



O Livro de Direito Digital do Anteprojeto do Código Civil, ou a displicência legislativa como regra* (Parte II)

Márcia Santana Fernandes**

No volume anterior deste Boletim, aponte problemas na elaboração de Livro Do Direito Digital que se pretende ver acrescido ao Código Civil, destacando sua inoportunidade, inadequação e a atecnia da linguagem empregada, especialmente quanto aos termos “direito digital”, “situações jurídicas digitais”, “ambiente digital” e “identidade digital”¹. No texto que ora segue, continuo esse exame, sublinhando os retrocessos – notadamente em relação à disciplina dos Direitos de Personalidade – em como o texto se mostra como um “novo irrefletido”, que parece querer se afirmar à força de repetições.

2- Do retrocesso: a restrição aos direitos de personalidade

No campo dos Direitos de Personalidade, o Anteprojeto, ao apresentar o Livro Do Civil Direito Digital, não só se equivoca quanto à natureza desse direito como altera o método consagrado para sua regulação.

Os direitos de personalidade são direitos personalíssimos, inerentes à personalidade humana para garantir o livre desenvolvimento, em qualquer ambiente (físico ou virtual) e em todas as suas dimensões existenciais (física, mental, moral e psicológica). Mota Pinto, na esteira de juristas do porte de Gierke, Gareis e Kohler², precursores no estudo dos direitos de

* FERNANDES, Márcia S. *O Livro de Direito Digital do Anteprojeto do Código Civil, ou a displicência legislativa como regra* In: MARTINS-COSTA, Judith; MARTINS, Fábio; CRAVEIRO, Mariana; XAVIER, Rafael (Orgs.). *Boletim IDiP-IEC*. Vol. XXXIII, Canela-São Paulo, Publicado em 25.09.2024. Disponível em: <https://canalarbitragem.com.br/xxxiii-boletim-idip-iec/o-livro-de-direito-digital-parte-ii/>

** Doutora em Direito pela UFRGS. Professora e coordenadora adjunta do Mestrado Profissional em Pesquisa Clínica, Hospital de Clínicas de Porto Alegre (MPPC/HCPA). Pesquisadora em Pós-Doutorado no Observatório de Propriedade Intelectual, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Membro associada do IEC. Advogada.

¹ FERNANDES, Márcia. *O Livro de Direito Digital do Anteprojeto do Código Civil, ou a displicência legislativa como regra*. In: MARTINS-COSTA, Judith; MARTINS, Fábio; CRAVEIRO, Mariana; XAVIER, Rafael (Orgs.). *Boletim IDiP-IEC*. Vol. XXXII, Canela-São Paulo. Publicado em 18.09.2024. Disponível em: <https://canalarbitragem.com.br/xxxii-boletim-idip-iec/o-livro-de-direito-digital/>

² Gierke, Gareis e Kohler “inventores” dos direitos gerais de personalidade, postularam que os direitos de personalidade estão relacionados ao desenvolvimento das pessoas individualmente, entre eles: os direitos das pessoas ao seu corpo, a sua vida, a liberdade, a honra, a posição social, a atividade livre, a liberdade das pessoas naturais cuidarem de seus próprios interesses; a liberdade para a atividade comercial, ao nome, as marcas e a propriedade intelectual. STRÖMHOLM. *Right of privacy and rights of the personality: a comparative survey*. Stockholm: Norstedt & Söners Förlag, 1967, pp. 25, 28.



personalidade, define-os como aqueles *que têm como objeto a personalidade humana em todas as suas manifestações, atuais e futuras; previsíveis e imprevisíveis.*³

O texto do Anteprojeto parece ignorar, no entanto, a natureza dos direitos de personalidade, quando prescreve: “*a tutela dos direitos de personalidade alcança outros direitos e deveres que surjam do processo tecnológico*” e “*a tutela dos direitos de personalidade, como salvaguarda da dignidade humana.*”⁴

