consecução do objetivo do órgão?

No que tange à composição do comitê, conforme o Estatuto, o órgão será composto por, no mínimo, 11 (onze) e, no máximo, 40 (quarenta) membros, que terão mandato de três anos, podendo o mesmo ser prorrogado por duas vezes, ou seja, cada membro poderá exercer três mandatos. Os membros devem desempenhar seu papel de julgador de forma neutra e independente, tomando decisões imparciais sobre a área de atuação do comitê.

Atualmente a lista pública de membros do comitê é composta por 19 (dezenove) profissionais[38] em diferentes áreas temáticas de atuação[39]. Note-se que a composição do órgão foi pensada para garantir uma perspectiva global, abrangendo profissionais de diferentes origens e culturas, com experiência em deliberações de forma ponderada e colegiada.

Para atingir o objetivo proposto para o comitê[40], são estabelecidas algumas exigências, como: os membros devem possuir "*uma ampla variedade de conhecimentos, competências, diversidade e experiência*". Além disso, os membros deveriam estar familiarizados com temas relacionados ao conteúdo e à governança digital, incluindo liberdade de expressão, discurso cívico, segurança, privacidade e tecnologia[41].

O nível de transparência, em relação à publicização dos membros do comitê, foi amplamente respeitado, pois, ao acessar à página de governança do órgão, é possível ter acesso a informações dos membros, como: nome, país, currículo resumido, experiências, idiomas falados etc. Tais informações são importantes para analisar a

38. Afia Asantewaa Asare-Kyei; Alan Rusbridger; András Sajó; Catalina Botero-Marino; Emi Palmor; Endy Bayuni; Evelyn Aswad; Helle Thorning-Schmidt; Jamal Greene; John Samples; Julie Owono; Katherine Chen; Maina Kiai; Michael McConnell; Nicolas Suzor; Nighat Dad; Ronaldo Lemos; Sudhir Krishnaswamy; e Tawakkol Karman. Para mais detalhes sobre cada membro, acesse: https://www.oversightboard.com/meet-the-board/.

39. No perfil de cada um dos membros, além do currículo resumido, são destacados os temas de experiência de cada um.

40. Proteger a liberdade de expressão dos usuários em relação à moderação de conteúdo.

41. COMITÊ DE SUPERVISÃO. *Estatuto do Comitê de Supervisão*. [S.n.t]. (b) Disponível em: https://www.oversightboard.com/governance/. Acesso em: 26 ago. 2021.

pertinência da atuação dos profissionais no comitê.

Entretanto, em uma análise mais detida dessas informações, constatamos algumas inconsistências com as exigências destacadas anteriormente. Por exemplo, dos 19 (dezenove) membros nomeados, 4 (quatro) são do mesmo país (EUA), afetando, de certa forma, o objetivo de composição de um comitê em uma perspectiva global. Isso não significa dizer que todos os países devem ser representados no órgão, até porque não seria possível. No entanto, poderia haver uma composição mais heterogênea, considerando mais países para tanto.

Por outro lado, constata-se que, na composição dos membros, o conhecimento e a experiência em alguns temas parecem não ter sido levados em consideração, dado que há membros indicados que não atendem à tal exigência. Por exemplo: ao pesquisar especificamente *privacidade* entre a experiência de cada membro, nenhum membro é identificado.

Para facilitar a visualização da experiência dos membros, conforme destacado pelo órgão, produzimos uma nuvem de palavras por meio da utilização do *software* Atlas TI, que pode ser visualizada na Figura 1:

Figura 1: Áreas de experiência dos membros do Comitê de Supervisão

Fonte: Elaborado pela autora.

A partir da figura, podemos observar que, entre os temas com maior ocorrência (repetição), está o direito, o que nos leva a compreender que a maioria dos membros tem formação jurídica. Além disso, a liberdade de expressão também ganha destaque entre os demais temas. Em contraposição, há membros que aparentam possuir pouca aderência com a atuação do comitê, tendo em vista a ausência de experiência em

privacidade ou mesmo a pouca recorrência de temas como conteúdo, segurança e comunicação, por exemplo.

Tal questão é problemática quando interpretada a partir do item 2, do Artigo 3, do Estatuto do Órgão, que estabelece que cada caso será apreciado por, no mínimo, um membro da região. Pois, se a localização geográfica é o critério de escolha dos julgadores, e não a pertinência temática, isso, aliado à falta de aderência dos membros com os temas, poderá prejudicar a decisão e consequentemente cercear direitos do usuário[42].

Por outro lado, verificamos que o Estatuto do comitê prevê a possibilidade do órgão reunir informações adicionais para análise do caso, por meio de especialistas no assunto, e contribuições adicionais de indivíduos e grupos diretamente retratados ou afetados pelo conteúdo apreciado[43].

Desse modo, podemos perceber que, ao resguardar tal possibilidade, o comitê acaba por suprir, em parte, a possível ausência de conhecimento técnico para a apreciação das demandas submetidas ao órgão.

Por fim, no que tange aos problemas relacionados à composição do comitê, é preciso ter muita cautela ao indicar pessoas que tenham uma carreira política ou inclinações políticas, visto que o próprio estatuto do órgão atribui responsabilidade aos membros de decidirem de forma neutra, independente e imparcial.

3.2. As decisões do comitê são vinculativas?

Outro problema prático que merece atenção se relaciona ao poder que uma decisão tem de vincular as suas decisões à observância obrigatória da Meta. Primeiramente, é preciso relembrar que compete ao comitê escolher quais solicitações irá analisar, considerando os casos com maior potencial para orientar políticas e decisões futuras.

Nesse ponto, é interessante destacar que, mesmo que haja discordância entre a

42. COMITÊ DE SUPERVISÃO. *Estatuto do Comitê de Supervisão*. [S.n.t]. (b) Disponível em: https://www.oversightboard.com/governance/. Acesso em: 26 ago. 2021.

43. Ibid.

Meta e o Comitê de Supervisão sobre a apreciação de uma solicitação, permanecerá a decisão do órgão, já que cabe a ele decidir quais casos entram em pauta de julgamento e serão apreciados pelo Comitê.

Isto é o que aconteceu no caso 2020-04-IG-UA – que será analisado no próximo tópico – quando a Meta se manifesta contrária à apreciação do caso, pois a remoção do conteúdo, objeto da discussão, já havia sido revertida pela empresa. Nessa situação, o comitê defendeu que, ainda que a decisão tenha sido revertida, houve danos irreversíveis, destacando que restaurar o conteúdo não é o único propósito de reparação que o comitê oferece, como veremos à frente. Portanto, o comitê decidiu apreciar o caso em discordância à manifestação da empresa.

Em um segundo momento, é necessário citar que cabe ao comitê a análise de decisões de aplicação do conteúdo, determinando se são ou não consistentes às políticas de conteúdo e aos valores da Meta.

Em outras palavras, os membros têm o poder coletivo de instruir a empresa a permitir ou a remover conteúdo, bem como manter ou reverter decisões já tomadas pela Meta sobre a remoção. Além disso, o referido comitê poderá fornecer orientações sobre políticas de conteúdo específicas aplicadas a um caso que tenham sido apreciadas pelo comitê ou mediante solicitação da empresa[44].

Em conformidade com os poderes acima descritos, o item 4, do Artigo 3º do Estatuto, ao esclarecer os procedimentos de análise, estabelece que a decisão final incluirá uma determinação sobre o conteúdo, explicitando os motivos do comitê para decidir o caso. Ademais, o comitê poderá incluir uma declaração de aconselhamento de política, que será levada em consideração pela empresa de forma a orientar futuros desenvolvimentos da política da plataforma[45].

Nesse caso, quando a decisão incluir uma orientação ou um parecer consultivo sobre a política, caberá à Meta a análise "*dos procedimentos operacionais necessários para implementar a orientação, levando em consideração o processo formal de desenvolvimento de políticas do Facebook (sic) e comunicando de forma transparente as*

44. COMITÊ DE SUPERVISÃO. *Estatuto do Comitê de Supervisão*. [S.n.t]. (b) Disponível em: https://www.oversightboard.com/governance/. Acesso em: 26 ago. 2021.

45. Ibid.

ações tomadas como resultado"[46].

Quanto à implementação das decisões do comitê, por parte da Meta, o Estatuto prevê que "*A resolução de cada caso por parte do comitê será vinculativa e implementada de imediato pelo Facebook (sic), a menos que tal ato possa violar a lei.*"[47].

Todavia, não fica claro, a partir da leitura do Estatuto, no que consiste a *resolução do caso*. Isto é, a decisão final é composta pela (a) determinação sobre o conteúdo e pela (b) declaração consultiva da política – elaborada a critério do comitê. Com isso, indaga-se: a resolução do caso contempla toda a decisão final? Ou somente contempla a determinação sobre o conteúdo?

Tal confusão reside não somente na falta de definições terminológicas, mas também na própria organização de tópicos e parágrafos dentro do Estatuto. Por exemplo: no início do parágrafo do Artigo 4º é introduzida a ideia de que a resolução do caso é vinculativa e imediata. Mas, na sequência – no mesmo parágrafo –, consta que, quando a decisão incluir uma orientação ou um parecer consultivo sobre a política, a Meta tomará medidas para implementar a orientação.

Naturalmente pressupomos que tudo que está escrito em um mesmo parágrafo aborda o mesmo assunto. Mas, nesse parágrafo, mediante a falta de precisão conceitual do que significa *resolução do caso*, não há coerência no texto, despertando dúvidas quanto a sua correta interpretação.

Para esta autora, a resolução do caso, que tem caráter vinculativo e de implementação imediata, somente atinge a determinação sobre o conteúdo. Ou seja, a Meta apenas será obrigada a seguir a decisão do Comitê de Supervisão no que tange à remoção do conteúdo, sendo facultativo a ela implementar as recomendações estabelecidas na declaração consultiva.

Tal entendimento é reforçado pela leitura do Artigo 2°, item 2, ao estabelecer que "*para a conclusão da análise, qualquer decisão anterior do comitê terá valor precedente e deverá ser vista como altamente persuasiva quando os fatos, as políticas*

46. Ibid., n.p.

47. COMITÊ DE SUPERVISÃO. *Estatuto do Comitê de Supervisão*. [S.n.t]. (b) Disponível em: https://www.oversightboard.com/governance/. Acesso em: 26 ago. 2021, n.p.

aplicáveis ou outros fatores forem substancialmente semelhantes."[48]

Nessa perspectiva, a Meta, reconhecendo que conteúdo idêntico com contexto paralelo já foi objeto de decisão pelo comitê, tomará medidas para, analisando se é adequado do ponto de vista técnico e operacional, aplicar a referida decisão do comitê a esse conteúdo. Porém, *altamente persuasivo* não indica efeito vinculatório, reforçando nosso argumento anterior.

Por outro lado, disposições como a presente no Artigo 5º, item 3, fazem reacender novamente a dúvida sobre o referido problema, tendo em vista que o mesmo estabelece que o "*Facebook (sic) se compromete a respeitar a supervisão independente do comitê sobre decisões de conteúdo e a implementação dessas decisões*"[49].

Na verdade, novamente nos deparamos com um termo amplo (decisões) em uma previsão do Estatuto que visa abordar o relacionamento da Meta para com o Comitê de Supervisão quando do comprometimento à implementação das decisões de conteúdo.

Por outro lado, o Artigo 3º, item 7.3, ao estabelecer os procedimentos especiais para análise, fala sobre solicitação para orientação da política[50]. Dessa forma, resta claro que o comitê poderá atuar mediante provocação direta da empresa. No entanto, ressalta-se que, em casos que a orientação sobre a política tenha sido solicitada pela própria empresa, esta terá claramente caráter consultivo.

Em suma, apesar da ausência de clareza quanto ao caráter vinculativo ou consultivo das decisões, podemos afirmar que há dois propósitos de reparação que o comitê oferece. O primeiro se relaciona à possibilidade de revisar a decisão tomada pela Meta, decidindo, se for o caso, pela reversão da decisão da empresa. O segundo é exercido quando o Comitê faz declarações de aconselhamento de políticas ou orientações sobre a política (quando solicitado pela Meta) que possibilitam à empresa uma

48. Ibid., n.p.

49. COMITÊ DE SUPERVISÃO. *Estatuto do Comitê de Supervisão*. [S.n.t]. (b) Disponível em: https://www.oversightboard.com/governance/. Acesso em: 26 ago. 2021, n.p.

50. "Independentemente de qualquer caso pendente, o Facebook (sic) pode solicitar orientações sobre a política ao comitê. Essa orientação pode estar relacionada ao esclarecimento de uma decisão anterior do comitê ou a uma orientação sobre possíveis alterações nas políticas de conteúdo do Facebook (sic). *A orientação terá natureza consultiva.* Ibid.

melhor orientação para casos futuros.

3.3. Pode a decisão do comitê ser mais garantista ao usuário da plataforma que o próprio Ordenamento Jurídico brasileiro?

Com base em tudo o que vimos até aqui, podemos compreender que o Comitê de Supervisão foi criado com a finalidade de revisar decisões da Meta e de fornecer orientações sobre políticas de conteúdo da plataforma com base nos Padrões da Comunidade do *Facebook*, nas Diretrizes da Comunidade do *Instagram* e nas demais políticas de conteúdo.

Para a consecução de tal finalidade, o comitê analisa casos expedindo – após análise e deliberação de seus membros – decisões finais que contemplam (a) decisão de conteúdo, (b) podendo também abranger a declaração consultiva da política.

Atualmente o *Facebook* é utilizado por mais de 2 bilhões de pessoas em todo o mundo como plataforma de compartilhamento de informações e imagens, contribuindo de modo significativo para o exercício da liberdade de expressão na internet. Todavia, a internet, ou mesmo o *Facebook*, pode ser vista como um ambiente sem controle e sem padrões de conduta.

Em suma, foi pensando em tais questões que o *Facebook* começou a moderar o conteúdo publicado em sua plataforma. E, também, foi por esse motivo que, mais tarde, a Meta decidiu criar o Comitê de Supervisão a fim de garantir a livre expressão de seus usuários, direito que já havia sido há muito tempo destacado como um princípio da empresa. Porém, como as decisões do referido comitê são recepcionadas pelo Ordenamento Jurídico brasileiro? O Estatuto do Comitê nos dá alguns indícios de resposta a esta questão.

Na verdade, o Comitê de Supervisão reconhece que seu poder é limitado. Isso aparece em vários momentos no Estatuto do Órgão. Como exemplo, pensemos no item 1, do Artigo 2º, que estabelece que, quando as circunstâncias em que uma decisão puder resultar em responsabilização criminal, ou mesmo sanções regulatórias, o comitê não realizará a análise do referido caso[51].

51. COMITÊ DE SUPERVISÃO. *Estatuto do Comitê de Supervisão*. [S.n.t]. (b) Disponível em:

Além disso, o item 2 do referido artigo prevê que, na análise dos casos, o comitê ficará "*atento ao impacto da remoção do conteúdo à luz das normas de direitos humanos que protegem a liberdade de expressão*"[52]. Nesse sentido, o Estatuto externaliza a preocupação que o comitê deve ter ao apreciar os casos observando parâmetros protetivos ao usuário da plataforma.

Porém, apesar de reconhecer a importância dos direitos humanos em face da liberdade de expressão, o estatuto prevê que o comitê não tem a função de aplicar a lei local. Isso reforça o escopo de atuação do comitê, que deverá analisar e decidir o conteúdo de acordo com os valores e as políticas de conteúdo da Meta e suas plataformas.

Por fim, cabe destacar que o Estatuto prevê que nem o estatuto ou outros documentos aplicáveis devem ser interpretados de forma que resulte em violação da lei pelo Comitê de Supervisão.

A partir da análise realizada ao logo deste tópico, fica claro que a atuação do Comitê de Supervisão obedece a alguns princípios, a saber: (a) independência da entidade, bem como dos julgamentos proferidos; (b) Autoridade para decidir e recomendar medidas sobre a remoção de conteúdo no *Facebook* e *Instagram*; (c) Acessibilidade ao comitê para apelar de decisões de moderação, e (d) Transparência para a divulgação de suas decisões.

Dessa forma, analisando tais princípios e considerando todas as informações que foram apresentadas, até o momento, não há motivos para acreditar que a atuação do comitê possa ser questionada por garantir os direitos dos usuários. Há, inclusive, que se olhar para a iniciativa reconhecendo a sua contribuição para a garantia de direitos da sociedade.

Quer dizer, atualmente é impensável para o Estado criar outro órgão para dar conta das controvérsias relativas à moderação de conteúdo, tendo em vista que isso alteraria a própria estrutura do judiciário e seria inviável financeiramente[53]. De outro

---

https://www.oversightboard.com/governance/. Acesso em: 26 ago. 2021.

52. Ibid., n.p.

53. Apesar de tais problemas, em 06 de setembro de 2021, o presidente do Brasil, Jair Messias Bolsonaro, publicou a controversa Medida Provisória n. 1.068/2021, responsável por alterar significativamente o Marco Civil da Internet e a Lei de Direitos Autorais, para dispor sobre o uso de redes sociais. Dentre os usos descritos na referida MP, a moderação de conteúdo por provedores de rede

lado, poderia o judiciário apreciar tais questões, como tem apreciado. Porém, nem todas as demandas relativas à moderação de conteúdo são discutidas fora da Empresa Meta e do comitê, e, caso isso acontecesse, poderia haver uma sobrecarga do poder judiciário.

Em contrapartida, cabe ressaltar que o Comitê de Supervisão não está legislando, mas apenas julgando casos com base em normativas preexistentes da plataforma. Dessa forma, não se está criando um novo direito ou uma nova instância judicial, mas, sim, está sendo possibilitado ao usuário e à Meta um novo caminho para resguardar os direitos à liberdade de expressão na internet.

Assim, não podemos pensar, neste momento, em atribuir algum tipo de limitação para a atividade desenvolvida pelo Comitê de Supervisão. Em algumas circunstâncias, como veremos na análise caso que faremos logo abaixo, a decisão do comitê pode ser mais garantista que a própria legislação.

Note-se que, se as decisões do comitê são tomadas em um contexto específico, considerando a relação existente entre o usuário e a plataforma e a própria concordância de ambas as partes em relação aos termos de uso e Padrões da Comunidade, a tomada de decisão, nesse contexto, somente externaliza a apreciação do caso frente às disposições contratuais firmadas entre as partes.

