

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA - IDP
ESCOLA DE DIREITO DO BRASIL – EDIRB
MESTRADO PROFISSIONAL INTERDISCIPLINAR EM DIREITO, JUSTIÇA E
DESENVOLVIMENTO

JOHNNY ESTEFANO RAMOS LIEVORI

**ANÁLISE DA REVERSÃO DE DADOS ANONIMIZADOS VIA PRODUÇÃO
ANTECIPADA DE PROVAS**

SÃO PAULO

2020

JOHNNY ESTEFANO RAMOS LIEVORI

**ANÁLISE DA REVERSÃO DE DADOS ANONIMIZADOS VIA PRODUÇÃO
ANTECIPADA DE PROVAS**

Dissertação de Mestrado desenvolvida
sob a orientação do Professor Doutor
Danilo Cesar Maganhoto Doneda,
apresentado para obtenção do Título de
Mestre em Direito, Justiça e
Desenvolvimento.

SÃO PAULO

2020

JOHNNY ESTEFANO RAMOS LIEVORI

**ANÁLISE DA REVERSÃO DE DADOS ANONIMIZADOS VIA PRODUÇÃO
ANTECIPADA DE PROVAS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento.

São Paulo - SP, 16 de dezembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Danilo Cesar Maganhoto Doneda
Orientador – IDP-SP

Prof. Dr. Flávio Henriques Unes Pereira
Membro Interno – IDP-SP

Prof.^a Dr. Thiago Figueiredo Gonçalves
Membro Externo – UFES

Dedico este trabalho ao Senhor Jesus Cristo, “porque dele, e por ele, e para ele, são todas as coisas; glória pois a ele eternamente. Amém”.

Bíblia Sagrada. Rm 11.36.

AGRADECIMENTOS

A Deus, de quem sou eterno devedor, “infinita perfeição do Ser” (RAMOS, 1942), nas palavras do meu avô, o Desembargador Joaquim Ramos (*in memorian*), a quem também agradeço.

À Cecília Barbosa Ramos (*in memorian*), amada avó, pessoa simples e sem estudo, mas possuidora de grande amor e sabedoria.

A meu pai, João Lievori e a minha mãe Yara Ramos Lievori, exemplos que forjaram meu caráter, pelo amor e apoio incondicional.

Aos meus irmãos, André Ramos Lievori e Maria Cecília Ramos Lievori, pela fraterna união e mútuo socorro.

Ao Professor Doutor Danilo Doneda, meu orientador, pela paciência e por descortinar horizontes inovadores do Direito.

Ao Professor Pergentino de Vasconcelos, homem visionário, fundador do UNESC, instituição em que me graduei e que me distinguiu ao exercício da docência.

A meus familiares, representados por meu tio Dr. Eduardo Rosetti e minha prima Dra. Maira Ramos Cerqueira, que me ajudaram na jornada da pesquisa.

Aos amigos, na pessoa do Professor Doutor Tiago Figueiredo Gonçalves, exemplo de dedicação acadêmica.

Aos irmãos da ICM de Tiradentes/SP, que me hospedaram durante todo o período do curso em São Paulo.

Ao Instituto Brasiliense de Direito Público, na pessoa do Professor Flávio Unes, Coordenador do Mestrado, por incansável empenho em ofertar ensino de qualidade.

RESUMO

Considerando que a reversão dos dados anonimizados é possível, face à constante evolução tecnológica que desafia diuturnamente a higidez das técnicas de anonimização, tal circunstância poderá gerar ao titular dos dados pessoais o direito subjetivo de pretender tutela jurisdicional, visando a reparação de possível ofensa decorrente da reidentificação dos dados pessoais. Enquanto os dados permanecerem anonimizados, à luz da Lei nº 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), não estarão sob o abrigo das proteções e direitos previstos nessa norma. Ocorrendo a reversão da anonimização, a LGPD tornar-se-á aplicável. Assim, o marco divisor é saber se a anonimização foi revertida ou não. A ciência prévia da reversão ou não de anonimização, antes mesmo de existir ação de conhecimento, por intermédio da produção antecipada de prova prevista no Código de Processo Civil de 2015, conduz a diversos reflexos alinhados à ideologia de um processo constitucional democrático. Por essa técnica, poderíamos supor maior previsibilidade do êxito de futura ação de conhecimento, o fomento de autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito, melhor aferição da boa-fé processual em demanda futura, otimização da fase probatória em ação de conhecimento futura, maior probabilidade de deferimento de tutela da evidência e viabilização de negócio jurídico processual. Nesse contexto, a técnica da produção antecipada de provas, sob o fomento da perspectiva policêntrica e participativa de processo, típicas do processo constitucionalizado e democrático, cumprirá objetivos primordiais para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Palavras-chave: Produção antecipada de provas. Reversão de dados anonimizados. Processo Constitucional Democrático. Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT

Considering that the reversion of anonymized data is possible, in view of the constant technological evolution that daily challenges the health of anonymization techniques, such circumstance may generate the subjective right of the holder of personal data to seek judicial protection aiming at the repair of a possible offense arising from the reidentification personal data. As long as the data remains anonymous, in the light of Law No. 13,709 / 2018, General Data Protection Law (LGPD), they will not be under the protection and rights provided for in this standard. In the event of a reversal of anonymization, LGPD will become applicable. Thus, the dividing point is whether anonymization has been reversed or not. The prior knowledge of whether or not to revert to anonymity, even before there is knowledge action, through the anticipated production of evidence provided for in the Civil Procedure Code of 2015, leads to several reflections aligned with the ideology of a democratic constitutional process. By this technique we could suppose greater predictability of the success of future knowledge action, the promotion of self-composition or other suitable means of conflict resolution, better measurement of procedural good faith in future demand, optimization of the probative phase in future knowledge action, greater probability of granting protection of the evidence and making legal procedural business feasible. In this context, the technique of the anticipated production of evidence, under the encouragement of a polycentric and co-participatory perspective of process, typical of the constitutionalized and democratic process, will fulfill fundamental objectives so that a reasonable and effective decision is obtained in a reasonable time.

Keywords: Early production of evidence. Reversing anonymized data. Democratic Constitutional Process. Code of Civil Procedure of 2015.

LISTA DE ABREVIATURAS

ANPD – Autoridade Nacional de Proteção de Dados

CCPA - California Consumer Privacy Act

CF/88 - Constituição Federal de 1988

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CPC/2015 - Código de Processo Civil de 2015

CPC/73 - Código de Processo Civil de 1973

GDPR - General Data Protection Regulation

IOT - Internet of Things

LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

TIC - Tecnologias de Informação e Comunicação

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DADOS ANONIMIZADOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	19
1.1 EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	20
1.2 A IMPORTÂNCIA DOS DADOS ANONIMIZADOS NAS TIC	29
1.2.1 O <i>Big Data</i>	32
1.2.2 Inteligência artificial.....	35
1.2.3 Internet das Coisas (IoT).....	37
1.3 PRIVACIDADE E DADO PESSOAL: ANÁLISE NORMATIVA E DOCTRINÁRIA	39
1.4 DADO ANONIMIZADO	46
1.5 REVERSÃO DE ANONIMIZAÇÃO	51
1.6 AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DADOS E ANONIMIZAÇÃO: INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO VIA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS	58
2 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NA PERSPECTIVA POLICENTRISTA E COMPARTICIPATIVA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO	64
2.1 O DIREITO PROBANTE NA PERSPECTIVA POLICENTRISTA E DE COMPARTICIPAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITOS	65
2.2 DIREITO AUTÔNOMO À PROVA.....	75
2.3 NATUREZA JURÍDICA DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	79
2.4 FUNÇÃO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS.....	81
2.5 LEGITIMIDADE PARA A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS	83
2.6 RESPONSABILIDADE PELO CUSTO DA PERÍCIA NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS EM ANÁLISE DA REVERSÃO DE DADOS ANONIMIZADOS	84
3 REFLEXOS DA ANÁLISE DA REVERSÃO DE DADOS ANONIMIZADOS VIA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NA PERSPECTIVA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO	87
3.1 MAIOR PREVISIBILIDADE DO ÊXITO DE AÇÃO FUTURA E MITIGAÇÃO DE DEMANDA FRÍVOLA	90
3.2 ESTÍMULO À AUTOCOMPOSIÇÃO OU OUTRO MEIO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DE CONFLITO	93
3.3 CONTRIBUI PARA O COMPORTAMENTO DE BOA-FÉ DAS PARTES EM DEMANDA FUTURA.....	95
3.4 ACELERAÇÃO DO PROCESSO MEDIANTE A SUPRESSÃO OU OTIMIZAÇÃO DA FASE PROBATÓRIA E O JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO	97
3.5 VIABILIZA TUTELA DA EVIDÊNCIA	101
3.6 OTIMIZA A DEMILITAÇÃO DAS QUESTÕES DE FATO E DE DIREITO DA FASE DO SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO	102
3.7 VIABILIZA NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL	104
3.8 FOMENTO DA PRIMAZIA DA RESOLUÇÃO DO MÉRITO	105
CONCLUSÃO.....	107
REFERÊNCIAS	110

INTRODUÇÃO

1 DADOS ANONIMIZADOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Desde o final século XX e agora com mais intensidade no alvorecer do século XXI, a expressão “sociedade da informação” – e outras correlatas – que se transformou em jargão nos meios de comunicação, tem influenciado pesquisas acadêmicas e debates públicos. A expressão “sociedade da informação” passou a ser citada paulatinamente em substituição ao termo “sociedade pós-industrial”²⁶, exatamente no intuito de se pontuar o surgimento de um novo modelo de organização social fundamentada no “paradigma informacional”.²⁷

Para alguns autores, que serão mencionados nesta pesquisa, a “sociedade da informação” difere da “sociedade industrial” e da “sociedade pós-industrial”. Uma das diferenças é que o desenvolvimento nessa sociedade contemporânea está diretamente relacionado à capacidade de se gerar conhecimento e de processamento de informações e não apenas em deter os meios de produção.

Ocorre que, se, de um lado, o desenvolvimento da sociedade da informação depende da otimização da informação, visando gerar conhecimento e, conseqüentemente, desenvolvimento; por outro, o grande tráfego de dados, notadamente de informações pessoais, expõe a privacidade e intimidade das pessoas.

Considerando existir uma tensão entre desenvolvimento e privacidade, característica da sociedade da informação, diversas técnicas surgem na tentativa mitigar os riscos à privacidade e, ao mesmo tempo, permitir a continuidade do desenvolvimento. Uma delas é a anonimização de dados pessoais, uma ferramenta cuja proposta é tornar um dado pessoal anônimo, ou seja, sem a possibilidade, em tese, de associá-lo a uma pessoa. Ocorre que, em razão do constante avanço tecnológico, é possível a reversão da anonimização, o que, conseqüentemente, conduz à exposição da privacidade.

²⁶ Segundo Braga, existem diversas expressões sinônimas: Terceira Revolução Industrial; Revolução técnico-científica; Revolução informacional; Sociedade pós-capitalista; Sociedade pós-industrial; Sociedade pós-fordista; Segundo divisor de águas industrial; Sociedade pós-salarial; Sociedade tecnológica; Sociedade informática; Sociedade em rede; Capitalismo desorganizado; Capitalismo patrimonial; Capitalismo cognitivo; Nova economia; Economia da informação; Economia digital; Era do acesso. BRAGA, Ruy Gomes. **Metamorfoses do capitalismo contemporâneo**: da sociedade pós-industrial à sociedade pós-fordista. Programa de Pós-Graduação em Sociologia, FFLCH-USP, 2004.

²⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na sociedade informacional**: introdução a uma teoria social sistêmica / Willis Santiago Guerra Filho. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.12.

Neste capítulo, serão analisados diversos conceitos e aspectos que envolvem a dita sociedade da informação, algumas TIC, os dados pessoais e os dados anonimizados e sua reversão, buscando fixar premissas para abordagem do problema da pesquisa.

1.1 EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Ao se analisar a história, percebe-se que as inovações²⁸ tecnológicas²⁹ disruptivas³⁰ geram mudanças culturais, econômicas³¹, políticas³² e jurídicas nas sociedades, ou seja, diversos paradigmas são quebrados em variados setores da sociedade, promovendo verdadeira revolução. Exemplo disso foi a Revolução Industrial, impulsionada pela invenção³³ da máquina a vapor, um importante marco de

²⁸ Importante frisar que essa expressão não deve ser associada apenas à tecnologia informática e, sim, à descoberta de qualquer tecnologia inovadora, a exemplo, a máquina a vapor e a eletricidade.

²⁹ Segundo Cupani, não há que se confundir técnica com tecnologia. “Se a técnica acompanhou (e possibilitou) o desenvolvimento da humanidade ao longo da maior parte da história, o surgimento da tecnologia foi condição de uma aceleração do progresso humano. Isso se deve a que a inovação é, dentro da técnica pré-científica, um processo dificultado pela inércia da vida tradicional”. CUPANI, Alberto. **A tecnologia como problema filosófico: três enfoques**. Scientle Studia, São Paulo. V.2. n.4, p. 493-518, 2004.

³⁰ Segundo Christensen (2006 apud BENCKE, GILIOLI, ROYER, 2018, p.166) a tecnologia em si não é disruptivas e sim, como ela impacta um modelo de negócios. Logo, inovações disruptivas são aquelas que provocam uma ruptura no antigo modelo de negócios. BENCKE, Fernando Fantoni. GILIOLI, Rosecler Maschio. ROYER, Alexandre. Inovação disruptiva: uma análise das pesquisas empíricas publicadas no Brasil. **Revista Brasileira de Gestão e Inovação**. v.5, n.2.Janeiro/Abril. 2018. p.166. Disponível em: <http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/RBGI/article/view/5334/3110>. Acesso em: 15 out 2020.

³¹ Schumpeter, já em 1911, afirmava que, na teoria do desenvolvimento econômico, a inovação tecnológica possui papel de destaque. SCHUMPETER, J. A. **Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e ciclo econômico**. São Paulo: Nova Cultural, 1997. Disponível em: <https://www.ufjf.br/oliveira_junior/files/2009/06/s_Schumpeter__Teoria_do_Desenvolvimento_Econ%C3%B4mico__Uma_Investiga%C3%A7%C3%A3o_sobre_Lucros_Capital_Cr%C3%A9dito_Juro_e_Ciclo_Econ%C3%B4mico.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020.

³² As TIC fizeram surgir questionamentos acadêmicos sobre seus impactos nas democracias contemporâneas. Surgem as expressões democracia digital ou eletrônica. Ao passo que as TIC ampliaram os espaços públicos de participação democrática, por outro, questiona-se a qualidade e eticidade dessas participações. As “*Fake News*” retratam parte disso. Sobre o tema, sugere-se leitura de: MAGRANI, Eduardo. Democracia conectada: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014; ALMADA, M. P.; CARREIRO, R.; BARROS, S. R.; GOMES, W. da S. Democracia digital no Brasil:: obrigação legal, pressão política e viabilidade tecnológica. MATRIZES, [S. l.], v. 13, n. 3, p. 161-181, 2019. DOI: 10.11606/issn.1982-8160.v13i3p161-181. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/matrizes/article/view/158411>. Acesso em: 15 out. 2020.

³³ Segundo Cerqueira (1982) “A invenção, pela sua origem, caracteriza-se como uma criação intelectual, como o resultado da atividade inventiva do espírito humano; pelo modo de sua realização, classifica-se como uma criação de ordem técnica; e, pelos seus fins, constitui um meio de satisfazer às exigências e necessidades práticas do homem”. CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado de propriedade industrial**. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

transformação da sociedade por intermédio de uma nova tecnologia antes não conhecida pela humanidade.³⁴

Outra importante percepção na história da humanidade é que os conhecimentos adquiridos a cada inovação tecnológica são cumulativos³⁵, ou seja, vão se somando – ressaltados aqueles que se perdem no tempo, por exemplo, o fiel processo de mumificação no Egito antigo – permitindo avanços maiores. Nessa lógica, tem-se que as ditas revoluções não são eventos isolados. É o caso da revolução industrial, a qual foi resultado da soma dos avanços tecnológicos dos séculos XVIII e XIX, notadamente porque, no limiar do século XVIII, surgiram novas tecnologias que paulatinamente substituíram o trabalho manual pelo das máquinas.

Da mesma forma, para a emergência do modelo de organização social em que a informação passou a ser protagonista, antes ocorreram uma sequência de inovações tecnológicas. Este capítulo busca analisar os acontecimentos determinantes que conduziram a sociedade ao modelo de organização em que a informação se tornou protagonista das transformações sociais, por meio de novel paradigma tecnológico informacional, o qual tem por base as Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC). A pesquisa não analisará todas as inovações desde a pré-história, mas, apenas, aquelas a partir da revolução industrial, necessárias ao deslinde investigativo proposto.

Iniciando a análise a partir da sociedade industrial, De Masi ensina que essa era fundamentada na premissa de se colocar o trabalho à disposição do capital. Ocorre que, paulatinamente, o capital, que antes primava pelos meios de produção e matéria-prima, começa a dar maior valor aos recursos da informação e do conhecimento. Essa mudança marcaria o início do definhamento da sociedade industrial e o emergir da sociedade pós-industrial, novo período compreendido entre a segunda metade do século XIX até o início do último quarto do século XX.³⁶

³⁴ DRUCKER, Peter. **Sociedade Pós Capitalista**. Traduzido por Nivaldo Montigelli Junior. São Paulo: Pioneira, 1994.

³⁵ “As novas tecnologias de informação e comunicação são resultado de convergências tecnológicas que transformam as antigas através de revisões, invenções ou junções”. LEMOS, André. **Cibercultura, tecnologia e vida social na cultura contemporânea**. Porto Alegre: Sulina, 2004, p.79.

³⁶ DE MASI, Domenico. **A sociedade pós-industrial**. 3. ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2000, p. 59-61.

Guerra Filho, citando Bell³⁷ (1977 apud GUERRA FILHO, 2018, p. 3), relata que este acontecimento foi a evolução do setor secundário para o terciário, esse baseado no conhecimento:

[...] etapa, dita “pós-industrial”, pois a importância da atividade econômica não mais se concentraria no setor secundário, o da indústria, com sua produtividade baseada no trabalho [...]. Agora é maior a importância do setor terciário, o setor de serviços, onde a produtividade é fruto de um trabalho que envolve esforço menos físico e concreto que intelectual e abstrato.³⁸

Assim, enquanto na sociedade industrial dominava o setor secundário pela força do trabalho nas indústrias, na sociedade pós-industrial, valorizaram-se produtos e serviços do setor terciário, como ensino pesquisa, saúde, cultura, lazer, transporte, dentre outros. Portanto, ao passo que a sociedade industrial estava voltada para os meios de produção e bens a serem consumidos, a pós-industrial inclinou-se a produção de conhecimento.

Para Carvalho, o caminho rumo à dita “sociedade da informação” só foi possível ante a conjugação de três fatores: a reestruturação produtiva, a evolução tecnológica e a reorganização política³⁹, que se vê a partir da revolução industrial e continuou na sociedade pós-industrial. Logo, todo conhecimento gerado nessa sociedade do conhecimento (pós-industrial) lançou bases para se erigir um novo modelo de sociedade, a sociedade informacional. Visando entender o contexto em que se deram a reestruturação produtiva, a evolução tecnológica e a reorganização política, é relevante considerar alguns acontecimentos que funcionam como marcos históricos.

Dentre eles, estão as duas grandes guerras do século XX⁴⁰, a dita “guerra fria” e o fenômeno da globalização. As duas grandes guerras do século XX, um dos períodos mais sombrios⁴¹ na história da humanidade, com impacto em escala mundial, propiciaram não

³⁷ BELL, Daniel - “O advento da sociedade pós-industrial. Uma tentativa de previsão social”, S. Paulo, 1977 (ed. orig. 1973). apud GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na sociedade informacional**: introdução a uma teoria social sistêmica / Willis Santiago Guerra Filho, 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.3.

³⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na sociedade informacional**: introdução a uma teoria social sistêmica / Willis Santiago Guerra Filho, 2ª Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.3.

³⁹ CARVALHO, Juliano Maurício de. Cidadania digital: um estudo do programa brasileiro para a “sociedade da informação”. Tese (Doutorado em Comunicação Social). Universidade Metodista de São Paulo, 2005. Disponível em: <http://tede.metodista.br/jspui/handle/tede/744>. Acesso em: 10 out. 2020.

⁴⁰ A Primeira Grande Guerra do século XX ocorreu entre 1914 a 1918. A Segunda Guerra, de 1939 a 1945. De agosto de 1914 a agosto de 1945, há um intervalo de trinta e um anos.

⁴¹ Estima-se que entre 70 a 85 milhões de pessoas morreram em razão da guerra, o que representou cerca de 3% da população mundial de 1940 (est. 2.3 bilhões).

só uma corrida armamentista – que fomentou investimentos em pesquisa e, conseqüentemente, gerando diversas inovações tecnológicas⁴² – mas, também, reestruturação produtiva e uma reorganização política. No mesmo sentido, Chesneaux (1995, p. 207 *apud* Guerra Filho, 2019, p. 8) relata que:

O sistema econômico, juntamente com o sistema científico – e beneficiando-se de seus produtos, resultantes principalmente da militarização da ciência, iniciada na Segunda Grande Guerra, a primeira verdadeiramente mundial e o primeiro passo no sentido da mundialização, militarização essa que prosseguiu para manter o “equilíbrio baseado no terror” (pela capacidade de reação rápida a uma agressão) da Guerra Fria, a guerra no estado de “não guerra.”⁴³

A reorganização política aludida refere-se ao fato de que, com o término da segunda guerra mundial, dividiu o mundo em dois blocos. De um lado, os Estados Unidos da América (EUA), representante do capitalismo e, de outro União das Repúblicas Socialistas Soviética (URSS), uma nação defensora do socialismo, que existiu entre 1922 e 1991. A Guerra Fria gerou uma situação de tensão mundial, principalmente ante à possibilidade da eclosão de uma terceira guerra mundial. Durante essa época, ambos os lados investiam muito em pesquisas o que, conseqüentemente, levou a novas tecnologias.

Segundo Castells, no final do século XX, ocorre a transição da sociedade pós-industrial para um novo modelo denominado de “sociedade em rede”⁴⁴. A força motriz para aludida mutação é o paradigma informacional. Essa rede é resultado da conjugação de três fatores: econômico, representada pelo fenômeno da globalização do capital; social, expressada na maior liberdade dos indivíduos e na comunicação aberta e, no avanço computacional e das telecomunicações, possibilitados pela revolução da microeletrônica e desenvolvimento da internet.⁴⁵

⁴² Exemplificando: o protótipo HE-178, de fabricação alemã, foi o primeiro avião a jato. O HE-280 foi o primeiro caça a jato do mundo, com primeiro voo em 1940, atingindo 820km/h. O primeiro computador, o ABC, foi construído por John Vincent Atanasoff e o estudante Clifford Berry na Universidade Estadual de Iowa em 1942, embora não tenha sido patenteado por eles.

⁴³ CHESNEAUX, Jean - “Modernidade: Mundo. Brave modern world”, trad.: JOÃO DA CRUZ, Petrópolis, 1995. *apud* GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na sociedade informacional : introdução a uma teoria social sistêmica / Willis Santiago Guerra Filho*. 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 8.

⁴⁴ Outras expressões são utilizadas: sociedade do conhecimento, da informação, informacional, pós-moderna.