Ora, os direitos de personalidade, por natureza, são direitos incidentes nas relações jurídicas privadas e protegidos não apenas no Código Civil brasileiro ou em outras leis, mas também, constitucionalmente, por via de direitos fundamentais e de direitos humanos – todos enucleados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Na verdade, a dignidade humana é o fundamento e a razão para o reconhecimento dos direitos de personalidade e não o inverso, como sugere o Livro. Nesta perspectiva, esses textos normativos devem atuar, por vezes, complementarmente, apesar dos seus diferentes níveis de atuação e de categorização jurídica.⁵

O Livro reduz em sua proposição os direitos de personalidade, talvez por descuido técnico, talvez por falta de percepção do valor sistemático e dos ingredientes básicos à elaboração de um Código: a coerência, a objetividade e a integração sistemática, o emprego de linguagem técnica precisa e uníssona. Além disso, perde a oportunidade de positivizar, na Parte Geral, o princípio do livre desenvolvimento de personalidade⁶, p. ex. no artigo 11, *locus* que seria mais adequado para indicá-lo, ao invés do local escolhido – quinto artigo do Capítulo I, inciso VII, no Livro específico de Direito Digital.⁷

³ MOTA PINTO, Paulo. *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Gestlegal, 2018, p.27.

⁴ “*Art. . A tutela dos direitos de personalidade, como salvaguarda da dignidade humana, alcança outros direitos e deveres que surjam do progresso tecnológico, impondo aos intérpretes dos fatos que ocorram no ambiente digital atenção constante para as novas dimensões jurídicas deste avanço.*”

⁵ CACHAPUZ, Maria Claudia. *Intimidade e vida privada no Código Civil Brasileiro – uma leitura orientada no Discurso Jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 201-217

⁶ “*O desenvolvimento da personalidade livre ou completo, protegido por esse direito, é, na realidade, como se salienta na doutrina constitucional, “a designação geral encontrada tardiamente para a autonomia do indivíduo que é garantida para área de proteção específicas nos direitos de liberdade especiais”, constituindo assim, fundamento para o direito geral de liberdade.*” MOTA PINTO, Paulo. *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Gestlegal, 2018, p.11. Na obra ver também: pp. 19 - 72.

⁷ É importante destacar que este princípio é expressamente reconhecido pela LGPD, artigo 2º, inciso VII.



Ainda, em contrassenso, restringe os direitos de personalidade, quando estabelece, como método, um rol de direitos, por exemplo, quando determina que: “*Os neurodireitos são parte indissociável da personalidade*”.⁸

Estabelecer um rol ou catálogo para garantir e potencializar os direitos de personalidade vai na contramão da melhor técnica para sua regulação; cuja disciplina legislativa se há de dar por via de construções textuais abertas, como posta pelo Código Civil. Construções textuais abertas possibilitam, por meio da interpretação, que os casos concretos recebam a melhor solução, de modo adaptado às situações jurídicas correspondentes, considerando a complexidade das relações interpessoais e das relações pessoais com o Estado.⁹ Permitem, igualmente, solucionar os desafios agregados pelas inovações tecnológicas, em particular as tecnologias de informação e comunicação, *Big Data e Internet*.¹⁰

É de perguntar ainda, em vista do mesmo enunciado, sobre a tutela dos direitos de personalidade, o que se pretende ao afirmar a necessidade (ou dever?) de “*atenção constante para as novas dimensões*”?¹¹ O que significa essa expressão? Quais são as medidas de precaução indicadas? Talvez a menção tenha sido apenas um alerta, uma vaga recomendação, sem caracterizar comando jurídico.

E o desafio persiste: como garantir proteção aos direitos de personalidade, intrínsecos a todos os seres humanos, para garantir seu pleno desenvolvimento em um ambiente de *algoritmos inteligentes*, de dados e informações em volume maciço circulantes nas redes, acessíveis via tecnologias de informação e comunicação?

⁸ “Art. . *Os neurodireitos são parte indissociável da personalidade e recebem a mesma proteção desta, não podendo ser transmitidos, renunciados ou limitados.*”

⁹ CACHAPUZ, Maria Claudia. Intimidade e vida privada no Código Civil Brasileiro – uma leitura orientada no Discurso Jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 201-217

¹⁰ FERNANDES, Márcia S. *Privacidade, sociedade da informação e Big Data*. In: Benetti, G. Corrêa, A. R.; Fernandes, M. S.; Nitschke, C. M.; Pargendler, M. e Varela, L. B. (Orgs). *Direito, Cultura, Método – Leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2019, p. 182-210.

