

OBSTÁCULOS À EFETIVIDADE DO DIREITO À PRIVACIDADE E À PROTEÇÃO DE DADOS NA ERA DO BIG DATA E DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

OBSTACLES TO THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO PRIVACY AND DATA PROTECTION IN THE ERA OF BIG DATA AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE

DOI: 10.19135/revista.consinter.00019.07

Recebido/Received 15/04/2024 – Aprovado/Approved 22/07/2024

*Mariana Ruzzi*¹ – <https://orcid.org/0000-0002-0891-198X>

*Patrícia Borba Marchetto*² – <https://orcid.org/0000-0002-7507-961X>

Resumo

O ser humano tem buscado desvendar o futuro no presente através do desenvolvimento tecnológico e não é à toa que se tem ouvido muito a respeito de inteligência artificial e big data. O presente artigo tem como escopo analisar os “novos direitos” que surgem com as novas tecnologias. O principal objetivo é identificar se com novos direitos há algum impacto para a efetividade de direitos humanos fundamentais – especialmente relacionados à privacidade e à proteção de dados – e ao ideal de justiça. A metodologia para elaboração do artigo foi o método dedutivo e a técnica de pesquisa de análise bibliográfica e jurisprudencial. Ao final, foi possível concluir e identificar alguns obstáculos à efetividade dos direitos humanos fundamentais, tais como a interpretação legislativa pelo judiciário, a discriminação em razão de dados históricos utilizados em sistemas de inteligência artificial, entre outros. Com isso, como contribuição, foi possível verificar que a aplicação e a interpretação do direito tem íntima ligação com a efetividade dos direitos fundamentais e o que entendemos por justiça.

Palavras-chave: Direitos humanos fundamentais, inteligência artificial, privacidade, proteção de dados.

Abstract

Human beings have sought to unravel the future in the present through technological development and it is no wonder that we have heard a lot about artificial intelligence and big data. The scope of this article is to analyze the "new rights" that arise with new technologies. The main objective is to identify new obstacles to the effectiveness of fundamental human rights – especially related to privacy and data protection – and to the ideal of justice. The methodology used to prepare the article was the deductive method and the research technique was bibliographical and jurisprudential analysis. In the end, it was possible to identify as a result some obstacles to the effectiveness of fundamental human rights, such as legislative interpretation by the judiciary, discrimination based on historical data used in artificial intelligence systems, among

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), Franca-SP, Brasil, 14409-160, e-mail: mariana.ruzzi@unesp.br, ORCID 0000-0002-0891-198X

² Doutora em Direito pela Universidad de Barcelona (2001), com título reconhecido pela Faculdade de Direito da USP. Professora na graduação e pós graduação da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), Araraquara-SP, Brasil, 14800-901, e-mail: patricia.marchetto@unesp.br, ORCID 0000-0002-7507-961X

others. As a contribution, it was possible to verify that the application and interpretation of the law is closely linked to the effectiveness of fundamental rights and what we mean by justice.

Keywords: Fundamental human rights, artificial intelligence, privacy, data protection.

Sumário: 1. Introdução; 2. Direitos humanos fundamentais e o ideal de justiça: efetividade geral dos direitos humanos fundamentais; 3. Privacidade e proteção de dados pessoais na era do big data e da inteligência artificial: como esses direitos fundamentais são aplicados? 4. Obstáculos à efetivação do direito à privacidade e proteção de dados; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Através do desenvolvimento tecnológico, o ser humano tem buscado desvendar o futuro no presente, aproximando o que antes era visto como ficção científica e hoje é realidade. Não é à toa que se tem ouvido muito a respeito de inteligência artificial e big data, em um período chamado por pesquisadores de Quarta Revolução Industrial³.

Seguramente se afirma que através das novas tecnologias só é possível identificar o futuro a partir do passado, mas, em contrapartida, apesar de não haver a criação de um futuro, essas tecnologias possuem um grande impacto no hoje e no amanhã.

Embora se fale muito sobre a inteligência artificial, foi somente no início do século XXI que ela ganhou notoriedade, especialmente em razão da evolução da internet e a criação de novos algoritmos⁴.

Inteligência artificial, em linhas gerais, são algoritmos matemáticos criados por seres humanos, utilizando, por exemplo, a técnica de machine learning (aprendizado de máquina) em sistemas que se assemelham – ainda que de forma limitada – ao cérebro humano⁵.

Para que a inteligência artificial funcione de forma satisfatória, é necessária uma abundância de dados. Big data descreve justamente o tratamento de dados em larga escala, estejam eles estruturados, semi estruturados ou não estruturados, que visa analisar padrões rapidamente a partir dele, potencializando a extração de informações em uma velocidade exponencial⁶.

Não restam dúvidas de que esses avanços tecnológicos podem ser usados para finalidades benéficas e que promovam direitos humanos fundamentais, e, portanto, a ideia do presente artigo não é tecer críticas à inovação e à tecnologia, mas, em contrapartida, não se pode ignorar que podem ser usados de forma temerária, especi-

³ SCHWAB, Klaus, DAVIS, Nicholas, *Aplicando a quarta revolução industrial*, São Paulo, Edipro, 2019.

⁴ SCHWAB, Klaus, DAVIS, Nicholas, *Aplicando a quarta revolução industrial*, São Paulo, Edipro, 2019.

⁵ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de, OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de, RUIZ, Evandro Eduardo Seron, “Inteligência artificial e personalidade jurídica: aspectos controvertidos” in BARBOSA, Mafalda Miranda, BRAGA NETTO, Felipe, SILVA, Michael Cesar, FALEIROS JÚNIOR, José Luiz Moura, coords, *Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa*, Indaiatuba, Editora Foco, 2021, pp. 113-128.

⁶ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de, OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de, RUIZ, Evandro Eduardo Seron, “Inteligência artificial e personalidade jurídica: aspectos controvertidos” in BARBOSA, Mafalda Miranda, BRAGA NETTO, Felipe, SILVA, Michael Cesar, FALEIROS JÚNIOR, José Luiz Moura, coords, *Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa*, Indaiatuba, Editora Foco, 2021, pp. 113-128.

almente se houver fins mercadológicos, enfraquecendo desta forma, a efetividade desses direitos, o que justifica a necessidade e importância deste estudo.

O desafio é ainda maior ao falarmos sobre inteligência artificial e *big data*, pois cada vez mais a tecnologia tem se tornado mais independente e por isso, é indispensável a proteção de direitos fundamentais como a privacidade e a proteção de dados pessoais. A tecnologia tem se desenvolvido de tal maneira que alguns algoritmos já são capazes de aprender através da própria experiência⁷.

Não bastasse isso, com novas tecnologias, surgem novos obstáculos à efetividade de direitos humanos fundamentais e ao ideal de justiça, especialmente porque, embora existam garantias preconizadas na Constituição Federal e também na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a ausência de regulamentação da inteligência artificial, entre outras situações, dificultam a efetividade jurídica dos direitos humanos fundamentais.

O presente artigo teve como escopo analisar os “novos direitos” que surgem com as novas tecnologias, sendo que o principal objetivo, o que foi possível responder através dos resultados alcançados, foi identificar os novos obstáculos à efetividade de direitos humanos fundamentais e ao ideal de justiça. Para tanto, a metodologia empregada foi o método dedutivo e a técnica de pesquisa de análise bibliográfica e jurisprudencial.

Com este estudo, foi possível identificar como resultado alguns obstáculos à efetividade dos direitos humanos fundamentais, como a discricionária interpretação legislativa pelo judiciário mesmo havendo previsão constitucional e infraconstitucional, a discriminação em razão de dados históricos utilizados em sistemas de inteligência artificial, a concentração de poder e de grandes bancos de dados por big techs, entre outros.