⁴⁵ CASTELLS . Manuel. **A galáxia da Internet**: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade. Traduzido por Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

Guerra Filho cita que Luhmann preferiu utilizar a expressão “sociedade mundial” (*Weltgesellschaft*)⁴⁶, para dizer que o mundo, que antes se caracterizava como habitat de um sem número de sociedades, transformou-se a sede de uma única sociedade. Nessa mesma obra de Guerra Filho, está registrada uma entrevista com Luhmann, o qual, ao ser perguntado se sua teoria sistêmica pode ser considerada fruto típico da pós-modernidade, em longa e fundamentada resposta disse que:

LUHMANN: Considero a discussão em torno da modernidade e da pós-modernidade como extremamente infeliz e unilateral. Tudo se passa no plano da semântica, sobre o significado do que seja “pós-modernidade”, não descendo ao exame das estruturas sociais. No entanto, se pensarmos sobre como as sociedades modernas se distinguem das sociedades tradicionais, então os traços dominantes da modernidade continuam presentes nas sociedades atuais, não se verificando nenhuma ruptura com ela e passagem a uma pós-modernidade. Sem dúvida, há uma elaboração diversa de certos efeitos, por exemplo no campo do direito, ou novas formas de financiamento na economia, bem como uma crise do Estado-Nação, que não foram perceptíveis no século XIX. Isso não impede que consideremos o debate sobre a pós-modernidade como uma mera discussão entre intelectuais, onde cada um não faz mais do que se manifestar sobre o que outro disse. Na teoria que proponho o indivíduo, em sentido estrito, faz parte do ambiente em que estão incluídos os sistemas sociais, onde circula comunicação, e os sujeitos são a fonte criadora do sentido que essa comunicação veicula. O que não utilizamos é o conceito de sujeito desenvolvido até o século XVIII - aliás, nenhum dos conceitos desse período enquanto *subjectum*, como fundamento explicativo de si próprio e de tudo o que há no mundo. Em relação ao sujeito individual, o outro, o diferente, só o é confrontado com ele mesmo, não sendo outro nem diferente de si, donde serem basicamente iguais, o eu e o outro. Essa concepção impediu o desenvolvimento de uma teoria da sociedade no século XIX, donde a necessidade de a superarmos no século XX. Na realidade, eu também não posso imaginar nenhuma sociedade sem história, uma sociedade pós-histórica, mas pode-se naturalmente pensar que a sociedade moderna vê o seu futuro diferentemente da forma como o concebia no século XVIII. Temos uma perspectiva menos otimista ou, quem sabe até, catastrófica com relação ao futuro, porque os problemas nos diversos sistemas funcionais estão se tornando mais difíceis. Por outro lado, a vinculação ao passado, tal como é discutida contemporaneamente em teoria da arte, por exemplo, apresenta-se como uma vinculação mais solta. Não se exige mais uma recusa do que foi feito no passado para que uma obra se afirme como uma obra nova e original, ou cultivar uma dissidência da autoridade firmada no passado. Verifica-se uma indiferença em relação a isso, juntamente com a percepção de que se herda do passado um grande reservatório de formas de expressão que sempre podem ser recombinadas. Gira em torno dessa modificação na perspectiva temporal da descrição da sociedade a discussão entre as “vanguardas históricas”, como agora são chamadas, e a “pós-modernidade”, partindo da percepção de que houve um desacoplamento do passado, bem como de uma incerteza e uma consciência do risco, com vistas ao futuro. Parece-me que essa perspectiva temporal é, por um lado, o elo de ligação entre a realidade e os sistemas funcionais, e, por outro lado, a matriz para uma descrição adequada da sociedade moderna. O que me ressinto, como cientista social, nas discussões sobre a pós-modernidade, é de uma consideração dos problemas realmente

⁴⁶ LUHMANN, Niklas. (1971), “Die Weltgesellschaft”. In: LUHMANN, Niklas. *Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*. Opladen, Westdeutscher, 1975, pp. 51-71. *apud* Guerra Filho, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na sociedade informacional : introdução a uma teoria social sistêmica* / Willis Santiago Guerra Filho. 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 1.

existentes na economia, na educação ou mesmo nas relações interpessoais. Em todas essas áreas temos hoje em dia uma consciência mais aguçada, ao passo que BAUDRILLARD e, de certa forma, também LYOTARD, se mostram muito genéricos e apressados em seus julgamentos. Essa pode ser vista como uma característica típica dos franceses. Eles são inteligentes, formulam bem suas ideias, mas não são muito bem informados.⁴⁷

Essa entrevista com Luhmann, muito além de mero registro histórico, serve ainda de guia para a pesquisa, especificamente quando ele diz que considera a discussão em torno da modernidade e da pós-modernidade como extremamente infeliz e unilateral, por entender que o importante não é a nomenclatura, mas o efeito gerado. O autor acrescenta ainda que não há como confundir sua teoria com as discussões sobre modernidade e pós-modernidade, pois esse é só um debate semântico, ao passo que sua teoria aprofunda o exame das estruturas sociais. Logo, seguindo o conselho de Luhmann, a pesquisa não irá analisar qual é a expressão mais acertada para se referir ao modelo de sociedade do século XXI – embora para desenvolvimento da dissertação uma deve ser utilizada. O aspecto relevante à pesquisa é demonstrar a ascensão do protagonismo da informação nas sociedades, principalmente por meio das TIC.

Seguindo raciocínio de Guerra Filho, frise-se que, quando são citados períodos e séculos, não se quer determinar uma “databilidade para a era da modernidade”, vejamos:

Com isso o que se pretende é muito mais do que uma “databilidade da modernidade” (ANTONIO CICERO, cit.: 164), embora efetivamente se utilize um significante que permanece dependente desse último, “modernidade”, pressupondo, portanto, sua positividade. Do que se trata é de um “re-ingresso na história”, apostando que “uma leitura re-historizada (*réhistorisée*) de nosso mundo pode fazer-nos redescobrir o futuro como pluralidade de possibilidades e realização das potencialidades a que nossa sociedade (moderna - WSGF) é incapaz de chegar⁴⁸

Porém, considerando que nesta pesquisa, em vários momentos, é necessário se referir a um modelo de sociedade imerso e influenciado por informações, escolheu-se abandonar a expressão pós-industrial e utilizar a expressão “sociedade da informação”. Justifica-se essa escolha com fulcro no argumento de Touraine (1992, p. 283 apud GUERRA FILHO, 2018, p. 12) para a recusa da expressão “pós-industrial”:

⁴⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 88 – 90.

⁴⁸ CICERO, Antonio. “O Mundo desde o Fim”, Rio de Janeiro, 1995. apud GUERRA FILHO, Willis Santiago; Autopoiese do Direito na sociedade informacional : introdução a uma teoria social sistêmica / Willis Santiago Guerra Filho. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 15.

[...] por entender que ela leva a uma conceituação que toma como referencial a forma anterior, baseada na indústria, quando as sociedades contemporâneas mais “avançadas”, por ele qualificada como “programadas”, são inteiramente diversas, quando a produção e difusão de bens culturais ocupam o lugar central que era aquele dos bens materiais, na sociedade industrial. Da mesma forma, o controle social passa a depender fundamentalmente do domínio dos meios de produzir novos valores, que modelam a personalidade dos indivíduos, e não mais da apropriação dos meios de produção de utilitários.⁴⁹

Ainda, é necessário desmitificar a ideia de que a sociedade da informação veio destruir a indústria, até porque ela continua existindo, não é disso que se trata. O que se quer dizer é que após a ascensão do protagonismo da informação, alavancado pelas TIC, a indústria deixou de ser o único e principal meio de produção de riquezas. Nesse aspecto, Vieira diz que:

A informação atualmente assume, diante do capitalismo, a posição que o petróleo exercia no início do século passado. Todavia, a informação não se apresenta com a pretensão de substituir velhos recursos, mas apenas alterar o antigo modo de produção de riquezas.⁵⁰

Tofler indica três marcos no desenvolvimento social: a revolução agrícola, a revolução industrial e a revolução da informação.⁵¹ Nesse contexto, a revolução agrícola inseriu a sociedade no sistema produtivo, ao passo que a revolução industrial descortinou novos tipos de energia (máquina a vapor e eletricidade) gerando o aumento da riqueza, servindo de base para se alcançar a revolução tecnológica, a qual tem a informação como principal motriz de riqueza.⁵²

Portanto, nesta pesquisa, utilizar-se-á o termo sociedade da informação para se referir ao novo paradigma posto pelas tecnologias da informação e comunicação, por meio do qual o protagonismo passou a ser nos meios de produção dos bens culturais. Nesse momento, o que importa é dominar os meios de produção e processamento das informações (conhecimento), sendo que, o resultado desse domínio é potencialmente

⁴⁹ TOURAINE, Alain - “Critique de la Modernité”, Paris, 1992 (ed. bras. Petrópolis, 1994) apud Guerra Filho, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na sociedade informacional : introdução a uma teoria social sistêmica* / Willis Santiago Guerra Filho. 2. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.12.

⁵⁰ VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Dissertação (Mestrado). Brasília: UnB, 2007. 297, p. 160.

⁵¹ TOFLER, Alvin. **A terceira onda**. João Távora (Trad.). 28. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

⁵² MELO, Marco Antônio Machado Ferreira de. **A tecnologia, direito e a solidariedade**. Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital, pp. 21-34. Aires José Rover (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

capaz de ressignificar hábitos⁵³ e comportamento dos indivíduos e, conseqüentemente, performar sociedades.

Ainda, sobre isso, importante contribuição nos traz Lojkine ao dizer que:

“[...] não se trata simplesmente de uma revolução tecnológica (o evento da informática), mesmo que ela seja crucial, pois que a objetivação de certas funções do cérebro no computador sucede à objetivação da mão instrumentada na máquina-instrumento. É mais globalmente uma revolução no uso humano da informação, isso não é simplesmente uma revolução “informática”⁵⁴

É dizer, enfim, que a tecnologia pura, por si só, não gera disrupção, não faz surgir o paradigma informacional. A “sociedade informacional”, assim denominada por Castells, é o “sistema social, no qual a fonte da produtividade e da competitividade econômica, bem como do poder político, cultural e militar, reside, essencialmente, no controle e no processamento da informação”.⁵⁵

Esse fenômeno é identificado ao se proceder a análise do ranking das maiores empresas do mundo, pois se verifica que essas são aquelas de base tecnológica especializadas em processar grande⁵⁶ volume de informação. Sobre elas, Silva diz que:

“[...] empresas que começaram como startups (empresas nascentes de base tecnológica) no começo dos anos 2000, Google, Facebook, Twitter, Double Click, se tornaram empresas de grande porte com atuação internacional em 2015, criando modelos de negócio integralmente baseados em operações de coleta, tratamento e análise de dados dos usuários de seus serviços”.⁵⁷

As empresas do setor tecnologia de comunicação e informação crescem e são cada vez mais demandas, posto que, os serviços que elas disponibilizam estão ligados à ideia de bem-estar das pessoas inseridas nesta contemporaneidade, ideário que seria alcançado

⁵³ Quanto a isso, Bauman afirma que vivemos uma modernidade líquida. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dent-zien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

⁵⁴ Links. LOJKINE, Jean. **Revolução Informacional**. São Paulo: Cortez Editora, 2002, p. 25.

⁵⁵ Guerra Filho, op. cit. p. 16.

⁵⁶ “E um levantamento divulgado recentemente pelo International Data Corporation-IDC afirma que a produção de dados dobra a cada dois anos, e a previsão é de que em 2020 sejam gerados 350 zettabytes de dados, ou 35 trilhões de gigabytes”. <<https://canaltech.com.br/carreira/Analistas-afirmam-que-a-producao-de-dados-dobra-a-cada-dois-anos/>> acesso em: 18 out 2020.

⁵⁷ SILVA, Alexandre Pacheco da (Coord.). **Um novo mundo de dados: relatório final**. São Paulo: FGV, 2017.p. 10.

pela transmissão simultânea de informações entre os indivíduos, gerando um status de hiperconectividade. Esse fenômeno foi percebido por Lipovetsky ao dizer que:

[...] a comunicação, através de seus novos objetos, como computador, acesso à internet, telefones celulares, [...]; o bem-estar está associado à mobilidade, ao acesso à informação e à rapidez. O que seduz na comunicação passa, cada vez mais, por tudo que acelera as coisas, pela possibilidade de estar conectado com o externo, com os outros.

Segundo Magrani, “o termo hiperconectividade foi cunhado inicialmente para descrever o estado de disponibilidade dos indivíduos para se comunicar a qualquer momento”.⁵⁸ As pessoas querem estar conectadas, seja por entretenimento nas redes sociais e jogos eletrônicos, por razões de trabalho, para fins comerciais ou simplesmente para se comunicar com familiares e amigos.

Em razão da pandemia da coronavírus Covid-19⁵⁹, a tendência é de aumento dessa hiperconectividade e, conseqüentemente, um maior fluxo de dados pessoais. Isso porque a necessidade de isolamento social como estratégia para se conter a “onda contaminação” é estímulo para o uso das TIC, a exemplo, o aumento de trabalho em home office.⁶⁰

A inevitável hiperconectividade gera enorme tráfego de informações pessoais⁶¹, aumentando o risco à privacidade das pessoas. Importante frisar que a tendência é de

⁵⁸ Magrani, Eduardo. **Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade**. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019, p.20.

⁵⁹ “O novo coronavírus, denominado SARS-CoV-2, causador da doença COVID-19, foi detectado em 31 de dezembro de 2019 em Wuhan, na China. Em 9 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) confirmou a circulação do novo coronavírus. No dia seguinte, a primeira sequência do SARS-CoV-2 foi publicada por pesquisadores chineses. Em 16 de janeiro, foi notificada a primeira importação em território japonês. No dia 21 de janeiro, os Estados Unidos reportaram seu primeiro caso importado. Em 30 de janeiro, a OMS declarou a epidemia uma emergência internacional (PHEIC) 4. Ao final do mês de janeiro, diversos países já haviam confirmado importações de caso, incluindo Estados Unidos, Canadá e Austrália. No Brasil, em 7 de fevereiro, havia 9 casos em investigação, mas sem registros de casos confirmados”. LANA, Raquel Martins et al. Emergência do novo coronavírus (SARS-CoV-2) e o papel de uma vigilância nacional em saúde oportuna e efetiva. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 36, n. 3, e00019620, 2020. Disponível em: <<https://www.scielo.org/article/csp/2020.v36n3/e00019620/>>. Acesso em 20 nov. 20.

⁶⁰ Home office, também, é denominado teletrabalho ou teleatividade. O artigo 75-B das Consolidações das Leis do Trabalho-CLT prevê que “considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo”. BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/15452.htm>. Acesso em 20 nov. 20.

⁶¹ “Estima-se que 2.5 Exabytes de dados são produzidos diariamente no âmbito da rede mundial de computadores”. CARVALHO, Victor Miguel Barros de. **O Direito fundamental à privacidade ante a monetização de dados pessoais na internet: apontamentos legais para uma perspectiva**. 2018. 145 f. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Natal, RN, 2018, p. 68. Disponível em: <

maior crescimento dessa hiperconectividade, principalmente diante da projeção de crescente conjugação entre o Big Data, Internet das Coisas e Inteligência Artificial. Ainda, o crescimento do uso das TIC é impulsionado pela popularização dos equipamentos eletrônicos.⁶²

Por isso, os dados anonimizados se apresentam como uma opção ao desafio da privacidade no século XXI.

1.2 A IMPORTÂNCIA DOS DADOS ANONIMIZADOS NAS TIC

É notório que o desenvolvimento da sociedade apresenta indissociável relação entre o evoluir do homem e da tecnologia. A dinâmica desse progresso é marcada por descobertas e invenções, tanto de técnicas como de instrumentos, ambos propícios à sobrevivência, convivência e à melhoria de qualidade de vida. A tecnologia, por conseguinte, é aparato indispensável ao perene desenvolvimento social, político e econômico.

Podemos citar muitos exemplos da influência do avanço tecnológico em nossos dias, como a internet de banda larga, já na versão 5G, o armazenamento de dados em nuvem, aplicativos, internet das coisas (IoT), cidades inteligentes (*smart cities*), Big Data, inteligência artificial (*artificial intelligence* – AI), impressora 3D, realidade virtual aumentada, dentre tantas.

A comunicação, inserida nesse contexto, teve e tem papel de destaque no desenvolvimento social, pois, sem ela, a humanidade seria incapaz de realizar, até aqui, e a futuro, todos seus feitos. A compreensão da importância da comunicação para o desenvolvimento da sociedade é fato conhecido desde os primórdios da civilização, a exemplo, a escrita cuneiforme dos Sumérios – considerada uma das mais antigas do mundo, sendo inventada por volta de 3.500 a.C. – e os hieróglifos dos egípcios.

https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/26851/1/Direitofundamentalprivacidade_Carvalho_2018.pdf>. Acesso em 18 out 2020.

⁶² BERNARDI, Amarildo José. Informação, comunicação e conhecimento: evolução e perspectivas. **Transinformação, Campinas**, (19) 1: 39-44, jan/abr, 2007, p. 42. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/tinf/v19n1/04.pdf>>. Acesso em 18 out 2020.

Luhmann, em sua teoria dos sistemas⁶³, alça a comunicação a elevado nível de importância ao entender que a sociedade é um *sistema de comunicação* “tudo o que existe e pode ser designado como social está constituído, do ponto de vista de uma construção teórica fundamentada na operação, por um mesmo impulso e mesmo tipo de acontecimento: a comunicação”.⁶⁴

Ainda sobre a importância da comunicação e dados pessoais, em sua tese de doutorado, Doneda⁶⁵ comenta sobre o “sistema de correspondência elaborado pelos antigos romanos” e, também, do “eficientíssimo sistema postal da Inglaterra vitoriana”, ressaltando quanto a este que:

[...] cuja herança para nossa pesquisa são os primeiros casos judiciais sobre violação de correspondência, ou então o significativo fato de que a obra clássica de François Geny – *De le secret sur les lettres missives* – seja nada mais que um estudo encomendado pelo governo francês que visava fornecer subsídios para a renovação e ampliação do sistema postal nacional.

Em verdade, a comunicação teve e tem papel de suma importância no progresso da sociedade, notadamente ao se considerar que, no mundo da cultura⁶⁶, aquele em que o homem realiza, transforma a natureza a seu redor, só é possível esse realizar constante, porque há troca de informações, inclusive dados pessoais. Compartilhando experiências, cumulando êxitos e insucessos, a sociedade evolui.

A coleta e gestão da informação não é característica apenas a sociedade contemporânea, segundo Doneda, “sabe-se há um bom tempo que a informação pode gerar proveito”, citando com maestria o censo solicitado pelo imperador Yao na China

⁶³ Além de Luhmann, há diversos autores, brasileiros e internacionais, que escrevem sobre os sistemas sociais. No Brasil: ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na sociedade informacional**: introdução a uma teoria social sistêmica / Willis Santiago Guerra Filho. 2. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2018. No exterior: TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989. HUMBERTO, Maturana. VARELA, Francisco. **El arbol del conocimiento**: las bases biológicas del entendimiento humano. Buenos Aires, Lumen, 2013. MANSILLA, Darío Rodríguez. OPAZO BRETÓN, Maria Pilar. RENÉ, Rios. (Colab.). **Comunicaciones de la organización**. México. Alfaomega Grupo Editor. 2008.

⁶⁴ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis, RJ, Vozes, 2009, p. 91.

⁶⁵ DONEDA, Danilo. Ob. cit. 2006, p.91.

⁶⁶ Sobre essa faixa ontológica: “Em consequência de seu esforço, perspicácia e imaginação, surge o chamado mundo da cultura, composto de tudo aquilo que ele constrói, visando a sua adaptação externa: a cadeira, o metrô, uma canção, as crenças, os códigos etc”. NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito** / Paulo Nader – 36.a ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 48.

de 2238 a.C., o de Moisés em 1700 a.C., passando pelo famoso censo ordenado por Augusto e mencionado pelo Evangelho de Lucas⁶⁷.

Da sociedade pré-industrial, em que “a documentação acerca das relações pessoais era restrita a uma pequena parte da vida das pessoas”⁶⁸, após incontáveis transformações sociais e tecnológicas, inclusive no campo da comunicação e da informação, vive-se verdadeira revolução nos meios de comunicação e interação.

Na sociedade contemporânea, esse diuturno avanço tecnológico nos conduz à existência de um novo paradigma de sociedade baseada, essencialmente, na informação, daí a designação de sociedade de informação, sendo que esses novos acontecimentos sociais passam a justificar necessidade de criação de novas fronteiras jurídicas, agora adequadas à realidade digital⁶⁹.

Interessante mencionar que a maioria das pessoas, frequentemente, não tem ciência do “complexo aparato que apoia esses serviços”⁷⁰ de transmissão de dados, se por fios de telefonia, canais de micro-ondas, linhas de fibra ótica, cabos submarinos transoceânicos ou transmissões via satélite.

Diante desse novel contexto social, é de suma importância, considerando a dinâmica atual de compartilhamento de dados, que existam técnicas que compatibilizem o necessário compartilhamento de dados pessoais e observância a garantia individual da intimidade e privacidade.

Além disso, a necessidade de zelo e fomento na privacidade dos dados pessoais conduziu à criação de variadas técnicas de anonimização de dados, muito embora, “quanto melhor seja a anonimização, no sentido do alto grau de dificuldade para reverter a anonimização, pior é a qualidade desses dados para a pesquisa”⁷¹.

⁶⁷ DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

⁶⁸ RUARO, Regina Linden. O direito à proteção de dados pessoais e a privacidade. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.47, p.29-64, 2011, p.48.

⁶⁹ DONEDA, Danilo. Ob. cit. 2006. p.13.

⁷⁰ TAKAHASHI, T. **Sociedade da informação no Brasil**: Livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000, p. 03.

⁷¹ MELO, Marco Aurélio Vilaça de. Dissertação de mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. **Aspectos Técnicos e Legais da Coleta e Anonimização de Tráfego de Redes IP**. Belo Horizonte, 2009, p.54.

Buscando o funcionamento dessa nova engrenagem social, a relevância do uso de dados anonimizados salta aos olhos, pois não se consegue pensar o constante compartilhamento de dados pessoais sem a existência de dados pessoais anonimizados, visando preservar a intimidade e privacidade.

1.2.1 O *Big Data*

1.2.2 Inteligência artificial

1.2.3 Internet das Coisas (IoT)

1.3 PRIVACIDADE E DADO PESSOAL: ANÁLISE NORMATIVA E DOUTRINÁRIA

O tema dado pessoal e privacidade é riquíssimo e por si só justificaria múltiplas pesquisas. Neste trabalho, serão mencionados aspectos que se relacionam e são importantes à pesquisa proposta.

Antes, é importante traçar distinção entre dado e informação pessoal, pois embora a lei e parte da doutrina não o faça, é sabido que, para se realizar ciência, é necessário colocar cada coisa em seu devido lugar, visando atingir melhores resultados.

Essa busca por diferenciar dado e informação pessoal deve ser vista como necessidade científica e não mero rigorismo metodológico. Aliás, a análise da ontológica de um tema de direito enriquece sua definição e compreensão, assim como realizado por Willian Couto Gonçalves, ao investigar a “ontologia⁹⁵ do processo”, defendendo que “o ser substancial primeiro do processo é a jurisdição”.

Logo, vê-se útil a distinção entre dado e informação pessoal, pois, esta “ontologia da privacidade”⁹⁶, fixa balizas necessárias à pesquisa. A aludida distinção, nas palavras de Doneda, é:

Assim, o “dado” apresenta conotação um pouco mais primitiva e fragmentada, como observamos em um autor que o entende como uma informação em estado potencial, antes de ser transmitida, o dado estaria associado a uma espécie de

⁹⁵ “Assim, ontologia significa: estudo ou conhecimento do *ser*, dos *entes* ou das coisas tais como são em si mesmas, real e verdadeiramente”. GONÇALVES, Willian Couto. Ob. cit.2005, p. 150.)

⁹⁶ DIVINO, Sthéfano Bruno Santos. Ontologia da Privacidade. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 393-417, jan./abr. 2020.

“pré-informação”, anterior à interpretação e ao processo de elaboração. A informação, por sua vez, alude a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição. Sem aludir ao seu significado ou conteúdo em si, na informação já se pressupõe uma fase inicial de depuração de seu conteúdo – daí que a informação carrega também um sentido instrumental, no sentido da redução de um estado de incerteza. A doutrina não raro trata estes dois termos – dado e informação – indistintamente, ou então, procede a uma diferenciação algo empírica que merece ao menos ser ressaltada.⁹⁷

Importante dizer que a busca por “precisão terminológica” não afeta apenas as expressões dados e informação. Parte da doutrina diferencia intimidade e privacidade, embora outros não vejam utilidade nessa diferenciação.⁹⁸

Nesse contexto, a intimidade estaria relacionada à proteção da esfera mais restrita do indivíduo, esfera mais nuclear da vida privada, vedando ingerências até mesmo de pessoas mais próximas, como membros da família.

No que tange à privacidade, esta inicialmente foi idealizada considerando apenas o “direito ao isolamento” (*the right do be left alone*)⁹⁹, isto é, ao direito de estar só. Ocorre que, com o avanço das TIC, houve necessidade de ampliar o significado da expressão, passando a carrear a ideia proteção diante do tratamento¹⁰⁰ de dados pessoais.

Um dos textos históricos, base sobre o reconhecimento da privacidade como um direito, foi objeto de artigo publicado em 1890 na Harvard Law Review por Samuel Warren e Louis Brandeis, denominado “*The Right to Privacy*”¹⁰¹ (O Direito à Privacidade). Warren foi motivado a escrever sobre o tema devido à publicação de fotos do casamento de sua filha, que, no seu entender, ofendeu a intimidade. Esses autores reconheceram o direito do indivíduo se insurgir contra a exposição de sua privacidade e

⁹⁷ DONEDA, Ob. cit. 2006. p.94.