¹¹ Ver texto do artigo do Anteprojeto na íntegra, transcrito na nota 4, *supra*.



3- Do voluntarismo: a imposição do “novo” irrefletido e as repetições

O Livro do Direito Digital, já repleto de inconsistências, também incorpora expressões e teses sem consenso teórico-dogmático, sem familiaridade no seu emprego, sem reconhecimento doutrinário e sem consolidação jurisprudencial. Assim, o texto estabelece seus próprios fundamentos e expressões, tais como, “*privacidade mental*”, “*liberdade cognitiva*” ou “*neurodireitos*”.

O artigo que prevê tais expressões, apesar de longo e confuso, deve ser referido na íntegra, para demonstrar, na forma e na substância, sua imperícia:

*“Art. . São fundamentos da disciplina denominada direito civil digital:
I - o respeito à privacidade, à proteção de dados pessoais e patrimoniais, bem como à autodeterminação informativa;
II - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
III - a inviolabilidade da intimidade, da honra, da vida privada e da imagem da pessoa;
IV - o desenvolvimento e a inovação econômicos, científicos e tecnológicos, assegurando a integridade e a privacidade mental, a liberdade cognitiva, o acesso justo, a proteção contra práticas discriminatórias e a transparência algorítmica;
V - a livre iniciativa e a livre concorrência;
VI - a inclusão social, promoção da igualdade e da acessibilidade digital; e
VII - o efetivo respeito aos direitos humanos, ao livre desenvolvimento da personalidade e dignidade das pessoas e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.”*

A título de exemplo e para análise: o que seria “*privacidade mental*”, indicada no inciso IV? Essa é distinta da privacidade indicada no inciso I?

A princípio, ao qualificar “*privacidade mental*”, o texto restringe e confunde o conceito de privacidade, já alargado como direito fundamental e de personalidade, direito subjetivo, inerente a todos os aspectos da personalidade humana – físico, moral, psicológico (que seria também mental). Esta escolha retrocede os avanços proporcionados pela interpretação dogmática e jurisprudencial do artigo 21 do Código Civil brasileiro, cláusula geral, que torna possível a concretização legislativa de um direito geral de personalidade voltado à regulação específica das relações jurídico-privadas.¹²

¹² “O artigo 21 do Código Civil brasileiro trabalha com o direito fundamental à intimidade e à vida privada, no âmbito das relações privadas, como efetivo direito subjetivo. Antes de promover, como cláusula geral, uma conexão das situações jurídicas do âmbito privado à proteção prevista no art. 5º, inc. X da Constituição



Por sua vez, se há “*liberdade cognitiva*”, haverá também liberdade não cognitiva? Como relacionar esta com o direito fundamental e geral à liberdade? As qualificações e categorizações inerentes ao Direito devem ser cuidadosas e seu sentido deve ser explicativo – o que não ocorre no caso do Livro.

Expressões e noções, tais como, “*privacidade mental*” e “*liberdade cognitiva*”, introduzidas via estudos da área de Neurociência, não têm consenso científico em nenhuma área, nem na Medicina, nem na Psicologia e, muito menos, no Direito. Observa-se que tais expressões, talvez, tenham sido introduzidas no texto com o ímpeto de inovar, mas sem nenhuma discussão ou amadurecimento prévio.

O Anteprojeto, talvez de forma voluntariosa, utiliza os chamados “*novos direitos e novas liberdades*” no sentido proposto por alguns autores da Neurociência. Entre esses, refiro Nita Farahany, que, em 2012, defendeu o conceito de “*liberdade cognitiva*” como “*autodeterminação mental*”, ou como a não interferência nos processos mentais dos humanos; ou como a possibilidade de desligamento de algoritmos utilizados em programas de inteligência artificial.¹³ Será que foi esse o conceito pretendido?