Por esta razão, impor limites na atuação do comitê equivaleria a impor limites na liberdade de contração que toda empresa e consumidor têm ao escolher os produtos ou serviços a serem ofertados e consumidos, bem como as condições nas quais estes lhes seriam entregues.

A análise do caso que será realizada na sequência possibilitará a visualização de um caso prático, onde a decisão do comitê é desenvolvida de forma a ser mais garantista do que a própria LGPD. Espera-se com a referida análise demonstrar que não há motivação legal para questionar a atuação do comitê, pois não se pretende gerar

---

social ficou restrita a hipóteses específicas estabelecidas no ato normativo. Porém, logo após a sua publicação, surgiram várias manifestações contrárias à sua legalidade, dentre elas, lista-se sete ações diretas de inconstitucionalidade: 6.991/DF; 6.992/DF; ADI 6.993/DF; ADI 6.994/DF; 6.995/DF; 6.996/DF e 6.998/DF. Após tamanha repercussão, o Presidente da Mesa Diretora do Congresso Nacional, o senador Rodrigo Pacheco, rejeitou sumariamente a MP, encerrando a sua tramitação no Congresso Nacional.

um julgamento amplo, aplicado a toda e qualquer plataforma ou provedor de conteúdo, mas, sim, analisar a liberdade de expressão sob o prisma dos termos de uso e Padrões da Comunidade aceitos por ambas as partes, dentro de uma relação jurídica preexistente.

4. CONTRIBUIÇÕES DO CASO 2020-04-IG-UA PARA GARANTIA DE DIREITOS DO USUÁRIO

A decisão 2020-04-IG-UA, apreciada pelo Comitê de Supervisão no dia 28 de janeiro de 2021, trata sobre a remoção de conteúdo do *Instagram*. Em outubro de 2020, um usuário desta rede social postou uma imagem rosa, composta por 8 (oito) fotos, sendo que destas, 5 (cinco) fotos incluíam mamilos femininos descobertos, e as demais estavam com o mamilo encoberto, ou não enquadradas na imagem. A imagem tinha título em português remetendo-se à campanha de conscientização do câncer de mama, o *Outubro Rosa*.

A imagem foi detectada e removida da plataforma por meio de sistema automatizado, treinado para identificar nudez em fotos, sob o fundamento de violar os Padrões da Comunidade sobre nudez adulta e atividade sexual.

O usuário que publicou o referido conteúdo recorreu da decisão da Meta. Porém, em declarações públicas anteriores, a empresa afirmou que nem sempre seria concedida a possibilidade de recurso aos usuários por conta da redução temporária da capacidade de revisão de conteúdo, ocasionada pela COVID-19. Além disso, a empresa destacou que nem todos os recursos são apreciados por humanos. Logo, o usuário solicitou a revisão diretamente ao Comitê de Supervisão, que, após deliberação, decidiu aceitar o caso para julgamento.

Após o comitê selecionar o caso e atribuir um painel para o julgamento, a empresa reverteu a decisão que removeu o conteúdo, restaurando a publicação em dezembro de 2020 sob a justificativa de ter ocorrido erro de aplicação na classificação concedida pelo sistema de decisão automatizada. Por tal motivo, a empresa chegou a alegar, conforme consta na decisão, que o caso carecia de motivos para apreciação pelo comitê, tendo em vista que o conteúdo já havia sido restaurado.

Todavia, conforme destacado anteriormente, o Comitê de Supervisão entendeu que, apesar do reestabelecimento do conteúdo, a discordância inicial sobre o fato já

caracterizava o escopo da atuação do órgão, sendo o caso passível de apreciação. Além disso, foi destacado o dano irreversível que circunda o caso, uma vez que, apesar do conteúdo ter sido reestabelecido, o mesmo permaneceu removido da plataforma durante todo o período de duração da campanha de conscientização *Outubro Rosa*.

Sob outra perspectiva, o comitê destacou que o processo de revisão é separado, e não uma continuação do recurso interno da empresa, destacando, assim, a independência do órgão frente à atuação da empresa. Portanto, a correção da decisão por parte da Meta não inviabiliza a apreciação do caso pelo comitê.

Ademais, a restauração do conteúdo não é o único propósito da atuação do órgão, tendo em vista que o mesmo pode fazer recomendações para a melhoria do procedimento em situações com conteúdo idêntico ou paralelo. Assim como possibilita que o comitê emita "*recomendações de políticas sobre como as práticas de moderação de conteúdo do Facebook (sic) são aplicadas, incluindo com o uso de automação*"[54].

A última justificativa do comitê para a apreciação do caso, mesmo após a restauração do conteúdo, se destaca das demais, pois nela fica evidente que a atuação do órgão preza pela garantia dos direitos do usuário. Segundo o comitê, o processo possibilita aos usuários serem ouvidos, além de obter explicação completa sobre os motivos da remoção.

Ao final do julgamento, o comitê decidiu reverter a decisão da Meta quanto à remoção do conteúdo, reconhecendo, todavia, que tal procedimento já havia sido executado. Para chegar a tal decisão, o órgão analisou: (a) a conformidade com as políticas de conteúdo da empresa; (b) a conformidade com os seus valores, e (c) a conformidade com os padrões de direitos humanos internacionais.

Em relação à conformidade com as políticas de conteúdo, destacou-se que, nas regras do *Instagram,* a publicação de cenas de nudez é inapropriada, cabendo algumas exceções para mamilos femininos, como a amamentação. No entanto, não há exceção para campanhas de conscientização do câncer de mama, diferente do que acontece nos Padrões da Comunidade do *Facebook*.

54. COMITÊ DE SUPERVISÃO. *Decisão sobre o caso 2020-004-IG-UA*. [S.n.t]. (a) Disponível em: https://www.oversightboard.com/decision/IG-7THR3SI1/. Acesso em: 25 ago. 2021, n.p.

Já nos Padrões da Comunidade do *Facebook*, a política de nudez visa restringir conteúdos aos quais algumas pessoas podem ser sensíveis, bem como evitar compartilhamento sem consentimento, ou que o conteúdo seja exposto a menores de idade. Dessa forma, os usuários não podem publicar imagens reais de nudez, considerada, entre outras possibilidades, a exibição de mamilos femininos descobertos, exceto em contextos específicos[55], por exemplo, em situações relacionadas à saúde, sendo permitida a publicação de mamilos para conscientização de doenças.

Destaca-se que, apesar do conteúdo ter sido publicado no *Instagram*, os Padrões da Comunidade do *Facebook* se aplicam a todos os produtos da empresa. Ou seja, sendo aplicável ao presente caso. Nesse sentido, o comitê concluiu que a imagem postada pelo usuário contendo mamilos femininos se encaixa na exceção relacionada à saúde, tendo em vista ter sido utilizada para conscientização do câncer de mama.

No que tange aos valores da empresa Meta, apesar da *Voz* ter caráter primordial, contemplando a liberdade de expressão do usuário, o comitê constatou que a remoção do conteúdo desrespeitou o referido valor. Nesse caso, as discussões vinculadas à saúde e à conscientização do câncer de mama devem ser asseguradas no bojo do valor *Voz*. Conforme o Comitê de Supervisão[56], a publicação de imagens com sintomas precoces da doença é importante para tornar tais informações médicas acessíveis ao público.

No presente caso, a limitação foi fundada em outros valores, tais como a segurança perante a potencial exposição da cena de nudez e a privacidade, protegendo a liberdade do usuário escolher o conteúdo ao qual pretende ter acesso e evitando sua exposição não autorizada. Todavia, conclui-se que, além da imagem contribuir com a segurança das pessoas vulneráveis a essa doença, não há indícios de que a nudez

55. Conforme o Padrão da comunidade do *Facebook*, a exposição de imagens de mamilos descobertos é proibida, "salvo no contexto de amamentação, parto e momentos pós-parto, situações relacionadas à saúde (por exemplo, mastectomia, conscientização sobre o câncer de mama ou cirurgia de confirmação de gênero) ou um ato de protesto" *In*.: FACEBOOK. *Padrões da Comunidade*. [S.n.t]. Disponível em: https://www.facebook.com/communitystandards/introduction. Acesso em: 25 ago. 2021.

56. COMITÊ DE SUPERVISÃO. *Decisão sobre o caso 2020-004-IG-UA*. [S.n.t]. (a) Disponível em: https://www.oversightboard.com/decision/IG-7THR3SI1/. Acesso em: 25 ago. 2021.

não é consensual. Portanto, o valor *Voz* não teria sido sobreposto à *Segurança* e *Privacidade*[57].

Além das políticas de conteúdo e dos valores da Meta, na análise do caso, foram considerados os padrões de direitos humanos internacionais, embasados em provisões de tratados da Organização das Nações Unidas (ONU) e na orientação oficial dos mecanismos de direitos humanos da ONU.

Com base nesses parâmetros para a análise do caso perante o comitê, são apresentados padrões relacionados à liberdade de expressão no que tange à legalidade, ao objetivo legítimo, à necessidade e à proporcionalidade, à igualdade e à não discriminação. Além disso, é analisado o direito a um recurso efetivo[58].

Apesar da ampla proteção nacional e internacional conferida à liberdade de expressão, é preciso ter em mente que nenhum direito é absoluto. Ou seja, em casos específicos, é possível a limitação do exercício da liberdade de expressão para a efetivação de outros direitos. No entanto, no presente caso, o Comitê de Supervisão[59] concluiu que a decisão da Meta de remover o conteúdo do usuário do *Instagram* não estava em conformidade com os padrões de direitos humanos, no que se refere à liberdade de expressão.

Tal conclusão foi inferida após a análise da (a) legalidade, (b) da necessidade e proporcionalidade, e (c) da igualdade e da não discriminação da medida adotada perante as políticas da Meta. No que concerne à legalidade, o Comitê de Supervisão[60] destaca que "*as regras que restringem a liberdade de expressão devem ser claras, precisas e acessíveis ao público*".

Porém, na análise do caso, é possível perceber que há uma inconsistência e uma falta de clareza em relação às normativas aplicadas ao caso. Os Padrões da Comunidade do *Facebook* permitem que mamilos femininos sejam publicados no contexto de conscientização do câncer de mama. Já nas Diretrizes da Comunidade do

57. Ibid.

58. COMITÊ DE SUPERVISÃO. *Decisão sobre o caso 2020-004-IG-UA*. [S.n.t]. (a) Disponível em: https://www.oversightboard.com/decision/IG-7THR3SI1/. Acesso em: 25 ago. 2021, n.p.

59. Ibid.

60. Ibid.

Instagram, apesar da previsão de exceções à proibição de imagens de mamilos, não há menção ao câncer de mama entre as ressalvas.

Além disso, não fica claro para o usuário que o Padrão da Comunidade do *Facebook* prevalece em relação à aplicação das Diretrizes da Comunidade do *Instagram*. Dessa forma, resta evidente que as regras da Meta e a decisão de remoção do conteúdo não passam no teste de legalidade promovido pelo Comitê de Supervisão[61].

No que se refere à necessidade e à proporcionalidade da medida adotada, o Comitê de Supervisão[62] salienta a necessidade de que as restrições à liberdade de expressão devem ser menos intrusivas possível ao cumprir a sua função protetiva. Ademais, o órgão demonstra preocupação com a utilização de sistema automatizado para a decisão sobre a remoção de conteúdo que, no caso em tela, fez um julgamento equivocado do conteúdo removido.

Apesar de reconhecer a importância que os sistemas automatizados têm para a detecção de conteúdos contrários à política da empresa, o Comitê de Supervisão[63] aponta que "*uma aplicação que depende somente da automação, principalmente ao usar tecnologias com habilidade limitada de entender contextos, leva a restrições excessivas que interferem na expressão do usuário de forma desproporcional.*" Isto é, no presente caso, a imagem continha as palavras *câncer de mama* em português, e mesmo assim o sistema não reconheceu que tal conteúdo não violava os Padrões da Comunidade.

Dessa maneira, o Comitê de Supervisão[64] reconhece que a automação pode contribuir para a rápida remoção de conteúdos de nudez não consensual e das imagens de abuso infantil que causariam prejuízo as partes envolvidas. Todavia, quando o conteúdo é removido sob essa justificativa, a ação deve ser baseada nas políticas aplicáveis à exploração sexual, devendo ser notificado aos usuários que o conteúdo foi removido por tais motivos.

---

61. Ibid.

62. Ibid.

63. COMITÊ DE SUPERVISÃO. *Decisão sobre o caso 2020-004-IG-UA*. [S.n.t]. (a) Disponível em: https://www.oversightboard.com/decision/IG-7THR3SI1/. Acesso em: 25 ago. 2021, n.p.

64. Ibid.

No entanto, ainda que essa recomendação seja considerada pela Meta, é necessário que as decisões automatizadas estejam sujeitas a um procedimento de auditoria interna. Além disso, que os recursos de tais decisões sejam encaminhados para análise humana, tendo em vista que esse procedimento poderá corrigir erros de aplicação da decisão automatizada[65].

Em relação à igualdade e à não discriminação, ressalta-se que as regras da Meta diferenciam mamilos femininos de mamilos masculinos. Nesse contexto, o Comitê de Supervisão[66] considera que depender de uma automação imprecisa na aplicação dessas regras poderia ter um impacto desproporcional sobre as mulheres, gerando preocupações com a discriminação. Dada a importância da conscientização sobre o câncer de mama, as ações da empresa seriam prejudiciais não apenas ao exercício da liberdade de expressão das mulheres, mas, também, ao seu direito à saúde.

Em contrapartida, o comitê reconhece o objetivo legítimo das restrições à liberdade de expressão impostas pela Meta em seu Padrão da Comunidade sobre Nudez Adulta e Atividade Sexual, mas, ante todos os argumentos apresentados, o órgão concluiu que a decisão da empresa de remoção do conteúdo não estava em conformidade com os padrões de direitos humanos de liberdade de expressão.

Quanto ao direito a um recurso efetivo, aliado à preocupação destacada anteriormente em relação às decisões automatizadas, o Comitê de Supervisão[67] ressalta a importância de um efetivo recurso para a garantia de direitos do usuário da plataforma.

Nesse contexto, o órgão expressa preocupação pelo fato de a empresa não informar aos usuários quando um conteúdo é removido por meio de automatização, assim como desperta preocupação que a análise humana de recursos não esteja disponível em todos os casos.

Tais questões demonstram que a dependência excessiva da automação pode cercear direitos dos usuários da plataforma. Além disso, dada a falta de clareza sobre os procedimentos de remoção de conteúdo, é possível constatar a falta de transparência

65. Ibid.

66. Ibid.

67. COMITÊ DE SUPERVISÃO. *Decisão sobre o caso 2020-004-IG-UA*. [S.n.t]. (a) Disponível em: https://www.oversightboard.com/decision/IG-7THR3SI1/. Acesso em: 25 ago. 2021.

da empresa no que tange aos procedimentos de automação e às circunstâncias nas quais o recurso interno pode estar indisponível[68].

Ante todo o contexto e argumentos aqui expressados ao longo desta análise, o comitê decidiu, como informado anteriormente, pela reversão da decisão da Meta de remoção do conteúdo. No entanto, conforme prevê o Artigo 3º, item 4, do Estatuto do Comitê de Supervisão[69], o órgão incluiu, na decisão final, uma declaração consultiva da política de forma a orientar futuros desenvolvimentos da política da empresa.

Logo, a declaração consultiva é composta por dois eixos de recomendações: (a) automação na aplicação, transparência e o direito a um recurso efetivo, e (b) relação entre os Padrões da Comunidade e as Diretrizes da Comunidade.

Quanto ao primeiro eixo, o Comitê de Supervisão[70] recomenda uma série de ações e/ou melhorias relacionadas às decisões automatizadas. Em um primeiro momento, é necessário que a empresa melhore os sistemas de detecção automática de imagens com sobreposição de texto.

Isso se deve claramente ao fato de que a decisão automatizada de remoção da imagem de conscientização ignorou a existência do texto em português, que mencionava as palavras *câncer de mama*. Nesse caso, a melhoria do processo de detecção automatizada reduzia a incidência de erros similares ao ocorrido no presente caso.

Em um segundo momento, o comitê recomenda que a Meta garanta aos usuários que os recursos sobre as decisões tomadas de forma automatizada sejam apreciados por humanos, ou seja, pessoa natural. Tal indicação fica restrita aos conteúdos vinculados ao Padrão da Comunidade sobre nudez adulta e atividade sexual.

Em um terceiro momento, o órgão recomenda que a empresa implemente procedimentos de auditoria interna com a finalidade de analisar, de forma contínua, a amostra representativa de decisões automatizadas de remoção de conteúdo a fim de analisar as decisões, aprender com os erros e reverter a aplicação anterior.

No que tange à transparência, as recomendações envolvem a necessidade de a

68. Ibid.

69. Ibid.

70. Ibid.

Meta garantir que as decisões sejam comunicadas aos usuários, com a indicação clara da motivação para a remoção do conteúdo e a indicação de que o mesmo tenha sido removido por meio de automação. Além disso, destaca a importância de a empresa publicar relatórios de transparência a fim de divulgar os dados sobre as decisões automatizadas de remoção de conteúdo.

Por fim, já no eixo relativo aos Padrões da Comunidade e as Diretrizes da Comunidade, o Comitê de Supervisão aconselha que os documentos sejam revisados pela empresa de forma a sanar as incoerências identificadas. E ainda que a Meta esclareça aos usuários que as Diretrizes do *Instagram* são interpretadas em alinhamento com os Padrões da Comunidade do *Facebook*. Sendo que, em caso de inconsistência entre os documentos, prevalecerá o último.

5. CONCLUSÃO

Dada a atual relevância da moderação de conteúdo por meio de plataformas, este tema tende a não ser esquecido tão cedo. Principalmente em relação à Meta e às suas plataformas, tendo em vista o Comitê de Supervisão como órgão independente para controlar a atuação da empresa na moderação de conteúdo.

A guisa de conclusão, podemos constatar que dois problemas centrais estão presentes no caso 2020-04-IG-UA: (a) questões relacionadas a decisões totalmente automatizadas e (b) questões vinculadas à ausência de transparência.