⁹⁸ DONEDA (2006. p. 112), prefere o termo “privacidade”, para “unificar os valores expressos pelos termos intimidade e vida privada”⁹⁸. No mesmo sentido CANCELIER (2017, p. 221), “não se enxerga impedimentos no uso da expressão direito à privacidade para tratar do direito à intimidade”.

⁹⁹ Segundo Zanon, foi Thomas McIntyre Cooley, jurista americano, quem, em 1888, inaugurou o uso da expressão “direito de estar só” (*the right to be let alone*). ZANON, João Carlos. Direito à proteção dos dados pessoais. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2013, p. 40.

¹⁰⁰ A LGPD no art. 5º, X, define a atividade tratamento de dados como sendo: “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”.

¹⁰¹ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, v. IV, dez. 1890, n. 5. Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html. Acesso em: 17 out. 2020.

intimidade, principalmente em razão da divulgação de fotografias, pois, à época, as câmeras fotográficas se tornavam cada vez mais portáteis.

Porém, em razão do movimento de constitucionalização dos direitos¹⁰², a concepção privatista¹⁰³ de privacidade desenvolvida por Warren e Brandeis, compreendida como “direito a ser deixado só”, evoluiu em direção a autodeterminação informativa do indivíduo, ou seja, o “direito de manter controle sobre as suas informações e de determinar a maneira de construir sua esfera particular”.¹⁰⁴

Segundo Rodotà, foi superada a clássica sequência “pessoa-informação-sigilo” dando lugar a “pessoa-informação-circulação-controle”, na qual o imperativo é a “circulação controlada” de dados.¹⁰⁵

Na dita sociedade da informação, vê-se que é assegurado ao indivíduo não apenas o direito a segredo sobre seus dados, este passa a ser protagonista na construção de sua identidade pessoal, alinhado à objetiva definição de privacidade proposta por Rodotà, que definiu “como o direito de manter o controle sobre as próprias informações”¹⁰⁶.

Os atuais instrumentos normativos que tutelam a proteção de dados pessoais asseguram, também, o controle do fluxo dessas informações, notadamente coleta, acesso e utilização. O controle desse fluxo é que permite ao titular dos dados exercer o livre desenvolvimento de sua personalidade, a saber, sua liberdade político-partidária, liberdade religiosa, orientação sexual, dentre outros.

Nesse sentir, o artigo 2º, “a”, da Diretiva 95/46/CE do Conselho da Europa, norma que serviu de inspiração de leis nacionais em toda a Europa e, também, influenciou a LGPD, dados pessoais são definidos como:

[...] qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável; é considerado identificável todo aquele que possa ser

¹⁰² Após reconhecida a força normativa da Constituição, defendido por HESSE, ela foi elevada a instrumento hábil de se aferir a legitimidade da ordem jurídica. O direito civil, integrante dessa ordem, está sujeito a influência dessa normatividade constitucional, estando imerso nos valores constitucionais, a partir disso denominando-se direito civil-constitucional. TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: **Temas de Direito Civil**, t. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

¹⁰³ Segundo Doneda, “a proteção de dados pessoais desdobra-se da privacidade, permanece compartilhando o mesmo fundamento ontológico que é a dignidade da pessoa humana”. DONEDA. op. cit. p.34.

¹⁰⁴ RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15.

¹⁰⁵ RODOTÀ, Stefano. Idem. 2008, p.93.

¹⁰⁶ RODOTÀ, Stefano. Idem. 2008, p.92.

identificado, direta ou indiretamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social.

A normativa adotou uma concepção abrangente de dados pessoais, que influenciou a definição de dado pessoal no Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais da União Europeia (GDPR)¹⁰⁷, e esta, por sua vez, influenciou a LGPD brasileira, pois essas normas preceituam dados pessoais como sendo toda e qualquer informação referente a uma pessoa identificada ou identificável.

Assim, estariam contemplados não só o nome do titular dos dados, seu endereço, seu telefone, os números dos documentos oficiais de identificação, mas, também, dados escolares, profissionais, fiscais e bancários, endereço eletrônico, o IP (Internet Protocol – que permite a identificação do usuário de computador), suas imagens capturadas por câmeras, dados de saúde, biométricos e de consumo.

É de suma importância a precisa delimitação conceitual considerando o contexto de hiperconectividade proporcionada pelas TIC, que geram constante e volumosa cessão de dados pessoais. O avanço da internet 5G, da inteligência artificial e da internet das coisas sugere que o cenário é de aumento do tráfego de dados pessoais.

Por outra via, da análise conceitual se conclui que os dados anônimos estão excluídos da incidência da LGPD, exatamente porque não se referem a uma pessoa identificada ou identificável – essa definição será analisada de forma mais profunda mais adiante. Ocorre que a doutrina leciona que a definição do que seja uma pessoa “identificável” deve ser realizada à luz do princípio da proporcionalidade. Por esse raciocínio, se para a identificação da pessoa é necessário empregar medidas desproporcionais, por consequência, não se considerariam dados pessoais.¹⁰⁸

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de dados-LGPD, já vigente desde 18 de agosto de 2020, por ocasião da publicação da sanção e publicação da Lei nº 14.058/2020, que converteu em lei a Medida Provisória nº 959/2020, dispõe que no art. 5º, inciso I, que dado pessoal é “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”. Antes da LGPD, não havia na legislação nacional uma definição específica de dado pessoal, muito embora existisse outras normas de proteção à privacidade. Com a sanção,

¹⁰⁷ General Data Protection Regulation (GDPR) ou, em português, o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016).

¹⁰⁸ CASTRO, Catarina Sarmiento e. **Direito da informática, privacidade e dados pessoais**. Coimbra: Almedina. 2005, p. 72.

Brasil torna-se um dos mais de cem países que dispõem de uma legislação sobre a temática.

Sobre a proteção da privacidade, a Constituição Federal (CF) de 1988, o art. 1º, inciso III, prevê que um dos fundamentos do Estado Brasileiro é a dignidade da pessoa humana, sendo orientação para a tutela dos direitos fundamentais. Mais adiante, no art. 5º, X, da CF, é disposto 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”.

Segundo Doneda:

A Constituição Brasileira contempla o problema da informação inicialmente por meio das garantias à liberdade de expressão e do direito à informação, que deverão eventualmente ser confrontados com a proteção da personalidade e, em especial, com o direito à privacidade.

Além disso, a Constituição considera invioláveis a vida privada e a intimidade (art. 5º, X), veja-se especificamente a interceptação de comunicações telefônicas, telegráficas ou de dados (artigo 5º, XII), bem como instituiu a ação de habeas data (art. 5º, LXXII), que basicamente estabelece uma modalidade de direito de acesso e retificação dos dados pessoais.¹⁰⁹

Na legislação infraconstitucional, quanto ao direito de informações do titular de dados, há diversas previsões, a exemplo, no Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, o art. 43, o qual dispõe que “O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes”. Contudo, o direito do consumidor obter informação sobre seus dados, embora importante, não tratava o assunto de forma específica, merecendo uma legislação própria.

Em 2011, surge da “Lei de Acesso à Informação”, Lei nº 12.527/2011, que, no seu art. 4º, III, define informação pessoal como sendo “aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”. Depois, em 2014, o Marco Civil da internet, Lei nº 12.965/2014, frustrou aqueles que aguardavam a disciplina dos dados pessoais de forma mais profunda.

Havia, pois, um clamor por uma legislação específica de proteção de dados, não por mero capricho legislativo, mas por necessidade, até porque, nas palavras de Machado

¹⁰⁹ DONEDA, Danilo. Ob. cit. 2011, 103.

e Doneda, “o conceito de informação pessoal é chave para entender o âmbito material de aplicação”.¹¹⁰

Nas legislações nacionais sobre proteção de dados pessoais, para definir o que é dado pessoal, países optam por empregar a expressão num sentido restrito ou amplo, o que se denomina de perspectivas reducionista ou expansionista.¹¹¹

Na perspectiva reducionista ou restrita, dado pessoal é toda informação relacionada à pessoa identificada, isto é, informação capaz de distinguir com precisão alguém no seio de uma coletividade. A identificação gera produtos da análise de material (físico ou eletrônico) denominados de *identificadores*, que permitem associar aquela informação ao titular dos dados pessoais. Na concepção reducionista, o legislador pode tipificar quais identificadores, diretos ou indiretos, serão definidos como informação pessoal. Ou seja, estaria reduzido, posto, tipificado na norma.¹¹²

Por sua vez, os *identificadores* podem ser classificados em *diretos* ou *indiretos*. Aqueles relacionam-se informação que identifica a pessoa sem que seja necessária qualquer reflexão ou maior associação, a exemplo, o nome completo. Os indiretos são informações da pessoa que não a identifica de forma automática, sem reflexão e combinações, a exemplo, o endereço (eletrônico ou residência), número de documentos pessoais, a exemplo, Carteira de Identidade, do CPF, da Carteira Nacional de Habilitação, da Carteira de Trabalho, dentre outros.

Já na concepção expansionista, para a definição de dado pessoal, considera-se não apenas informação relacionada à pessoa natural identificada, mas também, informação relacionada à pessoa natural identificável. De outra forma, considera-se dados pessoais não apenas aquelas informações constantes nos identificadores diretos ou indiretos previstos na lei, mas, para além disso, qualquer informação que apta a identificação da

¹¹⁰ MACHADO, Diego; DONEDA, Danilo. Proteção de dados pessoais e criptografia: tecnologias criptográficas entre anonimização e pseudonimização de dados. **Revista dos Tribunais**, vol. 998. Caderno Especial. p. 99-128. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, dezembro 2018.

¹¹¹ SCHWARTZ, Paul M.; SOLOVE, Daniel J. The PII problem: privacy and a new concept of personally identifiable information. **New York University Law Review**, v. 86, p. 1871-1877, dec. 2011

¹¹² BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento.

Rio de Janeiro: Forense, 2019.

pessoa.¹¹³ Ou seja, existem dados que são potencialmente capazes de individuar a pessoa. Como exemplo, os registros de endereço IP.

Importante informar que, na Europa, segundo o grupo de trabalho do artigo 29 da GDPR, para fins de se considerar se há ou não potencial de se identificar a pessoa a partir de determinada informação, não é suficiente simplesmente cogitar, propor uma possibilidade hipotética, abstrata e sim, algo concreto.¹¹⁴

No Brasil, o Legislativo optou por adotar mesma perspectiva expansionista da GDPR europeia, vide artigo 5º, I, da Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), em que, dado pessoal é “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”. Na verdade, essa definição tinha sido posta na Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação)¹¹⁵, no artigo 4º, IV, que define informação como sendo “aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”.

Dessa forma, hoje já em vigor a Lei Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), segundo a qual toda informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável passa a ser considerado dado pessoal, atraindo as proteções da LGPD.

Em época de tantas TIC, a exemplo, o *Big Data*, os algoritmos de inteligência artificial e a IoT, a preocupação com a segurança computacional¹¹⁶ é de suma relevância, pois é a segurança dos dados que preserva a privacidade do titular dos dados.

¹¹³ BIONI, Bruno. **Xeque-mate**: o tripé de proteção de dados pessoais no xadrez das iniciativas legislativas no Brasil. São Paulo: GPOPAL, 2015.

¹¹⁴ MACHADO, Diego; DONEDA, Danilo. Ob. Cit. 2018.

¹¹⁵ CASA CIVIL. **Lei nº 12.527/11, 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. [S. l.], 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

¹¹⁶ “O NIST Computer Security Handbook define segurança computacional como sendo "a proteção conferida a um sistema de informação automatizado, a fim de atingir os objetivos propostos de preservação da integridade, disponibilidade e confidencialidade dos recursos do sistema de informação (incluindo hardware, software, firmware, informações/dados e telecomunicações)"[Guttman and Roback 1995]. Esta definição contém 3 conceitos chaves para segurança computacional: confidencialidade, disponibilidade e integridade”. BRANCO JÚNIOR, Eliseu Castelo; MACHADO, Javam de Castro; MONTEIRO Filho, José Maria da Silva. **Estratégias para Proteção da Privacidade de Dados Armazenados na Nuvem**. Tópicos em Gerenciamento de Dados e Informações, 2014 SBC. 1.ed. – ISBN 978-85-7669-290-4.p. 50. Disponível em: < <http://www.inf.ufpr.br/sbbd-sbsc2014/sbbd/proceedings/artigos/pdfs/14.pdf>>. Acesso em 18 out 2020.

Definido dado pessoal, agora será objeto de análise a definição de dado anonimizado e algumas técnicas de anonimização.

1.4 DADO ANONIMIZADO

O item anterior abordou a definição de dado pessoal, necessária para se entender o que é dado anonimizado, uma vez que o conceito de dado pessoal fixa, consequentemente, marco divisório do que é e não é informação pessoal.

A semântica do vocábulo anônimo define que anônimo é aquele que não tem nome nem rosto¹¹⁷. Nas palavras de Doneda, “dado anonimizado é aquele incapaz de revelar a identidade do titular dos dados, é o dado pessoal submetido a uma técnica computacional que faz romper o vínculo entre o(s) dado(s) e seu(s) respectivo(s) titular(es), definido como anonimização”.¹¹⁸ Logo, se as informações não são relativas à pessoa identificada ou identificável são dados anonimizados.

Na LGPD, no seu artigo 5º, III, dado anonimizado é definido como “dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento”. Assim, só se considera anônimo o dado quando não é possível (possibilidade concreta) fazer associação dele com a pessoa identificada ou identificável, e isso de forma permanente e irreversível.

Rubinstein e Hartzog não concordam em se usar o termo anonimização indistintamente, sugerindo o padrão Instituto Nacional de Padrões e Relatório de Tecnologia (NIST):

O termo desidentificação foi definido de várias maneiras diferentes. Neste artigo, adotamos o padrão de uso do Instituto Nacional de Padrões e Relatório de Tecnologia (NIST), que define a desidentificação como “uma ferramenta que as organizações podem usar para remover informações pessoais de dados que eles coletam, usam, arquivam e compartilham com outras organizações.”¹¹⁹

¹¹⁷ HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. São Paulo: Objetiva, 2009, p. 140.

¹¹⁸ DONEDA, Danilo. Ob. cit. 2006. p. 44.

¹¹⁹ RUBINSTEIN, Ira. HARTZOG, Woodrow. Anonymization and Risk (August 17, 2015). 91 Washington Law Review 703 (2016), NYU School of Law, **Public Law Research Paper** No. 15-36, p. 710. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2646185>. Acesso em 06 nov.2020.

No processo de anonimização, dá-se à conversão dos dados pessoais em dados anonimizados, isso possibilitado pela aplicação de alguma(s) técnica(s) de anonimização. Pode se alcançar a anonimização por diversas técnicas¹²⁰, a exemplo, ocultar definitivamente um atributo do dado pessoal. Rubinstein e Hartzog sobre isso comentam que:

A etapa mais básica na desidentificação é remover identificadores diretos (ou seja, os dados que identificam diretamente um único indivíduo, como o nome ou número do seguro social) ou substituí-los por pseudônimos ou aleatórios valores.¹²¹

A remoção ou encriptação¹²² de atributos do tipo identificadores é o primeiro passo para anonimização. Em um plano inicial, poder-se-ia definir anonimização quando são retirados os identificadores diretos dos indivíduos, exemplos, nome, números únicos de identificação (CPF, RG) e endereço residencial e eletrônico.

A tabela abaixo exemplifica uma forma de anonimização em que, num primeiro momento, é possível relacionar informações (sexo e diagnóstico) ao seu titular, porém, anonimizado o nome, com base nas informações restantes, não seria possível relacionar a informação ao titular. Vejamos:

TABELA – Exemplo de anonimização do titular (2020)

NOME	SEXO	DIAGNÓSTICO
Tício	Masculino	EBOLA
Caio	Masculino	COVID-19
Maria	Feminino	HIV

¹²⁰ AS principais técnicas de anonimização encontrados na literatura: k-anonymity, l-diversity, LKC-Privacy, t-closeness e b-likeness. (Gionis, A., Mazza, A., and Tassa, T. (2008). k-anonymization revisited. In Data Engineering, 2008. ICDE 2008. IEEE 24th International Conference on, pages 744–753. IEEE. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.432.324&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em 18 out 2020.

¹²¹RUBINSTEIN, Ira. HARTZOG, Woodrow. Anonymization and Risk (August 17, 2015). 91 Washington Law Review 703 (2016), NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 15-36, p. 710. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2646185>. Acesso em 06 nov.2020.

¹²² Sobre o tema anonimização e encriptação Machado e Doneda citam David Kaye (2016, p.7) “[...] ambos (criptografia e anonimato) são importantes veículos para a tutela e realização de direitos humanos na era digital, tais como a privacidade e a liberdade de expressão”. MACHADO, Diego; DONEDA, Danilo. Proteção de dados pessoais e criptografia: tecnologias criptográficas entre anonimização e pseudonimização de dados. Revista dos Tribunais. vol. 998. Caderno Especial. p. 99-128, São Paulo: Ed. RT, dezembro 2018. p. 100.

NOME	SEXO	DIAGNÓSTICO
*	Masculino	EBOLA
*	Masculino	COVID-19
*	Feminino	HIV

Fonte: Lievori (2020)

A pesquisa ora desenvolvida não tem por finalidade demonstrar o funcionamento de técnicas de anonimização, pois se trata de tema específico da ciência da computação e informação¹²³. Seria muita pretensão e até injusto com os estudiosos dessas ciências, tentar demonstrar o funcionamento das diversas técnicas de anonimização. Para o deslinde da pesquisa, basta dar conhecimento do que seja anonimização e que esta é passível de reversão, isso no viés da ciência jurídica.

Estando o dado anonimizado, não há incidência da LGPD, dado que o art. 12º, dispõe que os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins da Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido.

Ainda segundo Bioni, há países que em suas leis de proteção de dados adotam um “conceito expansionista de dados pessoais e, ao mesmo tempo, estabelecem uma dicotomia deste com dados anônimos”, o que ao seu ver implicaria risco de serem tautológicas”, gerando uma “redundância normativa”, pois “dados anônimos seriam, em última análise, potencial e provavelmente, dados relacionados a uma pessoa identificável”.¹²⁴ Visando não incorrer nessa “redundância normativa”, a opção legislativa foi em adotar um “filtro” para delimitar a elasticidade da ótica expansionista, especificamente o termo identificável, posto que, de outro modo, o limiar entre dados pessoais e dados anônimos seria ultrapassado.

¹²³ Algumas técnicas podem ser citadas: K-anonimato; l-diversity; LKC-Privacy; t-closeness; b-likeness. AFFONSO, Elaine Parra. SANT'ANA, Ricardo César Gonçalves. Preservação da privacidade no acesso a dados por meio do modelo k-Anonimato. PontodeAcesso. **Revista do Instituto de Ciência da Informação da UFBA**. Salvador. v.11, n.1, p. 20-41, abr. 2017. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/revistaici/article/view/13754/14661> >. Acesso em: 06 nov. 2020.

¹²⁴ BIONI, Bruno Ricardo. Compreendendo o conceito de anonimização e dado anonimizados. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 21, nº 53, p. 191-201, Janeiro-Março/2020.

Magrani relata a necessidade de utilização de técnicas de anonimização visando proteger a privacidade do titular dos dados:

[...] há riscos de violação da privacidade por conta da não proteção da conexão entre servidor e usuário. Apenas por meio de criptografia e demais ferramentas de anonimização haveria, segundo o autor, maior segurança de forma que somente pessoas autorizadas, como previsto no inciso II do art. 7º, teriam acesso aos dados.

Na LGPD, foi fixado o critério da razoabilidade para delimitar a abrangência do conceito expansionista. Seguindo o modelo da GDPR, a mera probabilidade de que um dado possa ser associado a uma pessoa não é suficiente para atrair o termo identificável. Como dito, a possibilidade de identificação (reidentificação) deve ser concreta e não uma hipótese ou probabilidade. Para entender melhor os requisitos para se considerar revertida a técnica de anonimização, passemos ao próximo item.

Em época de *Big Data*, Inteligência Artificial e internet das coisas, a importância de se ter dados pessoais anonimizados é que ao se realizar o tratamento de dados pessoais, notadamente pelos algoritmos de inteligência artificial, não se atrai a incidência da Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.709/2018. Portanto, em tese, a anonimização permitiria a operabilidade das TIC sem risco à privacidade do titular dos dados.

Cumprе ressaltar que a necessidade de dados anonimizado não é apenas para se manter a privacidade do titular dos dados quando esse pessoalmente manuseia algumas TIC. Existem situações em que os dados anonimizados são necessários para o funcionamento de serviço público ou privado.

A título de exemplificação, em pesquisa ao site do Supremo Tribunal Federal, foram encontrados julgados em que o tema anonimização foi objeto de análise. Uma forte demonstração de que o tema começa a ser judicializado no país.

Cite-se recente decisão (21 de agosto de 2020) do Supremo Tribunal Federal, exarada na Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 709 MC/DF), sob Relatoria do Ministro Roberto Barroso, na qual se discute a elaboração do Plano de Enfretamento e Monitoramento da COVID-19 para Povos Indígenas Brasileiros. Dentre vários assuntos, na aludida ADPF, discute-se a obrigatoriedade da União disponibilizar dados epidemiológicos e de capacidade instalada do sistema de saúde no Plano de Enfretamento e Monitoramento da COVID-19 para Povos Indígenas Brasileiros. Segundo a União, disponibilizar tais informações violaria o

direito à privacidade dos indígenas. O Ministro Roberto Barroso proferiu decisão determinando que a União disponibilize tais dados, porém, anonimizados. Segue trecho da decisão:

“[...] É o relatório. Passo à decisão.

7. Apreciação das Manifestações Oferecidas

8. Não há dúvida de que dados epidemiológicos ou de capacidade instalada do sistema de saúde são imprescindíveis à elaboração do plano. Por outro lado, **a preservação do direito dos indígenas à privacidade pode ser viabilizada com a anonimização das informações**, por meio da exclusão dos nomes e documentos de identificação dos indivíduos. Esse é, ao que tudo indica, o critério de divulgação utilizado pelo Ministério da Saúde para os cidadãos em geral (<https://opendatasus.saude.gov.br/dataset/casos-nacionais><https://opendatasus.saude.gov.br/dataset/casos-nacionais>).

9. De resto, o Plano efetivamente se estende longamente sobre ações passadas já realizadas, que não integram seu objeto, dado que o propósito da medida determinada em cautelar é a implementação de ações futuras, que complementem as ações já realizadas ou em curso. É, ainda, genérico quanto às ações propostas. 10. Diante do exposto, abro prazo à União para: (i) **disponibilizar os dados epidemiológicos individualizados anonimizados, dados das Fichas de Notificação e dados por aldeia**, nos termos indicados por ABRASCO e FIOCRUZ (fls. 39-40 da Nota Técnica em Resposta à Intimação n 2636/2020); e (ii) indicar capacidade instalada, recursos disponíveis e necessidades para implementação das ações. Os dados e informações deverão ser disponibilizados até 28.08.2020. [...]”.¹²⁵

Quando o tema trata de dados de saúde anonimizados, não se pode deixar de citar o conhecido caso de reidentificação ocorrido nos EUA, do Governador de Massachusetts, William Weld. Segundo consta a Agência Estadual de Seguros foi obrigado a liberar certos registros de hospitalização ao público para fins de pesquisa, isso depois de remover os identificadores diretos. A pesquisadora Latanya Sweeney obteve registros já desidentificados. Porém, com apenas gênero, data de aniversário e CEP, Sweeney foi capaz de reidentificar o governador de Massachusetts.¹²⁶ Ao que parece, o STF, ao determinar a decisão supra, desconsiderou a pesquisa de Latanya.

Em ação junto ao STF, o Mandado de Segurança 27091 do Distrito Federal, sob Relatoria do Ministro Roberto Barroso, julgado em 30/03/2017, discutiu-se a respeito da possibilidade de o Tribunal de Contas da União (TCU), para o exercício de suas

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 709 MC / DF**. Relator Ministro Roberto Barroso. Publicado em 21/08/20. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1129594/false>>. Acesso em 03 nov. 2020.