A resposta não se tem como saber. O fato é que teorias incipientes e sem nenhum consenso nos planos nacional ou internacional não podem ser introduzidas num Código Civil – lei destinada à estabilidade – como conceitos consolidados e absorvidos. A utilização de expressões e de proposições conceituais desconhecidas ou incertas, sem qualquer critério jurídico, desprovidas de consolidação científica, epistemológica e jurídica e desgarradas de qualquer tradição, é geradora de insegurança jurídica em seu máximo grau.

Na linha do “novo” sem fundamento, o Livro do Direito Digital, na sequência, introduz os “*neurodireitos*”. Afirma-se, no Capítulo II:

“Art. . Os neurodireitos são parte indissociável da personalidade e recebem a mesma proteção desta, não podendo ser transmitidos, renunciados ou limitados.

Federal, o artigo 21 estrutura de forma específica às relações privadas entre privados, a tutela da esfera privada de todo o indivíduo, a fim de garantir, para a pessoa e na sua relação em sociedade com os demais, o mesmo tratamento jurídico de proteção assegurado constitucionalmente nas relações entre o cidadão e o Estado.” CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no Código Civil Brasileiro – uma leitura orientada no Discurso Jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 207.

¹³ FARAHANY, Nita A. *Incriminating thoughts*. Stanford Law Rev [Internet]. 64 (351–408), 2012. Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5321&context=faculty_scholarship



§ 1o São considerados neurodireitos as proteções que visam preservar a privacidade mental, a identidade pessoal, o livre arbítrio, o acesso justo à ampliação ou melhoria cerebral, a integridade mental e a proteção contra vieses, das pessoas naturais, a partir da utilização de neurotecnologias.

§ 2o São garantidos a toda pessoa natural os seguintes neurodireitos: (...)

A exemplo de outros “novos direitos e liberdades” (“*liberdade cognitiva*”; “*privacidade mental*”; “*direito à integridade mental*”, etc.) referidos no Livro, a expressão “*neurodireitos*” aparece como uma inovação, assim reconhecida pela própria Comissão Elaboradora.¹⁴

Realmente, trata-se do “novo” no sentido literal desta palavra, *de ter sido feito recentemente, de não ter sido experimentado, de ainda não ter servido ou de ser desconhecido*. E, assim, o é, pois o termo “*neurodireito*” foi proposto apenas há sete anos, em 2017, por Marcello Lenca e Roberto Andorno no artigo intitulado *Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology*.¹⁵ No mesmo ano, a publicação de Rafael Yuste e co-autores, *Four ethical priorities for neurotechnologies and AI*, também tratou do termo.¹⁶

Lenca e Andorno conectam este suposto direito com os direitos humanos, sem propriamente conceituar, densificar a expressão.¹⁷ Parece mais ser o lançamento de uma ideia, pautada em concepções e argumentos preliminares, de contornos ainda imprecisos. Na mesma medida, a publicação de Rafael Yuste e co-autores, na área da biologia e da medicina, abordam o tema fazendo uso de um cenário hipotético.¹⁸ Os “*neurodireitos*” são reconhecidos, pelos próprios inventores dessa expressão, como sendo “novos”, “hipotéticos” e quase ficcionais.

¹⁴ SENADO NOTÍCIAS. Juristas concluem anteprojeto de código civil; direito digital e de família têm inovações. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/04/05/juristas-concluem-anteprojeto-de-codigo-civil-direito-digital-e-familia-tem-inovacoes>.

¹⁵ LENCA, Marcello e ANDORNO, Roberto. *Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology*. *Life Sci Soc Policy* 13, 5 (2017). <https://doi.org/10.1186/s40504-017-0050-1>. Neste texto os autores igualmente mencionam a chamada “liberdade cognitiva” e a “privacidade mental” como integrante da concepção de “neurodireitos”.

¹⁶ YUSTE, R., GOERING, S., ARCAS, B. *et al.* Four ethical priorities for neurotechnologies and AI. *Nature* 551, p. 159–163, 2017. <https://doi.org/10.1038/551159a>

¹⁷ LENCA, Marcello e ANDORNO, Roberto. Op. Cit.