Como considerações finais, foi possível verificar que com o surgimento de novas tecnologias e de “novos direitos” surgem também novos obstáculos à efetividade de direitos humanos fundamentais – especialmente relacionados à privacidade e à proteção de dados – e ao ideal de justiça e que a aplicação e a interpretação do direito tem íntima ligação com a efetividade dos direitos fundamentais e o que entendemos por justiça.

2 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E O IDEAL DE JUSTIÇA: EFETIVIDADE GERAL DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Entende-se por direitos humanos fundamentais, direitos inerentes à condição da pessoa humana, sendo gerados por meio de reivindicações, lutas e conquistas gerados por meio de situações violadoras a bens fundamentais à existência do ser humano⁸.

⁷ BORGES, Gustavo Silveira, GRAMINHO, Vivian Maria Caxambu, “Inteligência Artificial e Direitos Humanos: Interfaces Regulatórias e os Desafios” in BARBOSA, Mafalda Miranda, BRAGA NETTO, Felipe, SILVA, Michael Cesar, FALEIROS JÚNIOR, José Luiz Moura, coords. *Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa*, Indaiatuba, Editora Foco, 2021, pp. 577-600.

⁸ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de, “Direitos humanos e direitos fundamentais: conceito, objetivo e diferença”, *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 8, n. 78, p. 22-31, maio 2019.

Direitos humanos fundamentais existem antes mesmo do reconhecimento do direito positivo, como ressaltado por Alexandre de Moraes:

*A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalte-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral*⁹.

Nas palavras de Borges e Graminho: “os direitos humanos emergiram, portanto, justamente para atender as peculiaridades de cada momento histórico, apresentados de forma categorizada em dimensões que se constituíram a partir de lutas sociais”¹⁰.

Com essas mudanças históricas, surgem “novos direitos” divididos em cinco dimensões: a) primeira dimensão, relacionada a direitos civis e políticos; b) segunda dimensão, relacionada a direitos sociais, culturais e econômicos; c) terceira dimensão, relacionada a direitos de solidariedade e difusos; d) quarta dimensão, relacionada a direitos relativos à biotecnologia, engenharia genética, etc.; e) quinta dimensão, relacionada a novas tecnologias de informação e do ciberespaço¹¹.

A quinta dimensão dos direitos humanos está diretamente relacionada ao objeto deste estudo, especialmente o *big data* e a inteligência artificial. “É a partir do surgimento e sobretudo, da expansão das tecnologias de forma multidimensional, que surge a necessidade de controlar impactos negativos advindos com esta, como crimes cibernéticos, discriminações, violações de privacidade, entre outros tantos”¹².

A Constituição Federal de 1988 adota a classificação de cinco categorias de direitos em seu Título II denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” sendo a) direitos individuais; b) direitos coletivos; b) direitos sociais; c) direito à nacionalidade; e, e) direitos políticos.

Focaremos esforços nos direitos individuais e coletivos, descritos no Capítulo I do Título II da Constituição, e que se referem a questões ligadas à pessoa humana e à personalidade. A privacidade e a proteção de dados estão especialmente elencadas no artigo 5º, inciso X e LXXIX, respectivamente, que serão melhor observadas no tópico seguinte.

⁹ MORAES, Alexandre de, *Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência*, 12 ed. 2, Reimp, São Paulo, Atlas, 2023, p.2.

¹⁰ BORGES, Gustavo Silveira, GRAMINHO, Vivian Maria Caxambu, “Inteligência Artificial e Direitos Humanos: Interfaces Regulatórias e os Desafios” in BARBOSA, Mafalda Miranda, BRAGA NETTO, Felipe, SILVA, Michael Cesar, FALEIROS JÚNIOR, José Luiz Moura, coords, *Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa*, Indaiatuba, Editora Foco, 2021, pp. 589.

¹¹ BORGES, Gustavo Silveira, GRAMINHO, Vivian Maria Caxambu, “Inteligência Artificial e Direitos Humanos: Interfaces Regulatórias e os Desafios” in BARBOSA, Mafalda Miranda, BRAGA NETTO, Felipe, SILVA, Michael Cesar, FALEIROS JÚNIOR, José Luiz Moura, coords, *Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa*, Indaiatuba, Editora Foco, 2021.

¹² BORGES, Gustavo Silveira, GRAMINHO, Vivian Maria Caxambu, “Inteligência Artificial e Direitos Humanos: Interfaces Regulatórias e os Desafios” in BARBOSA, Mafalda Miranda, BRAGA NETTO, Felipe, SILVA, Michael Cesar, FALEIROS JÚNIOR, José Luiz Moura, coords, *Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa*, Indaiatuba, Foco, 2021, pp. 590.

Segundo a teoria de Rawls, justiça “é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento¹³” e seria baseada em princípios que fossem acordados mutuamente em condições de igualdade. Para ele, a justiça parte de um contrato social em que só são admitidas desigualdades de riqueza e renda se forem benéficas para os indivíduos menos favorecidos¹⁴.

A justiça também é mencionada como um objetivo constitucional no art. 3º, inc. I “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária¹⁵”.

Se observada do ponto de vista filosófico ocidental, a noção de justiça está atrelada à virtude e a questões éticas. Mais especificamente, Aristóteles emplacou a ideia de justiça atrelada a três perspectivas, sendo elas: a) a alteridade; b) o devido; e c) a igualdade¹⁶.

Em contrapartida, se analisarmos a concepção de justiça na modernidade, podemos inferir que existem três principais correntes: a) jusnaturalistas, b) positivistas e c) dialéticas.

A visão jusnaturalista busca uma noção de justiça como um ideal e se limita ao plano das abstrações metafísicas. Já a segunda, positivista, busca superar a metafísica da primeira, “sustentando que a justiça é o valor ou a virtude que decorre da correta aplicação da lei”¹⁷. E por último, a concepção dialética sustenta uma perspectiva de justiça como instrumento da igualdade por meio da transformação social¹⁸.

O autor ainda dispõe que direitos fundamentais e justiça são questões indissociáveis, até porque, países e sociedades só serão consideradas justas se direitos básicos do homem forem observados, e estes, só serão efetivos, se houver justiça. Vejamos:

A evidência da correlação entre justiça e direitos fundamentais está no fato de que um país ou uma sociedade somente poderão ser considerados justos se neles houver uma razoável observância dos direitos básicos do homem, e, por outro lado, esses direitos somente conseguirão obter níveis razoáveis de efetividade em contextos onde haja níveis também razoáveis de justiça (social, política, econômica, etc.). Muito embora essa afirmação possa parecer um argumento circular, na verdade, ela demonstra que justiça e direitos humanos fundamentais são partes de um mesmo fenômeno, pois, poderíamos dizer também que, a contrário sensu, onde não há justiça, não há direitos fundamentais, e onde não houver respeito aos direitos fundamentais nunca poderá haver justiça¹⁹.

¹³ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo, Martins Fontes, 2000, p.3.

¹⁴ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

¹⁵ BRASIL. *Constituição Federal*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988, Brasília, Presidência da República 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 nov. 2023.

¹⁶ MACHADO, Antônio Alberto, *Elementos de Teoria dos Direitos Fundamentais*, 1. ed, São Paulo, Cultura Acadêmica Editora, 2017, p. 141-153.