¹²⁶ RUBINSTEIN, Ira. HARTZOG, Woodrow. Anonymization and Risk (August 17, 2015). 91 **Washington Law Review** 703 (2016), NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 15-36, p. 711. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2646185>. Acesso em 06 nov.2020.

atribuições constitucionais, ter acesso direto a informações fiscais dos contribuintes. Em parte da decisão, foi assentado que:

[...] Por fim, ressalto que, em julgado recente (Acórdão nº 1.391/2016), o TCU alterou sua perspectiva a respeito do tema, requisitando da Secretaria da Receita Federal do Brasil *o compartilhamento de dados “anonimizados”, isto é, com ocultação da identidade dos sujeitos passivos*. Essa técnica, numa primeira análise, parece viabilizar a concordância prática entre a garantia de sigilo fiscal e a necessidade de controle da administração tributária. [...].

Diante disso, é notória a importância dos dados anonimizados para o bom funcionamento da sociedade da informação. Esse padrão de dados permitem o necessário compartilhamento de dados e tratamento de dados e, de alguma forma, manter a privacidade dos indivíduos.

1.5 REVERSÃO DE ANONIMIZAÇÃO

A operacionalização das TIC conduz não só ao tráfego, mas também à coleta e ao armazenamento de dados, sendo que o usuário, salvo se for alguém *expert* em assuntos de informativa, na maioria das vezes não tem a mínima noção de qual tipo de tratamento¹²⁷ será dispensado aos seus dados.

Houve época em que se imaginava existirem técnicas de anonimização de dados pessoais que garantissem total irreversibilidade da anonimização, o que se denominou de anonimização robusta.¹²⁸ Isso foi afirmado por Rubinstein e Hartzog “por anos, acadêmicos, profissionais e formuladores de políticas ficaram satisfeitos com a noção que os conjuntos de dados anônimos eram seguros”.¹²⁹

¹²⁷ A LGPD no artigo 5º, inciso X, conceitua tratamento como sendo “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”.

¹²⁸ OHM, Paul. Broken promises of privacy: responding to the surprising failure of anonymization. **UCLA Law Review**, n. 57, p. 1706, 2010. Disponível em: < <https://www.uclalawreview.org/pdf/57-6-3.pdf>>. Acesso em: 18 out 2020.

¹²⁹ RUBINSTEIN, Ira. HARTZOG, Woodrow. Anonymization and Risk (August 17, 2015). 91 **Washington Law Review** 703 (2016), NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 15-36, p. 710. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2646185>. Acesso em 06 nov.2020.

Porém, a partir de estudos e publicações de cientistas da computação, como Arvind Narayanan e Vitaly Shmatikov¹³⁰ e Latanya Sweeney¹³¹, foi demonstrado significativas falhas em técnicas de anonimização de dados.

O processo de reversão da anonimização é denominada de reidentificação, sendo definida por Rubinstein e Hartzog como “o processo de se determinar as identidades dos dados sujeitos cujos identificadores foram removidos do conjunto de dados”.¹³²

Os impulsionadores desses riscos seriam o Big Data¹³³ e os algoritmos de mineração de dados e de aprendizado de máquina. Quanto a essas TIC, procedeu-se abordagem anteriormente, quando se demonstrou como a sociedade é dependente delas.

Um dos grandes desafios na reidentificação de dados anonimizados são os Quase-Identificadores, que são atributos que podem ser vinculados a informações externas para identificar indivíduos unicamente.

Diante da possibilidade de reversão de anonimização apontada em estudos de ciência da computação, fato com implicações no universo jurídico, houve a necessidade de tratar o tema em norma de proteção de dados.

No Brasil, há uma lei específica que trata da proteção de dados pessoais, Lei nº 13.709/2018, porém, pelo fato desta ter sido inspirada na GDPR, antes de analisar a lei brasileira, serão feitos apontamentos sobre a norma europeia.

Considerando que a LGPD foi influenciada pela GDPR europeia, é importante tecer comentário sobre a análise realizada pelo Grupo de Trabalho de Proteção de Dados do Artigo 29, no Parecer 05/2014, ao enfrentar a temática anonimização de dados no contexto do direito da União Europeia, quando foram estabelecidos quatro critérios

¹³⁰ NARAYANAN, Arvind; SHMATIKOV, Vitaly. **How to break anonymity of the Netflix Prize dataset**. 2007. p. 3. Disponível em: [<https://goo.gl/RxggOU>]. Acesso em: 20.09.2020.

¹³¹ SWEENEY, Latanya. Simple demographics often identify people uniquely. Carnegie Mellon University, **Data Privacy Working Paper 3**, Pittsburgh, 2000. Disponível em: <<https://dataprivacylab.org/projects/identifiability/paper1.pdf>>. Acesso em 18 out 2020.

¹³² RUBINSTEIN, Ira. HARTZOG, Woodrow. Anonymization and Risk (August 17, 2015). 91 Washington Law Review 703 (2016), NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 15-36, p. 711. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2646185>. Acesso em 06 nov.2020.

¹³³ Em 2013, as universidades de Harvard e Louvain e o Massachusetts Institute of Technology publicaram na “Scientific Reports” um estudo intitulado “Unique in the crowd: the privacy bounds of human mobility”, informando que pessoas podiam ser rastreadas e identificadas a partir de dados anonimizados. Disponível em: < <https://www.nature.com/articles/srep01376>>. Acesso em: 18 out. 2020.

fundamentais das técnicas de anonimização, até porque pode ser que a Agência Nacional de Proteção de Dados brasileira siga alguns desses critérios. Vejamos:

- (i) a anonimização pode ser um resultado do tratamento de dados pessoais com a finalidade de impedir de forma irreversível a identificação do titular dos dados;
- (ii) várias são as técnicas de anonimização que podem ser utilizadas, visto que não há prescrição na legislação europeia de técnica específica;
- (iii) os elementos contextuais são muito importantes, ou seja, na avaliação deve ser tomado o conjunto “dos meios ‘susceptíveis de serem razoavelmente’ utilizados para identificação pelo responsável pelo tratamento e por terceiros”, de acordo com o estado da técnica; e
- (iv) à anonimização é inerente a existência de um fator de risco.¹³⁴

Vê-se, portanto, que, para o grupo de trabalho citado, a anonimização não é insuscetível de risco. Aliás, o pensamento de Purtova¹³⁵ corrobora isso, pois, dados antes tidos por anonimizados, em razão da velocidade em que se dá os avanços tecnológicos, podem se tornar dados pessoais, em uma operação reversa da anonimização, fenômeno que se denomina de reidentificação. O autor diz que a influência do constante avanço tecnológico atribui ao conceito de dado pessoal um caráter dinâmico, “*estado dinâmico*”, ou seja, haveria flexibilidade no conceito de dado pessoal. Por isso, segundo Warren, S. e Brandeis, L.O, as leis sobre privacidade devem evoluir sempre, em resposta às contínuas transformações tecnológicas.¹³⁶

A doutrina informa que, na LGPD, o legislador brasileiro forjou uma norma neutra tecnológica¹³⁷, pois não arrolou tecnologias específicas, que em razão do avanço tecnológico poderiam se tornar obsoletas. Preferiu-se utilizar um conceito indeterminado, qual seja, a razoabilidade, pois mesmo mudando a tecnologia, pode existir uma ressignificação do que seria razoável ou não. Porém, o legislador não deixou o tema sem

¹³⁴ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Opinion 5/2014 on Anonymisation techniques**. Bruxelas: [s. n.], 2014. p. 6-7. Disponível em: [http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp216_en.pdf]. Acesso em: 20.09.2020).

¹³⁵ PURTOVA, Nadezhda. **The law of everything**. Broad concept of personal data and future of EU data protection law. *Law, Innovation and Technology*, v. 10, n. 1, p. 47, 2018. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17579961.2018.1452176>>. Acesso em: 18 out 2020.

¹³⁶ WARREN, S. D. & BRANDEIS, L. D. op. cit. 1890

¹³⁷ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 273, p. 123-163, 2016.

fixar balizas, visando mitigar possível exacerbada discricionariedade na prática interpretativa.

Influenciada pela GDPR, que também prevê três fatores objetivos para como delimitar à razoabilidade, na LGPD, o art. 12, § 1º, leciona que “a determinação do que seja razoável deve levar em consideração fatores objetivos, tais como custo e tempo necessários para reverter o processo de anonimização, de acordo com as tecnologias disponíveis, e a utilização exclusiva de meios próprios”. Portanto, os três fatores são o estado da arte da tecnologia, o custo e o tempo. Logo, por esses critérios, será analisado quão custoso e moroso seria reverter um processo de anonimização, de acordo com as tecnologias disponíveis.

A referida análise não é estática, mas dinâmica, a considerar a evolução da tecnologia, baliza para se determinar o aporte financeiro e dispêndio de tempo para se reidentificar dado anonimizados¹³⁸. Bioni, exemplificando a possibilidade novas tecnologias, cita o lançamento do primeiro computador quântico, que seria um exemplo de grande salto tecnológico, vejamos:

Em 08.01.2019 foi lançado o primeiro computador quântico de uso comercial do mundo. Contudo, estima-se um período entre cinco e dez anos para que a computação quântica passe a ser adotada nos negócios. Assim, apesar de existente, essa tecnologia não compreenderia o estado da arte da tecnologia (ou meio técnico razoável disponível, nos termos da LGPD), tornando um encargo demasiado excessivo a expectativa de sua adoção.¹³⁹

Outro critério para análise da reversão de anonimização referido no art. 12 da LGPD é o subjetivo, o qual considera quem é o agente de tratamento de dados e se ele dispõe de “meios próprios”. Por esse critério, considera-se apenas a capacidade de engenharia reversa daquele que aplicou a técnica de anonimização, e não uma análise

Essas são as balizas que, na prática, devem ser consideradas para fins de se declarar de houve ou não reversão da anonimização. Óbvio que isso deve ser procedido por profissional qualificado, da área de engenharia computacional, sendo que, um juiz ou

¹³⁸ Segundo Fung, há duas formas reidentificar dados anonimizados. Primeiro, quando a identidade de um indivíduo pode ser reconstruída ou associada, segundo, com a divulgação de atributo, quando o valor de um atributo pode ser associado a um indivíduo, sem precisar ser associado a um registro específico. Fung, B. C., Wang, K., Fu, A. W.-C., and Yu, P. S. (2010). Introduction to Privacy-Preserving Data Publishing: Concepts and Techniques. Chapman-Hall. Disponível em: <https://www.academia.edu/24652325/Introduction_to_Privacy_Preserving_Data_Publishing>. Acesso em: 18 out 2020.

¹³⁹ BIONI, Bruno Ricardo. Compreendendo o conceito de anonimização e dado anonimizado. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 21, nº 53, p. 191-201, Janeiro-Março/2020.

outra autoridade sem conhecimentos técnicos específicos teria muita dificuldade em realizar essa análise sem apoio de profissional especializado.

Mesmo diante das normativas sobre anonimização, estudos apontam para a fragilidade das técnicas de anonimização. Em 2019, a Universidade de Louvain (Bélgica), em parceria Imperial College of Science, Technology and Medicine (Inglaterra), publicaram em estudo na *Nature Communications*, com o título "*Estimating the success of re-identifications in incomplete datasets using generative models*", evidenciando que um indivíduo pode ser reidentificado a partir de bancos de dados anonimizados, mesmo que esses dados estejam fragmentados. Concluiu-se que 99,98% dos americanos poderiam ser reidentificados por meio da associação de quinze atributos.

O estudo apontou que técnicas tradicionais de anonimização, a exemplo, “*adding noise*” (“adicionar distorções”, técnica consistente em incluir propositadamente informações imprecisas aos dados) e “*sampling*” (“amostragem de dados” técnica estatística consistente em selecionar um subconjunto de indivíduos de uma população para estimar as características de toda essa população) não são aptas para atender os padrões de segurança da privacidade previstas General Data Protection Regulation (GDPR) ou a *Consumer Privacy Act* (CCPA), Ato de Privacidade do Consumidor da Califórnia.¹⁴⁰

Ao mesmo tempo que há fragilidade nas técnicas de anonimização, por outro lado, não se pode desconsiderar que é uma ferramenta fomenta a proteção da privacidade. É melhor que um dado pessoal seja submetido a uma técnica de anonimização do que permanecer com a capacidade de expor a privacidade do titular dos dados. Por analogia, não é o fato de ser possível cerrar ou estourar um cadeado que deixará um portão sem o cadeado; até porque existe a máxima que “a ocasião faz o ladrão”. A técnica de anonimização, assim como o cadeado, pode ser “corrompida”, mas isso não lhe retira totalmente sua utilidade.

¹⁴⁰ ROCHER, Luc.; HENDRICKX, Julien M.; DE MONTJOYE, Y. Estimating the success of re-identifications in incomplete datasets using generative models. *Nat Communications* 10, 3069 (2019). Disponível em: <<https://www.nature.com/articles/s41467-019-10933-3>>. Acesso em: 18 out 2020.

Nesse contexto, cite-se o recente ataque de *ransomware*¹⁴¹ que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sofreu. Um dos maiores – senão o maior – ataque cibernético¹⁴² contra um órgão público no Brasil. Com certeza, o STJ aplicava várias ferramentas de segurança em seus sistemas, porém, nenhuma delas foi capaz de impedir o ataque do *hacker*, e nem por isso se deve desacreditar da capacidade de segurança aplicada. Diante de eventos assim, deve-se buscar melhorar a segurança¹⁴³ e corrigir o que gerou a falha de segurança, sem desacreditar totalmente nas ferramentas de segurança. Sobre o ataque, assim se manifestou o Presidente do STJ:

COMUNICADO

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) detectou, no dia 3 de novembro de 2020, um ataque hacker durante o período da tarde, quando ocorriam sessões de julgamento. Verificou-se que um vírus estava circulando na rede de informática do tribunal e, como medida de precaução, os links para a rede mundial de computadores foram desconectados, o que implicou o cancelamento das sessões de julgamento e impossibilitou o funcionamento dos sistemas de informática e de telefonia da Corte.

O presidente do Superior Tribunal de Justiça, ministro Humberto Martins, de imediato, solicitou providências à Polícia Federal, por meio de *notitia criminis*,

¹⁴¹ *Ransomware* é um “*malware* cujo objetivo é restringir o acesso ao sistema infectado, e exigir o pagamento de uma quantia em dinheiro para que o acesso seja reestabelecido, como forma de resgate. Agem bloqueando arquivos ou partes essenciais do sistema operacional infectado. Normalmente, fazem uso de algoritmos criptográficos para encriptar os arquivos, o que muitas vezes torna o acesso aos arquivos impossível de ser recuperado, sem a chave criptográfica. O uso de *ransomware* trata-se de um golpe, considerado uma ação de extorsão. Além disso nada garante que o criminoso que utiliza o malware forneça a chave para decifrar os arquivos, mesmo após o pagamento da quantia requisitada. CALDAS, Daniel Mendes. (2016). Análise e extração de características estruturais e comportamentais para perfis de malware. Dissertação de Mestrado. 82p. Publicação PPGENE.DM - 622 A/16, Departamento de Engenharia Elétrica, Universidade de Brasília, Brasília. p. 36. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/23110/1/2016_DanielMendesCaldas.pdf>. Acesso em: 05 de nov. 2020.

¹⁴² “Os *malwares* são programas desenvolvidos com o intuito de se infiltrar em um sistema de computador alheio de forma ilícita, para causar danos, alterações ou roubo de informações (confidenciais ou não). São considerados malwares os vírus de computador, worms, trojan horses (cavalos de troia), spywares, e outros”. CALDAS, id., 2016, p. 2.

¹⁴³ A exemplo, no dia 06 de novembro de 2020, o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região publicou em seu site informativo dando ciência de atualização da segurança do Processo Judicial eletrônico (PJe) : “A Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação do TRT5 informa que as ações e projetos da área de segurança da informação têm sido executados de acordo com as prioridades e planejamento sempre buscando a conformidade com as boas práticas e regulamentações exigidas. Após conhecimento dos incidentes sofridos pelo Superior Tribunal de Justiça (STF), foram antecipadas algumas medidas de segurança que já estavam programadas e outras ações indicadas por organizações especializadas em segurança da informação. Ainda na noite de 05/11/2020 ocorreu a atualização da versão do PJe, onde algumas atualizações de segurança também foram realizadas, causando alguns momentos de lentidão e indisponibilidade esperados, porém já plenamente normalizados. Já estava programada desde o início da semana manutenção na infraestrutura que deixará o PJe indisponível a partir de hoje 17h30 até domingo meio-dia, podendo ser restabelecido antes. BRASIL. **Publicação do TRT5**. Disponível em: <<https://www.trt5.jus.br/noticias/setic-trt5-antecipa-medidas-seguranca-informacao-que-ja-estavam-programadas>>. Acesso em 06 nov. 2020.

para que procedesse às devidas investigações. A pedido do presidente do STJ, o ministro da Justiça, André Mendonça, determinou a instauração de inquérito, que já tramita perante a Polícia Federal. O STJ está fornecendo todas as informações demandadas pela PF e acompanhando, passo a passo, os procedimentos investigatórios.

Em paralelo, a equipe da STI do STJ, juntamente com empresas prestadoras de serviços de tecnologia do tribunal, a exemplo da Microsoft, iniciou os procedimentos de recuperação dos ambientes dos sistemas de informática do Tribunal da Cidadania. As empresas designaram equipes especializadas para auxiliar o STJ na recuperação do ambiente tecnológico.

O Tribunal também está contando com a colaboração do Centro de Defesa Cibernética do Exército Brasileiro, para auxiliar a Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação do tribunal na restauração dos sistemas de informática.

O STJ esclarece que o ataque hacker bloqueou, temporariamente, com o uso de criptografia, o acesso aos dados, os quais, todavia, estão preservados nos sistemas de backup do tribunal. Permanecem íntegras as informações referentes aos processos judiciais, contas de e-mails e contratos administrativos, mantendo-se inalterados os compromissos financeiros do tribunal, inclusive quanto à sua folha de pagamento.

Na data de hoje (5), estão em andamento os trabalhos para reconstrução do ambiente de informática, mantida a previsão de retorno para o dia 10, nos termos da Resolução 25/2020, do Presidente do STJ.

Por fim, esclarecemos que, diariamente, serão prestadas novas informações até o completo restabelecimento dos sistemas de informática do STJ.

Ministro Humberto Martins Presidente do STJ/CJF”.¹⁴⁴

Logo, o acontecimento no sistema do STJ corrobora com aquilo dito anteriormente quanto a existência de uma tensão entre a necessidade das TIC para o funcionamento da sociedade da informação e a segurança e privacidade dos dados pessoais. Não há mais, neste estágio de sociedade, a possibilidade de retorno ao analógico e, sim, a necessidade de constante progressão das tecnologias de segurança e vigilância informacional. Quanto a esse cenário, Caldas relata que:

“A Tecnologia da Informação avançou rapidamente em pouco tempo (STALLINS, 2002). As instituições, tanto públicas quanto privadas, estão utilizando estes avanços tecnológicos para melhorar seus processos, as operações empresariais e o seu valor de mercado. Hoje em dia é possível pagar contas on-line, comprar desde livros a mantimentos, realizar transações financeiras diversas, e trabalhar à distância, inclusive lidando com dados de extrema sensibilidade (MARCIANO, 2006). Tal praticidade trouxe também um ponto frágil para as instituições. Uma vasta quantia de importantes e sensíveis dados ficam armazenados, concentrados, e fluem ao redor da internet, muitas vezes desprotegidos. Estatísticas para o ano de 2015 mostram que uma nova vulnerabilidade foi descoberta a cada semana (SYMANTEC, 2016).

¹⁴⁴ BRASIL. **Comunicado STJ**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/>>. Acesso em 05 de nov. 2020.

Acompanhando o surgimento de fragilidades nos sistemas de informática, é natural que o número de agentes maliciosos tenda a crescer”.¹⁴⁵

Assim, o fato da anonimização ser passível de reversão não gera completo esvaziamento do instrumento, até porque não se pode exigir coisas infalíveis produto da invenção humana. Da mesma forma que a tecnologia avança para se reverter anonimização, também, há que se considerar que ela pode avançar para criar técnicas mais robustas de anonimização. Entendimento esposado por Sant’ana:

A crescente demanda de acesso a dados e informações por meio das tecnologias implica na necessidade do aumento de recursos e melhorias em todas as fases do ciclo de vida dos dados, desde a coleta até a sua disponibilização, e cabe a Ciência da Informação o papel de desempenhar esta importante tarefa.¹⁴⁶

Nos próximos item, será analisada a competência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados para tratar do tema reversão de dados anonimizados e se isso afastaria do Judiciário a competência para avaliar reversibilidade de técnica de anonimização.

1.6 AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DADOS E ANONIMIZAÇÃO: INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO VIA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Por tudo aquilo que a pesquisa revelou até este momento, notadamente concernente à massificação do tráfego de dados pessoais impulsionado pelas TIC, com tendência de crescimento, está evidenciada a necessidade de existirem normas e instrumentos robustos para efetiva proteção à privacidade. Contudo, para sucesso das normas de proteção de dados previstas na LGPD, era necessário criar um órgão específico para fiscalização e regulação de dados pessoais. Para tanto, a LGPD criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

¹⁴⁵ CALDAS, Op. cit. 2016, p. 1.

¹⁴⁶ AFFONSO, Elaine Parra. SANT'ANA, Ricardo César Gonçalves. Preservação da privacidade no acesso a dados por meio do modelo k-Anonimato. PontodeAcesso. **Revista do Instituto de Ciência da Informação da UFBA**. Salvador. v.11, n.1, p. 20-41, abr. 2017. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/revistaici/article/view/13754/14661> >. Acesso em: 06 nov. 2020.

O artigo 5º, inciso XIX, da LGPD define a autoridade nacional como órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional.

Quanto a natureza da ANPD, o artigo 55-A leciona que se trata de um “órgão da administração pública federal, integrante da Presidência da República”. Porém, o §1º desse mesmo artigo dispõe que “a natureza jurídica da ANPD é transitória e poderá ser transformada pelo Poder Executivo em entidade da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada à Presidência da República”. Ou seja, pela dicção do parágrafo primeiro do artigo 55-A, esta definiu-se que a ANPD não tem *status* de agência reguladora.¹⁴⁷ O § 2º do artigo 55-A leciona que o Poder Executivo tem o prazo de até 2 (dois) anos da data da entrada em vigor da estrutura regimental da ANPD para transformá-la em entidade autárquica.

No que tange especificamente ao tema anonimização o artigo 12º, §3º da LGPD, leciona que “a autoridade nacional poderá dispor sobre padrões e técnicas utilizados em processos de anonimização e realizar verificações acerca de sua segurança, ouvido o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais”. Além, disso, o artigo 55º preceitua que é assegurada autonomia técnica e decisória à ANPD.

Para o deslinde da pesquisa, considerando a exegese do artigo 12º, §3º e artigo 55º da LGPD, é importante perquirir se as decisões da ANPD quanto aos padrões e técnicas utilizados em processos de anonimização estarão sujeitos ao controle judicial e, especificamente quanto a temática da pesquisa, se poderão ser objeto de produção antecipada de provas.

Considerando que, na atualidade, a ANPD é um órgão da administração pública federal, de antemão pode-se dizer que, no Brasil, as decisões administrativas de órgão da administração pública federal estão sujeitas ao controle judicial. Ainda, se porventura o

¹⁴⁷ Diante da incapacidade do Poder Legislativo de regular a contento todas as matérias atinentes aos diversos setores, tornou-se imperiosa a criação de entidades dotadas de competências fiscalizatórias, decisórias e normativas. Assim, em 1995 a ordem constitucional foi alterada para prever órgãos reguladores de telecomunicações (art. 21, XI, da Constituição Federal, modificado pela Emenda 8/95) e de petróleo (art. 177, § 2º, III, da Constituição Federal, modificado pela Emenda 9/95). A partir disso, surgiram as autarquias intituladas de “agências reguladoras”, a quem compete a regulação dos serviços públicos delegados e de atividades do setor privado de interesse público. Citem-se ainda a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel – Lei n. 9.247/96); a Agência Nacional de Petróleo (ANP – Lei n. 9.478/1997); a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel – Lei n. 9.427/1997); e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa – Lei n. 9.782/1999).

Poder Executivo decidir transformar a ANPD em entidade autárquica, mesmo assim, suas decisões estariam sujeitas ao controle judicial. Essa afirmação é produto da análise e de normas e o posicionamento dos Tribunais brasileiros.

De início, é importante frisar que jurisdição brasileira é uma e indivisível, fulcro no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, que também abraçou o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Logo, diante de possível desacerto na atuação da administração pública, os interessados podem pretender, junto ao Poder Judiciário, a correção dos atos administrativos. Contudo, quando se analisa a possibilidade de controle judicial da atividade regulatória não se pode desconsiderar a margem de discricionariedade da administração, elemento que interfere nos limites desse controle.