Note-se que a própria Meta admite que a identificação e a aplicação original do conteúdo foram realizadas de forma completamente automática. E ainda reconhece que o processo de remoção automatizado foi mal sucedido, pois não identificou que se tratava de um conteúdo para fins médicos.

No que tange à revisão das decisões automatizadas, vale lembrar que o Artigo 20, da LGPD garante ao usuário a possibilidade de solicitar revisão de tais decisões, porém, conforme verificamos, a Meta não garante a revisão das referidas decisões por humanos.

Com efeito, como destacado no tópico 2, sistemas automatizados estão passíveis de cometer erros, sendo possível que estes impactem significativamente nos direitos dos usuários sujeitos a essas decisões. Porém, com o veto presidencial ao §3º do

Artigo 20 da LGPD, há uma redução significativa na proteção ao usuário contra decisões automatizadas.

A ausência de previsão legal que garanta a revisão de decisões automatizadas por pessoas naturais não impede que o Comitê de Supervisão recomende a Meta a adoção de tal procedimento em casos específicos. Isso se deve ao fato de que, apesar de ser mais garantista que a própria legislação, o comitê está, com a decisão, resguardando os direitos dos usuários dentro de um contexto contratual em uma relação privada específica.

Do mesmo modo, as demais recomendações do comitê claramente ganham uma dimensão protetiva aos direitos dos usuários da plataforma, como extensivamente analisado no tópico anterior.

Entretanto, não se ignora que a falta de clareza sobre o poder vinculativo das decisões finais do comitê pode influenciar na efetiva atuação do órgão para a garantia de direitos dos usuários. Nesse ponto, cabe ressaltar a necessidade de uma revisão no Estatuto constitutivo do órgão com a finalidade de dar maior clareza as partes, da natureza – consultiva ou vinculativa – das decisões finais do Comitê.

Todavia, não se pode, sob essa justificativa, desconsiderar a importância do trabalho do comitê para o controle da atuação da Meta na moderação de conteúdo por meio de decisões automatizadas. No mesmo sentido, é importante destacar que a existência de uma instância recursal independente a plataforma promove a acessibilidade dos usuários no processo de decisão, já que a manifestação do usuário é garantida no julgamento.

Dessa forma, espera-se que, após a extensa análise realizada neste trabalho, seja possível ao leitor constatar que as recomendações presentes na decisão do caso 2020-04-IG-UA e a própria existência do Comitê de Supervisão contribuem para a melhoria da moderação de conteúdo mediante decisões automatizadas realizadas pela Meta.

Além disso, deseja-se que o trabalho tenha lançado bases para novas discussões em prol dos problemas práticos decorrentes da estrutura e da atuação do Comitê de Supervisão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Mensagem n. 288, de 8 de julho de 2019*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-288.htm. Acesso em: 27 ago. 2021.

COMITÊ DE SUPERVISÃO. *Decisão sobre o caso 2020-004-IG-UA*. [S.n.t]. (a) Disponível em: https://www.oversightboard.com/decision/IG-7THR3SI1/. Acesso em: 25 ago. 2021.

COMITÊ DE SUPERVISÃO. *Estatuto do Comitê de Supervisão*. [S.n.t]. (b) Disponível em: https://www.oversightboard.com/governance/. Acesso em: 26 ago. 2021.

DOMINGOS, Pedro. *O algoritmo mestre*: como a busca pelo algoritmo de machine learning definitivo recriará nosso mundo. São Paulo: Novatec, 2017.

DRAFT Charter: An Oversight Board for Content Decisions. [S.n.t]. Disponível em: https://about.fb.com/br/wp-content/uploads/sites/3/2019/01/draft-charter-oversight-board-for-content-decisions-1.pdf. Acesso em: 01 set. 2021.

ESTARQUE, Marina; ARCHEGAS, João Victor. *Redes sociais e moderação de conteúdo*: criando regras para o debate público a partir da esfera privada. Rio de Janeiro: ITS Rio, 2021. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2021/04/Relatorio-redes-sociais-moderacao-conteudo.pdf. Acesso em: 27 ago. 2021.

FACEBOOK. *Padrões da Comunidade*. [S.n.t]. Disponível em: https://www.facebook.com/communitystandards/introduction. Acesso em: 25 ago. 2021.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erik Navarro. Arbitrium ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. *In*: *Revista dos Tribunais*, [S.l], v. 995, p. 1-16, set. 2018. Disponível em: http://governance40.com/wp-content/uploads/2018/11/ARBITRIUM-EX-MACHINA-PANORAMA-RISCOS-E-A-NECESSIDADE.pdf. Acesso em: 27 ago. 2021.

FLORIDI, Luciano. *The Onlife Manifesto*. [S.l], Springer International Publishing, 2015.

FRAZÃO, Ana. O direito à explicação e à oposição diante de decisões totalmente automatizadas. *In*: *Jota*, 05 dez. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-direito-a-explicacao-e-a-oposicao-diante-de-decisoes-totalmente-automatizadas-05122018#_ftnref1. Acesso em: 01 set. 2021.

GILLESPIE, Tarleton. *Custodians of the internet*: platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media. [S.l], Yale University Press, 2018. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/327186182_Custodians_of_the_internet_Platforms_content_moderation_and_the_hidden_decisions_that_shape_social_media. Acesso em: 27 ago. 2021.

GILLESPIE, Tarleton. *et al.* Expanding the debate about content moderation: scholarly research agendas for the coming policy debates. *In*: *Internet Policy Review*, v. 9, p. 1-30, 2020. Disponível em: https://policyreview.info/articles/analysis/expanding-debate-about-content-moderation-scholarly-research-agendas-coming-policy. Acesso em: 27 ago. 2021.

HARRIS, Brent. Atualização sobre a criação de um Comitê Global de Supervisão. *In: Meta*, 12 dez. 2019. Disponível em: https://about.fb.com/br/news/2019/12/atualizacao-sobre-a-criacao-de-um-comite-global-de-supervisao/. Acesso em: 03 jan. 2022.

KARANASIOU, Argyro. P.; PINOTSIS, Dimitris. A. A study into the layers of automated decision-making: emergent normative and legal aspects of deep learning. International *Review of Law, Computers & Technology,* [s. l.], v. 31, n. 2, p. 170–187, 2017. Disponível em: https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=iih&AN=123209768&lang=pt-br&site=ehost-live. Acesso em: 1 set. 2021.

KURTZ, Lahis Pasquali; DO CARMO, Paloma Rocillo Rolim; VIEIRA, Victor Barbieri Rodrigues. *Transparência na moderação de conteúdo:* tendências regulatórias nacionais. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2021. Disponível em: https://bit.ly/3xjAUka. Acesso em: 25 ago. 2021.

LÉVY, Pierre. *O que é virtual?* São Paulo: Editora 34, 2011.

SANDER, Barrie. Freedom of Expression in the Age of Online Platforms: The Promise and Pitfalls of a Human Rights-Based Approach to Content Moderation. *In*: *Fordham International Law Journal*, v. 43, p. 939, 2019. Disponível em: https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2787&context=ilj. Acesso em: 27 ago. 2021

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. *Regulamento UE n. 2016/679*. relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679. Acesso em: 25 ago. 2021.

WE ARE SOCIAL; HOOTSUITE'S. *Digital 2021*: April Global Statshot Report. [S. l.: s. n.], 2021. Disponível em: https://wearesocial.com/blog/2021/04/60-percent-of-the-worlds-population-is-now-online. Acesso em: 30 ago. 2021.

ZUCKERBERG, Mark. A Blueprint for Content Governance and Enforcement. *In*: *Facebook*, 5 maio 2018. Disponível em: https://www.facebook.com/notes/751449002072082/?hc_location=ufi. Acesso em: 01 set. 2021.

TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS E REGULAÇÃO DA ADVOCACIA: SINAIS RECENTES E PERSPECTIVAS

Marcos Luiz dos Mares Guia Neto

Mestrando em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Advogado no Sergio Bermudes Advogados.

Resumo: O artigo tem por objetivo desatacar as fricções existentes entre regulação da advocacia e inovações tecnológicas. Aborda-se parte do quadro atual de desenvolvimento tecnológico na advocacia, destacando dinâmicas da profissão e tecnologias potencialmente transformadoras. Trata-se dos pontos de contato entre regulação da advocacia e novas tecnologias, sublinhando regras do Estatuto da Advocacia e do Código de Ética e Disciplina da OAB. Analisa-se dois casos relacionados à regulação da advocacia que retratam situações distintas, em contextos e jurisdições diversas. Busca-se provocar reflexões sobre o futuro da advocacia sob a perspectiva das inovações tecnológicas, concluindo-se que o potencial transformacional das novas tecnologias recobrará postura mais aberta e menos corporativista da regulação da profissão.

Palavras-chave: tecnologia; advocacia; regulação.

Abstract: *The article intends to highlight the existing frictions between legal profession regulation and technological innovations. It addresses part of the current framework of technological development applied to law, highlighting potentially transforming technologies. The article mentions some key points between law enforcement regulation and new technologies, marking the rules of the Legal Profession Statute and the OAB Code of Ethics and Discipline. Two cases related to the regulation of law are then analyzed that portray different situations, in dissimilar contexts and jurisdictions. Finally, it seeks to provoke reflection on the future of the legal profession from the perspective of technological innovations, in the sense that transformational potential of new technologies will demand a less corporatist posture of regulators.*

Keywords: *technology; legal profession; regulation.*

Sumário: 1. Inovações tecnológicas no mercado jurídico: onde estamos; 2. Disrupção possível?; 3. Possíveis pontos de contato com a regulação da profissão no Brasil; 4. Sinais recentes: paralelo entre decisão brasileira e decisão norte-americana; 4.1. OAB vs. Liberfly: enquadramento da atividade como publicidade ilícita e mercantilização da advocacia; 4.2. Lola vs. Skadden: automatização caracterizada como serviço não advocatício; 5. Regulação da profissão e horizonte para transformações tecnológicas mais profundas; Referências.

INTRODUÇÃO

"*Não fazer da banca balcão, ou da ciência mercatura*" — a advertência, de Rui Barbosa, foi feita em sua "Oração aos Moços", discurso proferido para paraninfar os formandos da turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, cujas linhas muito dizem sobre a cultura da advocacia brasileira.

No Brasil e no mundo, mercados jurídicos ainda tendem ao tradicionalismo. Enquanto, no Brasil, a atual regulação da profissão vede ou restrinja, dentre outros aspectos, a prática de atos privativos de advocacia por terceiros, a publicidade de serviços jurídicos e a mercantilização da profissão, semelhantes restrições são impostas em outros países, embora as regras brasileiras se situem, comparativamente, em posição mais restritiva.

Dentre méritos e deméritos dessas travas regulatórias, fruto do tradicionalismo do meio jurídico, advogados têm se autorregulado e com isso sustentado seu monopólio do exercício da profissão, blindando-se do mercado empresarial no que tange às atividades privativas de advocacia. Esse domínio sobre o mercado jurídico é explicação provável para a postura refratária a profissionais do direito em relação a transformações mais profundas e à inovação tecnológica[1].

Pouco se contesta sobre o atraso do mercado jurídico no que diz respeito à adoção de novas tecnologias, se comparado a outros segmentos econômicos[2]. Entretanto, esse descompasso passou a ter especial importância na atualidade, quando se presencia, em ritmo apressado, o surgimento de inovações com profundo impacto transformacional para a sociedade e, inevitavelmente, para o direito.

Se em tempos de fenômenos disruptivos o tema da regulação é premente, não devem ser relegadas, na via inversa, reflexões sobre como os operadores do direito se transformarão com a adoção dessas tecnologias em meio às amarras do meio jurídico e, em última análise, como transformarão o direito.

---

1. SIMON, Michael; LINDSAY, Alvin F; SOSA, Loly; COMPARATO, Paige. *Lola v Skadden and the Automation of the Legal Profession*. 20 Yale J.L. & Tech, 2018.

2. WEBB, Julian. *Legal Technology: The Great Disruption?* University of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 897, 2020.

Nesse contexto, especialistas têm observado que a entrada no meio jurídico de tecnologias efetivamente transformadoras e disruptivas e que, sobretudo, não observam fronteiras, dependerá em grande parte da revisitação de conceitos e normas estabelecidos pela (auto)regulação da advocacia e do mercado jurídico, para que o mercado efetivamente se abra para transformações mais profundas[3].

Atualmente, é possível afirmar que a regulação da profissão define quem inova e como inova no mercado jurídico — não diferentemente de diversos outros contextos envolvendo regulação de novas tecnologias[4]. As regras definidoras, sobretudo, dos atos privativos da advocacia, da delimitação da mercantilização da profissão e da publicidade de serviços profissionais agem como verdadeiros demarcadores dos limites impostos a empreendedores e desenvolvedores de tecnologias, produtos e serviços.

Essa constatação, entretanto, não traz consigo viés ou opinião sobre a (des)importância desses limites para a preservação da profissão e para o próprio direito, dada a essencialidade do advogado para a administração da Justiça. Quer-se com ela tão apenas sublinhar o impacto da regulação para o desenvolvimento tecnológico no setor e, a partir disso, suscitar reflexão sobre até que ponto esses limites não devem ser recalibrados para melhor balancear, de um lado, a tutela dos interesses envolvidos e, do outro, permitir o andamento de transformações tecnológicas mais profundas que venham a se demonstrar desejáveis.

Posto esse quadro, o presente artigo objetiva destacar os pontos de contato entre a (auto)regulação da profissão, notadamente, a estabelecida no Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994) e no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos advogados do Brasil, com parcial correspondência em outras jurisdições em todo o mundo, em especial a norte-americana.

A partir disso, traçar-se-á paralelo entre dois casos levados à apreciação judicial:

---

3. SIMON, Michael; LINDSAY, Alvin F; SOSA, Loly; COMPARATO, Paige. *Lola v Skadden and the Automation of the Legal Profession*. 20 Yale J.L. & Tech, 2018; WEBB, Julian. *Legal Technology: The Great Disruption?* University of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 897, 2020.

4. CHANDER, Anupam. *How Law Made Silicon Valley*. Emory Law Journal. Atlanta: Emory University School of Law. v. 63, n. 03, p. 639-694, 2014; KOPP, Christel; LODGE, Martin. *What is regulation? Na interdisciplinary concept analysis*. Regulation & Governance. Hoboken: Wiley. v. 11, n. 01, p. 01-43, Jul. 2015.

um primeiro, brasileiro (OAB vs. Liberfly), e um segundo, norte-americano (Lola vs. Skadden), que denotam, de modos distintos, a sensibilidade da regulação da profissão e da interpretação judicial quanto a inovações tecnológicas no mercado jurídico.

Ao fim, chegar-se-á à ponderação de que, se o horizonte atual, ainda pouco disruptivo, já é desafiador, inovações tecnológicas verdadeiramente transformadoras no mercado jurídico dependerão de ambiente regulatório mais aberto e menos corporativista, mas ainda sensível aos interesses envolvidos.

O artigo se estruturará em cinco partes. A *primeira parte* abordará de forma sucinta o quadro atual do desenvolvimento da tecnologia no mercado jurídico. A *segunda* parte explorará o conceito de disrupção no contexto da advocacia e tratará de tecnologias potencialmente disruptivas. A *terceira parte* identificará os principais pontos de contato entre a regulação da advocacia e inovações tecnológicas no mercado jurídico. A *quarta parte* se dedicará à análise dos casos, ilustrando, de um lado (caso OAB vs. Liberfly) cenário de possível rigor dos atores institucionais brasileiros quanto a inovações tecnológicas que ameacem o monopólio do mercado jurídico e, do outro (caso Lola v. Skadden), cenário de possível "afrouxamento" desse monopólio, por meio da distinção entre ato privativo de advocacia e de atividades automatizadas. E, por fim, a *quinta parte* tratará das perspectivas para a regulação da profissão tendo em vista o horizonte esperado de tecnologias disruptivas aplicáveis ao direito.

1. INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS NO MERCADO JURÍDICO: ONDE ESTAMOS

A reflexão que se provocará, ao fim, sobre o impacto da regulação da advocacia para o avanço de tecnologias disruptivas no meio jurídico parte, antes, de breve compreensão sobre o estágio atual da inovação tecnológica nesse mercado, dentre três grandes ondas que se sucederam desde a década de 1970, conforme segmentação proposta pelo Professor da Universidade de Melbourne, Julian Webb[5].

A primeira onda de inovação da tecnologia no direito se deu entre as décadas de

5. WEBB, Julian. *Legal Technology: The Great Disruption?* University of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 897, 2020.

1970 e 1990, com o advento, essencialmente, de sistemas informatizados de pesquisa jurídica[6] e busca de informações em documentos jurídicos ou de recuperação de informações (RI)[7]. O uso em larga escala de computadores pessoais e o acesso à internet fizeram difundir de forma definitiva esse categoria de ferramenta, com notável impacto em atividades documentais e burocráticas, próprias do campo jurídico.

Outras ferramentas, não restritas ao meio jurídico e universalmente utilizadas, como programas de gestão de processos, processadores de texto, processadores de planilhas e *e-mail*, também tiveram substancial impacto para profissionais do direito.

Entre as décadas de 1990 e o ano de 2012, deu-se então a segunda onda de inovação, marcada pelo advento de empresas que passaram a desenvolver ferramentas de automação e de montagem de documentos, gestão de contratos automatizada, análise de dados de documentos e contratos e *e-Discovery*[8], dentre as citadas por Webb[9].

O advento da denominada "Web 2.0"[10] e do desenvolvimento de plataformas de serviços na *internet* possibilitou ainda, especialmente nos Estados Unidos, a criação de catálogos e de redes sociais para profissionais da advocacia. Foi também nesse período que começaram a ocorrer iniciativas de digitalização de cortes de justiça, de suas decisões e processos judiciais, a exemplo das campanhas de digitalização de

---

6. No Brasil, um exemplo significativo foi a virtualização da Revista dos Tribunais pela empresa Thomson Reuter's, em 2011.

7. WEBB, Julian. *Legal Technology: The Great Disruption?* University of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 897, 2020, p. 3.