¹⁷ MACHADO, Antônio Alberto, *Elementos de Teoria dos Direitos Fundamentais*, 1. ed, São Paulo, Cultura Acadêmica Editora, 2017, p. 145

¹⁸ MACHADO, Antônio Alberto, *Elementos de Teoria dos Direitos Fundamentais*, 1. ed, São Paulo, Cultura Acadêmica Editora, 2017.

¹⁹ MACHADO, Antônio Alberto, *Elementos de Teoria dos Direitos Fundamentais*, 1. ed, São Paulo, Cultura Acadêmica Editora, 2017, p.141.

Independente da concepção adotada, nota-se que o problema da justiça acaba por recair sobre a aplicação e interpretação do direito, o que tem ligação direta com a efetividade de direitos fundamentais.

Em suma, a eficácia dos direitos humanos fundamentais deve alcançar a coletividade na totalidade, de forma efetiva e real, pois, conforme Machado pontua:

Uma coisa são os direitos proclamados e garantidos por normas jurídicas – no papel; outra coisa, bem diferente, são esses mesmos direitos no plano de sua realização material – na prática.

Isso quer dizer que o conjunto dos direitos humanos fundamentais, assegurado em constituições, tratados e convenções internacionais, pode traduzir apenas uma “aparência” ou “promessa” de direito. E por detrás dessa simples “aparência” normativa pode ser que haja outra realidade, ou seja, a realidade da ineficácia que, no limite, nega os direitos do homem na sua essência material ou concreta²⁰.

A crítica que se faz necessária a respeito desse tema é que o discurso sobre os direitos humanos funciona muito bem no âmbito abstrato, mas, na prática – sistemática e estruturalmente – reflete em algumas restrições e obstáculos.

Ao abordarmos sobre a efetividade geral e as restrições aos direitos humanos, nota-se que, ao mesmo tempo em que, se vivencia uma expansão dos direitos fundamentais através da elaboração de normas e convenções, também se experimenta a restrição desses direitos expandidos, e por vezes somente de aparência, como será demonstrado nos tópicos seguintes.

Nas palavras de Machado: “no campo estritamente jurídico o discurso da aplicabilidade e da eficácia dos direitos constitucionais dispõe de argumentos que tanto auxiliam na ‘expansão’ quanto na ‘contenção’ deles”²¹.

Certos da máxima de que não existem direitos absolutos, é preciso analisar como os direitos humanos fundamentais diretamente implicados no reconhecimento do direito à privacidade e à proteção de dados na era do *big data* e da inteligência artificial são aplicados.

3 PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA ERA DO *BIG DATA* E DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: COMO ESSES DIREITOS FUNDAMENTAIS SÃO APLICADOS?

Direitos humanos fundamentais garantem o mínimo necessário e protegem o indivíduo frente à atuação do Estado, positivados, como mencionado, tanto na Constituição Federal como em normas e tratados internacionais como na Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

No item anterior, indicamos brevemente que não existe direito absoluto. Isto porque, havendo conflito entre direitos, haverá aplicação de princípios como o da proporcionalidade e da equidade para que se busque o se espera alcançar como justiça.

²⁰ MACHADO, Antônio Alberto, *Elementos de Teoria dos Direitos Fundamentais*, 1. ed, São Paulo, Cultura Acadêmica Editora, 2017, p. 117.

²¹ MACHADO, Antônio Alberto, *Elementos de Teoria dos Direitos Fundamentais*, 1. ed, São Paulo, Cultura Acadêmica Editora, 2017, p.110.

Sendo assim, como aplicar direitos fundamentais especialmente implicados na privacidade e na proteção de dados pessoais na era do *big data* e da inteligência artificial?

Big data refere-se à utilização de dados estruturados, semi estruturados ou não estruturados em larga escala, que visa analisar padrões rapidamente a partir dele, potencializando a extração de informações em uma velocidade exponencial. Nesse sentido, é a conceitualização trazida por Sarlet e Molinaro:

*Big data é um dos principais elementos do debate contemporâneo sobre as mudanças sociais induzidas tecnologicamente. A palavra descreve um tratamento de grandes quantidades de dados que visa reconhecer padrões e obter novas percepções a partir deles. Isso requer abordagens vanguardistas em razão da abundância, da diversidade dos dados e da rapidez com que são coletados, analisados e revinculados ou reintroduzidos no sistema, ou seja, em um ambiente caracterizado pela volatilidade, pela incerteza, pela complexidade e pela ambiguidade*²².

Já inteligência artificial, em linhas gerais, são algoritmos matemáticos criados por seres humanos utilizados a partir de técnicas como *machine learning* (aprendizado de máquina) em sistemas que se assemelham – ainda que de forma limitada – ao cérebro humano²³.

A inteligência artificial e o *big data* trazem diversos benefícios como a própria inovação e a livre concorrência, além do rápido processamento de informações, entretanto, a concentração da base de dados pessoais por grupos econômicos, como as *big techs*, acaba por restringir os benefícios e o próprio controle nas mãos de poucos. Isso acaba fazendo com que as *big techs* possam ter maior poder, por vezes, que o próprio Estado, podendo gerar alguns abusos e principalmente, dificultar a efetivação de direitos fundamentais relacionados à privacidade e proteção de dados.

Muito antes de qualquer indício de discussão sobre regulamentação brasileira em torno da proteção de dados pessoais, a União Europeia foi pioneira no debate, tendo como marco a Convenção de Estrasburgo, também conhecida como Convenção n.º 108 para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais (1981). Após, houve a edição da Diretiva 95/49/CE, tendo grande evolução no espaço europeu através dessa documentação. Em 2009, a proteção de dados pessoais tornou-se um direito fundamental por meio do Tratado de Lisboa. Já em 2012, houve revisão das diretivas de dados pessoais para implementação da *General Data Protection Regulation Regulation (EU) 2016/679 (GDPR)*²⁴.

²² SARLET, Gabrielle Bezerra Sales, MOLINARO, Carlos Alberto, “Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de *big data*”. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 13, 2019, pp. 183-184.

²³ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de, OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de, RUIZ, Evandro Eduardo Seron, “Inteligência artificial e personalidade jurídica: aspectos controvertidos” in BARBOSA, Mafalda Miranda, BRAGA NETTO, Felipe, SILVA, Michael Cesar, FALEIROS JÚNIOR, José Luiz Moura, coords, *Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa*, Indaiatuba, Editora Foco, 2021.

²⁴ MEIRELES, Adriana Veloso, Privacidade no século 21: proteção de dados, democracia e modelos regulatórios, *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 41, p. 1-35, maio 2023, Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/my3M8sH3tfpm4WmXhrNcMjK/?format=pdf&lang=pt>>, Acesso em 30 jan. 2024.

A GDPR foi editada em 2016 e atinge formalmente cerca 31 países. Entretanto, serviu de modelo, ainda que indiretamente, para diversos países que possuíam debates ainda incipientes sobre o tema, como o Brasil, que ganhou relevância a partir de 2007 com o Marco Civil da Internet. Não obstante, a LGPD só entrou em vigor em 2020 – embora publicada em 2018.

Relacionado com o tema em discussão, Martins aduz:

Isso significa que as normas de proteção de dados tem como origem direta os direitos fundamentais previstos na Constituição, conferindo fundamento constitucional à matéria e, portanto, consolidando como um dever do Estado a atualização e a adaptação das leis de proteção de dados para que acompanhem as inovações tecnológicas²⁵.

A LGPD é a lei brasileira que dispõe sobre o tratamento de dados de pessoas físicas, reconhecendo, de certa forma que, a proteção dos dados é uma das garantias para proteger direitos como a autodeterminação informativa, a liberdade, o livre desenvolvimento da personalidade e principalmente, a privacidade.