Também, segundo Di Pietro, há que se considerar que, após a ascensão do Estado Democrático de Direito, a administração não apenas deve se submeter à lei *stricto sensu*, mas a todo o ordenamento jurídico constitucional, constituído de regras e princípios expressos ou implícitos.¹⁴⁸

Há diversos posicionamentos doutrinários e judiciais quanto à possibilidade de revisão judicial das decisões das agências reguladoras, principalmente no que diz respeito aos limites de atuação do Poder Judiciário sobre os atos fruto do poder discricionário da Administração Pública. Alguns defendem que o Poder Judiciário só poderia invalidar decisões administrativas eivadas de nulidades ou determinar que a agência delibere sobre uma questão em caso de omissão, caso em que a decisão final ainda estaria afeta a autarquia. Por outra via, há dissidentes defendendo que o Poder Judiciário poderia impor obrigações materiais ou vedações às agências.

O principal argumento contra o controle judicial reside na grande discricionariedade técnica das agências. Porém, Guerra adverte que esse argumento é utilizado para afastar de forma simplista o controle desses atos pelo Poder Judiciário, arguindo que não haveria, nesse caso, um juízo discricionário puro, haja vista que administrador utilizaria juízos técnicos que, por serem científicos, permitem apenas uma única solução correta.¹⁴⁹ Por outra via, Krell defende que esse argumento não é absoluto, visto que os juízos técnicos estão suscetíveis a indeterminações e pluralidade de soluções

¹⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

¹⁴⁹ GUERRA, Sérgio. Controle Judicial dos Atos Regulatórios. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela (Org.). **Coleção Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 208.

válidas perante um caso concreto.¹⁵⁰ Segundo Guerra, seja com juízos de conveniência e oportunidade, seja com juízos técnicos, a gênese é uma atividade discricionária, por isso, ambos estão sujeitos a revisão pelo Poder Judiciário.¹⁵¹

São inúmeros os processos que discutem no Poder Judiciário atos administrativos de órgãos de regulação, seja envolvendo juízos de conveniência e oportunidade, seja juízos técnicos.

Cite-se o caso Nestlé-Garoto¹⁵² envolvendo o CADE, referente a um juízo de conveniência e oportunidade, pois com união dessas duas empresas haveria prejuízo à concorrência.

No que diz respeito aos juízos técnicos, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é no sentido de admitir o controle judicial. Vale citar o REsp 1.171.688/DF, interposto por TIM Celular S/A, em que o Min. Mauro Campbell Marques asseverou que:

[...] Em matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível - cautela que não se confunde com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo [...].¹⁵³

Ainda sobre a possibilidade de controle judicial em juízos técnicos, o Ministro Felix Fischer, à época Presidente do STJ, exarou que:

“Apesar de não haver margem de apreciação pelo Administrador nas denominadas 'discricionariedades técnicas', uma vez que este, diante de uma alternativa, deve obrigatoriamente adotar a melhor, o controle jurisdicional correspondente - em tese admissível - encontra sérias dificuldades diante de controvérsias puramente científicas, uma vez que a função do juiz não deve se resumir à chancela ou escolha aleatória de um dos laudos técnicos em confronto, de modo a evitar uma inversão de papéis, em que o perito seja transformado em juiz”.¹⁵⁴

¹⁵⁰ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 70.

¹⁵¹ GUERRA, Op. cit. p. 209.

¹⁵² Com a aquisição da Garoto pela Nestlé, esta poderia dominar o mercado trazendo prejuízo à concorrência.

¹⁵³ BRASIL. STJ, RECURSO ESPECIAL. **REsp Nº 1.171.688-DF 2009/0242534-7**, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. DJ: 01 jul. 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14604526/recurso-especial-resp-1171688-df-2009-0242534-7/inteiro-teor-14604527>. Acesso em: 09 out. 2020.

¹⁵⁴ STJ. SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. **SLS 001655**. Relator Ministro Félix Fischer. Publicado em 30/11/2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoess/toc.jsp?livre=DISCRICIONARIDADE+E+T%C9CNICOS+E+AG%CANCIA&b=DTXT&p=true>. Acesso em 31 out 2020.

Isso posto, conclui-se que o argumento da discricionariedade técnica não tem sido aceito pelo Poder Judiciário como argumento para se afastar a possibilidade de revisão de atos das agências reguladoras, mantendo-se hígido o princípio da inafastabilidade da jurisdição, a saber, uma garantia constitucional.

Esse entendimento aplicar-se-á aos futuros atos administrativos da ANPD, estando essa com *status* de agência reguladora ou não, seja em juízos de conveniência e oportunidade ou técnicos.

Dessa feita, não se esvazia de importância a presente pesquisa, pois, mesmo que a ANPD tome uma decisão sobre reversão de anonimização, pelas razões já postas, isso não seria empecilho ao controle do Poder Judiciário.

Ainda, há que se considerar que, em caso de inércia ou demora desrazoável da ANPD para emitir parecer ou decisão sobre reversão de anonimização, o controle pelo Poder Judiciário exerceria papel relevante sob o aspecto da segurança jurídica.

Também não se pode desconsiderar que a análise da reversão de dados anonimização não se tratar de questão puramente técnica, pois, o artigo 12º da LGPD¹⁵⁵ prevê a razoabilidade como critério para se considerar revertida ou não uma técnica de anonimização.

Diante disso, apresenta-se como opção relevante a análise da reversão de dados anonimizados via produção antecipada de provas, posto que a técnica garante a inafastabilidade do Poder Judiciário. Inclusive é sugestível pesquisa quanto à possibilidade de conjugação de negócio jurídico processual¹⁵⁶ com a técnica da produção antecipada de provas. Nesse raciocínio, não há prejuízo ao titular dos dados, porque a fase prévia da produção antecipada de provas não lhe retira a possibilidade de ajuizar, após, ação de conhecimento, pelo contrário, a prova produzida poderá ser útil a futura ação.

¹⁵⁵ Lei nº 13.709/08. Artigo 12: Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido. CASA CIVIL. Lei nº 13.709/18, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. [S. 1.], 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 26 out. 2020.

¹⁵⁶ Sobre o tema, foi aprovado no Enunciado nº 16 do FPPC: “O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”.

Há que se considerar os reflexos positivos que a produção antecipada de provas pode gerar, notadamente por efetivar o policentrismo e a comparticipação, valores do processo constitucional democrático, os quais devem ser disseminados em todo e qualquer procedimento, mesmo que se trate de questão técnica afeta a regulação, como é o caso da reversão de dados anonimizados.

2 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NA PERSPECTIVA POLICENTRISTA E COMPARTICIPATIVA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

O tema prova é um dos mais relevantes para o Direito, uma vez que provar “significa demonstrar a veracidade de um fato”¹⁵⁷. A prova cumpre primordial função em revelar os fatos objeto de um litígio. Essa importância se dá porque, em certa medida, a revelação dos fatos confunde-se com a revelação do próprio direito. Em outra perspectiva, não poderia o juiz declarar direito, notadamente em litígios que discute matéria de fato¹⁵⁸, sem fundar sua decisão em alguma prova.

Considerando a dita importância da prova, a técnica da produção antecipada de provas, porque é umbilicalmente conexa ao tema prova e cumpre também importante função, permitindo que, diante de determinadas circunstâncias – a exemplo, em casos de risco de dissipação da prova, mas não só nesse, pois o Código de Processo Civil de 2015 ampliou as hipóteses de cabimento – se produza uma prova antes da fase própria à sua produção, qual seja, a fase probatória ou instrutória.

Por muito tempo, a produção antecipada de provas foi vista apenas como um instrumento assecuratório da prova diante de *periculum in mora*, notadamente naquelas situações em que a prova estivesse sob risco de dissipação.¹⁵⁹

No estágio em que se encontra processual, balizado concepção do processo constitucional democrático, a definição e função da produção antecipada de provas se reveste de nova roupagem, redefinida para melhor servir à tutela do direito material, cujas nuances passam a ser objeto de análise.

¹⁵⁷ PELUZO, Cezar (Coord.). Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência: Lei 10.406 de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916. 3ª Ed. Rev. Atual. Baueri: São Paulo, Manole, 2009. p. 212.

¹⁵⁸ Via de regra, o objeto da prova são os fatos, porém, pode ser necessário fazer prova do direito previsto em legislação estrangeira, estadual, municipal ou em costumes, nos termos do art. 376 do CPC e art. 14 da LINDB.

¹⁵⁹ Quanto a divergência da natureza cautelar da produção antecipada de provas, recomenda-se a leitura de “MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo cautelar. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 257-258” que nega sua natureza cautelar e de “NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ações probatórias autônomas. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 39” defendendo a natureza cautelar, pois a produção teria como objetivo assegurar o resultado útil ao processo.

2.1 O DIREITO PROBANTE NA PERSPECTIVA POLICENTRISTA E DE COMPARTICIPAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITOS

De início, primando pela transparência e visando não frustrar o leitor, cumpre informar que não se fará uma análise histórica profunda da evolução do constitucionalismo e da ciência do direito processual, até porque, diante da riqueza desses assuntos, isso demandaria, por si só, pesquisas autônomas. Contudo, serão abordados acontecimentos relevantes à pesquisa, que são necessários para se compreender como o direito processual contemporâneo é impregnado e influenciado de valores do Estado Constitucional Democrático de Direitos.

O constitucionalismo é tido como um “movimento social, político e jurídico, cujo principal objetivo é limitar o poder do Estado por meio de uma constituição”.¹⁶⁰ Não se trata de acontecimento recente, pois segundo Karl Loewenstein citado por Nunes Júnior, o constitucionalismo pode ser identificado no período da antiguidade, junto ao povo hebreu.¹⁶¹ Fato marcante é que, independente do modelo de constitucionalismo, de uma forma outra ou de outra, nas variadas sociedades e respeitando as características de cada uma, sempre houve movimentos sociais para limitação do poder.

A partir do modelo de constitucionalismo no século XVIII¹⁶², marcado pelas Constituições da Córsega (1755), dos Estados Unidos da América (1787) e a Francesa (1791), constituição e direitos fundamentais passam a estar conectados. Essa característica foi importante para demais modelos de constitucionalismo que surgiram, na forma de tratamento dos direitos fundamentais.

¹⁶⁰ “Segundo NUNES JÚNIOR “a expressão foi cunhada por Robert Post e Reva Siegel, professores de Direito da Universidade de Yale, trata-se de uma proposta, marcada pelo pluralismo e pelo maior protagonismo dos demais intérpretes da Constituição, sem retirar a importância do Poder Judiciário”. NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2ª Ed. Rev. Atual. e Ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

¹⁶¹ LOENWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitución*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1964. *apud* NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de direito constitucional*. 2.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 46-47.

¹⁶² “No final do século XVIII os acontecimentos históricos na França abriram novas expectativas que se multiplicaram pela Europa e pelo mundo, o que favoreceu o surgimento e novos ideais na sociedade e habilitou os homens a ingressarem numa nova fase em suas relações com o aparelho do Estado”. FERNANDES, João Antônio da Costa. COSTA, Júlio Cezar. **Segurança Pública: convergência, interconexão e interatividade social**. Vitória: Edição do Autor, 2012, p. 53.

Com surgimento do movimento do constitucionalismo no século XX, alguns doutrinadores, tal qual Fazzalari¹⁶³, passaram a defender que o processo não deveria ser visto como instrumento meramente técnico e neutro dos valores do Estado Democrático de Direitos, sendo, também, um ambiente de participação democrática.¹⁶⁴

Insta informar que a teoria¹⁶⁵ de Fazzalari não é livre de crítica; aliás, na ciência jurídica, difícil encontrar uma que não seja. Marinoni tece algumas observações quanto aos problemas que ela apresenta:

[...] Quando Elio Fazzalari afirma o seu conceito de legitimidade pelo procedimento, o seu interesse deita-se sobre o contraditório, ou melhor, sobre a efetividade da participação em contraditório na formação da decisão judicial. Como o poder é exercido através do procedimento judicial seria suficiente para legitimar ou democratizar o exercício da jurisdição. Isto revela uma ideia de processo com conotação política, pois voltada a assegurar a participação igualitária das partes –, mas sem qualquer preocupação em sustentar a legitimidade da afirmação dos direitos fundamentais sobre a lei.

Fazzalari não está preocupado com o controle da lei a partir dos direitos fundamentais, até porque o controle de constitucionalidade, na Itália, é reservado à Corte Constitucional, tendo a jurisdição italiana uma feição bem distinta da brasileira. Fazzalari, não atento à legitimação da decisão que afirma os direitos fundamentais e os princípios constitucionais de justiça diante da ação legislativa, objetiva legitimar o exercício da jurisdição a partir da necessidade de participação em contraditório dos sujeitos que podem sofrer, em suas esferas jurídicas, os efeitos da decisão. De modo que a doutrina de Fazzalari, muito distante das teorias que buscam legitimidade ao juiz na aplicação das normas constitucionais, procura dar legitimidade apenas à atuação a lei e não legitimidade ao controle da constitucionalidade – e, especialmente, à supressão da omissão inconstitucional e à concretização dos direitos fundamentais que exigem prestações fáticas.

Frise-se, aliás, que a doutrina de Fazzalari não renega a substância das decisões por pressupor a indeterminabilidade dos direitos fundamentais – nos moldes das teorias procedimentalistas que estão no âmbito da teoria do direito. A teoria de Fazzalari está em estágio mais primitivo ou em outro patamar, pois, não se mostra preocupada com a legitimidade da decisão, mas apenas em legitimar a jurisdição pela participação em contraditório. Segundo Fazzalari, há processo quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não apenas – e obviamente – do seu autor (do juiz), mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que ambos possam desenvolver atividades que o juiz deva ter em conta ou que, embora possa não atender, não tenha como ignorar.

A teoria de Fazzalari tem dois problemas. Em primeiro lugar não se preocupa com o direito ao procedimento adequado à tutela do direito ou com a

¹⁶³ Sobre essa época, cite-se em 1958 a publicação de FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della doutrina*. **Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile, Milano**, Giuffrè, n. 3, 1958, p. 861-862.

¹⁶⁴ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. 8ª Ed. Elaine Nassif. Campinas/SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006.

¹⁶⁵ Didier cita Vilanova (VILANOVA, 2003, p. 80) para dizer que “Teoria é todo sistema de proposições orientado para um objeto com fim cognoscitivo”. DIDIER JR. Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo*, essa desconhecida. Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 35.

necessidade de o procedimento estar atento às necessidades do direito material, o que é obviamente imprescindível para a legitimidade do processo. Ademais, sequer passa perto do problema da legitimidade da atuação jurisdicional que assevera os direitos fundamentais diante da decisão da maioria parlamentar, circunstância que também reflete sobre o direito ao procedimento adequado à tutela do direito material, já que, por exemplo, a falta de técnica processual adequada pode ser suprida judicialmente com base no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, CF).¹⁶⁶

Há que se entender que as críticas dirigidas a teoria de Fazzalari, no entender de quem as faz, referem-se a sua incapacidade legitimar a decisão judicial, realizando apenas a legitimação da jurisdição pela participação em contraditório. Porém, mesmo diante da crítica, a doutrina de Fazzalari contribuiu para a evolução do entendimento quanto a necessidade de maior participação, ou melhor, de comparticipação.

Porém, cabe ressaltar, antes de se ter um processo com participação democrática, primeiro, é necessário existir um Estado Democrático de Direito, o que, no Brasil, só foi possível após o regime militar, com a ascensão da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, erigida sobre em duas bases, a democracia e a garantia dos direitos fundamentais, permitiu vislumbrar que o processo se transformasse, cada vez mais, em um ambiente de participação democrática e concretizador das garantias fundamentais.

Ainda sob a perspectiva da participação democrática, justificativas para se fomentar a criação de espaços públicos visando ampla participação democrática¹⁶⁷, inclusive no ambiente do direito processual, encontra respaldo na concepção habermasiana. Para Habermas “são válidas as normas às quais todos os possíveis

¹⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira. DIDIER Jr, Fredie Souza. (Coord.) **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 556-558.

¹⁶⁷ No Brasil, não é livre de críticas a teoria de Habermas: “[...] impossível pensar como uma população pode exercer plenamente sua cidadania, sem ter ao menos menores condições de sobrevivência asseguradas. O espaço público não pode ser o *locus* para as discussões que possibilitem a participação de toda a população porque ela, em sua grande maioria, está excluída do debate político. Sem a garantia das cinco dimensões dos direitos fundamentais – que será acrescido de mais algumas com o decorrer do desenvolvimento das sociedades humanas –, a teoria habermasiana não pode ser aplicada, fato que dificulta sua concretização em países subdesenvolvidos. Na teoria habermasiana, o conceito de espaço público é supervalorizado, acarretando que uma estrutura de taxionomia sociocomunicativa, sem nenhuma especificação mais concreta que impeça sua manipulação, sobreponha-se à Lei Maior e fragilize a normatividade dos dispositivos constitucionais, esvaziando a força de garantias jurídicas que protegem o desenvolvimento das sociedades humanas”. AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 232.

atingidos podem dar o seu assentimento na qualidade de participantes de discursos racionais”.¹⁶⁸ Logo, considerando que a tutela jurisdicional é um ato normativo¹⁶⁹, sua validade e legitimidade dependeria inexoravelmente da existência de normas processuais que garantissem aos sujeitos ampla participação democrática no processo.

Para melhor entender atual contexto da ciência do Direito Processual, além da análise da influência perpetrada neste pela CFRB/88, é importante, também, apresentar breve evolução de suas fases metodológicas. Para tanto, seguir-se-á proposta de evolução histórica de desenvolvida por Mitidiero.

Para Mitidiero, a história do direito processual se inicia no *praxismo*, fase tida como “pré-história do direito processual”, época em que o processo era visto como apêndice do direito material. Depois, seguiu-se ao *processualismo*, caracterizada pela busca do reconhecimento da autonomia científica do direito processual, quando houve o rompimento deste com o direito material e firmado o pensamento de que se trata de um instrumento puramente técnico e destituído de valores. Após, surge o *instrumentalismo*, fase em que entende indissociável a relação entre direito material e processo, porém, sofria influência de um protagonismo da lei, herança do Estado legislativo. Por fim, o *formalismo-valorativo*, atual fase metodológica, em que se tem uma aproximação e aperfeiçoamento das relações a Constituição e o processo.¹⁷⁰

O direito processual, durante longo período¹⁷¹, centralizou estudos e discussões apenas no aspecto teórico, notadamente sobre os temas processo, jurisdição e ação¹⁷². Não se pode dizer que foi uma fase esvaziada de sentido, até porque nela foram assentados

¹⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I, p. 142.

¹⁶⁹ A doutrina considera a sentença uma norma jurídica, concreta e individual, fundamentada em normas jurídicas gerais e abstratas. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria da ciência jurídica. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 162).

¹⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁷¹ “Ocorre que o direito processual é ciência nova, conta com menos de cento e cinquenta anos de autonomia do direito material, circunstância que limitou a difusão desses novos paradigmas de processo aos estudiosos do tema; mas agora, com o instrumental técnico legislativo e constitucional que foi posto à disposição de todos os juristas, a visão “moderna” e privatista do processo deve ser completamente abandonada, em prol da efetividade e da realização dos ideais constitucionais do Estado Democrático de Direito”. ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 9.

¹⁷² NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Edição Especial. 2008. p.14.

importantes conceitos para ciência do direito processual.¹⁷³ Ocorre que, nessa fase, houve exagerado apego a técnicas e formalidades ideologicamente neutras, sem considerar a necessidade de sua finalidade social.¹⁷⁴

No Brasil, após o advento da Constituição Federal de 1988, a qual foi firmada nas duas bases já antes comentadas, era necessário ressignificar sistema processual civil, representado não só por ele, mas principalmente pela Código de Processo Civil de 1973, visando assim compatibilizá-lo com as normativas da CFRB/88. Mediante a promulgação de várias leis, o que à época se denominou de “ondas reformistas”, a partir de década de 1990, iniciaram diversas alterações do CPC/73.

Na “primeira onda”¹⁷⁵ foram promulgadas seguintes leis: Lei nº 8455/92 (altera aspectos da prova pericial); Lei nº 8710/93 (altera a citação pelo correio); Lei nº 8898/94 (altera a liquidação de sentença); Lei nº 8950/94 (altera tema de recursos); Lei nº 8951/94 (cria a consignação em pagamento); Lei nº 8952/94 (cria as tutelas antecipada e específica, com medidas coercitivas de cumprimento dos atos judiciais); Lei nº 8953/94 (altera parte do processo de execução); Lei nº 9079/95 (instaura ação monitória).

Na “segunda onda” as alterações no CPC/73 foram por meio das leis: Lei nº 10352/01 (modifica o sistema de recursos); Lei nº 10358/01 (modifica diversos tópicos e consolida decisões mandamentais).

A terceira “onda reformista” se deu por meio das seguintes leis: Lei nº 10.444/02 (modifica pontualmente o processo de execução); Lei nº 11.232/05 (impõe sincretismo da execução); Lei 11.276/06 (modifica pontualmente os recursos); Lei 11.277/06 (instaura improcedência liminar); Lei 11.280/06 (instaura prescrição e decadência de ofício).

Ocorre que essa volumosa alteração legislativa não surtiu o resultado esperado, no sentido de ressignificar o Código de Processo Civil de 1973 na perspectiva dos valores

¹⁷³ Dinamarco comenta que “desfazer dogmas ou ler os princípios por um prisma evolutivo não significa renunciar a estes, ou repudiar as conquistas da ciência e da técnica do processo. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 14.)

¹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 24-25.

¹⁷⁵ Siqueira explica que “a expressão *onda renovatória*, em destaque no texto, é dos autores da Obra Teoria Geral do Processo, dos processualistas do Largo de São Francisco; citada no item anterior, foi utilizada pela primeira vez na edição refeita de 1990”. SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil**: as exceções substanciais no processo de conhecimento. 3.ed. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 15. Nesse caso, processualistas do Largo de São Francisco a que se refere são Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Carlos de Araújo Cintra.

democráticos da Constituição Brasileira de 1988, o que de certa forma era previsível pois, citando a canção bíblica, “ninguém deita remendo de pano novo em veste velha”¹⁷⁶.

Sobre a necessidade de compatibilizar a legislação infraconstitucional quando há alteração da Carta Magna, Mazzei comenta que:

Não se pode, portanto, pensar que as codificações (assim como qualquer legislação infraconstitucional) fiquem imunes se o paradigma constitucional for alterado. Há, em suma, necessidade de conformação do direito às opções postas na Constituição, postura esta que demanda a interpretação de todo sistema legal guiada pelo farol constitucional, notadamente quando se pretende plasmar na nação um verdadeiro Estado Democrático de Direito amparado em diploma constitucional.¹⁷⁷

Como antes dito, a Constituição Brasileira de 1988 definiu que sua base normativa seriam as regras e princípios próprios do Estado Democrático de Direito. Importante informar que, para alguns doutrinadores, é necessária a distinção entre regras e princípios, porém, há outros defendendo que ambas são normas e aptas a reger toda atividade de criação ou interpretação normativa.¹⁷⁸

Assim, a partir da Constituição de 1988, marco para o Estado Democrático Constitucional de Direitos, o processo passa a ser visto como instrumento de concretização dos direitos fundamentais, o que influi diretamente no exercício da Jurisdição e em toda dinâmica processual. Importante frisar que isso não é um fato isolado à experiência brasileira e, sim, resultado do movimento mundial de constitucionalização, em que não só o processo deve ser orientado e coordenado por princípios e regras da

¹⁷⁶ BÍBLIA. Tradução de João Ferreira Almeida. Rio de Janeiro: King Cross Publicações, 2008.

¹⁷⁷ MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Belo Horizonte, ano 12, n. 16, p. 177-204, jul./dez. 2014, p. 202.