8. Considerando-se que o *Discovery* é, no procedimento judicial norte-americano, o momento anterior ao julgamento de revelação de provas e dados que possam colaborar com o deslinde da controvérsia, um *software eDiscovery* permite que profissionais jurídicos processem, revisem, identifiquem e produzam documentos eletrônicos como parte de uma ação judicial ou investigação.

9. WEBB, Julian. *Legal Technology: The Great Disruption?* University of Melbourne Legal Studies Research Paper, No. 897, 2020, p. 5.

10. "*O termo Web 2.0 é utilizado para descrever a segunda geração da World Wide Web --tendência que reforça o conceito de troca de informações e colaboração dos internautas com sites e serviços virtuais. A idéia é que o ambiente on-line se torne mais dinâmico e que os usuários colaborem para a organização de conteúdo.*" (*in* Folha S. Paulo, 10 ago 2006. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u20173.shtml>. Acesso em: 31 ago. 2021.

processos que ganharam força nos Tribunais brasileiros a partir do ano de 2009[11].

Enfim, a terceira e atual onda de inovação nos mercados jurídicos pode ser relacionada com o movimento de expansão e capitalização das *startups*, a partir da década de 2010[12], e com o crescimento exponencial da capacidade de processamento computacional, de armazenamento de dados, de largura de banda de *internet* e de inovações de *softwares*[13].

Levantamento realizado pela Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs (AB2L) indica que, apenas entre 2017 e 2019, observou-se crescimento de 300% no número de *startups* jurídicas no Brasil, um dos grandes mercados mundiais, chegando-se, em 2021, a trezentas empresas[14].

Um dos resultados desse salto quantitativo e qualitativo foi o desenvolvimento e refinamento de tecnologias relacionadas à computação cognitiva (ou inteligência artificial), como os ramos de processamento de linguagem natural[15], mineração de

11. Superior Tribunal de Justiça. A era digital. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/A-era-digital>. Acesso em: 31 ago. 2021.

12. CUKIER, Daniel; KON, Fabio; LYONS, Thomas S. *Software Startup Ecosystems Evolution*. 2nd International Workshop on Software Startups, Trondheim. <http://ccsl.ime.usp.br/startups/sites/ccsl.ime.usp.br.startups/files/newyork-ecosystem.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2021.

13. SUSSKIND, Richard E. *Tomorrow Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press. Kindle Edition, 2017, pp. 175/182.

14. Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs (AB2L), 2021. Disponível em <https://ab2l.org.br/advocacia-4-0-resgata-cliente-para-o-centro-do-processo-e-cria-novas-oportunidades-profissionais/>. Acesso em: 31 ago. 2021.

15. "*Processamento de Linguagem Natural (PLN) consiste no desenvolvimento de modelos computacionais para a realização de tarefas que dependem de informações expressas em alguma língua natural (e.g. tradução e interpretação de textos, busca de informações em documentos e interface homem-máquina) [1,4])*" (PEREIRA, Silvio do Lago, USP. Disponível em: <https://www.ime.usp.br/~slago/IA-pln.pdf.>. Acesso em: 31 ago. 2021.

dados[16] e aprendizado de máquina (*machine learning*[17]). Essas tecnologias abrem novas perspectivas, por exemplo, para análise de dados jurídicos na formulação de estratégias e tomada de decisões (*legal analytics*[18]), a exemplo de gestão de risco e de *compliance*, ou para estratégias com o uso de jurimetria, esta entendida como a aplicação de modelos estatísticos na compreensão de processos, de decisões e de fatos jurídicos[19]. Ao passo que dados e registros são base para a atividade jurídica, os impactos desses avanços para a advocacia e para o direito são ínsitos.

Ainda no contexto da atual onda de inovação, não se pode deixar de mencionar o fenômeno da infraestrutura em nuvem (IaaS - *infrastructure as a service*), que, sob o enfoque dos mercados jurídicos, já traz potenciais avanços para os campos de gerenciamento de processos, proteção de dados, áreas de interações variadas com clientes, dentre outras soluções[20]. Soluções de infraestrutura em nuvem, ou, mais

16. "*O objetivo da mineração de dados é a extração de conhecimento implícito por meio da descoberta de padrões e regras significativas, a partir de grande quantidade de dados armazenados, de forma automática ou semiautomática, utilizando modelos computacionais construídos para descobrir novos fatos e relacionamentos entre dados, de forma repetida e interativa*". (RAMPÃO, Talita de Souza. *in Mineração de dados em bases jurídicas: um estudo de caso*, 2016. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/45564>. Acesso em: 31 ago. 2021.

17. "*O conceito de IA acaba se relacionando com o conceito de machine learning, que é um ramo preocupado justamente com o ensino e aprendizado de máquinas. Ou seja, trabalha com a programação de máquinas capazes de aprender conforme os dados inseridos e alimentados nelas. Desse trabalho, então, surgem tecnologias próprias para a advocacia, inclusive o software jurídico que você pode usar em seu escritório.*" (MARTINS, Luciano. *Humans vs machine: como a inteligência artificial impacta a advocacia*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/318449/humans-vs-machine--como-a-inteligencia-artificial-impacta-a-advocacia>. Acesso em: 31 ago. 2021.

18. "*Legal analytics relies on advanced technologies, such as machine learning and natural language processing, to clean up, structure, and analyze raw data from millions of case dockets and documents. Legal analytics offers litigators facts-based answers to key questions that emerge during litigation: "What are the predilections of Judge X? Should we seek a change of venue? What specific tactics have opposing attorneys used in similar cases? Has party Y pursued litigation in this área before? If so, what were the outcomes? Should we press forward with this case or settle?"* (BYRD, Owen. *Legal Analytics vs. Legal Research: What's the Difference*. Law Technology Today 12, 2017).

19. KREUSCH, Valdemiro. 2018. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/jurimetria/>. Acesso em: 31 ago. 2021.

20. WEBB, Julian. *Legal Technology: The Great Disruption?* University of Melbourne Legal Studies

amplamente, de computação em nuvem (*cloud computing*), são atrativas em termos de desenvolvimento de *softwares*, aumento de capacidade computacional e de armazenamento e redução de custos e gestão de TI, dentre outros aspectos[21].

Não menos relevante, projetos inovadores têm sido desenvolvidos envolvendo mais as diversas aplicações jurídicas em *blockchain*, como contratos inteligentes, *tokenização* (representação digital de ativos), autenticação de documentos e de registros públicos, ferramentas de resolução de disputas online (ou ODR – *online dispute resolution*), que denotam com muita clareza a potencialidade da arquitetura *peer to peer* para o direito, no que tange à imutabilidade dos dados e confiabilidade da informação.

Por fim, e não exaustivamente, menciona-se a evolução dos processos de digitalização de processos judiciais e de virtualização de cortes de justiça, que acarretam amplo impacto no meio jurídico. Webb, nesse particular, destaca o caso da implementação do eLitigation, pela Suprema Corte de Singapura[22], que instituiu peticionamento eletrônico, não via PDFs estáticos, mas via formulários e documentos dinâmicos organizados dentro de seu sistema de gestão de processos[23]. Singapura inclusive é evidência da possibilidade de adoção de soluções e mecanismos tecnológicos inovadores para gestão de processos e administração da Justiça, para além do formato tradicional de comunicação do direito, forjado no *design* de papel.

Embora seja amplo o leque de tecnologias surgidas na atualidade e inesgotáveis suas possibilidades, aquelas amplamente difundidas e acessíveis são, essencialmente, tecnologias mais simples, notadamente as desenvolvidas entre a primeira e a segunda onda de inovação tecnológica no meio jurídico, como é o caso dos editores de textos e dos *softwares* de gestão de processos.

Enfim, remanesce a indagação sobre quais tecnologias, existentes ou vindouras,

---

Research Paper No. 897, 2020, p. 7.

21. The Law Society, 2020. Disponível em: <https://www.lawsociety.org.uk/topics/cybersecurity/cloud-computing>. Acesso em: 31 ago. 2021.

22. WEBB, Julian. *Legal Technology: The Great Disruption?* University of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 897, 2020, p. 7.

23. SUPREMA CORTE DE SINGAPURA. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov.sg/services/services-for-the-legal-profession/elitigation>. Acesso em: 31 ago. 2021.

representarão transformações mais profundas para o mercado jurídico.

2. DISRUPÇÃO POSSÍVEL?

Ao correlacionar tecnologias incrementais com tecnologias de ruptura, Christensen define as primeiras como sendo aquelas que dão "*suporte à melhoria do desempenho de produtos*", incremental ou radicalmente, e tecnologias de ruptura como sendo aquelas que "*trazem a um mercado uma posição de valor muito diferente daquela disponível até então*"[24].

Nesse sentido, Bower e Christensen apontam ainda que tecnologias disruptivas introduzem um conjunto substancialmente diferente de atributos em relação àqueles que vinham sendo valorizados por usuários e consumidores[25], em geral, afastando modelos e competidores até então dominantes, em linha com a ideia de "destruição criativa" de Schumpeter[26].

Mas o que seriam tecnologias disruptivas para o meio jurídico? O Professor Richard Susskind, referência máxima no tema do futuro da advocacia, aborda a dinâmica de tecnologias de ruptura para meio jurídico e então elenca três momentos que caracterizam a interação de advogados com inovações tecnológicas: rejeição, informação e disrupção.

As fases de rejeição e informação dizem respeito, resumidamente, ao processo de descrença e reação negativa à determinada tecnologia, que evolui então para estado de atenção e de compreensão, abrindo-se portas para adoção da nova ferramenta ou sistema. A disrupção, então, dar-se-ia pelo esmorecimento e transformação de hábitos convencionais, acarretando alteração radical no modo como advogados, escritórios, empresas e cortes operam, ou mais amplamente, o próprio setor jurídico, tendo em vista também jurisdicionados, clientes e a sociedade[27].

---

24. CHRISTRNSEN, Clayton M. *O dilema da inovação: Quando as novas tecnologias levam empresas ao fracasso*. M.Books Editora, 2012, p.

25. BOWER, Joseph L.; CHRISTENSEN, Clayton M. *Disruptive technologies*: catching the wave. 1995.

26. SCHUMPETER, J. A. *Capitalism, socialism and democracy*. New York: Harper Perennial Modern Thought, 2008.

27. SUSSKIND, Richard E. *Tomorrow Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford

Aprofundando-se no tema, Webb demonstra como a tecnologia se combina com, ou potencializa, outros fatores já historicamente transformacionais para o meio. O autor cita, quanto a esse aspecto, as dinâmicas espaço-temporais que já impactam a profissão e vêm se potencializando com o desenvolvimento de novas tecnologias, como é o caso de escritórios de advocacia transnacionais com captação em todo o mundo, advocacia de massa e uso de centros compartilhados por profissionais e escritórios[28].

Igualmente relevantes, são as formas e lógicas organizacionais da prática jurídica que, com a evolução tecnológica, tendem à agilidade e à redução de custos, abrindo espaço para novos *players* e novos modos de prestação de serviços, a exemplo dos escritórios de advocacia denominados "NewLaw", que, no mercado australiano, apresentam-se como altamente adeptos a novas tecnologias e se inspiram em conceitos modernos de administração, como o da gestão centrada no cliente[29].

O que essas dinâmicas demonstram é que a combinação de inovações tecnológicas com movimentos já existentes na profissão pode transformá-la por dentro, de modo mais profundo e estrutural. Ainda que não se trate de fenômenos tecnológicos por si só disruptivos, sua adoção nesses contextos tem potencial igualmente transformador, a ponto de, por hipótese, escritórios de advocacia se transformarem de forma radical, virando a página das décadas anteriores de evoluções sutis e lineares. Como anota Webb, novas tecnologias podem inclusive provocar mudanças de percepção sobre a própria natureza das atividades de advogado[30].

No plano prático, Susskind apresenta perspectiva positiva sobre o potencial disruptivo de novas tecnologias para o direito. Nesse sentido, argumenta que há ao menos treze áreas, aqui citadas ilustrativamente, que, impactadas pela tecnologia,

---

University Press. Kindle Edition, 2017, p. 14.

28. WEBB, Julian. *Legal Technology: The Great Disruption?* University of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 897, 2020, p. 10.

29. LAWYERS WEEKLY. *Expansion and other ambitions for NewLaw firms*. Disponível em: <https://www.lawyersweekly.com.au/newlaw/30935-expansion-and-other-ambitions-for-newlaw-firms>. Acesso em: 31 ago. 2021.

30. WEBB, Julian. *Legal Technology: The Great Disruption?* University of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 897, 2020, p. 13.

transformarão de forma profunda o modo pelo qual serviços legais serão prestados. Seriam elas: automação de documentos[31]; conectividade inflexível[32]; *eletrônico legal marketplace*[33]; *e-Learning*[34]; orientação legal *online*[35]; *legal open-sourcing*[36]; comunidades jurídicas fechadas[37]; fluxo de trabalho e gerenciamento de projetos[38];

31. "*Document automation can therefore be used within legal businesses or made available online, and is disruptive for lawyers who charge for their time, because it enables documents to be generated in minutes whereas, in the past, they would have taken many hours to craft.*" (*in* SUSSKIND, Richard. Tomorrow's Lawyers (pp. 45-46). OUP Oxford. Edição do Kindle).

32. "*This refers to systems that together prevent lawyers from entirely disengaging from their clients and the workplace. The technologies include handheld devices, tablets, wireless broadband access, high definition video conferencing, instant messaging, social media, and email; all bolstered by increasing processing power and storage capacity. When these technologies combine, and the machines (of whatever kind) are switched on, which seems now to be all of the time, the 'presence' of lawyers is increasingly visible to their network of contacts.*" (*in* SUSSKIND, Richard. Tomorrow's Lawyers (p. 46). OUP Oxford. Edição do Kindle).

33. "*In not too many years, they will be as pervasive as the influential printed directories that have ranked lawyers and law firms for the last 20 years or so.*" (*in* SUSSKIND, Richard. Tomorrow's Lawyers (p. 47). OUP Oxford. Edição do Kindle).

34. "*The techniques involved extend well beyond online lectures and webinars to the use of simulated legal practice and virtual legal learning environments. Beyond formal education, e-learning will also transform the way that law firms provide and integrate their training and know-how functions.*" (*in* SUSSKIND, Richard. Tomorrow's Lawyers (p. 48). OUP Oxford. Edição do Kindle).

35. "*These are systems that can provide legal information, legal guidance, and even legal advice across the internet.* […] *The threat and disruption to conventional lawyers here is clear: if clients can secure legal guidance and legal documents on an online basis, then this may come to be a low-cost competitor to lawyers whose living is made from traditional, consultative, face-to-face advisory service.*" (*in* SUSSKIND, Richard. Tomorrow's Lawyers (pp. 48-49). OUP Oxford. Edição do Kindle).

36. "*Consistent with the open-source movement generally, here I envisage sustained online mass collaboration in the field of law—a movement devoted to building up large quantities of public, community-oriented legal materials, such as standard documents, checklists, and flow charts.*" (*in* SUSSKIND, Richard. Tomorrow's Lawyers (p. 49). OUP Oxford. Edição do Kindle).

37. "*The idea here is for restricted groups of like-minded lawyers with common interests to come together and collaborate online in private social networks.*" (*in* SUSSKIND, Richard. Tomorrow's Lawyers (p. 50). OUP Oxford. Edição do Kindle).

38. "*For law firms that charge by the hour and so have historically benefited from ineffective case management and inept transaction management, workflow and project management systems represent*

conhecimento legal incorporado[39]; resolução de disputas *on-line*[40]; análise de documentos[41]; *machine prediction*[42] e perguntas e respostas jurídicas[43].

Sem pretender aprofundar as ideias por detrás de cada um desses conceitos, ricamente abordados por Susskind em sua obra "*Tomorrow Lawyers: An Introduction to Your Future*"[44], o que se objetiva destacar é que esses sistemas denotam formas pelas quais o meio jurídico pode se transformar com a maior participação da força empresarial responsável pelo advento de serviços e produtos inovadores, colocando à

---

new efficiencies and, in turn, the prospect of reduced fees." (*in* SUSSKIND, Richard. Tomorrow's Lawyers (p. 51). OUP Oxford. Edição do Kindle).

39. "*The disruption here is that, where rules are embedded, lawyers are no longer needed to draw clients' attention to circumstances of legal significance. Likewise, self-executing contracts, possibly enabled through the currently much-vaunted Blockchain technology, will be able to initiate actions and automatically execute processes and provisions, without directly involving lawyers.*" (*in* SUSSKIND, Richard. Tomorrow's Lawyers (p. 52). OUP Oxford. Edição do Kindle).

40. "*For litigators whose work is premised on the conventional, court-based trial process, ODR—whether in the form, for example, of online courts, e-negotiation, or e-mediation—is a challenge to the heart of their business.*" (*in* SUSSKIND, Richard. Tomorrow's Lawyers (p. 52). OUP Oxford. Edição do Kindle).

41. "*These search and machine learning capabilities are disruptive, not simply for law firms that have profited from employing human beings to wade through roomfuls of paperwork (whether on transactions, dispute-related projects, or contract reviews), but also for legal process outsourcers who currently offer similar services.*" (SUSSKIND, Richard. Tomorrow's Lawyers (p. 53). OUP Oxford. Edição do Kindle)

42. "*The disruption here is that crucial insights in legal practice and in legal risk management might be generated largely by algorithms operating on large bodies of data without needing to involve mainstream lawyers (unless they choose to collaborate with data scientists).*" (*in* SUSSKIND, Richard. Tomorrow's Lawyers (p. 54). OUP Oxford. Edição do Kindle).

43. "*This kind of system will disrupt not just the world of practising lawyers but also our common perception of the legal process. This is some years away yet but emerging technologies, developing exponentially, may bring legal QA to everyday law sooner than sceptics believe. Legal QA, alongside document analysis and machine prediction, are increasingly referred to as examples of the use of artificial intelligence in law.*" (*in* SUSSKIND, Richard. Tomorrow's Lawyers (p. 56). OUP Oxford. Edição do Kindle).

44. SUSSKIND, Richard E. *Tomorrow Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press. Kindle Edition, 2017.

disposição de advogados e de outros operadores do direito ferramentas que podem transformar, (*i*) em perspectiva restrita, hábitos, padrões e interações existentes nas profissões jurídicas e, (*ii*) em perspectiva ampla, a própria dinâmica desse mercado, alterando condições de competitividade, de acesso à informação, ao aprendizado, de acessibilidade de clientes a advogados e de jurisdicionados à Justiça.

É verdade, por outro lado, que no presente estágio evolutivo, tecnologias com alto potencial transformacional, como inteligência artificial e *blockchain*, ainda não se encontraram de forma definitiva como aplicações disruptivas para o meio jurídico. Oferecem, sim, impressionantes possibilidades, mas ainda são exploradas de modo marginal e incipiente.

Mesmo as treze áreas citados por Susskind ainda estarão sujeitas à prova do tempo para que se consolidem como sistemas definitivamente transformadores para a profissão de advogado e para o direito.

Portanto, a ideia a ser destacada no que tange às tecnologias disruptivas para advocacia, com a qual convergem tanto Susskind[45] quanto Webb[46], é de que as transformações mais profundas provavelmente se darão, não apenas isoladamente, mas, antes, com a combinação de sistemas, de plataformas e de ferramentas, e o desenvolvimento de um ecossistema tecnológico no mercado jurídico, tendo inclusive instituições públicas — notadamente, o Poder Judiciário —, como relevantes atores.

Embora ainda não difundidas, inovações tecnológicas verdadeiramente transformadoras no mercado jurídico são possíveis, senão prováveis, mas dependerão, dentre inúmeros fatores mercadológicos e, ao que imposta a esta análise, do ambiente regulatório em que estarão inseridas.

---

45. SUSSKIND, Richard E. *Tomorrow Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press. Kindle Edition, 2017, p. 14.

46. "[...] *the impact of legal tech is more than the sum of its parts. To consider its effects properly, we need to look at its social and structural impact on the legal services ecosystem as a whole.*" (WEBB, Julian. *Legal Technology: The Great Disruption?* University of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 897, 2020, p. 7)

3. POSSÍVEIS PONTOS DE CONTATO COM A REGULAÇÃO DA PROFISSÃO NO BRASIL

Ao se abordar pela superfície o panorama atual de tecnologias inovadoras para o meio jurídico e, ainda, o seu potencial disruptivo, buscou-se alcançar este ponto com retrato mínimo da temática, de modo a se introduzir reflexão sobre os pontos de contato entre inovação tecnológica, de um lado, e regulação da profissão de advogado, do outro.

É certo que inovações tecnológicas com ampla aplicabilidade podem sofrer as mais diversas pressões regulatórias, por diversos mercados e segmentos profissionais, dentre os quais se faz presente o segmento jurídico. Brownsword, inclusive, ao tratar da regulação de novas tecnologias aplicáveis a setores profissionais, faz correlações entre outros segmentos, como o dos profissionais da saúde[47], destacando a interconexão existente entre a regulação da tecnologia e as peculiaridades dos serviços profissionais específicos.

Dessa forma, não se cuida aqui de tratar do importante tema da regulação de tecnologias disruptivas quando elas próprias são o objeto de regulação, mas, caminhando pela via inversa, busca-se refletir sobre como a (auto)regulação do segmento da advocacia pode impor travas a transformações tecnológicas mais profundas na profissão e no direito.

Observe-se, antes, que o meio jurídico e a advocacia, em especial, são feitos de peculiaridades, refletidas naturalmente na regulação da própria profissão, que, em geral, é exercida pelos próprios advogados, por meio das entidades representativas da classe, a exemplo da Ordem dos Advogados do Brasil e da American Bar

47. "*New technologies, such as artificial intelligence, machine learning, and blockchain, coupled with rapid and ongoing developments in both information and biotechnologies, promise to transform the provision of professional services—transforming who provides such services, to whom they are provided, which services are provided, and how they are provided. Against this background, the scope of this discussion paper is limited to the regulation of the adoption of new technologies by professional service providers for (outward) consumer-facing purposes; and the focus is on what regulators of legal services might learn from the experience of other regulators of professional services (particularly in the health and financial service sectors) in engaging with new technologies*". (BROWNSWORD, Roger. *The Regulation of New Technologies in Professional Service Sectors in the United Kingdom: Key Issues and Comparative Lessons*. Legal Services Board, 2019)

Association, nos Estados Unidos.

E se o próprio direito em sua essência é composto por ritos e formalidades, extrai-se dele mesmo possível explicação para o tradicionalismo da profissão de advogado, inclusive se comparada com outras profissões burocráticas. Talvez por isso, seus costumes e normas sobrevivam ao tempo, praticamente inalterados.

No Brasil, as normas que regulam a profissão de advogado concentram-se em grande parte no Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994) e no Código de Ética e Disciplina da OAB, editados há duas décadas e meia.

Destacam-se para os fins desta análise as normas que regulam (*a*) os atos privativos da advocacia e (*b*) a vedação da mercantilização da profissão e restrições à publicidade de serviços profissionais e, que, como se destaca a seguir, cruzam o caminho de inovações tecnológicas entrantes no setor, em maior ou menor grau.

Em primeiro lugar, as atividades privativas de advocacia são as definidas pelo art. 1º do Estatuto da Advocacia, quais sejam, "*postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais*" (inciso I) e "*as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas*" (inciso II). Vê-se, notadamente do inciso II da referida norma, que consultoria, assessoria e direção jurídicas abrangem muito amplamente as funções de um advogado[48].

Não se disputa, aliás, a relevância da função de advogado, que justifica sua atuação exclusiva. O advogado, nos termos da lei, é indispensável à administração da justiça (art. 2º do Estatuto da Advocacia), prestando serviço público e exercendo função social no seu ministério privado (art. 2º, §1º) e, no processo judicial, contribuindo na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público (art. 2º, §2º). Nas palavras de Bermudes, o advogado "*é fundamental para o Estado de Direito e para a democracia. Isso porque*

48. "*No âmbito internacional, como ressalvam Stephen e Love (Regulation of the Legal Profession), na maioria das jurisdições uma ou mais das seguintes atividades é objeto de regulamentação pelo órgão regulador da profissão: a) Aconselhamento acerca de matéria legal com recompensa financeira; b) O uso de títulos específicos indicando proficiência em assuntos legais; c) A prerrogativa de representar uma parte em juízo.*" (BERNARDES NETO, Horácio. *Aspectos de regulamentação profissional internacional. Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/270644/aspectos-de-regulamentacao-profissional-internacional>. Acesso em: 31 ago. 2021.)

ele lapida a norma jurídica, as instituições jurídicas e as adapta às circunstâncias de momento, além de assegurar o direito de defesa de seus clientes"[49].

Sem tocar em discussões afetas à insofismável importância do advogado e às razões para o seu "monopólio" na prestação de serviços de consultoria, de assessoria e de direção jurídica, é fato posto que a tradicional noção de função privativa de advogado já tem produzido, na atualidade, fricções com aplicações e inovações tecnológicas que adentram ou tangenciam o mercado da advocacia. É certo também que essas fricções ficarão cada vez mais claras com o caminhar a passos largos do desenvolvimento tecnológico.

Quanto a esse aspecto, o que se põe a indagar é: onde está exatamente situada a fronteira entre ato privativo de advogado e novas modalidades de serviços e produtos, fruto de inovações tecnológicas? Em que situações serviços e produtos inovadores ou disruptivos serão ou não caracterizados como consultoria, assessoria ou direção jurídica, limitados ou impedidos de existir? As fronteiras impostas pela regulação da profissão deverão se sobrepor a inovações benéficas a clientes, a jurisdicionados, à coletividade e, quiçá, aos próprios advogados?

Essas mesmas reflexões se aplicam ao aspecto de vedação à mercantilização, previsto no art. 16[50] do Estatuto da Advocacia e mais explicitamente no art. 5º do Código de Ética e Disciplina da OAB, segundo o qual "*o exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização*".

A tensão existente quanto a esse conceito reside entre a liberdade do exercício da profissão e a sua não desvirtuação por meio do uso de práticas típicas de comércio, como captação ativa de clientes, uso de estratégias de escassez, redução de preços, escalabilidade, dentre outras. Empresas como a mundialmente conhecida Legal

49. BERMUDES, Sergio. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-06/banca-sergio-bermudes-completa-50-anos>. Acesso em: 31 ago. 2021.

50. "*Art. 16. Não são admitidas a registro nem podem funcionar todas as espécies de sociedades de advogados que apresentem forma ou características de sociedade empresária, que adotem denominação de fantasia, que realizem atividades estranhas à advocacia, que incluam como sócio ou titular de sociedade unipessoal de advocacia pessoa não inscrita como advogado ou totalmente proibida de advogar.*"

Zoom[51], que oferece serviços jurídicos em larga escala, facilitando o contato de clientes por meio de sua plataforma e a preços baixos, inclusive com opção de planos por assinatura, ilustram formas que a advocacia pode tomar mais próximas à mercantilização.

Mercantilização e publicidade da advocacia são questões interconectadas. A publicidade de serviços profissionais é disposta pelo art. 28 do Código de Ética e Disciplina da OAB ao citar que "*o advogado pode anunciar os seus serviços profissionais, individual ou coletivamente, com discrição e moderação, para finalidade exclusivamente informativa, vedada a divulgação em conjunto com outra atividade*".

A vedação da publicidade, em meados da década de 1990, deu-se em contexto substancialmente diverso atual, considerando-se, àquela época, o difícil e custoso acesso à publicidade tradicional, acarretando desequilíbrio concorrencial entre advogados. Na atualidade, o ponto a ser observado é que os modelos de negócio impulsionadores de inovações, sobretudo na *internet*, estão geralmente ligados a estratégias de publicidade e *marketing* para se tornarem viáveis.

Mais recentemente, a Ordem dos Advogados do Brasil fez publicar o Provimento nº 205/2021, em 21.7.2021, o qual dispõe sobre a publicidade e a informação da advocacia. O provimento, essencialmente, buscou modernizar as disposições existentes sobre publicidade de serviços advocatícios, autorizando a publicidade por meio de ferramentas tecnológicas e redes sociais (*marketing jurídico*) sob condições determinadas. Por outro lado, divulgações ostensivas e desmedidas de publicidade como forma de captação de clientes visando à mercantilização continuam proibidas.

Sob a perspectiva desta análise, é relevante notar que ao Provimento nº 205/2021 consta Anexo Único, que textualmente veda, em meio a outros pontos, (i) a utilização de aplicativos de "*forma indiscriminada para responder automaticamente consultas jurídicas a não clientes por suprimir a imagem, o poder decisório e as responsabilidades do profissional, representando mercantilização dos serviços jurídicos*"; (ii) "*o uso de anúncios ostensivos em plataformas de vídeo*"; (iii) o uso de *chatbot* em situação de "*afastar a pessoalidade da prestação do serviço jurídico, [...e] suprimir a imagem, o poder decisório e as responsabilidades do profissional*"; (iv) o "*envio de cartas e*

51. Outras informações em: <https://www.legalzoom.com/about-us>. Acesso em: 31 ago. 2021.

comunicações a uma coletividade ('mala direta')" ou que tenham caráter mercantilista, que representem captação de clientes e que impliquem oferecimento de serviços; e (vii) ferramentas tecnológicas "*que suprimam a imagem, o poder decisório e as responsabilidades do profissional*".

Na medida em que o art. 11 do Provimento nº 205/2021 dispõe que "*faz parte integrante do presente provimento o Anexo Único, que estabelece os critérios específicos sobre a publicidade e informação da advocacia*", deve ser sublinhado, em especial, o fato de que o referido anexo literalmente veda o uso de "ferramentas tecnológicas" por advogados, em sentido amplo e irrestrito, quando "*suprimam a imagem, o poder decisório e as responsabilidades do profissional*".

A regulação da publicidade na advocacia, nesse caso, embora relativamente modernizada, acaba transversamente servindo de barreira para evoluções tecnológicas no meio da advocacia, a exemplo da referida norma, que restringe o uso de ferramentas tecnológicas por advogados, sem qualquer especificação e distinção quanto ao conceito de "ferramenta tecnológica".

Adicionalmente a esses aspectos, vige também no Brasil, por força do art. 41, do Código de Ética e Disciplina da OAB[52], o tabelamento de honorários, que deve ser observado pelo advogado sob pena de sofrer as sanções disciplinares cabíveis. Esse e os demais aspectos anteriormente citados evidenciam a medida da regulação profissional no Brasil, que deve ser posta em perspectiva tendo em vista o cenário a frente de transformações tecnológicas.

Por fim, é relevante que se tenha em perspectiva que regras análogas são impostas a advogados em diferentes países, guardadas suas naturais distinções e variações.

Tendo em vista a correlação entre tecnologia e regulação da profissão, Webb, por exemplo, enumera as seguintes regras existentes em outros países ou jurisdições, dentre as mais relevantes: (*i*) regras que restringem a prestação de serviço ou aconselhamento jurídico por não advogados ou por advogados não autorizados, (*ii*) regras ou costumes que restringem práticas de mercado específicas, como publicidade,

52. "*Art. 41. O advogado deve evitar o aviltamento de valores dos serviços profissionais, não os fixando de forma irrisória ou inferior ao mínimo fixado pela Tabela de Honorários, salvo motivo plenamente justificável.*"

pagamento de comissões por referências ou exercício de atividades empresariais por advogados e (*iii*) regras restritivas quanto ao porte de escritórios de advocacia e à possibilidade de receberem investimento interno nos países em que práticas dessa natureza são permitidas[53].

Em comparação a esses pontos, note-se que a regulação brasileira se afigura mais restritiva em praticamente todos os aspectos. Nos Estados Unidos, por exemplo, permite-se publicidade de serviços advocatícios de forma mais ampla, apenas vedando-se desvios excessivos do ponto de vista da ética profissional[54]. Já em países como o Reino Unido e Austrália, a profissão é ainda mais liberalizada, permitindo-se, por exemplo, o acesso a investimento externo por escritórios de advocacia, inclusive por meio de participação societária, aspecto relevante para impulsionar o desenvolvimento de escritórios no uso e desenvolvimento de novas tecnologias.

Traçado esse cenário comparativo, o que as disposições do Estatuto da Advocacia e Código de Ética e Disciplina da OAB evidenciam — não apenas as já vintenárias, como inclusive o recém-publicado provimento —, é que não são poucas e tampouco singelas a possibilidades de que novas tecnologias, em maior ou menor grau, esbarrem em conceitos e interpretações da regulação da profissão.

4. SINAIS RECENTES: PARALELO ENTRE DECISÃO BRASILEIRA E DECISÃO NORTE-AMERICANA

Posto esse contexto, aborda-se a seguir dois casos que retratam situações distintas, em contextos e jurisdições diversas (Brasil e os Estados Unidos) relacionados à regulação da advocacia, dos quais se extrai que o desenvolvimento de inovações tecnológicas no mercado jurídico, em certa medida, dependerá do peso da regulação da profissão. Tratam-se, ambos, de casos judicializados, mas que denotam perspectivas distintas no que tange à sensibilidade da regulação da advocacia para inovações

53. WEBB, Julian. *Legal Technology: The Great Disruption?* University of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 897, 2020, p. 12.

54. OLIVEIRA, Everson. Âmbito Jurídico. O papel democratizante da publicidade na advocacia. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-123/o-papel-democratizante-da-publicidade-na-advocacia/>. Acesso em: 31 ago. 2021.

tecnológicas.

4.1. OAB vs. Liberfly: enquadramento da atividade como publicidade ilícita e mercantilização da advocacia

A *startup* Liberfly atua no atendimento de consumidores lesados por companhias aéreas, propondo aos seus clientes antecipação imediata do eventual crédito ou indenização que postulariam em juízo ou fora dele. Em seu *website,* anuncia ser "*gestora de ativos judiciais especializada em problemas de consumidor*", com propósito de "*levar facilidade e dinheiro rápido à sua conta*"[55].

Em 13.3.2019, a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Rio de Janeiro propôs contra a Liberfly ação civil pública[56] para que a empresa fosse condenada a "*se abster, definitivamente, de praticar qualquer ato de anúncio, de publicidade ou de divulgação de oferta de serviços jurídicos consistentes na angariação ou captação de clientela*", sob pena de multa no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada ato que vier a ser praticado em descumprimento à condenação judicial.

Considerou a OAB em sua petição inicial que a empresa estaria exercendo atos privativos de advocacia, captando clientela e realizando publicidade via *internet*, o que consubstanciaria indevida mercantilizando a profissão. Destacou, ainda, o seguinte trecho constante de publicidade promovida pela empresa à época:

> LiberFly – Mediando soluções desses problemas com companhias aéreas
>
> Para quem ainda não os conhece, a Liberfly é uma empresa que presta apoio ao viajante e busca compensações e reembolsos referentes a problemas como atrasos e cancelamentos de voos, overbooking e bagagens extraviadas ou danificadas. Eles lidam diretamente com as companhias aéreas envolvidas.
>
> O sistema é muito simples: sem precisar pagar qualquer taxa, você escreve seu problema no site da empresa e envia para a análise.
>
> Legal. Mas o que acontece a partir daí?

55. Disponível em: <https://liberfly.com.br/>. Acesso em: 29 ago. 2021.

56. Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Processo Judicial nº 5013015-15.2019.4.02.510.

> [...]
>
> Com toda a expertise que possui no assunto, a equipe da Liberfly analisa sua situação e te posiciona, em até 48 horas, sobre seus direitos – dizendo se você tem chances, ou não, de uma compensação ou reembolso. Em caso positivo, todo esse trabalho é feito por eles. Se tiverem sucesso, você recebe o que tem direito com a dedução (claro, como em todo caso) da taxa do serviço prestado.

Em 27.5.2021, o Juízo da 28ª Vara da Seção Judiciária do Rio de Janeiro proferiu sentença julgando procedente a ação, para "*condenar a empresa ré na obrigação de não fazer, consistente em se abster de praticar qualquer ato de anúncio, de publicidade ou de divulgação de oferta de serviços consistentes na angariação ou captação de clientela, por qualquer meio, físico ou digital*" [57]. Fundamentalmente, entendeu o Juízo que a prova dos autos demonstraria que a empresa ré atua efetivamente na defesa dos consumidores, em atividade privativa da advocacia, ainda que de forma extrajudicial.