Embora a percepção de alguns autores seja no sentido de que a LGPD seja uma lei voltada ao direito e à tecnologia, não restam dúvidas da natureza relacionada à proteção de direitos humanos fundamentais, especialmente pois a normativa fundamenta-se em diversos preceitos constitucionais e também está em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Antes de nos aprofundarmos nas questões atinentes à privacidade e proteção de dados, ressalta-se que esses dois direitos não se confundem, o que se comprova tendo em vista que ambas possuem proteção constitucional em incisos distintos, como será demonstrado.

Segundo Martins ao citar Laura Schertel Mendes, “o direito à privacidade ‘transformou-se para fazer emergir a dimensão de proteção de dados, à medida que surgiram novos desafios ao ordenamento jurídico a partir do tratamento informatizado de dados’²⁶”.

Dentre as diferenças entre privacidade e proteção de dados, pode-se destacar que a privacidade possui uma dimensão individual, enquanto a proteção de dados possui caráter coletivo²⁷. Nesse sentido, dispõe Bioni:

O principal argumento apresentado por Bioni²⁸ para distinguir a proteção de dados da privacidade é o centro gravitacional desses dois direitos. Segundo o autor, a privacidade estaria atrelada à lógica binária do público versus privado, enquanto a proteção de dados teria como objeto central unicamente o conceito de dado pessoal.

²⁵ MARTINS, Pedro Bastos Lobo, *Profiling na Lei Geral de Proteção de Dados: O livre desenvolvimento da personalidade em face da governamentalidade algorítmica*, Indaiatuba SP, Editora Foco, 2022, p.9.

²⁶ MENDES, 2014 *apud* MARTINS, Pedro Bastos Lobo, *Profiling na Lei Geral de Proteção de Dados: O livre desenvolvimento da personalidade em face da governamentalidade algorítmica*, Indaiatuba, Editora Foco, 2022, p. 29.

²⁷ MARTINS, Pedro Bastos Lobo, *Profiling na Lei Geral de Proteção de Dados: O livre desenvolvimento da personalidade em face da governamentalidade algorítmica*, Indaiatuba, Editora Foco, 2022, p.89.

²⁸ BIONI, Bruno, *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*, 2. ed, Rio de Janeiro, Forense, 2019.

*Sendo assim, basta que uma informação se relacione a uma pessoa para que as garantias da proteção de dados sejam aplicáveis*²⁹.

O artigo 2º, inciso VII da LGPD dispõe que “A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I – o respeito à privacidade; VII – os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais”.

Da mesma forma, a Constituição Federal dispõe, em seu artigo 5º, inciso X que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Reforçando tal dispositivo, o artigo 12º do Código Civil elenca que “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.” Ainda, o artigo 21 dispõe que “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Em 2022, a Constituição Federal foi alterada através da Emenda n.º 115 de 2022 para inclusão da proteção de dados pessoais no rol do artigo 5º entre os direitos e garantias fundamentais por meio da redação do inciso LXXIX que dispõe que “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”.

Entende-se como relevante e assertiva a inclusão da proteção de dados pessoais – assim como a manutenção em apartado o direito à privacidade – como um direito constitucional, vez que, ainda que houvesse previsão em lei infraconstitucional, como na LGPD, e que houvesse entendimento implícito sobre a privacidade ser um direito fundamental, positivá-lo na Constituição demonstra que a proteção de dados passa a ter uma posição normativa maior e se torna ainda mais relevante dada as inúmeras lacunas existentes ainda na LGPD. Nesse sentido, é o entendimento de Martins:

*Isso significa que as normas de proteção de dados têm como origem direta os direitos fundamentais previstos na Constituição, conferindo fundamento constitucional à matéria e, portanto, consolidando como um dever do Estado a atualização e a adaptação das leis de proteção de dados para que acompanhem as inovações tecnológicas. Ainda, abonou-se a noção de proteção da privacidade como eminentemente uma proteção do sigilo ou de uma intimidade que dados pessoais poderiam revelar, para se concebê-la como uma proteção integral da pessoa*³⁰.

Seguindo na análise sobre direitos fundamentais, o livre desenvolvimento da personalidade se trata de um princípio previsto implicitamente na Constituição Fede-

²⁹ BIONI, apud MARTINS, Pedro Bastos Lobo, *Profiling na Lei Geral de Proteção de Dados: O livre desenvolvimento da personalidade em face da governamentalidade algorítmica*, Indaiatuba, Editora Foco, 2022, p.30.

³⁰ MARTINS, Pedro Bastos Lobo, *Profiling na Lei Geral de Proteção de Dados: O livre desenvolvimento da personalidade em face da governamentalidade algorítmica*, Indaiatuba SP, Editora Foco, 2022, p.9.

ral, no art. 1, inciso III³¹, reconhecido no princípio da dignidade da pessoa humana e também no art. 12 do Código Civil³² que dispõe sobre tutela dos direitos da personalidade, tendo completa ligação com os direitos à privacidade e à proteção de dados.

A proteção de dados pessoais e a privacidade são direitos fundamentais autossuficientes. Para analisar essa informação, e identificar como esses direitos fundamentais são aplicados, analisaremos a ADI 6387 MC-Ref:

EMENTA MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/2020. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). COMPARTILHAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL, PELAS EMPRESAS PRESTADORAS, COM O INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. FUMUS BONI JURIS. PERICULUM IN MORA. DEFERIMENTO. 1. Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais. 2. Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de dados pessoais não observam os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos. O compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança desses dados. 6. Ao não apresentar mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger, de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na transmissão, seja no tratamento, o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados pessoais compartilhados, a MP nº 954/2020 descumpra as exigências que exsurtem do texto constitucional no tocante à efetiva proteção dos direitos fundamentais dos brasileiros. 8. Agrava a ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados a circunstância de que, embora aprovada, ainda não vigora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018), definidora dos critérios para a responsabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento de dados pessoais. O fragilizado ambiente protetivo impõe cuidadoso escrutínio sobre medidas como a implementada na MP nº 954/2020. 9. O cenário de urgência decorrente da crise sanitária deflagrada pela pandemia global da COVID-19 e a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento não podem ser invocadas como pretextos para justificar investidas visando ao enfraquecimento de direitos e atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição. 10. Fumus boni juris e periculum in mora demonstrados. Deferimento da medida cautelar para suspender a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, a fim de prevenir danos irreparáveis à intimidade e ao sigilo da vida privada de mais de uma centena de milhão de usuários dos serviços de telefonia fixa móvel. 11. Medida cautelar referendada³³.

³¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.

³² Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

³³ ADI 6387 MC-Ref, Relatora: MINISTRA ROSA WEBER, STF, data de julgamento: 07/5/2020, publicado no DJE: 12/11/2020.

Nota-se claramente que o voto acima foi fundamentado na garantia do direito à privacidade e à proteção de dados pessoais, embora com forte relação com outros direitos aqui mencionados, como o direito à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade.

Corroborando com a análise acima, dispõe Martins: “O livre desenvolvimento da personalidade enquanto princípio constitucional possui grande relação com os princípios do direito privado, os direitos da personalidade e, de forma geral, com a garantia da autonomia privada³⁴”.

No entanto, vale reforçar, como anteriormente suscitado, que não existe direito absoluto e quando há conflito entre direitos fundamentais, as decisões levadas ao judiciário se apoiam no princípio da proporcionalidade, que observa requisitos como a) adequação; b) necessidade; e, c) proporcionalidade.