¹⁷⁸ Frederico Magalhães Costa, em artigo sobre a (in)diferença entre princípios e regras, informa que: “A distinção entre regras e princípios se notabilizou após a construção teórica do filósofo americano Ronald Dworkin, seguida das contribuições do constitucionalista alemão Robert Alexy”. Ainda, em contraposição ao pensamento Dworkin e Alexy, cita o jurista finlandês Aulis Aarnio, relatando que “[...] não subsiste diferença estrutural ou hermenêutica significativa entre princípios e regras para efeito da construção da decisão jurídica, sobretudo porque, seja no âmbito da estrutura, do modo de aplicação ou de colisão, se trata de distinção que assume como necessárias qualidades que são meramente contingentes”. (COSTA, Frederico Magalhães. A (in)diferença entre princípios e regras: repensando a teoria dos princípios com Aulis Aarnio. **Rev. de Teorias do Direito e Realismo Jurídico**. e-ISSN: 2525-9601. Brasília. v. 3. n. 1. p. 104-126. Jan/Jun.2017. Recomenda-se a leitura, dentre outros, do “Valor Vinculante dos Precedentes”, de Hermes Zaneti Jr, 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, onde o autor propõe uma dissociação heurística no modelo de regras, princípios e procedimentos e também a obra “Hermenêutica Jurídica e Jurisdição (IN) constitucional: Para uma análise crítica da jurisprudência de valores” à luz da Teoria Discursiva de Habermas”, Belo Horizonte: Mandamentos, 2009, de Alexandre de Castro Coura, na qual é proposta uma diferenciação funcional entre regras e princípios como estratégia hermenêutica para efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Constituição, mas também demais normas infraconstitucionais.¹⁷⁹ Didier, quanto esse fenômeno, leciona que:

A constitucionalização do Direito Processual é uma das características do Direito contemporâneo. O fenômeno pode ser visto em duas dimensões. Primeiramente há uma incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direitos fundamentais. [...]. De outro lado, a doutrina passa a examinar as normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais, valendo-se, para tanto do repertório teórico desenvolvido pelos constitucionalistas.¹⁸⁰

Portanto, as normas da Constituição Democrática tornaram-se pressupostos de validade de todo o ordenamento jurídico, inclusive das normas de direito processual, visto que é no direito constitucional que estão assentadas as normas fundamentais do processo.¹⁸¹ Nesse novo cenário, é inconcebível pensar o exercício da jurisdição em ambiente processual que não seja regido pelas normas constitucionais.

Nessa toada, até porque a Constituição emana normas a todos ramos do direito, para Guerra Filho, o direito processual passa a ser visto como “uma espécie de direito constitucional aplicado”¹⁸², devendo se reconhecer a origem constitucional das normas jurídicas processuais, notadamente aquelas derivadas ou relacionadas às garantias do acesso à justiça e do devido processo legal.

Nessa perspectiva, dois preceitos indispensáveis à ideia de processo constitucional democrático se impõem, o policentrismo e a comparticipação.

Na perspectiva policêntrica, própria do estado constitucional democrático de direitos, o juiz deixa de ter um protagonismo exclusivo no processo, abandonando-se o solipsismo judicial, aumentando o leque de participação das partes. Isso é resultado do entendimento de que o processo é um espaço público de participação democrática e não mais um espaço em que o papel do juiz seja gerenciar a prova de força entre autor e réu.¹⁸³

¹⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. IN: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo democrático**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.235.

¹⁸⁰ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 15ª Ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 33.

¹⁸¹ SILVA; Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 4.

¹⁸² GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 25.

¹⁸³ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 143.

Por outra via, a comparticipação é exigência dos valores constitucionais do solidarismo social. Exemplos dessa colaboração são os esforços mútuos que as partes devem empreender para se alcançar no processo a realidade fática do ocorrido.

Isso não quer dizer que as partes deixarão o *status* de litigantes, a principal diferença é que agora devem litigar orientados pela boa-fé.¹⁸⁴ A boa-fé em comento é aquela disposta no art. 5º do Código de Processo Civil de 2015, a objetiva, entendida como norma de comportamento processual e não aquela relacionada à intenção do sujeito processual, denominada boa-fé subjetiva.

No Brasil, no que diz respeito à participação democrática, é justo citar a contribuição de Dinamarco, o qual, na célebre obra “A instrumentalidade do processo”, defendeu que a participação democrática não deveria ser exercida não apenas por instrumentos políticos¹⁸⁵, mas, também, no exercício da atividade jurisdicional, vejamos:

Democracia é participação e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar. Todas as formas de influência sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões.¹⁸⁶

No que diz respeito ao CPC/73, o grande empecilho para que nele se efetivassem o policentrismo e a comparticipação repousava na sua gênese, uma vez ter sido pensado e promulgado no período de regime militar. Por isso, defendia-se a criação de um novo Código de Processo Civil, inspirado em valores de uma Constituição Democrática. Esse cenário é comentado por Mazzei:

Com efeito, durante a primeira metade do Regime Militar foi promulgado um novo Código de Processo Civil (o de 1973), substituindo, em quase tudo, a codificação de 1939.

[...]

O trabalho confiado a Buzaid foi entregue em 1964, já no contexto do Regime

¹⁸⁴ MITIDIÉRO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro. **Revista do Advogado** n. 126 - O Novo Código de Processo Civil. Ano XXXV, maio de 2015. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2015, pp. 49-50.

¹⁸⁵ A Constituição Federal adotou vários instrumentos políticos: a) Participação dos trabalhadores e empregados nos órgãos públicos em que seus trabalhistas sejam deliberados (art. 10); b) Contribuinte pode examinar e questionar a legitimidade das contas dos Municípios (art. 31, §3º); c) Participação do usuário na administração pública direta e indireta (art. 37, §3º); d) Cidadão, partido político, associação ou sindicato podem denunciar irregularidades ao Tribunal de Contas (art. 74, §2º); e) Participação dos trabalhadores nos órgãos colegiados que organizam seguridade social (art. 194, parágrafo único, VII); f) Gestão democrática do ensino público (art. 206, VI); g) Colaboração da comunidade para proteger o patrimônio público (art. 216, §1º).

¹⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 171.

Militar, e foi apresentado, pelo próprio, ao Congresso Nacional em agosto de 1972, consoante se verifica do texto legal e da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, subscrita pelo próprio Alfredo Buzaid (não como autor do texto que se projetava para a codificação, mas como Ministro da Justiça da época – 1972).

Como é de trivial sabença, Alfredo Buzaid foi Ministro da Justiça, ocupando o posto de outubro de 1969 até março de 1974, ou seja, em exercício durante o governo do general Garrastazu Médici (provavelmente o período de maiores restrições políticas e autoritarismo na história do país).

[...]

Não foi por acaso que – na retomada ao caminho de um Estado Democrático – a codificação processual civil tenha sofrido numerosas reformas ligadas à efetividade e simplificação dos atos processuais (e, porque não, dos processos), assim como se instalou ao seu redor uma série de diplomas satélites para a efetivação de direitos até então não cogitados no seu perfil atual, como é o caso das ações coletivas.

Portanto, ainda que com méritos técnicos e de qualidade superior ao texto anterior, o Código de Processo Civil de 1973 não foi capaz de oferecer à sociedade, em plenitude, os instrumentos de acesso à justiça. Em verdade, a ausência de preocupação social percebida na codificação impediu que o avanço da doutrina e da jurisprudência ocorresse naquele momento de forma mais rápida em relação a práticas ligadas ao que se denomina “as novas tendências no processo civil.”¹⁸⁷

Assim, o Código de Processo Civil de 2015, Lei 13.105/2015, é uma resposta do legislador aos reclamos para se adequar o processo civil ao ideal democrático referido na Constituição Federal de 1988, principalmente para efetivação dos direitos fundamentais de natureza processual.

Vale informar que, segundo Mazzei, não foi unânime o desejo de se construir um novo código de processo civil, pois, alguns processualistas defendiam que o Código de Processo Civil de 1973 poderia permanecer, sendo necessária apenas uma mudança de mentalidade do intérprete, vejamos:

No sentido, merece gizar que entre as conclusões do I Encontro de Jovens Processualistas – evento promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) no fim do ano de 2008¹⁰⁸ – ficou assentado em Plenário (assim como nos grupos de discussão, de forma unânime) que não era necessária a confecção de um ‘novo CPC’. Conclui-se que bastava que fosse adotada uma mudança de mentalidade do intérprete, já que impossível dissociar o texto codificado nos ditames constitucionais. Sem prejuízo de tal importante constatação comum, os grupos de trabalho também concluíram que existiam algumas contradições na codificação em vigor, deslizes estes que espalhavam de formas variadas (como, em exemplos, o uso de semântica inadequada e a existência de incompatibilidades injustificadas com o Código Civil de 2002). De toda sorte, a conclusão mais importante do Encontro de

¹⁸⁷ MAZZEI, Op. cit. 2014, p. 189-197.

Jovens Processualistas foi a imperiosa necessidade do arejamento da codificação processual de 1973 a partir do modelo democrático de processo ditado pela Carta Magna de 1988.¹⁸⁸

Nesse ainda recente Código de Processo Civil de 2015, que paulatinamente vai sendo maturado e aperfeiçoada sua compreensão, foram introduzidas importantes alterações, notadamente no capítulo inaugural, que define a base principiológica e orienta a interpretação das demais normas constantes nesse *Códex*. Ressalte-se que esse código repete alguns princípios constitucionais, trazendo, outrossim, princípios não-constitucionais que também funcionarão como vetores interpretativos de todo o regramento processual civil.

Na formulação dessa base principiológica do CPC/2015, seguiu-se tendência já defendida na doutrina nacional, a exemplo na tese de doutoramento de Nunes, quanto à importância de se seguir um viés mais democrático, visando a um processo firmando em premissas policêntricas e participativas,¹⁸⁹ para garantir a participação social no diálogo processual em oposição ao anterior isolado protagonismo do juiz.¹⁹⁰

Esse policentrismo¹⁹¹ está consubstanciado no artigo 6º do Código de Processo Civil ao dispor que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Trata-se de uma norma fundamental do processo civil, assim dita pelo legislador, no Capítulo I do Título Único do Livro I, presente na Parte Geral do Novo CPC.

¹⁸⁸ MAZZEI, idem. 2014, p. 203.

¹⁸⁹ “Já nessa tese se defende que o procedimento é constitutivo de todo o processo de decisão, de modo que para o aqui defendido processualismo constitucional democrático a participação e o policentrismo são institutos de um processo normativamente disciplinado pelos direitos fundamentais”. NUNES, Dierle José Coelho. Op. Cit, 2008, p.104.

¹⁹⁰ LENIO STRECK, ao se referir a cooperação processual prevista no artigo 6º do CPC/15, defende que não se trata de um princípio, sendo este incompatível com a CFRB/88, “normatizando uma porta de entrada para o já superado socialismo processual”. STRECK, Lenio Luiz. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou "colaboração no processo civil" é um princípio? **Revista de Processo**, vol. 213/2012, p. 13. Nov / 2012. Ainda em: STRECK, Lenio Luiz. **A Cooperação Processual no Novo CPC é incompatível com a Constituição**, CONJUR, 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>. Acesso em 10 de out 2020.

¹⁹¹ Dierle Nunes menciona que PICARDI se apoiou na teoria fazzalariana para explicar a perspectiva da técnica policêntrica: “O processo é policêntrico, já que envolve sujeitos diversos”. (PICARDI, 2006, P.208 *apud* NUNES, Dierle José Coelho. Participação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil. Belo Horizonte, 2008, 217 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008. p. 161.

Influenciado por essa nova base normativa fundamental, pela perspectiva do policentrismo e da participação, é que Código de Processo Civil 2015 insere relevantes e inovadoras alterações na temática das provas. Dentre elas, cite-se a ata notarial (art. 384, CPC/15), a distribuição dinâmica no ônus da prova (art. 373, §1º, CPC/15), flexibilização do procedimento probatório, convenção sobre o ônus da prova (art. 373, §3º e §4º, CPC/15), supressão do livre convencimento motivado e o procedimento autônomo de produção antecipada de provas (art. 381, CPC/15).

O Código de Processo Civil de 2015 recepciona as ideologias do policentrismo e da participação, emanadas do processo constitucional democrático, promovendo necessária aproximação das normas processuais civis às normas constitucionais. Dentro desse novo ambiente de processo constitucional democrático e cooperativo, dotado de policentrismo e de flexibilização do procedimento, é que se cria um ambiente propício para reformular de questões processuais relacionadas à prova. A seguir, será analisado o surgimento do “direito à prova”.

2.2 DIREITO AUTÔNOMO À PROVA

De início, vale lembrar que o direito à prova e sua ampla produção tem base constitucional, assentado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição República Federativa Brasileira de 1988, sendo uma das garantias fundamentais ao devido processo legal. Ainda, encontra-se sedimentado no artigo 8º¹⁹², do Pacto de São José da Costa Rica (este recepcionado pelo Dec. 678/1969), e no artigo 14¹⁹³, inciso I e alínea “e”, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (recepcionado pelo Dec. 592/1992). Logo, diante dessas previsões em norma constitucional e supraconstitucional, o tema prova mostra-se relevantíssimo.

¹⁹²Artigo 8º - Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

¹⁹³ Artigo 14.1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. [...] e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;

No Brasil, considerando o atual estágio do direito processual, influenciado por uma constituição democrática que prevê diversos direitos fundamentais e, também, pelo Código de Processo Civil, o qual possui nova base normativa, torna-se imperioso abdicar da concepção de que o processo seja apenas instrumento de concretização do direito material. Para além disso, processo contemporâneo deve estar comprometido com a efetivação da justiça material e dos direitos fundamentais. Para o processo cumprir esse desiderato, era necessário remodelar a concepção do direito a prova.

Cumprе salientar que o direito a prova foi sendo modificado a longo do tempo, inclusive, por influência dos modelos de Estado. Do Estado Liberal, adepto a ideia de liberdade, passado pela Estado Social, que buscou a igualdade material até Estado Constitucional, movido pela solidariedade, em cada um deles, o tema provas teve um viés.

Inicialmente, a prova tinha como único destinatário o juiz, o qual deveria zelar pela produção e preservação da prova. Associava-se a importância de se preservar a prova diretamente a atividade de julgamento do juiz, a uma sentença de mérito típica, aquela em que o juiz é quem declara o direito. Ou seja, o juiz era visto como o único destinatário da prova, posto que era ele quem isoladamente faria a interpretação da prova para dizer o direito, chancelando, assim, verdadeiro solipsismo judicial.

Nunes, citando Habermas¹⁹⁴, comenta que essa atividade judicial solipsista sofre críticas na doutrina habermasiana, pois o juiz não pode ser visto como sujeito processual dotado de “privilégio cognitivo” na criação da decisão judicial, sob pena de se vetar o ambiente discursivo do processo.

Em época passada, quando o Direito processual estava jungido de valores de normas individualista e privatistas, próprias do movimento constitucional em que estava inserido, não havia ambiente para um direito autônomo à prova. Porém, com o evoluir do pensamento constitucional, os valores emanados das normas constitucionais do estado democrático de direito passaram a influir no Direito Processual, propiciando o debate quanto a um direito autônomo à prova.

No que concerne ao CPC/73, o qual não foi pensado sob influência dos valores democráticos da CFRB/88, majoritariamente era defendido que para se produzir uma

¹⁹⁴ Habermas, 1994, p. 272 *apud* NUNES, Dierle José. 2008, Ob. Cit. p. 22.

prova antes do processo principal era necessário existir uma situação de urgência, suficiente para evidenciar risco de dissipação da prova ou risco ao resultado útil processo principal.

O CPC/73 previa ações probatórias autônomas: a produção antecipada de provas, prevista no art. 846, a qual tinha por requisito a urgência, exclusiva para produção de prova oral e pericial; a ação cautelar para exibição de documento ou coisa, prevista no art. 844; a ação de justificação, prevista no art. 861, destinada à produção da prova testemunhal, para se justificar a existência de algum fato ou relação jurídica. Todas essas ações estavam localizadas no Livro do Processo Cautelar, o que, à época, gerava considerável divergência doutrinária quanto à natureza, cautelar ou não, dessas ações.¹⁹⁵

Os exemplos citados evidenciam que a antecipação da prova se restringia às hipóteses de urgência, seja em relação à possibilidade de deterioração da prova ou pelo risco de inutilidade do processo principal, pela ausência da prova. Portanto, “não se encarava a prova como um fim em si mesmo”¹⁹⁶, aceção apenas possível quando se vê a prova como um direito autônomo. Condicionava-se a produção antecipada ao risco ou impossibilidade de fazê-lo no momento processual adequado.

Antes da promulgação e vigência do CPC/2015, no Brasil, havia esparsos trabalhos acadêmicos defendendo o cabimento ações probatórias autônomas sem que se exigisse como requisito a comprovação do risco de dissipação da prova. Nesse contexto nacional, são importantes as pesquisas desenvolvidas por Flávio Luiz Yarshell¹⁹⁷ e Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁹⁸, que defendiam a autonomia do direito à prova.

Flávio Luiz Yarshell assentou importantes premissas para se distinguir o “direito de provar” do “direito à prova”. Para ele, o primeiro refere-se ao “direito de empregar todos os meios disponíveis para a demonstração da verdade”¹⁹⁹. Ao passo que, o segundo

¹⁹⁵ Alguns defendiam que a produção antecipada de provas não possuía natureza cautelar: MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014, p. 257-258. Outros defendiam que possuía natureza cautelar: SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 327.

¹⁹⁶ AMARAL, Leticia Silva. **Direito autônomo à prova**. Dissertação. (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017, p. 29.

¹⁹⁷ YARSHELL, Flávio. Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹⁹⁹ YARSHELL, 2009. p. 232-234

é o direito à obtenção da prova, de se produzir uma prova dissociada da obrigatoriedade de vinculação dessa a uma pretensão. Para Yarshell:

[...] o direito à prova pode ser entendido, então, como direito simplesmente à obtenção de certa providência de instrução, sem a necessária vinculação direta com o direito de ação exercido para pleitear a declaração do direito (ou com o exercício da defesa no processo instaurado nesses termos) relativamente a uma dada situação substancial. Sob esse prisma, o direito à prova ganha, em certo sentido, autonomia.²⁰⁰

Sob essa perspectiva, a prova se destina, também, ao esclarecimento dos fatos para as partes. Conhecer os fatos por meio de uma prova autônoma, antecipada, é potencialmente capaz de conduzir as partes a diversos comportamentos que se alinham ao pensamento do policentrismo e da comparticipação processual. Esse novo delineamento direito probante, de viés constitucional, rompe o paradigma de que prova é exclusivamente dirigida ao juiz para fim único desse formar o seu convencimento quanto aos fatos objeto da demanda. O novo pensamento erigido é que a prova é instrumento também, à formação da convicção das partes, até mesmo visando que essas possam traçar suas estratégias processuais de forma mais qualificada, policêntrica e em comparticipação. Neves ressalta a relevância de se obter antecipadamente a prova:

[...] a obtenção da prova de determinados fatos – em teses favoráveis ao requerente, titular do direito material – poderá levar o requerido a adotar determinada postura que não adotaria diante da incerteza fática anterior. Não é absurda a hipótese de, ao ser demonstrado determinado fato, restar claro o direito do requerente, o que forçará o requerido a celebrar uma transação extrajudicial ou até mesmo a satisfação do direito para evitar uma demanda judicial em que já sabe sairá derrotado.²⁰¹

Guaragni e Kozikoski, afirmam que Código de Processo Civil de 2015 transformou o direito material à prova a um direito próprio, vejamos:

Um sistema processual comprometido com a solução eficiente de conflitos, entretanto, deve possuir um regime probatório funcional. A concepção clássica entende a prova como um meio “de aproximar o julgador da verdade possível a respeito dos fatos articulados e debatidos pelos sujeitos do processo para, a partir de seu delineamento, tornar-se viável a prestação de tutela jurisdicional”. O CPC/2015, por sua vez, estendeu essa noção para além do caráter meramente instrumental, fazendo do direito material à prova “um direito ‘próprio’ e que, como tal, pode constituir o objeto de uma demanda, cujo pedido (único) consistirá na realização da prova, pura e simplesmente.²⁰²

²⁰⁰ YARSHELL, 2009, p. 211.

²⁰¹ NEVES, Op. cit. 2008. p. 29.

²⁰² GUARAGNI, Giovanni Vidal. KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Produção antecipada de prova ou ação autônoma de exibição de documento:** a controvérsia sobre a prova documental no CPC/2015. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 3. Setembro a Dezembro de 2019. p. 156.

É dizer que se trata-se de um direito autônomo à prova, posto que, “os interessados podem pleitear, junto ao Estado, uma pretensão de busca, obtenção e produção de providências de instrução, sem que, para tanto, haja estrita vinculação a um direito material”.²⁰³

Porém, insta frisar, que não é isento de crítica o argumento de que a prova também se destina as partes. Nesse sentir, Wambier e Talamini sustentam que “toda a atividade probatória no curso do processo deve ser direcionada ao juiz, que é o destinatário da prova”.²⁰⁴ O argumento desses autores é que o fato de um litigante se convencer do direito do outro no curso do processo e, por isso, submeter-se voluntariamente à pretensão da parte adversa, é resultado da verdade dos fatos revelada pela prova, o que justificaria guinar o eixo da destinação da prova. Porém, com todas as vênias, tal pensamento não está alinhado com as ideologias de participação e policentrista, próprias de um processo constitucional democrático.

Em sistema processual que zela pelo policentrismo, no qual o protagonismo deve ser pulverizado entre os sujeitos do processo, a antecipação de provas exerce relevantes funções, dentre elas, de convencer os possíveis demandantes quanto às suas reais possibilidades de êxito em demanda futura. Ilustrativo disso é o conhecimento prévio de fatos por meio da antecipação de provas atua em via de mão dupla, estimulando o ajuizamento da ação àqueles que se convenceram da robustez de suas provas ou, desestimulando, na medida que se estará conscientiza da fragilidade da prova, que não será suficiente para a parte de desincumbir do seu ônus.

2.3 NATUREZA JURÍDICA DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Como dito anteriormente, “o direito material à prova é um direito ‘próprio’ e que, como tal, pode constituir o objeto de uma demanda, cujo pedido (único) consistirá na

²⁰³ CARVALHO FILHO, João Francisco Liberato de Mattos. **Prova Antecipada no Código de Processo Civil Brasileiro**. 245f. Salvador, 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação da Universidade Federal da Bahia (UFBA), p. 66. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/24176/1/JO%c3%83O%20FRANCISCO%20LIBERATO%20E%20MATTOS%20CARVALHO%20FILHO.pdf>. Acesso em 17 set. 2020.

²⁰⁴ WABIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.103

realização da prova, pura e simplesmente”²⁰⁵. Logo, partindo desse entendimento, a produção antecipada de provas é uma demanda, uma ação autônoma.

A natureza jurídica da produção antecipada de provas já foi alvo de debate doutrinário, principalmente pelo fato desse procedimento não resolver propriamente um litígio.²⁰⁶

Hoje, não há dificuldade em se reconhecer que a produção antecipada de provas se trata de uma ação, concepção que decorre, inclusive, da evolução do pensamento quanto direito autônomo à prova, visto anteriormente. Por isso, a antecipação de provas gera um processo independente pelo qual o autor pretende uma tutela jurisdicional.

Entretanto, mesmo diante influência do constitucionalismo na concepção do direito autônomo à prova, registre-se que existem divergências se a produção antecipada de provas é de jurisdição voluntária ou contenciosa. Bedaque adverte que essa distinção não é mero capricho da academia, posto que reverbera em situações práticas, vejamos:

A importância da distinção não é meramente acadêmica. Tem consequências práticas importantes. Basta mencionar a coisa julgada material, qualidade que apenas a sentença proferida em processo contencioso pode adquirir. Em consequência, são diferentes os meios processuais destinados à impugnação de sentenças proferidas em processos contenciosos ou voluntários (rescisória ou ação anulatória).²⁰⁷

Humberto Theodoro Junior, por sua vez, leciona que se trata de jurisdição voluntária²⁰⁸. Ao passo que outros, a exemplo de que Wambier e Talamini, defendem se tratar de uma ação de jurisdição contenciosa²⁰⁹, o que está alinhado com Código de Processo Civil, no artigo 382, §1º, quando diz que “o juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser

²⁰⁵ GUARAGNI, Op. cit. 2019. p. 156.

²⁰⁶ Para Eduardo Talamini, “hoje, mesmo a “jurisdição voluntária” tem sua natureza jurisdicional reconhecida pela maior parte da doutrina, a despeito de nela não se resolver propriamente um litígio”. TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015. **Revista de Processo**. vol. 260/2016. p. 75 – 101. Out. 2016. p. 2

²⁰⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 5ª Ed. Rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 85.

²⁰⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. (livro eletrônico) 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

²⁰⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.180.

provado, salvo se inexistente caráter contencioso”. Ou seja, o próprio legislador admite que, na produção antecipada de provas, exista contenção ao interesse da parte contrária.