A empresa, mais recentemente, interpôs recurso da referida sentença, demonstrando que seu modelo negocial teria passado por revisão, de modo que suas atividades se restringiriam à negociação e cessão de créditos e ativos judiciais de consumidores lesados por companhias aéreas:

> [...] o atual modelo de negócios da LiberFly - aprimorado ao longo do tempo - é essencialmente baseado na negociação e cessão créditos e ativos judiciais, já consagrado em diversos mercados e desenvolvido sem restrições em outras esferas de direitos disponíveis. Nesse contexto, verifica-se que a alteração do modelo de negócios da apelante constitui fato superveniente apto a ensejar a perda de objeto da ação. Ora, se o modelo questionado não mais existe, é certo que o julgamento de mérito se tornou inútil para a parte autora, faltando-lhe interesse jurídico na prestação jurisdicional, nos termos do art. 485, VI, do CPC.

À vista desse contexto, é possível afirmar que a discussão posta no caso resume em saber se as atividades exercidas pela empresa, caracterizadas pela OAB como resolução de demandas de consumidores lesados por companhias aéreas, devem ser qualificadas como atividades advocatícias, ou se, diferentemente, como alega a empresa, tratam-se de atividades de negociação de direitos creditórios facilitada pela

57. Inteiro teor disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/2/13ABCB68D3EE47_startup2.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2021.

tecnologia.

Independentemente de se perquirir o acerto da sentença condenatória ou, ainda, de se apontar a natureza das atividades da empresa, a circunstância que sobressai da análise do caso é a radical mudança do enquadramento regulatório e, consequentemente, da resolução do caso, a depender da definição sobre quais atividades a empresa efetivamente exerce.

Mesmo se mantida a essência do negócio, o fato de a empresa atuar como "*empresa especializada em negociação e mediação de conflitos*"[58] ou, diferentemente, com "*negociação e cessão de créditos e ativos judiciais*"[59] pode determinar, a depender da decisão a ser proferida em segundo grau, a própria viabilidade do negócio. Sendo a cessão de crédito ou de direito litigioso permitida por lei (Código Civil, art. 286), é possível afirmar que a reforma da sentença condenatória e consequente improcedência da ação tornou-se provável, ao menos em termos relativos, diante dos fatos trazidos em apelação quanto à mudança na orientação do negócio[60].

Indiferentemente à discussão de mérito, o caso evidencia a existência de margem de interpretação para enquadramento das normas definidoras dos atos privativos de advogados e daquelas que vedam a publicidade e a mercantilização da profissão. Nesse particular, denota-se posição de resistência e de intervenção da OAB (regulador) quanto à entrada no mercado de aplicações tecnológicas que acarretem concorrência com serviços tradicionalmente prestados por advogados e escritórios de advocacia — a não ser, naturalmente, que a entidade reveja sua posição ao apresentar resposta ao recurso de apelação (até esta data não apresentada), concordando com a legalidade das atividades de "*negociação e cessão de créditos e ativos judiciais*"[61].

Já ao Poder Judiciário cabe, como caberá no caso sob análise, o importante papel

58. Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Processo Judicial nº 5013015-15.2019.4.02.510, evento 17, p. 10.

59. Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Processo Judicial nº 5013015-15.2019.4.02.510, evento 108, p. 2.

60. A análise, neste contexto meramente acadêmico, não leva em conta peculiaridades da atuação da empresa que possam enquadrar em eventuais outros ilícitos.

61. Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Processo Judicial nº 5013015-15.2019.4.02.510, evento 108, p. 2.

de interpretação das normas reguladoras da profissão e, ao fim e ao cabo, de definição sobre a viabilidade ou não de determinado modelo de negócio. Nesse processo especificamente, em que pese já ter sido proferida sentença, análises e impressões ainda dependerão do enfrentamento dos argumentos postos no recurso interposto, em especial da definição sobre o enquadramento das atividades da empresa à vista das alegações mais recentes.

4.2. Lola vs. Skadden: automatização caracterizada como serviço não advocatício

Discussão distinta foi enfrentada na ação proposta pelo advogado norte-americano David Lola contra o escritório de advocacia americano Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP e a empresa Tower Legal Staffing, Inc.[62].

Por meio da referida ação, o advogado contratado pela empresa para atuação naquele escritório de advocacia postulou o recebimento de horas extras relacionadas à função de revisão de documentos, por meio de *software* por ele operado. Ao operar o *software*, o demandante declarou no processo realizar ações de marcação, categorização e organização dos documentos processados pela máquina.

Em primeira instância, a ação foi julgada improcedente sob o entendimento de que, sendo a atividade do advogado caracterizada como prática jurídica, segundo critério da legislação do estado da Carolina do Norte, não seriam devidas horas extras.

Em 23.7.2015, o caso foi então levado a julgamento pelo Segundo Circuito de Cortes de Apelação dos Estados Unidos, ocasião em que aquele Tribunal deu provimento ao recurso apresentado pelo empregado, acolhendo sua pretensão indenizatória. Afirmou a Corte, assim, que "*um indivíduo que, no curso de revisão de documentos preparatórios para determinado caso, realiza tarefas que podem ser inteiramente executadas por uma máquina, não pode ser considerado como praticante de atividade jurídica*"[63].

---

62. Segundo Circuito de Cortes de Apelação dos Estados Unidos da América. Lola v. Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom, No. 14-3845 (2d Cir. 2015). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/14-3845/14-3845-2015-07-23.html>. Acesso em: 29 ago. 2021.

63. Segundo Circuito de Cortes de Apelação dos Estados Unidos da América. Lola v. Skadden, Arps,

O que sobressai do caso Lola vs. Skadden é o debate estabelecido entre advogados e juízes no que tange à natureza das atividades exercidas por Lola durante a supervisão do *software* utilizado pelo escritório[64]. Confrontando os argumentos apresentados, a Corte de Apelação deu destaque à ideia de que funções perfunctórias que podem ser simplesmente executadas por uma máquina e que não requeiram intervenção de advogado não se enquadrariam no conceito de atividade jurídica. O que a decisão sugere, dessa forma, é que máquinas podem passar a absorver do campo jurídico atividades tradicionalmente exercidas por advogados, como revisão de documentos e contratos, por exemplo.

O reconhecimento por reguladores ou pelo Poder Judiciário de que essas atividades não mais se encaixam no conceito de atividades jurídicas, quando substituídas por aplicações tecnológicas que entregam resultado prático similar ou superior, pode significar abertura de espaço para atuação de empreendedores e desenvolvedores e a possibilidade de entrada de novas tecnologias no mercado sem a barreira da regulação da profissão.

Como bem observaram Simon, Lindsay, Sosa e Comparato, ao formular pretensão sobre horas extras trabalhadas, David Lola acabou sendo responsável por precedente judicial bastante emblemático no que diz respeito à intersecção entre regulação da profissão e tecnologia.

Slate, Meagher & Flom, No. 14-3845 (2d Cir. 2015), p. 19. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/14-3845/14-3845-2015-07-23.html>. Acesso em: 29 ago. 2021.

64. "*According to the Lola decision, if a lawyer is performing a particular task that can be done by a machine, then that work is not practicing law. A fair expansion of that concept would leave any legal task traditionally performed by lawyers at risk of losing legal status simply because a computer would be able to do it. On the one hand, allowing the capabilities of the machines to define the parameters of the 'practice of law' opens the door to greater innovation within the legal field, as such capabilities would not be regulated by rules governing the profession. Under this approach, as machine capabilities improve, more and more tasks will become removed from what we call the practice of law.* [...] *Lola has changed the inquiry behind the meaning of the 'practice of law', limiting the extent to which the profession may define its practice by appeals to tradition.*" (*in* SIMON, Michael; LINDSAY, Alvin F; SOSA, Loly; COMPARATO, Paige. Lola v Skadden and the Automation of the Legal Profession. 20 Yale J.L. & Tech, 2018, p. 248)

O precedente levanta questões complexas sobre o papel do advogado quando tarefas típicas da profissão conduzidas por humanos, como é o caso da revisão de documentos, ou ainda de pesquisas e análises jurídicas, tornam-se indistinguíveis com tarefas executadas por máquinas[65].

Diferentemente do caso Liberfly, Lola vs. Sakadden demonstra que as amarras da regulação da profissão nem sempre serão suficientes para conter o ingresso de avanços tecnológicos no mercado da advocacia.

5. REGULAÇÃO DA PROFISSÃO E HORIZONTE PARA TRANSFORMAÇÕES TECNOLÓGICAS MAIS PROFUNDAS

Se o horizonte atual já parece ser de desafios, inovações tecnológicas verdadeiramente transformadoras, se bem-vindas, certamente dependerão de ambiente regulatório mais aberto e menos corporativista.

Em uma análise externa à realidade brasileira, há significativas variações de comportamentos de reguladores em matéria de inovação na advocacia, em momentos e países diversos, como demonstra Hook em estudo feito sobre o uso da tecnologia no setor jurídico[66].

Ao passo que há certa uniformidade entre categorias de normas restritivas existentes em outros países, como já se observou acima, diferentes experiências regulatórias pelo mundo e seus resultados podem oferecer importantes referências sobre qual deverá ser o horizonte da regulação da profissão de advogado no futuro, quando

65. "*The Second Circuit's decision in Lola v. Skadden, however, demonstrates that the armor may eventually be dismantled, as the definition of the 'practice of law' will evolve, or even erode, based on the development of technology. The exclusion of mechanical functions from the 'practice of law' has already begun to shake the core elements of a lawyer's skillset, starting with document review, legalresearch, and analysis, and soon possibly creeping toward more skilled tasks. Like lawyers, Goliath had his armor, a coat weighing "five thousand shekels of brass," and yet he was killed with a single rock to the head thrown by a more agile opponent.*" (*in* SIMON, Michael; LINDSAY, Alvin F; SOSA, Loly; COMPARATO, Paige. *Lola v Skadden and the Automation of the Legal Profession.* 20 Yale J.L. & Tech, 2018.)

66. HOOK, Alison. *The Use and Regulation of Technology in the Legal Sector beyond England and Wales:* Research Paper for the Legal Services Board. London: Hook Tangaza. 2019.

tecnologias disruptivas inevitavelmente estarão mais presentes.

Nesse sentido, em função do quadro regulatório já existente, reguladores em geral, quando defrontados com a entrada de novas tecnologias em seus correspondentes mercados jurídicos, tendem a adotar posturas (*i*) de *não intervenção* e manutenção do *status quo* (v. caso Bulgária[67]); (*ii*) de *intervenções negativas*, em que entidades representativas da classe interferem para obstar o uso de determinada tecnologia, situação em que se enquadra o caso OAB vs. Liberfly (v. também casos Tailândia[68] e França[69]); (*iii*) de *controle e interação*, buscando conciliar o cenário regulatório existente com a entrada de determinado ator ou tecnologia (v. casos EUA[70] e Holanda[71]);

67. Caso Bulgária: "*Passivity can, however, have a detrimental effect. In 2015, the Bulgarian Commission of Protection of Competition published an opinion which drew attention to the chilling effect the Attorneys Act was having on the take up of technology in the legal sector in Bulgaria. The ban on advertising in the Attorneys Code of Conduct meant that the information that could be provided by lawyers on online legal marketplaces was extremely limited and alsothat any services a lawyer wished to provide by an online site, had to comply with the Bar rules on minimum pricing for services.*" (*in* HOOK, Alison. *The Use and Regulation of Technology in the Legal Sector beyond England and Wales:* Research Paper for the Legal Services Board. London: Hook Tangaza, 2019, p. 33)

68. Caso Tailândia: "*In 2010, the Taiwanese Bar Association34 prohibited its members from participating in online marketplaces for lawyers' services, on the grounds that referral fees were involved, which was a violation of the Attorney Code of Ethics.*" (*in* HOOK, Alison. *The Use and Regulation of Technology in the Legal Sector beyond England and Wales:* Research Paper for the Legal Services Board. London: Hook Tangaza, 2019, p. 34)

69. Caso França: "*In April 2016, the French Conseil National des Barreaux and the Montpellier bar association obtained a judgement from the Court of Appeal in Aix-en-Provence against the online legal service provider, www.divorce-discount.com38 for havingprovided unauthorized legal advice. The site offered a fixed price for an uncontested divorce of €300, compared to €2000 on average charged by licensed lawyers*". (*in* HOOK, Alison. *The Use and Regulation of Technology in the Legal Sector beyond England and Wales:* Research Paper for the Legal Services Board. London: Hook Tangaza, 2019, p. 34)

70. Caso EUA: "*A classic example of this is the partnership between several US State Bar Associations, the American Bar Association and the tech company Cloudlawyers39, to provide lawyer search engines that regulators are satisfied meet their ethical rules.*" (*in* HOOK, Alison. *The Use and Regulation of Technology in the Legal Sector beyond England and Wales:* Research Paper for the Legal Services Board. London: Hook Tangaza, 2019, p. 35)

71. Caso Holanda: "*For example, in the Netherlands, the College van Toezicht Advocatuur, the*

e (*iv*) de *ativação,* quando reguladores promovem esforços para facilitar a adoção de determinada tecnologia ou de ator entrante no mercado jurídico, realizando alterações em normas e códigos de conduta (v. caso Canada[72]), oferecendo orientações, abrindo espaços de diálogo e debates, capacitando atores regulatórios, compreendendo especificidades de *legaltechs* e reunindo dados e criando parâmetros[73].

A força da regulação sobre inovações tecnológicas nos mercados jurídicos varia também a depender se são priorizados, de um lado, interesses da classe da advocacia ou, de outro, interesses de clientes, consumidores ou jurisdicionados[74].

Mas, de modo geral, como observa Webb, relativamente pouco trabalho ainda tem sido feito para aproximar regulação da advocacia e tecnologia, ao passo que a maioria dos reguladores ainda tem seguido atuação mais passiva[75].

---

supervisory authority for lawyers, issued a notice in 2016, informing lawyers of their intention to act on breaches of the referral fees provision in the lawyers' code of conduct. Their focus of attention was on the involvement of lawyers with online lawyer marketplaces. However, the College also indicated that it would not act against lawyers involved with such platforms, if they provided certain information before a given date and ceased to breach any referral fee provision. As a result of this, online platforms have been categorized for the purposes of Dutch lawyers, into seven different categories." (*in* HOOK, Alison. *The Use and Regulation of Technology in the Legal Sector beyond England and Wales:* Research Paper for the Legal Services Board. London: Hook Tangaza, 2019, p. 35)

72. Caso Canada: "*In 2017, the Federation of Law Societies of Canada also proposed additional commentary to its model rule on competence, referencing the need for members of the legal profession to seek to achieve the competence "appropriate for their own practice area and circumstances". Whilst this avoids the trap of over-prescription, it does not particularly incentivise individual practitioners to embrace technology.*" (*in* HOOK, Alison. *The Use and Regulation of Technology in the Legal Sector beyond England and Wales:* Research Paper for the Legal Services Board. London: Hook Tangaza, 2019, p. 36)

73. HOOK, Alison. *The Use and Regulation of Technology in the Legal Sector beyond England and Wales:* Research Paper for the Legal Services Board. London: Hook Tangaza, 2019, p. 36

74. WEBB, Julian. Legal Technology: The Great Disruption? University of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 897, 2020.

75. "*In the legal services space, this means that there is relatively little work being done, for example, with regard to the following: Reviewing existing regulation to assess its capacity to (i) deal with new risks created by technology solutions and (ii) ensure regulation is proportionate and not creating unnecessary barriers to (digital) innovation; The desirability of different modes of regulation for technology solutions (e.g. platform - rather than adviser-based regulation); The importance of*

No futuro, diferentes posturas determinarão diferentes horizontes. Nesse sentido, as jurisdições que melhor conciliarem as normas do mercado jurídico aos fenômenos da atualidade conseguirão melhor aproveitar inovações tecnológicas e se prepararem para rupturas. Caso contrário, antes mesmo que os reguladores possam reagir, a tecnologia poderá já ter transformado práticas, costumes e divisões de trabalho entre advogados, de dentro para fora, ressignificando atividades e tarefas que podem simplesmente passar a ser consideradas, por eles próprios, não jurídicas.

É relevante, dessa forma, que advogados e reguladores desde logo se abram para a realidade de disrupção tecnológica, que já é fato em outros mercados e setores, para assim pensarem o futuro da profissão em contexto social mais amplo[76].

A permeabilidade da sociedade contemporânea à tecnologia recobra não apenas sensibilidade da regulação, mas a revisitação de dogmas, conceitos e costumes, por meio dos canais democráticos adequados. É necessária, nesse sentido, atenção com barreiras regulatórias por vezes mantidas por força de normas que hoje estão descompassadas com os próprios interesses que justificaram sua edição.

A história do Vale do Silício é emblemático exemplo de que avanços tecnológicos transformadores e disruptivos dependem de contexto regulatório favorável. Chander, a esse respeito, traz inclusive a ideia contraintuitiva de que não foi a regulação de direitos de propriedade intelectual que deu condições ao sucesso ao mercado californiano. Foi, antes, a compreensão do Poder Público sobre a relevância do segmento de tecnologia em ascensão e a intenção de fornecer os necessários incentivos[77].

Certamente, se considerável parte das ferramentas tecnológicas mais disruptivas

---

setting information governance and technology standards for law practices – e.g. in respect to interoperability, data portability, data standards, and 'FAT'34F35 standards for AI-based tools; The encouragement of 'regulatory conversations' (Black 2002) around innovation, and the creation of safe innovation spaces, e.g., through so-called 'safe harbour' regulation or regulatory sandboxes (Allen 2019; Hook 2019:43–44)". (*in* WEBB, Julian. Legal Technology: The Great Disruption? University of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 897, 2020, p. 14)

76. SUSSKIND, Richard E. *Tomorrow Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press. Kindle Edition, 2017.

77. CHANDER, Anupam. *How Law Made Silicon Valley.* Emory Law Journal. Atlanta: Emory University School of Law. v. 63, n. 03, p. 639-694, 2014.

na atualidade é originada do Vale do Silício, não foi em contexto de amarras regulatórias excessivas e de interpretações judiciais demasiadamente restritivas que esse sucesso se deu.

É também de Chander o alerta no sentido de que "*governos têm o poder de habilitar ou desativar uma nova indústria*"[78].