¹⁸ YUSTE, R., GOERING, S., ARCAS, B. Op. Cit.



Como se pode observar, o Livro aprecia “o novo”: conceitos, regras e teorias incipientes e desconhecidas, carentes de discussão jurídica, não testadas, sem amparo na doutrina, na jurisprudência ou na tradição. Tudo ao inverso do que deve ser um Código Civil. Portanto, é uma temeridade tais “*novos direitos e novas liberdades*” servirem para balizar qualquer regulação, em particular um Código Civil.

Além de adotar as invenções e de mostrar a empolgação com o “novo”, seguindo o padrão de confusão metodológica e sistemática, o Livro repete regras e princípios, alguns já previstos na Constituição, em legislações especiais e no próprio Código Civil. Afronta os comandos da Lei Complementar 95/1988, em particular o do artigo 11, que determina que as disposições normativas devem ser redigidas com clareza, precisão e ordem lógica.

Nos Capítulos I e II, o texto do Anteprojeto repete que os documentos e os tratados internacionais devem ser observados no País. Esta é outra regra redundante e inútil, pois ecoa regra de direito constitucional há muito consolidada. É regra expressa na Constituição Federal, no capítulo I, dos direitos fundamentais, artigo 5º, §§ 2º e 3º, a inclusão de direitos e garantias originadas de tratados e convenções nos quais o país é parte e está previsto no artigo 84 que os tratados internacionais aderidos e ratificados pelo Brasil ingressam no ordenamento jurídico pátrio.¹⁹

No último tópico a ser ora abordado, na introdução do Capítulo VII, referente à inteligência artificial, o Anteprojeto se alvoroça a regular esse tema novíssimo, ignorando quer as leis especiais existentes e em tramitação, quer as incertezas e as discussões que estão sendo travadas no País e no mundo no que concerne ao alcance, aos princípios e aos aspectos centrais para atingir a sua adequada regulamentação. Toda codificação é uma fixação, enrijece, solidifica. Como enrijecer o que está em plena formação e desenvolvimento, ou seja, que está em constante mudança e mudando a sua própria forma de mudar?

As repetições, prolixidades, adjetivações e uso de terminologia leiga, sem nenhuma precisão técnica ou conexão com conceitos jurídicos consolidados, são evidenciadas ao longo do texto e são fatores que geram insegurança jurídica e inutilidade das proposições,

¹⁹ O trâmite para internalização de tratados e convenções internacionais poderá ser no formato simplificado, modelo denominado de acordo-executivo [quando o tratado dispensa a aprovação pelo poder Legislativo] ou multifásico, quando o tratado deva receber a aprovação do Congresso Nacional.



estraçalhando a unidade conceitual, que é um dos pressupostos para o Código se apresentar como um sistema.

Conclusão

O Livro complementar ao Anteprojeto “Do Direito Civil Digital” é experimento disforme e inseguro, evidenciando a displicência em sua elaboração e proposição. O Livro não respeita o padrão culto da língua portuguesa, não sendo redigido de forma clara, concisa e técnica. Ao contrário, provoca confusão de ordem conceitual, teleológica e principiológica danosa à segurança jurídica.

Por fim, muitos outros apontamentos poderiam ser feitos, de ordem formal e substancial, mas encerro este texto com as palavras sábias de Stefano Rodotà, um dos pioneiros no estudo jurídico concernente aos impactos para o Direito das tecnologias de informação e comunicação, da internet e da sociedade da informação.

“A maturidade de uma reforma, de fato, não se pode mensurar jamais apenas a partir do corpo de propostas técnicas que se esteja em condições de aprontar, mas sim a partir da renovação que a cultura jurídica logrou promover ante as ideias expressas nos textos carentes de revisão.”²⁰

²⁰ RODOTÀ, Stefano. *Ideologias e técnicas da reforma do direito civil*. *Revista Eletrônica de Direito Civil. Civillistica.com*, texto traduzido por Eduardo Nunes de Souza; V. 13. n. 1. 2024. Disponível em: <https://civillistica.emnuvens.com.br/redc/issue/archive>.