Um terceiro e mediano posicionamento defende que a produção antecipada de provas tem a natureza do processo no qual será carreada. Nesse sentido, Tesheiner leciona que:

“Na verdade, a produção antecipada de provas tem a natureza do processo em que se insere. Há, pois, produção administrativa de provas, como há produção de provas em processo de jurisdição voluntária e em processos de jurisdição contenciosa. Atividade exercida pelo juiz no processo é atividade jurisdicional. O caráter instrumental das medidas probatórias não é suficiente para a sua inserção no âmbito das atividades de administração. A recepção de provas em processo contencioso é ato de jurisdição contenciosa”.²¹⁰

Esse posicionamento de Tesheiner, embora emitido na vigência do CPC/1973, é atual no aspecto científico do pensar a natureza jurídica da produção antecipada de provas. Mesmo na vigência do CPC/2015, é possível aplicar o mesmo entendimento. Aliás, o §1º do artigo 382 do CPC/2015 irradia essa ideia, quando admite a possibilidade de existir ou não que caráter contencioso na produção antecipada de provas. Obviamente que esse caráter contencioso a que se refere o legislador é definido perquirindo para qual finalidade se está antecipando a produção da prova.

Diante disso, dizer que a produção antecipada de provas é somente uma jurisdição voluntária ou contenciosa, além de afrontar a exegese do §1º do artigo 382 do CPC/2015, ainda, desconsidera para qual finalidade a produção antecipada de provas foi realizada.

Divergências à parte, considerando a exegese do *caput* do art. 381 do Código de Processo Civil de 2015, evidencia-se que se trata de uma ação, até porque haverá petição inicial e, também, juízo de sua admissibilidade para se verificar a necessidade de antecipação da prova.

2.4 FUNÇÃO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

A produção antecipada de provas, na forma prevista no Código de Processo Civil de 1973, era cabível apenas quando se tinha interesse em preservar prova que estivesse sob risco de dissipação. Assim, diante de *periculum in mora*, o juiz poderia determinar que a prova fosse produzida antes mesmo de existir ação principal. Ocorre que esta função

²¹⁰ TESHEINER, José Maria Rosa. **Jurisdição voluntária**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992, p. 157.

não mais atendia aos anseios de um processo regido por normas constitucionais, estas extraídas de uma constituição democrática, já expostas no item anterior.

No Código de Processo Civil de 1973, a produção antecipada de provas era regida pelos seguintes dispositivos:

Art. 846. A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial.

Art. 847. Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução:

I - se tiver de ausentar-se;

II - se, por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor.

Art. 848. O requerente justificará sumariamente a necessidade da antecipação e mencionará com precisão os fatos sobre que há de recair a prova.

Parágrafo único. Tratando-se de inquirição de testemunhas, serão intimados os interessados a comparecer à audiência em que prestará o depoimento.

Art. 849. Havendo fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, é admissível o exame pericial.

Art. 850. A prova pericial realizar-se-á conforme o disposto nos arts. 420 a 439.

Art. 851. Tomado o depoimento ou feito exame pericial, os autos permanecerão em cartório, sendo lícito aos interessados solicitar as certidões que quiserem.²¹¹

O Código de Processo Civil de 2015 reformulou o tema da produção antecipada de provas, ampliando suas hipóteses de cabimento. Vejamos:

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.²¹²

Ao analisar o dispositivo do CPC/15 precitado, é possível perceber que houve uma mudança na acepção da função da produção antecipada de provas.

²¹¹ BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm> aceso em: 11 de out 2020.

²¹² BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> aceso em: 11 de out 2020.

O inciso primeiro do art. 381 do CPC/2015 dispõe sobre hipótese de produção antecipada que remonta à concepção tradicional, qual seja, a necessidade de se demonstrar o risco de dissipação da prova. Aqui, não há nada de pejorativo na expressão tradicional, utiliza-se esta apenas para se fazer distinção do novel fundamento em que se assentam as demais hipóteses.

No que diz respeito aos incisos II e III do artigo 381 do CPC/2015, esses foram previstos apoiados na concepção do direito autônomo à prova. Ainda, com esta previsão, o legislador unificou a produção antecipada de provas e a justificação, em um único procedimento, por meio do qual é possível pleitear a produção de qualquer prova, sem demonstração de urgência.

2.5 LEGITIMIDADE PARA A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Relevante análise diz respeito à legitimidade para a produção antecipada de provas. Diz-se isso pois, à luz do pensamento policentrista do processo constitucional democrático, não se deve reconhecer a legitimidade ativa da produção antecipada de provas apenas para o jurisdicionado potencialmente capaz de figurar no polo ativo de futura ação.

Essa observação é importante, uma vez que há pensamento doutrinário que restringe a legitimidade ativa apenas à pessoa do autor de futura ação. Sobre isso, Augusto Barnabé é adepto a esta restrição e justifica seu posicionamento questionando: “como pode alguém que ainda não é réu, mas, podendo vir a sê-lo, requerer produção antecipada de provas se ainda não sabe o objeto da ação, isto é, nas ações ainda não propostas?”²¹³

Negar a legitimidade ativa para a produção antecipada de prova a possível réu em ação futura, sob a justificativa de que esse réu não sabe o objeto da ação futura, é um argumento desenvolvido sob a ultrapassada ideia de a parte possui apenas “direito de provar”, desconsiderando que a parte, seja ela autor ou réu, possui também um “direito à prova”, como antes já comentado.

²¹³ BARNABÉ, Augusto Ngongo. **Direito probatório**. Dissertação. (Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Civilísticas) Universidade de Coimbra. 2014. p. 53. Disponível em <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/35121/1/Direito%20probatorio.pdf>> acesso em 17 de outubro de 2020.

Ao se considerar, como antes já comentado, que o direito à prova é um direito fundamental, decorrente da influência do constitucionalismo sobre o processo – cujo influir gerou um processo constitucional democrático –, então, não há razão para reconhecer, apenas à parte autora de futura ação, a legitimidade ativa da produção antecipada de provas.

Outro argumento que deve ser considerado para admitir a legitimidade ativa do réu para requerer a produção antecipada de provas é aquele assentado no princípio da aquisição da prova, previsto no artigo 371 do Código de Processo Civil de 2015, o qual dispõe que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. Assim, para fins de apreciação da prova no processo, não é relevante que sujeito a produziu. O importante é que, na visão policêntrica e participativa do processo constitucional democrático, todos os sujeitos do processo cooperarem para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

A discussão quanto a legitimidade ativa na produção de provas é relevante para esta pesquisa, principalmente para se determinar se apenas o titular de dados poderia requerer produção antecipada de provas ou, também, o réu em futura ação de autoria daquele. É de se admitir, na perspectiva do processo constitucional democrático, que tanto o titular dos dados como também o controlador ou operador têm legitimidade ativa para pretender produção antecipada de provas. Isso, fica evidente, em decorrência do direito autônomo à prova.

Os reflexos da produção antecipada de provas na análise de reversão de dados anonimizados, seja esta produção ajuizada pelo titular dos dados, pelo operador ou controlador dos dados, serão analisados no Capítulo 3, quando há de se perceber a importância legitimidade ativa ser possível a todos.

2.6 RESPONSABILIDADE PELO CUSTO DA PERÍCIA NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS EM ANÁLISE DA REVERSÃO DE DADOS ANONIMIZADOS

Na análise da reversão de dados anonimizados via produção antecipada de provas, será de grande importância a realização de prova pericial, uma vez que se trata de questão

técnica, a qual requer conhecimentos científicos especializados. Ocorre que, para produzir uma prova pericial, há um custo financeiro, além das custas prévias do procedimento. Por isso, faz-se importante analisar quem arcará com os custos iniciais e os da perícia.

O exercício da atividade jurisdicional, à luz do princípio da causalidade²¹⁴, impõe a parte autora a responsabilidade pelo pagamento das despesas processuais e de honorários, para custear gasto com pessoal e infraestrutura. O artigo 82 do Código de Processo Civil de 2015 leciona: “incumbe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final”, salvo em caso de assistência judiciária.

Ainda, vale mencionar, não é lógico pensar que o único interessado na produção antecipada de prova será o requerente, pois a prova poderá interessar a todas as partes que compõem a relação jurídica.

Para aqueles que defendem que a produção antecipada de provas, esta é uma ação de jurisdição voluntária e, quanto as despesas, aplicar-se-á o estabelecido no art. 88 do Código de Processo Civil²¹⁵, ou seja, as despesas serão adiantadas pelo requerente e rateadas entre os interessados.

Ainda, não se pode desconsiderar que, na produção antecipada de provas, o juiz poderá determinar a inversão do ônus da prova com base do Código de Defesa do Consumidor ou da distribuição dinâmica do ônus da prova fulcro no Código de Processo Civil. Nos dois casos, o custo da prova seria suportado por aquele que é alvo da decisão de inversão ou da distribuição diversa.

²¹⁴ Existem autores que defendem que nem sempre os encargos da demanda são de responsabilidade da parte vencida, algo relacionado ao princípio da sucumbência. Nesse contexto, Alexandre Freire e Leonardo Albuquerque Marques exemplificam com situação de aplicação do princípio da causalidade em que o vencedor deve ser responsabilizado pelos custos da demanda, a saber: “Ilustremos com um exemplo: uma pessoa ajuíza uma ação em desfavor da União pedindo a anulação de certo ato administrativo; durante a instrução do feito, a ré, de ofício, anula o ato e pratica outro em seu lugar, encerrando o cenário de pretensão resistida. O caso será, então, de extinção do feito por perda superveniente do objeto (ausência de interesse processual na dimensão da necessidade do provimento jurisdicional). Todavia, fica bem claro que, apesar de a União ter sido vencedora no feito, é ela quem deverá arcar com os encargos sucumbenciais, haja vista a instauração da demanda em decorrência de ato dela proveniente. ALBUQUERQUE MARQUES, Leonardo e FREIRE, Alexandre. Comentários ao art 85. In: **Comentários ao Código de Processo Civil**. STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo; FREIRE, Alexandre (Coord.) São Paulo: Saraiva, 2017 p. 155.

²¹⁵ Art. 88. Nos procedimentos de jurisdição voluntária, as despesas serão adiantadas pelo requerente e rateadas entre os interessados.

O ônus da prova, segundo o Código de Processo Civil 2015, como regra geral, compete ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Porém, no artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil 2015²¹⁶, foi prevista a distribuição diversa do ônus da prova. Essa técnica permite ao juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso da regra geral, desde que preenchidos os requisitos legais. Logo, uma vez determinada a distribuição diversa, o custo na produção da perícia recairá sobre a parte cujo ônus que lhe foi atribuído.

²¹⁶ Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

3 REFLEXOS DA ANÁLISE DA REVERSÃO DE DADOS ANONIMIZADOS VIA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NA PERSPECTIVA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

Como antes assentado, o direito processual contemporâneo está fundamentado em premissas do policentrismo e da comparticipação, resultado do influir dos valores da Constituição Democrática de 1988.

Nunes cita Civinini (1999, p. 3) para explicar essa tendência do direito processual:

[...] percebe-se a tendência de superação tanto do modelo liberal, de esvaziamento do poder do juiz, quanto do modelo social autoritativo, de exercício solitário de aplicação compensadora do direito pelo juiz, que reduz os espaços de discussão endoprocessual e a função técnica desenvolvida pelas partes e seus advogados, o qual, muitas vezes, impõe a essas uma mera posição de sujeição[...].²¹⁷

O direito processual constitucional democrático contemporâneo tem soltas as amarras do paradigma do processo liberal e social e impõe “participação no espaço público processual de todos os envolvidos (cidadãos ativos), na perspectiva policêntrica e comparticipativa”.²¹⁸

Disso se depreende que, sendo o processo um espaço público, ele deve ser utilizado não apenas como ambiente de luta, mas, acima de tudo, como de comparticipação democrática. Os sujeitos interessados, mesmo possuindo interesses opostos, podem ser protagonistas do melhor caminho para a solução do conflito.

Quanto a importância da participação pelo procedimento, valor introduzido por uma Constituição Democrática, Marinoni menciona que:

[...] a proclamação dos direitos fundamentais reclama, ao seu lado, a possibilidade de participar no poder e na sociedade de modo a exigir a sua implementação e proteção. Para tanto é imprescindível a via jurisdicional, e assim o procedimento ou o processo jurisdicional como conduto capaz de permitir a participação.²¹⁹

A expressão policentrismo refere-se ao perfil dialógico que deve existir entre todos os sujeitos processuais²²⁰, fulcro no pensamento de que o processo é um ambiente

²¹⁷ NUNES, Op. cit. p. 160.

²¹⁸ NUNES, Dierle José Coelho. Op. cit. p. 170.

²¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 476-477.

²²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 87

de participação democrática. Não há espaço para um protagonismo centralizado apenas no juiz, mas todos os sujeitos processuais devem participar e influir no processo.

Inclusive, isso está assentado no artigo 6º do Código de Processo Civil 2015 ao dispor que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Trata-se de uma norma fundamental do processo civil, assim dita pelo legislador, no Capítulo I do Título Único do Livro I, presente na Parte Geral do Novo CPC.

A busca por esse modelo de processo, alinhado à concepção de Estado Democrático de Direitos, segundo Klein (1958, p.28) *apud* Nunes, deve ocorrer desde o início do procedimento:

O processo só será racional e estará de acordo com a concepção moderna do Estado quando a tutela jurídica (*Rechtsschutz*) for garantia de fato da assistência estatal não apenas com o veredicto, mas já desde o primeiro passo do procedimento.²²¹

Inclusive, esses novos ideais, orientaram a elaboração do Código de Processo Civil de 2015, como consta da Exposição de Motivos, vejamos:

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.²²²

Nesse contexto, a produção antecipada de provas, verdadeira ação probatória autônoma, propicia que os sujeitos interessados tenham acesso à informação qualificada e confiável desde o limiar do acesso à justiça. Para a pesquisa proposta, a informação está representada pela prova pericial sobre a reversão da anonimização.

²²¹ NUNES, Op. cit. p. 51.

²²² BRASIL. Código de processo civil e normas correlatas. – 7. ed. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em 20 out. 20.

No momento em que o Código de Processo Civil de 2015 prevê a possibilidade dos sujeitos interessados ajuizarem produção antecipada de provas sem a necessidade do requisito perigo na demora, o legislador dá sinais de desapego ao modelo de solipsismo judicial.

A prova não é mais destinada unicamente ao juiz, posto que ele perdeu o protagonismo decisório. A decisão, agora, é uma construção democrática produto do policentrismo e da participação.

Logo, a produção antecipada de provas passa a ser admitida para funções outras, como viabilizar autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflitos e, ainda, conhecer de fato para justificar ou não o ajuizamento de uma ação.

Insta frisar que há um viés de eficiência em se admitir produção antecipada de provas sem a necessidade de se comprovar o risco de dissipação da prova. Isso é percebido quando se entende que a prova produzida revela um fato. A revelação dos fatos em realidade trata-se de uma informação útil para tomada de decisão.

Obter essa informação em ambiente de policentrismo e de participação pode conduzir às partes a agirem com maior racionalidade em sua tomada de decisão, pois há que se considerar que os recursos disponíveis às partes são escassos, notadamente o financeiro. Nesse sentido, Friedman defende que, se para se tomar uma decisão for necessário considerar recursos escassos, esse fato implicaria pelo menos a um custo de oportunidade.²²³

Portanto, a informação gerada na produção antecipada de provas sobre reversão de dados anonimizados é apta a encaminhar os interessados a realizarem análise do custo de oportunidade, seja no sentido de se ajuizar a ação ou de propor autocomposição. Diante disso, a melhor opção de tomada de decisão é aquela gerada pela racionalidade dos sujeitos interessados, o que logicamente só se se estiverem alcança munidos de informação qualificada.

Ainda, deve ser considerada não só a ideia de escassez, mas também o fato de que o indivíduo reage a incentivos. As decisões são tomadas seguindo a concepção de que ela

²²³ FRIEDMAN, Milton. **There's No Such Thing as a Free Lunch**, Chicago-EUA: Open Court Publishing Company, 1975.

trará o melhor benefício e satisfação, mas com a menor renúncia de benefícios possíveis e com o menor custo.²²⁴

Após fixadas ao longo da pesquisa as premissas teóricas e conceituais, resta necessário demonstrar como a análise da reversão de dados anonimizados, via produção antecipada de provas, contribui para efetivar um modelo de processo policêntrico e participativo de processo.

Neste capítulo, serão demonstrados diversos reflexos possíveis de se alcançar com uso da técnica da produção antecipada de provas para analisar a reversão de dados anonimizados, os quais efetivam valores do processo constitucional democrático.

3.1 MAIOR PREVISIBILIDADE DO ÊXITO DE AÇÃO FUTURA E MITIGAÇÃO DE DEMANDA FRÍVOLA

Das ciências econômicas vem o conhecimento de que as necessidades dos seres humanos são infinitas ao passo que são escassos os recursos e, no mundo onde os recursos assim o são, as pessoas realizam escolhas buscando maximizar seu bem-estar.²²⁵ Por isso, é preciso buscar produzir o máximo de bens e serviços ao menor uso de recursos disponíveis.

Essa premissa da economia aplica-se também ao Poder Judiciário, sendo este passível de análise econômica, pois os recursos humanos, financeiros e tecnológicos que possui são escassos. Assim, a eficiência do judiciário depende de uma melhor alocação desses recursos quando do exercício da jurisdição, visando pacificar conflitos²²⁶. Por isso,

²²⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2a. São Paulo: Atlas, 2020, p. 31.

²²⁵ Rossetti define economia como “a ciência da escassez; ou, mais claramente, a ciência que deve cuidar da eficiente administração dos escassos recursos disponíveis, tendo em vista a satisfação dos ilimitados desejos da sociedade”. ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução a Economia**. 16ª ed. São Paulo. Atlas, 1994.

²²⁶ “[...] não se pode negar que o Poder Judiciário (e os juízes) também tem importante papel na gestão dos conflitos. Sem o controle do acervo, do volume, dos recursos materiais e humanos disponíveis e dos próprios instrumentos processuais, o processo não alcança seu fim maior: solucionar com justiça e presteza os conflitos sociais. Tais poderes de gestão podem ser enfrentados sob dupla ótica. Por um lado, necessária uma adequada Gestão das Cortes (*Court Management*) para que, através do mais adequado emprego das técnicas de administração de recursos materiais e humanos, possam elas ter melhor desempenho qualitativo e quantitativo. Por outro, através da macro e micro Gestão de Processos (*Case Management*) se busca o uso dos institutos processuais (flexibilização do procedimento, inserção de ADRs, calendarização, etc.) a bem da já mencionada adequada solução do conflito. Gestão de conflitos consiste, portanto, na administração de recursos materiais, humanos e processuais em busca da adequada solução do conflito”. GAJARDONI,

é necessário pensar em mecanismos para que nenhuma das partes possa exercer seu direito de ação de forma a prejudicar a alocação dos recursos do Judiciário. Não existindo esses instrumentos, tal situação criará incentivos para comportamentos oportunistas.

O número de ações judiciais é sempre uma preocupação quando se fala em Judiciário célere e eficiente. Segundo o anuário “Justiça em números 2019”, havia, no Brasil, cerca de 78,7 milhões casos pendentes de julgamento²²⁷. Diante do grande volume de processos, qualquer instrumento que contribua para diminuir esse índice é útil. Por outra via, o comportamento dos litigantes também pode ser determinante para melhorar ou piorar esse índice.

Diante desse cenário, a responsabilidade para se ter um Judiciário eficiente não é apenas da Justiça, mas está relacionada ao comportamento dos litigantes. Não só o comportamento endoprocessual, mas também o extraprocessual.

Não é incomum que alguém venha a ajuizar uma ação com baixa probabilidade de êxito. Esse ajuizamento pode se dar por má-fé, quando a parte tem consciência de que não possui direito, ou porque não se fez detida análise das reais chances de êxito da demanda.

Em direito processual, quando se insiste em demanda que possui baixa probabilidade de êxito da pretensão autoral, se denominada demanda frívola²²⁸. Esse tipo de demanda não acarreta apenas um prejuízo financeiro ao Poder Judiciário, mas principalmente, reflete em maior morosidade na prestação da tutela jurisdicional para aqueles jurisdicionados que possuem autêntico interesse processual.

Nesse contexto, Coase leciona a importância de os direitos das partes serem bem definidos, visto, que se assim estiverem, o resultado da alocação de recurso será sempre

Fernando da Fonseca. Gestão de conflitos nos Estados Unidos e no Brasil. Rio de Janeiro: **Revista Eletrônica de Direito Processual**. REDP. Ano 12. Volume 19. Número 3. Setembro a Dezembro de 2018, p. 282. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/39174/27449>. Acesso em: 05 Nov. 2020.

²²⁷ CNJ. **Justiça em Números 2019**: ano-base 2018. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019.. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 31 out 2020.

²²⁸ MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância**: A maximização do acesso na busca pela efetividade. Tese (Doutorado) – Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014, p. 230. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/123198/326774.pdf?sequence=1&isAllo wed=y>>. Acesso em: 31 out 2020.

o mais eficiente possível.²²⁹ Se as partes de forma policêntrica e participativa estiverem melhor informadas de seus direitos, as ações serão ajuizadas com melhor racionalidade e, o Poder Judiciário poderá alocar seus recursos em demandas que realmente justificam o exercício da atividade jurisdicional.

No que tange a análise da reversão de dados anonimizados via da produção antecipada de provas, a prova obtida seria resultado do protagonismo e participação das partes, que em muito contribuiriam para mitigar os riscos de demandas frívolas. Isso pode ser alcançado na medida em que, de posse do resultado da prova pericial, o titular dos dados, como também o controlador ou operador deles, podem, de forma mais consciente e informada, calcular melhor as probabilidades de êxito em futura demanda.

Marcelino Júnior, citando Patrício (2005, p. 68), leciona que os custos de uma demanda são capazes de desmotivar o ajuizamento de uma ação:

“O referido autor entende que os custos da ação podem servir como instrumental que cumpre a função de filtrar o ingresso de ações, cujo custo supere o possível benefício a ser alcançado. Sustenta, ainda, ser possível incentivar ou não os jurisdicionados a ingressarem com demandas judiciais, por meio de uma estratégica combinação de sinalização das decisões judiciais com os custos de propositura de ação”.²³⁰

Ainda, não se desconsidera a possibilidade de o titular de dados ajuizar demanda frívola mesmo de posse da informação (perícia) de que não houve reversão da anonimização. Ocorre que, nesse caso, o juiz da ação, convencendo-se da má-fé, poderá impor sanções, em virtude da má-fé e deslealdade processual. Ou seja, a produção antecipada de provas é útil até para se esquadriñar a boa-fé do autor em processo futuro.

Antes de concluir esse item, é importante considerar que o conhecimento antecipado da prova pericial, sobre reversão de anonimização também permite conhecer de forma mais precisa os contornos fáticos do litígio. A precisão fática pode auxiliar o advogado a não formular inadequadas causas de pedir, as quais são prejudiciais ao bom andamento do feito. Mesmo que as pretensões sejam mal formuladas, o magistrado é obrigado a decidir, demandando tempo, ou seja, pretensões equívocas interferem na

²²⁹ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Trad. Heloísa Gonçalves BARBOSA. 2a. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017, p. 11.

²³⁰ MARCELINO JÚNIOR, *idem*. p. 231.

duração razoável do processo e, em última análise, geram impactos negativos à eficiência dos atos processuais.

3.2 ESTÍMULO À AUTOCOMPOSIÇÃO OU OUTRO MEIO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DE CONFLITO

No item anterior, foi abordado que conhecer antecipadamente se houve reversão ou não da técnica de anonimização é mecanismo apto para otimizar a análise de viabilidade de demanda futura. Isso, por si só, demonstra a utilidade, que na perspectiva policêntrica e participativa, justificaria o manejo da produção antecipada de provas. Mas, para além disso, conhecer antecipadamente se houve reversão dos dados anonimizados pode sugerir a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito.

Frise-se, de início, que a possibilidade de se realizar autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito independente de existir ou não uma prova²³¹. Sequer há necessidade de produção antecipada de provas para se firmar um acordo.

Quando se diz que a produção antecipada de provas viabiliza a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito, é importante desmistificar a ideia, que pode ser defendida por alguns, de que, sob qualquer pretexto, o acordo é sempre a melhor solução.

Segundo Nunes, não é crível que o *slogan* “Conciliar é Legal” seja recepcionada sem a mínima racionalidade, deixando de perquirir se ela é adequada e recomendável ao caso.²³² Diz-se isso na medida em que a autocomposição, ou outro meio adequado de solução de conflito, não deve ser “imposto” a parte como uma “técnica” para “desafogar” o Poder Judiciário de seus milhares de processos.