Observa-se, por exemplo, que a jurisprudência que vem sendo aplicada atualmente pondera a indenização por violação ao direito à privacidade a depender do caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade.

O caso abaixo reflete decisão relacionada ao que popularmente é conhecido como *Revenge Porn* ou pornografia de vingança, expressão utilizada nos casos em que uma pessoa expõe fotos íntimas do(a) ex-parceiro(a) na internet, o que leva a vários prejuízos para a parte que foi vítima, na maioria das vezes, mulheres. Não é à toa que, o fato é tipificado como crime nos termos do artigo 218-C do Código Penal³⁵, além de ser passível de indenização por danos morais em razão à indubitável violação ao direito à privacidade:

Indenização por danos morais – divulgação de fotos íntimas após fim de relacionamento amoroso “2. Os fatos são incontroversos e fundados em sentença criminal e confissão do requerido, portanto não necessitam de maior produção de provas. De igual forma, inquestionável o dano moral decorrente da divulgação de imagens visando denegrir a reputação da autora, ou seja, relacionados diretamente com os prejuízos ocasionados a direitos de personalidade, como à honra, à imagem, à integridade psicológica e física, à liberdade, etc.”³⁶”.

³⁴ MARTINS, Pedro Bastos Lobo, *Profiling na Lei Geral de Proteção de Dados: O livre desenvolvimento da personalidade em face da governamentalidade algorítmica*, Indaiatuba SP, Editora Foco, 2022, p.2.

³⁵ Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia (Incluído pela Lei 13.718, de 2018)

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: (Incluído pela Lei 13.718, de 2018)

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave. (Incluído pela Lei 13.718, de 2018)

Aumento de pena (Incluído pela Lei 13.718, de 2018)

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação. (Incluído pela Lei 13.718, de 2018)

³⁶ Acórdão 1600739, 07122362120218070006, Relator: ROMEU GONZAGA NEIVA, 7ª Turma Cível, data de julgamento: 27/7/2022, publicado no DJE: 15/8/2022.

Quanto ao direito à proteção de dados pessoais, a jurisprudência atualmente também pondera, a depender da análise do caso concreto, a razoabilidade e proporcionalidade no tratamento de dados pessoais. No caso abaixo é nítida a avaliação feita com base na necessidade, adequação e proporcionalidade do tratamento de dados sensíveis:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. FAMÍLIA. FILIAÇÃO. LEI ESTADUAL QUE OBRIGA A ADOÇÃO DE MEDIDAS DE SEGURANÇA QUE EVITEM, IMPEÇAM OU DIFICULTEM A TROCA DE RECÉM-NASCIDOS NAS DEPENDÊNCIAS DE HOSPITAIS PÚBLICOS OU PRIVADOS, CASAS DE SAÚDE E MATERNIDADES E QUE POSSIBILITEM A POSTERIOR IDENTIFICAÇÃO ATRAVÉS DE EXAME DE DNA. COLETA DO MATERIAL GENÉTICO DE TODAS AS MÃES E FILHOS NA SALA DE PARTO. ALEGADA OFENSA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À PRIVACIDADE E INTIMIDADE E AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. Lei 3.990/2002, ARTS. 1º, PARTE FINAL, E 2º, III. CF/88, ART. 5º, X E LIV. AÇÃO CONHECIDA E JULGADO PROCEDENTE O PEDIDO. [...] 24. Ao ser dispensado, o consentimento da mãe em relação à coleta do seu próprio material genético e do seu bebê, “na sala de parto”, revela, inequivocamente, que a lei termina por violar diretamente a privacidade dos dados genéticos dos indivíduos, restringindo, em detrimento da ordem constitucional, o exercício de um direito fundamental. Assim, ao prever a coleta compulsória de material genético da mãe e do bebê, e ferir a privacidade desses sujeitos, o inciso III, do artigo 2º, da Lei 9.990/2002, do Estado do Rio de Janeiro, está acoimado de inconstitucionalidade. 25. Ex positis, CONHEÇO da presente ação direta de inconstitucionalidade e julgo PROCEDENTE o pedido formulado para declarar a INCONSTITUCIONALIDADE dos artigos 1º, parte final, e 2º, inciso III, da Lei 3.990, de 11 de outubro de 2002, do Estado do Rio de Janeiro, fixando a seguinte tese: “É inconstitucional a lei estadual que preveja o arquivamento de materiais genéticos de nascituros e parturientes, em unidades de saúde, com o fim de realizar exames de DNA comparativo em caso de dúvida”³⁷.

Indaga-se: será que a coleta de dados sensíveis – dados genéticos – de um nascituro e de sua genitora, sem o consentimento da mãe, são realmente necessários para atingir a finalidade de impedir a troca de recém nascidos em hospitais? Nos parece que existem meios menos invasivos e que não violam a privacidade e a proteção de dados para atingir esse mesmo objetivo.

Por isso, deve-se sopesar e dar insumos e incentivos para que o desenvolvimento em torno do tratamento de dados pessoais – especialmente quando há uso da inteligência artificial na era do *big data* possam beneficiar os indivíduos de tal forma que sejam observados os direitos humanos fundamentais – em especial o direito à proteção de dados pessoais e o direito à privacidade – para fomentar o ideal de justiça.

4 OBSTÁCULOS À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE E À PROTEÇÃO DE DADOS

Um sistema de inteligência artificial na era do *big data* em que há tratamento massivo de dados pessoais pode impactar inúmeros direitos, inclusive direitos hu-

³⁷ ADI 5545, Relator: MINISTRO LUIZ FUX, STF, data de julgamento: 13/4/2023, publicado no DJE: 16/6/2023,

manos, e esse impacto pode ser observado tanto de forma positiva quanto negativa para grupos diferentes de pessoas em um mesmo sistema:

Embora a tecnologia facilite sobremaneira a execução de diversas atividades, não se pode deixar de lado as situações que geram e/ou expõem a risco, além de violar direitos humanos, como os direitos à não discriminação, à privacidade, à saúde, entre outros, tornando urgente a necessidade de se regulamentar o setor, pois na prática o que se observa é uma “autorregulamentação” do mercado, que muitas vezes visa apenas ao desenvolvimento e comercialização das referidas tecnologias. Além da capacidade dessas tecnologias agirem de maneira autônoma, em razão do aprendizado contínuo por meio de experiências e de dados (big data), é possível apontar determinadas características dos sistemas de IA que aumentam o seu potencial de risco, tais como a imprevisibilidade de suas ações e a falta de transparência dos sistemas³⁸.

Focaremos nesse item na obstaculização à efetividade dos direitos humanos implicados no direito à privacidade e à proteção de dados nesse contexto de *big data* e inteligência artificial, destacando a falta de regulamentação sobre o uso de inteligência artificial no Brasil como um primeiro obstáculo que deve ser destacado.

Esse fato é agravado porque grandes conglomerados empresariais detêm majoritariamente dos maiores bancos de dados pessoais e do controle das melhores tecnologias, tendo por vezes maior controle e mais poder sobre a regulamentação dessas tecnologias que o próprio Estado.

Portanto, para delimitar os obstáculos e limites da efetividade dos direitos fundamentais, analisaremos especialmente com base nos princípios constitucionais que fundamentam os direitos humanos fundamentais, fazendo contrapontos entre benefícios e prejuízos, a fim de identificar, por fim, quais seriam os outros obstáculos.

Os princípios que serão apresentados encontram-se em diversas normativas, tais como na Declaração Universal de Direitos Humanos, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, dentre outros³⁹.

Um exemplo paradigmático desse antagonismo no uso de inteligência artificial como um obstáculo – ou senão, como um forte risco – à violação a direitos humanos fundamentais relacionados à privacidade e proteção de dados é a utilização na esfera criminal:

[...] o uso de sistemas automatizados de pontuação de riscos no sistema de justiça criminal pode reduzir o número de indivíduos do grupo majoritário que são encarcerados desnecessariamente, ao mesmo tempo em que falhas no sistema servem para

³⁸ BORGES, Gustavo Silveira, GRAMINHO, Vivian Maria Caxambu, “Inteligência Artificial e Direitos Humanos: Interfaces Regulatórias e os Desafios” in BARBOSA, Mafalda Miranda, BRAGA NETTO, Felipe, SILVA, Michael Cesar, FALEIROS JÚNIOR, José Luiz Moura, coords. *Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa*, Indaiatuba, Editora Foco, 2021, pp 584-585.

³⁹ DE MORAES, Ana Luisa Zago, BARBOSA, Lutiana Valadares Fernandes, DEL GROSSI, Viviane Ceolin Dallasta, MACEDO, Gustavo Carlos, CARVALHO, Fernanda Alves de, OLIVEIRA, Sofia Neto, MAIA, Tainá Garcia, *Inteligência artificial e direitos humanos: aportes para um marco regulatório no Brasil*, São Paulo, Editora Dialética, 2022, E-book.

*umentar a taxa de encarceramentos equivocados para aqueles pertencentes a grupos marginalizados*⁴⁰.

Não bastasse o exemplo acima, em razão do treinamento da inteligência artificial ser feito com dados existentes, o sistema replica padrões, e com isso perpetua preconceitos sociais e discriminações.

Em razão dos dados históricos, que reforçam preconceitos enraizados na sociedade através do treinamento dos sistemas de inteligência artificial, conforme já mencionado, há um grande desafio a ser enfrentado para efetividade dos direitos humanos fundamentos relacionado à justiça e igualdade através do princípio da não discriminação elencado no art. 3, VI da Constituição Federal, no art.6, inciso XIII da LGPD e art. 2, inciso V do PL 2338/2023: “Por exemplo, um algoritmo de predição de criminalidade leva em conta os dados estatísticos existentes em uma determinada sociedade e pode ser discriminatório contra negros”⁴¹.

Isso gera grande preocupação ao utilizar novas tecnologias por departamentos de polícia, afinal, pode gerar um policiamento discriminatório e desigual, implicando diretamente em uma criminalização injusta e no direito à dignidade humana.

O princípio da dignidade humana, previsto como fundamento no art.1º, inciso III da Constituição Federal, dispõe basicamente que os indivíduos devem ser tratados em sua individualidade e não como objetos, ou seja, com dignidade. Também está referenciado no artigo inciso VII da LGPD e ainda, embora não aprovada, consta também como fundamento no artigo 2, inciso I do PL 2338/2023 como centralidade da pessoa humana.

Além disso, uma vez que os indivíduos devem ser tratados em sua individualidade e não somente como dados, parece não ser condizente que uma decisão automatizada decida sobre a restrição de liberdade de uma pessoa, ou, por exemplo, nos casos em que há pena de morte permitida em legislações, sobre a vida ou a morte desse indivíduo. Também há violação da privacidade e da proteção de dados, com conseqüente violação ao princípio da dignidade humana nos casos de *revenge porn*, mencionado anteriormente.

No primeiro exemplo, a própria aplicação da tecnologia pode se enquadrar como um obstáculo à efetivação de direitos fundamentais, enquanto no segundo, a depender da interpretação de que tal violação enseja ou não em ressarcimento por danos morais, já que não existe direito absoluto, pode ser visto também como um obstáculo já que diversas leis preconizam o direito ao ressarcimento de forma expressa, mas em razão da interpretação do poder judiciário, esse direito pode ser afastado.

A privacidade e a proteção de dados são direitos reconhecidos constitucionalmente, sendo que, havendo violação, há fundamento para reclamar perdas e da-

⁴⁰ DE MORAES, Ana Luisa Zago, BARBOSA, Lutiana Valadares Fernandes, DEL GROSSI, Viviane Ceolin Dallasta, MACEDO, Gustavo Carlos, CARVALHO, Fernanda Alves de, OLIVEIRA, Sofia Neto, MAIA, Tainá Garcia, *Inteligência artificial e direitos humanos: aportes para um marco regulatório no Brasil*, São Paulo, Editora Dialética, 2022, p.115, E-book.

⁴¹ DE MORAES, Ana Luisa Zago, BARBOSA, Lutiana Valadares Fernandes, DEL GROSSI, Viviane Ceolin Dallasta, MACEDO, Gustavo Carlos, CARVALHO, Fernanda Alves de, OLIVEIRA, Sofia Neto, MAIA, Tainá Garcia, *Inteligência artificial e direitos humanos: aportes para um marco regulatório no Brasil*, São Paulo, Editora Dialética, 2022, p.236, E-book.

nos, com previsão de ressarcimento tanto na Constituição Federal, quanto no Código Civil e na LGPD.

Há ainda, o princípio do devido processo legal que merece ser mencionado: “O princípio do devido processo abarca o direito à ampla defesa, contraditório e o direito a um julgamento justo e as medidas de reparação⁴²”.

Não bastasse previsão de direito à reparação por danos morais na Constituição Federal e no Código Civil, a própria LGPD também traz disposição no mesmo sentido no artigo 42: “O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo”.

Neste caso, o titular de dados pessoais tem o direito de acionar tanto a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) quanto o Poder Judiciário caso entenda ter sofrido algum tipo de dano.

Embora pareça incontestável que a violação da privacidade e de dados pessoais deva ensejar em indenização, em razão de disposição constitucional e infraconstitucional, não é o posicionamento no judiciário em razão do pressuposto de que não existe direito absoluto, o que acaba sendo um dos obstáculos à efetividade desses direitos.

Apresentamos no item 2 deste artigo, exemplos de casos aplicados sem ressalvas ao direito constitucional à privacidade e à proteção de dados, como a indenização por danos morais em razão da violação à privacidade, a qual foi o caso de *revenge porn* e a declaração de inconstitucionalidade e dos artigos 1º, parte final, e 2º, inciso III, da Lei 3.990, de 11 de outubro de 2002, do Estado do Rio de Janeiro que obrigaria a coleta de dados genéticos de mães e recém nascidos para evitar a troca de bebês em maternidades.

Nota-se, em contrapartida, que o Acórdão a seguir não segue esse entendimento, uma vez que limita a indenização somente nos casos em que há dano comprovado e há dados pessoais sensíveis envolvidos:

Exposição de dados pessoais não sensíveis em site da internet – exclusão de informações – lei geral de proteção de dados – dano moral não configurado

4 – Responsabilidade civil. Danos morais. Exposição de dados pessoais em site da internet. A Lei de regência não contempla a indenização por danos morais in re ipsa. Ao contrário, a inteligência do art. 42 indica a necessidade de demonstração, em concreto, do dano causado pelo tratamento inadequado de dados. Nos cadastros da ré não consta dado sensível (referente à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, art. 5º, inciso II da Lei) nem há demonstração de que os autores sofreram limitação ou vulneração a qualquer dos interesses essenciais da pessoa natural, como imagem, privacidade, honra, intimidade ou integridade corporal. A disponibilização do nome, CPF e endereço residencial dos autores em site da rede mundial de computadores, por si só, não enseja a reparação por danos morais. (...) Na forma do art. 18, inciso VI, da Lei 13.709/2018 (LGPD), o titular dos dados pessoais tem direito a obter do

⁴² *Ibidem*, p.271.

*controlador, a qualquer momento e mediante requisição, a eliminação dos dados pessoais tratados*⁴³.

Se existe preconizado em norma constitucional e infraconstitucional o direito à reparação em caso de violação a direitos fundamentais, poderia o judiciário afastar a seu critério o direito à indenização pela violação sofrida? Nos parece que não.

Entende-se que o vazamento dos dados pessoais (ainda que não sejam dados pessoais sensíveis) por si só, evidenciaria uma violação a um direito fundamental, em especial, o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais. Nesse sentido, dispõe Mulholland:

*O direito à privacidade, e mais especificamente, o direito à intimidade, alude à proteção da esfera privada ou íntima de uma pessoa, sendo esta abrigada contra ingerências externas, alheias e não requisitadas, e tutelada na medida em que não se permite, sem autorização do titular da informação ou dado, a sua divulgação no meio social*⁴⁴.

O próprio Poder Judiciário, que deveria ser quem aplica, julga, interpreta e faz cumprir a lei, é muitas vezes uma das esferas que impõe barreiras e desafios e contribui para o fracasso da efetividade dos direitos humanos fundamentais, em especial o direito à privacidade e à proteção de dados.

Quando analisamos do ponto de vista do uso da inteligência artificial na era do *big data*, observam-se obstáculos à efetividade de direitos fundamentais quando:

*A utilização da IA para perfilamento, categorização e processamento autônomo ou automatizado de informações e vigilância em massa a partir da identificação de informações pessoais, localização, rotas, comunicações, posts em redes sociais, rede de relacionamentos de amigos ou trabalho, emoções, câmeras de cidades, biometria, programas de monitoramento de saúde, e outros dispositivos de monitoramento, pode colocar em risco o direito à privacidade*⁴⁵.

Além disso, na era dos dados pessoais, existe um discurso que tem se espalhado de uma forma estrutural e sistêmica que constrói uma realidade embasada no interesse de poucos, especialmente das *big techs*, que como já mencionado, atualmente têm maior poder que o próprio Estado.

Não restam dúvidas, portanto, que o Judiciário, deveria defender direitos constitucionalmente protegidos, sem qualquer juízo de valor. Entretanto, quando analisamos as jurisprudências relacionadas à privacidade, alguns direitos são relativizados, como se a solicitação de exclusão – garantida pela LGPD – fosse suficiente

⁴³ *Acórdão 1434128, 07397589020218070016. Relator: AISTON HENRIQUE DE SOUSA, Primeira Turma Recursal, data de julgamento: 24/6/2022, publicado no DJE: 14/7/2022.*

⁴⁴ MULHOLLAND, Caitlin Sampai, “Dados Pessoais Sensíveis e a Tutela de Direitos Fundamentais: Uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (lei 13,709/18)”. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 3, pp. 171-172, set./dez. 2018, Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8697583>>, Acesso em 21 nov. 2023.

⁴⁵ DE MORAES, Ana Luisa Zago, BARBOSA, Lutiana Valadares Fernandes, DEL GROSSI, Viviane Ceolin Dallasta, MACEDO, Gustavo Carlos, CARVALHO, Fernanda Alves de, OLIVEIRA, Sofia Neto, MAIA, Tainá Garcia, *Inteligência artificial e direitos humanos: aportes para um marco regulatório no Brasil*, São Paulo, Editora Dialética, 2022, pp. 288-295, E-book.

após a exposição dos dados na internet por uma empresa, mesmo que no caso em questão a empresa não tenha sido capaz de demonstrar uma finalidade, boa-fé e interesse público que justificassem a exposição dos dados na internet⁴⁶.

Discutir sobre os obstáculos à efetividade dos direitos humanos fundamentais no contexto apresentado neste artigo não é sobre apresentar problemas ou empecilhos à inovação, mas sim sobre identificar formas de promover e garantir o alcance de todos os cidadãos aos benefícios que esta nova realidade pode trazer, sem ameaçar os direitos humanos fundamentais diretamente implicados no direito à privacidade e à proteção de dados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na era da inteligência artificial e do *big data*, o uso de novas tecnologias tem afetado e feito surgir “novos direitos” diretamente atrelados aos direitos garantidos em normas constitucionais, infraconstitucionais e na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Com isso, o presente artigo buscou analisar se os “novos direitos” que impactam na efetividade de direitos humanos fundamentais – especialmente relacionados à privacidade e à proteção de dados – e ao ideal de justiça.

Para tanto, analisou o conceito de direitos humanos fundamentais que podem ser entendido como direitos inerentes à condição da pessoa humana, sendo gerados por meio de reivindicações, lutas e conquistas. Já o ideal de justiça, também analisado para responder à pesquisa seria, do ponto de vista dialético, um instrumento de igualdade por meio da transformação social.

Com isso, foi possível verificar que, com novas tecnologias, consequentemente, surgem junto aos novos direitos, novos obstáculos à efetividade de direitos humanos fundamentais – especialmente relacionados à privacidade e à proteção de dados – e ao ideal de justiça e que a aplicação e a interpretação do direito tem íntima ligação com a efetividade dos direitos fundamentais e o que entendemos por justiça.

Essa análise só foi possível de ser realizada a partir de análises de contextuais reais e jurisprudenciais. A interpretação dada pelo poder judiciário às situações envolvendo tratamento de dados pessoais ao mesmo tempo que garante a efetividade de direitos fundamentais, também é a mesma instituição que restringe o acesso a esses direitos, vez que não aplica necessariamente a legislação como posta, mas a interpreta com base no princípio da razoabilidade.

Através deste artigo trouxemos alguns exemplos a respeito da efetividade dos direitos humanos fundamentais e a correta aplicação legislativa, conforme disposto

⁴⁶ RECURSO INOMINADO. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. LGPD. EXPOSIÇÃO DE DADOS PESSOAIS EM SITE DA INTERNET. DADOS PESSOAIS NÃO SENSÍVEIS. EXCLUSÃO DE INFORMAÇÕES. DANOS MORAIS. NÃO CABIMENTO. [...] 3 – Tratamento de dados por entidade privada. Obrigação de fazer. Exclusão de dados constante do site. A ré não demonstrou, à satisfação, que desenvolve atividade compreendida entre as hipóteses do art. 7º da Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados). O § 3º. do referido dispositivo prevê que o tratamento de dados pessoais cujo acesso é público deve considerar a finalidade, a boa-fé e o interesse público que justificaram sua disponibilização. Contudo, a ré não demonstrou qual o interesse público na divulgação de número de CPF, endereço residencial. [...]. (07397589020218070016 – (0739758-90.2021.8.07.0016 – Res. 65 CNJ). TJDF. Relator: AISTON HENRIQUE DE SOUSA. Data do julgamento: 24/06/2022. Publicado no DJE: 14/07/2022).

em diversas normas, como a) indenização por danos morais por vazamento intencional de imagens no caso de *revenge porn*; b) declaração de inconstitucionalidade de parte de lei do estado do Rio de Janeiro em razão de coleta exacerbada de dados genéticos com o fim de impedir trocas de bebês em maternidades, visto que a finalidade poderia ser alcançada de outra maneira; c) redução do número de pessoas encarceradas desnecessariamente; em contraponto com exemplos em que foi identificado, de certa forma, um obstáculo à efetividade desses mesmos direitos, quais sejam: a) não configuração de dano moral no caso de exposição de dados pessoais não sensíveis na internet, mesmo havendo expressa previsão legal; b) identificação de doenças a partir do mapeamento de perfil de saúde; c) falhas no sistema aumentam os encarceramentos errados de grupos marginalizados.

Além do Poder Judiciário relativizar esses direitos supramencionados, uma das causas de obstaculização também se refere ao poder que certas empresas possuem, que por vezes, nos casos das *big techs*, chegam a ser maiores que do próprio Estado.

Não restam dúvidas de que esses avanços tecnológicos podem ser usados para finalidades benéficas e que promovam direitos humanos fundamentais, mas, em contrapartida, podem ser usados de forma temerária, especialmente se houver concentração na mão de grandes conglomerados empresariais, enfraquecendo, desta forma, a efetividade desses direitos.

Deve-se sopesar e dar insumos e incentivos para que o desenvolvimento em torno do tratamento de dados pessoais – especialmente quando há uso da inteligência artificial na era do *big data* possam beneficiar os indivíduos de tal forma que sejam observados os direitos humanos fundamentais – em especial o direito à proteção de dados pessoais e o direito à privacidade – para fomentar o ideal de justiça, observando assim, alguns princípios como o da dignidade humana, da não discriminação, do devido processo legal, da igualdade, entre outros.

Por fim, conclui-se que um dos principais obstáculos e fracassos da efetividade dos direitos humanos fundamentais, em especial, o direito à privacidade e à proteção de dados na era do *big data* e da inteligência artificial é a relativização dada por meio da interpretação pelo judiciário e o poder que grandes empresas possuem em termos de poder político e econômico.

É direito e dever enquanto cidadão, reivindicar a garantia do efetivo exercício e interpretação desse direito, inclusive o direito de requerer que sistemas de inteligência artificial e com massivo tratamento de dados sejam construídos observando direitos humanos fundamentais e sejam usados como um instrumento aliado à superação dos obstáculos, e não como mais um.

6 REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de, “Direitos humanos e direitos fundamentais: conceito, objetivo e diferença *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 8, n. 78, p. 22-31, maio 2019.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL, *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*, Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>, Acesso em: 29 mar. 2023. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL, *Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018*, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL, *Proposta de Emenda à Constituição 17/2019*, Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7925004&ts=1647518557360&disposition=inline>>, Acesso em: 15 de fev. 2024

BRASIL, *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5545*, Relator Ministro Luiz Fux, 13 de abril de 2023, Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4998973>>, Acesso em 19 de 2024.

BRASIL, *Acórdão 1434128, 07397589020218070016*, Relator Aiston Henrique de Sousa, Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/direito-constitucional/direitos_de_personalidade_intimidade_privacidade_honra_imagem_e_liberdade_de_expressao.>, Acesso em 26 nov. 2023.

BRASIL, *Acórdão 1600739, 07122362120218070006*, Relator: Romeu Gonzaga Neiva, Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&endereçoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=falset&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1600739> Acesso em: 20 fev. 2024.

BRASIL, *Acórdão 1434128, 07397589020218070016*, Relator Aiston Henrique de Sousa, Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/direito-constitucional/direitos_de_personalidade_intimidade_privacidade_honra_imagem_e_liberdade_de_expressao.>, Acesso em 20 fev. 2024.

BIONI, Bruno, *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*, 2. ed, Rio de Janeiro, Forense, 2019.

BORGES, Gustavo Silveira, GRAMINHO, Vivian Maria Caxambu, *Inteligência Artificial e Direitos Humanos: Interfaces Regulatórias e os Desafios* in BARBOSA, Mafalda Miranda, BRAGA NETTO, Felipe, SILVA, Michael Cesar, FALEIROS JÚNIOR, José Luiz Moura, coords, *Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa*, Indaiatuba, Editora Foco, 2021.

CONSELHO DA EUROPA, *Convenção para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais*, Disponível em: <<https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/Convencao108.htm>>, Acesso em: 03 fev. 2024.

DE MORAES, Ana Luisa Zago, BARBOSA, Lutiana Valadares Fernandes, DEL GROSSI, Viviane Ceolin Dallasta, MACEDO, Gustavo Carlos, CARVALHO, Fernanda Alves de, OLIVEIRA, Sofia Neto. MAIA, Tainá Garcia, *Inteligência artificial e direitos humanos: aportes para um marco regulatório no Brasil*, São Paulo, Editora Dialética, 2022, E-book.

DONEDA, Danilo, “A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental” in *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez, 2011, Disponível em: <<https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315/658>> , Acesso em: 15 jan. 2023.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de, OLIVEIRA, Cristina Godoy Bernardo de, RUIZ, Evandro Eduardo Seron, *Inteligência artificial e personalidade jurídica: aspectos controversos* in BARBOSA, Mafalda Miranda, BRAGA NETTO, Felipe, SILVA, Michael Cesar, FALEIROS JÚNIOR, José Luiz Moura, coords, *Direito digital e inteligência artificial: diálogos entre Brasil e Europa*, Indaiatuba, Editora Foco, 2021.

MARTINS, Pedro Bastos Lobo, *Profiling na Lei Geral de Proteção de Dados: O livre desenvolvimento da personalidade em face da governamentalidade algorítmica*, Indaiatuba SP, Editora Foco, 2022.

MEIRELES, Adriana Veloso, *Privacidade no século 21: proteção de dados, democracia e modelos regulatórios*, *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 41, p. 1-35, maio 2023, Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/my3M8sH3t4pm4WmXhrNcMjK/?format=pdf&lang=pt>>, Acesso em 30 jan. 2024.

MELO, Renan, ALVIM, Marcia Cristina de Souza. “Caminhos para a proteção da dignidade da pessoa humana na sociedade de dados”. *Revista Internacional Consinter de Direito*, ano IX, número XVII, Disponível em < <https://revistaconsinter.com/index.php/ojs/article/view/512/901/>>, Acesso em 12 mar. 2024.

- MENDES, Laura Schertel, *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*, São Paulo, Saraiva Educação, 2014.
- MORAES, Alexandre de, *Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência*, 12 ed. 2, Reimp, São Paulo, Atlas, 2023.
- MULHOLLAND, Caitlin Sampai, “Dados Pessoais Sensíveis e a Tutela de Direitos Fundamentais: Uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (lei 13,709/18)”. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, set./dez. 2018, Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8697583>>, Acesso em 21 nov. 2023.
- MACHADO, Antônio Alberto, *Elementos de Teoria dos Direitos Fundamentais*, 1. ed, São Paulo, Cultura Acadêmica Editora, 2017.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948, Disponível em: <<https://www.unicef.org>>, Acesso em: 10 fev. 2024.
- SARLET, Gabrielle Bezerra Sales, MOLINARO, Carlos Alberto, “Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de *big data*”. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 13, 2019.
- SCHWAB, Klaus; DAVIS, Nicholas, *Aplicando a quarta revolução industrial*, São Paulo, Edipro, 2019.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio, KRIBIT, Orly, MANHOSO, Eduardo, “Os dados pessoais inseridos no celular e a sua proteção constitucional: as lições trazidas pela suprema corte norte-americana.” *Revista Internacional Consinter de Direito*, ano IX, número XVII, Disponível em <<https://revistaconsinter.com/index.php/ojs/article/view/602/906>>, Acesso em 12 mar. 2024.
- SOUZA, Nicolle Bêta de, ACHA, Fernanda Rosa, “A proteção de dados como direito fundamental: uma análise a partir da emenda constitucional 115/2022”, *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, [S. l.], v. 8, n. 9, p. 666–684, 2022, Disponível em: <<https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/6822>>, Acesso em: 25 fev. 2024.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo, Martins Fontes, 2000.