Ademais, o avançar apressado da tecnologia levará reguladores e advogados a repensarem quais são suas funções verdadeiramente essenciais, quais serviços deverão realmente executar diretamente e cobrar de seus clientes e quais poderão ser delegados às máquinas, em nova dinâmica de serviços e preços. Inclusive, as barreiras da regulação da profissão para a tecnologia, num cenário de redefinição de funções e papéis, seriam menores, ao passo que cuidariam mais concentradamente das funções inerentes e indissociáveis do advogado enquanto ser humano.

Por fim, serão igualmente necessárias reflexões sobre como a regulação da advocacia deverá sopesar avanços tecnológicos com outros interesses envolvidos, considerando, a título exemplificativo, a possibilidade de agravamento de desigualdades entre profissionais que tenham maior ou menor acesso a inovações tecnológicas, bem como a problemática da exclusão digital e do acesso à justiça, considerando-se que grande parte da população nem sequer possui acesso à internet, por exemplo.

Sobretudo em países em que desigualdades sociais são mais acentuadas, como é o caso do Brasil, será preciso assegurar que a transformações tecnológicas promovam acesso e oportunidades e não agravem desigualdades, evitando-se, como alerta Chander que disrupção não se transforme em distopia[79].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se, de um lado, o caso OAB vs. Liberfly ilustra cenário de possível rigor quanto a inovações tecnológicas que ameacem o monopólio da advocacia, do outro, o caso americano Lola v. Skadden evidencia como o simples não enquadramento de

78. CHANDER, Anupam. *How Law Made Silicon Valley.* Emory Law Journal. Atlanta: Emory University School of Law. v. 63, n. 03, p. 639-694, 2014.

79. CHANDER, Anupam. *How Law Made Silicon Valley.* Emory Law Journal. Atlanta: Emory University School of Law. v. 63, n. 03, p. 639-694, 2014.

atividades automatizadas como atividades restritivas à advocacia tem o potencial de abrir avenidas para atuação de empreendedores e desenvolvedores.

Mais relevantemente, Lola v. Skadden demonstra como as amarras da regulação da profissão nem sempre serão suficientes para conter o ingresso de avanços tecnológicos e transformações orgânicas no mercado da advocacia.

Inovação e regulação da advocacia devem conviver em simbiose. Sobretudo em tempos de constantes e profundas evoluções tecnológicas, reguladores do mercado jurídico não mais podem assumir que, dada sua importância e tradição, a profissão continuará inabalável aos efeitos cada vez mais profundos da tecnologia.

É mais que esperado que fricções entre regulação da advocacia e inovação tecnológica se intensifiquem com o ritmo acelerado de evolução dos campos tecnológicos. Nesse cenário, parece ser relevante que reguladores da profissão e intérpretes do direito desde logo abram suas perspectivas para além dos interesses restritos à classe, a partir da compreensão de que o que está em jogo não é tão somente a regulação de determinado segmento ou mercado, mas sim sob quais condições a tecnologia transformará as atividades dos operadores do direito e, em último caso, o próprio direito.

Nesse percurso de aproximação entre novas tecnologias e o mercado jurídico, tornar-se-ão necessárias revisões das normas atualmente existentes, avaliando existência de barreiras digitais indevidas e, por outro lado, considerando os riscos de tecnologias potencialmente disruptivas para o mercado jurídico e para o direito.

Seja como for, revisões e estímulos regulatórios dependerão também da consideração dos relevantes interesses tutelados pela regulação da profissão e dos possíveis efeitos negativos da tecnologia em termos de desequilíbrio de oportunidades e agravamento de desigualdades sociais.

REFERÊNCIAS

BOWER, Joseph L.; CHRISTENSEN, Clayton M. *Disruptive technologies: catching the wave*. Havard Business Review,1995.

CHRISTENSEN, Clayton M. *O dilema da inovação: Quando as novas tecnologias levam empresas ao fracasso*. M.Books Editora, 2012, p.

BROWNSWORD, Roger. *The Regulation of New Technologies in Professional Service Sectors in the United Kingdom: Key Issues and Comparative Lessons*. Legal Services Board, 2019. Disponível em

<https://www.legalservicesboard.org.uk/wp-content/uploads/2019/07/Professions-RB-Report-VfP-4-Jul-2019.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2021.

CARMAGNANI FILHO, Edison. *A extinção do advogado*. São Paulo: Dobradura Editorial, 2018.

CHANDER, Anupam. *How Law Made Silicon Valley*. Emory Law Journal. Atlanta: Emory University School of Law. v. 63, n. 03, p. 639-694, 2014.

FEIGELSON, Bruno; BECKER, Daniel e RAVAGNANI, Giovani (coord.). *O advogado do Amanhã. São Paulo*: Thomson Reuters, 2019.

HOOK, Alison. *The Use and Regulation of Technology in the Legal Sector beyond England and Wales:* Research Paper for the Legal Services Board. London: Hook Tangaza, 2019.

KOPP, Christel; LODGE, Martin. *What is regulation? An interdisciplinary concept analysis*. Regulation & Governance. Hoboken: Wiley. v. 11, n. 01, p. 01-43, Jul. 2015.

MOSES, Lyria Bennett. *How to Think about Law, Regulation and Technology: Problems with 'Technology' as a Regulatory Target, Law, Innovation and Technology*. 5:1, 1-20, DOI: 10.5235/17579961.5.1.1, 2013. Disponível em: <http://www5.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLRS/2014/30.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2021.

SCHUMPETER, J. A. *Capitalism, socialism and democracy*. New York: Harper Perennial Modern Thought, 2008.

SIMON, Michael; LINDSAY, Alvin F; SOSA, Loly; COMPARATO, Paige. *Lola v Skadden and the Automation of the Legal Profession*. 20 Yale J.L. & Tech, 2018. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjolt/vol20/iss1/5>. Acesso em: 21 ago. 2021.

SOLUM, Lawrence B. *Artificial Meaning*. Georgetown Law Faculty Publications and Other Works. 1340, 2014.

SUSSKIND, Richard E. *Expert Systems in Law: A Jurisprudential Inquiry*. Oxford: New York. Oxford University Press, 1987.

SUSSKIND, Richard E. *The Future of Law: Facing the Challenges of Information Technology*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

SUSSKIND, Richard E.; SUSSKIND, Daniel. *The Future of the Professions: How Technology Will Transform the Work of Human Experts*. Oxford: Oxford University Press, Kindle Edition, 2015.

SUSSKIND, Richard E. *Tomorrow Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford: Oxford University Press. Kindle Edition, 2017.

SUSSKIND, Richard E. *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford: Oxford University Press. Kindle Edition, 2019.

WEBB, Julian. *Legal Technology: The Great Disruption?* University of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 897, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3664476>. Acesso em: 21 ago. 2021.

COMPLIANCE NO AMBIENTE VIRTUAL

Sofia Bertolini Martinelli
Doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Advogada e consultora em compliance e proteção de dados.

Resumo: O uso crescente das redes sociais tem provocado uma expansão das preocupações de *compliance* para os diferentes comportamentos em ambiente virtual. De um lado, associações e empresas atentam-se ao cumprimento de suas normas internas, especialmente quanto às condutas em redes sociais. De outro, as plataformas on-line desenvolvem tecnologias e instrumentos de análise de conformidade em relação aos seus próprios termos de uso, gerando uma exigência de *compliance* que também lhe é vinculativa. Em ambos os casos, os *stakeholders* digitais parecem ter o potencial de desempenhar um papel distintivo em termos de *accountability*.
Palavras-chave: redes sociais; termos de uso; *compliance*.

Abstract: *The growing use of social networks has led to an expansion of compliance concerns regarding different behaviors in a virtual environment. On one hand, associations and companies focus on compliance with their internal rules, especially regarding conduct on social media. On the other hand, online platforms develop technologies and instruments to verify compliance with their own terms of use, generating a compliance requirement that is also binding for them. In both cases, digital stakeholders seem to have the potential to play an important role in terms of accountability.*
Keywords: *social media; platform terms; compliance.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Autorregulação e comportamento on-line: *compliance* extra-rede; 2. Termos de uso e comportamento on-line: *compliance* intra-rede; 3. Stakeholders e pressão on-line; Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO

O termo *compliance*, de origem anglo-saxã, por força das legislações anticorrupção e antilavagem de dinheiro, é usualmente associado aos programas de integridade previstos legalmente e essencialmente voltados a uma perspectiva criminal, no

sentido de detectar, dissuadir e prevenir a ocorrência de ilícitos[1]. Não obstante a relevância dessa vertente criminal, ao se falar em *compliance* de maneira mais ampla, tem-se que o tema diz respeito não apenas à prevenção de condutas indesejadas, mas ao próprio grau de adesão dos destinatários a regras gerais[2] e, nesse sentido, refere-se a uma noção de conformidade também a padrões éticos ou de conduta estabelecidos, que não se identificam como normas jurídicas[3].

A convivência do ordenamento jurídico com sistemas privados de caráter autorregulatório não é novidade. No cenário atual, os reguladores podem ser instituições estatais, bem como atores não estatais, forças sociais e econômicas e tecnológicas físicas ou virtuais, sendo que nenhum deles detém absoluta autoridade sobre o espaço regulado[4].

Com a crescente utilização das redes sociais e de diferentes ferramentas digitais, a autorregulação passou a enfrentar novos desafios com relação ao cumprimento de suas regras internas no ambiente das redes. Ao mesmo tempo, as políticas internas, próprias de cada plataforma, tornaram-se documentos relevantes em termos de *compliance*, funcionando como verdadeiros códigos de conduta no que tange a sua forma de utilização pelos usuários.

Dessa forma, o meio digital trouxe desafios de *compliance* tanto para as empresas e associações no que tange (1) à busca pelo cumprimento de suas regras de conduta no ambiente virtual, quanto para as próprias plataformas digitais, em especial as

---

1. Sobre o tema, ver: SAAVEDRA, Giovani. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, a. 18, n. 218. jan. 2011. SIEBER, Ulrich. Programas de compliance no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In: OLIVEIRA, Willian Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo. (Org.). *Direito Penal Econômico*: Estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 291.

2. SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica*: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 45.

3. SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

4. PARKER, Christine. The pluralization of regulation. *Theoretical inquiries in Law*, v. 9, n. 349, 2008, p. 349-350.

redes sociais, no que se refere (2) à análise de conformidade do conteúdo nelas disponibilizado relativamente às políticas e termos de uso das plataformas.

Considerando essas duas perspectivas, busca-se analisar, desde a perspectiva do *compliance*, casos reais que dizem respeito à aplicação, por empresas e associações, de normas internas privadas à conduta on-line de empresas e usuários submetidos a suas regras internas (*compliance* extra-rede), bem como situações recentes envolvendo a aplicação de seus respectivos termos de uso, pelas próprias plataformas, para avaliar a conformidade de determinados conteúdos em relação a tais políticas (*compliance* intra-rede).

Por fim, espera-se também conduzir uma análise sobre o papel do controle social, no sentido do reforço ao cumprimento de normas de conduta não jurídicas, impulsionado pela atuação de *stakeholders*, a partir de ferramentas digitais.

Para fins de uniformização da escrita e interpretação, referências feitas de maneira genérica a "empresas" ou "corporações" dirão respeito à primeira perspectiva, isto é, à aplicação de códigos de conduta internos a comportamentos on-line (*compliance* extra rede), ao passo que a menção a "plataformas" dirá respeito à segunda perspectiva (*compliance* intra-rede) ainda que, por óbvio, as plataformas também operem sob a forma de pessoas jurídicas empresárias. Além disso, o termo "autorregulação" será utilizado em sentido amplo, a fim de contemplar todo o tipo de política interna produzida por organizações não estatais e, portanto, de caráter privado.

Adicionalmente, destaca-se que o presente artigo não tem a pretensão de discorrer sobre a legitimidade dos códigos de conduta e dos termos de uso enquanto "documentos vinculantes" ou exigências para conformação de comportamentos, mas apenas apresentar um retrato jurídico daquilo que se verifica, em termos fáticos, especialmente em relação ao uso das redes sociais e, assim, levantar questões que, na prática, apresentam-se com maior sensibilidade quando falamos de *compliance* no ambiente virtual.

1. AUTORREGULAÇÃO E COMPORTAMENTO ON-LINE: *COMPLIANCE* EXTRA-REDE

Como se sabe, o conteúdo disponibilizado via internet tem capacidade infinita de replicação e compartilhamento, um fenômeno conhecido por "viralização" nas redes

sociais. Nesse sentido, um único vídeo, comentário, *twit* ou uma simples foto podem alcançar inúmeros usuários e apresentar repercussões desproporcionais em relação ao seu objetivo inicial. Não raro, especialmente em casos mais sensíveis, os funcionários são diretamente associados ao empregador, com possibilidade de gerar também danos reputacionais à empresa-empregadora.

Pensando nas consequências que a conduta de colaboradores no ambiente virtual pode ocasionar no ambiente extra-rede, uma política de mídia social se tornou uma questão relevante para os programas de *compliance* em um mundo cada vez mais conectado.

Reflexos das preocupações sobre o cumprimento de normas autorregulamentares no ambiente virtual podem ser facilmente visualizados interpretação de normas internas e na utilização dos seus tradicionais mecanismos de reforço de algumas entidades coletivas – aqui destacados a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), os diferentes Colégios e Conselhos de Medicina e o Conselho Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) – para conformação, investigação e sanção de condutas praticadas on-line por indivíduos ou empresas submetidos às suas regras.

No caso da OAB, no passado recente, a entidade autorizou o impulsionamento de postagens em redes sociais para fins de marketing jurídico e publicidade profissional, guardadas as limitações impostas pelo Estatuto da Advocacia, Regulamento Geral e, em especial, pelo Código de Ética e Disciplina no que tange, por exemplo, à divulgação de títulos acadêmicos e especialidades[5].

De forma semelhante, o Conselho Federal de Medicina também estabeleceu formalmente critérios para uso de redes sociais por médicos[6], havendo casos em que as entidades da classe também são acionadas a investigar e atuar frente ao descumprimento de suas normas internas[7] decorrentes, por exemplo, do compartilhamento nas

5. Sobre o tema, ver: <https://www.migalhas.com.br/quentes/347760/oab-libera-impulsionamento-de-postagens-em-redes-sociais>. Acesso em: 22 fev. 2022.

6. Sobre o tema, ver: <https://portal.cfm.org.br/publicidademedica/pubpropaganda4.html>; <https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=NoticiasC&id=3899>. Ambos com acesso em: 22 fev. 2022.

7. Entre os episódios recentes, cita-se o caso da médica cirurgiã teve seu registro profissional suspenso pelo Conselho Regional de Medicina após compartilhar vídeos com pele e gordura retirada

redes sociais de imagens de partes do corpo ou de pré ou pós-operatórios, de resultados de cirurgias ou procedimentos estéticos ou ainda postagens que expõem os pacientes[8].

Após diversas denúncias relativas a violações ao Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBARP) envolvendo anúncios em redes sociais, o CONAR elaborou um "Guia de Publicidade para Influenciadores Digitais"[9], com a finalidade de orientar a aplicação de suas regras previstas pelo CBARP ao conteúdo comercial em redes sociais, pelo qual estabelece, por exemplo, as ferramentas que devem ser utilizadas como forma de assegurar o cumprimento do princípio da identificação publicitária nas comunicações em redes sociais. A título exemplificativo, apenas no ano de 2020, dentre os 27 casos julgados pelo Conar relacionados à questão da identificação publicitária, ao menos 25 referem-se a publicações em redes sociais[10].

---

de pacientes durante procedimento cirúrgico. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2021/04/10/cremesp-interdita-cirurgia-que-compartilhou-videos-com-pele-e-gordura-de-pacientes-apos-operar-em-sp.ghtml>. Acesso em: 22 fev. 2022. Entre casos mais antigos, citam-se o episódio do médico radiologista que utilizava suas redes sociais para relatar casos reais de pacientes, ironizando e debochando de seu comportamento durante a realização de exames (disponível em: <https://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2014/02/medico-de-hospital-de-campinas-debocha-de-pacientes-em-rede-social.html>. Acesso em: 22 fev. 2022) e da médica que, próximo ao período eleitoral, realizou uma publicação em sua rede social declarando que perguntaria o voto de cada paciente, condicionando sua alta à sua opinião política (disponível em: <https://midiamax.uol.com.br/cotidiano/2018/dia-da-maldade-crm-ms-avalia-abrir-sindicancia-contra-medica-que-fez-postagem-polemica>. Acesso em: 23 fev. 2022).

8. A esse respeito, o CREMESP já se manifestou expressamente no sentido de que postagem de imagens de cirurgias em redes sociais infringe o Código de Ética Médica. Disponível em: <https://www.cremesp.org.br/novaHome.php?siteAcao=NoticiasC&id=3388>. Acesso em: 23 fev. 2022.

9. Disponível em: <http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2022.

10. Casos julgados pelo Conar, em 2020, relativos ao princípio da identificação publicitária em anúncios em redes sociais: 009/20 - Carolina Dieckmann e Movida - Viciada na Movida; 013/20 - B2W e Lucas Rangel - Vocês escolheram qual o melhor material escolar de 2020!!!; 281/19 - PicPay e Felipe Neto - Atenção comemorando 35 milhões de subs!; 010/20 - Ca Dantas e Foreo Brasil - Luna 3 – Foreo; 034/20 - Tata Estaniecki Cocielo e Unidas - Unidas sempre; 005/20 - P&G e Maisa Silva - Meu cronograma capilar #misturinha Pantene; 049/20 - Nutrin Group e Saulo Poncio -

Esses exemplos deixam claro que as normas internas de cada uma das entidades devem ser observadas também em relação ao comportamento on-line. Assim, embora não haja uma sobreposição perfeita entre a atividade de mídia social e as normas internas e institucionais que regem as condutas no mundo off-line, estas servem como parâmetro importante na interpretação da conformidade em ambiente virtual ou mesmo na determinação de regras específicas, próprias às interfaces on-line.

Naturalmente, nos casos em que as comunicações ocorrem por meio de contas corporativas de mídia social, por estarem revestidas de caráter institucional, entende-se que refletem um posicionamento oficial da empresa, de modo que eventuais violações a normas de conduta das respectivas associações ou entidades a que se vinculam suscitam menos questionamentos quanto aos limites de análise de conformidade em relação à autorregulação.

Por outro lado, a análise de conformidade do comportamento de funcionários em ambiente virtual relativamente às normas internas de suas empresas-empregadoras apresenta-se de maneira mais sensível, seja em razão das discussões suscitadas sobre sua suposta interrelação com outros direitos do funcionário (por exemplo, proteção contra demissão discriminatória ou liberdade de expressão na esfera particular), seja

---

Gummy Men; 062/20 - Cacau Show e Caio Castro - Vai ter páscoa sim; 094/20 - Liderança Capitalização - Tô apaixonada por essa Tele Sena Show de Prêmios Brasil, sabe por quê?; 105/20 - Hypera, Andrea Santa Rosa e Daniel Cady - Vitamina D - Addera D3; 134/20 - Nestlé, Mário Júnior e FCB - Gente, tenho que admitir. Só tem uma moça que nunca sai da minha cabeça; 139/20 - Desinchá e Rafaela Kalimann - ahhhh! Não dá nem pra acreditar nesse lançamento; 143/20 - Betânia Lácteos e Isabele Temoteo - Desafio bolo de milho da Betânia; 156/20 - Grand Cru Vinhos e Luisa Accorsi - A @grandcruvinhos está em festa e @grandcruvinhos; 157/20 - Ambev e Marcella Tranchesi - Hoje @stellaartoisbrasil me convidou pra matar um pouco da saudade e comemorar o dia dos avós; 158/20 - L'Occitane e Thassia Naves - @loccitane_br: a immortelle precieuse; 159/20 - #vogue apresenta – AUDI; 165/20 - Carrefour e Caio Cabral - Dia da cerveja - Cerveja Nauta; 174/20 - Arbor e Mayara Cardoso - @ousadiadrink 1, 2, 3; 182/20 - Ambev e Anitta - Skol beats GT; 191/20 - Ambev, Anitta, Curitibacult, Diogo Alcantara, Dudu Barros, Felipe Fontora, Halessia, Kahoemudry, Leandro Buenno e Thaisa Tadeu - Skol Beats GT; 194/20 - Pitú e Eric Land - Live Eric Land no piseiro" e "bora?? em nome da @pitu tem pra mim e tem pra t...; 195/20 - Maria Clara e JP - minha boneca maria clara pegou piolho e agora?" e outros; 202/20 - Hasbro e Hoje é dia de Marias - A Maria Clara caiu da cama - Baby alive festa surpresa; e 209/20 - Dia das Crianças Big.

pela multiplicidade de questões envolvidas a depender da matriz de riscos aplicável, tais como: proteção de informações confidenciais, considerando as possibilidades de compartilhamento de informações por meio de comunicações instantâneas como WhatsApp; questões de privacidade, no caso da coleta e uso de informações pessoais a partir de redes sociais para fins de processos seletivos de pessoal ou no momento de avaliações internas para fins de promoção de carreira; a exibição de produtos ou marcas da própria empresa ou mesmo de concorrentes em publicações e postagens pessoais; ou mesmo utilização de equipamentos da empresa para armazenamento ou compartilhamento de conteúdos sexuais ou relacionados a pornografia infantil; manifestações que possam configurar situações de assédio ou racismo[11].

Dessa forma, é importante que as empresas também contemplem em seus códigos de conduta políticas internas relativas ao uso de mídias sociais, de forma a estabelecer não apenas critérios e procedimentos próprios para determinação de condutas inaceitáveis e desconformes (bem como os eventuais remédios internos aplicáveis em caso de violações), mas também com a finalidade de antever situações em que será necessário, por exemplo, que determinado funcionário revele sua relação com a empresa ou, em sentido contrário, deixe claro que as informações por ele compartilhadas não refletem um posicionamento institucional da corporação.

Se de um lado as empresas buscam ou deveriam buscar a conformidade do comportamento on-line aos seus códigos de conduta, também as plataformas estabelecem políticas próprias, associadas ao uso de suas tecnologias, que acabam por constituir uma verdadeira "comunidade", em que os termos de uso consistem, ao menos a princípio, nos padrões de verificação da adequação do comportamento dos usuários.

2. TERMOS DE USO E COMPORTAMENTO ON-LINE: *COMPLIANCE* INTRA-REDE

No caso das plataformas, pode-se dizer que os termos de uso são o equivalente

11. Algumas situações em que manifestações nas redes sociais resultaram em demissão foram compiladas em: <https://emais.estadao.com.br/galerias/comportamento,confira-postagens-em-redes-sociais-que-resultaram-em-demissao,35905>. Acesso em: 20 fev. 2022.

aos códigos de conduta no mundo corporativo off-line, cujo descumprimento pode ensejar sanções aos usuários que vão desde a suspensão temporária da conta até seu banimento.

A título exemplificativo, no caso do YouTube, é proibido postar conteúdos pornográficos ou sexualmente explícitos. O GooglePlay, por sua vez, não permite apps que violem direitos de propriedade intelectual. O WhatsApp considera o envio de mensagens automáticas ou em massa como uma violação a seus termos de uso. O Instagram não permite que a plataforma seja utilizada para o oferecimento de serviços sexuais ou a comercialização de armas de fogo, álcool e produtos de tabaco entre pessoas físicas. O Twitter veda a propagação de discursos de ódio.

Todos esses casos estão sujeitos a sanções por violações aos termos de uso das respectivas plataformas, com situações relativamente recentes envolvendo a retirada do ar de publicações de Donald Trump do Twitter[12] e a inclusão de alertas sobre o compartilhamento de informações sobre a vacinas e a pandemia pelo Instagram[13].

Sob essa ótica, os termos de uso podem ser considerados verdadeiros contratos entre usuários e plataformas[14], razão pela qual seu descumprimento por parte da plataforma, em princípio, pode ensejar a indenização de usuários. Nesse sentido, já houve, inclusive, decisão judicial recente que obrigou uma rede social a indenizar usuários que tiveram conta inativada sem justificativa, considerando que a empresa não "*teria comprovado o acesso indevido por terceiros ou a publicação de conteúdo não permitido*"[15].

---

12. Sobre o episódio, ver: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/06/19/apos-sinalizar-manipulacao-em-post-de-trump-twitter-derruba-publicacao-com-video-editado.ghtml>. Acesso em: 02 fev. 2022.

13. Sobre o tema, ver: <https://help.instagram.com/697825587576762>. Acesso em: 02 fev. 2022.

14. Com relação à vinculatividade dos códigos de conduta para as empresas em relação aos consumidores, ver: LÓPEZ JIMÉNEZ, David; DITTMAR, Eduardo Carlos; VARGAS PORTILLO, Jenny Patricia. New Directions in Corporate Social Responsibility and Ethics: Codes of Conduct in the Digital Environment. *Journal of Business Ethics*, 2021.

15. Cf. <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/rede-social-tera-que-indenizar-usuarios-que-tiveram-conta-inativada-sem-justificativa>. Acesso em: 02 fev. 2022. A decisão, contudo, ainda é passível de recurso.

Não obstante, cumpre notar que tais decisões ocorrem de maneira automatizada, por meio do uso de algoritmos e inteligências artificiais que podem implicar em um déficit de *accountability* relevante[16] no que tange a violações de direitos dos usuários e não apenas em relação à mera verificação de descumprimento dos termos de uso, mas também, por exemplo, quanto a o uso de redes sociais e a identificação de problemas de saúde mental[17], um tema que segue em pauta e cujas consequências do ponto de vista de responsabilidade social corporativa[18] e *algorithm design* permanecem incertas do ponto de vista de responsabilização.

Além disso, os desafios em temos de *compliance* intra-rede – e em relação a diversas questões relacionadas a responsabilidade social corporativa – perpassam também por temas de interesse público, como o papel das plataformas com relação ao envio de *fake news*[19], mensagens em massa, seja do ponto de vista da circulação de notícias falsas[20], seja até mesmo de questões envolvendo o financiamento privado de campanhas eleitorais[21].

---

16. Sobre o tema da má conduta de algoritmo e inteligência artificial, ver: DIAMANTIS, Mihailis. The Extended Corporate Mind: When Corporations Use AI to Break the Law. *North Carolina Law Review,* v. 98, n. 4, p. 893, 2020. Recomenda-se, ainda, a apresentação do Prof. Mihailis Diamantis para a série de Webinars do Business & Human Rights Working Group (B&RH), disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=BGmhCZjY9P8>. Acesso em: 27 fev. 2022.

17. Sobre a questão, ver: NESI, Jacqueline. The Impact of Social Media on Youth Mental Health: Challenges and Opportunities. *North Carolina Medical Journal*, v. 81, n. 2, p. 116–121, 2020; BRAGHIERI, Luca; LEVY, Roee; MAKARIN, Alexey. Social Media and Mental Health. *SSRN Electronic Journal*, 2021.

18. Para uma perspectiva geral sobre o tema da CSR, ver: O'ROURKE, Anastasia. A new politics of engagement: shareholder activism for corporate social responsibility. *Business Strategy and the Environment*, v. 12, n. 4, p. 227–239, 2003.

19. Uma questão recente: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2022/02/28/fundador-do-telegram-pede-que-usuarios-desconfiem-de-informacoes-distribuidas-por-meio-do-aplicativo.ghtml>

20. Sobre o tema, ver: <https://www.metropoles.com/brasil/telegram-nao-e-o-unico-facilitador-de-fake-news-dizem-especialistas>.

21. A questão foi objeto de discussões envolvendo o cenário eleitoral brasileiro de 2018. Cf. <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/18/politica/1560864965_530788.html>. Acesso em: 28 fev. 2022.

De outro lado, a possibilidade de alterações unilaterais dos termos de uso das plataformas provoca dificuldades interpretativas e práticas do ponto de vista de verificação de conformidade, com exemplo bastante recente da alteração, pelo Facebook, de sua política de Indivíduos e Organizações Perigosas para permitir elogios ao Batalhão de Azov (inicialmente classificado como um grupo perigoso) "*quando o elogio for explícita e exclusivamente sobre seu papel na defesa da Ucrânia OU sobre seu papel como parte da Guarda Nacional da Ucrânia*"[22].

Acompanhando o protagonismo das plataformas na disseminação de informações e na crescente promoção de interações on-line, as redes sociais foram e têm sido pressionadas a se posicionar sobre e apresentar soluções para questões relevantes ou de grande repercussão.

3. *STAKEHOLDERS* E PRESSÃO ON-LINE

Alguns casos recentes ilustram a pressão exercida por *stakeholders* em relação às condutas de empresas e plataformas, especialmente quanto ao financiamento de projetos ou pessoas que ostentem discursos violadores de suas políticas internas.

Nesse sentido, menciona-se um evento recente envolvendo o Spotify e o apresentador de um dos podcasts de maior audiência na plataforma, "The Joe Rogan Experience", acusado de espalhar notícias falsas sobre o coronavírus e escrutinizado por utilizar insultos raciais na condução de seu programa.

A plataforma foi instada a se posicionar sobre o fato e a demora na gestão da crise desencadeou boicotes por artistas como Neil Young, Joni Mitchell, Dave Crosby e Stephen Stills que solicitaram a retirada de suas músicas da plataforma de streaming.

Em gestão de crise à tensão provocada pelas declarações do apresentador, o Spotify apenas removeu alguns dos episódios do *podcast* (cerca de 113, em um espaço amostral de mais de 1700 episódios)[23], sem cancelar o programa, divulgou suas regras

22. Cf. <https://theintercept.com/2022/02/25/facebook-neonazistas-da-ucrania-contra-russia/?utm_campaign=later-linkinbio-theinterceptbrasil&utm_content=later-24896412&utm_medium=social&utm_source=linkin.bio>. Acesso em: 28 fev. 2022.

23. Cf. <https://forbes.com.br/forbes-tech/2022/02/spotify-tira-do-ar-113-episodios-do-podcast-de-joe-rogan/>. Acesso em: 27 fev. 2022.

internas sobre a remoção de conteúdo de áudio e adicionou um aviso (semelhante ao já adotado pelo Instagram) aos episódios em que se discutam temas relacionados à pandemia. A plataforma também investiu US$ 100 milhões em conteúdo de áudio de "grupos historicamente marginalizados". Ao não cortar os laços com Rogan, o Spotify enfrenta uma pressão crescente para adotar uma postura mais forte sobre os *podcasts* que hospeda.[24]

No Brasil, também existiram movimentos de pressão on-line recentes para exigir o posicionamento de empresas frente à conduta em meio virtual de indivíduos a ela associados, a exemplo do desligamento de Rodrigo Constantino do Grupo Record[25], da Rádio Guaíba e do Correio do Povo[26], onde trabalhava como comentarista após comentários sobre estupro. O jornalista chegou a ser demitido da Jovem Pan, mas foi recontratado pela empresa para figurar em um outro programa[27].

De modo mais sistemático e organizado, movimento *Sleeping Giants* tem atuado como *stakeholders*, exercendo pressão contra a diversas empresas quanto ao papel destas no financiamento de sites que propagam notícias falsas e discurso de ódio. Embora atraia discursos contrários e favoráveis, o fato é que o movimento gera uma exposição da empresa anunciante quanto ao endosso ou não do discurso ao qual sua publicidade se vincula, fazendo com que, em diversos casos, agências e anunciantes analisem sua atuação nas plataformas de mídia programática para reverem os veículos onde exibem seus anúncios de forma automatizada[28]. Naturalmente, nem todas as empresas expostas e questionadas pelo *Sleeping Giants* se manifestam sobre o fato

24. Para mais informações sobre o caso, ver: <https://time.com/6147548/spotify-joe-rogan-controversy-isnt-over/>. Acesso em: 27 fev. 2022.

25. Cf. <https://recordtv.r7.com/grupo-record-informa-o-desligamento-de-rodrigo-constantino-05112020>. Acesso em: 22 fev. 2022.

26. Cf. <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2020/11/4886938-constantino-e-demitido-do-jornal-correio-do-povo-e-da-radio-guaiba.html>. Acesso em: 20 fev. 2022.

27. Cf. <https://istoe.com.br/apos-demissao-polemica-rodrigo-constantino-e-recontratado-pela-jovem-pan/>. Acesso em: 20 fev. 2022.

28. Cf. <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-05-20/movimento-expoe-empresas-do-brasil-que-financiam-via-publicidade-sites-de-extrema-direita-e-que-propagam-noticias-falsas.html>. Acesso em: 20 fev. 2022.

ou adotam qualquer medida para a retirada dos anúncios.

Dessa forma, o ambiente virtual, ainda que de forma incipiente, pode proporcionar instrumentos por meio dos quais, a contrário senso, os *stakeholders* buscam que as próprias empresas e plataformas atuem em conformidade com seus códigos de conduta e termos de uso.

CONCLUSÕES

Em uma sociedade cada vez mais informatizada, é notório que o *compliance* no ambiente virtual se torna cada vez mais relevante. No que tange ao *compliance* extra-rede, a despeito de não haver uma sobreposição completa entre a autorregulação e a atividade nas redes sociais, nota-se que as normas internas constituem parâmetro de interpretação da conformidade em ambiente virtual de ou mesmo na determinação de regras específicas, próprias às interfaces on-line. Em termos de *compliance*, a criação de políticas específicas de mídias sociais também pode contribuir para a análise de conformidade do comportamento de funcionários em ambiente virtual relativamente às normas internas de suas empresas-empregadoras, estabelecendo parâmetros mais concretos quanto às condutas esperadas nesse contexto. Com relação ao *compliance* intra-rede, os termos de uso constituem o principal documento para verificação de adequação da conduta do usuário no âmbito de cada plataforma. Ao mesmo tempo, contudo, eles devem ser compreendidos como uma via de mão dupla, no sentido de vincular a própria conduta da plataforma não apenas para análise de eventuais inconformidades por parte de usuários, mas também para fins de apuração de incongruências em termos de responsabilidade social corporativa. É dizer, espera-se que a plataforma ou a empresa adote posicionamentos que estejam alinhados às normas aplicáveis a seus usuários. Nesse sentido, abre-se espaço à atuação *stakeholders* para um (ainda pouco explorado e especulativo) incremento de medidas de *accountability*.

REFERÊNCIAS

BRAGHIERI, Luca; LEVY, Roee; MAKARIN, Alexey. Social Media and Mental Health. *SSRN Electronic Journal*, 2021. Disponível em: <https://www.ssrn.com/abstract=3919760>. Acesso em: 19 fev. 2022.

DIAMANTIS, Mihailis. The Extended Corporate Mind: When Corporations Use AI to Break the Law. *North Carolina Law Review,* v. 98, n. 4, p. 893, 2020. Disponível em: <https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol98/iss4/6>.

LÓPEZ JIMÉNEZ, David; DITTMAR, Eduardo Carlos; VARGAS PORTILLO, Jenny Patricia. New Directions in Corporate Social Responsibility and Ethics: Codes of Conduct in the Digital Environment. *Journal of Business Ethics*, 2021, Disponível em: <http://link.springer.com/10.1007/s10551-021-04753-z>. Acesso em: 28 fev. 2022.

NESI, Jacqueline. The Impact of Social Media on Youth Mental Health: Challenges and Opportunities. *North Carolina Medical Journal*, v. 81, n. 2, p. 116–121, 2020. Disponível em: <http://www.ncmedicaljournal.com/lookup/doi/10.18043/ncm.81.2.116>. Acesso em: 20 fev. 2022.

O'ROURKE, Anastasia. A new politics of engagement: shareholder activism for corporate social responsibility. *Business Strategy and the Environment*, v. 12, n. 4, p. 227–239, 2003. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/bse.364>. Acesso em: 1º mar. 2022.

PARKER, Christine. The pluralization of regulation. *Theoretical inquiries in Law*, v. 9, n. 349, 2008.

SAAVEDRA, Giovani. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, a. 18, n. 218. jan. 2011.

SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica*: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016.

SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIEBER, Ulrich. Programas de compliance no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. In: OLIVEIRA, Willian Terra de; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra; SAAD-DINIZ, Eduardo. (Org.). *Direito Penal Econômico*: Estudos em homenagem aos 75 anos do professor Klaus Tiedemann. São Paulo: LiberArs, 2013.