Nesse aspecto, a técnica da produção antecipada salta em importância, posto ser apta gerar uma autocomposição qualificada. É dizer que ela é instrumento hábil a conduzir ao pacto de conciliação ou mediação de forma livre, consciente e informada.

²³¹ Inclusive por meio de arbitragem, pois “tratando-se de direitos patrimoniais e disponíveis (sujeitos à transação, portanto), nada obsta que outros conflitos que surgem no seio da sociedade possam ser dirimidos através da arbitragem. SCAVONE JUNIOR. Luiz Antônio. **Manual de Arbitragem**. 4ª Ed. Rev. e Atual. e Ampl. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2010, p. 82.

²³² NUNES, Ob. Cit. 2008. P. 196.

Sendo este resultado produto da comparticipação, na medida que as partes cooperaram para desvelar o fato de forma antecipada, exercendo protagonismo próprio de processo policêntrico.

As partes não devem firmar acordo para “ajudar” o poder Judiciário a diminuir o número de processos e muito menos por medo de uma futura sentença. Acordo qualificado é aquele que é firmado após as partes, conhecendo a realidade dos fatos – e, portanto, informadas, de forma livre e consciente – pactuarem a autocomposição.

Talvez esse seja um dos principais reflexos positivos na produção antecipada de provas na análise da reversão de dados anonimizados, pois, cientes da prova técnica de que houve ou não a reversão, poderão, se desejarem, firmar autocomposição qualificada²³³, a qual será o resultado de comparticipação e policentrismo processual.

Segundo dados do anuário “Justiça em números 2019”, 16,7% das sentenças no processo de conhecimento são homologatórias de acordo.²³⁴ Portanto, verifica-se que a taxa de acordo no Poder Judiciário é baixa, existindo um campo fértil para crescimento da autocomposição ou outro meio adequado de pacificação de conflito. Nesse sentido, a produção antecipada de provas, embora pouco difundida, apresenta-se como instrumento hábil para ajudar a alavancar esse índice.

Neves, que já tinha trabalhado o tema das ações probatórias autônomas em sua tese de doutoramento, ao comentar da importância da produção antecipada de prova para viabilizar conciliação ou outro meio adequado de solução de conflito, leciona que:

“A ação meramente probatória teria importante papel na otimização das conciliações, considerando-se que, diante de uma definição da situação fática, os sujeitos envolvidos no conflito teriam maiores condições de chegar a uma autocomposição. A indefinição fática muitas vezes impede a realização de uma conciliação porque leva uma das partes a crer que tenha direitos que na realidade não tem”.²³⁵

²³³ Dierle Nunes usa o termo “acordo estruturado”. Nesta pesquisa, prefere-se expressão “autocomposição qualificada”, por entender que esse termo melhor se amolda a situação que se quer referir, porque, nesse caso, a prova antecipada informa e conscientiza às partes do seu estado no litígio, qualificando o ato processual, notadamente porque realizado sob perspectivas do processo constitucional democrático. NUNES, Dierle. TESE DOUTORADO P. 186

²³⁴ CNJ. Justiça em Números 2019: ano-base 2018. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019, p. 142. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 31 out 2020.

²³⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015**. São Paulo: Método, 2015, p.276.

Por isso, a técnica da produção antecipada de provas para análise de reversão de anonimização pode se revelar importante instrumento para viabilizar autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflitos, ante melhor definição fática que a prova pericial proporciona.

3.3 CONTRIBUI PARA O COMPORTAMENTO DE BOA-FÉ DAS PARTES EM DEMANDA FUTURA

Em sua base normativa, o Código de processo Civil de 2015 consagra o princípio da lealdade processual, a boa-fé processual, ao dispor que aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. Insta frisar que o dispositivo não se dirige apenas às partes, mas exige boa conduta processual de todos participantes do processo. Logo, em qualquer processo, não se deve olvidar do dever de lealdade e boa-fé processual, indispensável ao exercício atividade jurisdicional e da ambiência processual.

O CPC/2015, assim como o CPC/73, não conceitua boa-fé, permanecendo com um conceito jurídico indeterminado, cabendo ao juiz, a partir de um caso concreto, verificar se o comportamento da parte é leal e de boa-fé.

Embora não exista um conceito de boa-fé no CPC/2015, por outra via, foi previsto os alguns deveres que todos aqueles que de qualquer forma participem do processo deve observar, os quais se desobedecidos podem configurar ofensa a boa-fé, vejamos:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

Ainda, o artigo 80 do CPC/2015 dispõe que:

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Para os fins da presente pesquisa, especificamente a discussão deste item, importante o disposto nos artigos 77, inciso II e 80, inciso I, II e IV do CPC/2015, pois, do conjugar desses, constata-se que é dever de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo não formularem pretensão ou apresentarem defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento. Logo, uma vez que essa regra é inobservada, configura-se a litigância de má-fé.

Nesse aspecto, a análise da reversão da anonimização, via produção antecipada de provas, é de grande valia, na medida que a perícia antecipada dá ciência às partes quanto a ocorrência ou não de anonimização. Assim, as partes saberão previamente se sua pretensão ou defesa são destituídas de fundamento.

Convencendo-se o juiz de que a parte autora ajuizou ação ou o réu promoveu defesa cientes de que são destituídas de fundamento, poderá ser aplicada a penalidade prevista no artigo 80 e 81 do CPC/2015. Sem desconsiderar a possibilidade de condenação por perdas e danos para aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente, nos termos do artigo 79 do CPC/2015.

Não restam dúvidas de que o ato de se resistir imotivadamente à pretensão da parte adversa é uma forma de litigância de má-fé. Para coibir esse comportamento, Yarshell comenta que produção antecipada de provas é útil “para que as partes possam avaliar suas chances, de sorte a ingressar em juízo com maior segurança e responsabilidade ou, por outra, simplesmente não ingressar (ou não resistir a dada pretensão)”.²³⁶

²³⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 217.

Assim, conhecer previamente se houve ou não reversão de dados anonimizados por meio da produção antecipada de provas é útil, não só para guiar as partes a não deduzirem pretensão ou defesa destituídas de fundamento, como também, para auxiliar o juiz na análise do comportamento das partes.

O titular dos dados pessoais, poderá, em tese, ajuizar ação de conhecimento, mesmo diante da prova de que não houve reversão da anonimização. Contudo, nesse caso, ele pode ser alvo das penalidades dos artigos 79 e 81 do CPC/2015.

Da mesma forma o controlador ou operador de dados podem suportar penalidades por litigância de má-fé se restar provado que desde antes do ajuizamento da ação já se tinha o conhecimento de que a técnica de anonimização foi revertida.

3.4 ACELERAÇÃO DO PROCESSO MEDIANTE A SUPRESSÃO OU OTIMIZAÇÃO DA FASE PROBATÓRIA E O JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO

A Emenda Constitucional nº 45/2004 adicionou a razoável duração do processo como garantia fundamental, prevista no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, com o seguinte texto: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.²³⁷

No entanto, a razoável duração do processo introduzida pela Constituição Federal por força da Emenda Constitucional nº 45/2004 não constituiu novidade no ordenamento jurídico nacional.²³⁸ O tema já tinha sido alvo da “Convenção Americana de Direitos Humanos”, o intitulado “Pacto São José da Costa Rica, que por meio do Decreto nº 678/92 foi incorporado ao nosso sistema jurídico. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos” previu, no item 1 do artigo 8º, que:

²³⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 out. 2020.

²³⁸ Alguns defendiam que a partir da promulgação no Brasil do Pacto São José da Costa Rica, a razoável duração do processo já era norma constitucional. Nesse sentido: KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. 2ª. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 43. Outros defendiam que este tratado internacional e outros eram tidos pelo STF como normas infraconstitucionais. Nesse sentido: LAZZARI, João Batista. Obstáculos e soluções para tornar o sistema de justiça brasileiro mais acessível, ágil e efetivo e a morosidade do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos *leading case* de repercussão geral. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, RJ, v. 109, N. 417, p. 97-115, jan./jun. 2013.

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.²³⁹

A preocupação com o tempo de duração do processo já tinha sido imortalizada na célebre frase de Rui Barboza, ao dizer que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.²⁴⁰

Ou seja, associa-se a razoável duração do processo ao caráter justiça, configurando negativa de justiça quando o processo tramita por desarrazoado período de tempo até a efetivação da tutela jurisdicional.

A Constituição Federal prevê a garantia, contudo, cabe ao legislador fazer reverberar a garantia em normas infraconstitucionais, pois o fato da Carta Magna erigir a garantia da duração razoável do processo²⁴¹ não quer dizer que seus efeitos surtam automaticamente. É necessário transportar o valor da norma constitucional para os procedimentos.

Nesse sentido, segundo Gajardoni as “diferentes técnicas de aceleração do processo – extraprocessual, extrajudicial e judicial – consubstanciam meios adequados à consecução dos "fins" tempestividade-efetividade”²⁴². Ou seja, aplicar técnicas de aceleração, em certa medida, efetivam a garantia constitucional da razoável duração do processo e acesso à justiça.

Gajardoni explica essas medidas extraprocessual, extrajudicial e judicial:

E, para tanto, mister que medidas extraprocessuais (investimentos no Judiciário, alteração na organização judiciária), extrajudiciais (mecanismos de contenção das demandas, como os meios alternativos de solução das

²³⁹ BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 20 out.2020

²⁴⁰ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5.ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p.40.

²⁴¹ “Bastante difícil é definir qual o lapso temporal que pode ser caracterizado como duração razoável do processo. Como é um conceito indeterminado, tal precisão terminológica deve ser individualizada em cada caso concreto, de acordo com os subsídios produzidos pela doutrina e pela jurisprudência. Entretanto, o próprio legislador reformador deixou uma indicação ao plantear que a duração razoável do processo precisa ser garantida pelos meios que assegurem a celeridade da tramitação processual, significando que o princípio adotado pode ser traduzido pela rapidez com que os atos processuais se desenvolvem”. AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 270.

²⁴² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. AZEVEDO, Júlio Camargo de. **Técnicas de aceleração de processo: Tentativa de sistematização à luz do Novo CPC**. 2003, p.11 Disponível em:<https://www.academia.edu/13635182/T%C3%89NICAS_DE_ACELERA%C3%87%C3%83O_DE_PR_OCESSO_tentativa_de_sistematiza%C3%A7%C3%A3o_%C3%A0_luz_do_Novo_CPC_>. Acesso em 12 out. 2020.

controvérsias) e judiciais (modificações na disciplina do processo) sejam tomadas.²⁴³

Visando não perder o foco no objeto da pesquisa, tangenciando a temática das técnicas de aceleração com a produção antecipada de provas, vislumbra-se que essa pode ser importante aliada à aceleração do processo. A prova produzida antecipadamente, afinal, pode conduzir às partes a tomada de decisão que influencia na marcha processual.

Especificamente aplicada na análise da reversão de dados anonimizados, a produção antecipada de provas contribui para maior celeridade, principalmente se for considerada a possibilidade de o juiz da ação futura aproveitar a prova pericial produzida de forma antecipada.

Isso é autorizado no artigo 472 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 472. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.²⁴⁴

Pelo fato de a discussão sobre a reversão de anonimização ser estritamente técnico-científica, se o juiz aproveita a prova pericial antecipada, poder-se-ia admitir a possibilidade de julgamento antecipado do mérito ou, minimamente, o julgamento antecipado parcial do mérito.

Essas técnicas do julgamento antecipado do mérito e do julgamento antecipado parcial do mérito estão previstas, respectivamente, nos artigos 355 e 356 do Código de Processo Civil de 2015. Vejamos:

Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:

I - não houver necessidade de produção de outras provas;

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.²⁴⁵

A hipótese do inciso II do artigo 355 do Código de Processo Civil de 2015 amolda-se questão ventilada na pesquisa, pois, existindo a prova pericial antecipada comprovando

²⁴³ GAJARDONI, id., 2003, p. 04.

²⁴⁴ BRASIL. Código de Processo Civil. 2020. Art. 472. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 18 out. 2020.

²⁴⁵ BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm#art355 Acesso em: 16 out. 2020.

que ocorreu ou não a reversão da anonimização, nesse caso, o juiz está autorizado a proferir sentença com resolução do mérito. Por óbvio que esta sentença deve ser fundamentada como determinar o artigo 93, inciso IX, da CFRB e também o artigo 489 CPC.

Ainda, nos termos do artigo 356 do Código de Processo Civil de 2015, se no feito houver mais de um pedido, o juiz poderá decidir parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles se mostrar incontroverso ou estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

Logo, em ação em que se pretenda a declaração da ocorrência da reversão da anonimização e outros pedidos, caso esses outros pedidos não estejam no mesmo nível de maturação probatória que a questão da reversão, o magistrado poderá aplicar a técnica do julgamento antecipado parcial do mérito.

Por outra via, caso o juiz se convença da necessidade de produzir outras provas além da prova pericial produzida antecipadamente, como a documental e testemunhal, mesmo assim, haveria otimização da fase instrutória, refletindo em celeridade processual.

Portanto, aplicar a técnica da produção antecipada de provas na análise da reversão de anonimização pode funcionar como uma técnica de aceleração do processo, reduzindo o tempo para o jurisdicionado acessar a tutela jurisdicional de mérito.

Ainda, para além de propiciar alcançar a resolução dos litígios com celeridade e efetividade, há que se considerar outro fator positivo em utilizar prova pericial antecipada sobre reversão de anonimização. É que se consegue atingir aceleração do processo sem perder de vista os princípios e garantias fundamentais, a exemplo, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a isonomia, dentre outros. Aliás, um dos desafios no emprego de técnicas de aceleração do processo é exatamente alcançar celeridade sem ofensa a princípios e garantias fundamentais.

Diz-se isso, pois, nas palavras de Bedaque, “processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”.²⁴⁶

Vale ressaltar que, segundo Moreira, fórmula mágica para se equacionar o problema da morosidade não existe, é necessário “combinar estratégias e táticas, pondo

²⁴⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49.

de lado o receio de parecermos incoerentes se, para enfermidades de diferentes diagnósticos, experimentarmos remédios também diferenciados”.²⁴⁷

Em ação que se questione a reversão da anonimização, a prova pericial antecipada permite acelerar a outorga da tutela jurisdicional, dado que, nesse caso, como visto, o juiz poderá: a) dispensar prova pericial nos termos do artigo 472 do Código de Processo Civil; b) julgar antecipadamente o mérito e, c) realizar o julgamento antecipado parcial do mérito.

3.5 VIABILIZA TUTELA DA EVIDÊNCIA

A tutela da evidência está prevista no art. 311 do Código de Processo Civil 2015, como espécie de Tutela Provisória, diferente da Tutela de Urgência. A diferença repousa em que aquela independe da demonstração de perigo da demora da prestação jurisdicional.

De início, insta informar que a doutrina adverte no sentido de que a evidência que dá nome à técnica não deve ser interpretada na literalidade para fins de concessão. O sentido mais acertado para entender o alcance da expressão é interpretá-la como o direito mais provável e não evidente.²⁴⁸

O artigo 311 do Código de Processo Civil 2015 dispõe que:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

²⁴⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O futuro da justiça: alguns mitos**. Revista de Processo. vol. 102/2001. p. 228 – 238. Abr-Jun; 2001. DTR\2001\205.

²⁴⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**: volume único. 4.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 308.

Isso está alinhado com a premissa de que o processo visa alcançar uma verdade provável e não real. Logo, para a tutela da evidência ser deferida, não há necessidade de uma prova absoluta e sim, uma prova capaz de demonstrar, em cognição superficial, que provavelmente o autor tem razão em sua pretensão.

Aplicando esses conhecimentos ao objeto da pesquisa, a prova pericial sobre a reversão de dados anonimizados, obtida na produção antecipada de provas, é potencialmente capaz de convencer o juiz da ação futura a deferir tutela da evidência. É óbvio que esse deferimento seria precedido de decisão fundamentada, como determina o artigo 298²⁴⁹ do CPC/2015.

No caso de análise da reversão de anonimização, caso não existisse a prova pericial produzida antecipadamente, talvez o juiz só tivesse elementos para deferir a tutela da evidência em estágio mais adiantado do processo ou só concedesse a pretensão ao prolatar a sentença.

Ao passo que, existindo a prova pericial constituída em fase semelhante à *pretrial* estadunidense²⁵⁰, o magistrado tem elementos probatórios desejáveis para verificar a pertinência ou não do deferimento e tutela da evidência. O que, via de consequência, pode otimizar a efetividade do processo para o jurisdicionado que porventura tiver o direito evidenciado na prova antecipada.

3.6 OTIMIZA A DEMILITAÇÃO DAS QUESTÕES DE FATO E DE DIREITO DA FASE DO SANEAMENTO E ORGANIZAÇÃO DO PROCESSO

O processo possui fases, inclusive o processo de conhecimento. Cada uma dessas fases tem por função um realizar. A exemplo, na fase postulatória, autor e réu, isto é, a

²⁴⁹ Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso.

²⁵⁰ “Também é importante destacar que o inciso III, do art. 381 aproxima do nosso sistema o chamado *discovery*, que é a pesquisa probatória anterior ao ajuizamento da ação, resultando numa espécie de fase pré-processual (*pre-trial*), de modo a permitir que se revelem os fatos mais relevantes da demanda antes mesmo do seu ajuizamento”. CARVALHO FILHO, João Francisco Liberato de Mattos. Prova Antecipada no Código de Processo Civil Brasileiro. 245f. Salvador, 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação da Universidade Federal da Bahia (UFBA), p. 66. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/24176>. Acesso em 17 set. 2020.

partes apresentam ao juízo, respectivamente, sua pretensão e sua defesa – sem olvidar que o réu também pode apresentar pretensão via reconvenção.

A fase de saneamento e organização do processo, prevista no artigo 357 do Código de Processo Civil. Nela, o juiz, em comparticipação com as partes e possíveis terceiros, “prepara o processo para o início (ótimo) da fase instrutória”²⁵¹. Segundo Neves:

O saneamento – e agora também organização – do processo continua a ser um ato complexo, como atestam os incisos do art. 357 do Novo CPC, cabendo ao juiz nesse momento procedimental: resolver, se houver, as questões processuais pendentes, delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos, definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373, delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito e, se necessário, designar audiência de instrução e julgamento.²⁵²

Portanto, é na fase denominada de “saneamento e organização do processo” que o juiz irá delimitar, por decisão interlocutória, as questões de fato e de direito sobre a qual recairá o debate processual.

Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, o Código de Processo Civil de 2015 prevê que o deverá realizar audiência para saneamento e organização do processo.

Nesse contexto, a prova pericial antecipada da reversão de anonimização seria muito útil para fins de fixação dessas questões de fato e de direito. Considerando que nessa prova haverá elementos importantes, o juiz poderá se valer de informações que o *expert* tenha assentado no laudo pericial para tal delimitação.

Primeiro, como já dito, a prova pericial antecipada da anonimização seria útil para conduzir o juiz a realizar o julgamento antecipado do mérito. Porém, se isso não for possível considerando as vicissitudes do caso concreto, minimamente a técnica ainda se mostraria útil, pois auxiliaria o juiz na delimitação das questões de fato e de direito na fase de saneamento e organização do processo.

Se o juiz utilizar as informações do laudo pericial antecipado para delimitar as questões de fato e de direito, isso revela a utilidade da técnica da produção antecipada de provas, contribuindo para ganho de celeridade e efetividade.

²⁵¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**: volume único. 4.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 392.

²⁵² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015**. São Paulo: Método, 2015, p. 257.

3.7 VIABILIZA NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Não que seja novidade na ciência do Direito Processual, mas são importantes as disposições do Código de Processo Civil 2015 quanto a negócio jurídico processual. Alerta-se que a expressão negócio não se relaciona qualquer ato de mercancia e sim, a realização de um negócio jurídico, pacto, em que seu objeto se relaciona com algum aspecto do processo.

Esse novo cenário processual é, segundo Theodoro Júnior, Nunes, Bahia e Pedron, impulsionado pelas mudanças instituídas pelo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, que trouxe para as partes a possibilidade de “flexibilização do procedimento, permitindo às partes escolher entre ‘circuitos’ processuais, tendência teórica na cultura jurídica processual mundial, do final do século XX, iniciando na Inglaterra e Estados Unidos, para depois chegar à França e à Itália”.²⁵³

O uso de negócio jurídico processual para conformação do procedimento é tendência de um processo democrático, e segundo Rodrigues “permite que as partes possam exercer sua autonomia da vontade” “sobre aspectos do próprio processo no sentido de colaborar com o resultado mais efetivo”.²⁵⁴

Nesse sentir, considerando que a prova pericial produzida de forma antecipada esclarece aos interessados aspectos fáticos e jurídicos relacionados ao conflito, é possível que as partes venham a firmar negócio jurídico processual estabelecendo o modo de ser do processo futuro.

Considerando que a ação a ser proposta seja de conhecimento, por exemplo, poderia ser convencionado a desnecessidade de se realizar nova prova pericial, o que, por si só, já causaria aceleração do processo, uma vez que não seria necessário passar pela fase da instrutória. Sobre isso, Mazzei e Chagas opinam que se deve adequar o procedimento às necessidades de melhor tutelar o direito material²⁵⁵, algo possível segundo novas vertentes do processo constitucionalizado.

²⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.226.

²⁵⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ob. cit. 2016, p.97.

²⁵⁵ MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve Diálogo entre os negócios jurídicos processuais e arbitragem. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, v. 39, n.237, nov.2014. p. 223-236.

O negócio jurídico processual, ao permitir que as partes definam alguns aspectos do procedimento, pode tornar mais ameno o ambiente processual, na medida em que a dinâmica dos atos processuais a serem praticados foram antes convenionados de comum acordo pelas partes.

3.8 FOMENTO DA PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO

De tantas inovações introduzidas em nosso sistema pelo CPC, uma de grande importância foi a previsão de normas fundamentais processuais, inclusive principiológicas, a exemplo, o princípio da primazia da resolução de mérito (art.4), da cooperação (art. 6º) e do contraditório (arts. 9º e 10).

O direito processual tem sido visto como um instrumento de concretização do direito material.²⁵⁶ Nesse sentir, houve a preocupação de se inserir no Código de Processo Civil normas que garantissem um processo mais efetivo, capaz de proporcionar utilidade à tutela jurisdicional. Uma dessas normas foi o princípio da primazia do julgamento do mérito, previsto nos artigos 4º e 6º do CPC, vejamos:

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a *solução integral do mérito*, incluída a atividade satisfativa.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, *decisão de mérito* justa e efetiva“.²⁵⁷

(Grifo)

O princípio da primazia da resolução do mérito interage com outros princípios, a saber, o princípio da celeridade (duração razoável dos processos), princípio da instrumentalidade das formas e o princípio do devido processo legal.

Da interação desses princípios se extrai o ideal de que o processo visa a resolução do mérito, sendo que, apresentando-se algum fato capaz de obstar a solução do mérito,

²⁵⁶ “Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. Revista de Processo. São Paulo, v. 27, n. 105, p. 183-190, jan./mar. 2002, p. 181.

²⁵⁷ BRASIL. Código de processo civil.

deve-se procurar saná-lo – quando possível – de modo a permitir a efetiva tutela do direito material.

A análise da reversão de anonimização via produção antecipada de provas corrobora com o mandado de otimização inserto no princípio da primazia da resolução do mérito.

Isso se dá, pois, caso em determinado processo de conhecimento a prova da anonimização não existisse desde a exordial, é possível que tal fato influenciasse no resultado do juízo de admissibilidade ou que o réu questionasse o interesse processual pela demanda.

Ao se instruir a petição inicial com a prova da reversão da anonimização, ao juiz se propiciaria maior profundidade no conhecimento dos fatos, o que é importante para se verificar as condições da ação.

Nesse sentir, a técnica da produção antecipada se apresenta útil, pois, inibe a proliferação de sentenças processuais, verdadeira frustração da atividade jurisdicional. Ao se encerrar o feito com esse tipo de sentença, de forma silenciosa, se deixa transparecer que o Estado-Juiz não exerceu a jurisdição de forma resolutiva, não se atingindo os escopos da jurisdição.

Sem contar que a extinção do feito por sentença terminativa pode ensejar uma grande batalha recursal às vezes inócua ou, no ajuizamento nova demanda semelhante – feitas as correções necessárias. De um modo ou de outro haveria prejuízos à celeridade e efetividade.²⁵⁸

²⁵⁸ Para Bedaque, “a sentença terminativa implica gasto de dinheiro, perda de tempo e ‘frustração de esperanças’”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 89.

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS