

Thami Covatti Piaia
Stéfani Reimann Patz
Gabriel Henrique Hartmann
(Organizadores)

ANAIS
DO II SEMINÁRIO SOBRE
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL,
PROTEÇÃO DE DADOS E
CIDADANIA



CATALOGAÇÃO NA FONTE

S471a Seminário sobre Inteligência Artificial, Proteção de Dados e Cidadania (2. : 2021 : Santo Ângelo, RS
Anais do II Seminário sobre Inteligência Artificial, Proteção de Dados e Cidadania [recurso eletrônico] / organizadores: Thami Covatti Piaia, Stéfani Reimann Patz, Gabriel Henrique Hartmann. - Santo Ângelo : EdiURI, 2021.
400 p.

ISBN 978-65-87121-12-3

1. Proteção de dados - Anais. 2. Inteligência artificial.
3. Cidadania. I. Piaia, Thami Covatti (org.) II. Patz, Stéfani Reimann (org.). III. Hartmann, Gabriel Henrique (org.). IV. Título

CDU: 34:004.8(063)

Bibliotecária responsável pela catalogação Fernanda Ribeiro Paz - CRB-10/1720

Publicação

EdiURI – Editora da URI – Campus de Santo Ângelo – RS
Rua Universidade das Missões, 464 – CEP 98.802-470
Santo Ângelo – RS – Brasil – Fone: (55)3313-7900

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)
Campus de Santo Ângelo
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Das Missões (URI)

Reitor

Arnaldo Nogaro

Pró-Reitora de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação

Neusa Maria John Scheid

Pró-Reitora de Ensino

Edite Maria Sudbrack

Pró-Reitor de Administração

Nestor Henrique de Cesaro

URI – Campus de Santo Ângelo

Diretor Geral

Gilberto Pacheco

Diretor Acadêmico

Marcelo Paulo Stracke

Diretora Administrativa

Berenice Rossner Wbatuba

Chefe do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas

Osmar Antonio Bonzanini

Coordenador de Área de Conhecimento

Jacson Roberto Cervi

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado

Coordenação Acadêmica

João Martins Bertaso

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de inteira responsabilidade de seus autores. Os originais não serão devolvidos, mesmo não publicados.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	10
--------------------	----

Texto completo 1

AS FRAGILIDADES AOS DIREITOS HUMANOS DECORRENTES DA ERA REGIDA PELAS ATIVIDADES DIGITAIS EMPRESARIAIS	12
---	----

José Henrique de Oliveira Couto
Andréa Luísa de Oliveira

Texto completo 2

ENFRENTANDO OS DESAFIOS DA REGULAÇÃO DA CIRCULAÇÃO DE VEÍCULOS AUTÔNOMOS: UMA ANÁLISE COMPARADA DA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA	27
---	----

Aline Monike Barão
Murilo Henrique Garbin

Texto completo 3

ATRIBUIÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS PARA TRABALHOS GERADOS POR INTELIGÊNCIAS ARTIFICIAIS.....	51
--	----

Caio Alexandre Maurício da Silva
Anderson Souza da Silva Lanzillo

Texto completo 4

DIREITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: A ÉTICA DOS CARROS AUTÔNOMOS.....	82
---	----

Gabriela Bueno Pereira

Texto completo 5

O DESAFIO PARA CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL..	100
---	-----

João Alexandre Silva Alves Guimarães
Ana Júlia Silva Alves Guimarães

Texto completo 6

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS
E O TRATAMENTO CONFERIDO ÀS EMPRESAS
ESTRANGEIRAS..... 118

Bruna Bastos
Luiza Berger von Ende

Texto completo 7

AS “DIRETRIZES DA COMUNIDADE” DO *YOUTUBE* E A
PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS 134

Pillar Cornelli Crestani
Rafael Santos de Oliveira

Texto completo 8

DISCRIMINAÇÃO ALGORITMICA E PROTEÇÃO DE
DADOS..... 150

Beatriz Cardoso Montanhana
Sandra Morais de Brito Costa

Texto completo 9

A EDUCAÇÃO DIGITAL COMO INSTRUMENTO EFICAZ DA
PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS 164

Helena Maria Marquet
Isabel Christine Silva de Gregori

Texto completo 10

DISCURSO DE ÓDIO E INTOLERÂNCIA RELIGIOSA NO
BRASIL: A CONTRIBUIÇÃO DA INTERNET E DAS REDES
SOCIAIS 185

Maiara Taiane Donel
Noli Bernardo Hahn

Texto completo 11

RESPONSABILIDADE CIVIL E IA NO BRASIL 208

Maria Renata Keithlyn de Gois Cruz
Maria Amália de Oliveira Arruda Câmara

Texto completo 12

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O PARADOXO DO
DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO: VIOLAÇÕES AOS
DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DOS FLUXOS
MIGRATÓRIOS GLOBAIS 220

Elisa Cardoso Ferretti

Janete Rosa Martins

Texto completo 13

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: O DIREITO DE
LEMBRAR E O DIREITO DE ESQUECER NA SOCIEDADE DE
INFORMAÇÃO 238

Marlene de Paula Pereira

Maria Eduarda Balbino Gonçalves

Texto completo 14

SHARENTING E O CONSENTIMENTO NA PROTEÇÃO DOS
DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES..... 254

Daniela Braga Paiano

Isabela Nabas Schiavon

Texto completo 15

LA IMPLEMENTACIÓN DE PROYECTOS DE ENSEÑANZAS
DEL INSTITUTO DUQUE DE RIVAS SOBRE SEXUALIDAD EN
EL CENTRO DE PRÁCTICAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD
FEDERAL DE RORAIMA..... 272

Wagner Vinicius de Andrade Silva

Douglas Verbicaro Soares

Texto completo 16

A EVOLUÇÃO DO REGIME JURÍDICO DE PROTEÇÃO DE
DADOS PESSOAIS NO DIREITO FRANCÊS E NO DIREITO
EUROPEU 282

Luis Fernando Lima de Oliveira

Texto completo 17

A APLICAÇÃO DA LGPD ÀS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS . 299

Ivy Helene Lima Pagliusi

Katia Borges dos Santos

Texto completo 18

A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS COMO
FUNDAMENTO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS
PESSOAIS BRASILEIRA: BREVES REFLEXÕES..... 318

José Luiz de Moura Faleiros Júnior

Stéfani Reimann Patz

Texto completo 19

LA PROHIBICIÓN DE LA AUTOMATIZACIÓN DECISORIA
BASADA EN EL PERFILAMIENTO DIGITAL 336

Ricardo A. Muñoz

Texto completo 20

VIABILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DE IMAGENS
DA INTERNET PARA ALIMENTAÇÃO DE INTELIGÊNCIA
ARTIFICIAL PARA RECONHECIMENTO FACIAL NO ÂMBITO
DO INQUÉRITO POLICIAL..... 356

Agnes Paola Baldo

Otávio Augusto Baldo

Texto completo 21

NORMA TRIBUTÁRIA E IRRACIONALIDADE NAS DECISÕES
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: JUÍZES-ROBÔS
RESOLVEM?..... 373

Nelmo de Souza Costa

SOBRE OS ORGANIZADORES 401

APRESENTAÇÃO

Para Jean Piaget, *pensar é agir sobre o objeto e transformá-lo*¹. Pensar e transformar, verbos que demonstram superficialmente os impactos causados pela ciência, pela tecnologia e pela inovação.

Esta obra é resultado do *pensar* e do *transformar*. Um encontro virtual entre alunos e professores de diferentes instituições de ensino que possuem preocupações comuns sobre o presente e o futuro da cidadania, da proteção de dados pessoais e da inteligência artificial. É, nesse sentido, um diálogo travado pela escrita, que surpreendeu pela multiplicidade dos itinerários teóricos percorridos pelos autores.

O *pensar* originou a construção de cada capítulo, apresentando as mais recentes e inovadoras teses, desenvolvidas por pensadores, enquadrando as narrativas nos eixos temáticos mais complexos e promissores para o futuro do Direito. O trabalho foi desenvolvido no âmbito do II Seminário sobre Inteligência Artificial, Proteção de Dados e Cidadania, realizado no mês de outubro de 2021, entre Brasil e Itália.

Por fim, a obra faz questão de apresentar a visão acadêmica e prática dos temas, de modo a instigar os leitores a *pensar* junto como será a *transformação* do futuro. Tais estudos se mostram de extrema importância e relevância, pois são eles que abrem as portas para debates mais aprofundados sobre temáticas até então recém reguladas, como é o caso da proteção de dados pessoais ou pouco/nada reguladas, caso da inteligência artificial no Brasil, sendo que cada vez se mostram mais presentes no cotidiano da sociedade da informação, da vigilância e da criatividade.

Entre Brasil e Itália, dezembro de 2021.

(Os organizadores)

1 PIAGET, Jean. Problemas da psicologia genética. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 85.

TEXTOS COMPLETOS

Texto completo 1

AS FRAGILIDADES AOS DIREITOS HUMANOS DECORRENTES DA ERA REGIDA PELAS ATIVIDADES DIGITAIS EMPRESARIAIS

José Henrique de Oliveira Couto¹

Andréa Luísa de Oliveira²

1 Considerações iniciais

Já em 1890, Samuel Warren e Brandeis Louis lecionavam que o direito à privacidade deveria existir, porque os avanços tecnológicos estavam ocasionando um entrave no livre desenvolvimento do humano, com alguns de seus direitos, principalmente o da imagem, o da honra e o da intimidade, sendo violados (WARREN; LOUIS, 1890, p.193-200).

Entretanto, somente com o decorrer de um processo evolutivo é que o direito essencial à privacidade ganhou novos contornos. Hodiernamente, tal direito dá a possibilidade à pessoa de controlar livremente quais de suas informações personalíssimas podem ser difundidas para o público e pelo público, ou seja, o direito à privacidade, enquanto um direito humano, alavanca a existência da autodeterminação informativa, que consiste na capacidade do indivíduo em controlar quando, onde e como seus dados privativos serão compartilhados por terceiros, incluindo aí os empresários (THOMSON, 1975, p. 300-314).

Em um cenário onde a atividade empresarial está sendo estruturada na internet, tal direito torna-se fundamental para que a pessoa consiga ter resguardado fatos de sua vida, especialmente, quanto à divulgações indevidas. Isto porque, com frequência, os empresários digitais coletam e compartilham as informações pessoais de terceiros, para aumentar seus

1 Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Diretor de qualidade da Revista Dizer, periódico eletrônico da faculdade de direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Endereço eletrônico: henrique_jose2000@hotmail.com

2 Doutora em Direito pela UniCeub, Brasília (DF). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (MG). Professora da pós-graduação e graduação. Advogada. Membro da Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados (ANPPD).

lucros através de tradições dos mesmos ou criando atrativas publicidades.

Enquanto efeito dominó, os sujeitos alvos dessas monitorações, coletas e propagações eletrônicas suportam limitações compulsórias ao seu direito humano à privacidade, afinal seus gostos, desejos, opiniões, dados sensíveis e outras informações particulares saltam de sua esfera e de seu controle. Como se não bastasse, os mesmos ainda ficam com seus direitos fundamentais às integridades psíquicas e morais sobre riscos, afinal terceiros podem adotar condutas ilícitas, abusivas e discriminatórias no tratamento das informações personalíssimas indevidamente compartilhadas.

Partindo daí, o presente artigo tem como objetivo ponderar que as atividades empresariais digitais impactam os direitos humanos, inclusive o da privacidade; mas não é só, pois o objetivo secundário é revelar que os direitos às integridades psíquicas e morais restam-se expostos aos riscos de condutas ilícitas ou abusivas. Tal objetivo decorre da problemática de que o direito essencial à privacidade está sendo impactado negativamente pelo exercício mercantil no ambiente digital.

Para tanto, ter-se-á adotado o método de abordagem hipotético-dedutivo, com fortes embasamentos doutrinários, legislativos e de artigos científicos, para melhor compreensão da temática.

2 Breves reflexões sobre o direito humano à privacidade

Os direitos humanos (BITTAR, 1978, p. 106), incluindo o da privacidade, nem sempre foram como os de hoje, válidos, amplos e protetores universais, sem distinção de classes sociais ou etnias (MENDES, 2008, p. 18-19). De acordo com Túlio Dias e Maria Dias (2008, p.404), os “primeiros sinais de garantia” destes direitos essenciais são encontrados na idade média, ainda que de modo restrito, nos documentos, por exemplo, da Magna Carta da Inglaterra (1215), da *Petition of Rights* (1628) e do *Bill of Rights* (1688).

Interessante é a contribuição da juíza Elizabeth Vale por ponderar que a Magna Carta não sacramentou alguns direitos humanos como universais, porém de modo restrito às classes sociais nobres; é que tal documento “despontou antes de tudo o valor da liberdade, não a liberdade geral em benefício de todos, mas liberdades específicas, em favor, principalmente, das classes superiores da sociedade – o clero e a nobreza” (RODRIGUES, 2009, p. 23).

A Petition of Rights, que fora fruto da demanda legislativa para

“reconhecimento de diversos direitos e liberdades”, terá como objetivo dar mais poderes ao indivíduo para controlar como usar seu patrimônio pessoal, barrando o exacerbado poder do monarca para decidir quando usar, gozar, dispor e reivindicar de um bem particular (RODRIGUES, 2009, p.23). Foi um documento, portanto, que seguiu a mesma linha da Magna Carta, a de atingir um número pequeno de indivíduos.

O *Bill of Rights* é um documento jurídico que inaugura na Inglaterra uma “transformação social, limitando os poderes governamentais e garantindo as liberdades individuais”, uma vez que contribui à “instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão encarregado de defender os súditos perante o monarca”, bem como com reafirmação de direitos essenciais, como o da vida (DIAS, 2008, p. 404).

Portanto, as três declarações não foram necessariamente para assegurar proteção para todos humanos, especialmente por se manterem restritas às classes nobres. Inclusive, Virgílio Afonso da Silva destaca que elas “são destinadas a garantir privilégios e prerrogativas a uma classe - a nobreza” (SILVA, 2005, p. 544).

Em realidade, apenas com a Declaração de Direitos da Virgínia é que os direitos humanos começaram a se projetar na realidade, munindo os indivíduos com proteções além das jurídicas, alcançando-os pelo mero fato de existirem, de estarem no mundo (SILVA, 2005, p. 544). Isto porque, tal declaração consagrou que todos “nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade” (BRIGOLA, 1992, p. 15).

Posteriormente, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC) sacramentou o ideário de que todos os seres estão sob manto, principalmente, dos direitos fundamentais à igualdade e liberdade, independente da classe social, do gênero, da opção política ou etnia (REGALLA, 2009, p. 28-29). Logo no preâmbulo, a DDHC declara que os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem são universais e devem ser respeitados tanto pelo poder público quanto por particulares (LACERDA, 2011, p. 110-111).

Após as duas grandes guerras mundiais, momento em que houve muita restrição aos direitos essenciais e naturais, fora promulgada, em 10 de dezembro de 1948, a consagrada Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) pela Assembléia Geral das Nações Unidas.

Esta declaração não se trata de um aglomerado de 30 artigos, mas sim de uma verdadeira ordem jurídica-ontológica para sacramentar que as pessoas, sem distinção, são proprietárias das mais santificadas proteções aos direitos essenciais, indispensáveis para uma vida digna. Giuseppe Tosi, inclusive, destaca que a DUDH pode ser interpretada como uma tábua axiomática normativa de direito natural, concretizando que o indivíduo, pelo simples fato de assim ser, ter-se-á que ser blindado com proteções (2004, p. 14).

A DUDH protege não apenas o direito à vida e à liberdade dos humanos, como também suas esferas particulares, as quais devem estar livres de interferências alheias pelo poder público e coletividade, incluindo aí empresários que utilizam o ambiente digital para coletar informações personalíssimas. Nos termos do artigo 12º da DUDH, “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada” (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948). Trata-se do direito à privacidade, o qual foi sendo cristalizado e aperfeiçoado com o desenvolvimento tecnológico e os manuscritos científicos.

No século XIX, Samuel Warren e Brandeis Louis defenderam a ideia de que o indivíduo deveria ter o direito essencial à privacidade, em virtude dos avanços tecnológicos e do fenômeno de jornalização expandirem a divulgação de informações personalíssimas, impactando diretamente as esferas de imagem, honra e das integridades psíquicas dos titulares (WARREN; LOUS, 1890, 193-200).

Este direito humano está ainda mais essencial hodiernamente, com o desenvolvimento de bens tecnológicos conectados no ambiente digital, bens estes capazes de permitir que informações e dados privativos circulem globalmente, em questão de segundos. David Lyon descreve que, cada vez com mais frequência, os bens estão sendo aperfeiçoados para capacitar uma vigilância eletrônica, seja porque adaptados com um sistema que permite a fácil coleta de dados pessoais, ou mesmo pela entrega dos mesmos por *software* programado ou por aplicativos que obrigam compulsoriamente os seres a fornecerem seus conteúdos particulares, o que demonstra, enquanto efeito dominó, a essencialidade do direito humano à privacidade (LYON, 1994, p. 83-101).

Além disso, hodiernamente, outras leis também tutelam o direito humano à privacidade. Segundo o inciso “X” do artigo 5º da Carta Magna, são invioláveis a intimidade e a vida privada, sendo “assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua

violação”; o Código Civil complementa com o artigo 21º, ponderando 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”. Mas não é só, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) também tutela o direito humano à privacidade, principalmente dispondo um verdadeiro conjunto de regras para que os agentes de tratamentos manuseiem corretamente as informações particulares, bem como listando um rol de princípios para que as informações personalíssimas sejam coletadas e compartilhadas, inclusive pelos empresários digitais.

Alguns autores diferenciam vida privada de intimidade, entretanto neste trabalho não adotaremos esta linha argumentativa. Nadaremos, portanto, na mesma correnteza de Laura Schertel Mendes, que destaca: “é importante retomar a distinção conceitual efetuada pela Constituição Federal entre “vida privada” e “intimidade” (MENDES, 2008, p. 19). Muito embora a norma suprema mencione ambos os termos, tal distinção não deve operar efeitos jurídicos na tutela da privacidade pelo direito brasileiro, porque, tanto o seu âmbito de proteção, como as suas limitações, assim como os efeitos de sua violação, independem da distinção entre “vida privada” e “intimidade”, razão pela qual se entende que tal distinção não deve ser tratada juridicamente”.

Portanto, as normas jurídicas atualmente tutelam com eficiência o direito humano à privacidade, expelindo, para o indivíduo, a faculdade de controlar quais dados privativos podem ser colhidos e compartilhados. Essa regra também se estende ao âmbito econômico, sendo inadmissível que os empresários digitais, para aumentarem seus lucros, sopesem o direito à privacidade de terceiros, salvo o titular consentir. A publicidade ou a tradição de dados, em um contexto onde a tábua axiomática é humanizada, não são ações superiores ao direito humano da privacidade, é isso.

Ainda sobre o direito humano à privacidade, Tatiana Vieira argumenta que ele possui “caráter eminentemente elástico e variável, conforme o tempo” e o espaço (2007, p. 8). Assim, se na época de Warren e Brandeis o direito à privacidade consistia em meras especulações, pois não eram imperativos e com vigência; na atualidade o mesmo, enquanto um direito humano, se encontra bem estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro, em que pese estar sendo constantemente violado pelas atividades econômicas digitais, porque os empresários estabelecem negócios jurídicos e, de modo compulsório, recolhem os dados pessoais dos contratantes (RODOTÀ, 2008, p. 17).

De modo brilhante, Celso Bastos e Ives Martins definem que o direito essencial à privacidade é:

[a] faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada [...], assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano (1989, p.63).

É uma definição bem semelhante a que Stefano Rodotà adota. Conforme este autor, o direito humano à privacidade “corresponde ao direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações mesmo quando disponíveis em banco de dados” (RODOTÀ, 2008, p. 267).

Luciana Ferriani também acompanha Rodotà, pois dispõe que tal direito humano consiste na capacidade facultativa do indivíduo para controlar a “própria exposição ou a disponibilidade de informações” privativas (2016).

Assim, o direito humano à privacidade se desloca sobre a seguinte estrutura: a da autodeterminação informativa, que consiste na aptidão do sujeito em controlar quais informações suas podem ser compartilhadas para o público ou para particulares. Tanto é que Terwangne pondera que do direito à privacidade decorre: “*information selfdetermination means the control over one’s personal information, the individual’s right to decide which information about themselves will be disclosed, to whom and for what purpose*” (TERWANGNE, 2012, p. 110).

É que todos os direitos humanos, inclusive o da privacidade, possuem uma esfera horizontal e uma esfera vertical, ou seja, se inserem tanto nas relações públicas quanto nas particulares (RECKZIEGEL, 2015, p. 106-107). E, assim sendo, a atividade empresarial digital, sobre escolta da verticalização dos direitos humanos, ter-se-á que estar abdicando de coletar informações personalíssimas, em observância ao direito humano à privacidade.

Ao se levar em conta que as atividades empresariais digitais podem causar danos nas esferas das integridades dos titulares, especialmente nas psíquicas e morais, o direito humano à privacidade muni o indivíduo com segurança contra danos, afinal lhe concede a faculdade de controlar o que, quando e onde seus conteúdos particulares serão divulgados. Neste sentido, Damásio pondera que:

O direito à privacidade ou direito ao resguardo tem como fundamento a defesa da personalidade humana contra injunções ou intromissões

alheias. Esse direito vem assumindo, aos poucos, maior relevo, com a expansão das novas técnicas de comunicação, que colocam o homem numa exposição permanente (2014, p. 34).

Isto porque, com o compartilhamento de informações pessoais, os titulares tendem a ficarem mais expostos a danos nas suas esferas de integridades psíquicas e morais, especialmente com condutas ilícitas e abusivas. Assim, as atividades econômicas digitais, se feitas com violações ao direito à privacidade, podem ocasionar o seguinte efeito: surgimento de lesões nas esferas subjetivas dos titulares com informações privativas indevidamente divulgadas, com informações personalíssimas suas sendo usadas de modo ilegal e abusiva.

Não é atoa que o louvável Luís Roberto Barroso destaca que do essencial direito à privacidade decorre:

o reconhecimento da existência, na vida das pessoas, de espaços que devem ser preservados da curiosidade alheia, por envolverem o modo de ser de cada um, as suas particularidades. Aí estão incluídos os fatos ordinários, ocorridos geralmente no âmbito do domicílio ou em locais reservados, como hábitos, atitudes, comentários, escolhas pessoais, vida familiar, relações afetivas (2004, p. 13).

Portanto, o direito humano à privacidade ter-se-á que ser respeito pelo exercício da atividade financeira digital, e os sócios, estejam sob a roupagem de uma sociedade empresária ou não, não poderão gozar de abusividade recolhendo dados privativos, principalmente os que dizem respeito aos hábitos, gostos, vontades, necessidades e assim por diante.

O direito humano à privacidade tem a característica da universalidade, compreendida sob dois prismas, um de que todos os indivíduos, pelo mero fato de existirem, o possuem, outro no sentido de que está em todos os continentes; ou seja, a atividade empresarial digital ter-se-á que abster de impactar negativamente o direito humano à privacidade, no âmbito nacional e internacional (BARRETO, 2019, p. 32). Significa, em outros termos, que o direito humano à privacidade cria o ônus, para os empresários digitais, de respeitá-los, pouco importando a localidade onde fazem exploração do objeto social.

Portanto, o direito à privacidade é “o exercício de uma liberdade da pessoa, sendo um direito inviolável e natural de não interferência na vida privada, mas se o indivíduo quiser revelar, ele está livre para fazê-lo” (PENNA, 2018, p. 37). Isto porque, tal direito consiste no “conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e

em que condições, sem isso poder ser legalmente sujeito”, conforme José Afonso da Silva (2018, p. 37).

À vista disso, a atividade mercantil no ambiente da internet deve manter o equilíbrio entre a livre iniciativa e o direito humano à privacidade, em respeito ao indivíduo e sua autodeterminação informativa.

3 As atividades empresariais digitais e seus impactos no direito humano à privacidade

Os direitos humanos, incluindo aí o da privacidade, são componentes da modernidade marcada pelo capitalismo desorganizado, conhecido também como o capitalismo informacional, repleto de incertezas com as rápidas evoluções dos fatores de produções tecnológicos.

Tais direitos essenciais estão umbilicalmente ligados ao desenvolvimento do capitalismo, inclusive Boaventura de Sousa dos Santos defende que o capitalismo primordial, cobrindo todo o século XIX, foi importante por alavancá-los no âmbito individual com os direitos políticos e cívicos; e, posteriormente, com o capitalismo organizado instaurado no século XX, os de naturezas econômicas e sociais tiveram relevante desenvolvimento (SANTOS, 1989, p. 2). O autor vai além, destacando que na modernidade econômica, especificamente no capitalismo desorganizado ou informacional, tais direitos estão se consolidando com a influência das relações de modelos culturais de vidas (SANTOS, 1989, p. 2).

Partindo daí, podemos ponderar que, hodiernamente, os direitos humanos, com frequência, esbarram nos impactos produzidos pelos acessórios tecnológicos, principalmente aqueles ligados à internet. Uma foto postada na internet viola o direito à imagem, quando não consentida, uma divulgação de uma foto íntima sopesa o direito à integridade psíquica, afinal este compartilhamento, muitas das vezes, é acompanhado de uma série agressiva de turbulências mentais. Enfim, vários são os efeitos da tecnologia nos humanos e em seus direitos essenciais.

No âmbito econômico não é diferente, pelo contrário, pode ser pior ainda os efeitos do comércio com uso de tecnologia nos direitos humanos, especialmente no da privacidade. A Declaração Universal de Direitos Humanos, conforme artigo 12º, deixa claro que “ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada”, e “todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”; e o artigo 170º da Constituição Federal impõe que o direito humano terá caráter de condição

suspensiva para exercício da atividade empresarial digital. Entretanto, na realidade existem graves violações nas referidas normas descritas acima, em virtude das atividades empresariais digitais violarem o direito humano à privacidade, seja através da coleta de dados pessoais ou da monitorização eletrônica.

Em termos concretos, os empresários digitais, enquanto pessoas físicas ou jurídicas que utilizam do profissionalismo, da habitualidade e organizam os fatores de produções, coletam, armazenam e compartilham as informações personalíssimas, para fazerem publicidade ou suas alienações (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2011, p. 01-07). Como há ausência de consentimento do titular para decidir quando, o que e onde suas informações particulares serão divulgadas, temos que a atividade empresarial no ambiente virtual desrespeita o direito humano à privacidade, é isso.

Boaventura de Souza Santos possui razão em ponderar acerca do capitalismo desorganizado, pois os indivíduos restam-se com os direitos essenciais à vida privada violados com as atividades empresariais digitais (1989, p. 2). A espinha dorsal da economia é o respeito ao ser, motivo pelo qual os empresários, ao violarem o direito humano à privacidade estabelecendo negócios jurídicos e coletando informações privativas e as compartilhando, tornam o sistema financeiro desorganizado.

Sérgio Silveira argumenta que os empresários desenvolvem tecnologias para analisar as ações humanas, obter dados privativos, acompanhar o tempo de navegação de cada usuário, monitorar os textos e cores que mais despertam atenção e como os usuários fazem escolhas nas plataformas digitais (2017, p. 11).

Tais condutas prosperam no contexto da economia informacional, onde os conteúdos da vida íntima são capitais valiosos por permitirem os empresários digitais a expandirem seus lucros, seja através da tradição de dados, para elaborar publicidades ou para criar novas tendências no mercado. Nas palavras de Sérgio Silveira, “as grandes corporações, para vender produtos ou para criar seus mundos de consumo, estão cada vez mais dependentes das análises sobre nosso comportamento, nossos interesses, nossas preferências” (2017, p. 19).

O problema não está no desenvolvimento de tecnologias para aproximar o empresário digital de terceiros, mas sim no modo de atuação daquele, que se dá com violação ao direito humano à privacidade. É que o mercado da informação está altamente rentável para os empreendedores

digitais, porque os dados pessoais podem ser coletados, no mais das vezes até sem o devido consentimento; e como se não bastasse, são compartilhados para aumento do lucro (MOURA, 2019, p. 50).

Este cenário de desrespeito aos direitos essenciais é como o da monitoração eletrônica, onde os empresários digitais atuam impactando o direito humano à privacidade, com suas ações frequentes de coletar informações particulares, para compartilhá-las ou aliená-las para terceiros, no mais das vezes sequer tendo o consentimento.

Marcelo Tadeu Cometti, de modo brilhante, destaca que o direito comercial brasileiro atualmente tem sua espinha dorsal baseada na Constituição Federal e, mesmo assim, os empresários com operações no ambiente virtual parecem não se atentarem a tal fato, em virtude de não apenas violarem o direito à privacidade, com a coleta e compartilhamento de dados privativos, como também por submeterem os titulares de dados extraviados indevidamente aos mais elevados riscos aos seus direitos fundamentais às integridades psíquicas e morais (2020, p. 44).

Neste cenário, o exercício de atividade financeira na internet ter-se-á de se atentar ao direito à privacidade, que auxilia na preservação da dignidade, que segundo Ingo Wolfgang Sarlet consiste na “qualidade intrínseca e distintiva” de cada ser para ter seus direitos fundamentais respeitados, uma vez que garante ao titular, com satisfatória eficiência, a proteção de seu organismo no âmbito intelectual e moral, porque é o mesmo que, com sua faculdade, dispusera ou não de suas informações privativas, as quais podem ser utilizadas com finalidades ilícitas, abusivas e discriminatórias, acarretando, enquanto efeito dominó, lesões nos sistemas subjetivos dos titulares (2012, p. 73).

4 A atividade empresarial digital e a observância aos ditames sociais do direito humano à privacidade

Conforme Vladimir Silveira e Patricia Almeida, a empresa deve respeitar os direitos humanos “por meio de prevenção ou mitigação dos impactos negativos de suas atividades ou da circulação de seus produtos e serviços, além da responsabilidade por possíveis danos por elas causados” (2015, p. 363). Assim, independente do objeto social do empresário digital, os direitos humanos terão que ser seguidos e respeitados, não apenas por ser fator condicionante do exercício econômico, mas também do ser humano, entidade a qual merece ampla proteção para viver com dignidade.

Em um nítido resumo, independentemente de compromissos contratuais assumidos, o empresário do âmbito virtual, em qualquer momento e situação, deverá se abster de violar os direitos humanos, inclusive o da privacidade - que são “universalmente exigíveis, logo, jus cogens - direito implícito e inderrogável” (SILVEIRA, 2015, p. 364).

Assim, a atividade empresarial digital deve estar conciliada com a proteção de informações privativas, ou seja, em atenção ao princípio da livre iniciativa, consagrado como um fundamento da ordem econômica, a atuação financeira na internet existirá, entretanto ter-se-á que acatar e respeitar os ditames do direito humano à privacidade (SOARES, 2020, p. 01-03). Isso automaticamente implica no seguinte efeito: as informações individuais e particulares terão que estar livres de extravios indevidos pelo exercício da labuta financeira no ambiente da internet.

O empresário digital deve ter sua atividade financeira afetada pelo direito essencial à privacidade, devendo munir-se com condutas omissivas para não ultrapassar o objeto de seus negócios jurídicos, atingido a esfera da vida privada de outrens com o recolhimento de dados pessoais e seus divulgamentos. Isto porque, em respeito ao princípio da livre iniciativa, a atividade empresarial digital poderá ser exercida, desde que juntamente com o ônus de respeitar os direitos humanos, até mesmo o da privacidade (SOARES, 2020, p. 01-03).

Partindo daí, podemos concluir que mais que uma obrigação moral, a observação do direito humano à privacidade na atividade empresarial é um ônus, com as características de eternidade, inderrogabilidade e intransferibilidade, isto é, ao empresário digital não deve ser dada a opção de escolher quanto tempo deverá respeitar tal direito ou se vai derrogar ou transferir tal tarefa de observação para terceiros, em galanteio ao indivíduo e seus direitos intrínsecos e naturais.

5 Considerações finais

Segundo lições de Andrei Marmor: “*The right to privacy [...] is there to protect our interest in having a reasonable measure of control over ways in which we present ourselves to others*” (2015, p. 11). Partindo daí, podemos concluir que o direito essencial à privacidade deverá ser uma condicionante da atividade empresarial digital, porque hodiernamente tais exercícios sociais, ao ultrapassarem o objeto contratual de fornecimento de produtos ou prestações de serviços e ingressarem em confronto com

aquele direito intrínseco, geram riscos às integridades morais e psíquicas dos titulares de conteúdos privados indevidamente compartilhados.

Andrei Marmor, com lucidez, descata: *The “right to privacy is violated when somebody manipulates, without adequate justification, the relevant environment in ways that significantly diminish your ability to control what aspects of yourself you reveal to others”* (2015, p. 11). Assim, quando o empresário digital, sem obter o consentimento, colhe e partilha informações personalíssimas, ter-se-á uma violação ao direito essencial da privacidade.

Em que pese diversas normas jurídicas reforçarem o direito humano à privacidade, a atividade empresarial digital é conduzida apenas sob forte escolta do princípio da livre iniciativa. Significa, portanto, que os empresários do ambiente virtual, no mais das vezes, desrespeitam o direito humano à privacidade, uma vez que não tangenciam a autonomia privada dos sujeitos em controlarem quais informações personalíssimas serão para o público.

Referências

BARRETO, Rafael. **Direitos Humanos**. 9. ed. [S.I.]: Editora JusPodivm, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro**, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>. Acesso em: 25 de jan. de 2021.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 2.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade e o projeto de Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, nº 60, out/dez 1978. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181034/000360223.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#direitoempresa.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm.

BRIGOLA, João Carlos. **A Declaração dos Direitos da Virgínia: Enquadramento histórico-político.** Ministério da Educação (coord.). Marcos Históricos dos Direitos do Homem. [S.I.], 1992.

COMETTI, Marcelo Tadeu. **Manual de Direito Empresarial: Volume único.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

DIAS, Túlio César; DIAS, Maria da Graça dos Santos. Evolução histórica dos Direitos Humanos. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 3, n. 2, 2008. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7413/4212>. Acesso em: 22 de jan. de 2021.

FERRIANI, Luciana de Paula Assis. **O direito ao esquecimento como um direito da personalidade.** Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/18867/2/Luciana%20de%20Paula%20Assis%20Ferriani.pdf>. Acesso em: 25 de jan. de 2020

França. **Declaração de direitos do homem e do cidadão - 1789.** Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 22 de jan. de 2021.

THOMSON, Jarvis Judith. The Right to Privacy. **Philosophy & Public Affairs**, v. 4, n. 4, p. 295-314, 1975. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2265075?seq=1>. Acesso em: 25 de jan. de 2021.

LACERDA, Bruno Amaro. Jusnaturalismo e direitos humanos. **Revista interdisciplinar de direito**, v. 8, n. 1, 2011. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/321/249>. Acesso em: 23 de jan. de 2021.

MARMOR, Andrei. What Is the Right to Privacy?. **Philosophy & Public Affairs**, v. 43, n. 1, p. 3-26, 2015. Disponível em: <https://www>.

[jstor.org/stable/26605221?seq=1](https://www.jstor.org/stable/26605221?seq=1). Acesso em: 26 de jan. de 2021.

MENDES, Laura Schertel. **Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp149028.pdf>. Acesso em: 25 de jan. de 2021

PENNA, Luisa Ferreira Gonzalez. **A Coleta de Dados pelas Novas Tecnologias e o Direito à Privacidade**. Monografia (Graduação em direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/37786/37786.PDF>. Acesso em: 24 de jan. de 2021.

RECKZIEGEL, Janaína; DUARTE, Jhonatan Felipe Laurindo Gomes. Horizontalidade dos Direitos Fundamentais e Reprodução Humana Assistida: Um novo Paradigma Contratual. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 3, n. 6, 2015. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/4406>. Acesso em: 24 de jan. de 2021.

REGALLA, Jussara Gatto. **A declaração dos direitos do Homem e do cidadão de 1789 e sua influência nos direitos individuais das constituições liberais portuguesas (1822-1911)**. Dissertação (Mestrado em história) - Universidade Nova de Lisboa, Portugal, 2009. Disponível em: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/96122/6/DISSERTA%20c3%87%20c3%83O%20A%20DECLARA%20c3%87%20c3%83O%20DE%201789%20E%20SUA%20INFLU%20c3%8aNCIA%20NOS%20DIREITOS%20INDIVIDUAIS%20DAS%20CONSTITUI%20c3%87%20c3%95ES%20LIBERAIS%20PORTUGUESAS%20VERSAO%20FINAL%20%281%29.pdf>. Acesso em: 22 de jan. de 2021.

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

RODRIGUES, Elizabeth Santos Vale. A evolução Histórica dos Direitos Humanos. **Themis - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**, v. 7, n. 1, 2009. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/147/140>. Acesso em: 22 de jan. de 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais de Coimbra, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 6, 2005. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>. Acesso em: 21 de jan. de 2021.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. **Tudo sobre tod@s: Redes digitais, privacidade e venda de dados pessoais**. 1. ed. Edições Sesc, 2017.

SOARES, Alexandre Augusto Rocha; DURÃO, Pedro. Concretização dos direitos fundamentais por meio da atividade empresarial. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, v. 6, n. 1, p. 1-18, 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadddsus/article/view/6425/pdf>. Acesso em: 25 de jan. de 2021.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. [S.I.]: RENOVAR, 2011.

TERWANGNE, Cécile de. Internet Privacy and the Right to Be Forgotten/Right to Oblivion. **VII International Conference on Internet, Law & Politics**. Net Neutrality and other challenges for the future of the Internet”, 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/271266988_Privacidad_en_Internet_y_el_derecho_a_ser_olvidadoderecho_al_olvido/fulltext/5890049645851573233e8620/Privacidad-en-Internet-y-el-derecho-a-ser-olvidado-derecho-al-olvido.pdf. Acesso em: 25 de jan. de 2021.

TOSI, Giuseppe. DIREITOS HUMANOS: REFLEXÕES INICIAIS. **Direitos Humanos: História, teoria e prática**. TOSI, Giuseppe (org.). João Pessoa: Editora UFPB, 2004. Disponível em: http://www.cchla.ufpb.br/ncdh/wp-content/uploads/2015/11/2005.DH_-historia-teoria-pr%C3%A1tica.pdf. Acesso em: 23 de jan. de 2021.

WARREN, Samuel D.; LOUIS, Brandeis. The Right to Privacy. **HARV. L. REV**, 1890. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1321160?seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em: 23 de jan. de 2021.

Texto completo 2

ENFRENTANDO OS DESAFIOS DA REGULAÇÃO DA CIRCULAÇÃO DE VEÍCULOS AUTÔNOMOS: UMA ANÁLISE COMPARADA DA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Aline Monike Barão¹
Murilo Henrique Garbin²

1 Introdução

Com o advento da tecnologia, sobretudo no que tange à aplicação da Inteligência Artificial nos mais diversos sistemas, nasce em meio ao Direito brasileiro um novo desafio, porquanto não há, até o presente momento, legislação específica regulamentando a utilização dos carros autônomos no Brasil. Doutra banda, locais como Estados Unidos, Reino Unido, Alemanha, Singapura, China e União Europeia já se adiantaram e aprovaram leis que regulamentam a circulação em vias públicas destes veículos.

Ademais, o próprio contexto fático atual que se vivencia, da pandemia ocasionada pelo Covid-19, tem trazido à tona a utilização dos carros autônomos e os tornado mais atrativos, uma vez que, sem a presença do motorista, contribuem com o distanciamento social e reduzem o risco de contágio. Na China, por exemplo, a empresa Neolix tem realizado com sucesso serviços de entrega de diversos produtos, com a utilização de veículos autônomos (LEKACH, 2020).

Os carros autônomos são veículos dotados de um sistema de inteligência artificial que os permite, na maioria das vezes, a depender do seu nível de autonomia, trafegar sem a presença de um motorista. Apesar

1 Acadêmica do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Pato Branco (UNIDEP). Endereço eletrônico: aalinebarao@gmail.com.

2 Professor de Direito Empresarial no Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário de Pato Branco (UNIDEP). Especialista em Direito Processual e em Advocacia Empresarial, ambas pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestrando em Desenvolvimento Regional pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR). Endereço eletrônico: murilo.garbin@unidep.edu.br.

de ainda não serem fabricados em grande escala no Brasil, tampouco circularem livremente pelas ruas, já existem veículos autônomos sendo produzidos e testados na cidade de Curitiba – PR, em pistas particulares (COELHO, 2020).

Como dito, o Brasil ainda não possui legislação específica que regulamenta a utilização e circulação dos veículos autônomos, o que preocupa os operadores do Direito de modo geral, uma vez que certamente surgirão dúvidas e problemas a serem resolvidos pelo Direito quando estes carros começarem a circular pelo país. Um deles é a respeito da responsabilidade civil nestes casos, sobre quem recairia tal obrigação de reparar os danos, qual modalidade deste instituto poderia ser aplicada ao caso e o que podemos esperar do Poder Legislativo no futuro.

A partir desta contextualização, cinge-se o problema que motivou a presente pesquisa: analisar as legislações e soluções aplicadas no estrangeiro a fim de subsidiar o debate sobre o tema em âmbito nacional. Para tanto, será utilizado o método hipotético-dedutivo, valendo-se de referências bibliográficas como doutrinas e artigos científicos, bem como o método comparativo, analisando-se a legislação de outros países.

Cumprе esclarecer que o presente artigo não objetiva apresentar uma resposta concreta ou solução que seja definitivamente aplicável ao atual cenário brasileiro, porquanto os estudos acerca da temática ainda são iniciais, até mesmo no panorama estrangeiro. A intenção é, justamente, instigar o debate com base na recente doutrina estrangeira, realizando-se o comparativo entre as soluções jurídicas existentes mundo afora.

Para tanto, inicialmente, se discorrerá a respeito do conceito de inteligência artificial e de carro autônomo, dos níveis de autonomia que os veículos possuem e da possibilidade de a inteligência artificial, em alguns casos, superar a capacidade intelectual humana.

Ato contínuo, passar-se-á à análise da legislação estrangeira e das soluções jurídicas que têm sido apresentadas nos seguintes locais: Estados Unidos, Alemanha, Singapura, China, Reino Unido, União Europeia e Brasil, realizando-se um levantamento dos principais aspectos previstos nas normas reguladoras destes ordenamentos, em especial com relação à aplicabilidade da responsabilidade civil nos acidentes envolvendo veículos autônomos.

Por fim, será realizado um estudo comparado entre as legislações estrangeiras mencionadas, a fim de fornecer meios aos futuros estudos que objetivem a sugestão de soluções jurídicas que possam ser implementadas

no Brasil, visando a resolução dos conflitos que certamente surgirão com a introdução dos veículos autônomos nas vias públicas do país.

2 Como funcionam os carros autônomos: conceito de inteligência artificial e níveis de autonomia dos veículos

A inserção da Inteligência Artificial (IA) na sociedade moderna é cada vez mais perceptível. Aquilo que parecia pertencer a um futuro distante, hoje está presente em nosso dia a dia, como a criação e a comercialização de robôs que são capazes de executar tarefas cotidianas, as quais, até pouco tempo, eram realizadas apenas por humanos (PIRES; SILVA, 2017, p. 240).

Máquinas dotadas de Inteligência Artificial têm se mostrado capazes de, muitas vezes, exceder a própria inteligência humana, interagindo com as pessoas e o meio em sua volta, coletando e armazenando informações e aprendendo a tomar decisões sozinhas, a partir dos dados coletados (TEPEDINO; SILVA, 2019, p. 63).

Um dos principais exemplos são os famosos carros autônomos, que têm sido vistos com mais frequência a cada ano. Conforme a NHTSA³, os carros autônomos são veículos dotados de inteligência artificial, capazes de trafegar sozinhos, executando de forma autônoma os comandos de direção, identificando os perigos do meio em sua volta e tornando a presença do motorista desnecessária (OLIVEIRA; LEAL, 2016, p. 2).

Nesse sentido, torna-se importante entender o que é exatamente a Inteligência Artificial. De acordo com Gomes (2010 apud KURZWEIL, 1990, n.p.), a Inteligência Artificial é um sistema capaz de agir como um ser humano, executando funções que, quando executadas por pessoas, exigem o uso da inteligência. Ainda, segundo Coppin (2013, n.p.), a “Inteligência Artificial envolve utilizar métodos baseados no comportamento inteligente de humanos e outros animais para solucionar problemas complexos”.

Essa capacidade de aprendizado conferida à inteligência artificial é chamada de *Machine Learning*, ou Aprendizado de Máquina. De acordo com Monard e Baranauskas (2003, p. 39), o Aprendizado de Máquina é uma área da Inteligência Artificial que visa desenvolver técnicas computacionais que permitam ao sistema adquirir conhecimento de forma autônoma. Em outras palavras, a máquina aprende a armazenar informações e a tomar

3 National Highway Traffic Safety Administration: agência do governo federal dos Estados Unidos, responsável pela elaboração dos padrões federais de segurança de veículos motorizados.

decisões sozinha, com base nas experiências armazenadas em seu sistema, inicialmente pelo programador e posteriormente por ela própria, de forma autônoma. Assim, quanto mais o veículo circular nas ruas, mais armazenará dados e experiências e aperfeiçoará suas técnicas de direção (FACELI *et. al.*, 2011, p. 3).

É possível que os veículos autônomos apresentem diferentes níveis de autonomia, a depender da quantidade de funções que o carro é capaz de exercer de forma autônoma. Nesse sentido, em 2016, a Sociedade de Engenheiros Automotivos – SAE lançou o padrão J3016, que estabelece os Níveis de Automação de Condução dos veículos autônomos, o qual em setembro de 2017 foi adotado pela NHTSA, em seu documento oficial lançado a respeito dos veículos autônomos e seus níveis de autonomia (NHTSA, 2017). De acordo com a SAE, existem seis níveis, que variam de 0 a 5 (SHUTTLEWORTH, 2019).

O Nível 0 corresponde aos veículos sem automatização, que dependem totalmente do motorista para desempenhar suas funções básicas como aceleração, frenagem, entre outros, ou seja, corresponde aos veículos mais comuns no mercado atualmente, utilizados pela maioria da população (PEREIRA; BOTELHO, 2018, p. 72).

O Nível 1 diz respeito àqueles carros que possuem apenas algumas funções específicas que são desempenhadas de forma autônoma, no qual o sistema ampara o motorista em algumas tarefas simples, como o piloto automático, a permanência na faixa, o câmbio automático ou a manutenção da aceleração. Contudo, cada função opera independentemente. Pode-se afirmar que, neste nível de autonomia, há um compartilhamento das tarefas entre o motorista e o sistema de IA do veículo (PEREIRA; BOTELHO, 2018, p. 72).

O Nível 2 corresponde aos veículos parcialmente autônomos, os quais são capazes de exercer, de forma autônoma, funções de auxílio combinadas simultaneamente, como a possibilidade de frear e controlar a velocidade ao mesmo tempo em que mantém o veículo alinhado na faixa (OLIVEIRA; LEAL, 2016, p. 2).

Já o Nível 3 representa aqueles veículos que possuem automatização quase completa e são capazes de desempenhar sozinho funções importantes de segurança. Porém, dependendo das condições climáticas e de trafegabilidade, podem requerer alguma atuação do motorista em momentos de perigo iminente. Pode-se dizer que o Nível 3 é, no ditado popular, o “divisor de águas” no que tange à utilização de Inteligência

Artificial em veículos, uma vez que o condutor só intervirá em caso de extrema necessidade. São, portanto, os veículos autônomos mais testados e fabricados até o momento no mercado (PEREIRA; BOTELHO, 2018, p. 72).

O Nível 4 corresponde aos veículos totalmente autônomos, que são projetados para trafegarem completamente sozinhos, de um ponto a outro. Estes veículos são capazes de realizar todas as funções de direção de forma autônoma, exceto em algumas circunstâncias, quando as condições climáticas ou da rodovia dificultarem muito o trajeto (NHTSA, 2017).

Por fim, o Nível 5 corresponde ao grau máximo de autonomia e diz respeito aos veículos que conseguem trafegar sem interferência alguma do motorista, em quaisquer condições, sendo controlados por outro sistema externo. Inclusive, podem até mesmo dispensar a presença de equipamentos como volante e pedais (PEREIRA; BOTELHO, 2018, p. 72). Pode-se afirmar que os veículos de Níveis 4 e 5 ainda são uma realidade distante, considerando que nenhum protótipo foi lançado às ruas para teste, tampouco foram disponibilizados ao público carros nesses níveis de autonomia (PAIM; JENSEN; MORO, 2020, p. 464).

Percebe-se que é plenamente possível, a depender do nível de autonomia do veículo, que ele trafegue completamente sozinho, uma vez que aprenderá a coletar dados de forma autônoma, armazenando suas experiências e tomando decisões. A partir deste momento, as ações independentes desses carros com certeza acarretarão repercussões jurídicas, em especial no que tange à responsabilidade civil nos acidentes envolvendo os veículos autônomos (PIRES; SILVA, 2017, p. 239).

Considerando que o carro autônomo é capaz de adotar, por si só, medidas imprevisíveis, nasce para o Direito um novo desafio. Nessa toada, objetiva-se investigar as soluções jurídicas existentes nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, a fim de instigar e alimentar, sem a pretensão de esgotar a matéria, o debate sobre o tema em âmbito nacional.

3 Análise da legislação estrangeira referente à utilização e circulação dos carros autônomos

Como visto, considerando a possibilidade de a Inteligência Artificial dos carros autônomos treinar a si mesma para tomar decisões, as quais eventualmente podem resultar em eventos danosos, somada ao avanço da produção dos carros autônomos, em especial os de Nível 3, e

aos problemas que certamente baterão às portas do judiciário quando esses veículos começarem a circular pelo país, torna-se pertinente a análise das soluções jurídicas já existentes no estrangeiro.

Diferentemente do Brasil, outros países já se adiantaram e aprovaram legislações/regulamentos com relação à circulação dos veículos autônomos em suas vias públicas, tornando profícua uma análise comparada, a qual se passa a realizar neste momento.

3.1 Estados Unidos

Nos Estados Unidos, trinta e três estados já possuem normas vigentes ou já anunciaram iniciativas legislativas que expressamente autorizam a circulação de veículos autônomos (Nível 3) e até mesmo testes com veículos de autonomia Níveis 4 e 5. Consequentemente, o Poder Legislativo do país avança rapidamente para normatizar a circulação desses veículos (PAIM; JENSEN; MORO, 2020, p. 471).

Para o estudo comparado, serão analisados seis estados americanos que se destacam no cenário mundial, em razão de suas leis e normativas gerais aprovadas nos últimos anos, que regulamentam a circulação dos veículos autônomos. Antes da análise individual, cabe destacar que as legislações americanas foram elaboradas de forma idêntica ou similar entre cada estado, contendo apenas alguns aspectos técnicos de diferença entre uma e outra, como se verá adiante.

3.1.1 Nevada

A legislação de Nevada (NEVADA, 2011), primeira a ser aprovada em 2011, sofreu alterações nos anos de 2013 e 2015, e atualmente apresenta os principais aspectos: permite a circulação de carros autônomos nas vias públicas do Estado, mas prevê que o Departamento de Veículos Motorizados (DVM) adotará regulamentos para que isso seja possível; exige, para o teste e operação do veículo nas ruas, a prova de uma cobertura de seguro ou fiança no valor de \$ 5 milhões de dólares; torna permitido o uso de celulares, pelos condutores, durante a condução de veículos autônomos; exige licença específica para a condução dos veículos autônomos, com a indicação de um condutor autorizado pelo fabricante; e requer a presença de um condutor habilitado dentro do veículo, capaz de intervir quando necessário (PECK *et. al.*, 2015, p. 858-860, tradução nossa).

Por fim, com relação à reponsabilidade civil, a lei prevê a necessidade

de que os carros autônomos possuam um sistema de armazenamento, capaz de registrar os dados de navegação que antecederem os segundos de qualquer colisão, visando assim a comprovação da culpa pelo acidente; e menciona a isenção do fabricante por defeitos do veículo, quando este tiver sido convertido em carro autônomo por terceiros, exceto se o veículo apresentar falha original (PECK *et. al.*, 2015, p. 858-860, tradução nossa).

3.1.2 Flórida

O Estado da Flórida (FLORIDA, 2011) aprovou, em seguida, legislação muito semelhante à de Nevada, com apenas uma diferença: aqui, não é necessário possuir carteira de habilitação específica para a condução dos veículos autônomos. Qualquer motorista já habilitado para a condução dos carros comuns poderá também conduzir um veículo autônomo (PISSARDINI *et. al.*, 2018, p. 27).

3.1.3 Califórnia

A legislação do Estado da Califórnia (CALIFORNIA, 2012) também se assemelha às demais, mas é a única que reconhece, em seu texto, a importância e os benefícios da inserção dos veículos autônomos no mercado, como maior segurança e mobilidade, além dos benefícios de ordem econômica. Outro diferencial é que a legislação da Califórnia traz, de modo expresso, que a legislação federal substituirá a estadual no futuro, se houverem conflitos (SMITH, 2014, p. 507, tradução nossa).

Para a realização de testes com os veículos autônomos, a lei exige alguns requisitos, dentre os principais: a) prova de uma cobertura de seguro ou fiança no valor de U\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de dólares); b) permissão do Departamento de Trânsito, nos casos de testes em vias públicas; c) qualificação específica para operar veículos autônomos, a ser obtida por meio de treinamento específico; d) tempo de habilitação mínimo de três anos, sem registro de violações ao trânsito e sem envolvimento em acidentes que resultaram em ferimentos ou morte de qualquer pessoa; e) não ter sido condenado por dirigir sob influência de álcool ou qualquer outro entorpecente nos últimos 10 anos; f) existência da “caixa preta”, que registre os sensores autônomos do veículo pelo menos trinta segundos antes de qualquer colisão; g) presença de motorista no veículo, uma vez que exige que o sistema do veículo alerte o operador se uma falha de tecnologia autônoma for detectada, para que este assumo o controle do

veículo (PAIM; JENSEN; MORO, 2020, p. 472).

3.1.4 Distrito de Columbia

Outrossim, o Distrito de Columbia (COLUMBIA, 2013) apresenta uma legislação muito singela e praticamente idêntica às acima apresentadas. Um ponto que difere das demais é que a lei desse Estado apenas permite a conversão de veículos comuns em veículos autônomos dos carros fabricados após o ano de 2009, ou que tenham sido fabricados em até quatro anos antes de sua conversão (PECK *et. al.*, 2015, p. 862-863, tradução nossa).

3.1.5 Michigan

Doutra banda, o Estado de Michigan (MICHIGAN, 2016), que, assim como o Distrito de Columbia, teve sua legislação aprovada no ano de 2016, apresenta um texto muito semelhante em todos os aspectos, como obrigatoriedade de seguro por parte do proprietário do veículo, licença específica para condução dos carros autônomos, imunidade civil do fabricante por defeitos causados por modificações que tenham sido realizadas por terceiros e necessidade da presença de um motorista dentro do veículo para intervir quando for necessário (PISSARDINI, 2018, p. 28).

3.1.6 Arizona

Assim como os demais estados, o Arizona tem aberto espaço para a inovação e a realização de testes em vias públicas. Nesse sentido, foi emitida em 2018 a Ordem Executiva nº 2018-04, “Advancing Autonomous Vehicle Testing and Operating; Prioritizing Public Safety”, que dispõe sobre testes de veículos autônomos (ARIZONA, 2018).

Um pouco mais avançado que os demais, de acordo com a Ordem Executiva, no Estado do Arizona: a) são permitidos testes em vias públicas com veículos de autonomia Níveis 4 e 5, ou seja, sem a presença do motorista dentro do veículo; b) é exigida prova de uma cobertura de seguro ou fiança, mas a norma não menciona o valor; c) os veículos autônomos devem observar todas as normas gerais de trânsito e leis federais, podendo o condutor ser penalizado com multa de trânsito ou outra penalidade aplicável; d) o sistema de IA do veículo deve ser programado para que,

se ocorrer uma falha que prejudique a sua capacidade de direção, o veículo consiga um lugar seguro para a sua parada, evitando ao máximo a produção de qualquer dano a terceiros; e) os proprietários dos veículos devem comprovar que o carro atende a todos os requisitos de certificado, registro de título, licenciamento e seguro (ARIZONA, 2018).

3.2 Alemanha

A Alemanha é, há anos, referência no cenário automobilístico mundial e tem se empenhado para assumir a liderança internacional, no que diz respeito a direção autônoma. Isso porque, ao passo em que busca incentivar a inovação, o governo alemão preocupa-se com a segurança das pessoas. Nesse sentido, em 2017, foi instituída Comissão de Ética do Ministério Federal dos Transportes e Infraestrutura Digital para a elaboração de um relatório, com o objetivo de “desenvolver as diretrizes éticas necessárias para a direção automatizada e conectada”, a serem observadas por todos os envolvidos no processo de direção autônoma, em especial os programadores e fabricantes. Ainda, no mesmo ano, o governo federal apresentou uma emenda à Lei do Tráfego Rodoviário, abrindo margem para a direção autônoma (PAIM; JENSEN; MORO, 2020, p. 476; ALEMANHA, 2017).

Vários são os apontamentos realizados pela referida Comissão, merecendo destaque alguns aspectos. Segundo o relatório, as licenças para testes com veículos autônomos só seriam justificáveis, desde que fossem apresentados relatórios que comprovassem pelo menos uma diminuição nos acidentes em comparação com a direção humana, embora os riscos residuais tecnologicamente inevitáveis não sejam motivo para impedir os testes com carros autônomos, desde que o balanço final seja positivo.

Ainda, quando o veículo estiver diante de uma possível colisão, conforme orientação da Comissão, deve-se preservar a vida humana sempre que possível:

Em situações de risco que se revelam inevitáveis, apesar de todos os cuidados tecnológicos, a proteção da vida humana tem prioridade máxima no equilíbrio dos interesses legalmente protegidos. Assim, dentro dos limites do que é tecnologicamente viável, os sistemas devem ser programados para aceitar danos a animais ou propriedade em um conflito, se isso significar que danos pessoais podem ser evitados.

Além disso, há orientação para que, em caso de acidentes inevitáveis envolvendo vítimas humanas, não haja qualquer distinção baseada em

características pessoais, como idade, sexo, constituição física ou mental, devendo o algoritmo da IA ser programado para buscar reduzir ao máximo o número de lesões corporais das vítimas envolvidas.

Tais orientações foram acrescentadas à Lei do Tráfego Rodoviário, além dos seguintes requisitos: a) obrigatoriedade da presença do motorista, devendo este assumir o controle do veículo sempre que o sistema solicitar, em casos de necessidade, o que exclui a possibilidade de circulação de veículos autônomos Nível 5; b) o veículo autônomo deve conter a “caixa preta”, de forma a que sejam armazenados os dados do sistema em cenários de conflito, especialmente em cenários de acidentes e quase acidentes (ALEMANHA, 2017).

No que tange à responsabilidade civil, a legislação e o relatório da Comissão preveem que, havendo danos a terceiros, causados por veículos autônomos, deverá ser analisado se houve falha exclusiva do sistema. Se sim, os fabricantes serão obrigados a indenizar, mas se a culpa for do motorista, a responsabilidade entre eles será solidária (PAIM; JENSEN; MORO, 2020, p. 476).

Em linhas gerais, percebe-se que a legislação alemã se preocupa muito com a segurança das pessoas, estabelecendo assim diversas diretrizes éticas que devem servir como norte para a criação dos sistemas de Inteligência Artificial dos veículos autônomos, mas sem impedir a inovação e a evolução tecnológica da direção autônoma.

3.3 Singapura

Em 7 de fevereiro de 2017, o Parlamento de Singapura aprovou uma emenda à Lei de Trânsito Rodoviário, inserindo a direção autônoma na legislação e estabelecendo critérios para a realização de testes com veículos autônomos nas vias públicas do país (PAIM; JENSEN; MORO, 2020, p. 466).

De modo geral, a Lei prevê que fica a cargo do Ministro dos Transportes estabelecer regras para aspectos como: a) exigência de autorização específica, concedida por autoridade competente, para a condução de veículos autônomos; b) determinar em quais circunstâncias climáticas o teste com o veículo autônomo pode ou não ser realizado ou realizado; c) conceder o direito de recorrer ao Ministro contra qualquer decisão tomada pela Autoridade que cancele ou suspenda a autorização concedida para o teste; entre outros (SINGAPURA, 2017).

Ainda, a legislação prevê a obrigatoriedade da existência da “caixa preta” no sistema, que seja capaz de capturar e armazenar dados do sensor e imagens de vídeo do veículo, o que pode auxiliar na aplicabilidade da responsabilidade civil em casos de acidentes. É previsto também, na referida lei, que o sistema de IA do veículo deve acionar o motorista para que assuma o controle manual imediato do carro, quando uma falha do sistema autônomo ou outra emergência for detectada (PAIM; JENSEN; MORO, 2020, p. 467).

3.4 China

Em abril de 2018, o Ministério de Segurança Pública e o Ministério dos Transportes da China editaram a *Administrative Specification on Road Test of ICV (Provisional)*, uma normativa provisória contendo diretrizes a serem aplicadas nos testes de estrada de veículos autônomos no território da República Popular da China, abrindo para o país a possibilidade da circulação dos veículos autônomos (PAIM; JENSEN; MORO, 2020, p. 469).

Em linhas gerais, a norma prevê os seguintes requisitos a serem observados para a realização de testes com veículos autônomos: a) o motorista deve obter carteira de habilitação específica para veículos autônomos e possuir mais de 3 anos de experiência de condução; b) deve estar livre de registro de infrações graves às leis de trânsito, como velocidade superior a 50%, da permitida e violação de semáforo no último 1 ano; c) deve estar isento de registro de direção embriagada; d) o veículo deve ser capaz de possibilitar a intervenção manual do condutor; e) deve possuir a “caixa preta”, que registre e salve os dados das informações que antecederem 90 (noventa) segundos de qualquer acidente com o veículo (CHINA, 2018).

Quanto à aplicação da responsabilidade sobre possíveis danos causados pela direção autônoma, a referida normativa, em seu art. 25, preconiza o seguinte:

Onde ocorrerem acidentes de trânsito durante o teste, a responsabilidade da parte deve ser verificada de acordo com as leis e regulamentos sobre segurança no trânsito, e determinada a responsabilidade de indenização por danos de acordo com as leis e regulamentos relevantes e interpretação judicial. Qualquer que seja o comportamento considerado criminal, a responsabilidade criminal será investigada de acordo com as leis.

Em agosto do mesmo ano, o Comitê Técnico de Padronização de

Automóveis e a Indústria Chinesa de Aliança e Inovação para Veículos Inteligentes e Conectados emitiram um Regulamento estabelecendo os critérios para a realização de testes com veículos de direção autônoma (CHINA, 2018).

De acordo com o documento, para que os veículos autônomos possam circular, devem ser observados, dentre outros, os seguintes requisitos: a) garantia de que, em caso de emergência, o motorista seja capaz de realizar a intervenção de operação manual; b) a estrada de teste deve ser de asfalto plano e seco ou superfície de concreto; c) a largura da pista única deve ser de 3,5m a 3,75m; d) o ambiente de teste deve ser excelente e livre de condições climáticas severas, como chuva, neve e granizo, e a visibilidade horizontal não deve ser inferior a 500m; e) o veículo de condução autônomo em teste não deve violar as regras de trânsito; f) o veículo em teste deve ser capaz de se esquivar de pedestres por meio de frenagem, direção ou método de combinação (CHINA, 2018).

3.5 Reino Unido

O Reino Unido também caminha a passos largos na normatização dos veículos autônomos. Em 2018, o Parlamento editou uma lei que regulamentou a circulação dos veículos autônomos, sendo a referida legislação bem detalhista no que tange à responsabilidade civil aplicada aos acidentes envolvendo esses veículos.

Em termos gerais, logo em sua primeira seção, na qual trata-se a respeito da responsabilidade civil das seguradoras em casos de acidentes, a norma dispõe que, se o veículo autônomo estiver assegurado no momento do acidente, a pessoa assegurada e os terceiros que tenham sofrido danos serão indenizados pela seguradora. Contudo, caso o veículo não esteja assegurado, a responsabilidade pela reparação dos danos será do proprietário do veículo (REINO UNIDO, 2018, tradução nossa).

Ainda, a referida legislação isenta a seguradora da obrigatoriedade de indenização, nos casos em que o proprietário do veículo deixar de realizar as manutenções periódicas necessárias para garantir o bom funcionamento do *software* que gerencia o sistema de inteligência do veículo. Por fim, a norma também prevê a necessidade da presença de um motorista no veículo, o que, consequentemente, exclui da circulação em vias públicas os carros autônomos de Nível 5 (REINO UNIDO, 2018, tradução nossa).

3.6 União Europeia – Parlamento Europeu

Enquanto isso, na União Europeia, a legislação mostra-se ainda mais completa e superior às analisadas até o momento. Quando o assunto é responsabilidade civil pelos danos causados por veículos autônomos, e até mesmo por sistemas dotados de Inteligência Artificial no geral, a leitura das resoluções emitidas pelo Parlamento Europeu torna-se indispensável (MEDON, 2020, n.p.).

Recentemente, em 2017, o Parlamento Europeu editou a Resolução 2015/2103 (INL)⁴, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica, com o objetivo de orientar os Estados-Membros da União Europeia para que regulamentem da melhor forma as matérias relativas ao desenvolvimento da robótica e da Inteligência Artificial (UNIÃO EUROPEIA, 2017).

De modo geral, a resolução objetiva nortear os países da União Europeia, estabelecendo-se princípios éticos e regras gerais que deverão ser observadas pelos legisladores ao discutirem as normativas em seus Estados a respeito da utilização de máquinas que sejam dotadas de Inteligência Artificial (PIRES; SILVA, 2017, p. 245).

O documento, em sua exposição de motivos, apresenta uma análise ampla no que tange à responsabilidade civil, abordando desde o contexto histórico do avanço da tecnologia, até questões como a possibilidade de, futuramente, se atribuir personalidade jurídica própria à Inteligência Artificial, para que ela responda por seus atos. Ainda, ressalta que “as normas tradicionais não serão suficientes para suscitar problemas de responsabilidade jurídica pelos danos causados por um robô” (UNIÃO EUROPEIA, 2017).

Nesse sentido, dentre as recomendações, a Resolução sugere uma possível solução aos legisladores, através da adoção de um regime obrigatório de seguros nos carros autônomos, para que a responsabilidade de indenizar, nos eventuais acidentes envolvendo estes veículos, seja da seguradora⁵. Entretanto, a resolução deixou a critério do legislador, no

4 INL - Legislative Initiative Procedure (Procedimento de Iniciativa Legislativa – tradução nossa);

5 57. Destaca que uma possível solução para a complexidade de atribuir responsabilidade pelos danos causados pelos robôs cada vez mais autônomos pode ser um regime de seguros obrigatórios, conforme acontece já, por exemplo, com os carros; observa, no entanto que, ao contrário do que acontece com o regime de seguros para a circulação rodoviária, em que os seguros cobrem os atos e as falhas humanas, um regime de seguros para a robótica deveria ter em conta todos os elementos potenciais da cadeia de responsabilidade;

58. Considera que, à semelhança do que acontece com os veículos motorizados, esse regime de

futuro, analisar e decidir se o seguro ficará a cargo do fabricante ou do proprietário do veículo autônomo (UNIÃO EUROPEIA, 2017).

Recentemente, em outubro deste ano, foi aprovada também no Parlamento Europeu a Resolução 2020/2014(INL), que contém recomendações à Comissão especificamente sobre o regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial. O objetivo da referida iniciativa parlamentar é também o de orientar os Estados-Membros da União Europeia, no momento de criação de seus regulamentos, no que tange à responsabilidade civil e à Inteligência Artificial (MEDON, 2020, n.p.).

Em sua exposição de motivos, a aludida Resolução aponta justamente ao cerne da presente pesquisa, o que demonstra que o desafio enfrentado pelo Direito brasileiro é o mesmo em outros locais do mundo:

[...] alguns sistemas de IA representam importantes desafios jurídicos para o quadro em vigor em matéria de responsabilidade, podendo resultar em situações em que a sua opacidade torne extremamente dispendiosa, ou mesmo impossível, a identificação de quem controlava o risco associado ao sistema de IA ou que código, intervenção ou dados acabaram por provocar a operação danosa; [...] este fator pode tornar mais difícil identificar a relação entre os danos ou prejuízos e o comportamento que os provocam, resultando no fato de as vítimas poderem não receber indenização adequada; (UNIÃO EUROPEIA, 2020).

O texto parlamentar apresenta uma tendência à aplicação da responsabilidade objetiva, e também prevê a obrigatoriedade da adoção, por parte do operador do veículo, de um regime de seguro voltado especificamente aos sistemas dotados de Inteligência Artificial (UNIÃO EUROPEIA, 2020).

3.7 Brasil

No Brasil, ao contrário dos países analisados anteriormente, não há até o presente momento nenhuma lei específica que regule o teste ou a circulação em vias públicas de veículos autônomos.

Entretanto, em 6 abril deste ano, foi publicada a Portaria MCTI nº 4.617, pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, que instituiu a

seguros poderia ser complementado por um fundo de garantia da reparação de danos nos casos não abrangidos por qualquer seguro; insta o setor dos seguros a criar novos produtos e novos tipos de ofertas que estejam em linha com os avanços na robótica. (UNIÃO EUROPEIA, 2017).

Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial – EBIA, a qual tem o mesmo objetivo das resoluções emitidas pelo Parlamento Europeu, no sentido de nortear as ações do Estado brasileiro e dar as diretrizes para a elaboração de leis que estimulem a pesquisa, a inovação e o desenvolvimento de soluções em Inteligência Artificial, o que abre caminho para o debate da direção autônoma no Brasil.

De acordo com a norma, a EBIA tem como principais objetivos: a) remover as barreiras da inovação em IA; b) estimular a inovação e o desenvolvimento da IA brasileira em ambiente internacional; c) promover ambientes de cooperação entre os entes públicos e privados, a indústria e os centros de pesquisas para o desenvolvimento da IA; entre outros (BRASIL, 2021).

Analisando a referida norma, percebe-se uma tendência ao incentivo à inovação e ao uso da tecnologia dos veículos autônomos, conforme se vê:

O desenvolvimento tecnológico da Inteligência Artificial tem sido acompanhado de intensas discussões acerca da necessidade de desenvolvimento de parâmetros jurídicos, regulatórios e éticos para orientar o desenvolvimento e aplicação da tecnologia. (...). Nesse contexto, embora já existam exemplos internacionais de normas jurídicas regulando diferentes aspectos concretos de IA, como veículos autônomos e sistemas de reconhecimento facial, têm ganhado proeminência os debates acerca do estabelecimento de princípios gerais e parâmetros éticos a serem adotados por atores públicos e privados quanto ao tema, por meio de códigos de conduta, manuais de boas práticas e diretrizes de alto nível (BRASIL, 2021).

Contudo, seguindo a mesma linha do Parlamento Europeu, percebe-se que a EBIA apresenta uma preocupação com os padrões éticos que devem ser observados pelos programadores quando da criação dos sistemas de Inteligência de Artificial, tais como proteção de dados pessoais, transparência, prevenção de discriminação pela IA e o estabelecimento de normas que possibilitem a aplicação da responsabilidade individual e social de todos os envolvidos na cadeia da direção autônoma, sem, entretanto, adentrar ao mérito específico da regulamentação da circulação dos veículos autônomos no Brasil.

4 Direito comparado entre as legislações estrangeiras analisadas

Como visto, a temática tem gerado discussões em diversos países. Após a análise das referidas legislações individualmente, torna-se possível realizar um comparativo entre as soluções encontradas no estrangeiro. Das

legislações estrangeiras analisadas, as Resoluções aprovadas pelo Parlamento Europeu, destinadas a orientar os países da União Europeia na elaboração de suas futuras leis, são as que tendem a serem mais completas, especialmente no que se refere a responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial.

As referidas resoluções alertam para a necessidade de que todos os envolvidos no desenvolvimento e na comercialização de aplicações de IA integrem a segurança e a ética desde o início do processo, pois devem estar preparados para assumir a responsabilidade jurídica pela qualidade da tecnologia que produzem, trazendo, inclusive, um tópico específico sobre a aplicabilidade da responsabilidade na utilização de IA, onde consta que os fabricantes, operadores, proprietários e utilizadores poderão ser considerados estritamente responsáveis pelas ações ou omissões dos sistemas de IA.

Ainda no que se refere à responsabilidade nos casos de acidentes envolvendo os veículos autônomos, pode-se afirmar que, após as Resoluções do Parlamento Europeu, as legislações da Alemanha, China, Singapura e Reino Unido se mostram mais completas, contendo pontos específicos a respeito do tema, ao contrário das legislações americanas, que pouco trazem a respeito da responsabilidade, tanto civil quanto criminal.

Ademais, no Reino Unido, por exemplo, é abordada a possibilidade de imputar a responsabilidade civil ao proprietário do veículo, caso este não esteja assegurado no momento do acidente, bem como a possibilidade de isentar a seguradora da obrigatoriedade de indenização, nos casos em que o proprietário do veículo deixar de realizar as manutenções periódicas necessárias para garantir o bom funcionamento do *software* que gerencia o sistema de inteligência do veículo. Tal fato se mostra passível de aplicação no Brasil e certamente deverá ser objeto de análise pelo legislador brasileiro.

Outrossim, nota-se que todas as legislações estrangeiras estudadas adotam um modelo de seguro obrigatório a ser contratado, na maioria dos casos, pelo proprietário do veículo, com o objetivo de absorver os riscos e cobrir todo e qualquer dano que os veículos autônomos possam causar a terceiros, tenha o acidente sido causado pelo motorista ou pelo sistema dotado de IA. Entretanto, apenas a legislação de Nevada fixa em seu texto o valor do seguro obrigatório exigido para a circulação do veículo autônomo, no montante de \$ 5 milhões de dólares.

Ainda, um dos pontos que chama bastante a atenção é com relação à obrigatoriedade de os carros autônomos possuírem um sistema de armazenamento, capaz de registrar os dados de navegação que antecederem

os segundos de qualquer colisão, visando assim a comprovação da culpa pelo acidente, considerando que o referido requisito foi localizado em todas as legislações estrangeiras analisadas. Tal “caixa preta” do veículo permitirá a análise da culpa e a imputação da responsabilidade civil, podendo até mesmo desobrigar o seguro do pagamento dos danos. Das legislações analisadas, tem-se unânime a exigência da referida “caixa preta”.

No que diz respeito às condições técnicas e estruturais das vias para a circulação de veículos, apenas a legislação da China mostrou-se preocupada com tal aspecto. A norma chinesa apresenta critérios específicos que devem ser observados com relação às condições climáticas e de infraestrutura das pistas, como largura mínima, material do asfalto, possibilidade chuva, entre outros, para que os testes com veículos autônomos possam ser realizados.

Ademais, com relação à carteira de motorista específica para a condução de veículos autônomos, das legislações estudadas, apenas a China e os estados americanos da Califórnia e da Flórida apresentam tal exigência.

Com base nas análises realizadas e considerando a devida cautela que o tema exige, até mesmo pela sua incipiência, e com base na pesquisa realizada, tem-se que as Resoluções do Parlamento Europeu atualmente são as normativas que mais contribuirão com o legislador brasileiro, quando chegada a hora de regulamentar o tema.

Nessa toada, considerando a análise comparativa realizada, tem-se o seguinte quadro, contendo os principais aspectos abordados em cada legislação:

PAÍSES	ASPECTOS					
	Seguro obrigatório	CNH específica	Caixa preta	Responsabilidade civil	Condições climáticas e de infraestrutura para os testes	Signatário da Convenção de Viena de 1968
EUA	Exigem, mas sem especificar o valor, com exceção do estado de Nevada, que fixa o valor em 5 milhões de dólares	Apenas os estados da Califórnia e Flórida exigem	Exigem	Pouco abordam	Não especifica	Não

Alemanha	Exige, mas sem especificar o valor	Não exige	Exige	Muito aborda. Prevê a possibilidade de aplicação da responsabilidade solidária entre motorista e fabricante	Não específica	Sim
Singapura	Exige, mas sem especificar o valor	Não exige	Exige	Pouco aborda	Não específica	Não
China	Exige, mas sem especificar o valor	Exige	Exige	Aborda de forma genérica, deixando para as leis e regulamentos sobre segurança no trânsito a questão da responsabilidade	Especifica condições ideais climáticas e de infraestrutura da via, sem as quais os testes não podem ser realizados	Não
Reino Unido	Exige, mas sem especificar o valor	Não exige	Exige	Pouco aborda	Não específica	Não
União Europeia	Exige, mas sem especificar o valor	Não exige	Exige	Muito aborda. Tendência para aplicação da responsabilidade objetiva	Não específica	Não
Brasil	Sem legislação específica	Sem legislação específica	Sem legislação específica	Legislação abordando de forma genérica	Sem legislação específica	Sim

Fonte: autor (2021)

Por fim, cumpre mencionar que um dos desafios a serem enfrentados pelo Brasil e outros países quanto à regulamentação e aprovação da circulação dos carros autônomos em vias públicas é a questão da ratificação da Convenção de Viena sobre Trânsito Viário de 1968. A referida Convenção define regras internacionais de trânsito e, dentre elas, não se permite que veículos trafeguem pelas ruas sem a presença de um motorista⁶ (BRASIL, 1981). Por isso, os mais de 70 países que aderiram ao Tratado, como o Brasil, a princípio, não poderiam permitir a circulação em suas vias dos veículos autônomos Nível 5, por exemplo, uma vez que a presença do motorista é obrigatória por força da referida Convenção (OLIVEIRA, 2019, p. 12).

Por esse motivo, locais como Estados Unidos e Reino Unido conseguiram avançar mais rapidamente nos testes com automóveis que

⁶ Artigo 8. Condutores. 1. Todo o veículo em movimento ou todo o conjunto de veículos em movimento deverá ter um condutor. CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE TRÂNSITO VIÁRIO DE 1968 (BRASIL, 1981).

dispensam motoristas, pois não são signatários da Convenção de Viena (mesmo que, em alguns estados dos EUA, a legislação não permita), o que demonstra que veículos de autonomia Nível 5, no Brasil e na maioria dos países, ainda são uma realidade distante, não só no que tange à fabricação, mas também à permissão de circulação pela legislação (SILVA, 2019, p. 22-23).

Diante disso, tem-se que no Brasil e nos demais países signatários da aludida norma, não se verá a circulação de veículos com autonomia completa tão cedo, a menos que haja alteração no texto da Convenção.

5 Considerações finais

Sistemas dotados de Inteligência Artificial estão cada vez mais inseridos no mercado, nas mais diversas áreas, não apenas no Brasil, mas no mundo todo. Diante desse novo panorama, torna-se necessário, pois, avançar no estudo do tema e buscar soluções aplicáveis aos questionamentos jurídicos que surgirão, uma vez que, como visto, a tendência é que tais sistemas sejam cada vez mais utilizados e possam, inclusive, ultrapassar a capacidade intelectual humana.

Após o estudo dos conceitos gerais de Inteligência Artificial, carro autônomo e seus níveis de autonomia, foi possível adentrar ao problema da pesquisa propriamente dito, qual seja, analisar as legislações e soluções aplicadas no estrangeiro a fim de subsidiar o debate sobre o tema em âmbito nacional.

Dessa forma, observou-se a relevância atual do tema, considerando que diversos países já iniciaram a edição de normas que buscam regulamentar os testes e a circulação em vias públicas dos veículos autônomos, inclusive o Brasil, que mesmo tarde, neste ano deu seu pontapé inicial com a publicação da Portaria MCTI nº 4.617, do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, instituindo a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial – EBIA com o objetivo de fornecer diretrizes para o uso da Inteligência Artificial.

Ainda, foi possível elencar os principais aspectos presentes nas legislações estrangeiras que já se debruçam sobre o tema, quais sejam: a adoção de seguro obrigatório, a exigência de carteira de habilitação específica para a condução de veículo autônomo, a aplicabilidade da responsabilidade civil, e a existência de sistema de armazenamento capaz de capturar os segundos antes de qualquer colisão, a chamada “caixa preta.

Diante disso, o presente artigo buscou compilar as soluções legislativas aplicadas ao redor do mundo, contribuindo para o debate jurídico do tema no Brasil. Assim, ao final do proposto, é possível afirmar que o Brasil precisa estar preparado, pois os carros autônomos já são uma realidade e logo chegarão às vias públicas do país, ressaltando, por derradeiro, que o intuito do presente artigo foi não apenas instigar o debate, mas também contribuir com os estudos e posterior formulação da legislação brasileira aplicada à Inteligência Artificial.

Referências

ALEMANHA. Automated and connected driving. Alemanha: Ethics Commission, [2017]. Disponível em: <https://www.bmvi.de/SharedDocs/EN/publications/report-ethics-commission.html>. Acesso em: 10 out. 2021.

ANDERSON, James M. *et al.* Autonomous Vehicle Technology: A Guide for Policymakers. **RAND Corporation**, 2016. Disponível em: https://www.rand.org/pubs/research_reports/RR443-2.html. Acesso em: 17 nov. 2020.

ARIZONA. **Executive Order 2018-04**, de 1º de maio de 2018. Advancing Autonomous Vehicle Testing and Operating: Prioritizing Public Safety: Governador, [2018]. Disponível em: <https://apps.azdot.gov/files/sitefinity-files/Executive-Order-2018-04.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 86.714, de 10 de dezembro de 1981**. Promulga a Convenção sobre Trânsito Viário. Brasília, DF: Presidência da República, [1981]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d86714.htm. Acesso em: 18 nov. 2020.

CALIFORNIA. **SB-1298**, de 25 de setembro de 2012. Vehicles: autonomous vehicles: safety and performance requirements. California: Senado, [2012]. Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201120120SB1298. Acesso em: 19 nov. 2020.

CHINA. **VMAD-01-04/Att.1**. Administrative Specification on Road Test of ICV (Provisional). European Automobile Manufacturers' Association (ACEA), [2018]. Disponível em: https://globalautoregs.com/meetings/1281-vmad-session-1-14-15-jan-2019?rule_id=199-automated-driving-systems&show=documents_by_rule. Acesso em: 10 out. 2021.

COELHO, Carlos. Empresa da região de Curitiba lança carro que dispensa motorista. **Tribuna do Paraná**, Curitiba, 27 jan. 2020. Disponível em: <https://www.tribunapr.com.br/noticias/curitiba-regiao/empresa-da-regiao-de-curitiba-lanca-carro-que-dispensa-motorista-veja-o-preco/>. Acesso em: 10 set. 2020.

COPPIN, Ben. **Inteligência Artificial**. Tradução Jorge Duarte Pires Valério. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

D. COLUMBIA. **19-278**, de 23 de janeiro de 2013. Autonomous Vehicle Act of 2012: Senado, [2013]. Disponível em: <https://code.dccouncil.us/dc/council/laws/19-278.html>. Acesso em: 20 nov. 2020.

FACELI, Katti *et al.* **Inteligência artificial**: Uma abordagem de Aprendizado de Máquina. Rio de Janeiro: LCT, 2011.

FLORIDA. **CS / HB 1207**, de 01 de julho de 2012. Vehicles with Autonomous Technology. Florida: Senado, [2012]. Disponível em: <https://www.flsenate.gov/Session/Bill/2012/1207>. Acesso em: 19 nov. 2020.

GOMES, Dennis dos Dantos. Inteligência Artificial: Conceitos e Aplicações. **Revista Olhar Científico – Faculdades Associadas de Ariquemes**, v. 01, n. 2, 2010.

LEKACH, Sasha. It took a coronavirus outbreak for self-driving cars to become more appealing. **Mashable**, 01 abr. 2020. Disponível em: <https://mashable.com/article/autonomousvehicle-perception-coronavirus/>. Acesso em: 18 nov. 2020.

MEDON, Filipe. **Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil**: Autonomia, Riscos e Solidariedade. Rio de Janeiro: Editora JusPodivm, 2020.

MEDON, Filipe. Tendências para a responsabilidade civil da Inteligência Artificial na Europa: a participação humana ressaltada. **Migalhas**, s/n, 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/335801/tendencias-para-a-responsabilidade-civil-da-inteligencia-artificial-na-europa--a-participacao-humana-ressaltada>. Acesso em: 17 nov. 2020.

MICHIGAN. **SB 0996**, de 09 de dezembro de 2016. Traffic control; traffic regulation; autonomous driving; allow under certain conditions: Senado, [2016]. Disponível em: [https://www.legislature.mi.gov/\(S\(2qodijoia0j4zcekbivf2lf\)\)/mileg.aspx?page=getObject&objectna](https://www.legislature.mi.gov/(S(2qodijoia0j4zcekbivf2lf))/mileg.aspx?page=getObject&objectna)

me=2016-SB-0996. Acesso em: 19 nov. 2020.

MONARD, Maria Carolina; BARANAUSKAS, José Augusto. Conceitos sobre aprendizado de máquina. **Sistemas inteligentes-Fundamentos e aplicações**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 32, 2003. Disponível em: <http://dcm.ffclrp.usp.br/~augusto/publications/2003-sistemas-inteligentes-cap4.pdf>. Acesso em: 3 set. 2020.

NEVADA. **NV AB511**, de 17 de junho de 2011. Revises certain provisions governing transportation (BDR 43-1109). Nevada: Senado, [2011]. Disponível em: <https://legiscan.com/NV/text/AB511/2011>. Acesso em: 10 set. 2020.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias; LEAL, Túlio Augusto Castelo Branco. Considerações sobre os Veículos Autônomos – possíveis impactos econômicos, urbanos e das relações jurídicas. **Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa**, Brasília, s/n, out. 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td214>. Acesso em 2 set. 2020.

OLIVEIRA, Leonor Isabel Gargaté Afonso da Costa. **Os carros autônomos e os novos desafios para o mercado de seguros**. 2019. Dissertação (Mestrado Forense) – Faculdade de Direito de Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2019. Disponível em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/28412/1/OS%20CARROS%20AUT%3%93NOMOS%20E%20OS%20NOVOS%20DESAFIOS%20PARA%20O%20MERCADO%20DE%20SEGUROS%20-%20Tese_Vers%C3%A3o%20Final.pdf. Acesso em: 11 set. 2020.

PAIM, B; JENSEN, F; MORO, K. Veículos autônomos: uma análise comparada das soluções jurídicas existentes, **Direito e inovação**, v. 3, p. 455-488, Curitiba: OABPR, 2020.

PECK, Spencer *et al.* The SDVs Are Coming! An Examination of Minnesota Laws in Preparation for Self-Driving Vehicles. **Libraries Publishing**. v. 16. n. 2. 2015. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol16/iss2/10/>. Acesso em: 18 nov. 2020.

PEREIRA, Sandor Banyai; BOTELHO, Rober. Design de Interação: fatores humanos e os carros autônomos. **Design e Tecnologia**, v. 8, n. 16, p. 69-86, 2018. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/det/index.php/det/article/view/523>. Acesso em: 4 set. 2020.

- PIRES, Thatiane Cristina Fontão; SILVA, Rafael Peteffi. A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do Parlamento Europeu. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 139-254, dez. 2017. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4951/3643>. Acesso em: 8 set. 2020.
- PISSARDINI, Rodrigo de Sousa *et al.* Uma perspectiva global das atuais legislações sobre veículos autônomos. **Revista de Engenharia e Tecnologia**, v. 10, n. 3, p. 23-37, 2018. Disponível em: <https://revistas2.uepg.br/index.php/ret/article/view/11924/209209210199>. Acesso em: 9 set. 2020.
- REINO UNIDO. **2018 c. 18**, de 19 de julho de 2018. Automated and Electric Vehicles Act. Reino Unido: Parlamento, [2018]. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/18/pdfs/ukpga_20180018_en.pdf. Acesso em: 17 nov. 2020.
- SHUTTLEWORTHSAE, Jennifer. Standards News: J3016 automated-driving graphic update. **SAE International**, 01 jul. 2019. Disponível em: <https://www.sae.org/news/2019/01/sae-updates-j3016-automated-driving-graphic>. Acesso em: 11 nov. 2021.
- SILVA, Gonçalo Manuel de Sequeira Viana da. **Veículos autônomos: um novo desafio para o direito português**. 2019. Dissertação (Mestrado) – Repositório das Universidades Lusíada, Universidade Lusíada Norte, Porto, 2019. Disponível em: <http://dspace.lis.ulusiada.pt/bitstream/11067/4716/1/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20de%20mestrado.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2020.
- SMITH, Bryant Walker. Automated Vehicles Are Probably Legal in the United States. **Texas A&M Law Review**, v. 1, n. 411, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2303904. Acesso em: 19 nov. 2020.
- TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 21, p. 61-86, 2019.
- UNIÃO EUROPÉIA. **2015/2103(INL)**, de 16 de fevereiro de 2017. Disposições de Direito Civil sobre Robótica. Estrasburgo: Parlamento Europeu, [2017]. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_PT.html#title1. Acesso em: 10 set. 2020.
- UNIÃO EUROPÉIA. **2020/2014(INL)**, de 20 de outubro de 2020.

Regime de responsabilidade civil aplicável à inteligência artificial. Bruxelas: Parlamento Europeu, [2020]. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_PT.html. Acesso em: 18 nov. 2020.

Texto completo 3

ATRIBUIÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS PARA TRABALHOS GERADOS POR INTELIGÊNCIAS ARTIFICIAIS

Caio Alexandro Maurício da Silva¹

Anderson Souza da Silva Lanzillo²

1 Introdução

O desafio atual do direito de propriedade intelectual é a dificuldade de adaptação à nova realidade imposta pelo avanço acelerado da tecnologia. Este novo cenário confronta o mundo com um intenso debate jurídico, bem como obriga os países a modificarem suas legislações para se adaptarem às mudanças que a tecnologia acarreta. Uma inovação antes impensável é a existência de inteligência artificial (IA). Este termo se refere aos tipos de sistemas de computador que demonstram as características humanas de inteligência, como criatividade, aprendizado, intuição e solução de problemas. As IAs pensam e comportam-se de maneira humana ou racional e tornam a vida mais fácil ajudando a resolver problemas médicos, de segurança, industriais e outros. Neste sentido, demonstra-se o dever do direito acompanhar de perto o progresso tecnológico nesse campo, para ofertar uma maior previsibilidade judicial acerca desses novos panoramas digitais, em especial para a determinação dos direitos do autor em tais obras.

O movimento do progresso tecnológico dessas inteligências artificiais tem ganhado força, de maneira que cada vez mais empresas têm se envolvido na utilização dessas tecnologias para criação de obras artísticas próprias, estabelecendo um mercado totalmente novo e rentável, mas também na tendência da constituição um movimento artístico que vem ganhando força. Semelhante ao projeto The Next Rembrandt, a empresa

1 Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). E-mail: caiosfc2015@gmail.com.

2 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). E-mail: adv.andersonss@gmail.com.

Obvious trabalhou um software que utiliza algoritmo de *Generative Adversarial Networks* (GAN), que constituem-se em uma abordagem para modelagem generativa usando métodos de deep learning para análise e geração de imagens, para criação de trabalhos similares a pinturas do século XVIII.³ A representação artística de uma família real ficcional foi exposta em inúmeros museus de artes e comprada por cifras que alcançaram a casa dos milhares de dólares, iniciando-se o movimento artístico denominado “GANismo”.⁴ A expressão desse movimento é justamente a aparência e sensação específicas de imagens (via redes neurais artificiais) aparentemente geradas pelo GAN, com intuito de produzir obras de arte como elementos conceituais.⁵

De acordo com um relatório da Comissão Europeia sobre IA, “a maioria das economias desenvolvidas reconhece a natureza revolucionária da IA e adotou diferentes abordagens que refletem seus próprios sistemas políticos, econômicos, culturais e sociais”⁶. A Comissão afirma que, em 2016, o governo dos EUA propôs uma estratégia para lidar com a IA e investiu cerca de 970 milhões de euros nas pesquisas de IA não classificadas. A China também espera ter liderança global até 2030, implementando seu “Plano de Desenvolvimento de Inteligência Artificial de Próxima Geração”⁷. Japão e Canadá também adotaram estratégias de IA. A Comissão também afirma que grandes empresas nos Estados Unidos e na China investiram significativamente em IA, tentando explorar grandes quantidades de dados⁸.

Embora haja um panorama de pleno desenvolvimento, os sistemas jurídicos de diversos países não tomaram posições claras acerca das discussões relacionadas aos direitos do autor geradas pelo paradigma do desenvolvimento tecnológico acelerado baseado em IA. Até recentemente, os sistemas de direitos autorais da União Europeia, Estados Unidos, Reino Unido, dentre outros, enfrentaram situações nas quais os computadores

3 Disponível em: <https://medium.com/@hello.obvious/a-naive-yet-educated-perspective-on-art-and-artificial-intelligence-9e16783e73da>. Acesso em: 23 nov. 2021.

4 Manifesto da empresa Obvious: Artificial Intelligence for Art - Disponível em: <http://www.obvious-art.com/>. Acesso em: 23 nov. 2021.

5 Disponível em: <https://medium.com/@hello.obvious/ai-the-rise-of-a-new-art-movement-f6efe0a51f2e>. Acesso em: 23 nov. 2021.

6 Comissão de Inteligência Artificial na Europa (2018). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN>. Acesso em 07. dez. 2021.

7 Ibidem.

8 “Com 1,4 bilhão de assinaturas de telefones celulares e 800 milhões de usuários de Internet - mais do que os EUA e a UE juntos - os chineses geram grandes quantidades de dados pessoais que são usados para desenvolver produtos de IA relacionados”. Ibidem.

eram utilizados como meras ferramentas para os criadores expressarem as obras de sua autoria. Circunstâncias, tais como câmeras utilizadas como ferramentas por fotógrafo para criação foram objeto de análise no Tribunal de Justiça da União Europeia para tornar compreensível como a utilização da tecnologia se classifica nos parâmetros existentes de proteção dos direitos do autor.⁹ Dessa forma, o sistema de direitos do autor europeu inventou regras para criação auxiliadas por programas/tecnologias de máquinas. Esse regramento concentra-se, em especial, na avaliação do grau de comando que os agentes detêm acerca da tecnologia, com fim último na gênese de obras únicas formadas por sua própria autonomia de criação. Entretanto, não é possível pensar que os mesmos regulamentos se aplicariam a obras que são geradas por máquinas de maneira autônoma, as quais são resultantes de escolhas efetuadas por softwares altamente complexos e dotados de extrema autonomia, tais como as Inteligências Artificiais da maneira abordado neste trabalho.

O principal problema que precisa ser resolvido é que um requisito básico para a detenção de direitos autorais é possuir a autoria legal. Atualmente isso só é possível juridicamente para um ser humano. No entanto, a IA já é capaz de criar diferentes obras artísticas por si só. Partindo desta questão, o presente trabalho tem o objetivo de investigar as questões de autoria no que tange às criações baseadas em IA e apresenta quatro circunstâncias hipotéticas viáveis que poderiam determinar o detentor dos direitos autorais. Especificamente, este trabalho sugere que a lei fornece direitos autorais para um dos seguintes: o programador ou desenvolvedor; o usuário do programa; o algoritmo e a teoria do humano fictício.

Atribuir direitos autorais a um algoritmo é, no entanto, problemático, uma vez que apenas seres humanos podem ser detentores de direitos do autor. Este trabalho também explora determinar quem deve ser designado como detentor dos direitos autorais quando a IA atua de forma autônoma, expondo as diferentes teorias de propriedade e apresentando suas vantagens e desvantagens. Finalmente, este artigo analisa uma série de posições acadêmicas existentes e abordagens legislativas de alguns países (União Europeia, Reino Unido e Estados Unidos).

2 Sistemas de direitos autorais e autoria: uma revisão histórica

Embora não com absolutamente o mesmo significado e escopo

9 CJEU - Caso C-145/10, Eva-Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH e Outros, 2011.

como os usamos hoje, os direitos autorais podem ser datados da Roma antiga, onde os comerciantes de livros costumavam ditar seus manuscritos em voz alta para que os escravos pudessem copiá-los, produzindo assim várias cópias por vez (BOYLE, JENKINS, 2014). Após a queda de Roma e até a Idade Média, o conceito de autoria e direitos autorais eram de pouca importância, uma vez que a expressão artística e as obras literárias estavam confinadas a um público restrito. O conceito de autoria nessa época não era claro, pois era costume que a obra artística fosse criada coletivamente e passasse pelo escrutínio da censura, que suprimia o individualismo. Foi a invenção da imprensa no século XIV que possibilitou a expressão literária massiva e a proliferação em grande escala de obras escritas. Após a invenção da prensa móvel de Gutenberg, o número estimado de livros em circulação na Europa cresceu exponencialmente (BOYLE, JENKINS, 2014).

Juntamente com o desenvolvimento tecnológico contínuo no século seguinte, o crescimento da criação literária levou ao surgimento da venda de livros e da publicação como setores separados e em crescimento (BOYLE, JENKINS, 2014). A exportação de livros por toda a Europa nos séculos XVI a XVII levantou a questão de conceder privilégios de impressão e distribuição como meio de proteger os livros de cópias indesejadas e não autorizadas. Nesse ponto, os direitos autorais assumiram seu sentido mais literal - ser um regulamento que concede a alguém o privilégio de imprimir e copiar o livro de outra pessoa (BOYLE, JENKINS, 2014). Na Inglaterra, a ideia de que esse direito protegia editores e livreiros evoluiu para a concessão do monopólio sobre a importação de livros¹⁰. Na segunda metade do século XVII, o monopólio cresceu e se tornou uma supressão prática de obras literárias que não foram aprovadas pela Coroa e seus afiliados leais, como a *Stationers Company* (BOYLE, JENKINS, 2014). Durante esse período de censura e nos séculos posteriores, o autor (entendido como “o escritor”) ainda era apenas um dos muitos participantes de todo um processo de criação e proliferação de uma obra criativa (BOYLE, JENKINS, 2014). O foco principal dos direitos autorais era o trabalho e sua distribuição.

Uma transição no propósito dos direitos autorais ocorreu no século XVIII no Reino Unido com a publicação do Estatuto da Rainha Ana. Desde a concessão de privilégios e monopólios sobre obras literárias e conhecimento abstrato ao incentivo à escrita de livros que sejam úteis para a sociedade, evitando cópias não autorizadas. O Estatuto serviu

10 Verificar o Estatuto de Monopólios de 1624 do Parlamento Inglês, acordo com o qual a Coroa concede a livreiros e editores o privilégio de controlar a importação e publicação de literatura estrangeira, bem como a cópia e distribuição de livros locais.

como uma forma de promover a criatividade e o acesso a obras gratuitas e, ao mesmo tempo, como uma oposição ao monopólio da impressão dos Stationers em andamento, juntamente com a censura da Coroa (BOYLE, JENKINS, 2014). O Estatuto distinguia entre os direitos sobre a obra em si e sua reprodução, criando assim o direito autoral no common law como um subproduto da regulamentação do comércio. É aí que reside a novidade deste documento do século XVIII - embora principalmente um projeto de lei que protege os interesses dos livreiros, no entanto, os autores também detêm os direitos autorais. Não só os direitos do autor a ser “mercantilizado”, mas o que é mais importante - surgiu a ideia de que o autor pode ser de alguma forma superior aos outros artesãos no processo criativo (JASZI, 1991, p. 297). O Estatuto de Ana “marcou o divórcio dos direitos autorais da censura e o restabelecimento dos direitos autorais sob a rubrica de propriedade, em vez de uma mera regulamentação” (ROSE, 1993, p. 6).

O conceito de *autor romântico* é fundamental para a compreensão jurídica e cultural contemporânea da autoria no mundo ocidental. Enquanto o estágio anterior de desenvolvimento do conceito foi habilitado e acompanhado pelo desenvolvimento tecnológico e político, o conceito de autor romântico surgiu baseado principalmente em ideias estéticas e éticas. Esta ideia de um criador-gênio emergiu e se estabeleceu como o entendimento dominante da época. Afirmava que o autor é um indivíduo único, uma personalidade criativa, “que cria algo original e tem o direito de colher lucro” (ROSE, 1993, p. 12) com seu trabalho. Um autor desempenha, portanto, dois papéis diferentes: além de ser criador, também é detentor da propriedade que dá direito ao lucro. Originalidade, criatividade e personalidade tornaram-se agora os traços distintivos de um autor e determinariam os requisitos legais para autoria nos séculos vindouros.

As ideias de autoria romântica transcenderam suas raízes estéticas e se infiltraram no discurso jurídico geral dos direitos do autor de três maneiras principais (BOYLE, 2009, p. 114-117). Em primeiro lugar, essa ideia coloca o ser humano, entendido como individualidade e gênio único, no centro do interesse jurídico e filosófico, o que minimiza a importância dos fatores externos. Em segundo lugar, influencia a objetividade do debate em casos de direitos autorais, criando e favorecendo a figura simpática do autor em geral. E, por último, protagoniza a mediação entre a dicotomia central da lei de direitos autorais - “ideia” vs. “expressão”. Além disso, a variedade de interpretações do conceito de autor romântico, tanto no

discurso filosófico quanto jurídico, solidificou as duas principais doutrinas que definem os sistemas jurídicos nacionais contemporâneos, bem como a conexão entre autor e criação. Tanto o conceito anglo-saxão de *copyright*, que está mais preocupado com os direitos sobre a obra, quanto a doutrina francesa do *droit d'auteur*, que distingue entre direitos transferíveis e intransferíveis, dependem fortemente da terminologia e da semiótica aparato do conceito de autor romântico (MONTA, 1959, p. 177).

Finalmente, deve-se notar que nos tempos mais modernos a ideia de “o autor como uma personalidade criativa individual, um criador solitário de obras estilisticamente consistentes” (MAY; BOYLE, 2014) tem sido criticada tanto no campo literário quanto no filosófico. Foucault considera “autor” uma construção social histórica e culturalmente específica (FOUCAULT, 2017, p. 180). O termo precisa ser interpretado em relação a paradigmas históricos e culturais externos, o que, por sua vez, torna o autor romântico obsoleto por ser inconsistente com os tempos modernos, especialmente na premissa do desenvolvimento tecnológico o qual este trabalho se pauta. Deve-se notar, no entanto, que uma exploração comparativa abrangente sobre os méritos de criatividade e originalidade em todo o mundo está bem além do escopo deste capítulo, pois visa meramente mostrar como as diferenças entre dois sistemas jurídicos podem resultar em implicações práticas importantes.

Antes de lidar com os detalhes, deve-se observar que, em um nível internacional, os direitos autorais foram harmonizados com sucesso misto (MARGONI, PERRY, 2016). Embora muitos dos principais conceitos e construções sejam semelhantes entre as jurisdições, há questões que são deixadas ao critério dos legisladores nacionais, como o nível exigido de originalidade, por exemplo. Os dois principais instrumentos jurídicos em nível internacional que buscam estabelecer um padrão mínimo igual para direitos autorais em seus estados membros - A Convenção de Berna de 1886 e o Tratado de Direitos Autorais da OMPI de 1996, enfocam o assunto a ser protegido por direitos autorais e não no grau de originalidade ou criatividade que uma obra deve exibir¹¹. As convenções nem mesmo mencionam a originalidade, mas estabelecem que os direitos autorais protegem as expressões e não as ideias, cabendo ao legislador de cada

11 O texto do art. 2 da Convenção de Berna fornece ao leitor uma lista não exaustiva do que são os assuntos sujeitos a direitos autorais. Por razões de brevidade, o texto completo do artigo não deve ser colado aqui. O Tratado de Direitos Autorais da OMPI assume a mesma abordagem - mais informações podem ser encontradas neste link: http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=295157. Convenção de Berna disponível neste link: http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283698;

país determinar o grau de originalidade e criatividade da expressão. Esta é a explicação de por que não há um padrão unificado de originalidade e porque alguns países (jurisdições predominantemente do *common law*) optaram pelo padrão mínimo possível, enquanto outros países do *civil law* também exigem a criatividade para atribuir a autoria.

2.1 Originalidade

A originalidade é o primeiro marco que encontramos ao lidar com os critérios de autoria e direitos autorais (GINSBURG, 2002, p. 1067). Tal conceito é amplamente utilizado em jurisdições de países do *common law* (em particular, Reino Unido, Estados Unidos, etc), onde os direitos autorais são concedidos examinando o produto final e se ele é original ou não. Um dos exemplos a esse respeito é o Reino Unido, cuja única exigência de originalidade¹² da obra faz com que tudo o que não é copiado seja digno de proteção, transformando seu criador em autor, avaliados por meio das ideias da ética lockeana e da doutrina do “*suor da testa*” que justificam uma recompensa para o fabricante com base em seu esforço e trabalho. Reduzir o critério e combiná-lo com a recompensa de direitos exclusivos tem o condão de buscar cumprir o objetivo principal dos direitos autorais que datam do Estatuto de Ana: encorajar a criação de novos objetos de expressão artística.

Continuando com o entendimento de Locke de que todos têm direitos de propriedade sobre os “frutos de seu próprio trabalho”, deve-se notar que trabalho e esforço também fazem parte do padrão de originalidade. Sob essa doutrina, as recompensas dos direitos autorais são concedidas aos indivíduos que mostraram “habilidade, julgamento e trabalho” (GINSBURG, 2003, p. 1075) na execução de seu trabalho original. No contexto deste artigo, ou seja, no sistema de *common law* um autor é aquela pessoa que demonstrou habilidade e se esforçou na criação de uma obra original.

12 Lei de Direitos Autorais, Design e Patentes do Reino Unido de 1998. Artigo 1(1)(a) diz que “copyright é um direito de propriedade que subsiste de acordo com esta Parte no seguintes descrições da obra — obras literárias, dramáticas, musicais ou artísticas originais [...]” e o artigo 3A (2) do mesmo ato preleciona: “Para os fins desta Parte, uma obra literária que consiste em um banco de dados é original se, e somente se, em razão da seleção ou organização do conteúdo da base de dados, a base de dados constituir criação intelectual do próprio autor.” Trad. própria.

2.2 Criatividade

Do outro lado está a criatividade. Este conceito é melhor compreendido quando o objeto de proteção é examinado - enquanto os direitos autorais de *common law* tiveram origem e estão até hoje mais focados na proteção contra cópias não autorizadas de uma obra, os direitos do autor oriundos da influência francesa atendem mais ao autor com seus direitos e obrigações (GINSBURG, 2003, p. 1076). Isso também é explicado pela influência de filosofias e tradições dignitárias sobre os sistemas jurídicos da Europa, onde a criatividade está associada à personalidade do autor.

Um exemplo acessível para o requisito de criatividade em sua forma mais simples é a prática da jurisprudência do Supremo Tribunal dos EUA. Após uma série de casos que lutaram para definir um padrão comum de elegibilidade de proteção de direitos autorais, a mais alta corte dos EUA estabeleceu, embora de forma um tanto controversa, a exigência de que objetos com direitos autorais sob a lei dos EUA devem “possuir mais do que um quantum mínimo de criatividade”¹³. Em que consiste esta “centelha de criatividade”¹⁴, o tribunal falha em interpretar, uma vez que define o que a criatividade não é, e não o que é. O caso *Feist* também completa um afastamento da tradição legislativa anterior em que a autoria era um significante de origem e interpretações posteriores em que a autoria era associada à personalidade do criador, reduzindo assim os requisitos legislativos contemporâneos à vagamente definida “centelha de criatividade” (GINSBURG, 2003, p. 1072).

Por outro lado, a União Europeia tentou implementar um padrão de originalidade unificado por meio da promulgação de legislação setorial específica. No entanto, essas tentativas tiveram sucesso relativo, pois buscavam harmonizar o mercado interno ao lidar com questões de direitos autorais, em vez de direitos autorais como um sistema jurídico completo (GINSBURG, 2003, p. 1072). Foi apenas após as tentativas consistentes do CJEU através de interpretações da jurisprudência que foi alcançado um padrão horizontalizado comum. Em cinco decisões históricas¹⁵, o

13 *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340, (1991), Suprema Corte dos Estados Unidos.

14 *Ibidem*.

15 *Infopaq International v. Danske Dagblades Forening* – caso C-5/08, CJEU; *Bezpečnostní softwarová asociace v. Ministerstvo kultury* - caso C-393/09, CJEU; *Football Association Premier League v. QC Leisure and Karen Murphy v. Media Protection Services* – casos C-403/08 e C-429/08, CJEU; *Eva-Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH* – caso C-145/10, CJEU e *Football Dataco v. Yahoo!* – caso C-604/10, CJEU.

Tribunal estabeleceu que o padrão de originalidade é a “criação intelectual do próprio autor”, o que significa que uma obra sujeita a direitos autorais ao abrigo da legislação da UE tem de ser o produto das escolhas livres e criativas do seu autor e ter a marca pessoal do seu criador (GINSBURG, 2003, p. 1073). Este é o padrão que os legisladores nacionais devem seguir ao lidar com questões de direitos autorais no contexto da legislação da UE. Em termos práticos, o efeito combinado destes cinco casos permitiu concluir que, a nível da UE, uma obra carece de originalidade quando não é produto de escolhas livres e criativas e quando não representa de alguma forma o seu autor. Além disso, à luz dessas decisões, habilidade, trabalho e esforço colocados na expressão de uma ideia não são necessariamente indicadores de escolhas criativas ou da individualidade do autor.

Por fim, para o funcionamento dos direitos autorais em geral isso pode não ter importância, a diferença nos padrões de originalidade é de grande interesse para este trabalho, pois revela os critérios de autoria juntamente com sua flexibilidade. No contexto da autoria de máquina, o rigor dos critérios de originalidade determina se uma máquina pode ser considerada autora em termos jurídicos. Isso porque os desenvolvimentos tecnológicos recentes possibilitaram que a teoria da IA se tornasse prática. Nas últimas décadas, o mundo viu máquinas inteligentes alcançarem feitos inesperados por meio do emprego de técnicas de intuição, análise e aprendizagem semelhantes às humanas. Em menos de meio século, a inteligência artificial evoluiu tanto que hoje a sociedade está testemunhando um momento, onde algoritmos invadem gradualmente uma das fortalezas da humanidade - a criatividade. Neste sentido, o próximo capítulo se deterá a trabalhar sobre essa tecnologia emergente em maiores detalhes.

3 Definição de IA

A gênese da inteligência artificial ocorreu em 1943, com a proposta de Warren McCulloch e Walter Pitts de um modelo de neurônios artificiais em que cada neurônio está “ligado” ou “desligado”, o primeiro ocorrendo em resposta à estimulação de neurônios vizinhos (RUSSELL; NORVIG; DAVIS, 2010). mais tarde inspirou os trabalhos de John McCarthy, que cunhou o termo inteligência artificial em 1955. Ele apresentou esse conceito na Conferência de Dartmouth em 1956, marcando o início da IA como uma área de conhecimento. Seu trabalho foi continuado por outros pesquisadores do Instituto de Tecnologia de Massachusetts. McCarthy

define IA como “a ciência e a engenharia de fazer máquinas inteligentes, especialmente programas de computador inteligentes. Está relacionado à tarefa semelhante de usar computadores para entender a inteligência humana, mas a IA não precisa se limitar a métodos que são biologicamente observáveis.” (RUSSELL; NORVIG; DAVIS, 2010). A inteligência artificial compartilha muitos conceitos com a filosofia, tanto é que ela é baseada em alguns pressupostos filosóficos e científicos.

RUSSELL & NORVIG (2010) analisam oito teorias de diferentes estudiosos e as organizam em quatro categorias de definições de IA. Essas categorias são apresentadas na Figura a seguir:

Figura 1: Quatro categorias de definições de IA de Russell e Norvig (tradução própria).

<p>Pensando Humanamente</p> <p>“O empolgante novo esforço para fazer os computadores pensarem ... máquinas com mentes, no sentido pleno e literal. ” (Haugeland, 1985)</p> <p>“[A automação de] atividades que associamos ao pensamento humano, atividades como tomada de decisão, resolução de problemas, aprendizagem...” (Bellman, 1978)</p>	<p>Pensando Racionalmente</p> <p>“ O estudo das faculdades mentais através do uso de modelos computacionais. ” (Charniak e McDermott, 1985).</p> <p>“ O estudo dos cálculos que tornam possível perceber, raciocinar e agir. ” (Winston, 1992).</p>
<p>Agindo humanamente</p> <p>“A arte de criar máquinas que realizam funções que requerem inteligência quando realizadas por pessoas ” (Kurzweil, 1990)</p> <p>“O estudo de como fazer com que os computadores façam coisas nas quais, no momento, as pessoas são melhores.” (Rich e Knight, 1991).</p>	<p>Agindo Racionalmente</p> <p>“A inteligência computacional é o estudo do design de agentes inteligentes.” (Poole et al., 1998).</p> <p>“IA... está ocupada com o comportamento inteligente em artefatos.” (Nilsson, 1998).</p>

A Figura destaca a divisão de ideias de diferentes estudiosos de IA. Por um lado, existem aqueles que entendem a IA como sistemas que imitam as ações dos humanos, enquanto, por outro lado, existem vários acadêmicos que acreditam que esses sistemas são racionais em si mesmos. Além disso, os autores fornecem uma abordagem mais global por meio do conceito de aprendizado de máquina, que “se refere a um subcampo da ciência da computação preocupado com programas de computador que são

capazes de aprender com a experiência e, assim, melhorar seu desempenho ao longo do tempo” (RUSSELL; NORVIG; DAVIS, 2010). Assim, a IA torna-se melhor e mais eficiente por meio do aprendizado por reforço, que ocorre sem programação adicional.

4.2 Classificação da Inteligência Artificial

Classificar IA não é uma tarefa fácil, pois é um conceito sem definição clara e com múltiplas funções possíveis. A lista do programa da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (1991) fornece descrição de três categorias de IA: *sistemas de percepção*, *sistemas de linguagem natural* e *sistemas especialistas*.

Os **sistemas de percepção** (ou seja, “visão via computador”) são sistemas que permitem que um computador “perceba” o mundo, normalmente fornecendo-lhe uma “sensação” de “visão” ou “audição” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, 1991).

Os **sistemas de linguagem natural** são computadores programados para entender as linguagens humanas naturais. O programa aplica a tecnologia de IA de análise semântica e deve compreender as regras de sintaxe. Uma técnica chamada análise pragmática utiliza o conhecimento sobre o mundo real para ajudar esses programas a fazer escolhas sobre o significado de palavras e frases (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, 1991).

Os **sistemas especialistas** consistem em uma forma comum de banco de dados que permite armazenar conhecimentos específicos e seguir uma série de instruções para resolver um problema de acordo com as regras lógicas que esses dados implicam. Os bancos de dados são gerenciados por meio de um programa que permite a combinação e recombinação de situações pré-estabelecidas (RUIZ, 2001, p. 5-6) .

Existem também outros tipos de IA que não são mencionados nas notas do programa WIPO, como as **redes neurais ou sistemas conexionalistas**. Uma rede neural é um sistema no qual algoritmos de aprendizado de máquina trabalham juntos e processam entradas de dados complexos. O software aprende a realizar tarefas considerando exemplos, sem ser programado com regras específicas¹⁶.

16 “Build with AI” (DeepAI). <<https://deepai.org/machine-learning-glossary-and-terms/neural-network>> acesso em 4 de Dezembro de 2021.

O **aprendizado de máquina** é um subconjunto da IA que pode produzir sistemas capazes de aprender de forma independente, sem necessidade de programação humana adicional. Isso pode ser realizado de forma supervisionada ou não supervisionada. Quando não é supervisionado, o sistema atua e observa as consequências de suas ações sem referir-se a nenhum caso de tipo predefinido diferente dos observados anteriormente. Esses sistemas são capazes de aprender e fornecer dados próprios. Isso ocorre por meio da combinação de redes neurais, dos parâmetros fornecidos pelo programador e de dados auto-fornecidos por tentativa e erro. Como afirma Guadamuz, uma característica marcante desse tipo de inteligência artificial é que o trabalho é gerado pelo programa de computador em um processo semelhante aos processos de pensamento dos seres humanos, embora os programadores também possam estabelecer parâmetros (GUADAMUZ, 2017, p. 7).

Este artigo aborda os dois ramos principais da IA descritos por HRISTOV (2017). A inteligência artificial é assim dividida em programas que funcionam com intervenção de seres humanos (supervisionados) e aqueles que atuam de forma autônoma, sem intervenção humana (não supervisionados). A última categoria é aquela abordada neste presente trabalho. No entanto, além das categorias supervisionadas e não supervisionadas de aprendizado de máquina, existem categorias semi supervisionadas e de reforço.

4.3 A criatividade da IA

À medida que as pesquisas descobriram novas aplicações possíveis da IA para problemas do mundo real, a demanda por um esquema de representação de conhecimento viável aumentou e muitas representações e linguagens de raciocínio foram desenvolvidas (RUSSELL; NORVIG; DAVIS, 2002).

Desde a revolução digital da década de 1970, os computadores produziram obras de arte. Embora a maioria desses trabalhos tenha sido inicialmente produzida por humanos, especificamente por programadores, com o sistema de aprendizado de máquina, o programa de computador na verdade toma decisões no processo criativo sem intervenção humana (RUSSELL; NORVIG; DAVIS, 2002), usa vocabulário verbal ou visual e compõe trabalhos distintos aplicando de forma independentemente um sistema de regras (BRIDY, 2012, p. 11-12). Assim, a lógica algorítmica pode ser considerada uma forma de criatividade.

Os diferentes ramos da IA e sua semelhança com as características da inteligência humana tornaram comum para muitos comparar processadores de computador com o cérebro humano, estabelecendo uma comparação próxima em seu funcionamento. Há um debate entre os estudiosos da IA sobre a presença ou falta de criatividade nos computadores e se essa criatividade funciona da mesma forma que nós humanos (RUSSELL; NORVIG; DAVIS, 2010). No entanto, assim como o conceito de inteligência não se limita a critérios biologicamente observáveis, o conceito de criatividade não precisa ser limitado dessa forma. A inteligência artificial foi desenvolvida significativamente nos últimos anos e, usando seu sistema de aprendizado de máquina, quase eliminou a participação humana na criação de obras protegidas por direitos autorais. No entanto, a IA não tem a capacidade de quebrar as regras que foram fornecidas pelos programadores: este é o principal argumento de Ada Lovelace a favor da IA ser incapaz de criar (BRIDY, 2012, p. 10). No entanto, as pessoas, especialmente as crianças, também costumam criar diferentes tipos de obras sem se desviar das instruções estabelecidas, e essas obras ainda são consideradas como tendo sido realizadas com esforço intelectual. Assim, os programadores definem parâmetros, mas o trabalho é gerado de forma autônoma pelo programa (GUADAMUZ, 2017, p. 16).

Hoje, a IA é usada em vários campos diferentes, como veículos robóticos, reconhecimento de fala, planejamento e programação autônomos, jogos, combate a spam, planejamento de logística, robótica e tradução automática. No contexto deste trabalho, as funções mais importantes da IA são aquelas que resultam na criação intelectual. Um exemplo disso é o projeto “*The Next Rembrandt*”, um algoritmo de reconhecimento facial que aprendeu as técnicas de Rembrandt estudando 346 pinturas e criando um retrato usando essas técnicas. Este projeto prova que as máquinas podem pintar, criando uma obra de arte que lembra o estilo de Rembrandt, e expõe a dificuldade de identificação do criador da produção (HRISTOV, 2017. p. 27).

Em 1983, o livro *The Policeman’s Beard Is Half Constructed*, foi composto pelo RACTER, um programa de computador que escreve histórias semi-coerentes usando o vocabulário armazenado em sua memória e aplicando regras gramaticais (BUTLER, 1981, p. 711). Outro programa deste tipo é o projeto WaveNet, um modelo gerador profundo de dados de áudio que gera fala multi-locutor (não condicionado a texto), *Text-to-speech* e modelagem de áudio musical, imitando a voz humana ou compondo produções musicais. Não é possível compreender como são

feitos os sons finalizados do programa citado, que funciona com uma rede neural profunda. Os programadores ou usuários podem apenas controlar a entrada e verificar o resultado final, mas não há como entender o que acontece durante o processo (HRISTOV, 2017, p. 27).

Devido à sua capacidade de jogar um jogo de intuição, o desenvolvimento do Google DeepMind, AlphaGo, é talvez uma das conquistas de IA mais interessantes até hoje. AlphaGo foi o primeiro software que derrotou um campeão mundial no jogo de Go, Lee Sedol, por 100 jogos a 0. A versão mais recente deste programa é AlphaGo Zero. Ao contrário das versões anteriores, AlphaGo Zero não treina com jogadores humanos, já que ele é o seu próprio professor e aprende jogando contra si mesmo¹⁷.

De acordo com HRISTOV (2017), “à medida que os computadores se tornam mais rápidos e capazes, as máquinas de criatividade e outras formas de IA provavelmente ocuparão o centro do processo criativo, tornando-se os principais motores da criatividade e da inovação”. As máquinas usam uma arquitetura neural que envolve fazer conexões sujeitas a perturbações (aleatórias ou sistemáticas), para produzir padrões que representam ideias ou planos de ação. Essas noções são comunicadas ao algoritmo e o algoritmo avalia a novidade, utilidade, valor ou atratividade para finalmente a produção criativa seja feita.

4.4 O ramo de negócios dos trabalhos gerados por IAs

A principal questão a ser respondida sobre este ramo é até que ponto a lei de direitos autorais pode ser explicada como um meio de alocação eficiente de recursos (HURT, SCHUCHMAN, 1966). Pesquisas adicionais sobre o impacto econômico são necessárias após responder à pergunta sobre onde se deve alocar os direitos autorais das obras feitas pela AI.

Conforme declarado pela OMPI no Guia de Levantamento da Contribuição Econômica das Indústrias de Direitos Autorais “A lei de direitos autorais é projetada para estabelecer o equilíbrio certo entre

17 “The system starts off with a neural network that knows nothing about the game of Go. It then plays games against itself, by combining this neural network with a powerful search algorithm. As it plays, the neural network is tuned and updated to predict moves, as well as the eventual winner of the games”. HASSABIS, Demis; SILVER, David. Alphago zero: Learning from scratch. **Google DeepMind blog**, 2017. Link: “<<https://deepmind.com/blog/alphago-zero-learning-scratch/>>”. Acesso em 3 de Dezembro de 2021.

diferentes efeitos econômicos, investindo o tempo necessário em criações culturais, sua distribuição adequada e a proteção e aplicação de os direitos envolvidos. Esse equilíbrio se manifesta por meio das principais funções e consequências da lei”. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, 2004). Dessa forma, no futuro, a lei de direitos autorais deve adaptar seu design para se adequar às circunstâncias de mudança mais rápida e ao desenvolvimento de programas de computador “pensantes”, para que os recursos possam ser alocados de forma eficiente. No entanto, no momento é difícil estimar e prever a velocidade em que as obras geradas por IA terão impacto.

Agrupam-se algumas justificativas oferecidas a favor dos direitos autorais sob dois títulos: aquelas que se baseiam nos direitos do criador do objeto protegido ou na obrigação da sociedade de recompensá-lo, e aquelas que se baseiam na promoção do bem-estar geral da sociedade (HURT, SCHUCHMAN, 1966), uma vez que a IA não se beneficia dos direitos de um criador, e a IA em si já pode ter direitos autorais de seu programador. Assim, a discussão sobre a promoção do bem-estar da sociedade deve se tornar mais proeminente nas futuras discussões jurídicas e legislativas, especialmente no caso de concessão de direitos autorais para IA. Os trabalhos gerados por IA não têm, na maioria dos países, direitos autorais, porque não foram criados por um autor humano. Isso tem um efeito negativo para as empresas que estão criando essas IA, porque elas precisam investir muito para criar as máquinas. Portanto, nenhuma proteção de direitos autorais pode ter um impacto devastador no desenvolvimento de sistemas automatizados. Alguns agentes (programadores em especial) se sentiriam desencorajados a criar se duvidassem que os direitos autorais seriam garantidos a eles e que, portanto, não receberiam uma compensação financeira (GUADAMUZ, 2017, p. 14).

É importante julgar a proteção de direitos autorais pelo bem-estar que ela oferece. Esse assunto certamente merece mais investigação (HURT, SCHUCHMAN, 1966). Essa opinião ainda é relevante, especialmente por causa do surgimento de obras criadas por autores não humanos. É preciso haver estudos sobre como maximizar o bem-estar com as regulamentações adequadas de direitos autorais. Esta opinião também se aplica a trabalhos gerados por IA. Nesse caso, a produção tem alto custo e os resultados são incertos. Assim, é ainda mais importante proteger legalmente os possíveis resultados desses investimentos.

4 Atribuição de direitos patrimoniais autorais

Depois de analisar se as obras geradas por Inteligências Artificiais acolhem as requisições de originalidade necessárias para obter a proteção dos direitos do autor, uma outra indagação é trazida: quem seria o proprietário/autor de tal proteção? Apesar de parecer óbvia, a resposta à questão de quem é o autor não é tão simples quanto pode parecer, pois gira em torno de importantes implicações teóricas e práticas, como a justificativa da concessão de direitos exclusivos, encontrando um equilíbrio justo entre uma variedade de interesses, etc.

As questões de autoria se relacionam com a lógica central dos sistemas de direitos autorais em geral, uma vez que determinar o autor é a base para a concessão de direitos de propriedade estatutários, afeta os investimentos em direitos autorais e desenvolvimentos, promove a criação e a criatividade em muitos níveis e é essencial para a existência de um sistema de direitos autorais.

O objetivo deste capítulo é mapear os desafios jurídicos de atribuição de autoria nos casos em que um objeto protegido por direitos autorais foi gerado por uma forma de IA, explorando uma possível solução para a problemática e apresentando uma deliberação sobre os argumentos que sustentam e/ou diminuem a viabilidade de tal postura. Isso porque em tais casos, a autoria poderia ser validamente reivindicada por diferentes interessados envolvidos no processo criativo. Sendo assim, as sub-seções a seguir apresentarão diversas propostas para distribuição desses direitos patrimoniais que se associam aos trabalhos produzidos por máquinas inteligentes.

4.1 O programador

A primeira opção de concessão de autoria é atribuir esses direitos à figura do programador. Isso porque é ele quem projeta, treina e cria a inteligência artificial, realizando assim mais contribuições fundamentais para a preparação do software. Foram essas pessoas que cuidaram de desenvolver os algoritmos que por si só, formam a estrutura da IA; projetam os comandos para que os programas consigam desempenhar suas funções e todo o aparato de utensílios (primários) para que todos os comandos sejam executados, além de alimentar o sistema com dados e a preleção dos mesmos para que essas máquinas possam criar e aprimorar seus trabalhos (ROTHKEGEL; TAYLOR, 2016). É por essa razão que

as IAs realizam procedimentos criativos não apenas objetivando como o software irá funcionar e suas consequências esperadas, mas também moldar tais respostas ao selecionar os dados necessários que alimentam os sistemas (GUADAMUZ, 2017, p. 175).

O problema relacionado a essa saída interpretativa é que, uma vez que o processo de automatização do programa vai ganhando mais forma, os programadores têm cada vez menos contribuições sobre o resultado final do trabalho criativo. Ainda que sejam responsáveis por desenvolver a engenharia tecnológica por trás dos trabalhos, esses indivíduos não colaboram para a obra final mediante suas particularidades de criação. No fim, é a própria máquina que protagoniza as ações que integram o trabalho final, de maneira que o resultado torna-se muitas vezes inesperado para o programador. Isso não denota, no entanto, que este agente não terá seus empenhos recompensados, já que ainda detêm os direitos do autor que se relacionam com a própria máquina, evitando assim com que terceiros utilizem seus trabalhos sem qualquer autorização. Entretanto, tal salvaguarda da lei não se estende do programa para as obras produzidas por ele, tendo em vista que, como já fora dito, a influência do programador é inexata e incipiente (GUADAMUZ, 2017, p. 176).

4.2 Usuário final

Por vezes, a depender do software, o usuário protagoniza a geração da obra final na sua formatação tangível (DOROTHEOU, 2015, p. 3). Isso ocorre, pois em um programa preenchido com banco de dados que podem trazer resultados diversos, a depender do comando sinalizado por essa figura. Então, uma vez que os programadores efetuam o licenciamento desses programas para os usuários finais, essa escolha de criar novos trabalhos depende dessas figuras. Logo, conceder a propriedade desses direitos se mostraria um estímulo para que o usuário continuasse a produzir mais obras com IAs (DOROTHEOU, 2015, p. 7).

A questão negativa a respeito dessa alternativa é que o usuário praticamente contribui muito pouco para a realização dos trabalhos, geralmente se limitando a pressionar botões e atribuir comandos básicos. Muito embora ele colabore com a definição subjetiva final das obras, pouco contribui no processo de criação de forma mais abrangente. Além do mais, nas IAs dotadas de grande autonomia, o usuário sequer investiria esforços como outros agentes (programadores, por exemplo) no trabalho final (DICKENSON; MORGAN; CLARK, 2017). Portanto,

essa figura receberia mais benesses sem no entanto aplicar algum esforço mais significativo em relação aos programadores. No fim, ainda que os usuários sejam estimulados a continuar com a composição dessas obras, os programadores provavelmente se sentiriam desestimulados a criar novas Inteligências Artificiais (HRISTOV, 2017, p. 443).

4.3. Inteligência Artificial

Uma opção bem interessante é a de concessão desses direitos às próprias IAs. Porém, embora tal resposta possa soar direta e bastante acessível a princípio, ela trata de princípios jurídicos bastante complicados, o que possibilita efeitos polêmicos.

A linha de argumentação mais consistente em defesa dessa posição, é a de que as IAs são, no fim, os protagonistas desses trabalhos originais, que inclusive, se confundem por vezes com obras produzidas por humanos. Isso porque eles fazem avaliações de dados diversos, tais como trabalhos antecessores (tais como artistas que se inspiram em ícones de suas áreas) e realizam de forma autônoma a escolha de suas deliberações criativas para a montagem da obra final. E também, cria-se trabalhos originais, ainda que sendo objeto de inspiração de outros trabalhos anteriores, porém, que não copiam os fundamentos da obra. Eles fazem a análise de como esses componentes são utilizados, criando seu próprio formato de aplicação. Conforme a tecnologia dessas IAs e dos seus elementos que a compõem são aprimorados, esses softwares se tornam cada vez mais sofisticados e dotados de autonomia para criar seus trabalhos por conta própria (YANISKY-RAVID, 2017, p. 676).

Ainda que essa aparente ser uma perspectiva simples, em matéria prática, essa solução guarda questões bastante complexas. Isso porque, para que tal interpretação tenha sucesso, seria preciso o reconhecimento da personalidade jurídica das máquinas, já que, em grande parte dos casos, somente pessoas dotadas desse atributo têm direitos, assim como obrigações, perante a lei (YANISKY-RAVID, 2017, p. 676). Logo, antes de tudo, o procedimento interpretativo deve ser objeto de testes com áreas diversas do direito que não sejam os direitos do autor. Em um segundo momento, de forma pragmática, é impossível que uma IA exerça seus direitos sem qualquer auxiliar humano ou de entidades representativas. E por último, o substrato de uma Inteligência Artificial não coaduna com as bases nas quais o direito do autor se arvora. Os direitos do autor tem na sua concessão a intenção de premiar e incentivar um indivíduo a criar e receber

pelo trabalho realizado. Já os computadores não têm qualquer motivação para criar algo, fazendo isso tão somente pela sua programação prévia ter definido isso, sem qualquer exigência de mais incentivos (DOROTHEOU, 2017, p. 8) .

4.4 Teoria do Humano Fictício (Britânico)

A teoria se assemelha às perspectivas doutrinárias que averiguam quem são os humanos que operam as máquinas. Ela exige que, quando uma obra é produzida por um computador, os tribunais precisam conjecturar sobre a presença de um autor humano fictício e assim, conferir os direitos do autor ao proprietário dos direitos autorais da IA. A premissa é que a pessoa que é possuidor legal da máquina geralmente é aquele quem decide se os programas devem produzir as obras futuras ou não (WU, 1997, p. 176).

Um dos fundamentos dessa hipótese é a de evitar contendas no campo filosófico acerca da probabilidade de uma Inteligência Artificial ser vista como sujeito de direito, tendo em vista que o software jamais poderá ser proprietário de direitos do autor (WU, 1997 p. 160). E também, oferece normas basilares sobre quem seria o indivíduo possuidor de direitos e obrigações relativas à IA. Idêntica chave de resposta poderia ser empregue de forma automática a qualquer cenário. A mesma linha de pensamento aplica-se também a demandas de responsabilidade por danos provocados por máquinas, concebendo assim a instituição de parâmetros jurídicos coesos, ainda que tal temática não se constitua um ponto central deste trabalho. Isso resolveria os problemas práticos na atribuição desses direitos à própria IA, apesar de reconhecer que é a máquina (humano fictício por trás) aquela que protagonizou a realização do trabalho. Outrossim, esse recurso possivelmente aumentaria os subsídios financeiros aplicados nessas máquinas, aumentando a cotação financeira associada a estas (WU, 1997, p. 160).

Entretanto, as problemáticas que surgem associadas a essa resposta se assemelham aos entraves indicados pela opção de escolha do programador. Isso porque, ilustrativamente, o titular dos direitos do autor neste caso seria, muitas vezes, a própria figura do programador, tendo em vista que os softwares são criados por estes. Entretanto, ainda que fosse um indivíduo diferente, o sujeito possuidor destes direitos não detêm controle, tampouco não antevêm o resultado final e, portanto, detêm uma contribuição quase nula para a obra final, em termos de criatividade. Logo, em consonância

com o panorama jurídico de alguns países analisados, não é viável a extensão automática dessa proteção ao programa da máquina a estes trabalhos produzidos. Isso porque, em primeiro lugar, a programação algorítmica e uma obra artística gerada a partir do programa que comporta esse algoritmo, são diferentes em conteúdo e forma, fazendo-se válido examinar de forma separada as requisições básicas de originalidade e autoria. E em segundo lugar, tem-se de se averiguar se tal trabalho artístico é resultante de manifestação criativa. Logo, a solução teria de vir acompanhada com um planejamento de criação de lei específica estabelecendo de forma expressa o acolhimento desses direitos patrimoniais dos trabalhos produzidos a figura do possuidor dos direitos do projeto computacional que concebeu tais obras (WU, 1997, p. 161).

5 Autoria e originalidade dentro do direito comparado: União Européia, Reino Unido e Estados Unidos

Em relação a autoria, a União Europeia admite o valor de proteção de trabalhos inéditos, dotando-se, portanto, de vários mecanismos legais para determinar a guarida dos direitos do autor. Dentre estes recursos, pode-se citar as regulamentações e diretivas. Seu regramento é baseado na Convenção de Berna para a Proteção de Obras Literárias e Artística, tratado de caráter internacional no qual a União Europeia é signatária.

No artigo 2, a referida convenção delimita quais são as espécies de obras que merecem proteção por direitos do autor, manifestando preferência por uma definição mais abrangente que inclui “toda produção no domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de sua expressão”. Essa concepção também foi posta no Tratado de Direitos Autorais da OMPI, elucidando nos artigos 4º e 5º, que softwares de máquinas e coletânea de informações/dados, bem como outras ferramentas também merecem guarida enquanto trabalhos literários, sendo estes, objetos a serem protegidos. Entretanto, não existem quaisquer menções no referido tratado acerca da probabilidade de máquinas serem consideradas autoras de trabalhos protegidos, tendo status meramente de produtos, objetos a serem protegidos, mas nunca sujeitos de direito.

Porém, na atualidade não existem dispositivos harmonizados acerca da Lei de Direitos Autorais da União Europeia para a Proteção de Obras Geradas por IA de forma automatizada. Ainda mais: a *Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*, relacionadas ao amparo jurídico dos softwares, concentra a plausibilidade de proteção dessas obras protegidas

por direitos do autor acerca da representação da consciência do autor, trazendo a compreensão de forma restrita de que apenas é considerado como autor o ser humano (DICKENSON; MORGAN; CLARK, 2017). Tal diretiva determina ainda que os trabalhos os quais “constituírem a criação intelectual do próprio autor devem ser protegidos como tal por direitos autorais”, e ainda “nenhum outro critério deve ser aplicado para determinar sua elegibilidade para essa proteção”¹⁸.

No caso *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening*, o Tribunal Europeu de Justiça destaca a relevância dessa conceituação, expondo ao longo de sua argumentação se as obras em litígio eram resultantes de uma criação intelectual da própria figura do autor. Nessa circunstância, a corte determinou que a reprodução de forma parcial ou total de um trabalho intelectual não deveria ser feita caso os elementos reproduzidos (as expressões da criatividade intelectual do autor originário) fossem levados em consideração. Tendo em vista esse fundamento, o Tribunal destacou que incubiria às cortes nacionais dos respectivos países da UE delimitar onde e quando é ocasionado tal expressão¹⁹:

Um ato ocorrido durante um processo de captura de dados, que consiste em armazenar um extrato de uma obra protegida contendo 11 palavras e imprimir esse extrato, é suscetível de se enquadrar no conceito de reprodução parcial na aceção do Artigo 2º da Diretiva 2001/29 sobre a harmonização de certos aspectos dos direitos de autor e direitos conexos na sociedade da informação, se os elementos assim reproduzidos forem a expressão da criação intelectual do seu autor; cabe a corte nacional tomar essa decisão.

O direito de autor na aceção do artigo 2º, alínea (a), da Diretiva 2001/29 só pode ser aplicado em relação a um objeto original na medida em que é uma criação intelectual do seu autor. No que se refere às partes de uma obra, estão protegidas por direitos autorais, uma vez que, como tal, compartilham a originalidade de toda a obra. As várias partes de uma obra gozam, portanto, da proteção ao abrigo desta disposição, desde que contenham elementos que sejam a expressão da criação intelectual do autor da obra.

Tal entendimento preleciona a clareza dos parâmetros europeus basilares para verificação da originalidade se tornaram sinônimo de criação intelectual personalíssima. E muito embora o Tribunal de Justiça não negue de forma explícita acerca da probabilidade de existência de autores não-humanos, os parâmetros resultantes da criatividade intelectual

18 Tradução livre da Diretiva 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

19 CJCE C-5/08, *Infopaq International A.S. v. Danske Dagblades Forening* [2009]. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-5/08>. Acesso em 24. nov. 2021.

personalíssimo se ligam à concepção onde estas obras de caráter criativo são formas de expressão da personalidade exclusivas de um autor humano, tornando ciente que este é um atributo expressado só por seres humanos. Todavia, por mais que tal fundamento seja conveniente para a resolução de paradigmas que se colacionam a trabalhos feitos por seres humanos utilizando-se de computadores como meras ferramentas, torna-se mais complicado essa aplicação a softwares de complexidade maior, nos quais a figura do humano pouco tem controle sobre o resultado final da obra (DICKENSON; MORGAN; CLARK, 2017).

Nos softwares mais avançados, o usuário tem uma participação limitada de dar início ao processo de criação, efetuando a programação para que o computador possa aprender alimentando-na com os dados necessários. Entretanto, a obra final é confeccionada exclusivamente pelo sistema, que efetua as seleções criativas baseadas nos dados apreendidos. Contudo, não é possível determinar se a obra é resultante do processo de criação do intelectual do computador, tendo em vista a existência de um exame pormenorizado dos dados coletados, que não necessariamente refletem uma consciência da máquina (HRISTOV, 2017, p. 444).

Logo, aplicar os parâmetros de direitos do autor da União Europeia tal como se encontram atualmente, seria extremamente difícil propiciar guarida para trabalhos gerados por um software, mas não impossível (DICKENSON; MORGAN; CLARK, 2017). A questão é pautada pela análise do estágio de controle que o indivíduo possui sobre o trabalho e de que modo tal domínio contribui para a finalização dessa obra (HRISTOV, 2017, p. 445). Neste sentido, é plausível inferir que os Tribunais da UE, por exemplo, manifestam preferência por um leque escopo de aplicabilidade, levando em consideração que os programadores possuem uma enorme prestação que conseqüentemente resulta as criações, tanto no desenvolvimento do software para criar tipos diferentes, característicos e próprios de obras, bem como prover os dados que se considerem essenciais para o processo de criação. Portanto, seria plausível o reconhecimento de autoria que entre em coalizão com leis internas, concedendo-a ao indivíduo que tiver o maior grau de domínio acerca do trabalho finalizado, seja ele proprietário ou usuário; ou até mesmo a figura do programador.

Entretanto, o que temos aqui é somente uma ilustração hipotética e a corte europeia ainda não teve a oportunidade de enfrentar tais cenários e determinar regras claras. Levando em consideração tais empecilhos na execução das regras atuais adequadas de direitos do autor a trabalhos gerados por máquina, visualiza-se o carecimento e a relevância de que a

União Europeia pondere reavaliar os critérios para ter mais nitidez acerca de tais obras. A IA é uma área em pleno desenvolvimento, com capacidade de conceber trabalhos realmente únicos, de grande destaque, com alto valor lucrativo e comercial (DOROTHEOU, 2015, p. 3). Logo, em relação ao poder público, é importante que a competência legal que englobe essas obras seja bem definida. Nesse sentido, há uma justa retribuição dos esforços de atores importantes como programadores e investidores; mas a própria sociedade como um todo pode desfrutar de forma adequada de toda a potencialidade envolvida nessas criações (DOROTHEOU, 2015, p. 3-4).

Com o objetivo de analisar melhor tal questão, é interessante explorar as alternativas legais propostas pelos mais diversos estados e investigar se os conceitos que se assemelham e se podem se mostrar em consonância para resolução de problemas gerais dos direitos do autor.

O Reino Unido foi um dos países que tentou buscar enfrentar esse problema, onde ele inclui no seu código de direitos do autor uma previsão legal específica acerca de obras literárias, dramáticas, musicais e artísticas feitas por softwares. Tal lei preleciona que a máquina em si não tem como ser escolhida como autor de suas próprias obras. Contudo, tal determinação não quer dizer que estes trabalhos não sejam passíveis de proteção pelos direitos do autor britânico (DICKENSON; MORGAN; CLARK, 2017). Isso porque a legislação se esforça na identificação “da pessoa por quem os arranjos necessários para a criação da obra são realizados”, creditando a este a autoria da gênese dos trabalhos feitos por inteligências artificiais²⁰. Logo, o Reino Unido concentra-se na determinação de quem é a figura humana que oferece seu empenho para viabilizar o trabalho final. No entanto, faz-se importante prelecionar: isso não é o mesmo de dizer que a figura do autor deve ter participação pessoal/criativa definitiva definitiva no progresso na conclusão final da obra (DOROTHEOU, 2015, p. 3-4), mas tão somente qualquer espécie de contribuição basilar para a efetivação de sua gênese.

Apesar de se conceber a possibilidade de proteção destas obras sob a lei dos direitos do autor, a legislação do Reino Unido, ao menos por enquanto, não esclarece de forma evidente como tal proteção atuaria na prática, ou seja, em definir quem é a figura que realiza esses esforços em questão (HRISTOV, 2017, p. 447). Logo, não é tão simples definir, na prática, se essa figura seria o investidor financeiro que dá o suporte logístico e material para que a obra se consolide; ou o programador, ou

20 UK. Copyright Act Section 9(3).

se seria o próprio usuário do software em questão. Isto acontece, pois, assim como existem inúmeros programas e operações/etapas diferentes, também existem diferentes pessoas operando para a criação do trabalho, recebendo assim, diversas contribuições de figuras diferentes. Um dos exemplos mais claros em relação a isto é o do *The Next Rembrandt*, onde existe todo um grupo de trabalho envolvido na criação da pintura em 3D: programadores, que fizeram o software e trabalharam no algoritmo que suportaria a carga de processamento dos dados necessários, às instituições financeiras que cederam todo o suporte logístico, material e financeiro; ou os especialistas de arte e acadêmicos que deram assistência intelectual e técnica, bem como proveram informações úteis sobre as obras verdadeiras do Rembrandt (DICKENSON; MORGAN; CLARK, 2017). Todos esses atores contribuíram com especificidades fundamentais que, juntas, permitiram efetivar um projeto de alta qualidade técnica e artística. Logo, os parâmetros mostrados pelas leis do Reino Unido são dotados de superficialidade e padecem de compatibilidade com a realidade de desenvolvimento tecnológico que vivemos, não fornecendo regramentos cristalinos sobre a matéria analisada.

Um outro país que enfrenta esse paradigma de trabalhos criados por Inteligências Artificiais é os Estados Unidos. Divergindo da proposta adotada pelo Reino Unido, os EUA escolheram uma abordagem a partir de um sistema legal restritivo e compreensível: negar proteger estes trabalhos sob a lei dos direitos do autor (HRISTOV, 2017, p. 448). Essa matéria foi tratada no famoso julgamento de *Naruto v. David Slater*²¹, em que neste caso, algumas as *selfies* tiradas por um macaco tornaram-se objeto de disputa entre a agência do fotógrafo, dono da máquina fotográfica; e o macaco, com representação de uma ONG de direito animal. Neste litígio, a corte expôs que somente trabalhos feitos por humanos são passíveis de proteção. Tal diretriz fora inserida pela *US Copyright Office*, que introduziu de forma categórica em seus regimentos de interpretação da Lei dos Direitos do Autor americana, a referida interpretação, qual seja, a de que obras criadas por seres que não são os humanos (isso engloba animais e máquinas, por exemplo) não são passíveis de registro para proteção. Logo, tão somente podem ser registradas “obra original de autoria, desde que a obra seja criada por um ser humano”²². De forma parecida com a solução da União Europeia, os tribunais dos EUA determinam que o cerne do amparo legal dos direitos do autor baseia-se no “trabalho intelectual” da

21 *Naruto v. Slater*, nº. 16-15469 (9th Cir. 2018); U.S. Court of Appeals.

22 *The Compendium of the U.S. Copyright Office Practices: Chapter 306, 3th edition.*

figura do autor, resultante dos “poderes criativos da mente”²³.

Vale pontuar que o sistema dos EUA, ainda que parta de um pressuposto diferente dos direitos do autor pautada nos aspectos patrimonialistas, compartilha o foco na sua guarida autoral no aspecto da criatividade humana enquanto expressão, em conformidade com o entendimento da União Europeia (HRISTOV, 2017, p. 447-448).

Mas embora a postura dos Estados Unidos tenha o intuito de trazer luz a esse paradigma, entende-se que tal conduta não parece a forma mais adequada de se enfrentar a questão. Isso porque, primeiro, tal procedimento, tal como no Reino Unido, desconsidera o grau de comprometimento das diferentes figuras humanas por trás do software. Só que, nessa linha, a relação entre obras feitas por máquinas e trabalhos produzidos como o computador como mero suporte (assistente) torna-se mais duvidoso, trazendo o risco de que obras as quais necessitam de alguma proteção acabassem por ser excluídas dessa proteção (BUTLER, 1981, p. 733). Em um segundo momento, a predileção pela omissão em proteger tais trabalhos criados por IAs diminui subsídios de investimento em desenvolver estes softwares e beneficiar não tão somente os atores envolvidos, mas também a própria coletividade em si.

De todo modo, se algum país escolher seguir o raciocínio de qualquer uma desses entendimentos ilustrados acima, será especialmente pelo resultado das problematizações, estratégias e políticas públicas eficientes. Seja a UE, EUA e Reino Unido ou qualquer outro país, cabe às suas comissões nacionais delimitar os interesses na proteção e, neste sentido, prover incentivos no aporte financeiro, logístico e material em criações de software ou na manutenção destes trabalhos no domínio público.

6 Conclusão

A questão central na presente tese era como regular de forma justa os direitos autorais de obras geradas por IA, quando um elemento humano é tradicionalmente necessário. Alocar direitos autorais para obras geradas por IA é um desafio moderno enfrentado por sistemas jurídicos em todo o mundo. O panorama histórico neste artigo revelou que o direito autoral evoluiu desde a primeira disputa conhecida, em que o direito autoral protegia a cópia de livros, até a proteção de editores e livreiros no século 17, após a invenção da imprensa, até o romântico discurso do direito

23 Ibidem.

de autor na Europa do século XVIII e a proteção dos direitos de autor no Estatuto de Ana. A comunidade científica e acadêmica reconheceu o potencial criativo da IA e começou a solicitar que ela fosse regulamentada legalmente. Finalmente, no século XVIII, a concepção do autor romântico se consolidou e até hoje é validada. O autor romântico supõe que o autor é um ser criativo e, portanto, até hoje, o ser humano é uma implicação de ter a possibilidade de que as obras sejam protegidas por direitos autorais. A análise do elemento humano necessário revelou que não é especificamente o ser humano que se pede, mas sim o atributo da criatividade, característica há muito considerada exclusivamente humana.

Mesmo nas primeiras definições de IA, ele tenta explicar sua capacidade criativa, comparando-a com a do ser humano, classificando o conceito em “pensar humanamente” e “agir humanamente”. Porém, atualmente se considera que algoritmos podem trabalhar com criatividade, o que significa que este é um momento de possíveis mudanças na regulamentação de direitos autorais. Por esse motivo, foi analisado como funciona a IA e constatado que a comunidade acadêmica, com base em postulados científicos e sem aprofundar um sentido filosófico, considera que os diferentes tipos de IA funcionam de forma imprevisível e autônoma utilizando a criatividade algorítmica para que seus as obras são razões novas e originais pelas quais suas obras atendem aos requisitos para serem consideradas obras criativas.

Assim, parece que as máquinas deveriam ser capazes de deter os direitos autorais, uma vez que podem cumprir todos os requisitos estabelecidos de criatividade e originalidade. A questão passa a ser como exercer esses direitos, uma vez que as máquinas não são pessoas físicas nem jurídicas. No entanto, considerando que as leis de direitos autorais e propriedade intelectual buscam reconhecer a obra do autor e estimular a inovação, a opção de conceder direitos autorais às máquinas parece contraproducente: as máquinas não podem ser incentivadas com compensação econômica e o reconhecimento de suas contribuições não estimula o espírito criativo. A maneira como a IA funciona está ligada à forma como foi programada e usada.

É necessária a análise de outras possíveis teorias de propriedade, como as diferentes categorias propostas, o papel do usuário no desempenho da IA, as soluções britânicas do humano fictício e a intervenção do programador como principal fonte de esforço e a quem se deve a existência da IA e, por fim, o trabalho final. Outras áreas de estudo, como ciência da computação, são importantes para se obter uma compreensão mais

completa do funcionamento da IA. Esses campos podem servir de base para a compreensão do escopo científico e econômico desse domínio e sua relação com o direito autoral.

Sistemas jurídicos baseados no common law e civil law revelam isso, embora não haja clareza perfeita quanto a quem detém os direitos autorais nas criações de IA. Isso porque o cenário jurídico de vários organismos sociais (tanto estados quanto organismos sociais, como blocos econômicos) complica a demonstração de autoria (uma das requisições fundamentais para a proteção dos direitos do autor) por trabalhos produzidos por IAs autônomas. Entretanto, é notável observar que tais obras, fossem elas produzidas por seres humanos, se mostrariam facilmente objetos de proteção da legislação desses países, abarcando originalidade e autoria. Na atualidade, a cerne dos direitos do autor da maioria dos países se detém especialmente na proteção da figura do autor como humano, e dos seus trabalhos, expressões da personalidade deste. Nesta perspectiva, é improvável que as máquinas possam satisfazer este pressuposto, ainda que realize escolhas de forma autônoma (não em quesito de consciência, mas de técnica) e conceba algo inovador, sem qualquer intervenção humana. Logo, faz-se imperioso o cumprimento de atualizar a forma de leitura das legislações para achar respostas satisfatórias e inclusivas para o status destas obras. Isso porque entende-se que a jurisdição deve se pautar no cenário atual, onde máquinas têm a capacidade de criação de trabalhos tão valorosos quanto os feitos por seres humanos, de forma cada vez mais autônoma.

Devido à contribuição dos proprietários na criação da IA, este artigo conclui que são eles a quem os direitos autorais devem ser concedidos. Isso porque o possuidor dessas máquinas, presumidamente, foi aquele que mais investiu tempo e aporte financeiro, além de normalmente serem também os detentores da decisão de as máquinas continuarem criando ou não as obras. Sendo assim, tal interpretação resolutiva impulsionaria ainda mais aplicações financeiras na área.

Referências

BRIDY, Annemarie. Coding creativity: copyright and the artificially intelligent author. **Stan. Tech. L. Rev.**, p. 5, 2012.

BOYLE, James; JENKINS, Jennifer. **Intellectual Property: Law & the Information Society Cases and Materials**. CreateSpace Independent

Publishing Platform, 2014.

BUTLER, Timothy. **Can a Computer be an Author**. Copyright Aspects of Artificial Intelligence, (Comm/Ent. L.S., 1981).

Compêndio de Práticas de Copyright Office/EUA. Disponível em: <https://www.copyright.gov/comp3/>. Acesso em 19. nov. 2021.

Convenção de Berna para a Proteção de Obras Literárias e Artísticas, de 9 de Setembro de 1886 - Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/en/berne/trt_berne_001en.pdf. Acesso em 18 nov. 2021.

DICKENSON Julia, MORGAN Alex and CLARK Birgit, **Creative machines: owership of copyright in content created by artificial intelligence applications**. (European Intellectual Property Review, 2017).

DIRETIVA 2009/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2009 - disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:32009L0024>. Acesso em: 18. nov. 2021.

DOROTHEOU, Emily. **Reap the benefits and avoid the legal uncertainty: who owns the creations of artificial intelligence?** Computer and Telecommunications Law Review, v. 21, n. 4, 2017.

FOUCAULT, Michel. **What is an Author?**. Routledge, 2017.

GANTCHEV, Dimiter. The WIPO guide on surveying the economic contribution of the copyright industries. **Review of Economic Research on Copyright Issues**, v. 1, n. 1, p. 5-15, 2004.

GINSBURG, Jane C. The concept of authorship in comparative copyright law. **DePaul L. Rev.**, v. 52, p. 1063, 2002.

GUADAMUZ, Andres. **Impact of Artificial Intelligence on IP Policy**. WIPO Magazine, 2021.

GUADAMUZ, Andres. Artificial intelligence and copyright. **Wipo Magazine**, v. 5, p. 14-19, 2017.

GUADAMUZ, Andres. **Do androids dream of electric copyright?** Comparative analysis of

originality in artificial intelligence generated works. Intellectual Property Quarterly, v. 2, 2017. p. 169-186.

HRISTOV, Kalin. **Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma**.

IDEA, v. 57, n. 3, 2017.

HURT, Robert M.; SCHUCHMAN, Robert M. **The economic rationale of copyright.** *The American Economic Review*, v. 56, n. 1/2, p. 421-432, 1966.

HURWITZ, Judith e KIRSCH, Daniel. *Machine Learning for Dummies*, IBM Limited Edition, p. 4, John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, 2018.

JASZI, Peter. On the author effect: Contemporary copyright and collective creativity. **Cardozo Arts & Ent. LJ**, v. 10, p. 293, 1991.

LEI de Direitos Autorais, Desenhos e Patentes do Reino Unido/88. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>. Acesso em 18 nov. 2021.

MARGONI, Thomas. The harmonisation of EU copyright law: the originality standard. In: **Global governance of intellectual property in the 21st century.** Springer, Cham, 2016. p. 85-105

MONTA, Rudolf. The Concept of Copyright Versus the Droit d’Auteur. **S. Cal. L. Rev.**, v. 32, p. 177, 1958.

RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter, DAVIS, Ernest. **Artificial intelligence: a modern approach.** 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. **WIPO Technology Trends 2019 – Artificial Intelligence.**

Trato de Direitos Autorais da OMPI. **WIPO Copyright Treaty**, de 20 de dezembro de 1996. WIPO TRT/WCT/001 - disponível em: <https://wipolex.wipo.int/en/text/295157>. Acesso em 18 de nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. **WIPO - Worldwide Symposium on the Intellectual Property Aspects of Artificial Intelligence.** Stanford University, 1991. - disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_698.pdf. Acesso em 05 dez. 2021.

ROTHKEGEL, Tobias, TAYLOR, Mark. What characterizes artificial intelligence and how does it work? (*Computer and Telecommunications Law Review*, 2016).

ROSE, Mark. **Authors and owners: The invention of copyright.** Harvard University Press, 1993.

RUIZ, Wilson Rafael Ríos. *Sistemas de Inteligencia Artificial y la Propiedad Intelectual de las Obras Creadas, Producidas o Generadas Mediante Ordenador*, Los. **Rev. Prop. Inmaterial**, v. 3, p. 5, 2001.

WAGNER, James. **Rise of the Artificial Intelligence Author**. Vancouver: *The Advocate*, v. 75, n. 4, 2017.

WU, Andrew J. **From Video Games to Artificial Intelligence: Assigning Copyright Ownership to Works Generated by Increasingly Sophisticated Computer Programs**. *AIPLA Quarterly Journal*, v. 25, n. 1, 1997.

YANISKY-RAVID, Shlomit. **Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era: The Human-like Authors Are Already Here: A New Model**. *Mich. St. L. Rev.*, n. 4, 2017.

Fontes derivadas da jurisprudência

CJEU C-145/10, *Eva-Maria Painer v. Standard VerlagsGmbH* [2011]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0145>. Acesso em 24. nov. 2021.

CJCE C-5/08, *Infopaq International A.S. v. Danske Dagblades Forening* [2009]. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-5/08>. Acesso em 24. nov. 2021.

CJEU C-393/09, *Bezpečnostní softwarová asociace v. Ministerstvo kultury* [2010]. Disponível em:

CJEU C-604/10, *Football Dataco v. Yahoo!* [2012]. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62010CJ0604>. Acesso em 03 dez. 2021.

CJEU C-403/08 e C-429/08, *Football Association Premier League v. QC Leisure and Karen Murphy v. Media Protection Services* [2011]. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-403/08&language=en>. Acesso em 03 dez. 2021.

Feist Pubs., Inc. v. Rural Tel. Svc. Co., Inc. 499 U.S. 340 (1991). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/340/case.html>. Acesso em 24. nov. 2021.

Naruto v. Slater, nº. 16-15469 (9a Cir. 2018), Tribunal de Apelações dos EUA. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/16-15469/16-15469-2018-04-23.html>. Acesso em 24. nov.

2021.

Outras fontes

Manifesto da empresa Obvious: Artificial Intelligence for Art. Disponível em: <http://www.obvious-art.com/>. Acesso em: 23 nov. 2021.

Microsoft reporter: Blurring the lines between art, technology and emotion: The Next Rembrandt. Disponível em: <https://news.microsoft.com/europe/features/next-rembrandt/>. Acesso em 23 nov. 2021.

OBVIOUS. A naive yet educated perspective on Art and Artificial Intelligence. Disponível em: <https://medium.com/@hello.obvious/a-naive-yet-educated-perspective-on-art-and-artificial-intelligence-9e16783e73da>. Acesso em: 23 nov. 2021.

OBVIOUS. Obvious explained. Disponível em: <https://medium.com/@hello.obvious/ai-the-rise-of-a-new-art-movement-f6efe0a51f2e>. Acesso em: 23 nov. 2021.

Project The Next Rembrandt Website. Disponível em: <https://www.nextrembrandt.com>. Acesso em 23 nov. 2021.

Texto completo 4

DIREITO E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: A ÉTICA DOS CARROS AUTÔNOMOS

Gabriela Bueno Pereira¹

1 Considerações iniciais

A criação e o aperfeiçoamento contínuo das novas tecnologias possibilitou o desenvolvimento de carros totalmente independentes, que dispensam a presença de um ser humano por trás do volante. As novas máquinas utilizam de sistemas de inteligência artificial, com as quais se cria um cenário semelhante à mente humana que tenta proporcionar à máquina capacidades de ver, entender, processar e agir diante das diversas situações cotidianas, aprendendo e armazenando informações para o futuro.

Diante das mais diversas necessidades da população no deslocamento diário, os novos modelos de carros apresentam vantagens em comparação ao modelo mecânico. Isso porque como veículos conectados será proporcionado a escolha dos melhores trajetos, evitando-se trânsito e desenvolvendo cenários de maior dinâmica urbana. No mesmo modo, os novos carros possibilitariam maior autonomia para pessoas que possuem redução na mobilidade.

Entretanto, em que pese os carros autônomos já sejam uma realidade, haja vista que várias empresas desenvolveram seus carros, sua efetiva utilização requerer muitos cuidados. Tendo em vista que acidentes com vítimas fatais causadas por falhas na programação dos veículos correm os noticiários, especialmente quando derivadas de dificuldade de reconhecimento de cenários, pessoas e tomada de decisões.

Nessa perspectiva, analisar os elementos que compõe a programação e, conseqüentemente, a ética dos modelos é uma tarefa necessária.

Para alcançar o presente objetivo, partindo-se de um conhecimento geral dos carros autônomos e da ética social, a fim de identificar os argumentos lógicos que podem subsidiar sua programação na ocorrência

¹ Unioeste - Universidade Estadual do Oeste do Paraná, campus Francisco Beltrão – PR, graduanda em Direito. E-mail: gabrielabuenopereira19@gmail.com

de fatalidades.

Em um primeiro momento é apresentada algumas considerações sobre os carros autônomos, as possíveis vantagens de sua introdução na sociedade e os debates éticos que o rodeiam. Posteriormente, realiza-se uma breve explicação dos conceitos de ética e moral para que seja possível a compreensão de sua aplicação no caso.

Na sequência, demonstra-se como os direitos humanos correlacionam-se com o direito à vida e qual é o caminho adotado para a solução de conflitos entre princípios, a fim de verificar sua possível introdução na lógica dos carros autônomos e a efetiva introdução das novas máquinas no cotidiano social.

A metodologia adotada foi a bibliográfica, em consulta a artigos e revistas, para colheita de informações sobre pesquisas realizadas que pudessem subsidiar a identificação de um padrão de escolhas ou direcionamentos dos indivíduos em situações inesperadas.

Ao fim, foi possível destacar algumas considerações que devem ser observadas para a produção e inserção dos carros autônomos na sociedade.

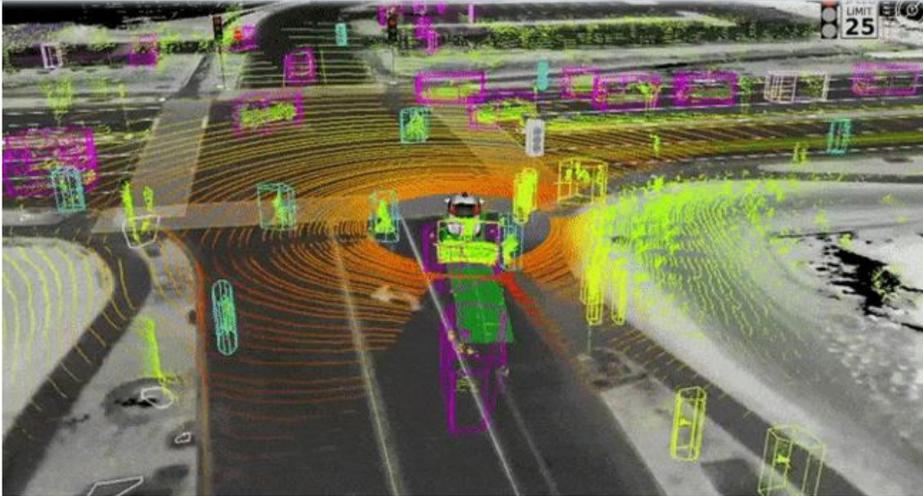
2 Desenvolvimento

Os carros autônomos são veículos dotados de tecnologias, com capacidade de autogoverno, condição, essa, que o permite ler e interpretar o mundo ao seu redor. Os veículos coletam informações por meio de uma série de sensores, as interpreta e processa, atuando continuamente e em tempo real aos elementos externos de acordo com as legislações de trânsito e as permissões escritas em sua programação (RODIGUES, 2017).

Para o desempenho dessas atividades, é necessário o trabalho integrado de vários elementos tecnológicos com avaliação das situações externas em 360° por meio de radares, laser, GPS, visão computadorizada ou outro equipamento semelhante.

Os veículos autônomos possuem com o “LIDAR”, um sensor de luz que funciona de modo análogo a um radar – visão dos morcegos – seu objetivo é medir o tempo que o laser leva para bater em um objeto e voltar, construindo um mapa 3D do local inteiro. Desse modo, é possível calcular a distância do objeto. Sua desvantagem é incapacidade de enxergar além dos objetos (mesmo uma camada de poeira), por isso trabalha em união a radares comuns e de câmeras, que é lida e compreendida pela inteligência artificial. (FREITAS, 2020).

Figura 1: Como os carros autônomos enxergam



Fonte: FREITAS, 2020.

A inteligência Artificial é o mecanismo que responsável por processar todas essas informações. Trata-se de um sistema que tenta imitar a inteligência humana e a função de tomada de decisão e capacidade de aprendizagem. Assim, pode ser definida como um conjunto de ações que se fossem realizadas por um ser humano seriam consideradas inteligentes.

Os objetos são classificados em dois tipos: dinâmicos e estáticos, o primeiro refere-se aos que estão em movimento, que requerem maior atenção, pois podem movimentar-se em direção ao veículo. De outra forma, os estáticos, por não se mover, somente são levados como referência para a que seja evitado colisão.

A tentativa dos carros é prever qual será o caminho adotado pelos objetos dinâmicos, uma vez que não dispõe do contato visual desenvolvido entre um motorista e pedestre. Os sensores a todo momento dever recalculer e identificar os objetos para tomar a ação mais adequada entre acelerar, frear, parar, entre outras. (FREITAS, 2020).

O aprendizado da máquina está relacionado a capacidade de melhorar seu desempenho por meio da experiência, o algoritmo consegue ajustar seus parâmetros internos com dados oriundos de execuções anteriores, obtendo melhores resultados a cada execução (OLIVEIRA, 2018).

A Society of Automotive Engineers (SAE International), sociedade

que reúne os principais fabricantes de automóveis e peças do mundo desenvolveu um taxograma que classifica os níveis de automatização da direção automotiva. A divisão é em seis níveis, iniciando com o nível 0, com a ausência de automação até o nível 5, com os automóveis completamente automatizados e dispensa da presença humana.

A proposta por trás de todo esse esforço é conciliar a tecnologia com a qualidade de vida da população, fazendo com que os carros circulem pelas cidades realizando as melhores escolhas de rotas, evitando infrações de trânsito, facilitando a locomoção de pessoas com restrições de mobilidade e tornando o trânsito mais seguro.

Contudo, considerando a grande quantidade de mecanismo integrados para o pleno funcionamento do veículo, tem-se que o desafio tecnológico para sua perfeita construção é complexo. É imperioso a interpretação combinada dos dados e padrões por diversos sensores, para o diagnóstico do ambiente e a tomada de decisão (GUEDES, 2020).

Nessa perspectiva, a falha de um componente pode comprometer todo o sistema e acarretar uma decisão equivocada. Do mesmo modo, tais equipamentos são limitados e, embora busquem imitar a inteligência humana, não dispõem da mesma capacidade de raciocínio, visto que as redes neurais são programadas para lidar com situações pré-estabelecidas.

Como exemplo dessa situação está o acidente ocasionado com um dos carros da empresa Uber em 2018, pois durante os testes ocorreu o atropelamento de uma senhora que atravessava a rua fora da faixa de pedestres. No caso, o software não foi capaz de identificar que se tratava de uma pessoa – ela foi identificada como outros, veículos, bicicleta. Isso porque sua travessia fora da faixa violava um padrão de trânsito não previsto (UOL, 2019).

Assim, a necessidade de manter uma linha programada para a tomada de decisão em iminência de situações de risco é essencial, todavia, essa lógica pode se chocar com as considerações éticas e morais da sociedade e, conseqüentemente, ferir os direitos fundamentais.

3 Ética e moral

A ética é o estudo de um conjunto de valores que orientam as pessoas e suas condutas na sociedade, ela busca compreender e delimitar as ações dos indivíduos como aceitáveis ou não aceitáveis, conforme ensina Bortoleto e Muller:

ética é o conhecimento que oferta ao homem critérios para a eleição da melhor conduta, tendo em conta o interesse de toda a comunidade humana! Se o objetivo do homem é a vida feliz e harmônica, a realização do bem comum, o alcance de tal objetivo depende do modo como o homem escolhe e determina quais ações podem ser consideradas como as melhores: a ética, desta forma, é a reflexão sobre quais ações são virtuosas (boas) e quais não o são (BORTOLETO; MULLER, 2016, p. 13).

As concepções de certo ou errado são adotadas em determinado momento histórico, considerando valores e princípios aceitos pela sociedade. “Os valores são os elementos mais importantes da vida de quaisquer pessoas, pois formam o caráter de cada ser humano, definindo a identidade do indivíduo” (THUMS, 2003, p.354).

são determinados por culturas particulares e em função de certos momentos históricos, variando, portanto, de acordo com cada sociedade e período de sua existência. As ações humanas seriam, assim, avaliadas de acordo com os costumes locais; algo considerado um dia como correto e justo poderia ser, em outra época, considerado errado ou injusto (MENIN, 2002, p. 93).

A ética assume uma posição de questionamento das atitudes e comportamentos com possibilidade de escolha por meio da racionalização. Discute valores que repercutem em uma vida humana mais feliz, realizada e qualidade de vida, busca valores que signifiquem dignidade, liberdade, autonomia e cidadania (NEME; SANTOS, 2014). De outra forma, a moral é prática, assumindo característica de regular o comportamento humano, com experimentação no cotidiano, na vivência e interação com os outros, criando normas e regras de convivência. E Segundo Boff (2003) ela é parte da vida concreta e trata da realidade das pessoas, em seus costumes, hábitos e valores.

O senso moral permite que o indivíduo realize a distinção entre justo e injusto e a consciência moral revela e impõe a responsabilização decorrente das suas ações e escolhas.

A ética, portanto, como filosofia, estuda o comportamento moral para fornecer os critérios para escolha da melhor conduta a ser seguida.

Nesse contexto, torna-se inevitável que os veículos autônomos sejam projetados para lidar com situações em que questões éticas e morais impactarão na vida humana, já que sua finalidade é estar inserido na sociedade.

3.1 A questão ética dos carros autônomos

Em questões práticas do dia a dia os veículos serão projetados para respeitarem todas as regras de trânsito. Contudo, em determinadas situações inesperadas do cotidiano um motorista pode deliberadamente descumprir uma dessas normas em decorrência de força maior, como é o caso de um atendimento médico urgente e ao se deparar com essas situações as máquinas devem estar prontas para agir.

No mesmo sentido, quando um motorista precisa frear rapidamente, para evitar o atropelamento de um pedestre atravessando em lugar proibido, estar-se-á realizando uma decisão moral que transfere o risco de ferir o pedestre para o motorista que pode colidir com o veículo que vem atrás. Esse tipo de atitude deverá ser realizado pelos carros autônomos, sua programação e inteligência artificial terá que reconhecer uma situação de risco e adotar a ação reconhecida como mora ou eticamente aceitável.

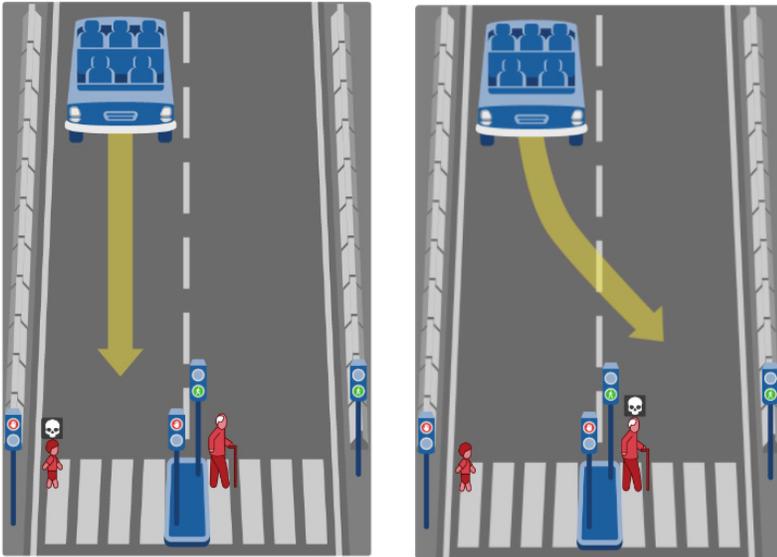
Nesse contexto, uma programação direcionada deve ser instituída em seu código, dando ao veículo as diretrizes a serem seguidas. Mas, esse é o principal dilema encontrado pelos fabricantes, pois qual será a atitude adequada a ser adotada.

Uma tentativa de solucionar a questão foi abordada pela revista *Science*², a qual buscou refletir qual a preferência das pessoas quanto à programação dos veículos, propondo o seguinte questionamento “Suponha que um carro sem condutor se encontra em direção a cinco peões na faixa de rodagem. O veículo deve continuar a trajetória ou deve desviar-se e embater contra um obstáculo, matando o passageiro.” O MIT “Massachusetts Institute of Technology”, desenvolveu um jogo para melhor elucidação da situação descrita, chamado de Máquina Moral³, o jogo apresenta diversos cenários com variação de gênero, idade e peso das pessoas que estão prestes a serem atingidas pelo veículo, com o objetivo de entender os julgamentos das pessoas sobre os dilemas morais mais difíceis que envolvem situações de vida ou morte.

2 CIENCE. *The social dilemma of autonomous vehicles*. Disponível em: <https://www.science.org/doi/10.1126/science.aaf2654>. Acesso em: 12 out. 2021.

3 Jogo Máquina Moral. Disponível em: <https://www.moralmachine.net/hl/pt>.

Figura 2: Máquina moral



Fonte: Moral Machine

Com a pesquisa foi possível identificar que os usuários possuem uma inclinação para salvar vida de crianças e jovens aos idosos, porém as opiniões ficam dívidas quando é preciso escolher entre salvar o condutor do veículo ou o pedestre, não há um consenso ou preponderância razoável entre qual a escolha certa a ser feita.

A grande disparidade das escolhas dos jogadores ainda podem ser mais influenciadas quando se está em jogo a vida de um familiar ou conhecido. Assim, em que pese a maioria possa reconhecer que o direito à vida é igual para todos, escolher pela preponderância de um dos bens jurídicos nessa situação é uma tarefa muito complexa e que demanda muito estudo.

Ademais, caso ambas as possibilidades de aquisição dos veículos estejam disponíveis no comércio – programados para salvar a vida do passageiro ou dos pedestres – é importante mencionar que estar-se-ia criando uma escala de preponderância entre as pessoas pelo fato de estar dentro ou fora do veículo, fato que tornaria a linha de programação antiética e com possível violação aos direitos fundamentais.

Destaca-se que segundo Saviani (2003), o ser humano não nasce humano, porém se torna ao ser acolhido no meio social, diante do convívio afetivo com as outras pessoas e o desenvolvimento e aprimoramento de

valores. Esse cuidado constante permite a sobrevivência e a absorção de uma linguagem (pensamentos, simbologias, imaginação, comunicação) que permitem construir o seu ser, sua identidade.

Assim, em que pese o desejo por carros eficientes e seguros, capazes de minimizar danos e fatalidades durante acidentes, tem-se que o dilema ético ainda não foi solucionado, pois como introduzir na programação da máquina todas essas questões intrínsecas do próprio ser. Se para apreensão e aprendizagem formal dos valores éticos é necessário as interações humanas, como reproduzi-las para a introdução em um sistema computacional, tendo em vista que nem mesmo os próprios indivíduos, quando questionados, adotam ações parecidas.

3.2 Direitos humanos e proteção à vida

Conforme explanado no tópico anterior, a introdução de um sistema inflexível na tomada de decisões pode ferir com os direitos humanos e principalmente a proteção à vida. Assim, para uma compreensão do tema faz-se necessário apresentar as principais diferenças entre direito humanos e direito fundamentais e suas proteção à vida.

Primeiramente, ressalta-se que os direitos humanos são aqueles reconhecidos como inerentes à condição humana, anteriores ao próprio direito positivo, conquistados através de lutas e reivindicações. Ao passo que os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos por uma Constituição, positivados, capazes de impor um dever ao Estado (FONTELES, 2014).

Muitas vezes os conceitos são utilizados como sinônimos ao relacioná-los com a proteção à dignidade humana. Entretanto, conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 35-36):

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Os direitos humanos e os direitos fundamentais, portanto, não

possuem diferenciação quanto à materialidade, visto que buscam a proteção do ser humano, mas sim quanto à localização normativa – norma de direito internacional ou interna.

No que tange ao direito à vida, considerando a mais ampla das proteções, tem-se sua previsão expressa no art. 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao instituir que “todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoa”⁴. Nesse ponto, imperioso destacar que não a diferenciação entre os indivíduos ou preponderância do direito de um sobre o de outro, bem como há proteção incondicional da segurança e da integridade física.

Dessa maneira, como a instituição de uma linha programável em um automóvel poderia condicionar o direito à vida de um indivíduo a ocorrência de uma situação inesperada e, muitas vezes, inevitável.

Nessa situação possivelmente ocorreria um desrespeito aos direitos humanos, isso porque considerando a opção de sacrificar a vida do pedestre estaríamos diante de uma escolha arbitrária de quem está dentro do veículo, sobrepondo-se aos demais e, na situação inversa, o mesmo dilema se estala de modo contrário.

Mesmo não adentrando no mérito do direito positivo de cada Estado, para averiguar a instituição do direito à vida como fundamental, ressalta-se a característica da irrenunciabilidade dos direitos humanos, ou seja, não cabe ao indivíduo por mera liberalidade renunciar ao seu direito, pois esse é inerente a sua própria condição de humana, qualquer manifestação de vontade em abdicar de sua dignidade não terá valor jurídico (BARRETTO, 2014).

Ante as considerações expostas é possível perceber que a imposição de uma situação restrita, pré-programa, ocasionaria a violação do direito à vida. Mas diante da imperiosidade de escolher pela preponderância de um dos direitos em choque, a doutrina apresenta a técnica da ponderação, a seguir exposta.

3.3 Método de ponderação de princípios e direito fundamentais

Tradicionalmente para solucionar os conflitos de normas parte-se para a análise de sua hierarquia, especialidade ou cronologia. Contudo, quando o assunto é direitos fundamentais não existe uma prevalência

4 UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 out. 2021.

estipulada, nesses casos é necessário utilizar a ponderação.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (ALEXY, 2008, p.90-91).

Os princípios seriam normas compatíveis com vários graus de concretização, conforme os condicionamentos fáticos e jurídicos a que está submetido, enquanto as regras imporiam, proibiriam uma conduta de forma imperativa, sem possibilidade de flexibilização.

Nenhum dos direitos pode ser considerado absoluto, ou seja, trata-se de direitos de igual dignidade constitucional. Esses direitos estão todos na mesma Constituição Federal, que deve ser compreendida como um complexo de normas coerentes e de igual grau hierárquico (GODOY, 2008, p. 56).

Segundo os ensinamentos de Robert Alexy (2008), conclui-se que os conflitos envolvendo princípios devem ser resolvidos no âmbito dos pesos, assim, quando eles colidem, um dos princípios terá que ceder, fato que não pressupõe sua declaração de invalidade, nem mesmo uma cláusula de exceção. Ocorre que no caso concreto e sob determinadas condições um dos princípios adquire precedência em face do outro, pois contata-se diferenças entre seus pesos.

Para aplicação da fórmula da ponderação deve-se respeitar três postulados: a proporcionalidade, a razoabilidade e a adequação. Essas máximas decorrem da natureza dos princípios como mandamento de otimização em face da possibilidade fática de sua concretização (ALEXY, 2008).

Todavia, tal situação não pode ser vista como uma decisão vinculada, uma vez que diante de situações diversas o julgamento final pode ser outro. Logo, o critério de ponderação busca uma atuação dinâmica dos princípios em choque apreciados a luz do caso concreto.

Assim, para a solução de questões práticas, tem-se que:

o julgador socorre-se do princípio da razoabilidade-proporcionalidade para promover a máxima concordância prática entre os direitos em conflito. Idealmente, o intérprete deverá fazer concessões recíprocas entre os valores e interesses em disputa, preservando o máximo possível

de cada um deles. Situações haverá, no entanto, em que será impossível a compatibilização. Nesses casos, o intérprete precisará fazer escolhas, determinando, in concreto, o princípio ou direito que irá prevalecer (BARROSO, 2008, p. 345).

Nesse cenário, percebe-se que instituir a ponderação na programação dos carros autônomos seria atividade tão complexa quanto aos demais dilemas éticos que permeiam toda a sua criação. Isso porque os critérios de ponderação aplicados devem ser analisados sob uma perspectiva ampla e com vistas as suas consequências práticas, o que não poderá ser verificado em questões de segundos, diante de situações de eminente perigo.

Outrossim, a tarefa de ponderar princípios e atribuir pesos para que um possa adquirir uma precedência ao outro deve ser cuidadosamente realizada a fim de evitar lesões graves para os direitos em questão. Com isso, o fato da ocorrência de falhas nos sistemas computacionais constituintes dos carros autônomos não pode ser desconsiderada, especialmente quando relacionadas a identificação de pessoas e coisas e a falta de processamento adequado.

3.4 Aplicação de ponderação na programação dos carros autônomos

Diante do choque entre princípios é imprescindível que diante do caso concreto de seja aplicada a ponderação, isso é, atribuir pesos aos princípios e identificar aquele que prepondera no caso em específico, observando-se a proporcionalidade, a adequação e a razoabilidade.

Nesse contexto, seria necessário atribuir a efetiva função de julgar e ponderar na lógica dos carros autônomos. Todavia, esse julgamento depende de tempo e um conjunto de informações que não estariam presentes no momento da ação.

Os princípios como mandamento de otimização apenas permitirão a formação de um juízo de valor após a realização do processo de sopesamento (relativização de um em face das possibilidades jurídicas e do princípio antagônico), definindo os critérios de preferência e o juízo definitivo sobre o caso.

A possibilidade de colecionar uma lista de acontecimentos e ações a serem adotadas, por outro lado, levaria a uma prévia instituição de prevalência nos princípios e conseqüente desrespeito por não poder averiguar as condições próprias de cada caso em concreto.

O ato de realizar o juízo de ponderação demanda uma efetiva

apreciação dos princípios em debate, analisando as consequências resultantes da maximização de um em face ao outro, da adequação da decisão tomada e a razoabilidade de todo o conjunto da decisão.

Assim, percebe-se que seria inconcebível a definição de um critério para que a inteligência artificial que comanda o sistema dos carros autônomos pudesse decidir no caso qual princípio deve preponderar, pois cada especialidade de uma situação pode mudar completamente o resultado.

4 Situação hipotética e possíveis decisões a serem tomadas

Para desenvolver uma análise de possíveis escolhas e mecanismo para a tomada de decisão adota-se como situação hipotética a seguinte: Um carro autônomo esta circulando em uma movimentada rodovia, respeitando o limite de velocidade e uma distância segura do veículo a sua frente, quando repentinamente uma criança, que estava em um carro parado no acostamento, entra no meio da pista.

Nessa situação duas ações podem ser adotadas. Primeiro, o carro pode frear bruscamente para tentar evitar o choque ou, ao menos, minimizar o impacto, porém, será atingido pelo veículo que vem atrás. Da mesma forma, pode ser optado pelo desvio da criança, jogando o carro para o acostamento ou pista contrária, o que poderia resultar em um segundo acidente.

Na segunda alternativa, o veículo não evitaria o acidente.

Partindo da primeira escolha, por salvar a criança, nota-se que o automóvel atribuirá um valor preponderante para a vida da criança em comparação ao passageiro do veículo. A decisão, considerando os algoritmos que a compõe, deve ser direcionada a esse fim e ser tomada em milésimos de segundo, não haveria tempo para considerar outra decisão a não ser a escolha por frear ou direcionar o carro para outra direção. A lógica nesse caso seria para a proteção a quem está do lado externo, alheio a todo o sistema.

No segundo caso, em que pese a consideração de uma ação desumana, o veículo seria produzido para salvaguardar a vida dos passageiros que conduz e, diante de situações adversas, a ela deve direcionar todos os seus cuidados. Assim, considerando que a criança apareceu de modo inesperado e imprevisível, não existindo outro modo, ela seria atropelada.

Quanto à possibilidade de uma terceira via, talvez uma consideração

dentre todas as possibilidades que de algum modo levaria o dano ao mínimo possível, pontua-se que a decisão deveria ser tomada em milésimos de segundos, mas de qualquer forma precisaria estar predefinida com critérios a observar.

O mesmo dilema envolvendo seres humanos não apresentaria uma resposta simples e objetiva, visto que o raciocínio em momentos de pânico e tensão não é o mesmo ao que se tem em situações normais, na maioria dos acidentes as ações ocorrem instantaneamente, por reflexos e instinto, motivo pelo qual varia de caso a caso.

5 Estado da arte dos carros autônomos

A Waymo, Argo, Aurora, Cruise e Zoox são algumas empresas que trabalham com o desenvolvimento de carros autônomos.

Em 2020, a empresa Waymo divulgou o relatório sobre os testes feitos com os veículos no período compreendido entre janeiro de 2019 e setembro de 2020, no estado do Arizona. Segundo os dados, os carros percorreram cerca de 9,8 milhões de km com a presença de um motorista de segurança treinado e sem a presença de um motorista 104,607Km. (TRINDADE, 2020).

Sobre a ocorrência de acidentes, a empresa afirmou que os automóveis se envolveram com 47 evento de contato, envolvendo veículos, pedestres e ciclistas. Desses 18 ocorreram no mundo real e 29 em simulações.

No relatório a empresa ressalta que quase todas as ocorrências ocorreram por culpas de um motorista ou pedestre humano, mas que não resultaram em ferimento grave ou risco de vida. Mas, alguns dos eventos foram evitados pelo fato do motorista humana de prontidão assumir o controle do veículo. (TRINDADE, 2020).

No final de agosto de 2021, a empresa retornou seus testes com passageiros na cidade de São Francisco, os interessados podem se cadastrar no sistema disponibilizado pela empresa, que escolherá aqueles que poderão ser transportados, preferencialmente no perímetro urbano.

Nesse ponto, merece destaque a notícia de os veículos estariam congestionando ruas sem saída em São Francisco, cerca de 50 carros por dia. As informações repassadas pela empresa informaram que elas apenas estão obedecendo as instruções, visto que realizam o trajeto como desvio. Contudo, ao chegarem no fim da rua se deparam com um muro e precisam

retornar. (AMARAL, 2021). Tal fato representa um dos problemas ainda enfrentados pelas empresas, os mapas e sistemas de GPS nem sempre utilizam os caminhos adequados, visto a existência de muitos registros falhos nos sistemas.

5.1 Ataque de hacker ao sistema dos veículos

O sistema dos carros são formados por diversos tipos de softwares e como qualquer outro equipamento tecnológico estão vulneráveis ao ataque de hackers.

O analista-sênior da empresa Kaspersky, responsável elaboração de softwares de segurança cibernética, destacou que os carros podem ser invadidos, desde que haja vulnerabilidades, bem como citou um caso ocorrido em 2015 (AMARAL, 2021).

Hackers invadiram um veículo e conseguiram controlar tanto o acelerador quanto os freios. Um ataque desses coloca uma vida em risco. Há esse risco caso os fabricantes não façam os testes devidos. A maioria contrata testadores justamente para garantir que o produto chegue o menos vulnerável possível ao mercado (AMARAL, 2021).

No caso, uma dupla de hackers foram convidadas para tentar controlar o sistema de um Chrysler Cherokee, atividade realizada com êxito. Eles iniciaram com o controle do ar-condicionado, do rádio e do limpador para-brisa, em seguida, demonstraram que era possível utilizar dos alto-falantes do veículo para comunicarem-se e até mesmo cortar remotamente os freios e o acelerador do veículo.

Contudo, o Gerente da Mercedes-Benz Automóveis, em entrevista, defendeu a segurança dos carros da marca, afirmando que não é possível que uma pessoa com um notebook e alguns comandos assuma o controle total de qualquer veículo.

Para assumir o controle remoto de um veículo, o hacker precisaria ter acesso a toda a complexa estrutura interna de comunicação de um automóvel. Hoje em dia mesmo nossos parceiros diretos e equipamentos usuais, como a integração para celulares, não possuem uma porta direta ou até indireta para acessar essas partes mais críticas da arquitetura dos veículos. Isso demonstra claramente nossa preocupação para que esse tipo de invasão continue ocorrendo apenas nas telas de cinema (BASTOS, 2021 apud Amaral, 2021).

A empresa fabricante do veículo envolvido no teste também se posicionou no sentido de fornecer aos clientes atualizações e buscar protegê-los contra qualquer tipo de vulnerabilidade, dispondo de um programa

para testar continuamente os sistemas e identificar defeitos e desenvolver soluções. Ademais, a empresa realizou um recall em mais de 1,4 milhão de carros para instalar patches de segurança (AMARAL, 2021).

Dessa forma, a possibilidade de ataques ao sistema não pode ser desprezadas, mas atitudes que busquem evitar ao máximo a eficácias nas ações devem ser implementadas.

6 Considerações finais

A cada dia o ser humano busca desenvolver novas tecnologias para facilitar a vida em sociedade. Desde a invenção do automóvel, uma das promessas para o futuro era a criação de carros totalmente autônomos, que pudessem se deslocar sem a necessidade de um ser humano por trás dos volantes.

O sonho se tornou realidade, hoje várias empresas possuem em suas linhas de produção carros autônomos. Contudo, questões éticas e normativas permeiam a programação das máquinas e seu modo de inserção na sociedade.

A promessa dos novos veículos é propiciar um trânsito eficiente, com redução na quantidade e gravidade dos acidentes, tornando a locomoção segura e rápida. O problema, porém, surge na necessidade de estabelecer uma linha lógica que faça com que os carros adotem uma ação diante da iminência de um acidente. A decisão está em conferir maior proteção ao motorista ou ao pedestre. Conforme exposto anteriormente, diante dessas situações a maior parte das pessoas não sabe qual a melhor atitude a ser tomada, pois não há consenso quando o assunto em questão é a vida.

De qualquer forma, a imprescindibilidade de preservar-se o direito à vida se opõe a pré-escolha de uma das opções, de modo a impossibilitar que haja renúncia a um direito humano e fundamental do indivíduo que opta em utilizar a máquina.

Outro problema iminente está na falha dos veículos, muitos apresentam problemas em reconhecer pessoas, as confundindo com objetos, ou mesmo desencadeiam situações inesperadas ao seguirem fielmente as diretrizes de mapas e leis de trânsitos, quando desatualizados.

A fragilidade dos sistemas tecnológicos também é ponto que merece destaque, os carros são formados por centenas de sensores interdependentes, a falha de um pode resultar um colapso no sistema. Ainda, a ameaça de

invasão de crackers nos sistemas de segurança é outra questão que impõe a necessidade de pesquisa e aprimoramento.

Os carros autônomos, portanto, mostram-se uma realidade distante de ser efetivamente concretizada, com veículos circulando em quantidade igual ou superior aos manuais pelas vias. Isso porque não há um caminho para criar-se um algoritmo lógico capaz de conciliar os valores morais, éticos e a vontade humana de preservar sua própria vida.

O dilema está no que se acredita ser correto e a ação tomada em situações inesperadas, paradoxo, esse, que não pode ser respondido ou implementado nas linhas programáveis de um veículo. Por isso, a necessidade de um humano por trás do volante ainda prepondera, para que ele aja diante da situação fática e posteriormente, caso necessário, responda por suas ações.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMARAL, Paulo. Carros autônomos da Waymo estão engarrafando rua sem saída nos EUA; entenda. **Canaltech**, 10 out. 2021. Disponível em: <https://canaltech.com.br/veiculos-autonomos/carros-autonomos-da-waymo-estao-engarrafando-rua-sem-saida-nos-eua-entenda-198892>. Acesso em: 17 out. 2021.

AMARAL, Paulo. É possível hackear e assumir o controle de um carro autônomo?. **Canaltech**, 15 out, 2021. Disponível em: <https://canaltech.com.br/veiculos-autonomos/e-possivel-hackear-e-assumir-o-controle-de-um-carro-autonomo-196593/>. Acesso em 17 out. 2021.

BARRETTO, Rafael. **Direitos Humanos**. Coleção Sinopses para Concursos. JusPODIVM, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOFF, Leonardo. **Ética e moral: a busca dos fundamentos**. Petrópolis, Vozes: 2003. p.37

BORTOLETO, Leandro. MULLER, Perla. **Noções de Ética no Serviço Público**. 2ª Edição. São Paulo, Juspodivm: 2016.

FONTELES, Samuel Sales. **Direitos fundamentais para concursos**.

Salvador: Juspodivm, 2014.

FREITAS, Taína. Carros autônomos: como eles “enxergam” e tomam decisões?. Disponível em: <https://www.startse.com/noticia/nova-economia/carros-autonomos-enxergam-tomam-decisoes>. Acesso em: 17 out. 2021.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GUEDES, Marcelo Santiago. **Veículos autônomos inteligentes e a responsabilidade civil nos acidentes de trânsito no Brasil: desafios regulatórios e propostas de solução e regulação**. Brasília: ESMPU, 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Ve%C3%ADculos%2Baut%C3%B4nomos%2Binteligentes.pdf. Acesso em 08 out. 2021.

MENIN, Maria Suzana de Stefano. Valores na escola. v.28, n.1. São Paulo, **Educação e Pesquisa**: 2002.

NEME, C. M. B; SANTOS, M. A. P. **Ética: conceitos e fundamentos**. UNESP. 2014. Disponível em: <http://acervodigital.unesp.br/handle/unesp/155316>. Acesso em: 14 out. 2021.

OLIVEIRA, Ruy Flávio de. **Inteligência artificial**. Londrina: Editora e Distribuidora Educacional S.A. 2018. 224p. Disponível em: http://cm-cls-content.s3.amazonaws.com/201802/INTERATIVAS_2_0/INTELEGENCIA_ARTIFICIAL/U1/LIVRO_UNICO.pdf. Acesso em: 08. out. 2021.

RODRIGUES, Leonardo Cavalheiro. **Fundamentos, tecnologias e aplicações de veículos autônomos**. 2017. Trabalho de conclusão de curso. UTFPR. Disponível em: http://repositorio.roca.utfpr.edu.br/jspui/bitstream/1/8454/1/PG_COELE_2017_2_19.pdf. Acesso em: 08 out. 2021.

SCIENCE. **The social dilemma of autonomous vehicles**. Disponível em: <https://www.science.org/doi/10.1126/science.aaf2654>. Acesso em: 12 out. 2021.

THUMS, Jorge. **Ética na educação: filosofia e valores na escola**. Canoas, ULBRA: 2003.

TRINDADE, Rodrigo. Como acidente fatal mudou o programa

de carros autônomos da Uber. UOL, 16 nov. 2019. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2019/11/16/como-acidente-fatal-mudou-o-programa-de-carros-autonomos-da-uber.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 12 out. 2021.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 out. 2021.

Texto completo 5

O DESAFIO PARA CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

João Alexandre Silva Alves Guimarães¹

Ana Júlia Silva Alves Guimarães²

1 Introdução

A internet é uma rede complexa, que pode ser assemelhada a figura de uma teia de aranha, em que dois pontos são conectados por milhares de caminhos potenciais. (EOYANG, 2017, p. 263). Essa teia, globalizada, cresce exponencialmente a cada ano e segundo o relatório Digital 2021, publicado por We Are Social e a Hootsuite, a tecnologia tem sido parte essencial da vida das pessoas, segundo os dados levantados e publicados em janeiro de 2021, 4,66 bilhões de pessoas em todo o mundo usam a Internet, um percentual global 59,5% de usuários, um aumento de 316 milhões (7,3%) desde então no ano passado. Eles ainda afirmam que a pandemia da COVID-19 teve um impacto significativo no relatório de números de usuários da Internet, portanto, os números reais podem ser maiores. (KEMP, 2021)

O mesmo relatório previu que existem agora 4,20 bilhões de usuários de mídia social em todo o mundo, tendo um crescimento de 13% nos últimos 12 meses. Sendo que atualmente os usuários de mídia social equivalem a mais de 53% da população total do mundo, isso faz com que a internet seja cada vez mais abastecida de dados, principalmente dados pessoais dos usuários. (KEMP, 2021)

-
- 1 Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho, Portugal. Associado do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil – IBERC, Associado Fundador do Instituto Avançado de Proteção de Dados - IAPD, Membro do Comitê Executivo do Laboratório de Direitos Humanos – LabDH da Universidade Federal de Uberlândia e Investigador no Observatório Jurídico da Comunicação do Instituto Jurídico de Comunicação da Universidade de Coimbra. joaoalexgui@hotmail.com.
 - 2 Discente no curso de Direito na Universidade Pitágoras – Uberlândia, Membro do Instituto Avançado de Proteção de Dados - IAPD e membro do Laboratório de Direitos Humanos – LabDH da Universidade Federal de Uberlândia. anajuliasagui@gmail.com

Com o avanço tecnológico houve o aumento da capacidade de processamento e armazenamento de dados da internet, fazendo com que acessar e guardar informações tornasse algo rotineiro. Apesar dos benefícios desse avanço, a forma de memória eterna traz problemas para aqueles que gostariam de ter alguma informação esquecida. Na sociedade o esquecimento sempre foi a norma e a lembrança a exceção, porém a tecnologia digital e as redes globais alteraram esta condição, tornando a memória a regra e o esquecimento um verdadeiro privilégio. (MAYER-SCHÖNBERGER, 2011, p. 2).

A partir disso surge, na sociedade, a necessidade da criação do direito ao esquecimento, um direito que dispõe o titular de dados pessoais informatizados, integrado no mais complexo e abrangente direito fundamental à proteção de dados pessoais, previsto no artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). (CASTRO, 2016, p. 1051)

A União Europeia adotou o novo Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) que inclui o direito ao apagamento, conhecido como o direito a ser esquecido, reconhecendo o direito à desindexação com etapas específicas para os responsáveis pelo tratamento de dados apagarem informações mediante solicitação. O RGPD traz no início de suas considerações o ponto pelo qual o direito a ser esquecido está presente. No considerando 65 coloca que “Os titulares dos dados deverão ter direito a que os dados que lhes digam respeito sejam retificados e o “direito a serem esquecidos” quando a conservação desses dados violar o presente regulamento ou o direito da UE ou dos Estados-Membros aplicável ao responsável pelo tratamento.”. (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

O direito de ser esquecido permite que o usuário controle seus dados pessoais se não for mais necessário para seu propósito original, ou se, por algum outro motivo, desejar retirar o consentimento quanto ao seu processamento, entre outras razões. (SAFARI, 2017, p. 835).

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709, foi aprovada no dia 14 de agosto de 2018, dispondo sobre a proteção de dados pessoais e alterando a Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida por Marco Civil da Internet. (BRASIL, 2018).

Nela, a eliminação que é colocada no inc. VI, foi descrita de forma superficial, em comparação com a proteção que o RGPD trouxe para a União Europeia. No RGPD, a eliminação é prevista no art. 17.º como “Direito ao apagamento de dados (direito a ser esquecido)”. O apagamento permite

que os titulares de dados solicitem a eliminação dos seus dados pessoais quando a sua retenção ou processamento viola os termos do regulamento, em particular (mas não exclusivamente), por estarem incompletos ou imprecisos. (GUIMARÃES e MACHADO, 2020, p. 86).

Essa discussão sobre o direito ao esquecimento recai também na Inteligência Artificial (IA), já que nesse ambiente globalizado, o ordenamento jurídico tem sido provocado pela revolução tecnológica por consequência da introdução da IA nos sistemas computacionais. Diversos e com múltiplas aplicações, esses novos entes caracterizados pela sua autonomia, capacidade de auto aprender, pela possibilidade de interagir com o meio, pela capacidade de operar as suas próprias escolhas, ainda que determinadas por uma pré-programação, colocam problemas cada vez mais desafiantes ao direito. (BARBOSA, 2019, p. 701).

Existe o questionário acerca da viabilidade dessas tecnologias e de sua importância para a consolidação dos impactos da Quarta Revolução Industrial, na transição para a Internet das Coisas (*Internet of Things*, ou *IoT*). Por um lado, existe um entusiasmo por uma tecnologia inovadora, mas, por outro, não pode afastar as importantes reflexões sobre os perigos que acarreta a grande capacidade de processamento computacional envolvida nos complexos algoritmos que regem tais aplicações, há sempre fatores de risco que devem ser considerados. (FALEIROS JÚNIOR, 2020, p. 1009).

A inteligência artificial traz um novo desafio aos quadros jurídicos convencionais que, tutelam as sucessivas inovações a nível tecnológico. Entretanto, os desafios que a IA coloca ao Direito, não se resumem a esta realidade complexa, mas linear, de utilização de um qualquer mecanismo robótico dotado de um *software* que lhe transmite esse modo de operar autónomo e automatizado. (BARBOSA, 2019, p. 793).

2 O direito ao esquecimento

O que se entende como sociedade da informação adquiriu importância em escala mundial, fundamentado na crença de que sua consolidação favoreça a integração global nos diferentes aspectos da vida humana. (MARTINS, 2020, p. 285).

Tornando assim, como grande dilema, o fato de registros do passado, que com a tecnologia atual capaz de dados serem armazenados eternamente, podem gerar consequências posteriormente a data em que

o evento foi esquecido pela mente humana. E esse dilema é agravado pela circunstância de que os usuários da internet, cujos passos são sempre reconstruídos pelas técnicas de rastreamento são frequentemente privados da escolha quanto a técnica de obtenção de dados e quando essas informações que são recolhidas ao seu respeito. (MARTINS, 2020, p. 287)

O direito ao esquecimento, para o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, do Superior Tribunal de Justiça, origina-se na proteção da intimidade e da vida privada e tem sido invocado, sobretudo no mundo digital, como direito ao apagamento de dados pessoais no contexto da internet, mas também no contexto da mídia em geral, como direito à não veiculação de informação desprovida de atualidade e relevância para o público, mas ofensiva ao interessado. (CUEVA, 2020, p. 627).

Ao retornarmos aos ensinamentos franceses, o *droit à l'oubli* (esquecimento analógico) elaborado na França envolvia três requisitos: divulgação de uma informação lícita, a ressurgência de fatos passados na televisão e, um lapso temporal suficiente para ensejar a perda de interesse público na informação. Nesta fase, o direito ao esquecimento incorpora o controle temporal de dados, que preenche com o fator cronológico as ferramentas protetivas da privacidade, complementada pelos controles espacial e contextual. (BOITEUX, 2020, p. 235).

O *droit à l'oubli* pode ser considerado como um direito mais antigo, remetendo sua origem à legislação e jurisprudência francesa e italiana do final dos anos de 1970, e “historicamente tem sido aplicado em casos excepcionais envolvendo indivíduos que foram condenados penalmente e não desejam mais serem associados à sua conduta criminal. Seria, portanto, o direito que o indivíduo tem de se prevenir que terceiros possam divulgar fatos que estejam associados a um passado que possui episódios delituosos. Assim, o seu direito à privacidade deve ser ponderado com o direito da sociedade de ter acesso a esta informação, que poderá ou não ser considerada digno de nota. (FRAJHOF, 2019, p. 58).

Deve-se, então, entender o que o direito ao esquecimento é um direito pessoal. Em 1879 o direito pessoal foi considerado a classe principal abrange os direitos que pertencem à pessoa. Nele estão incluídos o direito à vida, o direito à imunidade contra ataques e lesões, e o direito, igualmente com os outros, de forma semelhante, para controlar a própria ação. Em todos os países iluminados, a mesma classe também incluiria o direito ao benefício de cada reputação que o condado lhe concedeu e o gozo de todos os direitos civis concedidos por lei. Os direitos políticos também podem

ser incluídos sob o mesmo entendimento. (COOLEY, 1879, p. 24).

Brandeis e Warren, em 1890, afirmaram que o direito de quem permaneceu um particular, de impedir seu retrato público, apresenta o caso mais simples para tal extensão; o direito de se proteger de retratos à caneta, de uma discussão pela imprensa sobre seus assuntos particulares, seria mais importante e de longo alcance. Se afirmações casuais e sem importância em uma carta, se são trabalhos manuais, por mais inartísticos e sem valor, se bens de todos os tipos são protegidos não apenas contra a reprodução, mas também contra a descrição e enumeração, quanto mais deveriam os atos e ditos de um homem em sua vida social e as relações domésticas devem ser protegidas de publicidade implacável. Se você não pode reproduzir o rosto de uma mulher fotograficamente sem seu consentimento, quanto menos deveria ser tolerada a reprodução de seu rosto, sua forma e suas ações, por descrições gráficas coloridas para se adequar a uma imaginação grosseira e depravada. (WARREN e BRANDEIS, 1890, p. 213 e 214).

Colocaram ainda que o direito à privacidade, como tal deve necessariamente ser limitado, já encontrou expressão no direito francês.³ Resta considerar quais são as limitações desse direito à privacidade e quais recursos podem ser concedidos para a aplicação desse direito. Seria uma tarefa difícil determinar de antemão a linha exata em que a dignidade e a conveniência do indivíduo devem ceder às demandas do bem-estar público ou da justiça privada; mas as regras mais gerais são fornecidas pelas analogias jurídicas já desenvolvidas na lei da calúnia e difamação e na lei da propriedade literária e artística. (WARREN e BRANDEIS, 1890, p. 214)

O direito à privacidade, para Brandeis e Warren, não proíbe a publicação de matéria de interesse público ou geral. Na determinação do alcance desta regra, o auxílio seria concedido pela analogia, no direito da difamação e da calúnia, de casos que tratam do privilégio qualificado de comentário e crítica sobre assuntos de interesse público e geral. (WARREN e BRANDEIS, 1890, p. 214)

Nesse sentido, nos EUA, um dos primeiros casos em que se pode perceber traços do direito ao esquecimento é o *Melvin vs. Reid*. Em 1919, Gabrielle Darley, prostituta, é acusada e absolvida da prática de homicídio. Ela refaz sua vida, abandona a prostituição, casa-se com Melvin e tem filhos. Nessa nova fase as pessoas do seu círculo social desconhecem o seu passado, mas, em 1925, Doroty Davenport Reid produziu o filme *Red*

3 Nesse sentido cf. França. Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, Version en vigueur au 15 février 2021. Disponível em < <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070722>>.

Kimono, que retratava com precisão a vida pregressa de Gabrielle, inclusive identificando-a com seu nome verdadeiro.

Segundo a Corte de Apelação da Califórnia, em sua decisão, o uso do nome verdadeiro da recorrente em conexão com os incidentes de sua vida anterior na trama e nos anúncios foi desnecessário, indelicado, um desrespeito deliberado e arbitrário daquela caridade que deveria nos atuar em nossas relações sociais e que deveria nos impedir de manter desnecessariamente outra pessoa até o desprezo e ao desprezo dos membros justos da sociedade. (COURT OF APPEAL OF CALIFORNIA, 1931, p. 291).

Para a Corte, um dos principais objetivos da sociedade, tal como está agora constituída, e da administração de nosso sistema penal, é a reabilitação dos caídos e a reforma do criminoso. Segundo essas teorias da sociologia, nosso objetivo é erguer e sustentar o infeliz, em vez de derrubá-lo. Onde uma pessoa se reabilitou por seus próprios esforços, nós, como membros da sociedade que pensam corretamente, devemos permitir que ela continue no caminho da retidão em vez de jogá-la de volta em uma vida de vergonha ou crime. Até mesmo o ladrão na cruz teve permissão para se arrepender durante as horas de sua agonia final. (COURT OF APPEAL OF CALIFORNIA, 1931, p. 292).

Por outro lado, as novas tecnologias fazem do ato de esquecer, que antes era regra, exceção. Por isso precisamos de mecanismos, legais e tecnológicos, para encontrar o equilíbrio. Não se trata apenas de perdoar atitudes questionáveis, mas de assumir que ações comuns, como as de tirar fotos ou entabular conversas privadas, se porventura descontextualizadas não podem ser critério para definir o caráter ou a competência de alguém. As pessoas devem ter total controle sobre as suas pegadas digitais: fotografias poderiam ter data de validade e ser apagadas depois de um certo tempo. (MAYER-SCHÖNBERGER, 2011, p. 2).

O acórdão Google, proferido em sede de reenvio prejudicial para os efeitos de interpretação de normas da Diretiva 95/46, tornou-se um marco e referência dentro da UE sobre a temática que nos ocupa e exemplo para muitos países. A partir da decisão do TJUE, iniciou-se a discussão sobre o tratamento de dados pessoais pelos motores de pesquisa e consolidou-se o chamado “direito ao esquecimento” – que corresponderia à aplicação do direito ao apagamento, fixado na diretiva, aos motores de busca online. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, 2016).

O TJUE, no Acórdão Google, reconheceu que cada pessoa tem

o direito a que informações sobre si disponíveis na internet deixem de ser associadas ao seu nome, por meio de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada em motores de busca, sem que, todavia, a constatação desse direito pressuponha que tal associação cause prejuízo à pessoa em causa. Na medida em que esta pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7.º (proteção da vida privada) e 8.º (proteção de dados pessoais) da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público, devido à sua inclusão numa lista de resultados. Esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de pesquisa, mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa. (SILVEIRA e MARQUES, 2016, p. 102).

A União Europeia adotou o novo Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) que inclui o direito ao apagamento («direito a ser esquecido»), reconhecendo o direito à desindexação com etapas específicas para os responsáveis pelo tratamento de dados apagarem informações mediante solicitação.

O RGPD traz no início de suas considerações o ponto pelo qual o direito a ser esquecido está presente. No considerando 65 coloca que “Os titulares dos dados deverão ter direito a que os dados que lhes digam respeito sejam retificados e o “direito a serem esquecidos” quando a conservação desses dados violar o presente regulamento ou o direito da UE ou dos Estados-Membros aplicável ao responsável pelo tratamento.”. (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

O direito ao esquecimento possui abrangência diversa, pois envolve fatos que, pelo decurso do tempo, perderam relevância histórica, de modo que sua divulgação se torna abusiva, por causar mais prejuízos aos particulares do que benefícios à sociedade. O direito ao esquecimento, é verdade, é um direito excepcional, não podendo ser banalizado, mas sua exclusão, em sede de repercussão geral, pode implicar um grave retrocesso em face do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme o artigo 1º, III, da Carta Magna, consideradas ainda a privacidade e a identidade pessoal, que o compõem em sua estrutura. A exigência de norma específica, a depender da vontade legislativa, é um incentivo à inação, semelhantemente ao entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, que no passado sepultou a garantia fundamental do mandado de injunção. (MARTINS e GUIMARÃES, 2021).

O direito ao esquecimento visa apagar traços ou dados deixados pelo seu titular, não tendo o traço uniforme de uma escrita, como nas biografias não autorizadas; ademais, a prevalência apriorística da liberdade de expressão e de informação, ao ensejo de evitar eventual censura, iria de encontro a outros valores igualmente caros à Constituição da República, ligados ao livre desenvolvimento da pessoa humana. (MARTINS e GUIMARÃES, 2021).

SER ESQUECIDO NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Stefano Rodotà afirma que muitas vezes foi dito que a tecnologia põe cada um de nós na condição de encontrar um lugar virtual no qual satisfazer nossos próprios interesses. Mas esse processo de seleção dos interesses levaria a uma maior fragmentação social, e não há fortalecimento do sentido de comunidade. Os dados disponíveis, de qualquer forma, mostram com clareza que as comunidades virtuais já oferecem também a possibilidade de estabelecer ligações sociais particularmente intensas, ou se apresenta até mesmo como único modo de se fazer parte de uma formação social para aqueles do jeito que, de outra forma, estaria condenado ao isolamento. (RODOTÀ, 2008, p. 116 e 117).

Se Rodotà afirma que no ambiente virtual procuramos nossos próprios interesses, Eli Pariser apresenta em seus ensinamentos o contrário. Para o autor, o futuro da personalização, e da própria computação, é uma estranha bagunça do que é real e do que é virtual. O futuro em todos os espaços, seja ele real ou virtual, possui o que os pesquisadores chamam de “inteligência ambiental”. É um futuro no qual o ambiente se modifica para se adequar às nossas preferências e até ao nosso humor. E é um futuro no qual os publicitários vão desenvolver maneiras cada vez mais poderosas de distorcer a realidade para conseguir que seus produtos sejam vistos. (PARISER, 2012, Locais do Kindle 2644-2647).

A técnica do perfilamento digital, ou em inglês *profiling*, nos alcança em todas as plataformas, sites e dispositivos, tudo isso significa que nosso comportamento se transformou em uma mercadoria, um pedaço pequenino de um mercado que serve como plataforma para a personalização de toda a internet. Em última análise, a bolha dos filtros pode afetar nossa capacidade de decidir como queremos viver. Para sermos os autores da nossa própria vida temos que estar cientes da variada gama de opções e estilos de vida disponíveis. (PARISER, 2012, Locais do Kindle 646-647).

Quando entramos numa bolha de filtros, permitimos que as

empresas que a desenvolveram escolham as opções das quais estaremos cientes. Talvez pensemos ser os donos do nosso próprio destino, mas a personalização pode nos levar a uma espécie de determinismo informativo, no qual aquilo em que clicamos no passado determina o que veremos a seguir – uma história virtual que estamos fadados a repetir. E com isso ficamos presos numa versão estática, cada vez mais estreita de quem somos – uma repetição infundável de nós mesmos. (PARISER, 2012, Locais do Kindle 250-255)

Mas realmente permitimos que isso tudo aconteça? Ou somos apenas obrigados a selecionar “Concordo com os Termos de Uso”? Para Mafalda Miranda Barbosa ao colocar o consentimento em pé de igualdade com outros fundamentos da licitude da recolha e tratamento de dados, a autonomia de que se cura não poderá ser vista como o objeto da tutela, mas como um pilar fundamental para o exercício de outro bem jurídico que se protege a este nível. (BARBOSA, 2018, p. 479 e 480)

O consentimento, que corporiza a autonomia, surge, a este nível, como uma forma de afastar a ilicitude de um atentado não contra a própria autonomia que se exerce, mas contra um outro bem jurídico. (BARBOSA, 2018, p. 480).

Em regra geral, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), no Brasil, e o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), na União Europeia, preveem que se o titular dos dados não puder exercer uma verdadeira escolha, se sentir coagido a dar o consentimento ou sofrer consequências negativas caso não consinta, então o consentimento não é válido, ou seja, a expressão “livre”, prevista em ambas as leis, implica uma verdadeira escolha e controle para os titulares dos dados. (GUIMARÃES, 2021).

Mas se não somos livres para concordar ou não com os termos, isso fere o que chamamos de autodeterminação informacional. E esse deve ser sempre a pedra angular sobre a qual se estrutura o tratamento dos dados pessoais. Entende-se que não é a vontade do titular dos dados que define o nível de proteção a que eles ficam sujeitos, dependendo a proteção outorgada a cada tipo ou categoria de dados da vontade do legislador, mas existe uma relação necessária entre o consentimento e a licitude da recolha e tratamento dos dados que apenas poderá ser afastada ou derogada nos casos particulares previstos na lei. (MIRANDA e MEDEIROS, 2017, p. 574).

Temos o direito de autodeterminar onde nossos dados estarão na

internet, é importante, também, termos ferramentas para conseguir exercer esse direito. Aqui é onde o direito ao esquecimento surge para realmente exercermos a nossa vontade perante os servidores e podermos ser aquilo que somos no “mundo *offline*”. (GUIMARÃES, 2021).

O capitalismo de vigilância reivindica de maneira unilateral a experiência humana como matéria-prima gratuita para a tradução em dados comportamentais. Embora alguns desses dados sejam aplicados para o aprimoramento de produtos e serviços, o restante é declarado como superávit comportamental do proprietário, alimentando avançados processos de fabricação conhecidos como “inteligência de máquina” e manufaturado em produtos de predição que antecipam o que um determinado indivíduo faria agora, daqui a pouco e mais tarde. Por fim, esses produtos de predições são comercializados num novo tipo de mercado para predições comportamentais que chamo de mercados de comportamentos futuros. Os capitalistas de vigilância têm acumulado uma riqueza enorme a partir dessas operações comerciais, uma vez que muitas companhias estão ávidas para apostar no nosso comportamento futuro. (ZUBOFF, 2019, p. 22 e 23).

Para Shoshana Zuboff, a dinâmica competitiva desses novos mercados leva os capitalistas de vigilância a adquirir fontes cada vez mais preditivas de superávit comportamental: nossas vozes, personalidades e emoções. Os capitalistas de vigilância descobriram que os dados comportamentais mais preditivos provêm da intervenção no jogo de modo a incentivar, persuadir, sintonizar e arrebanhar comportamento em busca de resultados lucrativos. Pressões de natureza competitiva provocaram a mudança, na qual processos de máquina automatizados não só conhecem nosso comportamento, como também moldam nosso comportamento em escala. Com tal reorientação transformando conhecimento em poder, não basta mais automatizar o fluxo de informação sobre nós; a meta agora é automatizar o ser humano. (ZUBOFF, 2019, p. 23).

Para Alexandre Sousa Pinheiro, quando o responsável pelo tratamento for obrigado a apagar um dado pessoal, terá que adotar as medidas que forem razoáveis para informar os responsáveis pelo tratamento e os subcontratantes sobre o apagamento. Para tanto, deverá informar sobre quais dados pessoais de que o titular dos dados solicitou o apagamento nos *sites* e aplicativos, bem como solicitar o apagamento das cópias, réplicas, ou reprodução deles. Este preceito trata do direito a ser esquecido em linha, que se consubstancia na adoção de medidas técnicas, por parte do responsável pelo tratamento para informar outros sites de

que determinado titular requereu apagamento de seus dados pessoais. (PINHEIRO, COELHO, *et al.*, 2018, p. 368).

O maior problema atualmente é como podemos ser nós mesmos, se tudo que fazemos está se tornando eterno? As novas tecnologias fazem do ato de esquecer, que antes era regra, exceção. Por isso precisamos de mecanismos, legais e tecnológicos, para encontrar o equilíbrio. Não se trata apenas de perdoar atitudes questionáveis, mas de assumir que ações comuns, como tirar fotos ou entabular conversas privadas, se porventura descontextualizadas não podem ser critério para definir o caráter ou a competência de alguém. O referido autor defende que as pessoas tenham total controle sobre as suas pegadas digitais: fotografias poderiam ter data de validade e ser apagadas depois de um certo tempo. (MAYER-SCHÖNBERGER, 2011, p. 2).

Se o conteúdo da página original do *site* não for excluído ou editado, mas apenas desindexado dos resultados da pesquisa, haverá, por um lado, a manutenção do conteúdo original, embora com menos visibilidade, sacrificando em menor medida, as liberdades comunicativas e reconhecendo o valor histórico da informação. Por outro lado, cria dificuldades para acessar as páginas indiscriminadamente, isto é, páginas que não estão relacionadas com o contexto original de um conteúdo potencialmente prejudicial para o indivíduo a que se refere. (SILVESTRE, BORGES e BENEVIDES, 2019, p. 41).

O direito ao esquecimento permite que um indivíduo ao sentir prejudicado por um resultado, através de uma busca com seu nome juntamente com um determinado termo, solicitar ao motor de busca a desindexação de um ou mais resultados – isto significa, ao aparecer a lista de resultados, alguns deles serem suprimidos e não existir uma hiperligação a um determinado link. (GUIMARÃES, 2019).

A Corte infraconstitucional alemã - Bundesgerichtshof (BGH) – julgou, em julho de 2020, improcedente pedido de remoção de link de resultados de busca na internet, afirmando que o direito ao esquecimento não é absoluto, mas precisa ser ponderado no caso concreto face a outros direitos fundamentais conflitantes. A decisão, contudo, longe de enfraquecer o direito ao esquecimento, reafirma seu caráter jusfundamental e sua importância na era digital. (FRITZ, 2021).

Em grau de recurso, o Bundesgerichtshof confirmou o entendimento das instâncias inferiores, reafirmando a existência do direito ao esquecimento, no alemão *Recht auf Vergessenwerden*, mas negando-o no

caso concreto, posto que o direito ao esquecimento, como todo direito fundamental, não é absoluto e precisa ser ponderado concretamente junto com os demais direitos fundamentais em colisão. (FRITZ, 2021, p. 119)

O Superior Tribunal de Justiça, para Karina Nunes Fritz, 2021, que tem sido vacilante em reconhecer a natureza jusfundamental do direito ao esquecimento, desdobramento necessário do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e da autodeterminação, que atribui o poder ao indivíduo de não apenas ter acesso a seus dados pessoais constantes em arquivos e bancos de dados, mas sobretudo de controlar a coleta e utilização desses dados.

Não existe supressa na decisão negatória do BGH em face caráter absoluto do direito ao esquecimento, pois a Corte, da mesma forma, nega hierarquia a priori a liberdade de expressão e informação, bem como ao direito à proteção dos dados pessoais, pois todos, a despeito de sua natureza jusfundamental, precisam ser ponderados no caso concreto. (FRITZ, 2021, p. 120).

Em decisão extremamente técnica, o Tribunal de Karlsruhe reconheceu que o caso se inseria no âmbito normativo do Regulamento Geral de Proteção de Dados, mas negou o direito ao apagamento dos dados, que é elemento integrante do direito ao esquecimento em sentido amplo, devido ao interesse público da notícia. (FRITZ, 2021, p. 121)

Por outro lado, as tecnologias de Inteligência Artificial (IA) podem apresentar, também, novos riscos de segurança para os utilizadores quando estão integradas em produtos e serviços. Tal como acontece com os riscos para os direitos fundamentais, estes riscos podem ser causados por falhas na concepção da tecnologia com IA, estar relacionados com problemas com a disponibilidade e a qualidade dos dados ou com outros problemas decorrentes da aprendizagem automática. Embora alguns destes riscos não se limitem aos produtos e serviços que dependem de IA, a utilização da IA pode aumentar ou agravar os mesmos. (COMISSÃO EUROPEIA, 2020, p. 13).

Caso os riscos de segurança se materializem, a falta de requisitos claros e as características das tecnologias de IA anteriormente mencionadas tornam difícil rastrear as decisões potencialmente problemáticas tomadas em relação ao envolvimento de sistemas de IA. Isto, por sua vez, pode tornar difícil para as pessoas que sofreram danos obterem uma indemnização ao abrigo da atual legislação da UE e nacional em matéria de responsabilidade. (COMISSÃO EUROPEIA, 2020, p. 14).

Assim, a dificuldade em rastrear decisões potencialmente problemáticas tomadas pelos sistemas de IA, acima referida em relação aos direitos fundamentais, aplica-se igualmente às questões relacionadas com segurança e responsabilidade. As pessoas que sofreram danos podem não ter acesso efetivo aos elementos de prova necessários para instruir um processo em tribunal, por exemplo, e podem ter possibilidades menos eficazes de recurso do que em situações em que os danos são causados por tecnologias tradicionais. Estes riscos aumentarão à medida que a utilização da IA se generalizar. (COMISSÃO EUROPEIA, 2020, p. 14)

A vigilância, então, vai na direção oposta à do sonho digital dos primeiros tempos. Em vez disso, despe a ilusão de que a forma conectada em rede tem algum tipo de conteúdo moral inerente, que estar “conectado” seja, de alguma forma, intrinsecamente pró-social e inclusivo ou com uma tendência natural à democratização do conhecimento. A conexão digital é agora um meio para fins comerciais de terceiros. Em sua essência, o capitalismo de vigilância é parasítico e autorreferente. (ZUBOFF, 2019, p. 25).

Na sociedade da informação as ameaças aos direitos fundamentais, como à vida, à liberdade e à segurança podem vir do poder sempre maior que as conquistas da ciência e das aplicações dela derivadas dão a quem está em condição de usá-las. (BOITEUX, 2020, p. 235)

Em razão da grande quantidade de informações disponibilizadas por meio da Internet, os mecanismos de busca tornaram-se o principal intermediário existente entre o usuário da Internet e a obtenção de informações por meio da Rede. Essa nova fase do esquecimento é voltada para a proteção da privacidade e da própria identidade do indivíduo na rede. (BOITEUX, 2020, p. 235 e 236).

O direito de ser esquecido permite que um indivíduo controle seus dados pessoais se não for mais necessário para seu propósito original, ou se, por algum outro motivo, desejar retirar o consentimento quanto ao seu processamento, entre outras razões. (SAFARI, 2017, p. 835)

Enquanto a proteção de dados é pensada como uma garantia, o seu fundamento, ou seja, a autodeterminação informacional, exprime-se como uma liberdade, ou seja, a autodeterminação informacional reveste a natureza de posição jurídica complexa, abrangendo elementos próprios das diferentes posições ativas que compõem os direitos fundamentais. (PINHEIRO, 2015, p. 805).

Os desafios que a inteligência artificial coloca ao direito, contudo,

não se resumem a esta realidade complexa, mas linear, de utilização de um qualquer mecanismo robótico dotado de um *software* que lhe transmite esse modo de operar autônomo e automatizado. (BARBOSA, 2019, p. 793).

Importantes decisões para a vida das pessoas têm sido tomadas única ou preponderantemente com base em mecanismos automatizados comandados por Inteligência Artificial. O grande medo reside no risco de que as pessoas acabem se tornando reféns de uma ditadura dos algoritmos. (MEDON, 2021, p. 299).

O sucessivo progresso a nível tecnológico trouxe-nos uma nova realidade que veio para ficar: os entes dotados de inteligência artificial. Esta nova era traz-nos problemas para os quais o Direito ainda não contém uma resposta inequívoca. (MENDES, 2020, p. 967)

No final, a escolha entre segurança e liberdade: você precisa de ambas, mas não pode ter uma sem sacrificar pelo menos parte da outra; e quanto mais tiver de uma, menos terá da outra. Em matéria de liberdade, é exatamente o contrário, afinal basta pressionar a tecla delete ou decidir parar de responder de sua interferência. (BAUMAN e LYON, 2013, p. 44)

O RGPD confere aos titulares dos dados pessoais o direito de solicitarem que estes sejam apagados, e os responsáveis ou os subcontratantes têm a obrigação de fazê-lo, com mais brevidade, tendo a finalidade que esse dado seja apagado ao ponto de ser esquecido. Requisitos esses que a LGPD não especificou como a legislação da União Europeia. (GUIMARÃES e MACHADO, 2020, p. 87)

Reconhecer o Direito ao Esquecimento, pode ser a única forma para exercermos aquilo que queremos ser e o que realmente é a nossa essência. Principalmente dentro de um ambiente que estamos constantemente sendo vigiados, perfilados e sempre recebendo recomendações daquilo que acham ser interessante para cada um. (GUIMARÃES, 2021)

3 Conclusão

O Direito ao Esquecimento surge como uma resposta à ampla divulgação de dados na internet e, também, contra a ampla capacidade de armazenamento que empresas e usuários possuem hoje. Tanto armazenamento nos dispositivos físicos como em serviços de nuvens.

A questão primordial é que hoje os serviços e as novas tecnologias têm como parte de sua construção a Inteligência Artificial, que através dos

algoritmos e com os dados dos usuários, mapeiam e registram o que cada um faz, e sugere informações, vídeos, fotos e tudo o que aparece na página principal para o usuário.

O problema então consiste em como podemos romper com essas sugestões, partindo desde uma simples busca na internet de produtos do dia a dia, as fotos e vídeos que consumimos nas redes sociais, e as informações e notícias que aparecem nos aplicativos de *news*?

A solução pode se apresentar no Direito ao Esquecimento, a partir de podermos escolher o que os *sites*, aplicativos, empresas e desenvolvedores sabem sobre cada usuário, podendo facilmente apagar dados e informações, pode gerar uma liberdade a mais para cada usuário desenvolver a sua personalidade livremente dentro da Internet. Podendo assim, não gerar suas opiniões e tomar atitudes influenciados por aquilo que apareceu na sua tela.

Além disso, o esquecimento também se mostra como uma eficaz ferramenta para combater informações inverídicas, informações que já não são contextualizadas e temporais, que podem atrapalhar o livre desenvolvimento da personalidade de cada usuário. Podendo assim, as informações que estão disponíveis na internet, cada dado sobre o usuário, serem específicos e conterem o consentimento de seu detentor.

Referências

BARBOSA, M. M. Data controllers e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil. **Revista de Direito Comercial**, Lisboa, p. 423-494, março 2018. ISSN 2183-9824.

BARBOSA, M. M. Inteligência Artificial e Blockchain: Desafios para a Responsabilidade Civil. **Revista de Direito da Responsabilidade**, Coimbra, n. Ano 1, 2019.

BAUMAN, Z.; LYON, D. **Vigilância Líquida**. Cambridge: Zahar, 2013.

BOITEUX, E. A. P. C. O direito ao esquecimento: uma lacuna na LGPD. In: MONACO, G. F. D. C.; MARTINS, A. C. E. M. S.; CAMARGO, S. D. **Lei Geral de Proteção de Dados: Ensaio e Controvérsias da Lei 13.709/18**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 231-240.

BRASIL. **Lei 13.709**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), de 14 de agosto de 2018. Brasília, 2018.

CASTRO, C. S. E. A Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, o Regulamento Geral sobre a proteção de dados pessoais e as novas perspectivas para o direito ao esquecimento na Europa. In: CONSTITUCIONAL, T. **Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos**. [S.l.]: Almedina, v. 1, 2016.

COMISSÃO EUROPEIA. **Livro Branco sobre a inteligência artificial: uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança. COM (2020) 65 final**. União Europeia. Bruxelas. 2020.

COOLEY, T. M. **A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independent of Contract**. Chicago: Callaghan and Company, 1879.

CUEVA, R. V. B. Proteção de Dados Pessoais e Direito ao Esquecimento. In: MENDES, L. S., et al. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020. p. 627-640.

EOYANG, M. Beyond Privacy and Security: The Role of the Telecommunications Industry in Eletronic Surveillance. **Journal of National Security, Law & Policy**, p. 263, 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Court of Appeal of California, Fourth District. **Melvin v. Reid**, 112 Cal.App. 285, de 28 de fevereiro de 1931.

FALEIROS JÚNIOR, J. L. D. M. Discriminação por Algoritmos de Inteligência Artificial: A Responsabilidade Civil, os Vieses e o Exemplo das Tecnologias Baseadas em Luminância. **Revista de Direito da Responsabilidade**, Coimbra, n. Ano 2, 2020.

FRAJHOF, I. Z. **O Direito ao Esquecimento na Internet: Conceito, Aplicação e Controvérsia**. São Paulo: Almedina, 2019.

FRITZ, K. N. **Jurisprudência Comentada dos Tribunais Alemães**. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

GUIMARÃES, J. A. S. A. **O regime jurídico do direito ao esquecimento (ou à desindexação) na União Europeia e a sua repercussão no direito brasileiro (DISSERTAÇÃO)**. Universidade do Minho, julho de 2019. Disponível em <<http://hdl.handle.net/1822/63949>>.

GUIMARÃES, J. A. S. A. O direito ao esquecimento: a última chance de sermos nós mesmos? **Migalhas**, 3 setembro 2021.

GUIMARÃES, J. A.; MACHADO, L. **Comentários À Lei Geral De Proteção De Dados: Lei 13.709/2018 com Alterações da MPV 869/2020**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

KEMP, S. **Digital 2021: Your ultimate guide to the evolving digital world**. We Are Social; Hootsuite. Londres, p. 1-300. 2021.

MARTINS, G. M. **Responsabilidade Civil por Acidente de Consumo**. 3ª. ed. São Paulo: Thomas Reuters: Revista dos Tribunais, 2020.

MARTINS, G. M.; GUIMARÃES, J. A. S. A. Direito ao esquecimento no STF: a dignidade da pessoa humana em risco. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 fevereiro 2021.

MAYER-SCHÖNBERGER, V. **Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age**. 4ª. ed. Princeton : Princeton University Press, 2011.

MEDON, F. **Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil: Autonomia, Riscos e Solidariedade**. 2ª. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2021.

MENDES, P. M. P. Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil: As Possíveis “Soluções” do Ordenamento Jurídico Português. **Revista de Direito da Responsabilidade**, Coimbra, v. Ano 2, 2020.

MIRANDA, J.; MEDEIROS, R. **Constituição Portuguesa Anotada**. 2ª. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, v. 1, 2017.

PARISER, E. **O Filtro Invisível – O que a internet está escondendo de você**. Tradução de Diego Alfaro. Versão para Kindle. ed. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2012.

PINHEIRO, A. S. (.). et al. **Comentários ao Regulamento Geral de Proteção de Dados**. Coimbra: Almedina, 2018.

PINHEIRO, A. S. **Privacy e Protecção de Dados Pessoais: A Construção Dogmática do Direito à Identidade Informacional**. Lisboa: AAFDL, 2015.

RODOTÀ, S. **A Vida na Sociedade da Vigilância: A privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SAFARI, B. A. Intangible Privacy Rights: How Europe’s GDPR Will Set a New Global Standard for Personal Data Protection. **Seton Hall Law**

Review, Newark, v. Volume 47, n. Issue 3, p. 809-848, 2017. Disponível em: <<https://scholarship.shu.edu/shlr/vol47/iss3/6>>. Acesso em: 03 Novembro 2021.

SAFARI, B. A. Intangible Privacy Rights: How Europe's GDPR Will Set a New Global Standard for Personal Data Protection. **Seton Hall Law Review**, Newark, v. 47, n. 809-848, 2017.

SILVEIRA, A.; MARQUES, J. Do Direito a Estar Só ao Direito ao Esquecimento. Considerações Sobre a Proteção de Dados Pessoais Informatizados no Direito da União Europeia: Sentido, Evolução e Reforma Legislativa. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 91-118, 2016.

SILVESTRE, G. F.; BORGES, C. B.; BENEVIDES, N. S. The Procedural Protection of Data De-Indexing in Internet Search Engines: The Effectiveness in Brazil of the So-Called "Right To Be Forgotten" Against Media Companies. **Revista Jurídica - UNICURITIBA**, Curitiba, v. 1, n. 54, p. 25-50, março 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e o Conselho. **Regulamento nº 2016/679**, de 27 de abril de 2016. Bruxelas, 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal De Justiça da União Europeia. Pedido de decisão prejudicial apresentado pela Audiencia Nacional. **Acórdão Google Spain SL, Google Inc./Agencia de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González – Processo C-131/12**, Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 13 de maio de 2014.

WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, Boston, v. IV, n. 5, dezembro 1890.

ZUBOFF, S. **A Era do Capitalismo de Vigilância**. 1ª. ed. Nova York: Editora Intrínseca, 2019. ISBN 978-65-5560-145-9.

Texto completo 6

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E O TRATAMENTO CONFERIDO ÀS EMPRESAS ESTRANGEIRAS

Bruna Bastos¹

Luiza Berger von Ende²

1 Considerações iniciais

A rede mundial de computadores é caracterizada, principalmente, pela transposição de fronteiras, permitindo o intercâmbio de dados, de informações e de comunicação de maneira veloz para qualquer parte do mundo. A utilização dos serviços digitais, portanto, tornou-se cada vez mais internacional, a tal ponto que grande parte das funcionalidades da rede, utilizadas pelos cidadãos brasileiros, não têm origem pátria. Isso significa dizer que a internet, enquanto ferramenta que possibilita uma conexão sem precedentes, ignora as delimitações territoriais e nacionais, desafiando a lógica do Estado-nação e colocando em xeque as possibilidades de regulação desse espaço público e social formado pelas plataformas digitais e pelas redes sociais virtuais.

Uma maior compreensão dos riscos relativos à coleta, ao tratamento, à comercialização e à utilização dos dados pessoais a partir do uso dessas plataformas pelos indivíduos foi construída a partir de casos emblemáticos como o da Cambridge Analytica em torno das penúltimas eleições presidenciais estadunidenses e de outros vazamentos de dados que se tornaram comuns no Brasil e no mundo nos anos mais recentes. Nessas ocasiões, os dados pessoais de milhões de internautas, inclusive brasileiros, foram indevidamente explorados às custas da privacidade e de demais direitos humanos e fundamentais. Em que pese existam dificuldades

1 Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Pesquisadora do Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet/UFSM. Advogada e Professora de Direito na FADISMA. E-mail: bts.bru@gmail.com.

2 Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Bolsista PROBIC/FAPERGS. Pesquisadora do Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet/UFSM. E-mail: luiza.bergerv@gmail.com.

na regulação desse espaço virtual, esses marcos fomentaram um cenário no qual alguns países demonstraram esforços para a elaboração de leis e regulamentos os quais fossem capazes de proteger os dados pessoais de seus cidadãos e seu território, tal qual o General Data Protection Regulation (GDPR), desenvolvido na União Europeia e publicado no ano de 2016.

Essa legislação foi responsável por impulsionar a criação de dispositivos semelhantes em outros países, como o Brasil, que publicou em 2018 a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). O objetivo do GDPR, da LGPD e de outras leis análogas é possibilitar a proteção dos dados pessoais de seus cidadãos, garantindo a efetividade do direito à privacidade e à autodeterminação informativa também no contexto online e buscando evitar que os usuários da internet tenham outros direitos cerceados em razão do uso indiscriminado desses dados pela iniciativa privada e pelo próprio governo. Apesar de ser uma prática que remonta à primeira década deste século, a existência dessas legislações já representa um avanço para conferir importância à autodeterminação informativa e merece ser olhada mais aprofundadamente para que eventuais falhas possam ser solucionadas.

No caso da LGPD, o texto legal define dado pessoal como uma “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” e estabelece diretrizes para democratizar o acesso e o tratamento dessas informações (BRASIL, 2018). Entretanto, tendo em vista que muitas empresas estrangeiras são as responsáveis por realizar a coleta e o tratamento dos dados pessoais cujos titulares são brasileiros, torna-se imperioso compreender se a LGPD detém dispositivos eficientes para garantir um mínimo de proteção aos dados pessoais de brasileiros que não estejam armazenados no Brasil ou que sejam utilizados por empresas estrangeiras. Essa problemática se torna ainda mais pertinente levando em consideração que alguns países-sede de várias empresas não possuem regulações sobre dados pessoais ou, possuindo, oferecem menor tutela.

Frente a esse contexto, o objetivo deste artigo é verificar se a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais possui mecanismos suficientes para sujeitar empresas estrangeiras, atuantes no Brasil, aos seus dispositivos de proteção de dados pessoais, em benefício dos cidadãos brasileiros titulares dos dados. Para responder ao problema de pesquisa, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, aplicando premissas gerais acerca da legislação supracitada no caso específico da utilização de dados pessoais de brasileiros por empresas do exterior para verificar a efetividade da LGPD nesses casos; o método de procedimento tipológico, por meio do qual se analisa

a capacidade de aplicabilidade de premissas ideais em casos concretos; e, ainda, as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, pelo estudo de obras científicas, documentos e legislações pertinentes ao tema.

2 O estado da arte do uso de dados pessoais por empresas privadas

Quando se pensa em tecnologia, vem à mente de forma imediata a imagem de progresso. De fato, o mundo digital - que representa a caricatura do que é “tecnológico” no século XXI - é a quem se atribui a facilitação, o aprimoramento e o aumento da rapidez na realização de tarefas cotidianas e especializadas, a tal ponto que tornou-se praticamente inimaginável a vida sem esta comodidade. Em parte por este motivo, acredita-se, então, que a tecnologia por si só é capaz de trazer somente benesses, que seu desenvolvimento e suas consequências são inevitáveis ou mesmo que, seja como for, é o caminho necessário para o desenvolvimento do planeta. Entre os diversos pontos de vista sobre a temática, Danilo Doneda (2006, p. 41) mostra que

[...] a tecnologia apresenta um caráter fortemente instrumental e utilitarista. A tendência de convergir, nestes aspectos, a noção de tecnologia, pela qual ela é basicamente um meio para atingir um fim a ela exterior, é muito forte. Por outro lado, existe o apelo de alguns autores para relativizar ou mesmo negar a sua pretensa neutralidade, que derivaria deste seu caráter instrumental.

A partir daí, o uso da tecnologia, seguindo um raciocínio crítico, não é um fim em si mesmo, tampouco inatingível pela sociedade, pela cultura, pela economia e por interesses públicos e privados. As empresas da área, portanto, que operam desde as últimas décadas com o combustível indispensável dos dados pessoais, evidentemente os utilizam em congruência com seus próprios objetivos - o maior deles sendo a maximização de lucros - em detrimento das até então escassas regras jurídicas acerca da privacidade e da proteção de dados no ambiente on-line. Na realidade, essas grandes empresas não começaram suas atividades através da mineração de dados pessoais; a ideia inicial era apenas conectar pessoas. Mas, com o tempo, as equipes precisaram encontrar uma forma de monetizar as plataformas - momento no qual o comércio de informações sensíveis dos usuários pareceu uma boa alternativa. (FRENKEL; KANG, 2021)

Isso significa que essas empresas perceberam, através de seus engenheiros, que todos os passos de um usuário da internet são capazes de gerar dados, ou seja, conjuntos de informações que, quando organizadas

sistematicamente, são capazes de identificar uma determinada pessoa. Dessa forma, cada “clique” no botão Curtir do Facebook, por exemplo, demonstra afinidades, interesses e características daquele usuário, o que é compilado pela plataforma em centros de dados e, posteriormente, tratado e comercializado com empresas que têm interesse em atingir aquele grupo de usuários em razão de suas preferências. Para tanto, utilizam-se de leilões de anúncios que são direcionados de acordo com as informações extraídas pela plataforma, de modo que cada empresa que adquire tais anúncios atinge pessoas cujos interesses estão de acordo com os produtos, serviços e/ou ideias disponibilizados. (PARISER, 2012)

É neste cenário que Shoshana Zuboff (2020) assevera que a circunstância que mais caracteriza a era digital é melhor representada pelo título de “era do capitalismo de vigilância”, visto que a experiência humana é a matéria prima gratuita, reivindicada como própria pelas grandes empresas digitais, com a qual são feitas previsões com o intuito de realizar modificações de comportamentos futuros dos internautas. As empresas verdadeiramente capitalistas de vigilância apontadas pela autora são o Facebook, o Google e a Microsoft, as quais dominam o mercado futuro comportamental e influenciam demais empresas, que podem ou não serem digitais.

O solo fértil no qual estas companhias prosperaram enquanto capitalistas de vigilância era regado pela ausência de legislação quanto ao uso de dados pessoais, pelo compartilhamento de interesses com agências governamentais (principalmente estadunidenses) e, ainda, pelo destemor em autodeclarar os dados de titularidade alheia como se suas propriedades fossem. Dados que inicialmente eram utilizados exclusivamente como melhoradores do serviço oferecido passaram a ser tratados com o objetivo de encontrar a probabilidade de que um grupo de pessoas realizasse determinadas ações, como forma de trazer lucro para a empresa, que precisava pagar seus funcionários e melhorar os centros de armazenamento de dados. Essas previsões (tais como a chance de alguém clicar em um anúncio, visitar um *website* e comprar um produto) começaram a ser vendidas a interessados em utilizá-las para fazer publicidade direcionada e aumentar a chance de atingir as pessoas mais propensas a aderir à campanha e que pudessem proporcionar maiores retornos financeiros. (ZUBOFF, 2020).

Essa ausência de legislação não se manteve assim por acaso: o Facebook passou a adquirir lobistas em Washington DC (EUA) para garantir que não teria problemas em manter suas atividades frente aos

novos movimentos por privacidade e regulamentação. Em entrevista com amigos de Mark Zuckerberg, Sheera Frenkel e Cecilia Kang (2021, p. 42) identificaram que o CEO do Facebook, plataforma que conta agora com mais de 1 bilhão de usuários, costumava se gabar ainda em 2004 da imensa quantidade de informações que conseguia coletar das pessoas que frequentavam a rede social, que à época era limitada a universidades. Ele disse, em uma conversa on-line com um amigo, que tinha “mais de 4000 e-mails, fotos, endereços, contatos” e, quando questionado sobre como havia conseguido tais informações, respondeu: “as pessoas simplesmente postaram [...] elas ‘confiam em mim’ [...] idiotas pra caralho”.

Ainda em conformidade com as autoras, as quais entrevistaram centenas de ex-funcionários do Facebook para finalizar a pesquisa sobre as genuínas políticas da plataforma, o objetivo de Zuckerberg sempre foi o crescimento e a conexão entre pessoas, mesmo que isso significasse violar a privacidade delas através da coleta de todas as informações e dos padrões de comportamento que podiam ser inferidos através das atividades dos usuários na rede social. O Facebook aumentou consideravelmente a quantidade de funcionários, mas nunca se preocupou efetivamente com a segurança dos dados que poderiam ser acessados por eles, uma vez que o foco de Zuckerberg sempre foi novas experiências e, o de Sandberg (a COO do Facebook), como monetizar a plataforma através de anúncios. Isso significa que padrões de segurança foram sistematicamente ignorados por anos a fio pela plataforma, cujo “CEO fazia questão de repetir o mantra ‘Primeiro a empresa, depois o país’”. (FRENKEL; KANG, 2021, p. 153)

Não é à toa que foi esta empresa a envolvida em diversos escândalos repercutidos mundialmente no que tange à utilização indevida de dados pessoais. A mais emblemática, sem dúvida, ocorreu em 2016, no contexto das eleições presidenciais dos Estados Unidos, no qual a empresa de análise de dados Cambridge Analytica valeu-se dos dados disponibilizados pelo Facebook para direcionar anúncios a grupos muito específicos a favor do candidato republicano, mesmo que algumas das publicações fossem contraditórios entre si. O segredo do sucesso da prática é que, com base em categorias de dados pessoais bastante específicas, o anúncio enviado a um micro-grupo jamais seria visto por outro que tinha características diferentes. (KAISER, 2020).

O micro-direcionamento de conteúdo foi possível por uma grave falha - intencional ou não - na plataforma da rede social, que não só abria as portas para a obtenção de dados de um usuário como também aos dados daqueles conectados com ele (os quais nem precisavam ter contas

em redes sociais para terem suas informações coletadas e utilizadas), independentemente de seu consentimento. Ao inserir as pessoas nesses pequenos grupos com interesses e gostos semelhantes, as redes sociais foram criando filtros invisíveis (PARISER, 2012), os quais determinavam o que cada usuário teria acesso e o que seria direcionado para outros grupos, pré-determinando aquilo que cada pessoa veria em sua tela. O funcionamento dava-se da seguinte maneira:

Quando as pessoas se cadastravam para jogar jogos como o Candy Crush, no Facebook, e concordavam com os termos de serviço desse aplicativo, desenvolvido por terceiros, elas assentiam em fornecer seus dados e os dados de todos os seus amigos de graça aos desenvolvedores do aplicativo e, inadvertidamente, a todos com quem esse desenvolvedor decidisse compartilhar as informações. O Facebook autorizava esse acesso por meio do que ficou conhecido como “Friends API”, um portal de dados agora famoso que violava as leis de proteção de dados no mundo inteiro, uma vez que não há qualquer legislação, seja nos Estados Unidos, seja em qualquer outro país, que considere legal alguém consentir em nome de outras pessoas adultas e que possam responder por seus atos. (KAISER, 2020, p. 82).

Uma das questões mais problemáticas envolvendo os escândalos do Facebook (que desde sempre atuou para reduzir a concorrência, adquirindo outras plataformas digitais, como o Instagram e o WhatsApp, ou criando recursos em suas próprias empresas para minar outras plataformas) é que a própria rede social e seus engenheiros não tinham condições de mensurar a dimensão do uso indevido das suas ferramentas. No caso da intervenção russa nas eleições norte-americanas de 2016, a equipe de segurança do Facebook demorou meses para conseguir rastrear e identificar a atuação dos russos na plataforma através de anúncios para disseminação de propaganda política. Isso demonstra que as próprias empresas de tecnologia ainda não possuem os mecanismos necessários para efetivamente proteger os usuários e seus dados - até porque seguem vendendo-os para anunciantes e possibilitando o acesso do governo. (FRENKEL; KANG, 2021)

Vale esclarecer e ressaltar a dimensão da importância que as empresas estrangeiras mencionadas possuem no que tange à utilização de dados pessoais. Pela própria natureza do negócio digital e pela gigantesca abrangência - territorial, algorítmica e relativamente à variedade dos tipos de dados que coletam - das práticas das companhias, o ambiente é perfeitamente propício para que os dados sejam o seu principal interesse, não um mero complemento à atividade que exercem. Portanto, ainda que demais empresas de fora do país lidem com dados cujos titulares são

brasileiros, tais como *sites* de comércio ou outras organizações, o impacto do gerenciamento dessas informações é consideravelmente maior quando realizado pelas maiores capitalistas de vigilância.

Dessa forma, resta inequívoca a relação entre o uso dos dados pessoais pelas companhias privadas e a direta ameaça à privacidade. As práticas das empresas, todas operantes sob sigilo, ilustram como as próprias noções dos direitos fundamentais são manipuladas para que sirvam aos propósitos empresariais, em vez de nortear o caminho da dignidade humana. Pode-se dizer, assim, que “a privacidade não é erodida, mas redistribuída, uma vez que o direito de escolha sobre a privacidade é reivindicado pelo capital da vigilância” (ZUBOFF, 2020, p. 110). É nesse cenário de colonização informacional que as empresas reivindicam para si todo o poder de controle de dados de titularidade de terceiros mascarado por comodidades e funcionalidades supérfluas com a fachada da necessidade e da prosperidade, às custas de direitos humanos e fundamentais.

Frente a esse contexto e aos problemas que vinham tomando forma desde o começo do século XXI, algumas iniciativas foram tomadas no sentido de regulamentar a coleta, o tratamento, o uso e a comercialização de dados pessoais, experiências realizadas majoritariamente por empresas privadas - como as já mencionadas. Nos Estados Unidos, essas tratativas não foram muito além de sanções administrativas e de acordos com as empresas, grande parte em razão da sua proximidade com os lobistas e da descentralização das legislações norte-americanas. Entretanto, a União Europeia - historicamente mais protetiva em relação aos direitos individuais - foi a pioneira em trazer uma lei que regulamenta esse cenário e foi seguida pelo Brasil, que aprovou em 2018 a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Assim, resta verificar a sua efetividade para proteger a privacidade dos usuários, sobre o que se discorre a seguir.

3 As potencialidades e necessidades da LGPD frente ao contexto internacional

Conforme foi verificado anteriormente neste estudo, não é apenas o cidadão norte-americano que é impactado diretamente com os problemas advindos da coleta, do tratamento, do uso e da comercialização de dados pessoais por empresas de tecnologia que detêm plataformas on-line. Dada a ausência de fronteiras territoriais na internet, pessoas de todos os países do mundo podem ter contas em redes sociais, como o Facebook e o Google, e, por conseguinte, sofrer as consequências da exposição de informações

pessoais e da fragilidade das medidas de segurança adotadas por essas empresas. Uma vez que se nota um ímpar risco à proteção de dados pessoais também de brasileiras e brasileiros por empresas notadamente estrangeiras, somado à emergência de legislações sobre o tema no cenário nacional e internacional, é importante verificar a aplicabilidade das disposições pátrias para uma proteção efetiva.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais foi publicada em 2018, expressamente declarando que seu objetivo é “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” (BRASIL, 2018, s.p.). Assim como o Marco Civil da Internet, adotado em 2014 pelo Brasil e usado como espelho para outras legislações ao redor do mundo, a LGPD demorou anos para ser aprovada por ter sido alvo de muitos debates entre legisladores, lobistas, empresas privadas, juristas e a sociedade civil. Ainda, ela teve como base o General Data Protection Regulation (GDPR), da União Europeia, cuja normativa foi pioneira na proteção de dados pessoais em todo o mundo - além de ter sido extremamente bem redigida e organizada.

A LGPD, além de conceituar o que é dado pessoal e diferenciá-lo de dados pessoais sensíveis³, também traz os princípios que balizam a atuação dos órgãos governamentais que fiscalizam as empresas privadas responsáveis pelas plataformas, bem como que devem servir como base para todas as diretrizes internas dessas empresas, incluindo políticas de privacidade e termos de uso. Esses princípios consagram a privacidade e a autodeterminação informativa dos cidadãos brasileiros ao mesmo tempo em que buscam não minar a inovação tecnológica e a própria economia:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

3 Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; [...]. (BRASIL, 2018)

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. (BRASIL, 2018, s.p.).

No tocante especificamente às empresas privadas, o artigo 3º da LGPD deixa claro, de pronto, que as suas disposições se aplicam a qualquer pessoa, natural ou jurídica, que realize tratamento de dados pessoais, independentemente do país de sede ou do local onde estão localizados os dados. Os critérios para tanto são que “a operação de tratamento seja realizada no território nacional”, que “a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens e serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional” ou que “os dados pessoais [...] tenham sido coletados no território nacional”. (BRASIL, 2018, s.p.)

Isso significa dizer que a LGPD tomou o cuidado de incluir as empresas que estão localizadas fora do território nacional, impondo apenas o requisito de que os titulares dos dados pessoais estejam no Brasil. A Lei incluiu as pessoas estrangeiras na medida em que não especificou os titulares como brasileiros, limitando-se a referir que essas pessoas devem estar no país para estar sob a proteção dos seus dispositivos. Percebe-se, ainda, que houve a inclusão de empresas, independentemente de serem nacionais ou estrangeiras, cuja atividade de tratamento de dados se dá em território brasileiro. (BRASIL, 2018) Assim, a LGPD trouxe uma previsão extensiva em relação aos usuários que podem ser protegidos por ela e quanto às empresas que estão sujeitas a esses dispositivos.

Tal como estabelecido na letra da lei, a pretensão de tutelar tamanho universo de dados é, sem dúvida, um significativo passo à frente em direção à proteção da privacidade e dos direitos dos cidadãos brasileiros, trazendo um forte bônus no combate às maiores violações perpetradas por capitalistas de vigilância - notadamente aquelas que mais ameaçam a harmonia entre o uso de dados e as garantias humanas fundamentais. A LGPD traça diretrizes que norteiam a restrição ou a possibilidade do tratamento de dados pessoais, versando, em seu artigo 7º, as hipóteses nas quais é permitida a atividade, entre os quais pode-se mencionar: mediante consentimento do titular; para a realização de estudo por órgãos de pesquisa, observada a anonimização dos dados sempre que possível; e para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro. (BRASIL, 2018).

Diante desses casos de permissibilidade, alguns contrapontos podem ser percebidos e merecem análise crítica. Em primeiro lugar, quanto ao consentimento, deve-se reparar que cada plataforma elabora termos de uso e políticas de privacidade com as quais o usuário deve consentir para que possa cadastrar-se e/ou utilizar os serviços oferecidos. Estes termos são inegociáveis, consentidos por adesão, o que geralmente se dá por meio de caixas de seleção que requerem apenas um clique para demonstrar concordância. A leitura desses termos é tão irreal que o portal Visual Capitalist criou um infográfico para mostrar quanto tempo uma pessoa adulta levaria para ler esses textos. No caso da Microsoft, um adulto regular levaria 63,5 minutos para ler apenas os Termos de Uso da plataforma; no caso do Facebook, seriam 17,2 minutos, sem incluir as políticas de privacidade. O portal estimou que, para ler todos os contratos digitais, um adulto precisaria de 250 horas⁴. (LEPAN, 2020) O estudo é corroborado por Zuboff (2020, p. 64), que afirma que “esses documentos digitais são excessivamente longos e complexos, em parte para desencorajar usuários de os ler de fato, mesmo que a maioria dos tribunais venha respaldando a legitimidade desses acordos via cliques (click-wrap), apesar da óbvia falta de profundo consentimento”.

Em segundo lugar, a anonimização dos dados, bastante valorizada como forma de proteção aos dados pessoais, pode ser desafiada. É o que demonstram os estudos de Latanya Sweeney (2009), que, há anos, realiza pesquisas na área da anonimização - ou melhor, desanonimização - de dados. A Ph.D. e professora de Harvard demonstra cientificamente que, em diversas ocasiões, há a possibilidade de reidentificação dos dados que foram postos em anonimidade, incluindo dados de questionários, dados médicos e de saúde e dados relativos a registros criminais. Desse modo, a segurança prometida pela anonimização ainda não se mostra suficiente para que os dados pessoais estejam protegidos e a privacidade esteja a salvo

4 “These agreements are an insight into the legal mumbo jumbo that exists when it comes to regulating the use of these apps. There are a multitude of agreements that go even further into depth about what rules govern developers, online cash transactions and much more. The average American would need to set aside almost 250 hours to properly read all the digital contracts they accept while using online services. Regardless, users may feel like they are wasting time reviewing a contract that can neither change or refuse—or more vitally, even comprehend.” (LEPAN, 2020, s.p.) Tradução livre: “Esses acordos são uma visão do mundo legal que existe quando se chega na regulação do uso desses aplicativos. Existe uma grande quantidade de acordos que vão mais longe sobre o que regula desenvolvedores do governo, transações financeiras on-line e muito mais. Um americano normal precisaria separar quase 250 horas para ler todos os contratos digitais que aceita enquanto utiliza serviços on-line. Além do mais, usuários podem sentir que estão desperdiçando tempo revisando um contrato que não podem mudar nem recusar - ou sequer compreender.”

da interferência de terceiros e do prejuízo ao titular. Este fator fragiliza, portanto, as disposições legais que aprovam facilmente essa técnica como um permissivo para o tratamento de dados na LGPD.

Na sequência, tem-se a previsão do legítimo interesse; contudo, “diferentemente do que ocorre com outros conceitos, não há no art. 5º definição do que seria o legítimo interesse”, de maneira que deve ser feita uma interpretação baseada no significado das palavras e nos demais dispositivos trazidos pela legislação, o que, de certa forma, acaba colocando em debate o bom-senso ou a moralidade de quem está aplicando esse preceito, deixando a interpretação aberta (CUNHA, 2021). Entretanto, mesmo sem essa devida conceituação e tendo em vista as dificuldades de aplicação do legítimo interesse, a lei trouxe algumas medidas de cautela que devem ser tomadas pelos agentes de tratamento e, conseqüentemente, pelas empresas privadas que têm acesso a essas informações, o que está previsto no art. 10⁵ da LGPD. Mesmo assim, Bruno Bioni (2018, p. 328) já previu que “uma das questões mais difíceis será analisar quando a base legal do consentimento seria mais adequada que a do legítimo interesse, e vice-versa”.

Essas disposições aplicam-se, visivelmente, também às empresas estrangeiras, visto que estendem-se aos casos de proteção e de permissão em relação aos titulares, como já descrito neste trabalho quanto à aplicabilidade da LGPD, em concordância com a previsão do artigo 3º. No entanto, a maior dificuldade que sempre esteve em pauta quando o assunto é proteção de dados pessoais é a questão fronteiriça, ou seja, de que maneira uma legislação estritamente brasileira pode ser capaz de sujeitar empresas cujas sedes de tratamento de dados não estão localizadas em território nacional. Em que pese exista previsão legal no tocante às empresas estrangeiras, independentemente da sua localização, uma vez que leva em consideração apenas onde se encontra o usuário da internet (o que não deixa de ser importante), ainda se constatam algumas limitações quanto à aplicabilidade e à fiscalização das atividades dessas empresas.

Isso porque existe uma tendência de adaptação da sociedade a essas normativas internas, sob o pretexto de que elas são imutáveis, inevitáveis e, ao fim e ao cabo, facilitadoras da vida social na medida em que permitem

5 “Art. 10. O legítimo interesse do controlador somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades legítimas, consideradas a partir de situações concretas, que incluem, mas não se limitam a: I - apoio e promoção de atividades do controlador; e II - proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas dele e os direitos e liberdades fundamentais, nos termos desta Lei.” (BRASIL, 2018, s.p.).

uma conexão nunca antes vista (ZUBOFF, 2020). Nesse sentido:

Enquanto processos judiciais e investigações se desenrolam no tedioso ritmo das instituições democráticas, o Google continua a desenvolver suas contestadas práticas em alta velocidade. Durante o tempo transcorrer ido entre os inquéritos da FTC e da FCC [Federal Communication Commission - Comissão Federal de Comunicações], casos judiciais, controles judiciais e investigações da comissão da União europeia, as novas práticas contestadas tornam-se consagradas como fatos institucionais, logo reforçadas por crescentes sistemas de investidores. As pessoas se habituem à incursão com alguma combinação de concordância, impotência e resignação. A sensação de perplexidade e afronta se dissipa. A incursão em si, outrora impensável, aos poucos se insinua no cotidiano como. Pior ainda, de forma gradual começa a parecer inevitável. (ZUBOFF, 2020, p. 166-167).

A teoria se prova ao estudar o escândalo Spy-Fi, protagonizado pelo Google por volta dos anos 2010. A Comissão Federal Alemã para Proteção de Dados revelou que as operações de uma das atividades da empresa, o Google Street View, coletavam indevidamente dados pessoais de redes Wi-Fi privadas, razão pela qual foi levado o caso para investigação na União Europeia e, também, ao tribunal alemão. Tamanho foi o problema desenrolado que investigações foram realizadas em mais de dez países, incluindo os Estados Unidos. Em toda esta trama, ainda que existissem provas da responsabilidade da empresa sobre o ocorrido, a companhia não só negava as alegações como também dificultava as investigações, deixando de cumprir ordens e, portanto, obstruindo os esforços jurídicos na conclusão do assunto. O que a dona do Street View obteve com isso foi que suas atividades sequer foram suspensas durante esse período e continuam coletando dados, ou seja, matérias primas para seu empreendimento. (ZUBOFF, 2020)

Dessa forma, por mais que se tenha uma legislação bem estruturada, a própria arquitetura das empresas de plataformas on-line é direcionada para tornar cada vez mais opaco o uso e o tratamento dos dados pessoais dos usuários, dificultando a fiscalização extraterritorial e, especialmente, adaptando a sociedade às exigências de superávit comportamental (ZUBOFF, 2020). Essa dificuldade de controle e de fiscalização presente na União Europeia, que comporta vários países e, por conseguinte, tem mais alcance territorial, é ainda maior no caso do Brasil, até porque o próprio governo brasileiro possui interesse nessas informações e em uma fiscalização deficiente, que permite o uso inapropriado dos dados pessoais coletados nas plataformas on-line. (SILVEIRA, 2019) Até a presente data (dezembro de 2021), não há no Brasil julgados nos tribunais que tenham

versado acerca do tema do tratamento de dados pessoais de brasileiros pela LGPD⁶, sendo incipiente o emprego da nova legislação perante o sistema judiciário.

A partir do estudado, expõe-se a fragilidade do sistema jurídico não somente brasileiro, como também de outros países notadamente pioneiros no que tange à proteção de dados pessoais, frente ao império capitalista de vigilância, que subverte sistemas democráticos para servir aos interesses econômicos de gigantes digitais - e garantindo os interesses econômicos por detrás dos serviços gratuitos que são oferecidos aos usuários. Assim, por mais que se perceba um avanço importante na perfectibilização de legislações que busquem proteger dados pessoais no ambiente conectado on-line, a fiscalização no cumprimento dos dispositivos legais encontra limitações nos interesses das empresas e, mais intrinsecamente, nas características transfronteiriças dessas operações envolvendo dados pessoais coletados na rede mundial de computadores.

4 Considerações finais

Diante do que foi estudado, verifica-se que o controle do setor de coleta, de tratamento e de comercialização de dados pessoais é exercido por empresas pontuais e bastante influentes no cenário digital: Google, Facebook e Microsoft, as gigantes capitalistas de vigilância. O termo elaborado por Zuboff descreve essas práticas a partir da reivindicação de direitos cuja titularidade é detida pelos usuários, mas que são autodeclaradas ativos empresariais pelos capitalistas, comercializando-os em mercados de comportamento futuro para buscar um superávit. Essa incursão nos dados pessoais dos usuários da internet foi ancorada na baixíssima incidência, no começo do século, de legislações protetivas de dados e na premissa de inevitabilidade e de bondade da tecnologia, cujo objetivo era conectar pessoas e facilitar a vida em sociedade. Assim, as plataformas digitais se tornaram ubíquas no cotidiano e acompanharam de perto a produção de dados pessoais, estimulando essa manufatura e obtendo lucros com cada

⁶ Até o final de 2021, foram constatados julgados que versavam sobre a temática dos dados pessoais e da importância de sua proteção, inclusive no nível do Supremo Tribunal Federal (STF). Entretanto, eles não trouxeram a LGPD como fundamento para as decisões proferidas, tendo sido utilizados, por outro lado, legislações como a Constituição Federal, o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor para embasar a proteção conferida pelo STF aos dados pessoais. Para verificar os casos aos quais se faz referência: ADI n. 6.387/DF; Agravo de Instrumento n. 0749765-2020.8.07.0000/DF; Apelação Cível n. 0012082-69.2015.8.07.0001/DF.

byte de informação.

A utilização indevida dos dados pessoais não só é prática comum nas referidas companhias, mas também é uma das bases sobre as quais se assentam suas economias, posto que os próprios dados - ou melhor, o tratamento e a previsão que seus algoritmos fazem a partir deles - são as fontes de receita das capitalistas digitais, uma vez que os resultados dessas operações são vendidos na forma de anúncios e de direcionamento de conteúdo. Riscos à privacidade e à autodeterminação informativa começaram a emergir no debate legislativo e perante a sociedade alguns anos depois do *debut* das atividades ilegítimas das empresas, encabeçados a partir de grandes escândalos expostos publicamente, tal como o caso Spy-Fi e o caso Cambridge Analytica, alguns dos quais sequer foram detectados pela própria empresa em razão da falta de preocupação com segurança de dados - ou melhor dizendo, da própria necessidade em mantê-los fora do alcance da privacidade.

Através destas situações, emergiram legislações e normas sobre a privacidade e a proteção dos dados pessoais disponibilizados on-line, como o General Data Protection Regulation (GDPR) e, posteriormente, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) brasileira. Nada obstante, constatou-se que, de fato, o Poder Judiciário, aliado à demorada burocracia estatal, não foi páreo para o enorme poder concentrado pelas empresas, capazes de obstaculizar processos judiciais e investigações, tudo isso enquanto ainda recebiam os lucros das atividades indevidas e habituavam os cidadãos aos abusos com novidades dispensáveis e com a sombra dos serviços gratuitos, que mascaram o que vem sendo operacionalizado pelas gigantes da tecnologia e seus engenheiros.

Exclusivamente no âmbito nacional, não foram localizados casos julgados pelos tribunais que mencionassem o tratamento de dados por empresas estrangeiras e nos quais tenha sido aplicada a LGPD, demonstrando a tímida inserção da legislação que completa 4 anos em 2022. Em outras palavras, apesar de a LGPD ter representado um avanço considerável no tocante à tutela dos dados pessoais dos cidadãos brasileiros, parece que a sociedade e as instituições judiciais estão deixando de utilizar a LGPD em favor da privacidade e da autodeterminação informativa, seja mencionando outros dispositivos para fundamentar decisões judiciais, seja deixando de processar as empresas tecnológicas por vazamentos ou pelo (nem tão) simples uso/tratamento/comercialização indevido dos dados pessoais presentes nas plataformas on-line. Os motivos para essa tendência não podem ser averiguados sem um estudo mais aprofundado, que merece

ser levado a cabo para possibilitar que sejam sanadas eventuais lacunas ou falhas na LGPD - como aquelas que dizem respeito à dificuldade de fiscalização extraterritorial.

Percebe-se, assim, que a LGPD tem mecanismos para sujeitar as empresas estrangeiras à proteção conferida por ela aos dados pessoais; entretanto, não se pode afirmar que esses dispositivos, por si só, serão suficientes, uma vez que a legislação, por ter caráter nacional e se limitar ao território brasileiro, encontra dificuldades em responsabilizar as empresas estrangeiras por eventuais violações - especialmente aquelas sem filial no Brasil. Dessa forma, conclui-se pela existência de mecanismos de proteção de dados pessoais pela LGPD, mas, ao menos por ora, eles não se mostram suficientes para proteger os cidadãos brasileiros de violações patrocinadas por empresas estrangeiras.

Referências

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. Lei n. 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). In: **Diário Oficial da União**, 15 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 31 dez. 2021.

CUNHA, Johann Bielemann. **Legítimo interesse: a carta (nada) branca da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2021.

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

FRENKEL, Sheera; KANG, Cecília. **Uma verdade incômoda: os bastidores do Facebook e sua batalha pela hegemonia**; tradução Cássio de Arantes Leite, Claudio Alves Marcondes, Odorico Leal. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

KAISER, Brittany. **Manipulados: como a Cambridge Analytica e o Facebook invadiram a privacidade de milhões e botaram a democracia em xeque**. Tradução Roberta Clapp e Bruno Fiuza. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2020.

LEPAN, Nicholas. Visualizing the Length of the Fine Print for 14 popular apps. **Visual Capitalist**, 18 de abril de 2020. Disponível em:

<https://www.visualcapitalist.com/terms-of-service-visualizing-the-length-of-internet-agreements/>. Acesso em: 31 dez. 2021.

PARISER, Eli. **O filtro invisível:** o que a Internet está escondendo de você. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. **Democracia e os códigos invisíveis:** como os algoritmos estão modulando comportamentos e escolhas políticas. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019. [livro eletrônico]

SWEENEY, Latanya. **Policy and Law:** Identifiability of de-identified data. 2009. Disponível em: <http://latanyasweeney.org/work/identifiability.html>. Acesso em: 31 dez. 2021.

ZUBOFF, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância:** a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Tradução George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

Texto completo 7

AS “DIRETRIZES DA COMUNIDADE” DO *YOUTUBE* E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Pillar Cornelli Crestani¹
Rafael Santos de Oliveira²

1 Introdução

A internet promoveu uma considerável revolução comunicacional na sociedade em rede, ampliando o acesso à informação e a liberdade de expressão dos indivíduos, sendo que, de forma específica, foram as redes sociais que oportunizaram, aos internautas, a livre manifestação de suas ideias e o compartilhamento de diversos tipos de conteúdos. Apesar disso, destaca-se que o ciberespaço também acabou se tornando um cenário marcado por uma intensa desordem informacional, onde circulam conteúdos impróprios, depreciativos e enganosos – os quais, em geral, são violadores de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Diante disso, pode-se indagar acerca do papel das plataformas digitais, no que diz respeito ao enfrentamento dessa questão, visando a tornar o seu domínio um ambiente que, na medida do possível, promove e respeita os direitos humanos. Nessa perspectiva, levando-se em consideração que o *YouTube* configura a plataforma de vídeos mais acessada no mundo, questiona-se: a referida rede social possui instrumentos para combater a circulação, em seu domínio, de conteúdos que violam os direitos humanos?

A partir desse problema de pesquisa, objetiva-se analisar as “Diretrizes da Comunidade” do *YouTube*, que consistem em regras predeterminadas,

-
- 1 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (PPGD/UFSM). Especialista em Direito Digital (FMP). Bacharela em Direito (UFN). Advogada. Pesquisadora do Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet (CEPEDI/UFSM). E-mail: pillarcornellicrestani@gmail.com.
 - 2 Doutor em Direito (UFSC). Professor do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM (Mestrado). Coordenador do Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet (CEPEDI/UFSM), cadastrado no Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil do CNPq (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7151093207126439). E-mail: rafael.oliveira@ufsm.br.

as quais orientam a conduta dos membros da rede social em questão, para a averiguar em que medida a plataforma está comprometida com a promoção e o respeito aos direitos humanos.

Por conseguinte, a fim de cumprir com o objetivo proposto, aplica-se o método de abordagem dedutivo, pois o presente estudo parte de uma situação ampla – explicitada pelo fenômeno da desordem informacional no ambiente virtual, pontuando-se algumas perspectivas regulatórias – encaminhando-se para a verificação de um caso específico – evidenciado pela pesquisa sobre a existência de eventuais instrumentos utilizados, pelo *YouTube*, para combater a circulação, em seu domínio, de conteúdos que violam os direitos humanos. Para tanto, utiliza-se do método de procedimento monográfico, combinado com a técnica de pesquisa documental, por meio dos quais são analisadas as “Diretrizes da Comunidade” do *YouTube*, a fim de apurar os pontos pertinentes à presente investigação.

A aplicação dessa metodologia resultou na divisão do trabalho em duas partes: em um primeiro momento, efetua-se uma abordagem acerca da conjuntura de desordem informacional no ambiente virtual, pontuando-se alguns aspectos relacionados à regulação da internet, e, por conseguinte, procede-se a uma análise das “Diretrizes da Comunidade” do *YouTube*, no intuito de averiguar se a plataforma está comprometida com a promoção e o respeito aos direitos humanos.

Por fim, destaca-se que o presente artigo está em consonância para com o Grupo de Trabalho 3 (Internet, Cidadania e Proteção dos Direitos Humanos), do II Seminário de Inteligência Artificial, Proteção de Dados e Cidadania, promovido pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Santo Ângelo/RS. Isso porque o trabalho em questão versa sobre a (possibilidade de) promoção da proteção dos direitos humanos na internet, por parte de uma plataforma digital, aos seus usuários e à coletividade, o que, em tese, possibilita a construção de um ambiente virtual mais harmônico e apropriado para todos os públicos.

2 A desordem informacional no ambiente virtual: perspectivas regulatórias

A internet promoveu uma considerável revolução comunicacional

na sociedade em rede³, ampliando o acesso à informação e a liberdade de expressão dos indivíduos, sendo possível pontuar que, de forma específica, foram as redes sociais que oportunizaram, aos internautas, a livre manifestação de suas ideias, a produção e o compartilhamento de diversos tipos de conteúdos.

Apesar disso, destaca-se que o ciberespaço também acabou se tornando um cenário marcado por uma intensa desordem informacional, onde circulam conteúdos impróprios, depreciativos, enganosos e capazes de produzir danos no mundo *offline* – os quais, em geral, são violadores de direitos humanos e garantias fundamentais dos indivíduos⁴.

Nessa perspectiva, convém fazer um parêntese, para uma breve menção aos direitos humanos, esclarecendo-se, inicialmente, que não existe uma definição precisa a seu respeito, cujo marco é representado pela Declaração Universal de 1948, que dispôs uma série de direitos e garantias voltados a todos os Homens. Entretanto, existem algumas concepções que merecem ser evidenciadas, a saber:

[...] enquanto reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e quando podem nascer. Diz Bobbio que os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas. Para Hannah Arendt os direitos humanos não são um dado mas são um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução. Compõe esse construído axiológico, fruto da nossa história, do nosso passado, do nosso presente, a partir sempre de um espaço simbólico, de luta e ação social. Para Joaquín Herrera Flores os direitos humanos compõem a nossa racionalidade e resistência, traduzindo esses processos que abrem e consolidam espaço de luta pela dignidade humana, invocando uma plataforma emancipatória voltada de um lado à proteção à dignidade humana e por outro à prevenção ao sofrimento humano [...]⁵.

Retomando o assunto em debate, no que tange aos conteúdos violadores de direitos referidos anteriormente, é possível destacar aqueles que podem ser classificados como sensíveis, violentos e perigosos, bem como

3 CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro, RJ: Jorge Zahar, 2003. p. 224.

4 ALVES, Marco Antônio Sousa; MACIEL, Emanuella Ribeiro Halfeld. O fenômeno das fake news: definição, combate e contexto. *Internet & Sociedade*, [S.L.], v. 1, n.1, fev. 2020, p. 144-171. Disponível em: <https://revista.internetlab.org.br/edicoes/volume-1-%e2%81%84-numero-1-%e2%81%84-fev-2020/dade> (internetlab.org.br). Acesso em: 25 maio. 2021.

5 PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, vol. 75, n. 1, p. 107-113, jan./mar. 2009. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/6566/010_piovesan.pdf?sequence=5. Acesso em: 25 out. 2020. p. 107.

discursos de ódio, *bullying*, pedofilia, exploração sexual, desinformação. A propagação dessas categorias decorre da ideia equivocada de que a internet é um ambiente livre, desprovido de regras, em que impera o exercício absoluto do direito à liberdade de expressão. Além disso, os usuários das plataformas, comumente, aproveitam-se da possibilidade do anonimato proporcionada pela rede para disseminar conteúdos inapropriados, sob o pretexto de que, no caso de cometimento de algum abuso de direito, não haverá investigação e, conseqüentemente, punição.

Nesse sentido, não se pode deixar de comentar que a internet – mais especificamente, as redes sociais – consistem um espaço minimamente regulado, tanto pelo Estado, por meio da legislação e da atuação do Poder Judiciário, quanto pelas próprias *big techs* detentoras dessas plataformas digitais, por meio de suas diretrizes de uso, direcionadas aos usuários. Tudo isso a fim de que o ambiente virtual seja um lugar ordenado, harmônico, apropriado para seus membros e que respeita os direitos humanos e fundamentais dos indivíduos.

Nessa perspectiva, para melhor compreensão da temática proposta pelo presente trabalho, convém trazer breves apontamentos a respeito da regulação do ambiente virtual. Assim, levando em consideração as suas peculiaridades, como a aterritorialidade, a capilaridade e a liberdade por ele proporcionada aos indivíduos, destaca-se a existência de intenso debate a respeito da regulação da internet⁶ – um assunto que permite a adoção de abordagens jurídicas, econômicas e sociais, e que vem acompanhado de distintas teorias e correntes às quais diversos autores se filiam.

Por conseguinte, ressalta-se a existência de uma ordem normativa da internet, legal e legítima, constituída por normas jurídicas regionais, nacionais e internacionais; de autoria pública e privada; de caráter cogente ou técnico; tendo como atores Estados, pessoas jurídicas e pessoas físicas. É possível, ainda, apontar a ocorrência de uma “guinada normativa” sofrida pela internet⁷, após o surgimento de novos objetos de proteção jurídica, a partir das relações sociais que passaram a ser estabelecidas no ciberespaço⁸,

6 SANTOS, Lino. Regulação do ciberespaço: cesuristas e tradicionalistas. *JANUS.NET e-journal of International Relations*, Vol. 6, n. 1, Maio-Outubro 2015. Disponível em: http://observare.ual.pt/janus.net/images/stories/PDF/vol6_n1/pt/pt_vol6_n1_art6.pdf. Acesso em: 25 maio. 2021. p. 94-95.

7 KETTEMANN, Matthias C. A ordem normativa da internet. *Revista Culturas Jurídicas*, Vol. 7, Núm. 17, mai./ago., 2020 Disponível em: <http://www.culturasjuridicas.uff.br>. Acesso em: 25 maio. 2021. p. 239.

8 SANTOS, Lino. Regulação do ciberespaço: cesuristas e tradicionalistas. *JANUS.NET e-journal of International Relations*, Vol. 6, n. 1, Maio-Outubro 2015. Disponível em: http://observare.ual.pt/janus.net/images/stories/PDF/vol6_n1/pt/pt_vol6_n1_art6.pdf. Acesso em: 25 maio.

como é o caso do Marco Civil da Internet e Lei Geral de Proteção de Dados, anteriormente referidos, no que diz respeito à perspectiva brasileira, por exemplo.

Proseguindo no debate proposto, entendendo que o exercício de liberdades propiciado pelo ambiente virtual pode acarretar a violação de direitos, destaca-se a necessidade de discussão sobre a regulação da internet, apontando, portanto, três correntes. Em linhas gerais, a primeira delas refere-se à “autorregulação”, cujos adeptos defendem a utilização do direito interno ou a criação de normas específicas para solucionar as demandas da internet⁹.

A segunda, por sua vez, diz respeito à “heterorregulação”, que preconiza a adoção de normas transnacionais, haja vista a ausência de fronteiras dos fluxos informacionais, bem como a criação de uma organização supranacional, para agenciar as questões atinentes ao ambiente virtual. E, por fim, expõe-se a existência de uma terceira corrente, denominada “corregulação”, a qual combina elementos das duas propostas anteriores, levando em consideração a pluralidade de demandas oriundas da internet, as quais devem receber o tratamento adequado correspondente¹⁰. Nesse sentido, destaca-se o referido modelo como o mais adequado à regulação da internet, por envolver um método colaborativo entre os atores da sociedade informacional, estando apto a corresponder às complexidades decorrentes da utilização tecnologias da informação e comunicação¹¹.

Na perspectiva do assunto em comento, destaca-se que a regulamentação do ciberespaço, frequentemente, vem acompanhada do debate a respeito da censura ao uso da rede e da possibilidade de violação à garantia da liberdade de expressão dos indivíduos¹². Entretanto, entende-se que a regulação da internet ultrapassa o processo de regulamentação legislativa, envolvendo, também, outros fatores, como ferramentas sociais

2021. p. 96.

- 9 SILVA, Rosane Leal da. Cultura ciberlibertária X regulação da internet: a coregulação como modelo capaz de harmonizar este conflito. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 21, p. 279-312, 2012. p. 279-280.
- 10 SILVA, Rosane Leal da. Cultura ciberlibertária X regulação da internet: a coregulação como modelo capaz de harmonizar este conflito. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 21, p. 279-312, 2012. p. 290.
- 11 SILVA, Rosane Leal da. Cultura ciberlibertária X regulação da internet: a coregulação como modelo capaz de harmonizar este conflito. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 21, p. 279-312, 2012. p. 309.
- 12 SEGURADO, R. Entre a regulamentação e a censura do ciberespaço. Ponto-eVírgula: *Revista de Ciências Sociais*, 0(9). Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/view/13919/10243>. Acesso em: 25 maio. 2021. p. 55.

e questões relacionadas à infraestrutura da rede – não se confundindo, portanto, com um mecanismo de censura¹³.

Por conseguinte, ainda no que tange à regulação do ambiente virtual, não se pode deixar de comentar sobre a perspectiva da autorregulação das plataformas – que vem sendo amplamente debatida nos últimos tempos. Além das regras que orientam a conduta dos usuários em seu domínio (termos de uso), essa regulação também se manifesta a partir da ação dos algoritmos, que exercem a coleta e o tratamento massivo de dados de seus usuários, na chamada “era do capitalismo de vigilância”¹⁴, tornando os indivíduos hipervulneráveis, diante das atividades preditivas efetuadas pelas plataformas.

O fato é que todas essas propostas regulatórias contribuem, de algum modo, para amenizar a conjuntura da desordem informacional no ciberespaço, seja por meio das regras de conduta direcionadas aos usuários e da filtragem de conteúdos no domínio das plataformas, seja por meio das regras estatais, que determinam a remoção de conteúdos violadores e, conseqüentemente, de punições, em casos de abuso de direito.

Na próxima seção, será abordada, especificamente, a perspectiva da autorregulação das plataformas, voltada para o *YouTube*, buscando averiguar, por meio de uma breve análise das “Diretrizes da Comunidade”, se a referida rede social possui instrumentos para combater a circulação, em seu domínio, de conteúdos que violam os direitos humanos.

3 As “diretrizes da comunidade” do *YouTube* e a proteção dos direitos humanos

No capítulo anterior, foram abordadas as várias perspectivas regulatórias para o ambiente virtual, dentre as quais se destacou a autorregulação das plataformas digitais. Diante disso, sublinha-se que a maioria delas possui os chamados “termos de uso”, que consistem em termos regulatórios e diretrizes contratuais que vinculam o usuário à plataforma e oferecem “algumas referências sobre conteúdos restritos ou indesejáveis e práticas de moderação aplicáveis em caso de violações”¹⁵.

13 SEGURADO, R. Entre a regulamentação e a censura do ciberespaço. Ponto-eVírgula: *Revista de Ciências Sociais*, 0(9). Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/view/13919/10243>. Acesso em: 25 maio. 2021. p. 59-60/64.

14 ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

15 RODRIGUES, Gustavo; KURTZ, Lahis. *Transparência sobre moderação de conteúdo em políticas de comunidade*. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade,

Nessa perspectiva, entende-se que as plataformas digitais de conteúdo gerado pelo usuário – como é o caso do *YouTube* – não podem ser coniventes com a desordem informacional que circula no ambiente virtual, razão pela qual adotam mecanismos de moderação das postagens propagadas em seu domínio, no intuito de impedir a propagação de publicações contrárias aos direitos humanos e que possam provocar danos, aos indivíduos, no mundo físico¹⁶.

Esses sistemas de moderação de conteúdos, em geral, operam de modo misto, por meio da atuação humana e da inteligência artificial, detectando postagens violadoras dos termos de uso e aplicando medidas interventivas em relação a elas, como é o caso da remoção, do *shadow banning*¹⁷ e da suspensão da conta do usuário da rede social¹⁸. Tudo isso, com o objetivo de tornar a internet um ambiente minimamente “saudável” e que respeita os direitos humanos e fundamentais dos indivíduos, corroborando a ideia de que o ciberespaço não consiste em uma “terra sem lei”.

A partir disso, optou-se por delimitar o objeto do presente estudo à rede social *YouTube*, pelo fato de constituir a “maior plataforma de vídeos do planeta e, também, a ferramenta mais importante para impulsionar negócios no meio digital”¹⁹. Nesse sentido, serão analisadas as “Diretrizes da Comunidade” da referida plataforma – que consistem nos termos que orientam a conduta de seus usuários – com o objetivo de averiguar se a rede social em questão possui instrumentos para combater a circulação, em seu domínio, de conteúdos que violam os direitos humanos.

Para tanto, destaca-se que as “Diretrizes da Comunidade”, do

2020. Disponível em: <https://irisbh.com.br/publicacoes/transparencia-sobre-moderacao-de-conteudo-em-politicas-de-comunidade/>. Acesso em: 25 out. 2020. p. 7-8.

16 VALENTE, J. C. L. *Tecnologia, informação e poder: das plataformas online aos monopólios digitais*. Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade de Brasília, Brasília, 2019. p. 170.

17 O *shadow-banning* é uma medida interventiva “por meio da qual a plataforma reduz o alcance de certos conteúdos sem que os usuários que o publicam tenham ciência da redução”. In: RODRIGUES, Gustavo; KURTZ, Lahis. *Transparência sobre moderação de conteúdo em políticas de comunidade*. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2020. Disponível em: <https://irisbh.com.br/publicacoes/transparencia-sobre-moderacao-de-conteudo-em-politicas-de-comunidade/>. Acesso em: 25 out. 2020. p. 76.

18 RODRIGUES, Gustavo; KURTZ, Lahis. *Transparência sobre moderação de conteúdo em políticas de comunidade*. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2020. Disponível em: <https://irisbh.com.br/publicacoes/transparencia-sobre-moderacao-de-conteudo-em-politicas-de-comunidade/>. Acesso em: 25 out. 2020. p. 76.

19 TERRA. *Estudos de mercado apontam crescimento do YouTube em 2021*. 06 abr. 2021. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/dino/estudos-de-mercado-apontam-crescimento-do-youtube-em-2021,cda9cab6d12b434176392e93b76c62c1xx9zn1yf.html>. Acesso em: 22 dez. 2021.

YouTube, são encontradas na “Central de Ajuda” da rede social e auxiliam “a manter a plataforma divertida e agradável para todos”²⁰. Dentre os tópicos abordados, estão: Spam e Práticas Enganosas; Conteúdo Sensível; Conteúdo Violento ou Perigoso; Produtos Regulamentados; e Desinformação²¹. Evidencia-se, inicialmente, que existem determinadas seções que, em alguma medida, dizem respeito à proteção dos direitos humanos, razão pela qual apenas estas serão analisadas pelo presente trabalho.

Desse modo, primeiramente, no que tange à questão do Conteúdo Sensível, o *YouTube* manifesta a intenção de “proteger os espectadores, os criadores de conteúdo e, principalmente, os menores de idade” e, para tanto, dispõe de “regras sobre sexo e nudez, segurança infantil e automutilação”²². Aprofundando a questão, evidencia-se que:

Não é permitido publicar no YouTube conteúdo explícito com o objetivo de satisfação sexual. A publicação de pornografia pode causar a remoção do vídeo ou o encerramento do canal. Vídeos que apresentem conteúdo fetichista serão removidos ou receberão uma restrição de idade. Na maioria dos casos, a exibição de fetiches violentos, explícitos ou humilhantes é proibida no YouTube²³.

Além disso, a rede social determina a proibição da exibição de “conteúdo sexualmente explícito com menores e que mostre a exploração sexual de pessoas dessa faixa etária”²⁴. Nessa perspectiva, a plataforma também elenca uma lista (não taxativa) de postagens às quais são atribuídas restrição de idade, bem como de outros conteúdos passíveis de violar as “Diretrizes da Comunidade”. Outrossim, destaca-se que a questão da proibição de nudez, por exemplo, é relativa, uma vez que é permitida a exibição desse tipo de conteúdo, atendendo a fins educativos – desde que seja verificado, pela plataforma, o contexto da postagem²⁵.

Por conseguinte, ainda no que tange à categoria de “Conteúdo Sensível”, de acordo com a classificação adotada pelo *YouTube*, evidencia-se

20 DIRETRIZES da Comunidade do YouTube. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/9288567?hl=pt-BR&ref_topic=6151248. Acesso em: 22 dez. 2021.

21 DIRETRIZES da Comunidade do YouTube. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/9288567?hl=pt-BR&ref_topic=6151248. Acesso em: 22 dez. 2021.

22 DIRETRIZES da Comunidade do YouTube. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/9288567?hl=pt-BR&ref_topic=6151248. Acesso em: 22 dez. 2021.

23 POLÍTICAS de nudez e conteúdo sexual. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/9288567?hl=pt-BR&ref_topic=6151248. Acesso em: 22 dez. 2021.

24 POLÍTICAS de nudez e conteúdo sexual. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/9288567?hl=pt-BR&ref_topic=6151248. Acesso em: 22 dez. 2021.

25 POLÍTICAS de nudez e conteúdo sexual. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/9288567?hl=pt-BR&ref_topic=6151248. Acesso em: 22 dez. 2021.

que também consta a chamada “Política de Segurança Infantil”, pela qual não é permitida a postagem de “conteúdo que coloque em risco o bem-estar emocional ou físico de menores”, como é o caso, por exemplo, de vídeos ou comentários envolvendo sexualização de menores; atos nocivos ou perigosos envolvendo menores; imposição de sofrimento emocional em menores; bullying virtual e assédio envolvendo menores; ou outros tópicos adultos inadequados para esse público²⁶.

Prosseguindo na análise da categoria de “Conteúdo Sensível”, o *YouTube* também dispõe de uma “Política sobre Suicídio e Automutilação”, segundo a qual não é permitida a postagem de conteúdos que promovam suicídio ou automutilação; que representem um risco significativo aos espectadores; e que que tenha como objetivo chocar ou causar repulsa nos usuários. Nesse sentido, a plataforma determina os tipos de postagem que não são recomendados, bem como as práticas a serem adotadas por *YouTubers* que postam conteúdo sobre suicídio ou automutilação²⁷.

Além disso, a referida rede social também atua no cuidado para com a saúde mental de seus usuários, recomendando o contato de organizações dedicadas à prevenção do suicídio, em diversos países, como é o caso do Centro de Valorização da Vida (CVV), no Brasil. E, ainda, a plataforma também exibe um aviso antes do início do seu vídeo, indicando que há conteúdo relacionado a suicídio e automutilação, a fim de evitar que esse tipo de conteúdo sensível desencadeie algum gatilho a um indivíduo que, eventualmente, esteja com a saúde mental abalada²⁸.

Outra categoria abordada pelo *YouTube*, em suas “Diretrizes da Comunidade” é a que diz respeito ao “Conteúdo Violento ou Perigoso”, que engloba a proibição de discurso de ódio, comportamento predatório, violência explícita, ataques maliciosos e conteúdo que promova comportamentos nocivos ou perigosos²⁹. Nessa perspectiva, evidencia-se que o *YouTube* dispõe de uma seção sobre conteúdo perigoso ou nocivo, na qual são proibidas postagens que incentivem atividades ilegais ou perigosas com risco de danos físicos graves ou de morte³⁰.

26 POLÍTICA de segurança infantil. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2801999>. Acesso em: 22 dez. 2021.

27 POLÍTICA de suicídio e automutilação. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2802245>. Acesso em: 22 dez. 2021.

28 POLÍTICA de suicídio e automutilação. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2802245>. Acesso em: 22 dez. 2021.

29 DIRETRIZES da Comunidade do YouTube. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/9288567?hl=pt-BR&ref_topic=6151248. Acesso em: 22 dez. 2021.

30 POLÍTICAS de conteúdo perigoso ou nocivo. Disponível em: <https://support.google.com/>

De forma específica, a plataforma elenca algumas categorias de conteúdos que não devem ser veiculadas em seu domínio, a saber: desafios extremamente perigosos; pegadinhas perigosas ou ameaçadoras; instruções de como matar ou ferir; fabricação ou uso de drogas pesadas; distúrbios alimentares; eventos violentos; instruções sobre roubos ou trapagens; atividades de hacker. Destaca-se que a referida lista não é taxativa, podendo haver outras situações semelhantes que não sejam permitidas, bem como, do contrário, também é possível a veiculação desses conteúdos, desde que atendam a fins educativos, documentais, científicos ou artísticos³¹.

Por conseguinte, ainda na categoria de “conteúdo violento ou perigoso”, o YouTube não permite a exibição de conteúdo violento ou explícito, com o objetivo de chocar ou causar repulsa nos espectadores, nem material que incentive as pessoas a cometer atos violentos³². Do mesmo modo, a plataforma também detém uma política contra organizações criminosas violentas, proibindo a veiculação de conteúdos que apoiem promovam ou ajudem organizações criminosas violentas, incluindo a utilização da rede social com a finalidade de recrutamento³³.

Prosseguindo na análise das “Diretrizes da Comunidade” do *You Tube*, evidencia-se que, na categoria relativa aos conteúdos violentos ou perigosos, encontra-se um tópico referente à proibição de discursos de ódio. Nesse sentido, a plataforma esclarece que não são aceitos conteúdos que promovam a violência ou o ódio contra indivíduos ou grupos com base em qualquer uma das seguintes características: idade; classe social; deficiência; etnia; identidade e expressão de gênero; nacionalidade; raça; situação de imigração; religião; sexo/gênero; orientação sexual; vítimas de um evento violento em grande escala e os familiares dessas pessoas; veteranos de guerra. Além disso, o YouTube dispõe sobre a possibilidade de serem veiculados conteúdos que incluam discurso de ódio, desde que o objetivo principal seja educativo, documental, científico ou artístico e que isso não seja considerado um passe livre para promover esse tipo de manifestação³⁴.

youtube/answer/2801964. Acesso em: 22 dez. 2021.

31 POLÍTICAS de conteúdo perigoso ou nocivo. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2801964>. Acesso em: 22 dez. 2021.

32 POLÍTICAS sobre conteúdo violento ou explícito. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2802008>. Acesso em: 22 dez. 2021.

33 POLÍTICA contra organizações criminosas violentas. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/9229472>. Acesso em: 22 dez. 2021.

34 POLÍTICA de discurso de ódio. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2801939#zippy=%2Coutros-tipos-de-conte%C3%BAdo-que-violam-a-pol%C3%ADtica%2Cconte%C3%BAdo-educativo>. Acesso em: 22 dez. 2021.

Ainda no que tange à questão dos conteúdos violentos ou perigosos, evidencia-se um tópico referente à proibição de assédio e de bullying virtual, trazendo uma série de especificações a respeito. Ainda, a plataforma menciona algumas exceções nessa categoria, a exemplo dos casos envolvendo discussões relacionadas a oficiais de alto escalão ou líderes; performances ensaiadas; e educação ou conscientização para o assédio³⁵.

Por fim, destaca-se que as “Diretrizes da Comunidade” do *YouTube* também dispõem sobre a questão da desinformação, não permitindo certos tipos de conteúdo enganoso que possam apresentar riscos reais de causar danos graves, a exemplo da promoção de medicamentos ou de tratamentos nocivos – especialmente, na atual conjuntura pandêmica. Dentro dessa categoria, também está incluída a proibição de conteúdos tecnicamente manipulados ou que interfiram em processos democráticos³⁶.

Diante de todas essas regulamentações, evidencia-se que, como forma de efetivá-las, o *YouTube* determina a aplicação de medidas interventivas em relação aos conteúdos violadores das “Diretrizes da Comunidade”. Nessa perspectiva, a plataforma alerta seus usuários de que, em caso de se depararem com conteúdos violadores de suas políticas (em formato de vídeos ou de comentários), recomenda-se sinalizar os que considerarem inadequados ou efetuar uma denúncia, para que sejam tomadas as medidas cabíveis³⁷.

O *YouTube* dispõe que os conteúdos denunciados são analisados de acordo com os seguintes critérios: o conteúdo que viola as “Diretrizes da Comunidade” é removido e o conteúdo que não é adequado para o público mais jovem pode receber uma restrição de idade. Nesse sentido, se o usuário da plataforma incorrer na primeira violação, o seu canal receberá apenas um alerta sem nenhuma penalidade. Entretanto, se o usuário receber três avisos no período de 90 dias, o seu canal será encerrado – o que também ocorre, de forma direta, caso algum vídeo apresente conteúdo relacionado à pornografia³⁸.

A partir de tudo o que foi exposto anteriormente, evidencia-se,

35 POLÍTICA contra assédio e bullying virtual. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2802268#zippy=%2Coutros-tipos-de-conte%C3%BAdo-que-violam-a-pol%C3%ADtica>. Acesso em: 22 dez. 2021.

36 DIRETRIZES da Comunidade do YouTube. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/9288567?hl=pt-BR&ref_topic=6151248. Acesso em: 22 dez. 2021.

37 DIRETRIZES da Comunidade do YouTube. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/9288567?hl=pt-BR&ref_topic=6151248. Acesso em: 22 dez. 2021.

38 DIRETRIZES da Comunidade do YouTube. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/9288567?hl=pt-BR&ref_topic=6151248. Acesso em: 22 dez. 2021.

então, que o *You Tube* está comprometido – pelo menos, na teoria – com a promoção da proteção dos direitos humanos em seu domínio. Destaca-se, portanto, que as “Diretrizes da Comunidade” constituem um mecanismo que orienta os usuários da plataforma, em relação aos conteúdos a serem postados no site, não sendo tolerados, portanto, conteúdos que, de alguma forma, possam violar direitos humanos ou outras garantias fundamentais dos indivíduos.

Nessa perspectiva, verifica-se que o *You Tube* segue a mesma tendência de outras plataformas, as quais também apresentam instrumentos que visam à proteção dos direitos humanos em seu domínio, contribuindo, assim, para a regulação do espaço virtual – que não pode ser considerado um ambiente totalmente neutro e desprovido de regras, dando ensejo à prática de qualquer tipo de abuso de direito.

Por fim, convém destacar que a questão da efetividade prática das “Diretrizes da Comunidade” do *You Tube* deve ser objeto de uma pesquisa mais complexa, pelo fato de envolver a análise acurada de seu sistema de moderação de conteúdos, que envolve a tecnologia da inteligência artificial – o que dispenderia um tempo maior de investigação.

4 Considerações finais

Diante de tudo o que foi exposto ao longo do presente trabalho, evidenciou-se que, apesar de todas as vantagens trazidas pela internet, o ciberespaço acabou se tornando um ambiente marcado por uma intensa desordem informacional, onde circulam conteúdos violadores de direitos humanos e fundamentais. Entretanto, expôs-se que a internet não constitui um ambiente desprovido de regras, apresentando várias modalidades de regulação, dentre as quais se destaca a autorregulação das plataformas digitais.

Nessa perspectiva, pontuou-se que, em geral, as plataformas digitais possuem diretrizes que orientam a conduta de seus usuários, em seu domínio, na tentativa de contribuir para tornar o ambiente virtual mais harmônico, evitando-se a circulação de conteúdos impróprios, depreciativos, enganosos e capazes de produzir danos no mundo *offline* – os quais, em geral, são violadores de direitos humanos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Além disso, explicitou-se que essas diretrizes, combinadas com o sistema de moderação de conteúdos das redes sociais, visam a conferir

efetividade às regulamentações propostas, por meio da aplicação de medidas interventivas em relação às postagens que violam os termos de uso, como é o caso da remoção, do *shadow-banning* e da suspensão da conta do usuário da plataforma.

Por conseguinte, a partir da análise das “Diretrizes da Comunidade” do *YouTube*, verificou-se que, entre as regras determinadas pela rede social, existem seções específicas, que dispõem sobre conteúdo sensível, conteúdo violento ou perigoso e desinformação – que consistem em categorias as quais, em certa medida, podem representar a violação a direitos humanos e ocasionar danos, aos indivíduos, no mundo *offline*.

Diante disso, constatou-se que, a respeito da categoria relacionada aos “conteúdos sensíveis”, o *YouTube* veda a publicação de vídeos sobre suicídio e automutilação e que possam colocar em risco o bem-estar emocional ou físico de menores, a exemplo de postagens que contenham atos nocivos ou perigosos envolvendo crianças e adolescentes; a sexualização infantil; e bullying e assédio contra menores de idade.

Por conseguinte, evidenciou-se que, na categoria relacionada aos “conteúdos violentos ou perigosos”, a plataforma veda postagens contendo discurso de ódio, comportamento predatório, violência explícita, ataques maliciosos e conteúdo que promova comportamentos nocivos ou perigosos, bem como bullying, assédio e ameaças contra pessoas.

E, por fim, no que tange à categoria relacionada à “desinformação”, constatou-se que o *YouTube* proíbe a circulação de conteúdos enganosos, manipulados e que possam apresentar riscos reais de causar danos graves, especialmente, na atual conjuntura pandêmica.

Nessa perspectiva, foi possível afirmar que a referida rede social, de fato, possui instrumentos para combater a circulação de conteúdos que violam os direitos humanos, em seu domínio. Isso porque, por meio da análise das “Diretrizes da Comunidade”, concluiu-se que todas essas categorias mencionadas anteriormente se prestam à proteção de importantes direitos, como a vida, a saúde, a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, os direitos de personalidade e o direito informacional dos indivíduos – os quais, por sua vez, estão inseridos no catálogo dos direitos humanos.

Assim, confirma-se que, pelo menos na teoria, o *YouTube* está comprometido com a promoção e a observância dos direitos humanos – cujo cerne é a dignidade humana – na tentativa de tornar a sua plataforma um ambiente agradável e apropriado para todos os membros de sua

comunidade, respeitando a todas as pessoas, no âmbito *online* e *offline*.

Referências

- ALVES, Marco Antônio Sousa; MACIEL, Emanuella Ribeiro Halfeld. O fenômeno das fake news: definição, combate e contexto. *Internet & Sociedade*, [S.L.], v. 1, n.1, fev. 2020, p. 144-171. Disponível em: <https://revista.internetlab.org.br/edicoes/volume-1-%e2%81%84-numero-1-%e2%81%84-fev-2020/dade> (internetlab.org.br). Acesso em: 25 maio. 2021.
- CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro, RJ: Jorge Zahar, 2003. p. 224.
- DIRETRIZES da Comunidade do YouTube. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/9288567?hl=pt-BR&ref_topic=6151248. Acesso em: 22 dez. 2021.
- KETTEMANN, Matthias C. A ordem normativa da internet. *Revista Culturas Jurídicas*, Vol. 7, Núm. 17, mai./ago., 2020 Disponível em: <http://www.culturasjuridicas.uff.br>. Acesso em: 25 maio. 2021.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, vol. 75, n. 1, p. 107-113, jan./mar. 2009. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/6566/010_piovesan.pdf?sequence=5. Acesso em: 25 out. 2020. p. 107.
- POLÍTICA contra assédio e bullying virtual. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2802268#zippy=%2Coutros-tipos-de-conte%C3%BAdo-que-violam-a-pol%C3%ADtica>. Acesso em: 22 dez. 2021.
- POLÍTICA contra organizações criminosas violentas. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/9229472>. Acesso em: 22 dez. 2021.
- POLÍTICAS de conteúdo perigoso ou nocivo. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2801964>. Acesso em: 22 dez. 2021.
- POLÍTICA de discurso de ódio. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2801939#zippy=%2Coutros-tipos-de-conte%C3%BAdo-que-violam-a-pol%C3%ADtica%2Cconte%C3%BAdo-educativo>. Acesso em: 22 dez.

2021.

POLÍTICAS de nudez e conteúdo sexual. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/9288567?hl=pt-BR&ref_topic=6151248. Acesso em: 22 dez. 2021.

POLÍTICA de segurança infantil. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2801999>. Acesso em: 22 dez. 2021.

POLÍTICA de suicídio e automutilação. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2802245>. Acesso em: 22 dez. 2021.

POLÍTICAS sobre conteúdo violento ou explícito. Disponível em: <https://support.google.com/youtube/answer/2802008>. Acesso em: 22 dez. 2021

RODRIGUES, Gustavo; KURTZ, Lahis. *Transparência sobre moderação de conteúdo em políticas de comunidade*. Belo Horizonte: Instituto de Referência em Internet e Sociedade, 2020. Disponível em: <https://irisbh.com.br/publicacoes/transparencia-sobre-moderacao-de-conteudo-em-politicas-de-comunidade/>. Acesso em: 25 out. 2020.

SANTOS, Lino. Regulação do ciberespaço: cesuristas e tradicionalistas. *JANUS.NET e-journal of International Relations*, Vol. 6, N.º 1, Maio-Outubro 2015. Disponível em: http://observare.ual.pt/janus.net/images/stories/PDF/vol6_n1/pt/pt_vol6_n1_art6.pdf. Acesso em: 25 maio. 2021.

SEGURADO, Rosemary. Entre a regulamentação e a censura do ciberespaço. Ponto-eVírgula: *Revista de Ciências Sociais*, 0(9). Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/view/13919/10243>. Acesso em: 25 maio. 2021.

SILVA, Rosane Leal da. Cultura ciberlibertária X regulação da internet: a coregulação como modelo capaz de harmonizar este conflito. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 21, p. 279-312, 2012.

TERRA. *Estudos de mercado apontam crescimento do YouTube em 2021*. 06 abr. 2021. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/dino/estudos-de-mercado-apontam-crescimento-do-youtube-em-2021,cda9cab6d12b434176392e93b76c62c1xx9zn1yf.html>. Acesso em: 22 dez. 2021.

VALENTE, Jonas Chagas Lúcio. *Tecnologia, informação e poder: das plataformas online aos monopólios digitais*. Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade de Brasília, Brasília, 2019. p. 170.

ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira de poder*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

Texto completo 8

DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA E PROTEÇÃO DE DADOS

Beatriz Cardoso Montanhana¹

Sandra Morais de Brito Costa²

1 Introdução

A discriminação é um fenômeno social. Nas relações humanas, estabelecem-se distinções, baseadas, por exemplo, em gênero, origem e religião. As diferenças, por sua vez, traduzem a pluralidade dos seres humanos, que é um vetor estimulante e impulsionador da formação e organização das sociedades, bem como um fator característico da espécie humana.

Contudo, a discriminação torna-se um fenômeno juridicamente relevante quando deixa de ser um signo de promoção da individualidade para se converter em meio de exclusão sociojurídica, política e econômica. Quando discriminar nega ou obsta o exercício de direitos reconhecidos por determinado ordenamento jurídico, configura-se a sua natureza de ato ilícito. E, como um fenômeno dinâmico, determinado por elementos históricos, sociais, econômicos e políticos, a discriminação não se esgota em modelos pré-determinados; novas formas de discriminar emergem das relações sociais e das inovações tecnológicas.

Ao falar em discriminação estimulada por meios tecnológicos, parece, em um primeiro momento, que se trata de um fenômeno recente. Entretanto, precisamente no que tange às relações de trabalho (objeto deste artigo), a utilização da tecnologia como meio de discriminação não é novidade. Basta remeter a lembrança aos modelos de organização de

1 Beatriz Cardoso Montanhana. Mestre e Doutora pela Faculdade de Direito/USP. Professora universitária. Auditora-Fiscal do Trabalho. Coordenadora de projetos de capacitação e formadora institucional da Escola Nacional da Inspeção do Trabalho. Email: beatriz.montanhana@alumni.usp.br <http://orcid.org/0000-0003-0845-3816>

2 Mestre em Direito Político e Econômico e Especialista em Direito pela Universidade Mackenzie. Doutoranda pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Professora universitária. Auditora-Fiscal do Trabalho. Formadora institucional da Escola Nacional da Inspeção do Trabalho. Email: fbc.stjt@gmail.com <http://orcid.org/0000-0003-4415-4880>

trabalho fordista e toyotista, com a imposição de ritmos de produção, que não se ocupavam em garantir condições psicofisiológicas aos trabalhadores, mas pautados na compreensão do trabalhador com um ser padronizado, independentemente das suas condições individuais. Essa visão está refletida na seleção de trabalhadores, em que se buscam pessoas que atendam às determinadas necessidades do trabalho, dotadas de características e competências que permitam a sua adequação aquele modelo de organização de produção de bens e serviços. Ou seja, parte-se da ideia do trabalhador que pode- e deve- se moldar as condições de trabalho.

Logo, as relações de trabalho contêm, em seu cerne, um referencial discriminatório, dado que o processo de contratação é excludente em sua natureza. Isso faz parte da lógica de exploração da mão de obra em um sistema econômico capitalista: promove-se uma seleção baseada em critérios que visam à escolha de trabalhadores mais qualificados em um ambiente de competitividade.

Porém, a seleção, a promoção e, até mesmo, a ruptura do contrato de trabalho devem estar fundamentadas em critérios objetivos, e não em critérios de conveniência ou preconceitos do contratante. Uma vez reconhecida discriminação como um ato ilícito, as condutas devem ser justificadas por critérios como necessidade do negócio ou exigência profissional genuína, isto é, a imposição de uma restrição a direito do trabalhador dever estar fundada em uma justificativa legal de proteção a um direito mais relevante, a exemplo da saúde. Ademais, há de se assegurar que a restrição era a única medida possível, ou seja, não havia outro meio de garantia de todos os direitos envolvidos.

Sendo assim a utilização de recursos tecnológicos, como programas que utilizam algoritmos, carece de prévia justificativa e de garantia de que direitos não serão restringidos ou violados por conta da opção do usuário por esses recursos. Diante da celeuma que envolve os algoritmos, especificamente em relação alegada autonomia da inteligência artificial, os riscos de prática de condutas discriminatórias devem ser rastreados e considerados com o devido cuidado, sob pena de afronta a direitos fundamentais do trabalhador.

O presente artigo objetiva fomentar a discussão em torno da matéria, apontando algumas possíveis repercussões jurídicas a serem avaliadas com a utilização de algoritmos no âmbito das relações de trabalho, partindo da garantia da proteção de dados do trabalhador, assegurando-se a sua utilização e manipulação sem adoção de vieses discriminatórios.

2 Referencial teórico

2.1 *Proteção de dados e profiling*

O reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados pessoais está intimamente ligado à segurança e à dignidade da pessoa humana. A proteção dos dados pessoais afeta todas as esferas da vida pessoal do indivíduo, com a introdução do uso da tecnologia da informática e da ampla digitalização, que assume um caráter onipresente de individualidade de forma global.

Trata-se de um direito fundamental implícito, já que não previsto e expressamente positivado na Constituição. A jurisprudência tem-no reconhecido como direito fundamental autônomo e implicitamente positivado pelo STF, como se apreende de emblemática decisão proferida pelo Plenário, chancelando provimento monocrático, em sede de liminar, da Ministra Rosa Weber no bojo da ADI 6387 MC-Ref/DF, julgamento em 06 e 07 de maio de 2020.

Como parte integrante da constituição formal, os direitos fundamentais possuem *status* normativo superior em relação a todo o restante do ordenamento jurídico nacional. O direito à proteção de dados pessoais, ao assumir a condição de direito fundamental, impõe limite material à reforma constitucional, devendo, ademais disso, serem observados os assim chamados limites formais, circunstanciais e temporais, nos termos do artigo 60, parágrafos 1 a 4º, da CF. Por fim, também as normas relativas ao direito à proteção de dados são – nos termos do artigo 5º, o 1º, CF – dotadas de aplicabilidade imediata (direta) e vinculam diretamente todos os atores públicos, bem como – sopesadas as devidas ressalvas– os atores privados.

Note que a PEC 17/19, em trâmite, de forma necessária - ou mesmo outra que possa vir a substituí-la -, visa incorporar a proteção de dados pessoais como direito fundamental expresso, incorporando-o ao catálogo de direitos e garantias da nossa CF. A referida proposta estatui em seu artigo 22, XXX, a competência privativa da União para legislar sobre a matéria, no concernente ao direito fundamental à proteção de dados, passando o artigo 5º da CF a ter a seguinte redação:

Artigo 5º

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações

telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como é assegurado, **nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais;** (NR).³

A edição em vigor da nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais do Brasil – LGPD (Lei n. 13.709/2018, embora tal legislação não sirva de base e justificação constitucional direta para o reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados pessoais, traduz uma importante conquista em nosso país.

Ainda que a proteção de dados pessoais se trate de direito implícito e pelos fundamentos colacionados pelo STF no julgado apontado, o conteúdo e o alcance da regulação legal (infraconstitucional), por enquanto, carece de limitação, a partir do marco normativo constitucional, ainda mais levando em conta o leque de direitos fundamentais e mesmo outros bens e interesses de estatura constitucional por ela protegidos, mas também limitados.

Destarte, entende-se que a proteção de dados envolve vários direitos fundamentais, de sorte que reflete sua natureza imprescindível para a manutenção da ordem constitucional. Na medida em que a coleta e o processamento de dados, amparado em algoritmos, identificam padrões de comportamento e são direcionados à publicidade, para avaliação do risco de concessão de crédito a uma determinada pessoa e até para gestão de recursos por parte das empresas, os usuários desses recursos tecnológicos devem reconhecer os impactos jurídicos dessa escolha.

Os perfis impactam substancialmente na vida dos titulares dos dados, os quais ficam sujeitos às decisões tomadas com base nesses perfis, devido ao seu enquadramento em um ou outro perfil, o indivíduo pode ter negado o seu acesso a determinados bens e serviços, pode ter diminuída a sua liberdade de escolha e pode ter obstaculizado o livre desenvolvimento de sua personalidade. Merecedor de monitoramento jurídico, o profiling é uma prática notadamente discriminatória, e implica sérios riscos aos indivíduos, posto que pode trazer impactos negativos à vida dos titulares dos dados, trazendo como, inevitável, consequência, a discriminação algorítmica.

3 Vide proposta de Emenda à Constituição n° 17, de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>. Acesso em: setembro de 2021.

1.2 *Proteção constitucional frente à discriminação algorítmica*

Os direitos fundamentais, segundo Ingo Sarlet, seriam aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado (2003).

O ordenamento jurídico constitucional estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Entende-se por dignidade da pessoa a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o torna merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que protejam a pessoa contra todo e qualquer ato degradante e desumano, garantindo as condições mínimas para uma vida saudável, propiciando e promovendo a sua participação social de forma ativa e responsável, o que está intimamente relacionado com a proteção de dados pessoais da pessoa humana titular dos mesmos (SARLET, 2004, p. 62).

De uma análise sistemática da Constituição, depreende-se que a proteção de dados pessoais corresponde a um direito fundamental, resultado da proteção à privacidade e do vetor da dignidade da pessoa humana. De fato, o direito à proteção de dados pessoais seria efetivo escudo frente a ataques à dignidade e à privacidade da pessoa, provenientes do uso ilegítimo de dados.

Esse entendimento harmoniza-se com o art. 5º, § 2º, da CF, na qual consta que *os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

Importante notar que o artigo 5º, XII, estatui a proteção ao sigilo das comunicações de dados (além do sigilo da correspondência, das comunicações telefônicas e telegráficas) e no artigo 5º, LXXII, tenha instituído na ordem jurídica pátria a figura do *habeas data*, ação constitucional, com *status* de verdadeira garantia procedimental do exercício da autodeterminação informacional.

Estes direitos, embora relevantes para a proteção de dados pessoais, não substituem a sua consagração textual como direito fundamental autônomo expressamente positivado, o que se mostra imperativa em nossa sociedade, haja vista o número de casos de utilização de dados à revelia de seus titulares por terceiros.

O direito brasileiro deve reconhecer, de forma urgente, uma cláusula

geral de proteção de dados pessoais constitucionalmente consolidada, como o é a cláusula geral constitucional da dignidade da pessoa humana, que protege a personalidade e todos os direitos da personalidade que a ela se ligam, tratando-se de rol meramente, exemplificativo.

Outrossim, a teor do artigo 5º, parágrafos 2º e 3º, Constituição Federal, o marco normativo, que concretiza e formata o âmbito de proteção e as funções e dimensões do direito à proteção de dados, é também integrado pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, quais sejam, a Convenção Americana de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Desta forma, o direito fundamental à proteção de dados pessoais deve ser compreendido e aplicado no contexto daquilo que se tem chamado de um constitucionalismo de múltiplos níveis, destacando a marcante influência do Regulamento Geral Europeu de proteção de dados sobre a nossa LGPD.

Destaca-se que já existem diversos diplomas legais que nos trazem nuances relevantes sobre a proteção de dados pessoais, a saber: Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011); Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) e seu respectivo Decreto (Decreto 8.771/2016), mas notadamente a LGPD (Lei 13.709, de 2018). A fundamentação constitucional do direito à proteção de dados deverá ser pautada por uma perspectiva sistemática, em diálogo com outros princípios e direitos fundamentais, para definir o âmbito de proteção, inclusive mediante o estabelecimento de limites diretos e indiretos.

Comina-se ao Estado, por força de seus deveres de proteção, não apenas zelar pela consistência constitucional do marco normativo infraconstitucional (inclusive da LGPD) no tocante aos diplomas legais isoladamente considerados, mas também de promover sua integração e harmonização produtiva, de modo a superar eventuais contradições e assegurar ao direito fundamental à proteção de dados sua máxima eficácia e efetividade (SARLET, 2020).

No que tange às relações de trabalho, observa-se o que se entende por intervenção do Estado na esfera econômica, consubstanciado nas “Constituições Econômicas” do século XX, dentre elas, a Constituição de Weimar, que é um exemplo de escolha orientada para determinados objetivos. A partir de disposições constitucionais sobre o papel do Estado na esfera econômica, os ordenamentos jurídicos buscaram remodelar a estrutura econômica existente, alterando parâmetros (BERCOVICI, 2004,

p. 39).

No contexto das chamadas Constituições Econômicas, Gilberto Bercovici (2004, p. 39) destaca que o fato inovador “não é a previsão de normas que disponham sobre conteúdo econômico, mas é a positivação das tarefas a serem realizadas pelo Estado e pela sociedade no âmbito econômico, buscando atingir certos objetivos determinados, também, no texto constitucional”.

A compreensão da importância da proteção de dados pessoais como direito constitucional decorre dos bens jurídicos envolvidos, entre eles a privacidade e a segurança jurídica das relações privadas.

Diante do exposto, o direito a proteção de dados pessoais deve ingressar, merecidamente, em nosso ordenamento constitucional como *clausula pétrea núcleo intangível* de nosso ordenamento jurídico.

3 Da proteção de dados à proibição da discriminação algorítmica

Na história, em várias situações, o homem se apresentou como sujeito autônomo, racionalmente capaz de tomar as melhores decisões, assim entendidas aquelas que maximizam os seus interesses, desde uma ótica de natureza ética humanista até uma ética econômica. A organização da sociedade em grupos, por exemplo, atende a interesses político-econômicos. Trabalhadores, indígenas e pessoas com deficiência são exemplos de grupos sociais. Distinções como essas permitiram e permitem a identificação jurídica das desigualdades, para que seja possível propor a correção de distorções socioeconômicas. O desafio é estar atento às desigualdades e, acima de tudo, os fatores que a desencadeiam, a exemplo da discriminação. Daí a importância de superar a discriminação, que não se confunde com o reconhecimento das desigualdades.

A evolução da legislação contra discriminação no Brasil, a exemplo do que ocorre em todo lugar, atende às necessidades vislumbradas dentro de um contexto histórico-social, cultural e econômico. A discriminação é um fato indissociável da natureza humana. O que torna a matéria juridicamente relevante para o legislador são os efeitos que os critérios de discriminação provocam na sociedade.

O uso dos dados pessoais para elaboração de perfis individuais ou de grupos de indivíduos, chamado de *profiling*, utilizando informações de perfis em redes sociais, de transações comerciais e do monitoramento de nossa navegação na internet, em grande parte das vezes sem a nossa ciência

e anuência são utilizados para as mais finalidades.

E, na medida em que se transfere para a máquina a responsabilidade pela tomada de uma determinada decisão, parece despersonalizar-se a figura de quem detém o poder. Esse mecanismo pode afastar a responsabilização jurídica, sem falar nos aspectos moral e social da conduta violadora de direitos fundamentais. É a resignificação de uma mesma lógica: se a exploração da mão de obra se dava pelo ritmo que as máquinas impunham aos operários, hoje a violação aos direitos humanos, dentre eles o direito à não discriminação, opera-se por meio da inteligência artificial.

O que parece não ficar claro é que da mesma forma que eram engenheiros, gestores do trabalho, os responsáveis pela determinação do ritmo de operação de uma máquina, a inteligência artificial não nasce nem se desenvolve sem alimentação do ser humano. É exatamente isso: o ser humano é responsável pela conduta que a máquina realiza. A mudança, então, é de ordem contextual, mas não da essência das relações.

3.1 A “apropriação” dos dados dos trabalhadores e a responsabilidade do empregador

A discussão sobre a responsabilidade jurídica pela violação do direito ao trabalho, por meio de sistemas de inteligência artificial utilizados para seleção e gestão de mão de obra, é cada vez mais necessária. A estrutura das relações humanas de trabalho depende da apropriação de dados, incluindo os dos trabalhadores. Esse fato não constitui novidade, na medida em que o livro de registro de empregados, por exemplo, continha informações pessoais do trabalhador.

Atualmente, um sistema conhecido por eSocial⁴ armazena as informações relativas aos contratos de trabalho, de modo a alimentar a denominada Carteira de Trabalho Digital⁵, ou seja, a carteira de trabalho física deu lugar à sua versão digital. Os dados e informações contidos em ambiente virtual dinamizam as relações e facilitam o acesso à informação. Ressalta-se que as informações do eSocial e, por conseguinte, da Carteira

4 O sistema eSocial está disponível no link <https://login.esocial.gov.br/>. Conforme consta da página de acesso, ele é um “um sistema informatizado da Administração Pública e todas as informações nele contidas estão protegidas por sigilo. O acesso não autorizado, a disponibilização voluntária ou acidental da senha de acesso ou de informações e a quebra do sigilo constituem infrações ou ilícitos que sujeitam o usuário a responsabilidade administrativa, penal e civil”.

5 Como obter, passo a passo para acesso, link para download do aplicativo e outras informações sobre a Carteira de Trabalho Digital estão disponíveis em <https://www.gov.br/pt-br/servicos/obter-a-carteira-de-trabalho>.

de Trabalho, são inseridas pelo empregador; é ele que alimenta os bancos de dados.

É certo que, antes da informatização, já era o empregador quem preenchia toda a documentação do trabalhador, e para tanto mantinha todos os dados em seu poder. A “apropriação” dos dados do trabalhador gera para o empregador a responsabilidade de garantia do respeito à privacidade, aos direitos humanos à dignidade e a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem⁶.

Porém, a questão atual é o uso dos dados pessoais para elaboração de perfis individuais ou de grupos de indivíduos, para manipulação de resultados ou para tomadas de decisões discriminatórias, com utilização de recursos tecnológicos.

Disso decorre a necessidade de compreender o algoritmo como a tradução de uma ordem clara, precisa e objetiva (fluxo de ações) para uma linguagem entendida por um sistema, com vistas à solução de um problema.

3.2 O tratamento de dados por algoritmos: controle de resultados versus viabilidade jurídica

A questão repousa, então, na forma como fluxo de ações é determinado no programa. O fluxo de ações culmina em decisões e, conforme os padrões do algoritmo e sua sequência, se chega a um ou outro resultado. Assim, indaga-se como tratamento de dados pessoais de um candidato à vaga de trabalho, por meios digitais, pode resultar em práticas discriminatórias. Nessa hipótese, a conduta discriminatória parece (e aparece) despersonalizada. Porém, há uma escolha pelo fluxo de ações, que é formulada por um ser humano, responsável pela definição das expectativas para a solução do problema. E é certo que a dinâmica das relações sociais – ainda que traduzidas em uma linguagem de computação - pode violar os direitos humanos, especificadamente o direito à não discriminação.

Assim, a contratação de mão de obra com a utilização de inteligência artificial pode determinar a tomada de decisões com viés discriminatório, com violação aos direitos humanos, a dignidade e ao exercício da cidadania, fundamentos esses da disciplina da proteção de dados pessoais, como previsto na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018).

6 Ver artigo 2º e incisos da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

Destaca-se que esse fenômeno revela a falta de transparência contida no uso da inteligência artificial, na medida em que os dados podem ser apropriados pelo empregador ou agência de emprego, sem prévio conhecimento pelo trabalhador do procedimento adotado no uso das informações.

Dentro da ordem jurídica, a seleção para contratação de trabalhadores deve observar requisitos previamente contemplados, como a não discriminação. Essa lógica não discriminatória envolve um outro conceito muito caro a teoria econômica que é o de livre concorrência, ou seja, os candidatos se apresentam, independentemente de critérios como os da raça, cor, gênero, e a seleção do trabalhador deve se basear em critérios que atendam às necessidades da vaga ofertada, isto é, capacidades, competência, grau de instrução para o exercício de funções relacionadas à atividade econômica explorada pelo empregador.

Logo, a adoção de inteligência artificial em processos decisórios que envolvam pessoas naturais, especificamente candidatos à seleção de vagas de emprego, deve ser antecedida de análise de riscos, ou seja, de relatório de impacto à proteção de dados pessoais, que consiste em documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco (art. 5º, XVII, LGPD).

A responsabilização pelo cuidado devido com os dados apropriados pelo programa é um ponto assente (BARBOSA, 2021). Com base na LGPD brasileira, conclui-se que, na era da informação, da volatilidade das relações e da utilização de dados digitais, o empregador não se desonera da sua responsabilidade de avaliar previamente a viabilidade do método, sistema ou conduta adotados, para que violações aos direitos humanos, precisamente condutas discriminatórias, não sejam perpetradas:

Encontradas vias de responsabilização quer do produtor, quer do operador, alguns autores adiantam, também, que se deve prever uma hipótese de responsabilidade por ato alheio. Argumentam para tanto que o uso de tecnologia permite que se trace a analogia com os casos em que se lança mão de auxiliares humanos no cumprimento de determinadas obrigações ou em que se encarrega outrem de realizar determinadas tarefas. As dificuldades a este nível são muitas, como, aliás, já tivemos oportunidade de referir (BARBOSA, 2021).

Não se discute aqui a liberdade de utilização de recursos tecnológicos, nem limites a serem impostos ao exercício da liberdade econômica. A

opção do empregador pela utilização de algoritmos para tomada de decisões gerenciais na empresa – desde seleção para preenchimento de vagas até eventual ruptura do contrato de trabalho – está na esfera da liberdade individual, que é essencialmente um produto social, nas palavras de Amartya Sen (2000, p. 46). O citado autor refere-se a uma relação de mão dupla entre as disposições sociais que visam expandir as liberdades individuais e o “uso das liberdades individuais não só para melhorar a vida de cada um, mas também para tornar as disposições sociais mais apropriadas e eficazes”.

Ocorre que, nesse propósito de uso da liberdade individual para promover valores sociais, é indispensável que haja uma “formação interativa de percepções do público e da compreensão cooperativa de problemas e soluções” (SEN, 2000, p. 46). Isso exige uma superação das “tradicionais concepções juridicistas de direitos humanos”, as quais não contemplam sua aplicabilidade imediata nas relações entre particulares (SILVA, 2008, p. 96). A LGPD traduz essa proposta: não se trata de gerar insegurança nas relações privadas, e sim assegurar o devido cuidado nas avaliações de riscos e impactos adversos não somente para as partes diretamente envolvidas como para toda a sociedade.

Observa-se que a matriz de proteção está na concepção de dignidade humana (art. 1º, III, da CF/1988), aqui entendida como conjunto de direitos fundamentais que inclui uma vida sem sofrimentos evitáveis. É essa promoção de “vida sem sofrimentos evitáveis” que depende, conforme referia SEN, da compreensão cooperativa de problemas e soluções. A dignidade, retratada na diligência das condutas, está tipificada dentre os fundamentos, e não dentre os objetivos da Constituição Federal, não devendo ser tratada como mera norma programática sem qualquer eficácia imediata.

O princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente relacionado ao princípio integral de proteção de dados pessoais, esta simbiose nos apresenta segurança e tranquilidade aos efetivos titulares dos dados pessoais. Assim, quando há dois direitos envolvidos – liberdade e proteção de dados contra conduta discriminatória -, é necessário aplicar critérios jurídicos para maximização da dignidade humana. Essa é a tônica da questão: não há um fundamento, que não seja a promoção da dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana, em breves linhas, deve ser vista como o direito individual protetivo (em relação ao próprio Estado ou à

pessoa individualmente considerada) e como dever de receber tratamento igualitário, o que justifica um tratamento diferenciado, visando à igualdade (SARLET, 2004, p. 62). Essa premissa fundamenta a proibição de práticas discriminatórias por meio da utilização de recursos tecnológicos.

Atribui-se, então, ao empregador a responsabilidade por assegurar e comprovar que as ferramentas de se utiliza para contratar, manter e eventualmente dispensar um trabalhador não estão eivadas de vieses discriminatórios. E esse é o teor da LGPD, uma lei que reforça as garantias fundamentais das relações de trabalho, ainda que – como mencionado – não sirva de base constitucional direta para o reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados pessoais.

4 Conclusão

A técnica de processamento de dados denominada profiling, em razão da decorrente discriminação algorítmica e deve ser monitorada pelo direito pátrio, com a ampla tutela a proteção de dados pessoais, com vistas a repelir e prevenir de ataques e usos ilegítimos dos mesmos.

O intenso desenvolvimento tecnológico ocorrido nas últimas décadas permitiu a coleta e o tratamento cada vez mais amplos de dados pessoais, sem a ciência ou anuência de seus titulares, levando à necessidade de tutela dos titulares dos dados.

Em nosso ordenamento pátrio, ainda não há disposição legal estabelecendo o status de direito fundamental ao direito à proteção de dados pessoais, inobstante, a unanimidade da doutrina e jurisprudência, no sentido de que o é em razão do corolário do princípio da privacidade e do vetor da dignidade da pessoa humana.

Contudo, ainda que não seja reconhecido o direito à proteção de dados como direito fundamental, o ordenamento jurídico compreende meios de responsabilização pela prática abusiva, precisamente aqui tratada a conduta discriminatória. A utilização de algoritmos para otimizar procedimentos é uma opção do interessado, de tal sorte que devem ser avaliados, assim como os custos operacionais, os impactos adversos envolvidos.

Um dos maiores riscos, como foi analisado, é a discriminação. A não discriminação, por sua vez, é um direito fundamental a ser garantido. Da LGPD é possível extrair o reconhecimento da proteção aos direitos fundamentais, a partir de uma lógica de responsabilização de quem detém

a informação e, porventura, se valha de instrumentos tecnológicos para sua manipulação.

Conclui-se, então, que, embora haja necessidade de avanços, a exemplo do teor da PEC 17/19, a legislação brasileira já contempla aparato para a proteção de dados, partindo de uma lógica de garantia de direitos fundamentais.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Mafalda Miranda. E quando o algoritmo erra?: Reflexão a propósito da pandemia de covid-19. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, ed. 43, p. 196-215, jan/abr 2021. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/06/DIR43-12.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2021.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente** – Atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

COSTA, Sandra Morais de Brito. **Dignidade humana e pessoa com deficiência: aspectos legais e trabalhistas**. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In. **Revista Eletrônica Sobre A Reforma do Estado**, Salvador, v. 15, n. 15, p.1-38, nov. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Precisamos da previsão de um direito fundamental à proteção de dados no texto da CF?**. <https://www.conjur.com.br/2020-set-04/direitos-fundamentais-precisamos-previsao-direito-fundamental-protecao-dados-cf>> Acesso em: setembro de 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana na**

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ic2.pdf?d=636675533238095643>> Acesso em: setembro 2021.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 2, p. 61-86, jul/set 2019. DOI DOI: 10.33242/rbdc.2019.03.004. Disponível em: <https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/465/308>. Acesso em: 4 set. 2021.

Texto completo 9

A EDUCAÇÃO DIGITAL COMO INSTRUMENTO EFICAZ DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Helena Maria Marquet¹

Isabel Christine Silva de Gregori²

1 Considerações Iniciais

Diante da crescente e constante vinculação de atividades e a Internet, e de seu uso ininterrupto pela maioria das pessoas, momento em que se pode afirmar que estão todos conectados em rede, eis que surge com maior ênfase a necessidade de proteção dos dados pessoais, também assim no meio digital, mediante a regulação das atividades de tratamento desses dados, normativa trazida pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)- Lei n. 13.709/2018. Nesse aspecto, vale destacar a importância de tal legislação, a fim de proporcionar o devido controle frente o modelo de negócio virtual vigente hoje, qual seja um capitalismo de vigilância, em que a utilização da dimensão virtual perpassa a captação de dados.

Nessa perspectiva, o presente trabalho se justifica pela busca de uma sociedade livre, contudo ciente da concepção de valorização de seus dados pessoais, assim possibilitando a salvaguarda e o cumprimento eficaz dos direitos da personalidade e proteção de dados pessoais, sobretudo em consideração à abundância de conteúdos postos na esfera on-line atinentes

-
- 1 Possui Pós-Graduação no Curso de Especialização em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), Porto Alegre, Rio Grande do Sul, (2019). Graduada em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (Ulbra) - Campus Santa Maria, Rio Grande do Sul, (2016). E-mail: helenamarquet@gmail.com
 - 2 Doutora em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2007), Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM (2000). Professora do Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Direitos da Sociobiodiversidade - GPDS, registrado no Diretório de Grupos do CNPq e certificado pela UFSM e líder do Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual na Contemporaneidade, registrado no Diretório de Grupos do CNPq e certificado pela UFSM. E-mail: isabelcsdg@gmail.com

ao ambiente dos dados reais, isto é, da realidade do cidadão-usuário que podem ser captados e utilizados com uma finalidade danosa, o que se pretende evitar. Nesse cenário, observa-se, ainda, reivindicada a coexistência entre a Lei de Acesso à Informação - Lei n. 12.527/2011, que regulamenta o artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal da República de 1988 e a Lei de Proteção de Dados, à medida que esta não pode ser empecilho daquela, porquanto se estaria a ferir os direitos fundamentais da nossa Carta Constitucional, moderação com vistas ao equilíbrio pretendido, qual seja, entre a privacidade e a liberdade de informação, dentre outros fundamentos da nova lei - LGPD.

Em análise de alguns princípios para o tratamento de dados como os Princípios da Boa-Fé, da Necessidade - redução de qualquer impacto negativo, Princípio da Transparência - sempre a respeitar o segredo industrial, pretende-se investigar de que modo a educação digital é instrumento eficaz capaz de equilibrar o trânsito de informações fornecidas e a proteção dessas informações, na perspectiva de proteção da experiência humana. Isto porque, atualmente, considerando-se o uso acentuado da Internet e seus dispositivos, a fim de utilizar e pertencer a qualquer aplicativo ou rede social vê-se necessário o preenchimento de formulários com dados pessoais e, ademais, nossos comportamentos nas redes sociais e no mundo on-line são monitorados por essa nova forma de mercado, a digital. Nesta perspectiva, muitos são os desafios enfrentados, porquanto cada vez mais a notícia e a informação se refletem em um modo gratuito, porém na mesma ocasião exigem um custo, qual seja o compartilhamento de dados pessoais, na medida em que a vida quase que em totalidade e de modo geral tem se refletido e/ou consumado por este meio digital.

Com tal característica, o presente trabalho busca analisar de que modo a educação digital é instrumento eficaz capaz de equilibrar o trânsito de informações e a proteção dos dados pessoais, mediante uma consciência social segura. Ademais, os objetivos específicos do presente buscam entender a educação digital em conjunto com os fundamentos, bem como com os princípios da Lei Geral de Proteção de Dados, com o fim de entender a consciência preventiva como garantidora da segurança devida.

Como metodologia, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, e como método de procedimento a análise bibliográfica, com base na técnica de pesquisa a documentação indireta para o arcabouço teórico. Partindo dessa metodologia, dividiu-se o artigo nos tópicos: educação digital como instrumento de proteção de dados pessoais a partir dos fundamentos da

LGD e, princípios da LGPD e a educação preventiva eficaz.

2 Educação digital como instrumento de proteção de dados pessoais a partir dos fundamentos da LGPD

Inicialmente cumpre mencionar o que são os dados pessoais, assim consideradas as informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável. Assim, esclarece a doutrina:

Toda informação relacionada a uma pessoa identificada ou identificável, não se limitando, portanto, a nome, sobrenome, apelido, idade, endereço residencial ou eletrônico, podendo incluir dados de localização, placas de automóvel, perfis de compras, número do Internet Protocol (IP), dados acadêmicos, histórico de compras, entre outros. Sempre relacionados a pessoa natural viva (PINHEIRO, 2018, p. 25, 26).

Nesse sentido, tendo-se os dados pessoais como uma abundância de informações, e que podem gerar prejuízos, uma vez que aborda certa potencialidade lesiva se não preservados adequadamente, é razoável e legítimo que sejam preservados. Considerando-se que a própria normativa legal sobre proteção de dados traça os fundamentos a que se pretende perceber o presente escopo, mostra-se adequado o entendimento em linhas gerais destes motivos, concatenando-os com a educação digital. Tecemos então, em inauguração, o nosso conceito de educação digital como a forma de preservação dos dados pessoais exercida *a priori*, reservados, preservados em sentido antecipado, à anterioridade de qualquer exposição e, seguindo-se, ainda mesmo depois de transmitidos, repassados ou veiculados, mantida, no que possível, a cautela preservativa, perfazendo-se todo o resguardo possível dos dados pessoais, sobretudo na era digital. Primeiramente, a fim de tornar visível, coleciona-se o respectivo rol de fundamentos conforme a seguir *in verbis*, passando-se, em seguida, à sua análise.

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.” (BRASIL, 2018).

Veja-se que, a norma explícita é própria para vislumbrar a importância da educação digital, vez que traz os ditames que devem ser seguidos para o respeito aos direitos fundamentais, que são irrenunciáveis. Assim, num mercado do comportamento e do compartilhamento de informações pessoais, pensar em educação digital é atentar ao respeito à privacidade dos nossos dados, sem perder a nossa capacidade de informação do mundo a nossa volta, de tal modo a permitir, sem influências de dominação, a possibilidade de desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. Perfaz-se, assim, um respectivo nexo de intelecto entre os fundamentos legais.

A magnitude do valor dos nossos dados é trazida por Pariser (2012, p.7) já na introdução de sua obra, ao mencionar que “Cada vez mais, o monitor do nosso computador é uma espécie de espelho que reflete nossos próprios interesses, baseando-se na análise de nossos cliques feita por observadores algorítmicos.” Com tal entendimento, o autor aborda a personalização de filtros na Internet, isto é, o meio digital está progressivamente voltado ao mercado de dados pessoais, na medida em que a tecnologia é capaz de perceber os nossos interesses individuais, e lançar vez de anúncios voltados para cada usuário, na sua individualidade.

Com efeito, essa contemporânea orientação tecnológica, mostra-se razoavelmente temerária, porquanto é apta a desvirtuar outro fundamento legal, a nossa autodeterminação informativa - que para possuir licitude e valor necessita de consentimento, conforme se verá adiante-, posto que em assimilação os meios de comunicação tendam a refletir os nossos cliques no mundo online. Explica-se, destarte, que com a intencionalidade em que as informações nos são transmitidas, ou seja, a partir da disponibilização de nossos dados pessoais, eis que se tornam “menos prováveis encontros fortuitos que nos trazem novas percepções e aprendizados.” (PARISER, 2012, p. 15).

Assim, compreende-se que o que consumimos de modo virtual pode não refletir a realidade em si, afetando sobremaneira a nossa capacidade de entendimento da verdade dos fatos. Nesse diapasão, ratifica-se, então, o mérito da educação digital como instrumento eficaz quer da proteção de nossos dados pessoais, e vai além, quer da nossa capacidade de exercício da

cidadania.

Destarte, subsiste notório a importância que nossos dados pessoais refletem o modo de descortinar a vida e ver a realidade dos fatos, razão porque a sua proteção é indispensável, ainda, ao bom desempenho dos direitos humanos e da dignidade do ser humano. Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite (2011, p.36) para definir direitos humanos é imperativo refletir-se em ética, uma vez que é tanto para perquirir os princípios da dignidade, da liberdade, da igualdade, da solidariedade e da globalização na expressão de suas dimensões. Dessa forma, não se percebe outra maneira de tangenciar a dignidade e os direitos humanos, que não mediante uma educação digital de preservação, realizada especialmente com um senso de anterioridade. Permitindo-se, assim, o corrente direito à informação e liberdade de comunicação, porém com resguardo, cuidado e consciência preventiva, a proteger os nossos dados e a nós mesmos com eficácia e segurança e, evitando-se condutas e finalidades danosas. Isto, assim, dificultando-se a venda de dados pessoais ao mercado de informações, e minorando-se eventuais potencialidades negativas, que sem a educação digital e o discernimento desse cuidado com os dados pessoais, não vê maneira fechada de proteção.

Neste diapasão, é imperioso destacar o Princípio do Consentimento, aquele por meio do qual o indivíduo permite o uso de seus dados pessoais para um tratamento lícito, servindo-se de mecanismo que possibilita a autodeterminação informativa do usuário. Ou seja, para a efetiva proteção de dados, para além de preservar informações, há situações em que se faz necessário o consentimento do detentor dos dados, a fim de que se possa permitir e determinar o uso de suas informações. O consentimento possui adjetivação, conforme expresso no artigo 5º, inciso XII, da LGPD, *in verbis*: “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: XII - consentimento: manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.” (BRASI, 2018).

Veja-se, a qualidade que expressa o consentimento, apesar de não ser a única forma de tratamento de dados pessoais, em análise ao artigo 7º da legislação respectiva, mas sim uma forma dominante para tratar os dados. Fundamental para este aspecto é entender o consentimento e a autodeterminação informativa, como bem pontua a doutrina:

Nesse contexto, precisamos falar sobre a autodeterminação informativa, que busca incluir o titular não apenas na fase de consentimento, mas também em fases sucessivas do tratamento de dados pessoais,

compreendendo o direito de fornecer e ter acesso aos seus dados, o que será feito com eles, quais as garantias e as pessoas envolvidas no tratamento. Assim, proporcionar a tutela de suas próprias informações, como afirma Doneda, não se limita a um aspecto negativo, de não expor ou fornecer os dados, mas de escolher o que será feito com eles, com base em informações suficientes, claras e de qualidade, que permitam a realização de escolhas livres e conscientes. (BORELLI, ZAMPERLIN, 2020, p. 367).

Assim, a educação digital perfaz a ideia de consciência de preservação de dados, mas também a permissão, através do consentimento, de escolhas com racionalidade, livres e informadas sobre o tratamento de seus dados pessoais, incluindo-se aí a finalidade com que tais dados serão utilizados. Ademais, faz-se imperativo que tal declaração de vontade seja inequívoca, por assim dizer, de maneira expressa e específica, afastando quaisquer inseguranças possíveis no tratamento de dados pessoais.

Quanto à natureza jurídica do consentimento, entende a doutrina que há uma aproximação do consentimento com ato jurídico unilateral, e a explicação para tanto se manifesta e encontra pertinência no afastamento de se tratar um negócio jurídico, se não veja-se. Não é compatível atribuir natureza negocial ao consentimento, exatamente por se tratar de um meio que toca de forma direta elementos da própria personalidade, mas frise-se sem dispor de tais elementos. (DONEDA, 2006, p. 377)

No entendimento do autor, afasta-se assim a ideia de tratar o consentimento como negócio jurídico, porque os direitos da personalidade são irrenunciáveis, caso contrário se estaria a dispor de esquemas proprietários, por assim dizer, consoante assevera o autor:

Assim, justifica-se a não consideração deste consentimento como um negócio jurídico, já que esta opção reforçaria o sinalagma entre o consentimento para o tratamento dos dados pessoais e uma determinada vantagem obtida por aquele que consente, reforçando a sua índole contratual e, conseqüentemente, acarretando a utilização de esquemas proprietários para o tratamento de dados pessoais (DONEDA, 2006, p. 379).

Dessa forma, subsiste razoável e adequada a compreensão do autor, porquanto a proteção de dados pessoais firma uma tendência de afastamento ou, ao menos, um controle satisfatório e seguro de um mercado de informações, e não o contrário, diga-se, tornar os dados como mais uma espécie de negócio do mundo contemporâneo. Assim, o consentimento se traduz como o meio para a autodeterminação informativa, ou seja, uma decisão acerca das ações que serão realizadas com seus dados, diante da

moderna tecnologia e processamento crescente de informações pessoais com caráter mecanizado. Com isso se percebe como a educação digital é um mecanismo eficaz de proteção de dados, e ao poder daí decorrente que é assumido pelo titular dos dados ao estar no controle de suas informações, cumprindo-se a segurança que se almeja.

Retomando-se a ideia dos modelos de negócios a partir de uma economia predominantemente digital, tem-se que a globalização e a torrente de informações com que somos diariamente bombardeados estão relacionadas ao caminho que a gratuidade da informação tem se movido, porque cada vez mais acessível estamos à notícia, à informação e à comunicação. Anteriormente, os meios de comunicação eram a televisão e o rádio, também os jornais, hodiernamente progressivamente mais e mais a Internet faz este papel. Ocorre, contudo, que a massiva abundância de informações vigente no mundo moderno tem nos deixado de modo geral menos críticos e mais sedentos de velocidade e prontidão. Para contatar nossos amigos e conhecidos, para estar sabendo o que ocorre no mundo das notícias, e também para a compra de artigos. As lojas online perfazem uma preponderância no mundo atual e, é exatamente neste ensaio em que as empresas estão justificando sua existência, com um capitalismo de vigilância.

Menos crítico, mais vulnerável, assim o indivíduo consumidor vai se permitindo o compartilhamento de informações em massa, de onde está com quem está, do que gosta e tudo mais que tiver valor agregado. Veja-se que, seguidamente para comprar, seja em uma loja de roupas, por exemplo, somos obrigados a fazer um cadastro com nossas informações e, sem perceber e sem reflexão se está permitindo o acesso às nossas informações pessoais. Naturalmente isso faz parte do desenvolvimento da tecnologia, da economia, mas se não houver um cuidado particularizado para um movimento de consciência, com uma educação reflexiva do que se está compartilhando, é possível que a inviolabilidade da honra e da imagem, da intimidade e da privacidade podem direcionar-se com um caminho ilícito, o que ninguém aspira, pelo contrário, quer-se evitar. Em notoriedade, segundo a norma constitucional tal violação é passível de indenização, é a própria tradução do Princípio da Responsabilidade, que busca assegurar a reparação de danos materiais e morais que possam ser gerados ao indivíduo pela violação de sua privacidade e seus de seus dados (MALHEIRO, 2017, p. 34). Contudo, o *status quo* raramente se restabelece. É, destarte, exatamente com a educação digital, preservação de informações, ou mesmo a consciência no seu consentimento que se

pode vislumbrar uma proteção adequada de tais direitos fundamentais, apresentados também aqui como fundamentos da LGPD.

Tanto é assim que esse modelo de educação, isto é, de consciência preventiva, deve ser observado regularmente, porquanto a própria doutrina expressa que “Este fenômeno não se restringe a ambientes digitais “puros”, visto que o envolvimento com questões digitais não está mais restrito a espaços determinados”, mas sim, complementa, em “ambientes que, numa primeira análise, podem parecer eminentemente “analógicos”, como o setor de comércio e serviços - mas que passam a se utilizar de mecanismos digitais e coleta de dados pessoais para o incremento de suas atividades.” (VASCONCELOS, 2021, p. 167)

Dessa maneira, quer no ambiente de departamentos de produtos ou serviços físicos ou digitais, é imprescindível a cultura da educação como instrumento de proteção de dados pessoais. Vê-se, com isso, que o tratamento de dados pessoais a partir do interesse do mercado conforme já exposto e, mesmo da sociedade, por uma factível conjuntura da personalização é o bastante para ratificar uma incorporação e rotina de educação digital, a fim de promover um tratamento de dados confiável diante do reclame do modo de vida vigente. Neste ponto, da busca por soluções personalizadas, ensina-se que tal consideração vê-se possível circunstancialmente por meio do tratamento de dados pessoais, razão em si porque o referido tratamento de dados pessoais se mostra inafastável (BORELLI, ZAMPERLIN, 2020, p. 366), tornando-se uma própria relação de causa e efeito, diametralmente significativa, frente à fluidez de dados pessoais na atualidade.

A cultura da proteção de dados pessoais e da educação digital tende, inclusive, a reivindicar se tornar uma espécie de *compliance*, com o propósito de que os dados sejam protegidos de tal modo a proporcionar segurança e redução de riscos, com o cumprimento das normativas de tratamento de proteção de dados pessoais. Essa incorporação de conhecimento da importância que os dados pessoais veiculam empreende que se possa prosseguir uma vida moderna com estabilidade e em conformidade com a ordem econômica dos fornecedores, comerciantes, consumidores e toda variedade de relações interpessoais existente.

Com efeito, dada a compreensão pela relevância da proteção de dados pessoais,

percebe-se uma necessidade de orientação ética para o uso de big data, ou seja, esse fenômeno de coleta de dados pessoais em grande volume de diversas fontes de informação, que localiza e percebe padrões valoráveis e não identificáveis por seres humanos nesta massa de informação

demanda atenção jurídica dadas as suas consequências sociais – ainda não totalmente delimitadas. (VASCONCELOS, 2021, p. 168)

Essa medida existe e, havendo assim ser respeitada e interessar ao cidadão, sobretudo refletindo-se sobre a infinidade de desfechos e repercussões insólitas, entenda-se a preocupação sobre àquelas repercussões danosas. Desse modo, a orientação ética se exhibe e se torna factual por meio da educação digital de qualidade. Mostra-se, assim, intrincado vislumbrar outro mecanismo competente bastante para proteção dos dados pessoais, que não a nossa consciência real sobre o caráter valioso destes dados.

Eficazmente, é nesse sentido, que se perfaz uma convergência entre os fundamentos da LGPD, o respeito aos direitos fundamentais de informação e privacidade, com liberdade de comunicação e desenvolvimento econômico e tecnológico, seguindo-se os ditames da livre iniciativa e da defesa ao consumidor. Ademais, a incentivar e viabilizar um desenvolvimento meritório da personalidade, com o objetivo fim de imprimir uma existência digna a todos os indivíduos. São essas também algumas das linhas que delimitam a ordem econômica e financeira, expressa no artigo 170, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

3 Princípios da LGPD e a educação preventiva eficaz

Seguindo-se, então, com uma análise principiológica, a fim de concatenar os ditames de alguns princípios e a segurança e proteção de dados pessoais com vistas sempre à licitude de tratamento dos referidos dados e, por meio de uma intencionalidade da educação trazida com utilidade para tanto e, de modo a evitar possíveis contingências negativas, é interessante tecer, ao menos inicial e brevemente, um paralelo comparativo com determinados preceitos de princípios presentes, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor de 1990 (CDC). Isto a fim de relacionar num decurso de tempo, o surgimento e a intenção da LGPD, para inserir a pertinência da salvaguarda dos dados pessoais e, a prática de atuar ao encontro dessa essencial prevenção.

O Princípio da Boa-Fé é dentre os princípios citados no artigo 6º, da LGPD, como um princípio norteador dos demais, vez que além de inserido no caput do artigo, traduz-se como a retidão e sinceridade de intenções, de modo a balizar toda a educação de segurança presente neste estudo. É trazido em algumas passagens da norma consumerista, especialmente referente aos bancos de dados e cadastros dos consumidores no artigo 43 do CDC e, portanto, servindo como guia de estudo, por

assim dizer, devendo-se agir em conformidade com a ética e moral. Já nesse aspecto, para combinar os assuntos de uma e outra legislação, faz-se pertinente mencionar a Súmula n. 404, do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos: “É dispensável o aviso de recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negatificação de seu nome em bancos de dados e cadastros.”

Nesse sentido, e atentando-se para uma evolução normativa, percebe-se que, embora as relações de consumo sejam norteadas pela boa-fé, não há, no entanto, a exigência, expressa naquela lei, do consentimento do consumidor quando do cadastro negativo de seu nome, mas apenas exigência de uma mera notificação ao consumidor quanto ao respectivo registro, é o que se pode extrair em atenção ao parágrafo 2º, do próprio artigo 43, quando diz que: “A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele”. (BRASIL, 1990). Nesse aspecto, não quer dizer que resta afastada a boa-fé, mas pelo contrário, a sua busca segue incessante.

Assim, no empenho de uma proteção de dados eficaz, é possível perceber para uma evolução do tratamento e proteção dos dados pessoais, com aplicação da boa-fé se apresentando, entende-se, de forma mais concreta, especialmente com a regulamentação do tratamento de dados pessoais por meio de legislação própria, que veio a ocorrer recentemente no ano de 2018, com vigor a partir de 2020 e aqui estudada, na ocasião em que traz a necessidade do consentimento do titular dos dados para o tratamento destes, bem como a observância e aplicação do princípio da boa-fé, trazidos a par e passo, sobretudo no desenrolar do artigo 7º da LGPD. Destarte, sinaliza-se o princípio da boa-fé como uma notoriedade em consonância com a educação digital para a eficácia da proteção de dados pessoais, vez que este princípio anuncia e transporta uma conduta de lealdade, e valores éticos e morais, expressando-se como diretriz da legislação em estudo. É o que expõe a doutrina ao afirmar que:

A inclusão da boa-fé no caput do art. 6º, (...) é indicativa da centralidade do princípio, inclusive em relação aos demais, que são desdobramentos do caput expressos em incisos. Como princípio, a boa-fé está inserida na seção de disposições preliminares da lei, que também conta com fundamentos (art. 2º), escopo de aplicação (art. 3º e art. 4º) e definições (art. 5º). Representa, nesse sentido, parte do núcleo de premissas que orientam a normativa e recaem sobre todos os seus artigos. (BIONI, RIELLI, KITAYAMA, 2021, p. 222).

Ou seja, o princípio da boa-fé caminha ao lado, ou mesmo, se traduz, na educação digital de prevenção, haja vista que busca não frustrar uma confiança previamente depositada quando do fornecimento dos dados pessoais e, possibilita o exercício real da vida nos meios digitais. Assim, a boa-fé é normativa principiológica bastante para refletir, ao lado de uma concepção cultural de prevenção, a valorização dos dados pessoais. Isto porque, para a boa-fé, os dados são fornecidos acreditando-se que serão valorizados e preservados. A pretensão é a mesma da educação digital, qual seja a proteção dos dados pessoais, razão porque tal princípio norteia toda a LGPD, podendo-se confundir, por isso, com a essencialidade da educação digital, ratificando-se, assim, a importância desta.

Essa abordagem torna-se cada vez mais praticável, na medida em que a boa-fé está diretamente atrelada à responsabilização para o tratamento destes dados. Nesse aspecto, revela-se o entendimento da boa-fé consubstanciada desde o cuidado e resguardo dos dados pelo indivíduo - educação preventiva - até, em última análise, a eficácia de medidas de proteção de dados pessoais demonstrada pelo agente controlador, sob pena de responsabilização, narrado o Princípio da Responsabilização, extraído da LGPD como “X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas” (BRASIL, 2018). Assim, essencial para que se tangencie a proteção de dados, é que se note a boa-fé e a educação digital como orientação geral para a efetiva proteção de dados pessoais.

Ademais, reforçando-se o entendimento que já ultrapassada a era da revolução industrial e sua consequente matriz de poluição, e se vive numa sociedade da informação, com a concepção de valoração econômica desta informação (CASTELLS, 2000, p. 111-117), a ideia que envolve o princípio da boa-fé é ponto de destaque na sociedade e mercado da informação em que inevitavelmente se reside, pois assim como

Nos sistemas jurídicos de formação ou mesmo de inspiração germânica, a boa-fé é princípio firmado na ideia de fidelidade no agir. Assume, assim, o conteúdo de juramento de honra, de tal sorte a garantir o cumprimento da palavra dada, levando-se em consideração dois importantes desdobramentos: a lealdade no cumprimento exato da obrigação e a necessidade de observar os interesses da outra parte (SENISE LISBOA, 2012, p. 131).

Assim, conforme traz o autor a boa-fé está para o exato cumprimento

da obrigação, ou seja, ao compartilhar os dados, espera-se que estes sejam utilizados para as finalidades específicas e preservados quando no agir de seu tratamento; na mesma linha aborda a necessidade de observar os interesses da outra parte, isto é, a proteção de seus dados pessoais, pois ninguém quer ter sua vida privada exposta e sob o alvo de condutas ilícitas indesejadas. Para o afastamento de um comportamento ilegal, mostra-se em distinção o condão da educação digital voltada para a prevenção e conseqüente proteção eficaz de dados pessoais. Nada mais é do que a responsabilidade do cidadão exercida antecipadamente.

Por assim considerar, a educação digital é a da consciência para o alcance do objetivo da LGPD, qual seja o expresse logo em seu artigo 1º, assim o tratamento de dados pessoais voltado para “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.” Nesse sentido, o desenvolvimento da personalidade da pessoa natural perpassa o entendimento de uma passagem do livro intitulado Publicidade Digital e Proteção de Dados Pessoais: o direito ao sossego, de Arthur Pinheiro Basan. O autor, ao discorrer que é na lógica do consumismo, na criação pelo próprio mercado de insatisfação permanente dos indivíduos, por meio de uma depreciação, desvalorização e transitoriedade dos produtos, em explícita “obsolescência embutida”, acaba, em análise, por transcrever um conceito relacionado com a massividade de informações atualmente presentes no mundo real e especialmente virtual, em que traz aí um dos motivos talvez da sociedade da informação e do mercado do comportamento. As empresas perquirem os dados pessoais, para vender em personificação, com maior atingimento de metas, na sociedade do consumo. Com isso, ratifica-se a ideia de que, para desenvolver a personalidade da pessoa natural, há então, que se fazer uso da educação digital, que age nessa mesma corrente, ou seja, da privacidade, mas também da liberdade e do desenvolvimento de uma personalidade vívida.

Abrindo-se um parêntese para a esteira de evolução normativa, voltadas à segurança e privacidade, a título de registro, há também a presença a Lei n. 12.414/2011 - Lei do Cadastro Positivo, que regulamenta a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplimento, com fins a formação de histórico e facilitação de crédito, e, ainda, vale mencionar, as Leis n. 12.737/2012 - Lei Carolina Dickmann, que ao reger a questão da privacidade trata da tipificação criminal de delitos informáticos, e Lei n. 12.965/2014 - Marco Civil da Internet, que regula o uso da Internet no Brasil por meio de direitos e garantias, bem

como princípios e deveres, trazendo previamente e de forma expressa, a necessidade do consentimento livre e informado sobre o tratamento de seus dados pessoais. Quanto a esse aspecto de proteção de dados pessoais, sem esquecer-se da função da boa-fé, que deve estar sempre vigente, e com a consciência educativa de preservação, cumpre mencionar que já na Lei do Cadastro Positivo há a proteção, então, quanto aos dados sensíveis, quais sejam: “II - informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.” (BRASIL, 2011), na medida em que são proibidas as anotações de tais informações nos bancos de dados de adimplimentos do cadastrado, consoante o artigo 3º, §3º, inciso II, desta lei. Esta proteção é reforçada, mais à frente, na LGPD, ocasião em que aborda a anonimização dos dados pessoais e dados pessoais sensíveis e a adoção de medidas de segurança para proteção de dados sensíveis (artigos 11, inciso II, alínea c e, artigo 46, §1º, respectivamente, e dentre outras passagens da LGPD). Vale ainda, sem esquecer-se, referir a atualização da lei do cadastro positivo, a Lei Complementar - LC n. 166/2019, que altera a LC n. 105/2001 (sigilo das operações de instituições financeiras), dispõe sobre os cadastros positivos de crédito e regula a responsabilidade civil dos operadores.

Outro princípio que trazemos é o Princípio da Finalidade, assim definido conforme artigo 6º, inciso I: “I- finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades” (BRASIL, 2018), bem como o Princípio da Necessidade: “III - necessidade: a limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados” (BRASIL, 2018). Diga-se, assim, que conforme se infere da LGPD, em balanço a estes dois princípios, a prática do tratamento dos dados pessoais deve estar voltada, pode-se dizer, à redução de qualquer impacto negativo. Assim, com a pertinência de serem apenas fornecidas e coletadas a essencialidade dos dados para a sua finalidade de tratamento.

O princípio da finalidade é traduzido pela doutrina na fiel análise da lei como sendo a realização do tratamento voltada para propósitos legítimos, específicos e explícitos com o impedimento do tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades, recaindo dispor de forma clara a finalidade do tratamento dos dados e, ademais, sob pena de se julgar ilegítimo um tratamento baseado em finalidades vastas. (VILELA,

2021, p. 20).

Nesse entender direciona-se para a prática de objetivos legítimos, de tal sorte a afastar potenciais consequências negativas. Compromisso perfeitamente conectado com a educação digital, a consciência da finalidade específica e do mínimo de exposição, para o alcance da segurança reivindicada.

Indo adiante, no estudo do presente, sublinha-se a harmonia com o direito brasileiro já posto, citando como exemplos o Princípio da Publicidade, que traz a transparência das atividades da administração pública, e a Lei n. 12.527/2011 - Lei de Acesso à Informação, que conforme já citado regulamenta o artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal da República de 1988, Nesse sentido, descortina-se aplicável o Princípio da Transparência estabelecido pela legislação em seu artigo 6º, inciso VI: “VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial” (BRASIL, 2018). Assim sendo, permitindo-se um acesso livre aos dados, em consonância com o Princípio do Livre Acesso, que expressa: “V - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais” (BRASIL, 2018), no entanto, perceba-se, sem afastar as regras legais de sigilo. A transparência, podendo ser assim vislumbrada pela doutrina como a demonstração de que o dado não fora ou será utilizado para além de sua finalidade (MALHEIRO, 2017, p. 36).

É dizer que, com tal característica, busca-se evidenciar a expressão de uma cultura do equilíbrio, significando a possibilidade de viver numa sociedade de maneira a estar inserido nessa praxe digital estabelecida, cada vez mais acentuada e mais presente mesmo nos anos iniciais de vida, em que crianças já estão sendo parte dessa captação de dados ao usar os meios digitais. Por isso, é refletido que se saiba e se esteja atento, por meio do princípio da transparência, quais dados estão sendo expostos e captados, bem como se informar do modo de realização desse tratamento de dados.

O princípio da transparência abordado de forma simples: “garante que os titulares possam buscar informações sobre seus dados, devendo ser claras e facilmente acessíveis. Com isso, você poderá solicitar seus dados, corrigi-los e até mesmo pedir sua exclusão de forma rápida, fácil e descomplicada.” (RAMIRO, André, et al., 2019, p. 73).

Esse entendimento é o que em verdade deveria ser, mas sua oscilação

é trazida pelo mesmo autor ao comparar com a legislação de proteção ao consumidor e referir que:

No caso das relações entre o titular dos dados e entidades privadas que fazem uso de decisões automatizadas, como, por exemplo, para cessão de crédito, o quesito transparência é fundamental e transversal ao início de uma construção legislativa sobre a regulação de algoritmos no Brasil. No entanto, a opacidade desses sistemas é a regra (WAGNER, 2016), em desacordo com uma série de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, entre eles o Artigo 6º, inc. III, e Artigo 31 (informações claras, adequadas e precisas, bem como os riscos); Artigo 43 (acesso aos dados pessoais existentes sobre si em bancos de dados e cadastros, bem como as respectivas fontes); e Artigo 43, §1º, inc. II (nulidade das cláusulas que ofendam direitos inerentes à natureza do contrato, ameaçando seu equilíbrio -como o direito de revisão). Em se tratando das correlações entre a disciplina consumerista e a práxis cultural do desenvolvimento de algoritmos, um longo caminho deverá ser trilhado para o estabelecimento de um arcabouço legal protetivo ao titular dos dados. (RAMIRO, André, et al., 2019, p. 71 e 72).

Nesse aspecto, pois, mostra-se notória a necessidade de avanços para a proteção de dados pessoais. No presente estudo tal demanda é trazida e, se vislumbra profícua, por meio do estabelecimento de uma cultura e prática preventivas, identificando-se o papel de importância da educação digital como mecanismo protetivo eficaz, vez que exercida *a priori* de possíveis e eventuais danos no tratamento de dados pessoais.

Tudo isto está diretamente atrelado ao Princípio da Segurança, interesse último da educação digital como mecanismo eficaz para a proteção de dados pessoais. A lei diz que a segurança é “VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão.” (BRASIL, 2018). A segurança, portanto, confunde-se com a proteção de dados pessoais, e o alcance desse fim é vestido eficazmente com educação de prevenção, sendo esta a mais importante medida técnica e administrativa, de valoração central e imperiosa para proteger o que se pretende evitar, usos inadequados e/ou prejudiciais dos dados pessoais, porque depois que estiverem os dados caídos no domínio do ilícito, a reparação demanda uma atividade exaustiva e, de modo geral, sem reversão do *status quo*. É dizer que, o ilícito consumado é capaz de ocasionar a correção sobretudo em numerário financeiro, e isto é apenas uma redução do que é o cerne da proteção de dados pessoais, a vida e os direitos fundamentais correlatos mantidos em segurança.

Desse modo, porquanto os dados pessoais serem vistos como uma nova espécie de direito fundamental, pois corolário do direito à privacidade (artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988), ainda que independente deste, bem como visualizados no campo dos direitos da personalidade (artigo 21, do Código Civil de 2002), faz-se oportuno ter a consciência à devida proteção de dados pessoais, a fim de, repisa-se, promover uma prevenção quanto à utilização indevida e ilícita desses dados. Para isso, tem-se expresso o Princípio da Prevenção, uma vez que muito se têm compartilhado sobre a vida privada, profissional e social nas redes sociais sem quaisquer cuidados ou ponderações. Definido como “VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais” (BRASIL, 2018), é no sentido de prevenir possíveis prejuízos diante de quebra indevida de sigilo, vazamento acidental de dados e outras situações de difusão não autorizada dos dados pessoais ou de seu uso ilícito.

Assim, estão estes princípios, da segurança e prevenção, estritamente conectados, senão vejamos:

Os riscos devem ser minorados desde antes do tratamento para o fim de evitar-se a violação dos dados, uma vez que se deve atentar à adoção de medidas adequadas, considerando que, ainda que os riscos sejam sempre presumidos, devem ser minimizados, sendo a segurança exigida na mesma proporção ao risco do tratamento (MALDONADO, 2019, p. 154-155).

Os princípios em questão trabalham para prevenir futuros danos em decorrência dos riscos que a realização da coleta de dados compreende, no sentido de evitar os danos possíveis, de preveni-los com o uso da segurança. Esse balizamento principiológico reflete em essência as bases de uma consciência e educação preventivas.

Assim, será possível orientar-se com vistas ao senso de equilíbrio desejado, com a manutenção e convívio da vida real e digital sem excessos possivelmente danosos. Trata-se da consideração ao conceito legal de prevenção, porque a prevenção de danos quanto ao tratamento dos dados, nada mais é do que essa prevenção no próprio termo, e aí se entende, antecipação de contingências, com o exercício pelo cidadão-usuário da devida cautela quanto à exposição da sua vida e de seus dados. Essa razão elucida a capacidade de eficácia de proteção de dados pessoais quando do exercício de uma educação digital dinâmica e de valorização dos dados pessoais. Por fim, traduzindo-se a possibilidade segura de um trânsito de informações e a proteção de dados pessoais como uma prática evidenciada

por meio da educação digital. Não há outra forma, pois a preocupação *inside*, regra geral, nos termos de segurança e privacidade:

Por outro lado, se considerarmos o comportamento paradoxal dos usuários, é improvável que as empresas desenvolvedoras de redes sociais e aplicativos se sentissem impelidas a proporcionarem melhores formas de resguardar a privacidade de seus usuários, a não ser pelas questões legais impostas pelo governo [Lei No 12.965 2014; Lei No 13.709 2018]. Por fim, há um dilema imposto ao usuário que de fato se preocupa com sua privacidade, pois ao tempo em que ele precisa usar diversos aplicativos e redes sociais para aumentar sua produtividade, dar agilidade em tarefas diárias bem como se sentir digitalmente sociável, ele está refém em aceitar os termos impostos pela política de privacidade que não fornecem informações completas e coesas sobre a privacidade. Pode-se afirmar que há certo desequilíbrio entre optar pela comodidade dos serviços digitais ou pela privacidade de seus dados pessoais. (SOARES, Hebert Junior et al., 2020, p. 3).

É dizer que, como reiteradamente se discorreu, a tônica da proteção de dados pessoais deve ser assentada e fortalecida na educação digital para que, com práticas voltadas à comunicação da informação, seja possível superar os desafios de segurança e proteção de dados. Desse modo, chancela-se uma inteligência voltada para a consciência da existência do mercado de informações e, assim, encaminha-se para minimizar exposições de dados e, ocasionando-se, por conseguinte, o afastamento de probabilidade de riscos. Dessa forma, estar-se-á a mitigar e, na melhor hipótese, obstar os impactos negativos e ilícitos indesejados. Nesse desiderato, ficam cumpridos a construção e desenvolvimento de uma sociedade livre e justa, e especialmente e ao final, atendida a dignidade da pessoa humana, já que envolve vida privada e proteção de dados.

4 Considerações finais

Com tal aspecto, é assim que se deve perceber a importância de uma educação digital como mecanismo efetivo de proteção de dados pessoais. Percebe-se, destarte, a complexidade e expressão de valor que a educação digital imprime na sociedade moderna. Com a educação digital é possível conquistar a privacidade, por conseguinte, a consciência adequada para o consentimento e autodeterminação informativa sobre as ações e finalidades realizáveis com seus dados frente a essa malha e bolha personificada de informações e, especialmente, o exercício da cidadania, com reflexos na dignidade do ser humano, e no desenvolvimento de sua personalidade, com vistas ao verdadeiro exercício da democracia.

Tomando em consideração que a informação pessoal merece a proteção da Lei Geral de Proteção de Dados, e a hodierna transformação da sociedade, em que a Internet e as redes são tidas como novo campo do Direito, mas sem esquecer-se do amplo acesso à informação como norma fundamental, mostra-se pertinente estabelecer uma concepção cultural de valorização dos dados pessoais, em conseqüência de que, por meio do ensino e educação, será possível prevenir prejuízos potenciais na esfera de proteção de dados do indivíduo, sem que ele deixe de pertencer às novas mídias e, por conseguinte, das novas formas de convívio da sociedade contemporânea. Assim, esta é a óptica do equilíbrio que se pretende atingir, a coexistência de direitos da informação e seu uso com responsabilidade, culminando na educação da segurança, a bem de todos os cidadãos.

Veja-se, assim, ao encerramento deste trabalho, mas distante de encerrar o presente debate, que diante da concepção dos dados pessoais serem considerados como uma mercadoria no mundo do mercado de informações - não física, mas uma espécie de *commodity* - compreende-se o peso e magnitude que a educação, especialmente a digital, desempenha na proteção de dados pessoais. Isto porquanto, na medida em que se identifica afastado um regresso tecnológico, tem a educação digital a função de aproximar o uso das tecnologias e a formação de um desenvolvimento crítico do cidadão e, sobretudo, na medida em que habilita as pessoas para a vida hodierna, que é, conforme se pode ver, a sociedade e o mercado da informação, tem a propriedade de proteger os dados pessoais. Resta, assim, sedimentada a necessidade de uma cultura e aprendizagem digital como instrumento eficaz de proteção de dados pessoais, porque educar digitalmente é perquirir a segurança da informação no contexto tecnológico em que se vive.

Referências

BASAN, Arthur Pinheiro. **Publicidade digital e proteção de dados pessoais** [recurso eletrônico] o direito ao sossego / Arthur Pinheiro Basan. - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021. 264 p.; Epub. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/Publicidade_digital_e_prote%C3%A7%C3%A3o_de_dado/pRYfEAAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&printsec=frontcover. Acesso em: 7 dez 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados [livro eletrônico]: contexto, narrativas e elementos fundantes** / [organização Bruno Ricardo Bioni]. -- São Paulo : B. R. Bioni Sociedade Individual de Advocacia,

2021. Colocando em movimento o legítimo interesse Bruno Ricardo Bioni, Mariana Rielli e Marina Kitayama. Disponível em: <https://observatoriolgpd.com/wp-content/uploads/2021/08/1629122407livro-LGPD-Bruno-Bioni-completo-internet-v2.pdf#page=79>. Acesso em: 5 dez. 2021.

BORELLI, Alessandra; ZAMPERLIN, Emelyn. “A importância da conscientização do tema privacidade e proteção de dados nas empresas.” **Data Protection Officer (Encarregado): teoria e prática de acordo com a LGPD e o GDPR**. Henrique Fabretti Moraes, Renato Opice Blum, Rony Vainzof (coord.). 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 363-386.

BRASIL, **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 6 dez. 2021.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL, **Lei n. 12.414, de 9 de junho de 2011**. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm. Acesso em: 5 dez. 2021.

BRASIL, **Lei n. 13.9709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm> Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp>. Acesso em: 2 dez. 2021.

CABRAL, João Francisco Pereira. **Os Regimes políticos e as Formas de governo segundo Aristóteles**; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/os-regimes-politicos-as-formas-governo-segundo-aristoteles.htm>. Acesso em: 24 de nov. 2021.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. Vol. 1. A sociedade em rede. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

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

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Humanos**. 2. ed. Ro de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; et al. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada**. São Paulo: Livraria RT; 2019.

MALHEIRO, Luíza Fernandes. **O consentimento na proteção de dados pessoais na Internet: uma análise comparada do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu e do Projeto de Lei 5.276/2016**. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2017. Data da publicação: 8 jan. 2018. Disponível em: bdm.unb.br/handle/10483/18883. Acesso em: 16 nov. 2021.

PARISER, Eli. **O filtro invisível O que a Internet está escondendo de você**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários a Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. São Paulo: Saraiva educação, 2018.

RAMIRO, André; SANTINI, Barbara; ANDRADE, Genifer de; MARANHÃO, João Paulo Borba; LUCENA, Tatiana; AGUIAR, Thaís. **O que estão fazendo com os meus dados? A importância da Lei Geral de Proteção de Dados**. Capítulo 7 Direito de Revisão: automatizada? / coordenação Paloma Mendes Saldanha. –Recife: SerifaFina, 2019. Disponível em: https://www.udop.com.br/download/noticias/2020/03_03_20_arquivo_oab_pe.pdf#page=31. Acesso em: 6 dez. 2021.

SENISE LISBOA, Roberto. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012.

SOARES, Hebert Junior; ARAÚJO, Nelcilenio V. de S.; DE SOUZA, Patricia. **Privacidade e Segurança Digital: um estudo sobre a percepção e o comportamento dos usuários sob a perspectiva do paradoxo da privacidade**. In: WORKSHOP SOBRE AS IMPLICAÇÕES DA COMPUTAÇÃO NA SOCIEDADE (WICS), 1. , 2020, Cuiabá. Anais [...]. Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação, 2020 . p. 97-106. ISSN 2763-8707. DOI: <https://doi.org/10.5753/wics.2020.11040>. Disponível em: <https://sol.sbc.org.br/index.php/wics/article/view/11040/10911>. Acesso em 7 dez. 2021.

VASCONCESLOS, Stela Tannure Leal de. “Educação digital, proteção de dados pessoais e novos espaços de trabalho jurídico.” **Revista Interdisciplinar de Direito**. V 19, n. 1. Rio de Janeiro: Valença, 2021, pp. 166-174. Disponível em: <http://www.revistas.faa.edu.br/index.php/>

FDV/issue/view/55/v.19%2C%20n.1%2C%202021. Acesso em 14 nov. 2021.

VILELA, Gabriel Badim. **LGPD: um estudo sobre as principais responsabilidades e penalidades previstas na lei.** Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Escola de Ciências Exatas e da Computação, Graduação em Engenharia de Computação, 2021. Disponível em: https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1580/1/TCC_BADIM_FINAL.pdf. Acesso em: 7 dez. 2021.

Texto completo 10

DISCURSO DE ÓDIO E INTOLERÂNCIA RELIGIOSA NO BRASIL: A CONTRIBUIÇÃO DA INTERNET E DAS REDES SOCIAIS

Maiara Taiane Donei¹

Noli Bernardo Hahn²

1 Considerações Iniciais

O capitalismo, a globalização e os avanços tecnológicos modificaram os contornos da sociedade e as relações sociais. Estas transformações levaram ao desenvolvimento dos meios de comunicação, como o advento da Internet, modificando também a maneira das pessoas se comunicarem. O mundo globalizado se caracteriza pela sua pluralidade, diversidade e pelas suas referências multiculturais. As variações e antagonismos que surgiram ao longo dos tempos promovem e intensificam as divergências, ocasionando em desacordos e incompatibilidades que podem converter-se em conflitos desestruturantes, tanto a nível pessoal como social.

O tema da tolerância surgiu da necessidade de encontrar formas pacíficas de convivência entre as pessoas, especialmente com relação às diferentes crenças, tendo em vista que a discordância e o debate, assim como a intolerância religiosa, são frequentes desde o início da civilização. Nesse sentido, foi a ruptura da unidade cristã que impulsionou o debate sobre a tolerância. O Brasil é um país historicamente religioso, a importância da

1 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus Santo Ângelo como bolsista CAPES/PROSUC. Graduada em Direito. E-mail: maiara_td@hotmail.com

2 Pós-doutor pela Faculdades EST. Doutor em Ciências da Religião, Ciências Sociais e Religião, pela UMESp. Professor Tempo Integral da URI, Campus de Santo Ângelo. Graduado em Filosofia e Teologia. Possui formação em Direito. Integra o Corpo Docente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado em Direito. Lidera o Grupo de Pesquisa Novos Direitos em Sociedades Complexas, vinculado à Linha 1, Direito e Multiculturalismo, do PPG Mestrado e Doutorado em Direito da URI. Pesquisa temas relacionando Gênero, Direito, Cultura e Religião. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2637-5321>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4888480291223483>. E-mail: nolihahn@san.uri.br

religião é inegável na organização social, principalmente a religião católica, que foi a religião oficial do país por séculos. Do mesmo modo, a diversidade religiosa existente no país não pode ser ignorada.

A pós-modernidade é dominada pela hiperconectividade, as novas tecnologias fazem parte do cotidiano das pessoas e o acesso da população à Internet vem crescendo a cada ano. Uma das grandes transformações promovidas pela Internet foi o surgimento das redes sociais, espaços que conectam todas as dimensões da vida das pessoas, estimulando interações múltiplas e contínuas a nível global, transformando a sociedade em um mundo que está sempre conectado em rede.

O avanço tecnológico possibilitou a disseminação instantânea e global das informações, ultrapassando qualquer limite geográfico, o que fez com que a informação se tornasse acessível a todos. Nesse meio de comunicação digital, os cidadãos podem expor seus pensamentos sobre todos os assuntos, sem filtros, trocando informações com outros usuários. Apesar dos aspectos positivos dessas interações, o discurso de ódio e a intolerância se fazem cada vez mais presentes nas redes sociais, inclusive com relação à intolerância religiosa.

Assim, através de uma abordagem em que se mescla análise e interpretação e de procedimento bibliográfico, questiona-se de que forma o uso da internet e das redes sociais tem contribuído com a prática, a manutenção e a reprodução dos discursos de ódio, especialmente com relação à intolerância religiosa, no Estado brasileiro.

2 Desenvolvimento

2.1 (In)tolerância e discurso de ódio

A sociedade ocidental passou por diversas transformações, e no início do século XXI encontra-se envolta em relações sociais complexas tendo em vista a nova convivência entre diversas culturas. Nesse período, os Estados democráticos passam a argumentar, em defesa do Estado laico, pela necessidade de aceitação do diferente e sua inclusão. No entanto, a prática das relações sociais não condiz com o discurso de respeito e aceitação, tendo em vista que os conflitos entre os diferentes se encontram presentes em várias partes do mundo. Esse contexto demonstra especialmente a dificuldade do ser humano em conviver com o outro sem exigir que ele se transforme conforme suas próprias crenças e convicções. (BERTASO;

HAMEL, 2016, p. 19).

Um dos problemas da sociedade pós-tradicional está na relação entre direitos humanos e a diversidade cultural. Segundo Bertaso e Hamel, “O respeito a todos os outros e a cada um em particular, implica respeito à classe, gênero, religião, educação, ideologia e, pois, principalmente, etnias e culturas.” (BERTASO; HAMEL, 2016, p. 19).

Partindo da vertente europeia, o tema da tolerância ganha impulso a partir da desagregação do cristianismo. A ruptura da unidade cristã trouxe para a sociedade tanto a possibilidade da discordância aberta e do debate, quanto a necessidade de encontrar formas de convivência pacífica entre as diferentes crenças. “Essa necessidade de convivência provocou as primeiras reflexões sobre a tolerância”. (FISCHMANN, 2012, p. 33).

Em sua obra *Carta sobre a tolerância*, escrita em 1689, em um período em que o debate acerca da diversidade religiosa estava presente entre os filósofos e teólogos da modernidade, John Locke afirma que a tolerância para com quem possui opinião oposta acerca de temas religiosos está de acordo com o Evangelho, ou seja, é uma obrigação fraternal da doutrina cristã. Nas palavras de Locke, “A tolerância para os defensores de opiniões opostas acerca de temas religiosos está tão de acordo com o Evangelho e com a razão que parece monstruoso que os homens sejam cegos de uma luz tão clara.” Para ele, ninguém pode impor sua crença aos outros sendo a perseguição religiosa uma violência. Locke defende uma distinção entre a sociedade religiosa e a comunidade política, e, conseqüentemente, a separação entre as funções da igreja e as funções do Estado. (LOCKE, 1978, p. 4-5).

Locke afirma ser dever do Estado proteger a liberdade dos homens, garantindo a eles o exercício do credo que melhor lhes agrada. Por outro lado, define a igreja como “uma sociedade livre de homens voluntariamente reunidos com o fim de adorar publicamente a Deus.” Assim, Locke defende a laicização do Estado e a livre escolha do sujeito para praticar o culto de sua escolha. (BERTASO; HAMEL, 2016, p. 34-35).

Ao longo da Carta, Locke enumera quatro deveres de cada um com relação à tolerância. O primeiro dever afirma que nenhuma igreja é obrigada a manter no seu seio quem infringir suas leis. O segundo dever anuncia que nenhum indivíduo deve atacar ou prejudicar os bens civis de outrem sob o pretexto de professar outra religião ou forma de culto. Esse dever ainda afirma que todos os direitos individuais são invioláveis e devem ser preservados. Locke assim dispõe: “Ninguém, portanto, nem

os indivíduos, nem as igrejas e nem mesmo as comunidades têm qualquer título justificável para invadir os direitos civis e roubar a cada um seus bens e terrenos em nome da religião”. Em terceiro lugar, o dever da tolerância exige que a autoridade eclesiástica seja exercida no interior da igreja, não podendo adentrar nas questões civis, tendo em vista a separação da igreja e do Estado. Por último, Locke trata dos deveres do magistrado com relação à tolerância. (LOCKE, 1978, p. 8-12).

O *Tratado sobre a tolerância* (1763), outra obra importante do período iluminista, escrita por Voltaire, também emite críticas ao fanatismo religioso e procura mobilizar a sociedade contra este. A partir da morte de Jean Calas na França, Voltaire escreve sobre a necessidade de tolerância universal entre as pessoas, alertando sobre o perigo do fanatismo. (BERTASO; HAMEL, 2016, p. 36).

Voltaire viveu na França em um período de discussões e perseguições religiosas. Ele relata em seu *Tratado* que entre os anos 1745 e 1762, oito pastores foram enforcados por decisão da justiça. Na antiga França, o tormento aos homens de confissão protestante era característico. Os protestantes, além de não possuírem estado civil, tendo em vista que seus nascimentos e casamentos se realizavam fora da igreja e não eram reconhecidos legalmente, tinham ainda seus filhos considerados bastardos. (BERTASO; HAMEL, 2016, p. 37).

O fato que levou Voltaire a escrever *Tratado sobre a tolerância* foi o assassinato de Jean Calas em 1762. Jean, sua mulher e dois de seus filhos eram protestantes, enquanto seu filho mais velho havia se declarado herege. O filho mais velho, Marc-Antonie, apesar de ser um homem letrado não conseguiu entrar no comércio e, por não ter certificado de catolicismo, não fora aceito como advogado. A solução encontrada pelo jovem foi o suicídio, que cometeu enforcando-se no térreo de sua casa. O juiz de Toulouse, movido pelo clamor popular carregado de violência e superstição, aos gritos de que Jean Calas havia enforcado o próprio filho, mandou prender a família de Marc-Antoine e um amigo que estava presente no momento do suicídio. (VOLTAIRE, 2000, p. 4-5).

Como penalidade, o pai de Marc-Antoine, Jean Calas, foi condenado à pena de morte, enquanto seus filhos foram trancados em conventos e constrangidos a praticar o catolicismo. A mãe de Marc-Antoine, além de estar afastada de toda família, foi despojada de seus bens, encontrando amparo para seu sofrimento em Paris. No *Tratado*, Voltaire afirma que em Paris a razão se sobrepõe ao fanatismo. (VOLTAIRE, 2000,

p. 10-12).

A *Declaração Mundial de Princípios sobre a Tolerância*, aprovada pela Conferência Geral da UNESCO em 1995, está inserida em um contexto de busca de aperfeiçoamento humano, com impacto no cotidiano dos indivíduos. No texto final, a Declaração assim define tolerância:

A tolerância é o respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fomentada pelo conhecimento, a abertura de espírito, a comunicação e a liberdade de pensamento, de consciência e de crença. A tolerância é a harmonia na diferença. Não é só um dever de ordem ética; é igualmente uma necessidade política e jurídica. A tolerância é uma virtude que torna a paz possível e contribui para substituir uma cultura de guerra por uma cultura de paz. (UNESCO, 1995).

A Declaração engloba também a diversidade do aspecto físico dos seres humanos, seu modo de expressar-se, sua condição, seu comportamento e seus valores, afirmando que o ser humano tem “o direito de viver em paz e de ser tais como são.” A Declaração afirma ainda que “praticar a tolerância não significa tolerar a injustiça social”, de modo que a tolerância não pode ser invocada para justificar lesões aos direitos universais da pessoa humana. O documento sustenta que não há paz sem tolerância, e sem paz não há desenvolvimento nem democracia. (UNESCO, 1995).

Em sua obra, Bobbio faz uma análise acerca do conceito de tolerância e seus diferentes usos em diferentes contextos. Em um significado histórico predominante, o conceito de tolerância se refere ao problema da convivência de diversas crenças, inicialmente religiosas e posteriormente também políticas. Atualmente, o conceito de tolerância é generalizado para o problema da convivência com as minorias, sejam elas étnicas, raciais, linguísticas, de orientação sexual diferente, pessoas com deficiência, entre outros. Nesse sentido, Bobbio afirma que a prática e a justificativa para esses dois modos de tolerância não são os mesmos. (BOBBIO, 1992, p. 86).

As razões da tolerância de diversas crenças derivam da convicção de possuir a verdade, que implica em um discurso sobre a verdade e a compatibilidade de verdades que muitas vezes são contrárias. Por outro lado, o problema da tolerância em face de quem é diverso (minorias) coloca em primeiro plano o preconceito e a discriminação, suas razões são um conjunto de opiniões acolhidas sem questionamentos e de modo passivo em virtude da tradição e do costume. Bobbio trata da tolerância no primeiro sentido, o sentido majoritário, tendo em vista que o problema

histórico da tolerância é o problema relativo à convivência de diferentes confissões religiosas, assim como fizeram Locke e Voltaire no momento de ruptura do universo religioso cristão. (BOBBIO, 1992, p. 86).

Em sua abordagem, Bobbio retrata que para o intolerante, o tolerante é frequentemente tolerante por más razões. Nesse sentido, o tolerante não estaria “empenhado em defender o direito de cada um professar a própria verdade”. Para o intolerante, o tolerante não estaria preocupado com a verdade. Bobbio afirma que não é possível ser intolerante sem ser fanático. (BOBBIO, 1992, p. 87). “Da acusação que o tolerante faz ao intolerante, isto é, de ser um fanático, o intolerante se defende acusando-o de, por sua vez, ser um cético ou, pelo menos, um indiferente, alguém que não tem convicções fortes e que considera não existir nenhuma verdade pela qual valha a pena lutar. (BOBBIO, 1992, p. 86).”

Do mesmo modo que existem más razões, existem também as boas razões da tolerância, que Bobbio expõe ao decorrer de sua obra. A primeira boa razão da tolerância é enxergá-la como um mal menor ou mal necessário. Acerca dessa razão Bobbio aduz que “a verdade tem tudo a ganhar quando suporta o erro alheio, já que a perseguição, como a experiência histórica o demonstrou com frequência, em vez de esmagá-lo, reforça-o”. A correlação de força é aspecto importante nessa razão. O mais forte pode ser tolerante com o erro alheio por ser esperto, pois assim evita o escândalo que faria crescer a posição da qual discorda. O mais fraco pode ser tolerante por necessidade, pois ao discordar seria esmagado pela maioria. Se são iguais, entra em cena o princípio da reciprocidade, “se tu me toleras, eu te tolero”. Em todos esses casos a tolerância é encarada como um poder de cálculo, não possuindo relação com o poder da verdade. (BOBBIO, 1992, p. 87).

A segunda boa razão apresentada por Bobbio se refere à tolerância como um método universal de convivência civil que se utiliza da persuasão no lugar da força e da coerção. A base dessa razão seria a confiança na capacidade alheia de recusar a violência como único meio para triunfo das suas ideias, entendendo o bem comum. Aqui a tolerância é vista como um método de argumentação. (BOBBIO, 1992, p. 87).

A terceira boa razão da tolerância seria uma razão moral, na qual o respeito à pessoa alheia está ligado aos direitos de liberdade, primeiramente à liberdade religiosa e depois à liberdade de opinião, e também aos direitos naturais que servem como base para o Estado liberal. Creio na minha verdade, mas não posso impô-la ao outro, que deve chegar à sua verdade por convicção íntima. Nesse caso, a tolerância é um dever ético. (BOBBIO,

1992, p. 88).

Bobbio afirma que, além das boas razões da tolerância, a intolerância também pode ter suas boas razões. Para ele, o termo tolerância tem dois significados, um positivo e um negativo, do mesmo modo que o termo intolerância também possui os dois sentidos. Em sentido positivo, a intolerância é sinônimo de rigor, firmeza e severidade. De outro modo, tolerância em sentido negativo é sinônimo de indulgência, condescendência com o mal por cegueira, falta de princípios ou gosto pela tranquilidade. Em sentido positivo, a tolerância se opõe à exclusão do diferente. Assim, a tolerância é sempre relativa, nunca absoluta. (BOBBIO, 1992, p. 89).

Acerca do comportamento da sociedade com relação à intolerância e tolerância, Bobbio assim dispõe:

Se as sociedades despóticas de todos os tempos e de nosso tempo sofrem de falta de tolerância em sentido positivo, as nossas sociedades democráticas e permissivas sofrem de excesso de tolerância em sentido negativo, de tolerância no sentido de deixar as coisas como estão, de não interferir, de não se escandalizar nem se indignar com mais nada. (BOBBIO, 1992, p. 89).

Para Boff, existem fundamentalmente dois tipos de tolerância: a tolerância passiva e a tolerância ativa. A tolerância passiva representa a atitude de quem permite a coexistência com o outro apenas porque não o consegue evitar, “os diferentes se fazem indiferentes entre si”. Já a tolerância ativa consiste em uma atitude de quem convive com o outro porque o respeita. Para o autor, a intolerância deve ser sempre considerada uma patologia que produz efeitos destrutivos por não acolher as diferenças. (BOFF, 2017, s.p.).

Incontáveis acontecimentos já demonstraram, ao longo da história, o grau extremo a que as intolerâncias, entre as quais a intolerância religiosa, pode chegar. Um exemplo dessa realidade violenta da intolerância religiosa foi a perseguição, tortura e extermínio de judeus na Alemanha nazista no período da Segunda Guerra Mundial.

A separação entre as religiões e o Estado foi a grande conquista civilizatória do início da idade moderna na Europa. Essa desvinculação foi pela superação de conflitos religiosos, sendo o maior deles na história as guerras santas, que assolaram o continente, e a própria intolerância gerava inúmeras perseguições e injustiças dentro dos próprios países. (FIGUEIREDO, 2018, p. 5).

Atualmente, conforme já mencionado, a expansão dos meios de comunicação pela Internet facilitou as interações sociais. Todavia, apesar

dos aspectos positivos dessas interações, o discurso de ódio se tornou um fenômeno cada vez mais frequente e um dos maiores problemas, juntamente com as *fake news*, no ambiente da Internet. Nas palavras de Brugger: “[...] o discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas.” (BRUGGER, 2007, p. 118).

Nesse sentido, o discurso de ódio envolve todas as formas de expressão que propagam, promovem ou incitam a discriminação baseadas na intolerância. Nos espaços virtuais, os indivíduos podem ser agentes de violações, exteriorizando conteúdos discriminatórios e preconceituosos. (COSTA; ANDRADE, 2017, p. 493).

O discurso do ódio consiste na divulgação de mensagens que difundem e estimulam o preconceito religioso e outras formas de ataques baseados na intolerância, confrontando-se com os limites éticos de convivência, visto que o objetivo precípua é justificar a privação de direitos, a exclusão social e até a eliminação física daqueles que são discriminados. (COSTA; ANDRADE, 2017, p. 494).

O discurso de ódio tem a clara intenção de estigmatizar e marcar um inimigo, baseando-se em uma segregação. Para alcançar seu objetivo, o discurso de ódio engloba uma fala sedutora que articula meios de opressão para determinado grupo: o grupo dos que não se enquadram no modelo dominante de sujeito social. É como uma nota de repúdio aos diferentes. O discurso de ódio pode ainda se apresentar, de modo disfarçado, como argumento de proteção moral e social, o que pode provocar agressões aos grupos não dominantes. Esse discurso produz violência moral, preconceito, discriminação e ódio contra grupos específicos. (SCHÄFER; LEIVAS; SANTOS, 2015, p. 147).

2.2 Internet e redes sociais como meios de comunicação digitais

A sociedade é composta de grupos sociais que estão em constante transformação. Essas mudanças acontecem, em grande parte, por uma necessidade de se adaptar à vida cotidiana. Os grupos e seus indivíduos só conseguem se conservar através da mudança. Aliado a isso, a pós-modernidade trouxe modificações nos relacionamentos interpessoais e afetivos, incertezas e crises próprias, tornando a vivência das pessoas e suas interações mais complexas. (SPENGLER, 2016, p. 555).

Segundo Castells, a internet pode ser considerada a maior invenção

tecnológica dos últimos tempos, tendo em vista seu poder de alcance, a compressão tempo-espaço que é capaz de fazer, as informações que consegue transmitir em tempo real e sua capacidade de conectar, em qualquer ocasião, pessoas de todos os lugares do mundo. (CASTELLS, 2003, p. 34).

A internet possibilitou a comunicação com diversas pessoas, de modo simultâneo, em escala global. Segundo Castells, ingressamos em um novo mundo de comunicação, denominada por ele como a Galáxia da Internet. Esta denominação visa demonstrar a amplitude conquistada pela Internet, não somente em número de usuários, que cresce incessantemente, mas pelas transformações resultantes deste sistema de informação, que são econômicas, sociais, culturais, entre outras. (CASTELLS, 2003, p. 08-09).

Por outro lado, o novo sistema de comunicação transforma radicalmente o espaço e o tempo, as dimensões fundamentais da vida humana. Localidades ficam despojadas de seu sentido cultural, histórico e geográfico e reintegram-se em redes funcionais ou em colagens de imagens, ocasionando um espaço de fluxos que substitui o espaço de lugares. O tempo é apagado no novo sistema de comunicação já que passado, presente e futuro podem ser programados para interagir entre si na mesma mensagem. (CASTELLS, 2000, p. 397).

Os meios de comunicação, de um modo geral, são uma extensão dos seres humanos. Além de transmitir informações, possibilitam a multiplicação de experiências que podem alterar o comportamento e a consciência dos seres humanos. Com a evolução dos aplicativos e dos meios de comunicação à distância, as redes sociais, de modo especial, cresceram exponencialmente na última década, facilitando, inclusive, a disseminação instantânea e global das informações, ultrapassando qualquer limite geográfico. Segundo Manuel Castells, na primeira década do século 21 aconteceu a maior transformação social promovida pela internet, que foi a construção de redes sociais controladas pelos usuários. As redes sociais representam hoje a atividade mais importante da internet, conectando todas as dimensões da vida das pessoas, transformando a sociedade em um mundo que está sempre conectado em rede. (CASTELLS, 2017, p. 201).

Devido ao rápido avanço da tecnologia, a informação está disponível a todos, “pelo menos nos países onde há razoável nível econômico, liberdade de expressão e acesso gratuito e amplo à internet”. Nesse meio, as redes sociais se destacam, tendo em vista que cidadãos comuns podem expor seus pensamentos sobre tudo e todos, facilitando a troca de informação entre seus usuários. Algumas vezes esses cidadãos expressam suas opiniões sem fazer uso do bom senso, ultrapassando os limites da liberdade de expressão

e desrespeitando o próximo. Chamados de *haters*, a intolerância destes usuários vem ganhando cada dia maior visibilidade na rede mundial de computadores. Através de seus comentários, depositados em redes sociais, carregados de “[...] ódio, hostilidade, utilizando várias discriminações, como a racial, homofóbica, religiosa, rivalidades desportivas, xenofobia, entre outros.”, a Internet “[...] é vista como um lócus de reprodução de violências, estímulo às discriminações, exclusões de pessoas e convivência com o medo que atinge as vítimas.” (COSTA; ANDRADE, 2017, p. 491).

As redes sociais se constituíram como espaços informativos, que antes era dominados por outras mídias como televisão, jornais e rádios, que pertenciam a grandes empresas e reforçavam os interesses de uma classe dominante. Desse modo, a rede social se mostra como uma alternativa a esses meios de comunicação tradicionais. Todavia, sua utilização de maneira intensa por grande parte da população está contribuindo para o surgimento de “perfis de atuação política, econômica, social, cultural, marcados pela intolerância e pelo radicalismo.” (QUADRADO; FERREIRA, 2020, p. 421).

Segundo Castells, as redes sociais “são espaços vivos que conectam todas as dimensões da vida das pessoas”. (CASTELLS, 2017, p. 201). Seus usuários produzem conteúdo e são induzidos a compartilhá-lo, estabelecem vínculos e conectam práticas. Vivemos em um mundo permanentemente em rede, onde, através das interações múltiplas e contínuas nas redes sociais, as pessoas evoluem conjuntamente. A chave para o sucesso das redes sociais, de acordo com Castells, é a “autoapresentação de uma pessoa real conectada com pessoas reais.” (CASTELLS, 2017, p. 202).

Dia após dia surgem debates acerca de temas considerados polêmicos nas redes sociais, mostrando usuários aparentemente dominados por um ódio cego contra todos os posicionamentos divergentes. Segundo Belém, existe uma relação direta entre esse comportamento agressivo dos usuários de redes sociais e a racionalidade dos algoritmos utilizados na Internet, responsáveis pela distribuição dos conteúdos nas redes sociais. Essa relação pode ser denominada de “efeito bolha”, onde as pessoas são dominadas pelos algoritmos das redes sociais e não pelo discernimento racional. Esse algoritmo utilizado pelas redes sociais atua reconhecendo os interesses pessoais de cada usuário, mostrando a ele conteúdos que remetem ao que já demonstraram possuir afinidade, criando bolhas ideológicas onde sujeitos que pensam de forma homogênea se unem contra o pluralismo social e a diversidade. Assim, a divergência tende a sumir de nossas telas. (BELÉM, 2018, s.p.).

Assim, o que vemos em nossas *timelines*, seja no Facebook, Twitter ou outros, está organizado mediante um processo de seleção cuja finalidade é a apresentação de um conteúdo personalizado e previamente filtrado. Isso é feito automaticamente, através de algoritmos que terminam por limpar conteúdos não identificados com nossos perfis. (QUADRADO; FERREIRA, 2020, p. 421).

Por outro lado, não podemos deixar de levar em consideração que as redes sociais contribuem para o arejamento da democracia, na medida em que transformaram a dinâmica das relações entre a sociedade e o Estado, dando voz a quem antes não podia participar dos debates. (BELÉM, 2018, s.p.).

De acordo com o IBGE, no ano de 2019 cerca de 82,7% dos domicílios do país possuía acesso à internet em seu domicílio. Levando em consideração esses dados, o Brasil possui mais de 134 milhões usuários de Internet. Desses, 90% afirmaram acessar a Internet todos os dias. A pesquisa mostrou também que, embora o acesso à Internet esteja crescendo anualmente, o uso mais sofisticado permanece nas mãos de pessoas de renda, classe e escolaridade mais altas. Nesse sentido, importante destacar que 40 milhões de pessoas ainda não têm acesso à Internet no Brasil, e desses, os três motivos que mais se destacaram foram a falta de interesse em acessar a Internet (32,9%), serviço de acesso à Internet era caro (26,2%) e nenhum morador sabia usar a Internet (25,7%). (IBGE, 2019).

Há algum tempo a Internet se encontra num clima de radicalização política permanente. Em torno de todo assunto que venha à tona, formam-se dois ou mais grupos polarizados e opostos, sem espaço para diálogo e mediações. Com argumentos rasos e simplistas, as pessoas rejeitam qualquer questionamento relacionado às suas opiniões, mesmo que tenham pouco conhecimento sobre o assunto. Nesse sentido, a Internet está contribuindo para uma dualidade oposta e incompatível, uma polarização “certo *versus* errado” que prejudica o espaço para o debate e para o contraditório. As redes sociais iniciaram um novo comportamento individual marcado por esse modo de se comunicar mais inflexível e insensato. (QUADRADO; FERREIRA, 2020, p. 421).

O que define o caráter da Internet – bom ou mau – é o uso que fazemos dela. Apesar de não ser a culpada pelo modo como os usuários se comportam, nem todos os usuários têm conhecimento da manipulação que as informações podem sofrer nas redes sociais, e dos filtros aos quais os conteúdos são automaticamente submetidos, influenciando na formação de suas opiniões. (QUADRADO; FERREIRA, 2020, p. 421).

2.3 Discurso de ódio e intolerância religiosa na Internet e nas redes sociais

O termo religião tem origem na palavra *religio*, cujo significado inicial era “conjunto de regras, observâncias, advertências e interdições”, sem fazer qualquer referência a manifestações que hoje entendemos como religiosas. O conceito de religião nasceu como produto histórico e cultural do Ocidente, com forte influência da tradição cristã. Portanto, não há conceito original ou absoluto para religião, somos nós que conferimos sentido ao termo. (SILVA, 2004, p. 4).

Em sociedades monoteístas, o significado de religião está ligado com Deus e o sagrado, que se relaciona com símbolos e lugares como igrejas, templos, catedrais, crucifixos, Bíblia, Alcorão, imagens e esculturas de santos, entre diversos outros. De outro modo, os estudiosos consideram necessário adotar um conceito mais amplo para religião, que não esteja relacionado com a tradição ocidental judaico-cristã e possibilite assim o estudo das diversas manifestações religiosas. (BELLOTTI, 2004, p. 99).

A definição mais aceita pelos estudiosos é de que a religião é “um sistema comum de crenças e práticas relativas a seres sobre-humanos dentro de universos históricos e culturais específicos”. (SILVA; KARNAL, 2002, p. 13-14 apud BELLOTTI, 2004, p. 99-100). Todas as culturas que conhecemos possuem alguma manifestação que definimos como religiosa, porém, em línguas de outras culturas e civilizações distantes do Ocidente, não há um termo para designar religião, assim sendo, o conceito de religião deve abarcar toda a variedade de fenômenos que consideramos como religiosos. (SILVA, 2004, p. 4).

Na grande parte das vezes a religião define – ou pelo menos influencia, o modo de ser dos indivíduos, tendo em vista que ela revela a busca de um sentido para a existência. As práticas religiosas servem de acolhimento para os seres humanos em momentos difíceis, pois fornecem explicações sobre o sentido da vida. (MACEDO, 1989, p. 15).

Segundo Macedo, as pessoas se sentem ameaçadas quando não encontram explicação para alguns acontecimentos, e assim, no lugar de acreditar que as coisas acontecem de maneira fortuita, preferem crer em deuses e demônios. Essas explicações dão às pessoas a segurança que elas precisam, criando uma falsa sensação de controle sobre os acontecimentos cotidianos. Do mesmo modo, dependendo da crença de cada um, as práticas religiosas podem servir como apoio para seus adeptos em momentos difíceis como doença e luto, trazendo explicações que na maioria das vezes

amenizam o sofrimento. A religião consegue dar uma razão de ser para o sofrimento, permitindo com que as pessoas continuem acreditando numa justiça divina. (MACEDO, 1989, p. 24-25).

Para Rubem Alves, as religiões marcam a divisão bipartida do universo em sagrado e profano, onde está incluso tudo que existe. Nas palavras do autor, sagrado e profano são atitudes das pessoas perante as coisas, e não propriedades destas. No mundo sagrado nada se perde, tudo se transforma, de modo que no mundo profano estão as coisas utilitárias que podem ser descartadas ou substituídas. Em outras palavras, no mundo profano nada é permanente e o valor das coisas está na sua utilidade. O indivíduo sente-se ligado ao sagrado por laços de adoração, respeito e reverência. (ALVES, 1981, p. 59-61).

No mundo pré-moderno, a religião estava presente em todos os aspectos da vida. Uma série de atividades que hoje são consideradas mundanas eram consideradas sagradas, como caçar, limpar florestas, fazer comércio, ingerir bebidas fortes e guerrear, entre outras. Não era possível identificar onde terminava a religião e começava a política, Estado e religião eram indivisíveis. As pessoas sentem necessidade de dar sentido a tudo que fazem, sem não conseguem ver sentido na vida caem facilmente em desespero. (ARMSTRONG, 2016, p. 11).

Somente com o advento do Estado Moderno, com as ideias Iluministas e a Revolução Francesa (1789 – 1799), é que a separação total entre Estado e religião se concretiza e surge o conceito de Estado laico. (BARROSO, 2018, p. 61 e p. 341). Assim, o caráter laico impõe ao Estado que este não assuma uma religião oficial, do mesmo modo que não permita a influência de grupos religiosos em questões políticas e estatais. Nenhuma religião pode ser beneficiada em detrimento das demais e a liberdade religiosa de cada cidadão deve ser protegida. (FISCHMANN, 2012, p. 22).

A laicidade não é um processo linear, é um processo social-histórico em desenvolvimento constante, é uma construção social de cada Estado que deve levar em consideração suas características culturais, históricas e sociais. O que se toma como referência universal de laicidade é o dever do Estado de garantir a liberdade de crença e igualdade dos cidadãos e a neutralidade de tratamento das diferentes religiões. (VALENTE, 2018, p. 111)

O catolicismo foi a religião oficial do Brasil por séculos, desde a chegada dos europeus no país em 1500 até a promulgação da Constituição

Republicana de 1891. O encontro dos portugueses com os povos originários do Brasil foi marcado pela violação da identidade cultural dos indígenas, sendo os mesmos batizados e obrigados a se converter ao catolicismo, assumindo costumes europeus. (IGLÉSIAS, 1992, p. 30-31).

Estima-se que as religiões de matriz africana tenham chegado ao Brasil no século XVI pelos negros que foram trazidos ao país na condição de escravos, que não só tiveram seus direitos violados, como perderam suas origens e identidades. Em algum tempo, esses grupos começaram a recriar os cultos religiosos da cultura africana, em uma tentativa de preservar seu patrimônio étnico e resistir à escravidão. (CARNEIRO, 2019, p. 2-3). Como consequência, as religiões afro-brasileiras sempre foram tratadas com suspeita e preconceito, frutos dessa construção histórica que desqualificou, perseguiu e discriminou por muitos anos seus adeptos. (ORO, 2011, p. 227-228).

Por muitos anos a Igreja Católica deteve o monopólio religioso no Brasil e a instituição escolar servia como catequese para transmitir sua visão de mundo aos cidadãos. Do mesmo modo, elementos religiosos se faziam presentes em todos os aspectos do cotidiano e a Igreja tinha poder para impor comportamentos e regulamentações à sociedade. (VALENTE, 2018, p. 109).

De acordo com o último Censo demográfico, realizado em 2010, a maior parte da população brasileira se declara católica (64,6%), seguidos pela religião evangélica (22,2%). Somente 5% da população declarou confessar outras religiões (como candomblé, umbanda e espírita). (IBGE, 2010, p. 91). Esse quadro ainda é um resultado, mesmo que distante, da colonização brasileira pela Igreja Católica, conforme mencionado anteriormente. Por muito tempo, negou-se a uma parte da sociedade a condição e a dignidade humana, e isso reflete, ainda hoje, nos descendentes desses grupos que foram estigmatizados religiosamente. (FISCHMANN, 2012, p. 19-20).

No ano de 2018 o Brasil registrou 506 denúncias de intolerância religiosa. Segundo informações do Disque 100 (Disque Direitos Humanos), a religião que mais sofreu intolerância foi a Umbanda, seguida pelo Candomblé. Os números são expressivos e acredita-se que sejam ainda maiores, em virtude da subnotificação. (BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2019).

A intolerância religiosa se faz presente desde o início das civilizações, tendo sido causa de inúmeros conflitos e violência. De acordo com Celso

GabatZ, “o melhor antídoto para vencer o preconceito é o conhecimento”, e para isso a sociedade precisa se comprometer com conhecimento da diversidade social existente e com a aceitação das diferenças presentes na sociedade. (GABATZ, 2012, p. 61).

Para a Resolução de 1981 da Organização das Nações Unidas, constitui-se intolerância religiosa “[...] toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na religião ou nas convicções e cujo fim ou efeito seja a abolição ou o fim do reconhecimento, o gozo e o exercício em igualdade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.” (BRASIL, Resolução 36/55, 1981).

O Brasil é um país historicamente religioso, portanto é inegável a importância da religião, principalmente a cristã, no contexto de organização social. Todavia, a diversidade religiosa existente no país não pode ser ignorada. O surgimento de colisões de interesses e demandas é natural e esperado em uma sociedade que está em constante transformação. Essas crises tornam-se mais comuns e significativas quando a laicidade não é a base para a construção e a consolidação de um Estado Democrático de Direito e quando a liberdade religiosa não é reconhecida como uma expressão da dignidade humana. (GABATZ; MARTINS, 2013, p. 287).

Não está explícito na constituição brasileira que o Brasil é um país laico, mas ela traz diversos princípios que consolidam o princípio da laicidade no contexto constitucional. A laicidade como princípio é um mandamento de otimização que deve ser realizado o máximo possível nas situações concretas. (ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 58).

Atualmente, tendo em vista os dispositivos constitucionais que garantem a liberdade de crença religiosa, o Brasil é considerado um Estado laico. Entre esses dispositivos encontra-se o artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre a garantia de livre expressão de culto religioso: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...].” (BRASIL, 1988).

Embora a liberdade de expressão também seja assegurada constitucionalmente (art. 5º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988) é necessário olhar para seus desvios e abusos de sua finalidade. Nas redes sociais se vê um aumento de manifestações discriminatórias quanto às crenças religiosas, o que ultrapassa os limites da liberdade de expressão, se materializando em discurso de ódio por intolerância religiosa.

Em sua obra *Os Meios de Comunicação Como Extensão do Homem*, o filósofo Marshall McLuhan criou a expressão “o meio é a mensagem”. Na obra, McLuhan analisa os meios de comunicação e sua relação com a sociedade, demonstrando que os meios não são apenas transmissores de informação, mas extensões dos seres humanos e suas percepções. Desse modo, o meio de comunicação é um elemento importante que influencia no conteúdo da mensagem a ser transmitida. Para ele, cada meio de comunicação possui características e efeitos específicos. (MCLUHAN, 1964, p. 21).

Numa cultura como a nossa, há muito acostumada a dividir e estilhaçar todas as coisas como meio de controlá-las, não deixa, às vezes, de ser um tanto chocante lembrar que, para efeitos práticos e operacionais, o meio é a mensagem. Isto apenas significa que as consequências sociais e pessoais de qualquer meio — ou seja, de qualquer uma das extensões de nós mesmos — constituem o resultado do novo estalão introduzido em nossas vidas por uma nova tecnologia ou extensão de nós mesmos. (MCLUHAN, 1964, p. 20).

O discurso de ódio praticado nas redes sociais, também conhecido como *cyberhate*, pode ser visualizado em diferentes contextos, plataformas e formatos. Esse discurso de ódio online possui algumas características especiais, a primeira delas é o anonimato. A Internet deixa as pessoas mais encorajadas e confortáveis do que estariam na vida real a proferir ofensas e a fazer comentários carregados de ódio e desagradáveis. Outra característica desse discurso é o alcance do *cyberhate*, que pode ser visualizado e reproduzido inúmeras vezes, por um grande número de usuários das redes sociais, além de permanecer no ar por tempo indeterminado. Do mesmo modo, a invisibilidade também é uma característica significativa do discurso de ódio online. Tendo em vista que há uma aparente distância física entre o *odiador* e a pessoa a quem se destina o ódio, pode-se presumir que o *odiador* subestime o significado e a gravidade do dano que sua atitude possa provocar ao destinatário. A última característica do *cyberhate* é o fato da Internet possibilitar que qualquer pessoa pratique discursos de ódio e possua um público online. Assim como na vida real, nas redes sociais existe um senso de comunidade que aproxima pessoas que possuem pensamentos semelhantes, incluindo as que possuem pensamentos intolerantes. Nesse sentido, a Internet permite que a manifestação de ódio alcance um grande número de pessoas e em pouco tempo, o que facilita reações instintivas, comentários não filtrados e atitudes não pensadas dos usuários de redes sociais. (SILVA; FRANCISCO; SAMPAIO, 2021, p. 4-5).

As redes sociais produzem nos usuários uma sensação de validação,

pois é possível que expressem seu ódio em uma dimensão pública e recebam aplausos de outros usuários que compartilham do mesmo pensamento discriminatório, algo que era mais difícil antes das redes sociais existirem e se tornarem essenciais na vida das pessoas. Esse discurso de ódio realizado na Internet é pautado em estereótipos e estigmas sociais, onde aparentemente o discurso mais odioso é premiado com prestígio das pessoas que compartilham das suas ideias. Ou seja, quanto mais odioso o discurso, mais prestigiado é seu emissor. (QUADRADO; FERREIRA, 2020, p. 422).

No período da pós-modernidade, o sujeito não aceita mais ser passivo, somente receber as informações. O sujeito pós moderno deseja participar na construção da informação, constituindo um conteúdo coletivo e com participação democrática. Todavia, o imediatismo das informações possibilitado pelas redes sociais está tornando esse debate cada vez menos eficiente. Mesmo sem ter conhecimento aprofundado sobre determinado tema, o sujeito da pós-modernidade deseja participar do debate, o que torna a comunicação menos eficiente e abre caminho para os embates superficiais e violentos. A agressão passa a ser uma estratégia dos sujeitos que não possuem argumentos para manter um debate. (DUGNANI, 2020, p. 137).

Anteriormente, os meios de comunicação se massa criaram receptores passivos, que recebiam as informações sem contestar. Atualmente, os novos meios de comunicação digitais estão transformando os receptores passivos em emissores cada vez mais ativos. A questão dessa transformação é o modo como ela ocorre, pois os sujeitos ganham potencial e emissão enquanto perdem habilidade de serem receptores eficiente. Desse modo, se o receptor não reflete sobre a mensagem transmitida antes de responder, ele reage com base na emoção, se tornando um sujeito somente reativo, e não ativo como deseja ser. (DUGNANI, 2020, p. 138).

Assim, ao utilizar os meios de comunicação digitais, o sujeito da pós-modernidade não deseja receber informação, apenas emitir a sua opinião, tornando-se cada vez mais surdo e com dificuldades para debater e refletir acerca de posicionamentos diferentes dos seus. Nesse sentido, pode-se afirmar que o sujeito da pós-modernidade naturalizou um novo comportamento ao utilizar as redes sociais, o de reagir antes de refletir.

A prática da intolerância religiosa se baseia na crença de que uma religião é a única detentora da verdade, superior às demais e é recorrente na história da humanidade. A intolerância religiosa foi a causadora de

guerras, conflitos e morte de inúmeras pessoas, e segue muito presente na sociedade pós-moderna. A intolerância ocorre nos mais variados espaços e o campo da internet é propício a essas manifestações, tendo em vista que é um espaço onde as pessoas manifestam sem censura os pensamentos, opiniões e sentimentos que estão no seu íntimo.

A expressão do ódio parece, para muitos, a irrupção de algo irracional no seio de uma sociedade em si mesma razoável. Por isso, tendemos a vê-lo como algo de arcaico. No entanto, se o ódio irrompe no seio da sociedade civilizada em seu estágio tecnológico e, em nossa época, no ápice de tecnologia que é o digital, é porque, de algum modo, ele é parte dessa sociedade. (TIBURI, 2015, p. 32).

O discurso de ódio e intolerância religiosa reproduzido nos meios de comunicação digitais, especialmente nas redes sociais, deve ser visto como uma violação aos direitos fundamentais. Esse discurso pode silenciar opiniões diversas, geralmente a de populações que já são historicamente discriminadas, colocando em risco a construção de redes sociais plurais e democráticas.

3 Considerações finais

O estudo se propôs a analisar de que forma o uso da internet e das redes sociais tem contribuído com a prática, a manutenção e a reprodução dos discursos de ódio, especialmente com relação à intolerância religiosa, no Estado brasileiro, um país culturalmente e religiosamente diverso, somado à complexidade das relações sociais na modernidade.

O Brasil é um país historicamente religioso e religiosamente diverso. A religião esteve e ainda está muito presente na vida e no imaginário da população brasileira. Nesse sentido, a intolerância religiosa é uma forma violência frequente no país, consequência distante da colonização e do monopólio da religião pela Igreja católica por séculos. A crença de que uma religião é superior às outras já causou inúmeros conflitos e continua prejudicando as religiões que não são dominantes no país.

O advento da Internet, e posteriormente das redes sociais, modificou as relações sociais e o modo de se comunicar do ser humano. A facilidade com que todas as pessoas podem emitir suas opiniões nas redes sociais, mesmo sem possuir conhecimento sobre o assunto, incentivou os debates rasos e superficiais. Ou seja, os seres humanos que eram meros receptores passivos de informações se transformaram em sujeitos emissores. O problema surge no modo como se dá essa emissão, tendo em vista que

os seres humanos estão perdendo a habilidade de receber informações e refletir sobre elas, e no lugar de se tornar sujeitos ativos, se tornam apenas reativos.

Todo ser humano com um aparelho eletrônico tornou-se um meio de comunicação, o que tem forte influência na troca de conteúdo nas redes sociais, onde os textos se tornam cada vez mais curtos e os debates passam a ser superficiais. A partir dessas características, a contradição e os debates deixaram de ser aceitos, pois a argumentação passou a ser substituída apenas por uma performance reativa, e em grande parte agressiva, à opinião do outro. A aparente distância física e o anonimato proporcionados pela internet e pelas redes sociais dão ao usuário a falsa sensação de poder, deixando-o mais confortável do que estaria na vida real para manifestar e reproduzir publicamente discursos de ódio e intolerância religiosa.

Referências

ALVES, Rubem. **O que é religião?** São Paulo: Brasiliense, 1981.

ARMSTRONG, Karen. **Campos de Sangue: Religião e a História da Violência.** Tradução de Rogério Galindo. São Paulo: Editora Schwarcz, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo.** 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções:** Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 25 de novembro de 1981. Resolução 36/55. Disponível em: https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Tratados_e_Convencoes/Discrimina%C3%A7ao-Racismo/decl_elimin_formas_intoler.htm. Acesso em 22 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 12 nov. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. **Balanco anual:** Disque 100 registra mais de 500 casos de discriminação religiosa. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/>

gov.br/todas-as-noticias/2019/junho/balanco-anual-disque-100-registra-mais-de-500-casos-de-discriminacao-religiosa. Acesso em: 20 out. 2021.

BELÉM, Euler de França. **A marcha da insensatez**: redes sociais estão destruindo a sociedade civil. Revista Bula, 2018. Disponível em: <https://www.revistabula.com/12570-a-marcha-da-insensatez-redes-sociais-estao-destruindo-a-sociedade-civil/>. Acesso em: 20 nov. 2021.

BELLOTTI, Karina Kosicki. Mídia, Religião e História Cultural. **Revista de Estudos da Religião**, São Paulo, nº 4, ano 4, pp. 96-115, 2004. Disponível em: https://www.pucsp.br/rever/rv4_2004/t_bellotti.htm. Acesso em: 23 nov. 2021.

BERTASO, João Martins; HAMEL, Marcio Renan. **Ensaio sobre Reconhecimento e Tolerância**. Santo Ângelo: FuRI, 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 12ª tiragem. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOFF, Leonardo. **A tolerância necessária e urgente**. Disponível em: <https://leonardoboff.org/2017/02/20/a-tolerancia-necessaria-e-urgente/>. Acesso em 12 nov. 2021.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção ao Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. **Direito Público**, v. 4, n. 15, pp. 117-136, 2007. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1418/884>. Acesso em: 23 nov. 2021.

CARNEIRO, Abimael Gonçalves. **Intolerância religiosa contra as religiões afro-brasileiras**: uma violência histórica. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2019/images/trabalhos/trabalho_submissaoId_230_2305cc2fa7b34e8b.pdf. Acesso em: 22 out. 2021.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=nCKFFmWOnNYC&printsec=frontcover&dq=a+galaxia+da+internet+castells&hl=pt-BR&ei=BPxyTLmCioaBlAf2073pDQ&sa=X&oi=book_ult&ct=result&resnum=1&ved=0CCsQ6AEwAA#v=onepage&q=a%20galaxia%20da%20internet%20castells&cf=false. Acesso em: 10 out. 2021.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

COSTA, Fabrício Veiga; ANDRADE, Érica Patrícia Moreira de Freitas. A linha tênue entre o exercício da liberdade religiosa em face do discurso de ódio. **Prisma Jurídico**, v. 16, n. 2, pp. 479-503, 2017. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/7800/3675>. Acesso em 25 out. 2021.

DUGNANI, Patricio. Pós-modernidade e comunicação: dos meios de massa aos meios digitais. **Comunicação & Inovação**, v. 21, n. 45, pp. 129-146, jan-abr. 2020. Disponível em: https://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_comunicacao_inovacao/article/view/6201/2897. Acesso em 20 nov. 2021.

FISCHMANN, Roseli. **Estado Laico, Educação, Tolerância e Cidadania**: para uma análise da Concordata Brasil – Santa Sé. São Paulo: Editora Factash, 2012. Disponível em: <http://www.hottopos.com/ebooks/ESTADO%20LAICO.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2021.

GABATZ, Celso. Diversidade cultural e religiosa e os desafios para uma educação inclusiva. In: **Anais do Congresso Internacional das Faculdades EST**. São Leopoldo: EST, v. 1, 2012, p. 50-63. Disponível em: <http://anais.est.-edu.br/index.php/congresso/article/viewFile/68/6>. Acesso em 23 nov. 2021.

GABATZ, Celso; MARTINS, Janete Rosa. Intolerância, diversidade e fundamentalismo religioso no Brasil: a mediação como alternativa à resolução de conflitos na contemporaneidade. **Revista do Mestrado em Direito**, Brasília, v. 10, nº 2, pp. 287-313, julho-dezembro, 2013. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/7378/4784>. Acesso em: 15 out. 2021.

IBGE, **Censo 2010**. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. 2010. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf. Acesso em: 20 out. 2021.

IBGE. **Acesso à Internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2019**. https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf. Acesso em 19 set. 2021.

IGLÉSIAS, Francisco. **Encontro de duas culturas**: América e Europa. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/Cy6CSJcWShQPxJDcMs76wpm/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20

nov. 2021.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano. Coleção Os Pensadores. Trad. de Anoar Aiex e E, Jacy Monteiro. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MACEDO, Cármen Cinira. **Imagem do eterno**: religiões do Brasil. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1989.

MCLUHAN, Marshall. **Os Meios de Comunicação como Extensões do Homem**. Trad. Décio Pignatari. Cultrix: São Paulo, 1964. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/352425/mod_resource/content/1/MCLUHAN%2C%20Marshall%20-%20Os%20Meios%20de%20Comunicac%CC%A7a%CC%83o%20como%20Extens%CC%83es%20do%20Homem.pdf. Acesso em 25 nov. 2021.

ORO, Ari Pedro. A laicidade no Brasil e no Ocidente. **Revista Civitas**, v. 11, n. 2, 2011. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/106567/000794594.pdf?sequence=1>. Acesso em 10 nov. 2021.

SCHÄFER, Gilberto; LEIVA, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. Discurso de ódio: Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. **Revista de informação legislativa**, v. 52, n. 207, p. 143-158, jul./set. 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515193/001049120.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 15 nov. 2021.

SILVA, Eliane Moura da. Religião, Diversidade e Valores Culturais: conceitos teóricos e a educação para a cidadania. **Revista de Estudos da Religião**, São Paulo, nº 2, ano 4, pp. 1-14, 2004. Disponível em: https://www.pucsp.br/rever/rv2_2004/p_silva.pdf. Acesso em: 23 set. 2021.

SILVA, Luiz Rogério Lopes; FRANCISCO, Rodrigo Eduardo Botelho; SAMPAIO, Rafael Cardoso. Discurso de Ódio nas redes sociais digitais: tipos e formas de intolerância na página oficial de Jair Bolsonaro. **Galáxia**, São Paulo, n. 46, pp. 1-26, 2021. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/galaxia/article/view/51831/35660>. Acesso em: 05 dez. 2021.

SPENGLER, Fabiana Marion. Uma Relação à Três: O Papel Político e Sociológico do Terceiro no Tratamento dos Conflitos. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 59, nº 2, pp. 553 a 583, abril-junho, 2016. Disponível em: <https://www.redalyc.org/>

pdf/218/21847758009.pdf. Acesso em: 23 out. 2021.

TIBURI, Márcia. **Como conversar com um fascista**: Reflexões sobre o cotidiano autoritário brasileiro. Rio de Janeiro: Record, 2015.

UNESCO. **Declaração de Princípios sobre a Tolerância**. Paris, 1995. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/paz/dec95.htm>. Acesso em: 05 nov. 2021.

VALENTE, Gabriela Abuhab. Laicidade, Ensino Religioso e religiosidade na escola pública brasileira: questionamentos e reflexões. **Revista Pro-Posições**. V. 29, n. 1, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pp/v29n1/0103-7307-pp-29-1-0107.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2021.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**: a propósito da morte de Jean Calas. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ZYLBERSZTAJN, Joana. **O Princípio da Laicidade na Constituição Federal de 1988**. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-11102012-111708/publico/Joana_Zylbersztajn_TESE_Corrigido.pdf. Acesso em: 24 nov. 2021.

Texto completo 11

RESPONSABILIDADE CIVIL E IA NO BRASIL

Maria Renata Keithlyn de Gois Cruz¹
Maria Amália de Oliveira Arruda Câmara²

1 Introdução

A Inteligência Artificial demonstrou ser bastante útil e eficaz para a humanidade, auxiliando-a e facilitando a resolução de seus problemas diários. Entretanto, ainda que haja um Projeto de Lei tramitando na Câmara Brasileira, o PL 21/2020, redigido pelo deputado Eduardo Bismark, não há previsão de quando esse será sancionado, nem existe outra legislação ética que regulamente tais tópicos. Dessa forma, há diversos problemas do cotidiano gerados como: colisão entre carros autônomos, robôs inteligentes, softwares de inteligência artificial, em que não se sabe quem será o responsável jurídico e civil para tal, e muito menos quem arcará com os custos de ressarcimento.

Quanto aos objetivos, o trabalho tem caráter exploratório, pois visa investigar os argumentos para levantar hipóteses de que a legislação brasileira é falha e aquém da mundial, haja visto que ainda se aplica o Código do Consumidor nas relações desses produtos.

Quanto aos procedimentos, trata-se de pesquisa bibliográfica e documental. A primeira busca informações sobre o tema a partir das seguintes diretrizes: a) utilização das seguintes palavras-chave: Responsabilidade Civil; Resolução de Conflitos; Inteligência Artificial, Bioética, conectadas pelo operador booleano “and” para em seguida inserir nas bases de dados *Google Acadêmico*, *SciELO*, *SCOPUS*, Periódicos Capes, Bancos de Dissertações e Teses, bibliotecas virtuais e livros específicos sobre o tema; b) seleção dos textos de forma exploratória com análise de título e resumo para fins de busca de títulos vinculados ao tema; c) Classificação

1 Graduada em Direito pela Universidade de Pernambuco. Membro colaborador da Comissão de Direito e Tecnologia OAB/PE. Possui PIBIC em Massificação dos Contratos Eletrônicos pelo CNPQ. renata.goiscruz@upe.br

2 Doutora em Ciência Políticas e em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora da Universidade de Pernambuco. Professora da pós-graduação da Faculdade Ergas Muniz. Membro da Comissão de Direito e Tecnologia da OAB/PE. Fundadora e diretora da Liga Pernambucana de Direito Digital. arrudacamara@gmail.com

dos textos eleitos com consequente leitura seletiva e elaboração de resenhas que servirão para a formação do texto final do artigo. A segunda será objeto de análise documental a respeito responsabilidade civil de Inteligência Artificial no Brasil através dos dados do PROCON e de outros que informem e dissertem sobre o crescimento de problemas jurídicos oriundos da utilização dessas máquinas.

O projeto não foi submetido ao Comitê de Ética em Pesquisa em Seres Humanos, pois segundo o III e o IV inciso do art. 1º da resolução nº 510/16 as investigações que utilizam informações de domínio público e aquelas realizadas exclusivamente com textos científicos, para revisão da literatura científica, não serão registradas nem avaliadas pelo sistema CEP/CONEP. Foram excluídos os arquivos corrompidos. As informações obtidas foram organizadas em um banco de dados por meio do *Google Documentos* disponível para *Windows*.

A pesquisa revelou que há uma iminente necessidade dessa transformação se iniciar por meio de um processo cultural, a fim de que todos que se utilizem dessa tecnologia compreendam a verdadeira necessidade de tais legislações, servindo como força grupal para pressionar o Congresso Nacional a estudar tal tema. A hipótese principal é baseada no sistema do Direito Alemão e na Lei de Tráfego Rodoviário, *straßenverkehrsgesetz*, que conceitua os entes inteligentes, estabelecendo responsabilidades jurídicas e civis para cada, permitindo, portanto, a inserção desse ideal no Direito Brasileiro.

Dessa forma, se dará início as maiores explicações.

2 Das Legislações

É imperioso ressaltar que os negócios jurídicos celebrados em ambiente virtual, muitas vezes, possuem vícios e falhas contratuais. Estes, impactam diretamente na responsabilidade civil dos participantes.

A Inteligência Artificial está em ampla expansão. Essa, que começou a ser difundida após a década de 1970, e é utilizada até em objetos pessoais de pessoas de todas as classes sociais. Ela pode ser encontrada, por exemplo, desde máquinas ultra tecnológicas até nos nossos aparelhos portáteis de celular. A ideia de existir uma IA amplamente inteligente e consciente vista nos filmes de ficção científica, deu lugar a uma tecnologia simples e incipiente, a qual -por enquanto - não gera grandes riscos a humanidade, (como pensar e manipular a destruição mundial).

Contudo, ainda sim pode acarretar diversos danos, os quais ocorrem primordialmente por falha de construções dos engenheiros de software, ou por softwares maliciosos, que são utilizados por criminosos com o objetivo de romper as barreiras de segurança e de disseminar o caos no meio digital.

A responsabilidade civil é uma matéria que está presente no universo jurídico há séculos. Ela começou a ser vista ainda no Direito Romano, como a recompensa por danos causados a outrem. Ela existe, principalmente, para tentar recompensar –ou atenuar - os danos causados a outrem, pelo autor. Mesmo que realizado de forma culposa.

Como Gagliano e Pamplona Filho retratam:

A origem do instituto da responsabilidade civil parte do Direito Romano, e esta calcada na concepção de vingança pessoal, sendo uma forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lídima reação pessoal contra o mal sofrido (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p. 11)

Nota-se ainda que a responsabilidade civil surge ainda na Lei das 12 tábuas, com a responsabilização do indivíduo através de danos físicos como forma de atenuar o prejuízo da vítima. Somente depois que fora implementada a forma monetária de recompensação de danos.

Alvino Lima já retratava que: “é a reação contra a vingança privada, que é assim abolida e substituída pela composição obrigatória” (LIMA, 1999, p. 21).

Essa modificação de um direito mais rudimentar para um mais civilizado, se foi visto somente na *Lex Aquilia*:

Um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se dá, porem, com a edição da *Lex Aquilia*, cuja importância foi tão grande que deu nome a nova designação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual (GAGLIANO; PAMPLONA, 2003, p. 11).

O intitulado *dammun injuria datum*, regulado por esta lei, definia o delito praticado por alguém que prejudicasse a outrem, injustificadamente, por dolo ou culpa, tanto físico como materialmente. Na jurisprudência da época, como ensina Jose de Aguiar Dias:

A indenização permanecia substituindo o caráter da pena, sendo que os textos relativos a ações de responsabilidade se espalharam de tal forma que, em ultimo grau do direito romano, já não mais faziam menção apenas aos danos materiais, mas também aos danos morais. (DIAS, 2006, p. 26).

Na legislação francesa, mais precisamente no Código Civil de Napoleão, a culpa foi inserida como pressuposto da responsabilidade civil

aquiliana, influenciando diversas legislações, até mesmo o Código Civil Brasileiro de 1916.

Hoje em dia, no entanto, tal responsabilidade civil não pode ser mais utilizada plenamente. Com a inovação tecnológica e os avanços nesse campo, sabe-se que a ideia de um autor ser humano e a vítima ser um homem, talvez não mais se encaixe no circuito atual. Haja vista que, as máquinas autônomas e inteligentes estão surgindo cada dia mais e se democratizando mundialmente.

Infelizmente, a legislação brasileira não é um exemplo por possuir regras e normas no meio informático, tendo sua primeira lei- ainda introdutória- o Marco Civil da Internet, de 2014; e uma lei de proteção de dados que somente teve sua eficácia PARCIAL em 2020. Ainda é mister ressaltar que muitos dos problemas oriundos de relações tecno-humanas são “solucionados” pelo CDC (no caso, rege a legislação do CDC, ao invés do CC) e é de notório saber que essa legislação não é nem de longe a mais adequada para resolver tais problemas jurídicos.

Assim como disserta Harari, sobre seu ponto de vista nodal, afirma que a inteligência está se desacoplando da consciência, e se tornando utilitarista. Isso por ser exemplificado com o taxista físico (humano) e o carro autônomo, em que o segundo levaria o passageiro do ponto A ao B com maior rapidez, todavia, o primeiro que faria com consciência. Há diversas legislações estrangeiras que tentam orientar o ordenamento jurídico sobre essas novas formas de responsabilidade civil, novamente, nenhuma delas se vê presente no Brasil.

Existe um PL europeu, sobre Sex Bots³, que proíbe a existência de robôs com aparência de menores de idade. Entretanto, Para Joanna Bryson (Robots should be Slaves, 2010) a escravidão está intrínseca ao conceito de desumanização, contudo, na visão dela, robôs não seriam humanos, logo, não poderiam ser desumanizados. Portanto, não haveria escravidão robótica, mesmo naqueles entes que possuem uma inteligência mais sofisticada.

Todavia, Lily Frank (Robot Sex and Consent, 2017) traz a ideia de que robôs sexuais, por serem enquadrados como cidadãos e pessoas eletrônicas, *podem ou não consentirem* com o ato sexual. A doutrinadora é contrária a ideia da Bryson, visto que, dá uma pretensão de direito a uma pessoa eletrônica. Existe, ainda, a ideia de estupro em uma relação

3 Robôs que são utilizados com a finalidade de realizar atos sexuais, ou gerar prazer aos seus usuários.

de humano-máquina que não seja autorizada ou consentida pelo segundo ente.

O PL europeu mais famoso, sobre a criação da personalidade jurídica, se baseia em leis já propostas pelo escritor Isaac Asimov; criando parâmetros éticos mínimos para a convivência com tais entes. Quais sejam:

- 1) um robô não pode ferir um humano ou permitir que um humano sofra algum mal; 2) os robôs devem obedecer às ordens dos humanos, exceto nos casos em que tais ordens entrem em conflito com a primeira lei; e 3) um robô deve proteger sua própria ...2 de

A criação de armas autônomas e robôs soldados, como Sparrow cita em *Killer Robots*, em conjunto com alterações de dados médicos em hospitais, os quais modificando a dosagem de irradiação dos pacientes, os levou a óbito, como é citado por Franken e Chacon, mostra claramente que a responsabilidade civil e penal estão amplamente conjuntas nesse novo ambiente.

A lei alemã sobre tráfico rodoviário, disserta claramente sobre a responsabilidade em referência a carros autônomos. Enquanto no Brasil, utiliza-se amplamente o CDC para essas relações de responsabilidade civil entre humano e máquina, como se fossem meramente uma relação de consumo.

A falta de legislação aprofundada no Brasil, ainda que se exista PLs que tentam regulamentar a IA, nos deixa bem aquém das outras nações. Possuímos grandes lacunas jurídicas, e um sistema de criação de leis bem engessado, o que corroboram pra um distanciamento da punição adequada por infrações ocasionadas por tais entes.

3 Os fenômenos tecnológicos e o nexo causal

A pesquisa é fundamentada no marco teórico utilizado pela legislação alemã. Nessa doutrina, quem dirige o veículo, ou quem deveria ser o motorista, possui uma responsabilidade sobre a direção do veículo, mesmo quando o automóvel estiver em modo automático. Gerando, portanto, uma *culpa in vigilando*. Segundo artigo 28 do CTB, o condutor precisa ter domínio do automóvel a qualquer momento que seja necessário, logo, não existiria responsabilidade civil da máquina, mas sim, do motorista-controlador do veículo.

É mister salientar que, se o dano causado for em detrimento a alguma ação fraudulenta, ou seja, de algum software/malware malicioso,

como a ação de hackers, não haverá nexos causal entre o controlador/piloto e o fato. Retirando, logo, a necessidade do condutor indenizar a vítima. Mas nesse caso, quem teria que indenizá-la pelo prejuízo causado? Ainda não há lei que fale sobre isso.

Além disso, se houver “bug”⁴ no sistema, é necessário utilizar o artigo 942 do Código Civil. Nesse trecho, a responsabilização é solidária entre a cadeia de fornecedores/produtores e o engenheiro de software. Logo, não haveria nexos causal entre o condutor/operador e a vítima. Quem indenizá-la seria quem produziu tal ente mecânico.

A responsabilidade civil, portanto, nos casos em que envolvem seres inteligentes mecatrônicos, deveria ser subjetiva, visto todos esses problemas que podem ser causados pelo uso da tecnologia.

O doutrinador Felipe Mendon corrobora com a ideia de David C. Vladeck, em que o humano ainda seria o responsável por guiar e controlar todo o processo, tendo o dever de assumir o controle da máquina quando fosse necessário. Assim, para eles, existiria, atualmente, somente uma autonomia parcial, ainda que as máquinas sejam bastante tecnológicas. Para Mendon, a sociedade estaria em um momento em que as máquinas começariam a agir como autônomas e independentes, tomando decisões bastante significativas sem a interferência humana, causando ações não previstas pelos seus criadores, ou mais gravemente, alguma ação a qual os programadores não consigam controlar ou modificar o conteúdo, se necessário. Gerando, portanto, um problema sem solução.

É de comum saber que há algum tempo, uma Inteligência Artificial criada pelo Facebook e que utilizava a Machine Learning e Neural Networking começou a criar uma linguagem própria e seus programadores e engenheiros de softwares não conseguiram mais compreendê-la nem modificar a linguagem por elas utilizadas. No fim, tiveram que ser desligadas para que não houvessem maiores danos.

Contudo, estamos falando de entes que aumentam seu nível de inteligência a cada dia mais, e que alguns já são até regulamentados como cidadãos. É importante saber que todo cidadão, como afirma CRUZ (2020), possui direitos e deveres, e em detrimento disso, uma personalidade eletrônica que detém essa regulamentação também necessitaria ser responsável civil e criminalmente pelos seus atos.

A ideia anteriormente dita por Frank daria a esses entes eletrônicos inteligentes uma possibilidade de escolha e até uma pretensão de direito,

4 Defeito de fábrica, defeito no código do software

em que deveriam consentir ou não com um ato. Isso é claramente um direito ofertado a eles, mesmo que não sejam intitulados ou recebam o título de cidadão. Por isso, é importante elencar qual grupo e quem seriam esses possíveis entes eletrônicos que teriam acesso a direitos e deveres, sendo enquadrados como cidadãos na sociedade humana atual.

Mendon ainda fala sobre o impacto no regime jurídico que seria amplamente modificado, visto que, seriam um tipo de “responsabilidade de terceiros” haja vista que essas máquinas agiriam por conta própria, mas seres humanos poderiam acabar sendo responsáveis juridicamente por elas.

Os problemas éticos em detrimento de danos causados por máquinas inteligentes possuem uma grande quantidade, entretanto, não se deve somente questionar os problemas menores como uma batida de carro. O cerne da questão se concentra principalmente quando coloca a vida humana à prova.

Ainda que existam diversos estudos, programas e teses como problema trolley, formulado por Phillipa Foot na década de 1970, esses não foram solucionados de forma satisfatória pela população.

Quando há uma colisão entre veículos e a morte de alguém, se deduz que o condutor do automóvel tentou livrar ou a si mesmo, ou os que estavam consigo no carro, ou atingir o mínimo de pessoas possíveis; já em relação a uma máquina inteligente, ela não teria esse senso de “salvar a si mesmo”, mas sim, uma ideia puramente utilitarista, de salvar os que tem maior chance de sobreviver. Isso, muitas vezes, pode por em risco a própria vida do condutor do veículo; indo de encontro a tudo que foi ensinado nas auto-escolas “primeiro salve a si mesmo, pois você está conduzindo o veículo e você que possui a habilidade necessária para agir em uma situação que necessite de sua expertise”.

Toda uma lógica humana de valorização da vida pessoal se esvai, colocando em primeiro lugar uma valorização da vida humana. Uma nova espécie de altruísmo? Bem, não entenderia dessa forma. A máquina “sabe” que ela não é finita. Suas peças podem ser realocadas, modificadas, e ela não possui uma “vida-útil”. Se constantemente atualizada e modificada seu “corpo exterior” sua mente pode “viver/habitar” *ad infinitum*. Logo, ela não estaria buscando um altruísmo encontrado na nobre literatura patriota brasileira, em que retrata as forças militares como a Canção Fibra de Herói: “com animo forte, se for preciso, enfrenta a morte, afronta se lava com a fibra, de gente brava (...)” pois, ela não enfrentaria a morte, já que ela é “imortal”.

Até mesmo o próprio MIT desenvolveu um jogo virtual, o MORAL MACHINE, tentando simular veículos autônomos que entram em algum conflito e necessitam realizar uma decisão. O objetivo do jogo é tomar decisões a partir da média das decisões das pessoas que o jogaram. Tentando atenuar a visão utilitarista do programador ou do ente mecânico.

Incapazes: Máquinas E Menores E A Responsabilidade Contratual Eletrônica

Preliminarmente, é necessário se ter em mente que a produção contratual eletrônica vem crescendo nos últimos anos, principalmente com os aplicativos que podem ser baixados nos smartphones.

É importante ter em mente que esse negócio jurídico contratual, realizado de forma virtual/eletrônica, podem ter alguns problemas, como defeitos, ou até nulidades. Para tanto, se explanará as diferenciações e as implicações jurídicas dessa nova forma de contratação.

A capacidade civil é a aptidão intrínseca da parte para dar vida aos atos jurídicos, sem necessidade de atuação de um terceiro para tal. Para ser válido um contrato, é necessário que as partes sejam capazes (o que no direito brasileiro ocorre, normalmente aos 18 anos, com exceções previstas em lei). Dessa forma, para realizar um negócio jurídico contratual, as partes precisam ser titulares dos direitos pretendidos e que tenham capacidade mental e civil para exercer tal pretensão.

Silvio Rodrigues, ainda afirma que os incapazes devem ser protegidos pelo estado e por suas famílias, dessa forma, não podem agir por si só, pois, falta amadurecimento ou capacidade para discernir sem o outro.

Dessa forma, os incapazes não podem celebrar negócios jurídicos, nem contratos, haja vista que a celebração desses decorrem da vontade do indivíduo. Se esse indivíduo não pode discernir por si só, também não poderia demonstrar sua vontade, logo, toda celebração contratual seria inválida.

As máquinas racionais, que são elencadas e recebem o título de cidadão, deveriam – em detrimento da conceitualização do que é cidadão – ter direitos e deveres e ser responsável civilmente e penalmente pelos seus atos. Em contra partida, o que se vê, até o presente momento, é uma “curatela/ tutela” desses entes eletrônicos, em que, não há responsabilização direta a eles, mas sim para que os fez ou quem os gerencia.

Logo, eles poderiam ser equiparados a menores de idade, incapazes. Mas seriam totalmente incapazes? Bem, segundo a ideia de Frank, dita anteriormente, eles poderiam dar o consentimento sexual. Vejamos, no

Código Penal pátrio, relação sexual com menores de 14 anos, independente de consentimento, é crime de estupro. Portanto, as máquinas racionais se enquadrariam, de forma mais adequada, nos parcialmente incapazes, como entes de 16-18 anos, que podem ser “emancipados” (se seguirem determinações legais rígidas- sendo conceituados como cidadão-) e que deteriam uma maior liberdade do que os totalmente incapazes, mas ainda agiriam sob responsabilidade de um terceiro.

Nos contratos eletrônicos há uma enorme dificuldade em saber se o contratante é ou não maior de idade. A compra normalmente se é feita utilizando um cartão de crédito, que pode estar no nome de qualquer outra pessoa capaz, e de maior; No entanto, a compra em si, pode ser feita por incapazes ou absolutamente incapazes. Não há formas de verificação atualmente que comprovem quem está no outro lado da tela realizando aquela compra.

Ainda que o Código Civil brasileiro, em seu dispositivo do artigo 180 afirme que os incapazes entre 16 e 18 anos não podem invocar sua capacidade, como forma de abster de responsabilização civil, se agiu de boa-fé, os absolutamente incapazes, menores de 16 anos, não poderiam realizar, em teoria, nenhum ato contratual; mesmo de boa-fé. Contudo, a realização de negócios jurídicos contratuais por menores de idade e absolutamente incapazes é bem recorrente, principalmente no universo de jogos de video game.

O mercado de jogos de computadores, em sua maioria, é utilizado por pessoas incapazes; absolutamente ou não. Todas aquelas transações de compra de gold/moeda/roupa/personagens seriam, teoricamente, inválidas, já que em suma maioria são realizadas por menores de idade, com ou sem o consentimento dos seus responsáveis.

Ainda tem um outro modo de pagamento dessas moedas virtuais, por boleto. Dessa forma, nem precisa o adolescente surripiar o cartão de crédito de algum maior, mas somente ir até uma lotérica e fazer o pagamento. O que torna mais fácil ainda de realizar essas transações, sem ter uma fiscalização de um responsável legal.

Nos jogos virtuais, há um grande público masculino de usuários; dentre eles, crianças e adolescentes que fazem parte desse mundo virtual. É evidente que a maioria das transações são feitas por esses menores de idade

Todavia, não há regulamentação estrita sobre a inferência de quem paga pelos itens virtuais. A maioria dessas empresas possuem sistema de pagamento por boleto ou por cartão pré-pago, em que, muitas vezes, são

adquiridos por incapazes que fazem essas transações. O cerne da questão é se elas seriam anuláveis ou não, segundo o Código Civil brasileiro.

O estudo entende que, se um menor de idade, entre 16-18, praticar um negócio jurídico contratual eletrônico, de boa-fé, e com vontade própria, o contrato será válido, e nem os responsáveis legais poderão reclamar sobre ele. O problema está se esse adolescente praticar tal ato utilizando o cartão de crédito de outra pessoa maior de idade sem sua prévia autorização. Aí, já seria um problema de direito criminal para se resolver e não mais o tópico de responsabilidade civil eletrônica.

Já a realização de negócios jurídicos por totalmente incapazes, somente seria válido se: 1) o menor fosse maior de 13 anos, que segundo o Marco Civil da Internet é a idade mínima para navegar na rede; 2) os responsáveis legais tivessem autorizado a participação desse infante no site/aplicativo o qual fora realizado o contrato eletrônico; 3) o responsável legal seja possuidor do cartão de crédito utilizado pelo adolescente e permita a transação.

Elencadas as seguintes hipóteses, o negócio jurídico seria válido e não poderia ser anulado posteriormente, de nenhuma forma, nem mesmo utilizando a incapacidade civil do infante que praticou o ato, pois, ele teria dado ciência previamente ao seu tutor.

Em contra partida, se o item 2 não for atendido, ou seja, o adolescente realiza inscrição naquele site *sem a autorização do pai ou forjando esta*, a responsabilização civil ainda recairia sobre o adolescente, visto que, mesmo sendo avisado pelo site, *ele correu o risco* ou cometeu um delito objetivando participar daquela página.

Em suma, para os menores de 13 anos, toda e qualquer transação seria anulável, já que não atende os pré-requisitos do Marco Civil da Internet, e a responsabilização iria para o site/aplicativo- por não checar adequadamente quem estava no outro lado da tela.

Sobre as comprar e pagamentos feitos por boleto bancário e por cartões pré-pagos: a responsabilidade não recairia sobre o site/aplicativo, visto que, quem permitiu a compra e a finalização desse negócio jurídico foi o estabelecimento comercial. Esse que é um terceiro na relação, sem contato com a empresa virtual, que deixou um menor de idade comprar aquele cartão ou fazer o pagamento de um boleto.

Inclusive, em relação a jogos, a própria loteria nacional deixa claro que não é permitido a compra de bilhetes premiados por menores de idade, justamente para inibir o vício e corroborar com problemas jurídicos.

4 Conclusão

Conclui-se que a responsabilidade civil da Inteligência Artificial no Brasil, deveria ser equiparada a uma responsabilidade civil de um parcialmente incapaz, de 16-18 anos humano. Em que se teria alguns direitos e deveres, podendo dispor mais livremente de algumas funções, e possuindo boa-fé contratual, mas, ainda necessitando de uma supervisão.

O estudo também elenca as causas já previamente demonstradas de possíveis anulações de negócio jurídico, as quais também podem ser utilizadas por máquinas inteligentes. Nos casos das máquinas racionais, se a página houver um “captcha” ou outro dispositivo que impeça que uma máquina adentre aquele site/aplicativo, e ela, utilizando de sua inteligência, conseguir superar tal obstáculo, estará sujeita civilmente e criminalmente, como um parcialmente incapaz está, pelos seus atos.

Os próprios doutrinadores utilizados no marco teórico desse artigo, Antônio Menezes Cordeiro, Paulo Lobo, já corroboram com a ideia de boa-fé contratual, bem como a ideia de Karina Nunes Fritz. Portanto, seria uma utilização desse pensamento em uma “nova seara” a tecnológica e virtual, utilizando os mesmos princípios.

Também se é visto que a legislação brasileira sobre Inteligência Artificial e sua regulamentação está bastante aquém da mundial, utilizando de leis defasadas e muitas vezes, incoerentes, como o CDC. Dessa forma, é claro e inequívoco a necessidade de uma celeridade legislativa objetivando a melhor utilização do judiciário para questões e problemas decorrentes dessas novas formas de tecnologia.

Referências:

ANNA C. F. Lewis (2020) Where Bioethics Meets Machine Ethics, *The American Journal of Bioethics*, 20:11, 22-24, DOI: 10.1080/15265161.2020.1819471

BIRHANE. Abeba; DIJK, Jelle. Robot Rights? Let’s Talk about Human Welfare Instead, 2020. Disponível em: < <https://arxiv.org/pdf/2001.05046.pdf>>

CZARNECKI, Krzytof. English Translation of the German Road Traffic Act Amendment

Regulation the Use of “motor vehicles with highly or fully automated

driving function”, 2017.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 2.

FRANK, LILY. Robot sex and consent: Is consent to sex between a robot and a human conceivable, possible and desirable?. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. 1a ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 10.

LIMA, Alvinio. Culpa e risco. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999.

LOBO, Paulo. Direito Civil Obrigações. 2019.

MENDON, Felipe. (2020) Inteligência Artificial e Responsabilidade Civil.

MENEZES CORDEIRO, Antonio. Tratado de Direito Civil.

SHER, Taimur. 2020. Algorithms and Bioethics. Doi.org/10.1016/j.mayocp.2020.03.2020

TENPEDINO, Gustavo. SILVA, Rodrigo da Guia. Inteligência Artificial e elementos da responsabilidade civil. 2019.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo. 2019. DESAFIOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL.

VLADECK, David. C. Machines Without principals: liability rules and Artificial Intelligence Washington Law Review. Vol. 89. 2014

Texto completo 12

A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O PARADOXO DO DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO: VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DOS FLUXOS MIGRATÓRIOS GLOBAIS

Elisa Cardoso Ferretti¹

Janete Rosa Martins²

1 Considerações iniciais

Contemporaneamente, a era da hiperconectividade domina as estruturas internacionais, repercutindo incisivamente tanto na vida de indivíduos como na condução dos mais variados segmentos institucionais. As constantes inovações que balizam as relações mundiais para o avanço cada vez mais veloz da seara tecnológica contribuem para a facilitação dos esquemas comunicacionais interconectados, bem como na promoção de uma espécie de corrida digital da qual, em que pese se desconheça a amplitude das consequências, sabe-se a gravidade das profundas desigualdades que recaem contra as camadas populacionais mais desfavorecidas.

Nesse contexto, a incerteza do alcance das progressões tecnológicas nos situa em um limbo jurídico, econômico, social e estatal, uma vez que a tecnologia avança de forma desenfreada, atropelando a atuação dos demais

1 Mestranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus Santo Ângelo/RS. Bolsista PROSUC/CAPES. Pós-graduanda em Direito Civil pela Escola Paulista de Direito e Direito Empresarial pela faculdade Legale. E-mail: elisaacardoso@gmail.com.

2 Doutora em Ciências Sociais pela UNISINOS – São Leopoldo/RS, Mestre em Direito pela UNISC – Santa Cruz do Sul/RS e Especialista em Direito Público e Bacharel em Direito pela UNIJUI – Ijuí/RS, Professora da Pós-graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado e da Graduação em Direito, Editora da Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, Pertencente ao Grupo de pesquisa Conflito, Cidadania e Direitos Humanos, vinculado a Linha de Pesquisa II – Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos, pesquisadora em Mediação URI – Universidade regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – campus de Santo Ângelo/RS. E- mail: janete@san.uri.br.

agentes internacionais a partir da mistura interconectada proposta pela era da Internet das Coisas, do *Big Data* e do desenvolvimento algorítmico calcado pelos sistemas de inteligência artificial. A variabilidade dos termos advindos com a era digital exige da sociedade contemporânea a compreensão de expressões como as citadas, as quais, complementares, contribuem para a conformação de um todo complexo e paradoxal.

Dessa forma, demonstra-se a relevância de promover o presente estudo, a fim de delinear os antagonismos decorrentes da era tecnológica, da qual, por um lado, esperam-se grandes progressos a nível global em prol do desenvolvimento ímpar para o mundo, e por outro, presencia-se, em decorrência da falta de humanidade e ética como base para desenvolvimento dos novos sistemas informatizados, o acirramento das desigualdades atualmente existentes, especialmente, no caso em comento, contra migrantes e refugiados. Assim, a questão-problema busca equacionar de que forma o incipiente aparato tecnológico da IA³ poderá crescer, paradoxalmente, a violação dos direitos humanos de migrantes e refugiados na era digital, aprofundando as desigualdades com a utilização de sistemas tecnológicos mal parametrizados.

Nesse horizonte, com fulcro na utilização do método de abordagem hipotético-dedutivo e de procedimento com amparo bibliográfico, objetiva-se direcionar o primeiro ponto do estudo para pontuar acerca do desenvolvimento tecnológico da IA no contexto da sociedade contemporânea globalizada, os desafios para a sua implementação de forma ética e eficaz à humanidade, bem como os impactos decorrentes. Na sequência, delimita-se o estudo para demonstrar as possíveis consequências do uso das tecnologias equipadas com sistemas de IA, especialmente no caso do reconhecimento facial, com relação aos direitos humanos de migrantes e refugiados, acometidos pelas inúmeras falhas operacionais decorrentes do desenvolvimento e aplicação errônea dos aparatos tecnológicos.

2 A inserção da Inteligência Artificial no contexto da sociedade contemporânea globalizada: desafios e prospectivas

Primeiramente, faz-se mister pontuar acerca do desenvolvimento e progresso da era tecnológica na sociedade globalizada atual, especialmente destacando as nuances correlatas ao avanço da IA e os impactos do uso desses sistemas informatizados inteligentes na vida das pessoas que se encontram

3 Abreviação a ser utilizada no texto para “Inteligência Artificial”.

cada vez mais sujeitas à necessária interrelação com equipamentos digitais. Nesse sentido, grande maioria da população mundial utiliza diariamente de algum meio tecnológico, especialmente ao que se refere às ferramentas comunicacionais e mídias sociais através das redes de internet. Todavia, os usuários dessas redes infinitas de dados encontram-se condicionadas a um uso alienado dos recursos digitais diante da falta de informação clara com relação à sujeição de suas informações e dos conteúdos que são consumidos.

Dessa forma, reforçar que o ciberespaço faz parte do contexto diário de todas as pessoas, inicialmente pode parecer uma fala de senso comum, contudo, é inegável que o discurso tecnológico se encontra impregnado na vida de grande parte da população mundial. Em que pese haver amplo conhecimento da abrangência que a tecnologia e a internet possuem nas atividades cotidianas – desde o envio de mensagens em aplicativos de comunicação instantânea, a pesquisa de uma receita para o preparo de refeições ou a compra de um objeto utilitário em lojas virtuais –, a profundidade com que a era digital se enraíza na vida dos indivíduos, a forma como suas informações são trabalhadas, armazenadas e aplicadas no jogo tecno-informacional, ainda estão longe de ser claramente compreendidas.

Nesse contexto, a era da hiperconectividade em que o mundo se encontra imerso, marcada pela proeminência da denominada era da Internet das Coisas⁴, pode ser visualizada em todas as atividades conexas existentes entre ser humano e aparatos tecnológicos, os quais decorrem, segundo destaca Eduardo Magrani (2019), da intensa conectividade, da utilização de sensores e da capacidade de processamento e armazenamento de dados, características fundamentais para abordar-se a profundidade que a conexão informatizada alcança na vida dos indivíduos, baseada “[...] na estreita relação entre seres humanos, objetos físicos, sensores, algoritmos, *Big Data*, Inteligência Artificial (computacional), *cloud computing*, entre outros elementos” (MAGRANI, 2019, p. 20, grifo do autor).

A realidade atual, conforme se observa, está imbricada em uma gigantesca rede de informações que interligam as comunicações globais, bem como por uma intensa produção e armazenamento de dados que servem de base para alimentar algoritmos cada vez mais avançados e controladores (MAGRANI, 2019). O controle a que se faz referência verte-se no domínio exercido pelas tecnologias nas estruturas econômicas,

⁴ Conforme conceitua Eduardo Magrani, o termo Internet das Coisas (*Internet of Things* – IoT), representa: “[...] um mundo onde objetos e pessoas, assim como dados e ambientes virtuais, interagem uns com os outros no espaço e no tempo” (2019, p. 29).

sociais, estatais e, mais incisivamente, na esfera privada de indivíduos sujeitos aos benefícios e malefícios das vivências interconectadas em rede.

Na esteira das inúmeras evoluções presenciadas no decorrer da história, envolvendo a criação de modelos matemáticos e estatísticos avançados, grandes saltos no mercado financeiro, modernização da destrutividade armamentista, dentre outros aspectos que perpassaram por grandes progressos, a seara tecnológica, igualmente, expandiu-se em grande potencial, tornando o mundo interconectado, alavancando economias e acordando gigantes adormecidos. Nestes termos, Kai-Fu Lee (2019) aponta a explosão da China como uma das grandes superpotências no ramo da IA, demonstrando o potencial transformador que o investimento em tais tecnologias proporciona, alocando os mercados mundiais em uma corrida tecnológica cada vez mais disputada.

Nesse cenário, a proposta de constante otimização da vida, aceleração de mercados produtores e acréscimo do progresso formam as pautas de uma sociedade internacional informatizada e sedenta por lucro. Como nunca visto, os setores tecnológicos tornaram-se o centro do mundo, propondo tecnologias cada vez mais inteligentes e autônomas, pensadas para realizar um número muito maior e mais preciso de atividades do que um ser humano seria capaz. Dessa forma, a vida dos indivíduos enquanto usuários de serviços informatizados é facilitada pela variabilidade de serviços propostos, bem como pelo alcance a qualquer local do globo com a utilização de aparelhos inteligentes.

As vantagens logicamente existem e o lado positivo da era tecnológica vem proporcionando uma variabilidade de soluções, considerando que, dado o intenso volume de informações com que se trabalha no campo do *Big Data*⁵, notadamente, em uma “[...] escala de bilhões de dados diariamente, permitindo que seja possível conhecer cada vez mais os indivíduos em seus hábitos, preferências, desejos e tentando, assim, direcionar suas escolhas” (MAGRANI, 2019, p. 35), se apresenta a possibilidade de atender os usuários e consumidores em diversos aspectos de suas vidas, seja em questões de consumo, saúde, relacionamentos, interação social, comunicação, entre outros

Nesse contexto, os benefícios no desenvolvimento progressivo dos mais diversos aparatos tecnológicos inteligentes proporcionam o crescimento e otimização de incontáveis aspectos da vida humana,

5 Conceitualmente, segundo Magrani, o chamado *Big Data* corresponde a um “[...] termo em evolução que descreve qualquer quantidade volumosa de dados estruturados, semiestruturados ou não estruturados que podem ser explorados para se obterem informações” (2019, p. 22).

repercutindo na facilitação de numerosas atividades, conforme observa Fabiano Hartmann Peixoto:

Celeridade burocrática, redução de intervenção humana em atividades repetitivas, demoradas e sujeitas a erros não intencionais humanos, precisão, eficiência podem estar associadas à concretização de direitos, dos mais nobres, como a proteção à saúde, integridade, liberdade, mobilidade, dignidade e a própria proteção da vida. Olly Buston, CEO da Future Advocacy mencionou que há um futuro alternativo para a IA propor soluções para problemas de crescimento econômico, prosperidade compartilhada e cumprimento dos direitos humanos e que serão escolhas de empresas, governos e pessoas que determinarão o caminho que a humanidade seguirá (2020, p. 307).

Avançando dentro desse aspecto, a corrida pela evolução tecnológica ganha contornos inteligentes e autônomos com a criação dos sistemas de IA alavancando o setor tecnológico e incrementando a disputa dos gigantes da indústria digital mundial. Segundo contextualizado por Carol Ann Browne e Brad Smith (2020), as pesquisas acadêmicas para desenvolvimento das tecnologias de IA iniciaram antes mesmo da década de cinquenta, porém, entraram em ebulição, especialmente, a partir do ano de 2017, desenvolvendo mecanismos com habilidades de percepção e cognição, grande capacidade de armazenamento de dados e, conseqüentemente, uma gama de informações para uma aprendizagem, em tese, mais eficiente.

Dessa forma, a IA explodiu no universo tecnológico para promoção de uma grande revolução nos mercados e indústrias dos mais variados segmentos, abarcando a promessa de otimização, modernização e progresso. Nesse horizonte, a IA está relacionada com a capacidade de atuação dos mecanismos tecnológicos de forma semelhante à inteligência de humanos, podendo ser conceituada, ainda que superficialmente, como uma fração do campo informático cujo “[...] objetivo é habilitar o desenvolvimento de computadores que sejam capazes de emular a inteligência humana ao realizar determinadas tarefas” (MAGRANI, 2019, p. 51)⁶.

Nesse contexto, a IA enquanto aparato tecnológico inteligente, depende de atividades de aprendizagem envoltas na utilização de infundáveis redes interconectadas, informações e experiências humanas, para o que se utiliza, na atualidade, em função da necessidade de processamento massivo

6 Relevante acrescentar a distinção existente e apresentada por Magrani em sua obra: “A tecnologia capaz verdadeiramente de simular o raciocínio humano se moldando a diferentes situações é denominada de ‘AI forte’ (em inglês, *strong AI*), ou ‘AI geral’ (em inglês, *Artificial General Intelligence*). Os sistemas de AI projetados para tarefas específicas e predeterminadas são geralmente denominados de ‘AI limitada’ (em inglês, *narrow AI*) ou ‘AI fraca’” (2019, p. 51, grifos do autor).

de dados, da chamada aprendizagem profunda ou redes neurais, permitindo que se amplie a capacidade de raciocínio, aprendizagem e reprodução das informações utilizadas na alimentação das máquinas equipadas com sistemas inteligentes de processamento (BROWNE e SMITH, 2020).

Os dispositivos inteligentes e as novas tecnologias, especialmente a IA que aqui se destaca, desenvolvem-se a partir de tais processos de aprendizagem como “[...] autoprogramação, *machine learning* e *deep learning* [...]” (MAGRANI, 2019, p. 148, grifo do autor), que se utilizam de grandes massas de dados dos usuários presentes no campo do *Big Data*. Esse conjunto de atividades de aprendizagem das máquinas inteligentes possui limitações sensíveis que conduzem a um ponto importante e muito controverso: a falta de neutralidade e de variabilidade desses dados, culminando na transformação da tecnologia em mais um mecanismo de exclusão. O funcionamento dos meios informatizados ainda é um processo não transparente, de difícil interpretação e a linguagem digital carece de simplificação para alcançar um conhecimento mais didático.

A IA vem transparecendo grandes movimentos para sua aplicação irrestrita ao maior número de atividades possíveis, enraizando-se nos sistemas informacionais de estruturas públicas e privadas, imergindo na vida de indivíduos e instituições de maneira imperceptível, tomando conta de todos os meios de comunicação e informatização, na pretensão de substituir os seres humanos para um giro de capital mais eficiente. Todavia, tais mecanismos tecnológicos inteligentes permanecem envoltos em um limbo de imprecisão conceitual e regulatória, conduzindo a possíveis impactos negativos tão incisivos quanto os aspectos que busca evoluir.

Nesse sentido, de pronto se destaca que não se buscam reproduzir as objeções ficcionais de episódios de dominação mundial pelas máquinas, exércitos robotizados tomando o controle ou promovendo a destruição da humanidade. Contudo, há que se preparar para que todas as tensões e conflitos enfrentados atualmente pela humanidade tomem proporções gigantescas em função do grandioso desenvolvimento tecnológico que se traduz na interconexão global tanto de progressões, como de regressões, estas, invariavelmente, resultantes da falta de preparo ético para aplicação dos meios tecnológicos que atingem severamente a vida dos mais desfavorecidos.

No ponto, os danos colaterais advindos do desenvolvimento falho dos sistemas de IA precisam tomar a pauta das discussões internacionais, considerando que as consequências tanto positivas como negativas são

sentidas pelos indivíduos de todas as partes do mundo e a “[...] inteligência artificial, como toda tecnologia da informação, é desenvolvida para ter caráter global” (BROWNE e SMITH, 2020, p. 207). Os efeitos mais devastadores, no entanto, que atualmente conduzem ao aprofundamento de desigualdades sociais, econômicas e culturais, atingem as massas de desfavorecidos que lutam diariamente contra os sistemas opressores existentes, e, na era da hiperconectividade, vivem à margem dos sistemas informatizados.

Nesse aspecto, o desenvolvimento tecnológico da IA, conforme aborda Cathy O’Neil (2020), foi anunciado enquanto ferramenta eficaz, veloz, objetiva e imparcial, facilitando o desenvolvimento otimizado de atividades com maior precisão e, em tese, maior confiabilidade. Os dados, esquemas matemáticos e algoritmos passaram a ser preferíveis ao trabalho de seres humanos. As suas decisões, “[...] mesmo quando erradas ou danosas, estavam para além de qualquer contestação. E elas tendiam a punir os pobres e oprimidos da sociedade enquanto enriquecia ainda mais os ricos” (O’NEIL, 2020, p. 08). Tal é o ponto de questionamento sensível quando ao desenvolvimento tecnológico da IA desprovida de aportes éticos e humanitários, conduzindo a perpetuação do mercado de capital e lucro em detrimento do aprofundamento das desigualdades sociais.

Dessa forma, os mecanismos algorítmicos são projetados, alimentados e programados por seres humanos, naturalmente falíveis e invariavelmente tendenciosos, envoltos em pré-conceitos que são progressivamente reproduzidos através da inclusão de uma vastidão de dados para processamento objetivo e “neutro” pelos sistemas de IA. As tecnologias, envolvendo desde bancos de dados para ofertas de emprego, sistemas de concessão de crédito, avaliações institucionais, entre outras estruturas, podem, se mal gerenciadas, conduzir a total desestruturação da vida dos indivíduos (O’NEIL, 2020).

Nesse esquema, modelos matemáticos tecnológicos, criados sob bases tendenciosas tendem a permanecer desviados de propósitos efetivamente benéficos, operando através de um *feedback* específico, que direciona todas as engrenagens mundiais para o viés monetário (O’NEIL, 2020). As redes de interesses que giram em torno do capital, do lucro e da política, utilizam-se das tecnologias para manipulação de indivíduos a partir de padrões específicos que possibilitam sua atuação predatória deixando o mínimo de rastros possíveis: “Os algoritmos são escondidos de nós, e vemos apenas os resultados de experimentos que os pesquisadores decidem publicar (O’NEIL, 2020, p. 286).

Dessa forma, um sistema de IA, criado e alimentado por seres humanos, vai desenvolver-se de forma a aprimorar sua inteligência e cognição por meio do processamento das informações inseridas em seus campos, do estabelecimento de padrões de comportamentos, da análise das atividades dos participantes das redes, de imagens, dados, mensagens e assim, tenderá a aprender “sozinho”. Não há que se falar, assim, em uma atuação totalmente neutra da tecnologia, tampouco um desenvolvimento efetivamente ético sem antes ressignificar as bases éticas dos próprios seres humanos que se encontram por detrás. Se faz necessário e urgente “[...] trazer justiça, equidade e responsabilização à era dos dados” (O’NEIL, 2020, p. 338).

Dessa forma, em uma sociedade altamente excludente e desigual, os modelos tecnológicos são artifícios úteis para manutenção de um sistema eficiente para o capitalismo predatório, contudo, ineficiente para os mais desfavorecidos e atingidos pelas falhas da era digital. Na atualidade, perpetuam-se falhas catastróficas em sistemas informatizados que remontam em vultuosos prejuízos para a vida dos indivíduos atingidos, tal como será abordado no tópico seguinte com relação a constituição de frágeis bancos de dados, fornecendo informações imprecisas, preconceituosas e que impõe a manutenção de situações de desigualdade, marginalização e desumanidade contra a população migrante e refugiada.

3 A Inteligência Artificial e os impactos negativos de sua utilização para os direitos humanos de migrantes e refugiados

O segundo tópico do trabalho busca apontar os impactos da utilização predatória das tecnologias equipadas com sistemas de IA em relação aos direitos humanos de migrantes e refugiados. Para essa análise, objetiva-se delinear alguns pontos controversos na utilização da tecnologia de reconhecimento facial, bem como dos bancos de dados algorítmicos que a informam. Tais campos atualmente são insuficientes para corresponder a diversidade da sociedade internacional, levando em consideração a forma com que “aprendem” os dados inseridos em seus sistemas e, conseqüentemente, ocasionam classificações excludentes.

Nesse esquema, conforme delineado no primeiro tópico, a tecnologia tornou-se indispensável em todas as estruturas da sociedade internacional globalizada, possuindo pontos positivos e negativos, além de permanecer em constante evolução e modernização. Atualmente, o desenvolvimento tecnológico deve ser considerado nas pautas para os

debates político, econômico, acadêmico, social e cultural, pois são campos amplamente atingidos e condicionadas pela esfera digital, de forma que as falhas no desenvolvimento desta, remontam em novos problemas para equacionamento das demais.

Com relação a esse aspecto, o uso da tecnologia de reconhecimento facial, por exemplo, faz-se presente na vida cotidiana, uma vez que serve ao desbloqueio de aparelhos corriqueiramente utilizados pelas pessoas como celulares, tablets, computadores, entre outros. Assim, *praticidade, utilidade, comodidade e eficiência* marcam presença nos grandes slogans capitalistas; e o marketing digital, que influencia a vida de consumidores ávidos por novidades, facilmente os aliena para a aquisição de mecanismos digitais que sequer conhecem o funcionamento ao fundo. E é com relação a esses desvios de finalidades que a problemática ganha contornos perversos e paradoxais.

O mundo globalizado “[...] transfigurou a tecnologia da informação em uma ferramenta poderosa e em uma arma temível” (BROWNE e SMITH, 2020, xxvi), destacando-se, por um lado, saltos progressivos em matéria tecnológica, contudo, em outro viés, a obscuridade de incontáveis regressões de magnitudes ainda desconhecidas. Nesse caso, pontuando que “Quanto mais poderosa a ferramenta, maior o benefício ou estrago que ela pode causar” (BROWNE e SMITH, 2020, xxv), deve-se atentar a existência de falhas decorrentes do desenvolvimento de tecnologias que desconsideram a necessidade de observância de bases éticas e empáticas para a promoção dos direitos humanos. Os objetivos a serem alcançados na atualidade, sob pretextos da segurança pública e otimização, giram em torno de lucro, de progresso econômico e da expansão capitalista. Contudo, atrás dessa visão tecnoburocrática existem seres humanos, as mais diversas histórias de indivíduos que diariamente são marcados pelo lado negro da tecnologia.

Com efeito, uma sociedade carregada de preconceitos tende a otimizá-los e programar os meios tecnológicos que estão ao seu serviço, de forma a seguir as diretrizes almeçadas pelos detentores do poder. Assim, segundo Anupam Chander, “A virada para a tomada de decisão algorítmica não nos liberta de preconceitos. [...] os sistemas automatizados não são isentos de preconceitos simplesmente porque são executados por máquinas lógicas (2017, p. 1045, tradução nossa)⁷. Tem-se praticamente

7 No original: “The turn to algorithmic decisionmaking does not break us free from prejudices. [...] automated systems are not free of bias simply because they are executed by logical machines”.

uma multiplicação dos esquemas preconceituosos, xenofóbicos, racistas e excludentes que se encontram nas relações sociais atualmente, espelhados nos abismos de dados pertencentes a milhões de usuários sujeitos ao controle algorítmico.

No ponto, segundo Dora Kaufman, um dos usos mais controversos no campo da IA são os sistemas de reconhecimento facial e a imprecisão de seu funcionamento:

O relatório *Face Recognition Vendor Test (FRVT/2019)*, publicado pelo Instituto Nacional de Padrões e Tecnologia dos EUA (NIST/*National Institute of Standards and Technology/US Department of Commerce*), descreve e quantifica os diferenciais demográficos para 200 algoritmos de reconhecimento facial de quase 100 desenvolvedores envolvendo mais de 18 milhões de imagens de mais de oito milhões de pessoas. O relatório encontrou evidências empíricas da existência de diferenças demográficas na maioria dos algoritmos avaliados, com os resultados enviesados por etnia, idade e sexo: afro-americanos e nativos americanos ilhéus do Pacífico foram falsamente identificados, bem como crianças e idosos. Em alguns casos, os asiáticos e afro-americanos foram identificados erroneamente até 100 vezes mais do que os homens brancos; as maiores taxas de precisão foram encontradas entre homens brancos de meia idade (2021, p. 78-79, grifo da autora).

Como se observa, os alvos desse jogo do poder, sujeitos às consequências nefastas das tecnologias de reconhecimento facial são os mais desfavorecidos, estrangeiros e grupos vulnerabilizados, os quais, alheios ao padrão hegemônico preconizado pelos mecanismos estatais mantenedores de uma política excludente, sofrem continuamente com sistemas discriminatórios. Esse viés demonstra a manutenção de um “[...] pensamento dual que privilegia um padrão estabelecido, representado comumente pelo humano como homem branco, ocidental, heterossexual” (MAGRANI, 2019, p. 187) e que é diariamente multiplicado pelas lentes tecnológicas.

Nesse contexto, integra-se na discussão o viés tendencioso desses sistemas enquanto potencializadores de políticas migratórias restritivas, marginalizando os indivíduos que necessitam ser amparados por práticas empáticas de acolhimento. Ao redor do globo vislumbra-se, em razão da intensificação progressiva dos fluxos migratórios⁸, a implementação de agendas políticas dissonantes da proteção dos direitos humanos daqueles

8 Segundo dados atualizados pelo relatório *Global Trends (2021)*, elaborado anualmente pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, atualmente, deslocam-se pelo mundo de forma forçada, mais de 82,4 milhões de indivíduos. Dentre estes, 26,4 milhões são refugiados.

que necessitam deslocar-se de seus países, de forma que é necessário levar em consideração, “[...] o momento de maior segurança e controle de fronteiras e medidas de triagem sobre migração global em uma época onde há um considerável aumento global da criminalização da migração e aumento da xenofobia” (PEIXOTO, 2020, p. 309).

Logo, os fluxos migratórios, nas vozes de um assustador percentual de indivíduos, tornaram-se indesejáveis, produtos de uma falsa concepção de desordem e potencial ameaçador da segurança nas nações. Em verdade, segundo Zigmunt Bauman, a constante depreciação de migrantes e refugiados verte-se em uma intensa desumanização dos indivíduos, abrindo caminho

à exclusão da categoria de seres humanos legítimos, portadores de direitos, e, leva, com nefastas consequências, à passagem do tema da migração da esfera ética para a das ameaças à segurança, prevenção e punição do crime, criminalidade, defesa da ordem e, de modo geral, ao estado de emergência comumente associado à ameaça de agressão e hostilidades militares (2017, p. 84).

Esse contexto restritivo que marginaliza a proteção dos direitos humanos de indivíduos deslocados, por sua vez, contamina o desenvolvimento de sistemas de IA, em vieses igualmente excludentes, conduzindo no acréscimo de mecanismos segregadores que possuem grande alcance e potência com a velocidade da disseminação de informações. Retomando o exemplo anteriormente destacado, o reconhecimento facial demonstra ser um dos meios mais invasivos e tendenciosos se aplicados para uma vigilância constante, de modo a questionar-se se “[...] as câmeras conectadas à nuvem poderiam ser utilizadas para identificar imigrantes enquanto eles caminhassem pelas ruas da cidade?” (BROWNE e SMITH, 2020, p. 215).

Nesse sentido, a preocupação é crescente, dada a instabilidade já referenciada quanto à indiferença e exacerbada tensão com o diferente que adentra as fronteiras nacionais. O reconhecimento facial, se aplicado em triagens excludentes, coloca em risco direto os direitos humanos de migrantes e refugiados, sujeitos a serem selecionados por sistemas de IA, os quais, embasados em bancos de dados que não correspondem à realidade plural, tampouco visam o desenvolvimento de uma política migratória inclusiva, servem, tão somente, para processar diferenciações étnicas, culturais, idiomáticas e quaisquer características diferenciadas do padrão hegemônico estipulado.

Tais consequências são lógicas se considerado o sistema atualmente

desenvolvido sob premissas desiguais, desumanas e expressamente violadoras de direitos humanos. Na ótica de Michel Agier, migrantes e refugiados, transformando-se de indivíduos vulneráveis para indesejáveis, deslocados e rejeitados, vivenciam preconceitos de forma mais intensa no contexto da era tecnológica, de modo que “Suas entradas e saídas são feitas por corredores estreitos, sob o filtro de câmeras, leitores de impressão digital, detectores para armas, vírus e bactérias, captores de pensamentos e memórias” (2011, p. 02, tradução nossa)⁹.

Essa preocupação não repousa somente na via teórica, consistindo em objeto de análise no relatório elaborado pelo *University of Toronto's International Human Rights Program (IHRP)* da *Faculty of Law* em parceria com o *Citizen Lab* da *Munk School of Global Affairs and Public Policy*, no ano de 2018. Em resumo, o relatório citado, com autoria de Petra Molnar and Lex Gil, em sua tradução literal intitulado “*Bots no portão: uma análise de direitos humanos de tomada de decisão no sistema de imigração e refugiados do Canadá*”¹⁰, propõe-se analisar inúmeras variáveis no desenvolvimento e aplicação dos mecanismos de IA pelo sistema migratório da nação canadense, considerando aspectos como as análises preditivas; a interligação entre a Lei de Imigração, Segurança Pública e Segurança Nacional; impactos quanto aos direitos humanos de migrantes e refugiados; os sistemas de decisão automatizados, algoritmos de opressão, pontos sobre discriminação, preconceito, além de questões jurídicas específicas.

A utilização da tecnologia da IA domina o contexto de várias atividades de setores tanto privados, quanto públicos, enraizando-se pelo mundo em porporções cada vez mais profundas, inclusive com o uso pelas agências internacionais, como a Organização das Nações Unidas no que condiz aos sistemas de controle migratório. Segundo o relatório supracitado, o Canadá destaca-se na regulamentação dos dois campos em análise, notadamente, o viés tecnológico e migratório, desenvolvendo políticas e implementando medidas, as quais, se direcionadas para a proteção prioritária dos direitos humanos em larga escala, podem servir de grandes modelos para as demais jurisdições mundiais. Contudo, há uma linha tênue a ser observada na questão, envolvendo o paradoxal avanço de tecnologias inteligentes e o embasamento ético voltado à preservação dos

9 No original: “Their entries and exits are made through narrow corridors, under the filter of cameras, fingerprint readers, detectors for weapons, viruses and bacteria, captors of thoughts and memories”.

10 No original: “Bots at the gate: a Human Rights analysis of automated decision-making in Canada's immigration and refugee system”.

direitos de migrantes e refugiados. Um equacionamento que demonstra ser de difícil implementação na prática. Nesse sentido:

No entanto, no esforço para tornar as pessoas em movimento conhecíveis, inteligíveis e rastreáveis, as tecnologias que prevêem os fluxos de refugiados podem consolidar a xenofobia, bem como encorajar práticas discriminatórias, privações de liberdade e negação do devido processo e salvaguardas processuais. Com o uso crescente de tecnologias para aumentar ou substituir as decisões de imigração, quem se beneficia dessas tecnologias e como o sucesso se apresenta? Embora a eficiência possa ser valiosa, os responsáveis por vidas humanas não devem buscar a eficiência às custas da justiça - os direitos humanos fundamentais devem ocupar um lugar central nesta discussão. Ao colocar os direitos humanos no centro, o uso cuidadoso e crítico dessas novas tecnologias nas decisões de imigração e refugiados pode beneficiar tanto o sistema de imigração do Canadá quanto as pessoas que se inscrevem para fazer seu novo lar aqui (MOLNAR; GILL, 2018, p. 62, tradução nossa)¹¹.

Analisar tais questões, tanto em um viés teórico, como em um olhar prático, envolve considerar as possíveis violações existentes e futuras quanto aos direitos humanos no contexto da interrelação entre a IA e os fluxos migratórios. Como se observa, na esteira de algumas das disposições humanitárias da Declaração Universal de Direitos Humanos, todos os indivíduos, detentores de igual dignidade de direitos possuem – ou deveriam possuir – proteção à sua vida, liberdade, segurança pessoal, inexistência de interferência na vida privada e familiar, além de, e não menos importante, conforme disposto no artigo 13 da declaração: “[...] direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado” (1948, s.p.).

Dentro de tais concepções, o possível direcionamento das tecnologias de reconhecimento facial para funcionamento a partir da ideia de um perfilamento populacional que possa promover a triagem dos indivíduos que cruzam os limites transfronteiriços colapsaria com um dos preceitos mais basilares da formação dos direitos humanos no contexto

11 No original: “However, in the push to make people on the move knowable, intelligible, and trackable, technologies that predict refugee flows can entrench xenophobia, as well as encourage discriminatory practices, deprivations of liberty, and denial of due process and procedural safeguards. With the increasing use of technologies to augment or replace immigration decisions, who benefits from these technologies and what does success look like? While efficiency may be valuable, those responsible for human lives should not pursue efficiency at the expense of fairness—fundamental human rights must hold a central place in this discussion. By placing human rights at the centre, the careful and critical use of these new technologies in immigration and refugee decisions can benefit both Canada’s immigration system as well as the people applying to make their new home here”.

internacional, notadamente, a direta violação ao direito humano à igualdade e a dignidade da pessoa humana. Portanto, bancos de dados intransparentes e formados a partir de uma quantidade deficiente de informações tendem a otimizar graus discriminatórios já operados cotidianamente, porém, em uma amplitude muito mais significativa.

Nesse contexto, a era de vigilância algorítmica, em razão da aplicação tendenciosa dos meios tecnológicos atinge direitos humanos básicos informadores de uma política migratória que se vê confrontada com esquemas excludentes, agora otimizados, cada vez mais desumanos e carentes de firmes bases regulatórias. A preocupação pela inconsistência ética dos sistemas é evidente, despertando o alerta à comunidade acadêmica internacional, bem como de trabalhadores de grandes empresas tecnológicas que reivindicam explicações pelos recentes usos da IA em sistemas de governo, especialmente no setor fronteiriço (BROWNE e SMITH, 2020).

Nesse ponto, de modo exemplificativo, se destaca o escândalo da existência do contrato entre a Microsoft e o Serviço de Imigração e Controle de Aduanas dos Estados Unidos da América, o qual, em que pese após análise contratual restar demonstrado que o fornecimento tecnológico tinha por base apenas a gestão de e-mails e documentos, serviu para inflar o sentimento de desconfiança por parte de funcionários, ocupar séries de reportagens na mídia, além de provocar a inquietação de todo o setor tecnológico em geral (BROWNE e SMITH, 2020).

O desenvolvimento de um sistema tecnológico de tal abrangência colocaria em risco a proteção de direitos humanos de migrantes e refugiados, marcados pela desconfiança de uma sociedade que ainda preconiza nacionalismos. Assim, seguindo as tendências em curso no ramo dos mecanismos de reconhecimento facial, os sistemas de IA continuarão sendo desenvolvidos e aplicados para objetivos predominantemente econômicos, lucrativos e, conseqüentemente discriminatórios, especialmente se utilizados para otimizar atividades dos governos para classificação na entrada das fronteiras, para contínua vigilância dos indivíduos nas cidades e, “[...] de posse desse conhecimento, os governos podem processar, perseguir ou até executar aqueles indivíduos considerados uma ameaça” (BROWNE e SMITH, 2020, p. 45).

A análise, conforme se observa, envolve campos complexos e interdisciplinares, confluindo na intersecção de saberes não apenas jurídicos, mas sociais, econômicos, políticos e científicos, a fim de que seja possível avaliar o desenvolvimento e a utilização dos sistemas de

inteligência artificial no cotidiano social, o qual, em termos da sociedade multicultural complexa que subsiste no contexto contemporâneo, exige uma revalidação de estruturas. No aspecto tecnológico, portanto, faz-se necessário grande atenção à utilização da IA enquanto mecanismo de triagem transfronteiriça, uma vez que

As decisões, com base e classificações, triagens e padrões suportados por sistemas de IA podem, sem o devido resguardo metodológico, atendimento de princípios éticos robustos e mecanismos de segurança e *accountability* sustentar um modelo (com força normativa) de aprofundamento de desigualdades e supressão de direitos (PEIXOTO, 2020, p. 307, grifo do autor).

No limite, em que pese elencados em uma variada gama de normas, declarações e convenções internacionais, tem-se uma nítida violação dos preceitos humanitários em razão da aplicação tendenciosa dos meios tecnológicos. Dessa forma, a implementação de tecnologias de reconhecimento facial, um dos usos mais recorrentes dos sistemas de IA, sem o devido preparo ético, na intenção de reproduzir uma cultura digital padronizada e pautada no lucro, culmina na propagação de ações discriminatórias e excludentes, ameaçando as políticas de acolhimento de migrantes e refugiados que se deslocam na atualidade.

5 Considerações finais

A Inteligência artificial, pode-se dizer, consiste na arte de trabalhar com dados, e, na atualidade, consideram-se milhões deles diariamente circulando pelo universo da internet. Nesse aspecto, a era da hiperconectividade vivenciada, carrega um desenvolvimento marcadamente paradoxal, uma vez que oferta à sociedade internacional grandes progressos tecnológicos, mecanismos cada vez mais inteligentes e autônomos, constantes evoluções nas mais variadas estruturas globais e, sem dúvidas, grandes oportunidades de crescimento. Contudo, todos os pontos positivos supracitados são desenvolvidos sem as necessárias bases éticas, tampouco possuem a preocupação de implementar a proteção dos direitos humanos.

Nesse patamar, *armazenamento, aprendizagem, compartilhamento, classificação* e, seguindo as tendências atuais, *discriminação e desigualdade*, são termos que permeiam o ambiente tecnológico, conduzindo no aprofundamento das disparidades econômicas, sociais e culturais. Logo, se observa um intenso antagonismo residindo justamente no fato de que,

uma sociedade internacional marcadamente diversa, plural e interligada, que seria amplamente beneficiada pela utilização ética e humana dos meios tecnológicos inteligentes, acaba sofrendo com sistemas de IA que reforçam paradigmas excludentes, classificatórios, preconceituosos, mantendo em declínio políticas migratórias mais humanizadas.

Com efeito, migrantes e refugiados, notadamente pertencentes a grupos em situação de grande vulnerabilidade, são alvos de políticas de acolhimento restritivas, de muito preconceito, discriminação, xenofobia, racismo e indiferença por grande parte da população dos países de acolhida, a qual, informadas por pertencimentos nacionalistas, sustentam sua desconfiança com os estrangeiros. Todas essas inconcórdias não são resolvidas pelos aparatos tecnológicos, senão agravadas, uma vez que não há que se esperar neutralidade de máquinas que são equipadas com sistemas inteligentes desenvolvidos a partir de uma programação humana, além de um aprendizado que gira em torno dos dados inseridos ou da interação em rede.

No ponto, há que se concluir que os sistemas tecnológicos de IA, especialmente utilizando como exemplo os mecanismos de reconhecimento facial, atualmente criados, desenvolvidos e aplicados sem as necessárias bases éticas humanizadas, dotados de bancos de dados mal parametrizados, reproduzem os preconceitos existentes na sociedade em escalas sem precedentes, de modo que acrescem intensamente na perpetuação de desigualdades sociais e na violação de direitos humanos dos migrantes e refugiados que, classificados pelos sistemas de triagem dos meios tecnológicos, tem sua exclusão cada vez mais facilitada.

Portanto, enquanto a própria sociedade não resolver suas pendências éticas e despertar sua consciência humanitária para formação de um mundo mais inclusivo, que respeite e promova as diferentes culturas, origens, crenças e diferenças, todas as criações humanas seguirão perpetuando tendências excludentes, como pode ser visualizado potencialmente com os sistemas de IA e o desenvolvimento de tecnologias de reconhecimento facial operando na vigilância e exclusão daqueles que mais precisam de acolhimento e proteção.

Referências

AGIER, Michel. **MANAGING THE UNDESIRABLES**: Refugee Camps and Humanitarian Government. Trad. David Fernbach.

United Kingdom: Polity Press, 2011. Disponível em: https://horizon.documentation.ird.fr/exl-doc/pleins_textes/divers20-10/010079598.pdf. Acesso em: 16 set. 2021.

BAUMAN, Zigmunt. **Estranhos à nossa porta**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BROWNE, Carol Ann; SMITH, Brad. **Armas e ferramentas: o futuro e o perigo da era digital**. Trad. Cibelle Revaglia. Rio de Janeiro: Alta Books, 2020.

CHANDER, Anupam. The Racist Algorithm? In: **Michigan Law Review**, v. 115, n. 6, 2017. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol115/iss6/13>. Acesso em: 16 set.2021.

KAUFMAN, Dora. Inteligência Artificial e os desafios éticos: a restrita aplicabilidade dos princípios gerais para nortear o ecossistema de IA. In: **PAULUS: Revista de Comunicação da FAPCOM**, v. 5, n. 9, 2021. Disponível em: <https://fapcom.edu.br/revista/index.php/revista-paulus/article/view/453>. Acesso em: 16 set. 2021.

LEE, Kai-Fu. **Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos comunicamos e vivemos**. Trad. Marcelo Barbão. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade**. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019. Disponível em: <http://eduardomagrani.com/wp-content/uploads/2019/07/Entre-dados-e-robo%CC%82s-Pallotti-13062019.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021.

MOLNAR, Petra; GILL, Lex. **Bots at the gate: a Human Rights analysis of automated decision-making in Canada's immigration and refugee system**. International Human Rights Program (Faculty of Law, University of Toronto) and the Citizen Lab (Munk School of Global Affairs and Public Policy, University of Toronto). Universidade de Toronto. Toronto. Canadá .2018. Disponível em: <https://citizenlab.ca/wp-content/uploads/2018/09/IHRP-Automated-Systems-Report-Web-V2.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2021.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**. Como o Big Data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Trad. Rafael Abraham. São Paulo: Editora Rua do Sabão, 2020.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível

em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 18 set. 2021.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. Direito e inteligência artificial na (não) redução de desigualdades globais: decisões automatizadas na imigração e sistemas de refugiados. In: **Revista Direitos Culturais**, v. 15, n. 37, p. 305-320, 15 set. 2020. Disponível em: <http://san.uri.br/revistas/index.php/direitosculturais/article/view/222>. Acesso em: 13 set. 2021.

UNHCR. **Global Trends**. Forced Displacement in 2020. 2021. Disponível em: <https://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/60b638e37/global-trends-forceddisplacement-2020.html>. Acesso em: 13 set. 2021.

Texto completo 13

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: O DIREITO DE LEMBRAR E O DIREITO DE ESQUECER NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO

Marlene de Paula Pereira¹

Maria Eduarda Balbino Gonçalves²

1 Considerações iniciais

Em recente e surpreendente decisão, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu que é incompatível com a Constituição Federal de 1988 o direito ao esquecimento, compreendido este como o direito de impedir a divulgação, em veículos de comunicação, de fatos ou dados verídicos, que ocorreram no passado (STF, Recurso Extraordinário (RE) 1010606 - 11/02/2021).

Embora a decisão da Corte tenha tido repercussão geral reconhecida, a polêmica não terminou. Ao contrário, muitos debates têm se desenvolvido a respeito do assunto, em diversos lugares do mundo, dada a importância que o direito à informação e seus limites representam, especialmente na sociedade moderna.

Anteriormente, o tempo se encarregava de promover o esquecimento. Hoje, tudo o que se coloca na rede mundial de computadores tem um alcance incalculável tanto em termos de tempo, quanto espaço. Portanto, uma informação pode ser resgatada em diversos lugares e a qualquer tempo. E não é assim que deve ser mesmo? Assim como temos os direitos da personalidade, não temos também o direito à informação? E as gerações futuras, não têm o direito a conhecer os fatos verdadeiros que ocorreram no passado? Não tem o direito de saber tudo sobre a história? Ou será que nem tudo?

Em que medida o direito de lembrar poderá se sobrepor ao de

1 Professora do Instituto Federal Sudeste de Minas Gerais, campus Rio Pomba, Bacharela em Direito, mestre em Direito, Doutora em Extensão Rural. Email: marlene.pereira@ifsudestemg.edu.br

2 Aluna do curso de Bacharelado em Direito do Instituto Federal Sudeste de Minas Gerais, campus Rio Pomba. Email: mariaegoncalves3@gmail.com.

direito de esquecer e vice versa? Pretende-se, neste trabalho, refletir a respeito deste tema, e, especificamente, a respeito dos pontos de encontro entre o direito ao esquecimento e o direito à privacidade na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei 13709, de 14 de agosto de 2018. Esta lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Para isto, a metodologia utilizada será a revisão bibliográfica e análise dos dispositivos normativos em questão. Desse modo, o artigo será dividido em três partes. Inicialmente será feita uma abordagem geral sobre o direito à informação e ao esquecimento na sociedade de informação; em seguida, uma análise acerca do direito à privacidade perante o Ordenamento Jurídico Brasileiro e, por fim, reflexões sobre os pontos de encontro entre o Direito ao esquecimento e a Lei Geral de Proteção de Dados. Após a análise, algumas reflexões encerram o debate.

2 Desenvolvimento

2.1 O direito à informação na sociedade de informação

Nos últimos séculos, a tecnologia modificou os mais diversos âmbitos da experiência humana, sendo as alterações, na maioria das vezes, positivas. A comunicação é um dos campos que se desenvolveu amplamente aprimorando seus meios, tornando as informações simplificadas, rápidas e eficientes. A telecomunicação representa um meio preciso e imediato de divulgação de informações para qualquer lugar do mundo e a qualquer momento (WERTHEIN, 2000).

A constante evolução tecnológica e a grande utilização de Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) perpetuam notícias e conteúdos pessoais. Todo este processo evolutivo transforma constantemente a compreensão cultural e sociológica, que é, a cada momento, mais globalizada e interligada à comunicação e à informação. Ao momento contemporâneo vivido, dá-se o nome de “superinformacionismo” (PRAZERES, NASCIMENTO, 2019, p. 42).

A sociedade de informação é o termo utilizado atualmente que equivale a uma simplificação para o enigmático termo de sociedade

pós industrial (WERTHEIN, 2000). Com os avanços da tecnologia, qualquer indivíduo pode ter acesso a conteúdos diversos através de aparelhos eletrônicos e buscadores mundiais, sem contar as mídias, sejam elas televisivas ou não. Qualquer conteúdo que seja divulgado na internet pode ser compartilhado mundialmente, inúmeras vezes, em velocidade inesperada e por tempo indeterminado. Ou seja, ao disponibilizar determinado conteúdo ou informação na internet, perde-se a autonomia sobre a divulgação do mesmo, visto que os usuários desta mesma rede podem compartilhar entre si, e/ou arquivá-lo em seu aparelho para futuro compartilhamento, inexistindo a possibilidade de reverter a exposição.

Assim, qualquer indivíduo que possua disponível um aparelho com acesso a internet pode com pequenos cliques acessar notícias sobre qualquer lugar do mundo. Além disso, com o uso de aparelhos com acesso a rede quase tudo pode ser realizado. Como exemplo: a comunicação rápida e eficiente entre pessoas distantes, compartilhamento de arquivos, acesso a redes sociais, jogos e notícias, transações bancárias, acesso a filmes, realização de compras, e outras atividades inimagináveis.

Com tamanha facilidade no uso desse meio, alguns indivíduos acreditam que a internet não possui limites a serem respeitados, e desacreditam que haja normas a cumprirem. Falácia que contribui na crença de que a internet é uma “terra sem lei”, subsidiando direitos alheios que não são ponderáveis.

A sociedade de informação conseguiu uma expressiva mudança na composição das relações sociais, assim como de suas estruturas. Deste modo, o campo jurídico não pode se apresentar omissos aos questionamentos instaurados pela sociedade de informação, e um novo panorama foi criado. Com tamanha facilidade em se saber de tudo cabe um questionamento a respeito dos limites dos conteúdos compartilhados e lembrados. Será que há conteúdos que devem ser esquecidos? Sendo assim, o direito intervém em tais situações para que as garantias fundamentais dos cidadãos sejam preservadas.

O direito à informação é uma importante garantia individual, inclusive expressa pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. XIV: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. O art. 220, também da Constituição Federal, informa a incapacidade de restrições à informação, seguido do § 1º, do mesmo artigo que dispõe sobre a impossibilidade de criação de lei que possa por algum motivo comprometer a plena liberdade

jornalística, seja ela em qualquer veículo comunicativo.

Como analisado acima, a informação é uma garantia e um direito de todos. A mídia inclusive existe para informar o público sobre as mais diversas notícias. As mídias configuram um meio de informação e até mesmo de fiscalização sobre os atos praticados por pessoas de direito público e privado. Também deve ser destacado a importância da informação para se ter conhecimento do que se passa na vida em comunidade, como crimes cometidos. A permanência de tais conteúdos é de suma relevância para a história e é uma forma de medir a evolução de atitudes de gerações passadas. A preservação de algumas notícias e informações passadas configuram uma herança cultural abstrata sobre o desenvolvimento social.

A importância da informação é inquestionável, e a sociedade de informação facilitou para que todos tenham acesso a conteúdos com rapidez e facilidade. Mas existem limites à informação? Se ela é garantia constitucional e seus benefícios são visíveis, existem momentos em que ela é prejudicial? De antemão, a resposta para ambos questionamentos é positiva. Até mesmo à informação devem existir barreiras, isto porque há um conflito direto com o princípio da privacidade e da dignidade da pessoa humana.

Neste cenário em que o acesso à informação constitui o maior valor da sociedade democrática, as questões da garantia da intimidade e a divulgação indiscriminada de informação necessitam ser repensados: a internet apresenta-se essencial e útil para a vida num mundo globalizado (no sentido econômico, social, político, cultural, pessoal), em contrapartida, pode trazer consequências desastrosas para a vida privada, vez que acaba por cercar a liberdade das pessoas em consequência da velocidade e fluidez com que as informações são transmitidas (ZACARIAS, VACILOTTO, 2019, p. 26).

Mesmo que não seja explícito a garantia do direito ao esquecimento na Carta Magna e em outros dispositivos legais, é possível compreender sua existência e validade, a partir de algumas evidências. Como exemplo, cita-se o art. 5º, inc. X da CF/88: “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”. Inclusive a jurisprudência utiliza-se da interpretação de tais normativas para legitimar o direito ao esquecimento, como no famoso caso da Chacina da Candelária, onde a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu a favor do direito de ser esquecido, como demonstra o acórdão a seguir:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENHA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012).

A dinâmica sobre o direito ao esquecimento teve início na expressão inglesa *“right to be forgotten”*, traduzido para o português como o “direito de ser esquecido” e vem sendo assunto bastante comentado nos Estados Unidos e na Europa. Sendo assim, para compreensão entre os limites que cada direito possui, faz-se necessário o pleno entendimento sobre o direito à privacidade, fonte do direito ao esquecimento. Direito expresso como inviolável perante o art. 5º da Carta Magna e o Código Civil de 2002.

2.2 O Direito à privacidade: alcance e limites

Embora já reconhecido anteriormente, o direito à privacidade com o formato que conhecemos hoje, trata-se de uma “figura jurídica autônoma”, e remonta da obra de Warren e Brandeis. Contudo, anteriormente, já existiam resquícios do referido direito em 1888, conhecido na época como “o direito de estar só”, definido por Thomas McIntyre Cooley. A referida obra de Warren e Brandeis buscava determinar as fronteiras as quais a imprensa deveria resguardar para que não houvesse intromissão na vida privada (CANCELIER, 2017). Certo trecho da obra aponta que:

Que o indivíduo deva receber plena proteção de sua pessoa e de sua propriedade é um princípio antigo como o common law. Não obstante, tem sido necessário, de tempos em tempos, redefinir a natureza exata e a extensão dessa proteção. As transformações políticas, sociais e econômicas exigem o reconhecimento de novos direitos e o common

law, com sua eterna juventude, cresce para satisfazer as demandas da sociedade (WARREN e BRANDEIS apud NOJIRI, 2005).

Como apontado pelos autores, tal direito deverá ser interpretado com base nas transformações e circunstâncias sociais da época. Portanto, a análise sobre as fronteiras do direito à privacidade não são imutáveis e remontam da conjunção entre os costumes e outros aspectos subjetivos e objetivos da atualidade.

Atualmente, no direito brasileiro, o direito à privacidade é reconhecido pela legislação vigente como direito à vida privada e intimidade. a legislação não utiliza-se o termo “direito à privacidade”. E ainda que determinado como garantia constitucional, nenhum dispositivo normativo busca descrever sua conceituação, ou limites. Assim como qualquer outro direito, a sua interpretação pode modificar-se a depender do caso concreto e das circunstâncias existentes.

Sucintamente, a privacidade é vista como uma necessidade humana. A este respeito, vale mencionar Cancelier (2017):

Privacidade, então, deve ser vista antes de tudo como exercício de uma liberdade da pessoa, uma necessidade humana. Parte-se para uma visão da privacidade que é interna ao sujeito, faz parte dele, formando-o como ser humano. Seja trabalhando a privacidade como o *estar só* ou numa perspectiva mais contemporânea de *controle informacional*, não se pode perder o vínculo com a pessoa, como forma de manifestação da *personalidade*. Ter privacidade é fundamental ao indivíduo, não apenas em oposição ao público, mas numa relação interna, visto que não será possível a assunção de seus desejos sem a construção de seu espaço íntimo (CANCELIER, 2017, s/p).

Assim, a privacidade advém dos direitos de personalidade, que visa resguardar a vida privada. Como bem apontado por Mendes (2014), a privacidade é o direito negativo de ser deixado em paz. Tal princípio pode evoluir e formalizar novos direitos, como é o caso do direito ao esquecimento. Paiva desenvolve que o tal direito é o “direito inerente ao ser humano de não permitir que um fato ocorrido em dado momento de sua vida, ainda que verídico, seja exposto ao público eternamente, causando-lhe transtornos ou sofrimento” (PAIVA, 2014, apud ABRAÃO, 2020).

Com tal afirmação, é possível afirmar que o direito ao esquecimento poderá recair sobre fato verídico ou não. Portanto, “ não tem a intenção de apagar todo o passado e começar totalmente do zero, mas sim de trazer a oportunidade de que fatos que possam acarretar problemas futuros não

sejam evidenciados de forma que prejudique o indivíduo” (VIELA, LAIA, VEGAS, 2021, p.7).

Outra face do direito a personalidade, é o direito a intimidade, também responsável por ser basilar ao direito ao esquecimento. Sobre a intimidade, Régis Schneider Ardenghi determina que:

Como direito de personalidade, o direito à intimidade é geral porque assiste a todas as pessoas; vitalício porque acompanha a pessoa durante toda a sua existência; intransmissível, imprescritível, impenhorável e não sujeito à desapropriação porque não pode ser desvinculado de cada pessoa, dada sua condição de direito fundamental. É direito subjetivo privado porque confere às pessoas um poder em face dos seus semelhantes de se resguardar de intromissões e de publicidade na esfera mais reservada da existência, como também a faculdade de fazer concessões nesse terreno. Vale, então, destacar que uma certa dose de reserva e de recolhimento é de importância fundamental para o desenvolvimento saudável da personalidade, pois o desenvolvimento do sentimento de família e de infância só se desenvolveu nos séculos XVI e XVII, quando a família buscou, no restrito círculo familiar, motivos de vida em comum, e no cotidiano do lar, criou espaços privado de convivência, adquirindo consciência de espaço privado e público, e gosto pela vida isolada. (ARDENGHI, 2012, p. 238).

Assim, como já exposto, o direito ao esquecimento não é legalmente expresso pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas sim uma construção jurisprudencial e doutrinária. Contudo, no Brasil a situação não é tão simples, e o direito ao esquecimento encontra defensores e opositores. Com a instauração da sociedade de informação, mais distante ainda se torna este direito, dada a permanência das notícias na rede por tempo indeterminado. Torna-se praticamente impossível que certa atitude cometida seja esquecida e deletada da rede de telecomunicação e internet sem o auxílio de decisões judiciais. No Brasil, para que seja concedido o esquecimento, precisa necessariamente ser através da solicitação ao judiciário. Sendo assim:

a existência do interesse público é que é o fator primordial norteador para que venha a ocorrer a exclusão de uma informação ou a um pedido de indenização por danos morais ou materiais. Assim, cabe afirmar que o balizamento do interesse público perpassa pela interpretação jurisdicional ou legal. Assim, para que haja remoção ou não de um dado ou informação pessoal, a decisão recai na preponderância do interesse público, caso não esteja definido em lei (REIS, 2018, p.13).

Conforme mencionado, o direito à privacidade e conseqüentemente o direito ao esquecimento conflitam com o direito à informação. Conflito

esse que intensifica-se ainda mais perante a sociedade de informação e o grande avanço das tecnologias e meios de comunicação.

Com as inovações tecnológicas, existe uma grande facilidade em acessar, compartilhar e armazenar informações privadas, por meio dos diversos sistemas de busca. Mais uma vez, menciona-se Cancelier (2017), que afirma que:

Algo divulgado virtualmente pode ser potencialmente acessado por todos imediatamente. A viralização da informação tornou-se um dos principais atrativos e, ao mesmo tempo, um dos maiores perigos da rede. (...) A internet não permite arrependimento; aquilo que é postado não terá como ser apagado de fato. O que se percebe é que, com a popularização da internet, para além da intensificação da *invasão* da privacidade, a população passou a exercer um movimento de *evasão* da privacidade, enaltecendo a exposição deliberada de suas informações privadas (CANCELIER, 2017).

Houve avanços também na dicotomia público e privado. Ambos foram objetos de alterações profundas, além da ampliação dos horizontes. Os conceitos são alterados com base na fluidez das relações humanas. A privacidade não é tida somente como a possibilidade ao isolamento, mas também abarca a interferência das informações pessoais que são divulgadas, e mesmo o controle do próprio corpo (CANCELIER, 2017).

Assim como a realidade social e tecnológica evoluíram, o direito à privacidade também precisou evoluir para acompanhar todo ordenamento. A partir de então, a privacidade é caracterizada como “elástica, flexível e fluida” pois, ela busca moldar-se perante os casos concretos, não sendo considerada um direito imutável e irrenunciável (CANCELIER, 2017, S/P). Somente com a análise de cada situação será possível afirmar se tal direito será resguardado.

Somente com base na ponderação de direitos pautadas nas especificidades de cada caso é possível apontar os limites entre informação e privacidade. Ambos os direitos possuem grande relevância na vida e no cotidiano dos indivíduos, e por se tratarem de direitos opostos, não há nenhuma fórmula ou limite delimitado para determinar qual prepondera no caso concreto. Somente os magistrados possuem capacidade técnica para determinar qual será mais relevante em determinada situação, já que nenhum direito é absoluto.

Do mesmo modo que todos devem ter acesso a notícias, como informações políticas, casos polêmicos que influenciam na sociedade, situações que podem alterar a conjuntura social e econômica, a cada um

deveria ser resguardado o direito a manter a intimidade e vida privada resguardada, desde que não signifique prejuízo a comunidade. Sendo assim, é evidente a impossibilidade da criação de uma fórmula única para todos os casos apresentados ao judiciário.

Sobre toda temática, determina o Supremo Tribunal Federal (STF) que é incompatível com a Constituição Federal o direito ao esquecimento que tenha como principal intuito impedir a divulgação de dados verídicos por razão do decorrer do tempo. Um trecho da referida decisão *in verbis*:

É incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social - analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais, especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral, e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível” (STF, Recurso Extraordinário (RE) 1010606. Relator: Ministro Dias Tófoli. Data da publicação: 11/02/2021).

A decisão proferida é sobre o famoso caso de Aída Curi, moça de 18 anos que foi atirada do alto de um edifício em 1985. O fato na época foi altamente divulgado pela imprensa. Aproximadamente 50 anos após o ocorrido, um programa televisivo retomou o caso, apontando o nome da vítima e fotos do crime. A família entrou com uma lide contra a emissora em busca de resguardar o direito ao esquecimento, visto que o caso não se tratava mais de um caso de conhecimento comum, ou ainda havia interesse da população sobre o crime. Após julgamentos em instâncias inferiores, os familiares ingressaram com recurso especial no STF. Como decisão, os ministros entenderam que seria indissociável o crime do nome da vítima, e negando o pedido de indenização. Portanto, no caso, houve a preponderância do direito à liberdade de imprensa e expressão, pois interpretaram que se tratando de um caso verídico, de repercussão nacional, a imprensa somente cumpriu com sua função.

Por conseguinte, retoma-se a necessidade da ponderação dos princípios e de sua relevância para sociedade. A decisão considerará a opção que seja “menos prejudicial à dignidade da pessoa humana” (VIELA, LAIA, VEGAS 2021, p.8). Somente após profunda análise, será possível apontar quais direitos devem ser resguardados. Interpretação essa que intensifica demasiadamente com a instauração da sociedade de informação e da crescente demanda de informações pela internet.

2.3 O Direito ao esquecimento e a Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil

Como visto anteriormente, o direito ao esquecimento é a extensão da interpretação do direito à dignidade e privacidade. Este direito pode ainda expandir-se e abarcar também casos além da dinâmica das redes. Um grande exemplo são as condenações criminais assim como os casos onde os familiares buscam pelo direito de esquecer situações que lhes sejam dolorosas, como é o caso de Aída Curi.

Embora haja a vertente que assimila a criação do direito ao esquecimento principalmente aos ex-sentenciados (que cumpriram plenamente as penas impostas e visam apagar memórias e associações a atos criminosos passados), neste trabalho a expressão tem sido compreendida em sua vertente mais ampla, que refere-se ao “direito de ser esquecido”, decorrente da possibilidade de um indivíduo solicitar a retirada da rede de informações relativas a ele ou a acontecimentos nos quais esteve envolvido e que não deseja que sejam lembrados.

Como posto, não existe uma previsão legal do direito ao esquecimento. Entretanto, a jurisprudência construiu a sua existência. Sobre o assunto, a VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF) emitiu o Enunciado nº 531, sendo este um grande marco para o sistema jurídico brasileiro a respeito do tema. Neste Enunciado o direito ao esquecimento é elencado como uma vertente pertencente a tutela da dignidade da pessoa humana dentro da sociedade da informação, e sua justificativa foi de que:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados (BRASIL, Conselho da Justiça Federal, Enunciado 531, 2013).

É perceptível a preocupação do Conselho da Justiça Federal com as mudanças ocasionadas pela sociedade de informação. As linhas seguintes demonstram que para que algo seja “esquecido”, deve-se analisar primeiro as consequências delas serem “lembradas”.

Com tal enunciado surge um grande impasse sobre a colisão entre o direito ao esquecimento e o direito à informação, ambos demonstrando sua significância para sociedade. Para que seja determinado o esquecimento

e a retirada de informações, primeiramente deve-se analisar o caso em concreto e descrever quais são as suas finalidades para a sociedade. Sendo assim, é impossível afirmar que determinado direito prevalecerá sobre outro em todas as circunstâncias, estando a cargo do magistrado estudar caso a caso, ponderar os princípios e determinar qual vertente seguir.

Portanto, no Brasil, para que seja concedido o direito ao esquecimento, precisa necessariamente ser por meio do judiciário. Geralmente é preservada a honra e a dignidade da pessoa, com a justificativa de que ninguém deve ser punido e lembrado permanentemente por ato cometido no passado, e que ou se comprovou inocente.

Além das garantias disponíveis na Constituição Federal e no Enunciado nº 531 da CJF, resguardando o direito à privacidade dos indivíduos, o poder legislativo observou a necessidade da construção de leis mais específicas direcionadas a proteger a privacidade nas redes.

O Marco Civil da Internet buscou regular o uso da internet no Brasil, mas não tratou especificamente de privacidade de dados. Mais voltada para tal objetivo foi Lei nº 13.709/2018, conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Esta lei surgiu com a finalidade de tutelar os dados pessoais de pessoas jurídicas ou naturais, visando a proteção de direitos fundamentais ligados à liberdade e à privacidade. Compreende-se que esta lei muito se aproxima dos fundamentos que justificam o Direito ao esquecimento, como passa-se a discutir.

2.4 A Lei Geral de Proteção de Dados e seus efeitos

Segundo dados do portal Fundação Getúlio Vargas (FGV), notícia publicada em 08 de fevereiro de 2021, no Brasil, assim como na maioria de países de baixa renda com grandes populações, bases de dados pessoais enormes são criadas com quase nenhuma preocupação acerca de questões de cibersegurança e proteção de dados. No dia 20 de janeiro, o maior vazamento de dados pessoais na história brasileira foi descoberto.

As bases de dados disponíveis incluem nomes, Cadastros de Pessoa Física (CPF), fotos de rostos, endereços, números de telefone, scores de crédito, salários e mais. Foram expostos os dados de 223 milhões de brasileiros, pois incluem também os dados pessoais de milhões de indivíduos falecidos.

Este imenso vazamento de dados faz refletir a respeito da necessidade da existência de leis e de atuação judicial com vistas a proteger os dados

personais e coibir práticas que levem à devastação de informações pessoais. Faz refletir, portanto, a respeito do limite à informação na sociedade da informação.

Em uma sociedade cada vez mais cercada pela tecnologia, usuária da inteligência artificial, é crescente a preocupação em relação ao uso indevido, comercialização e vazamento de dados pessoais. Isto fez com que fosse publicada a LGPD, que entrou em vigor em fevereiro de 2020, baseada em princípios como a transparência, a prestação de contas e a boa-fé. (art. 1º, LGPD).

Compreende-se que esta lei guarda uma relação de proximidade com o direito ao esquecimento, visto que em ambos os casos pretende-se resguardar a privacidade do indivíduo, uma vez que esta se revela como uma faceta da sua dignidade e da sua personalidade.

Sabe-se que dados são informações e, que, inclusive, são negociáveis. Eles importam para a economia, tem valor relevante para empresas e para negócios. E muitas vezes esses dados, que estão cada vez mais expostos devido ao nível informacional da sociedade, são obtidos de modo não autorizado (VILELA, LAIA, 2021).

Muitas vezes, os indivíduos não sabem que os dados foram coletados, não sabe como tais dados foram obtidos e nem mesmo têm condições de saber o uso que será feito deles, pois a partir do momento que há o repasse de um banco de dados para outro, inúmeras consequências podem haver (VILELA, LAIA, 2021).

Na legislação brasileira, além das previsões relativas ao direito à vida privada e o direito à intimidade do indivíduo, constantes na Constituição Federal de 1988, há disposições protetivas também em outras leis, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/1990), que no art. 43, assegura:

Art. 43. 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.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. (BRASIL, 1990)

Portanto, já vem de longe a preocupação em resguardar os dados pessoais, por serem estes compreendidos como extensão da personalidade do indivíduo. Entretanto, a exposição cada vez maior, relacionada ao uso constante e diversificado da tecnologia da informação, impulsionou o surgimento da Lei Geral de Proteção de Dados, que dá tratamento específico à questão.

Para os fins desta lei, considera-se dado pessoal a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável e dado pessoal sensível o dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural (art. 5º, LGPD).

De acordo com a lei, 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 são consideradas formas de tratamento dos dados pessoais (art. 5º, LGPD).

Toda vez que for necessário “tratar dados”, este procedimento deve observar propósitos legítimos, ser compatível com as finalidades informadas pelo titular dos dados; as intervenções devem ser somente as necessárias; o titular deve ter o direito de consultar a forma de tratamento e os seus dados; o órgão público ou privado que tratar os dados deve garantir proteção contra acessos não autorizados, e, jamais poderá haver tratamento com finalidade discriminatória ou abusiva (art. 6º, LGPD).

Nota-se, portanto, que a LGPD trouxe um importante regramento capaz de trazer impactos no modo de operar de empresas e instituições públicas que lidam com dados pessoais, no sentido de terem que se adaptar em oferecer mais proteção e segurança em relação aos dados das pessoas físicas.

Compreende-se que esta preocupação legislativa de resguardar os dados pessoais, considerando estes como reflexos da personalidade,

em muito se aproxima do fundamento do direito ao esquecimento, pois reforça que informações a respeito do indivíduo, ainda que verídicas, às vezes precisam ser protegidas do conhecimento e do julgamento da esfera pública.

3 Considerações finais

Conforme abordado, não existe, no Brasil, uma previsão legal a respeito do direito ao esquecimento, a não ser disposições implícitas. O que de fato baliza este direito é o entendimento jurisprudencial, inclusive com julgamento em sede de repercussão geral proferido pelo Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2021.

Embora neste julgamento, o STF tenha entendido que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal de 1988, que faz previsões expressas acerca da liberdade de expressão e do direito à informação, acredita-se que tal discussão não foi encerrada.

Não apenas porque o assunto tem ganhado cada dia mais ressonância em nível internacional, mas também porque, em âmbito interno, nota-se sinais de que, aos poucos, o legislador vem protegendo os direitos relacionados à privacidade de modo a resguardar cada dia mais o direito do indivíduo de “não mostrar-se”, a não ser para fins específicos e com limites definidos.

A sociedade está cada dia mais informacional e isto faz com que os indivíduos fiquem mais expostos. No mesmo sentido, nota-se um enrijecimento legislativo no sentido de coibir devastações não autorizadas da vida individual. Em vista disso, disposições protetivas dos dados pessoais podem ser observadas no Código de Defesa do Consumidor, no Marco Civil da Internet e, mais especificamente na Lei Geral de Proteção de Dados. Estas leis buscam regular o modo como a sociedade deve lidar com os dados e as informações pessoais, vistos serem estes desdobramentos da personalidade humana.

Compreende-se que o incremento de disposições legais com este objetivo demonstra, ainda que implicitamente, a existência de um direito ao esquecimento, que vem ganhando corpo no arcabouço jurídico brasileiro. Portanto, a decisão da suprema corte direciona alguns caminhos, mas não encerra o debate. Ao contrário, fomenta ainda mais as reflexões e discussões sobre a temática.

Referências

ABRÃO, Renata Lourenço Pereira. Direito ao Esquecimento - Privacidade, intimidade, vida privada X liberdade de imprensa, livre acesso a informação. [livro eletrônico]. 1. ed. - Belo Horizonte Editora Expert, 2020. Disponível em: https://experteditora.com.br/wp-content/uploads/2020/11/Direito_ao_Esquecimento.pdf. Acesso em: 17 mar 2021.

ARDENGUI, Régis Schneider. Direito à vida privada e direito à informação: colisão de direitos fundamentais. Revista da ESMESC, Florianópolis, v. 19, n. 25, p. 227-251, 2012. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/57/58>. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL, [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm, acesso em 02 de outubro de 2021.

BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 02 out. 2021.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal, VI Jornada de Direito Civil: Enunciado 531, 2013. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 20 out. 2018.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi. O direito à privacidade hoje: perspectiva histórica e o cenário brasileiro. **Sequência (Florianópolis)**, p. 213-239, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/ZNmgSYVR8kfvZGYWW7g6nJD/?format=html>. Acesso em: 15 set. 2021.

MENDES, Laura Schertel. Privacidade, Proteção de dados e Defesa do Consumidor: Linhas Gerais de um Novo Direito Fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOJIRI, Sérgio. O direito à privacidade na era da informática: algumas considerações. **UNIJUS**, p. 99, 2005. Disponível em: <https://revistas.uniube.br/index.php/unijus/article/viewFile/1032/1207#page=99>. Acesso em: 10 set. 2021.

PRAZERES, Sabrina Fernandes Ávila. NASCIMENTO, Lavínia Oliveira do. O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. V. 1, N. 2 (2019). Direito em Revista - Faculdade de Ilhéus, 2019. Disponível em: <http://sigafaculadadedeilheus.com.br/DireitoEmRevista/Revista/Sumario/2>. Acesso em: 01 out. 2021.

REIS, Inês Maria de Oliveira. O direito ao esquecimento e a proteção dos dados pessoais: uma perspectiva analisada num confronto com a proposta adotada pela legislação da união europeia e o ordenamento jurídico brasileiro. 2018. disponível em: <http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/41249>. Acesso em: 01 set. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RE no REsp: 1334097 RJ 2012/0144910-7, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Publicação: DJ 04/06/2021). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1226689780/re-no-recurso-especial-re-no-resp-1334097-rj-2012-0144910-7/decisao-monocratica-1226689788>. Acesso em: 10 set. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário (RE) 1010606. Relator: Ministro Dias Tófoli. Data da publicação: 11/02/2021. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1211732895/recurso-extraordinario-re-1010606-rj>. Acesso em: 10 de set 2021.

VILELA, Ana Carolina; LAIA, Fabiana. A Efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais para a Tutela do Direito ao Esquecimento. 2021.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. **Ciência da informação**, v. 29, p. 71-77, 2000. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-19652000000200009&script=sci_arttext. Acesso em: 30 set. 2021.

ZACARIAS, Fabiana; VACILOTTO, Beatriz Furlan. A GARANTIA DO DIREITO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, v. 7, n. 1, p. 21-44 PDF, 2019. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/1442/1313>. Acesso em: 10 out. 2021.

Texto completo 14

SHARENTING E O CONSENTIMENTO NA PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Daniela Braga Paiano¹

Isabela Nabas Schiavon²

1 Considerações iniciais

Na sociedade contemporânea a informação se tornou moeda de troca nos cenários político e empresarial, uma vez que os dados pessoais passaram a ser utilizados com o intuito de segmentar os indivíduos por seus hábitos, necessidades e preferências. Nessa conjuntura, o controle de dados pessoais visa proteger a privacidade do indivíduo, que somente pode ter as suas informações utilizadas quando exerce sua autodeterminação informativa externada com o consentimento.

Nesse contexto, os dados pessoais relacionados às crianças e aos adolescentes representam uma categoria especial de dados, uma vez que esses sujeitos tidos como vulneráveis pelo ordenamento jurídico necessitam de cuidados específicos com a sua privacidade.

Diante dessa conjuntura, o trabalho tem como objeto o exame do tratamento dos dados pessoais da criança e do adolescente conferido pela legislação brasileira. Nesse sentido, a problemática da pesquisa fundamenta-se em refletir sobre o fenômeno do *sharenting* e as implicações da exposição

1 Pós-doutoranda e Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professora na graduação e no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Vice Coordenadora da Pós-Graduação em Direito de Família e Sucessões da UEL. Associada ao IBDFAM e ao International Society of Family Law (ISFL). Integrante do Conselho Editorial da Editora da UEL (EDUEL). E-mail: danielapaiano@hotmail.com.

2 Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduanda em Direito Aplicado pela Escola de Magistratura do Paraná (EMAP/PR). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pesquisadora no Projeto de Pesquisa Contratualização das Relações Familiares e das Relações Sucessórias, vinculado ao CNPq e coordenado pela Profª. Dra. Daniela Braga Paiano. Advogada. E-mail: isabelanschiavon@hotmail.com.

de informações privadas dos filhos menores pelos pais.

O objetivo da pesquisa é analisar os contornos da exposição dos dados pessoais desses sujeitos vulneráveis que também se encontram no cenário do *big data* e o papel do consentimento nessas situações jurídicas. Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo, mediante extração discursiva do conhecimento, partindo de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas. A problemática da pesquisa foi desenvolvida em uma perspectiva descritiva e exploratória.

2 A privacidade e os dados pessoais na legislação brasileira

O campo da privacidade no Direito surgiu inicialmente voltado à proteção da propriedade, tal perspectiva somente foi alterada no século XIX, quando a privacidade passou a ser relacionada também com a proteção da personalidade (WARREN; BRANDIES, 1980), observou-se, então, que os desenvolvimentos tecnológicos implicariam na violação da proteção da personalidade e intimidade do indivíduo, para além dos bens materiais (RODOTÁ, 2008, p. 19).

Sob a égide do século XX, os dados pessoais passam a ser de acesso do Estado com o pretexto de visar o bem comum e o bom funcionamento da administração pública, todavia logo foram alteradas tais finalidades com vistas a utilização desses dados para o controle da sociedade e para o mercado de consumo (DONEDA, 2019, p. 34). Na contemporaneidade do século XXI, em decorrência da informatização dos dados pessoais e a grande difusão em meios eletrônicos, passa-se a conjecturar acerca do controle das informações pelo indivíduo.

Nesse sentido, a tutela da proteção de dados pode ser vista como a proteção da privacidade, isso porque, os dados pessoais encontram-se na esfera da vida privada do indivíduo e o cruzamento das informações armazenadas nas bases de dados são capazes de traçar perfis de comportamento e de consumo. O entendimento da origem do reconhecimento da tutela dos dados como um direito se faz importante para a compreensão da necessidade de instituição de leis que viessem regulamentar esse contexto.

A União Europeia é expoente da proteção de dados, tendo estabelecido uma Diretiva (95/46/CE) em 1995, a fim de regulamentar a tutela da proteção da vida privada e a livre circulação de dados pessoais na União Europeia. No ano de 2016, aprovou o Regulamento Geral de Proteção de Dados – *General Data Protection Regulation (GDPR)* – que

entrou em vigor em 2018.

Ressalta-se que todo o arcabouço legislativo europeu se tornou influência para a elaboração do texto legislativo brasileiro da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), aprovada em 2018. No Brasil, a LGPD é a primeira lei a dispor de maneira específica sobre o tratamento de dados pessoais, que previamente era regulamentado de forma não sistematizada. A Lei estabelece como objetivo “inclusive nos meios digitais [...] proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” (BRASIL, 2018).

Dado pessoal pode ser definido sob uma ótica reducionista ou expansionista (BIONI, 2015, p. 19). Pela perspectiva reducionista traz a compreensão do significado de forma restrita, como sendo o dado capaz de identificar uma pessoa de forma individualizante, determinada, precisa. Já pela ótica expansionista, o dado pessoal “pode ser qualquer tipo de informação que permita a sua identificação, ainda que o vínculo entre o dado e o indivíduo não seja estabelecido de prontidão, mas de forma mediata ou indireta. Um dado para ser pessoal deve ser, portanto, a projeção de uma pessoa identificável” (BIONI, 2015, p. 17).

Na visão expansionista trazida por Patricia Peck Pinheiro (2020, n.p) sobre o significado de dado pessoal, ele pode ser definido como sendo a possibilidade de ser uma pessoa natural identificada ou identificável por toda informação a ela relacionada, como por exemplo “nome, sobrenome, apelido, idade, endereço residencial ou eletrônico, podendo incluir dados de localização, placas de automóvel, perfis de compras, número do Internet Protocol (IP), dados acadêmicos, histórico de compras, entre outros”.

A depender da corrente a ser adotada existe maior ou menor grau de identificação do sujeito. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), no mesmo sentido da General Data Protection Regulation (GDPR) europeia, optou por adotar a definição expansionista de dado pessoal, nos termos do Art. 5º, inc I., definindo-o como “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (BRASIL, 2018). Essa escolha de posicionamento visa tutelar a proteção da privacidade de maneira mais abrangente.

A referida lei, no inciso II do artigo 5º, traz a definição de dado pessoal sensível, de certo modo como uma especificação do dado pessoal, mencionando ser o dado pessoal sensível um “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente

à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (BRASIL, 2018).

Os dados pessoais sensíveis são elementos informacionais pessoais relativos às perspectivas e concepções do indivíduo que representem expressão da sua forma de pensar e da sua personalidade. A opção por maior proteção aos dados pessoais sensíveis se justifica em razão do maior potencial lesivo ao titular na exposição desses dados sem a sua anuência.

Em razão dos dados pessoais sensíveis estarem intimamente relacionados à privacidade e intimidade do sujeito é que lhes é conferida maior proteção legislativa através de exigências de segurança como consentimento de forma específica e destacada para uma determinada finalidade específica, conforme dispõe o artigo 11 da LGPD³, que também dispõe sobre as hipóteses nas quais esse tipo de dado pode ser utilizado sem o consentimento do indivíduo.

3 A função do consentimento para o tratamento dos dados pessoais

Na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), o consentimento fornecido pelo titular é requisito para o tratamento de dados pessoais (artigo 7º, inciso I), sendo responsabilidade do controlador dos dados o ônus de provar que obteve o consentimento de acordo com as normativas legais (artigo 8º, §2º).

Nesse contexto, observa-se que o consentimento possuiu uma função essencial na legislação, visto que confere ao titular dos dados pleno controle sobre a disposição e o tratamento das suas informações, no intuito

3 Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas; II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais. BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (2018). **Lei nº 13.709, de 14 agosto de 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 18 out. 2021.

de tutelar o âmbito da privacidade na medida em que as informações pessoais somente poderão ser acessadas mediante sua autorização, no exercício da sua autodeterminação informativa.

Dessa maneira, o indivíduo se torna elemento central na relação de proteção dos dados pessoais, na medida em que passa a executar uma autogestão das suas próprias informações. Nesse sentido, “o consentimento é uma forma de implementar o direito à autodeterminação informativa, visto que envolve a própria participação do indivíduo, que funciona como mola propulsora da estrutura da proteção de dados, permeando todo o processo de tratamento de dados” (MALHEIRO, 2017, p. 34). Nessa perspectiva,

Por se constituir um direito sobre as informações pessoais, a proteção de dados pessoais tem um forte componente de autoconformação, tendo em vista que somente o indivíduo pode determinar o âmbito da própria privacidade, isto é, em que medida as suas informações pessoais podem ou não ser coletadas, processadas e transferidas. Nesse aspecto, nota-se que a proteção de dados pessoais é marcada por esse acentuado viés de autocontrole e de liberdade pelo titular (MENDES, 2014, p. 60).

O consentimento é percebido, então, como reflexo do exercício da autonomia privada e instrumento de legitimação da vontade, tratando-se de uma autorização que expressa a escolha do indivíduo por intermédio da aplicação da autodeterminação informacional, explicada por Stefano Rodotà (2008, p. 15) como “o direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular”.

Para além disso, uma das atribuições da autodeterminação informacional é viabilizar a revogação do consentimento já declarado pelo titular, isso porque a proteção da personalidade do indivíduo é o objetivo maior da LGPD. O ato da revogação também é parte da natureza jurídica do consentimento, visto que sucede da autodeterminação informacional no sentido de que o titular dos dados não está vinculado *ad eternum* aos efeitos da sua escolha anterior (DONEDA, 2006, p. 380).

Dessa forma, observa-se que a revogação do consentimento é inerente ao próprio exercício da autonomia, inclusive em razão da circunstância na qual o titular somente será capaz de mensurar o alcance dos efeitos da autorização do uso, após a anuência para o tratamento, nesse caso, sendo-lhe facultada a garantia de mudança de ideia, como nos casos de atualização da política de privacidade de um site ou de uma plataforma

de streaming, por exemplo. Assim, quando o consentimento antecedente não reflete mais as preferências do titular ele deixa de ser válido.

A manifestação do consentimento do titular, em muitas das vezes, é realizada de forma automatizada uma vez que, na vivência social atual, faz-se presente e necessário o consentimento para que se possa realizar qualquer atividade simples do dia a dia, como por exemplo ingressar em uma rede social ou realizar uma compra na farmácia, situações que podem implicar na liberdade de consentir. Nessa perspectiva, Bruno Bioni (2019, p. 298-299) afirma que:

Por isso, os dados pessoais não podem ser passíveis de uma mercantilização total. Eles detêm um valor social a cumprir que impõe barreiras para sua negociabilidade limitada. O relato da privacidade contextual deve ser encarado como uma vertente normativa complementar à autodeterminação informacional para restringi-la aos espaços que não esvaziem a importância do papel social desempenhado pela proteção dos dados pessoais. A compreensão de que o fluxo informacional é (in)apropriado envolve, portanto, a limitação do consentimento, verificando-se qual é o impacto do trânsito das informações pessoais nas relações sociais do seu titular, em particular para o livre desenvolvimento da sua personalidade. Daí por que o consentimento do titular dos dados pessoais não deve ser um recurso para legitimar os mais abusivos e invasivos tipos de tratamentos de dados pessoais, coisificando-o.

Tendo isso em vista, pode-se verificar que a autodeterminação informacional na proteção de dados possui limitações em razão da própria tutela dos direitos da personalidade da pessoa. Dessa forma, o estabelecimento de limites pelo titular dos dados é resultado do exercício da autodeterminação de forma relativa, uma vez que a anuência pelo tratamento de dados não é absoluta, no sentido em que a se alterar a circunstância, a finalidade ou até mesmo a compreensão do indivíduo sobre o uso dos seus dados, o consentimento pode ser revogado.

A autodeterminação informativa se relaciona diretamente com o consentimento, todavia, a disposição dos dados não deve ser baseada exclusivamente nela, uma vez que existem cenários nos quais o titular não é capaz de compreender o dimensionamento da sua autorização. Dessa forma, deve haver limites estabelecidos no uso dos dados pessoais com vistas à tutela da personalidade do indivíduo e o seu pleno desenvolvimento. No que tange ao consentimento para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, a LGPD traz no artigo 14 uma normativa protetiva para esses sujeitos de direitos vulneráveis.

3 O compartilhamento dos dados pessoais dos filhos menores pelos pais

As crianças e adolescentes, na maioria dos casos, não possuem controle sobre a divulgação de seus dados pessoais por seus pais, diferentemente da situação na qual os adultos compartilham suas informações pessoais de forma espontânea e expressando a sua autonomia informativa através do consentimento, sabendo das consequências da exposição das suas informações pessoais. Alerta-se para o cuidado que se deve ter quando do compartilhamento de dados de crianças e adolescentes, de modo que, se esses dados forem compartilhados, deve-se demonstrar uma razão convincente, levando em conta o princípio do melhor interesse.⁴ Deve-se tomar o cuidado para não os expor de forma indevida.

A importância que se dá para tal conjuntura existe, justamente, porque os dados compartilhados no meio eletrônico têm o potencial de permanecerem existindo online muito depois da própria divulgação das informações privadas, sendo que publicações feitas durante a infância podem de durar por toda a vida do indivíduo.

A proteção dos dados pessoais visa tutelar a privacidade do indivíduo frente ao compartilhamento de dados da sociedade contemporânea, na intenção de que esses permaneçam na esfera privada, definida por Stefano Rodotà (2008, p. 92) como “conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais, sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo”.

Nesse contexto, um termo que vem sendo utilizado para descrever tal circunstância é o *sharenting*, sendo compreendido como o compartilhamento realizado, pelos pais, de informações pessoais sobre si mesmos e seus filhos online (BLUM-ROSS, LIVINGSTONE, 2017, p. 3). A palavra *sharenting* vem do inglês e pode ser definida como a “união das palavras ‘share’ (compartilhar) e ‘parenting’ (cuidar, no sentido de exercer o poder familiar). A prática consiste no hábito de pais ou responsáveis legais postarem informações, fotos e dados dos menores que estão sob a sua tutela em aplicações de internet” (EBERLIN, 2017, p. 258).

⁴ “If you are considering sharing children’s personal data, you must take extra care. You may share children’s personal data as long as you can demonstrate a compelling reason to do so, taking account of the best interests of the child. The best interests of the child should be a primary consideration.”. DATA sharing and children. **Information Commissioner’s Office (ICO)**. Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/ico-codes-of-practice/data-sharing-a-code-of-practice/data-sharing-and-children/>. Acesso em: 09 dez. 2021.

Deste modo, os próprios pais acabam sendo uma ameaça aos filhos quando compartilham (ou supercompartilham) fatos sobre seus filhos nas redes sociais. O termo *sharenting* foi adicionado ao Dicionário Collins em 2016 como “o uso habitual de usar a mídia social e compartilhar notícias ou imagens dos filhos”.⁵ Todavia, para além da coleta de dados pelos aplicativos e redes sociais, a preocupação também gira em torno do tratamento de dados pessoais feito pelas escolas, clubes e hospitais, uma vez que divulgados online estão passíveis de acesso e conhecimento.

O compartilhamento de informações pessoais de crianças e adolescentes deve ser visto sob a ótica da busca de uma solução para garantir a proteção dos melhores interesses desses indivíduos, bem como a fim de que se possa adequar as postagens à idade e aos estágios de desenvolvimento das crianças e adolescentes à medida que amadurecem.

As redes sociais oferecem aos pais benefícios quando compartilham dados dos seus filhos, isso porque eles são capazes de se conectar com amigos e familiares, muitas vezes recebendo comentários positivos, o que faz com que se sintam apoiados em sua decisão de compartilhar informações sobre suas vidas e a vida de seus filhos.

A situação mais comum é que, na maioria das vezes, os pais ou responsáveis não reconhecem o interesse da privacidade dos filhos nas informações postadas, pois não têm a dimensão dos impactos das publicações no futuro na vida deles, esbarrando, então, nos impactos negativos da divulgação dos dados dos filhos menores. Ressalta-se que a privacidade é entendida como “a tutela das escolhas de vida contra toda forma de controle público e estigmatização social” (RODOTÀ, 2008, p. 92).

Para entender o conflito em questão, é preciso observar que “a informação pessoal está, quase como ato reflexo, ligada à privacidade por uma equação simples e básica que associa um maior grau de privacidade à menor difusão de informações pessoais e vice-versa” (DONEDA, 2011, p. 94). Essas divulgações online apresentam uma série de riscos legais e de segurança às crianças e aos adolescentes, como por exemplo, a utilização dos dados para formação de um banco de informações que mapearão um perfil de consumidor infanto-juvenil, influenciando, inclusive nas propagandas visualizadas pelas crianças quando assistem um vídeo em uma plataforma de vídeos online.

5 “[...] *the habitual use of social media to share news or images of one's child.*”. BARROCO, Liane. **Sharenting**: the privacy risks we expose our kids to. Disponível em: <https://ateneo.edu/udpo/article/sharenting-the-privacy-risks-we-expose-our-kids-to>. Acesso em: 09 dez. 2021.

É interessante observar que os pais buscam proteger os filhos das ameaças externas, conselhos como “não falar com estranhos, não aceitar coisas, não pegar caronas com desconhecidos etc., são instruções/recomendações que toda criança ouve exaustivamente. Os pais sempre temeram os “estranhos”. Todavia, parece que essa noção de perigo se esvai no ambiente virtual” (LISBOA; CHRISTÓFARO, 2018, p. 9).

Ocorre que, também nesse ambiente cabe aos pais o dever que decorre do poder familiar e da responsabilidade parental de proteger a privacidade dos filhos, afinal o poder familiar é “o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, nos interesses destes. Configura uma autoridade temporária exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos” (LÔBO, 2011, p. 295).

No caso do Sharenting, essa nova dimensão do direito à privacidade é bastante complexa. De fato, como explica Steinberg, as crianças têm interesse em proteger as informações negativas (ou até mesmo positivas) a seu respeito que foram postadas por seus pais, evitando sua disseminação sem controle, assim como podem não concordar com a decisão dos pais de compartilhar informações pessoais; contudo, as crianças não possuem uma opção de opt-out e nenhum tipo de controle em relação às decisões de seus pais que deixem rastros digitais. Essa falta de controle por parte dos titulares dos dados (crianças) nega o exercício do direito à autodeterminação informativa. A proteção à privacidade, nesse contexto, ganha contornos bastante complexos (EBERLIN, 2017, p. 263).

Nesse sentido, a Lei Geral de Proteção de Dados veio cuidar da proteção da criança e do adolescente em seu texto legal, aduzindo no artigo 14⁶ que o tratamento dos dados pessoais desses indivíduos deverá ser

6 Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente. § 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal. § 2º No tratamento de dados de que trata o § 1º deste artigo, os controladores deverão manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos a que se refere o art. 18 desta Lei. § 3º Poderão ser coletados dados pessoais de crianças sem o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, e em nenhum caso poderão ser repassados a terceiro sem o consentimento de que trata o § 1º deste artigo. § 4º Os controladores não deverão condicionar a participação dos titulares de que trata o § 1º deste artigo em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade. § 5º O controlador deve realizar todos os esforços razoáveis para verificar que o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo foi dado pelo responsável pela criança, consideradas as tecnologias disponíveis. § 6º As informações sobre o tratamento de dados referidas neste artigo deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais

realizado visando o seu melhor interesse, no mesmo escopo em que trata o Estatuto da Criança e do Adolescente. Ademais, regulamenta que para o tratamento desses dados deverá ser recolhido o consentimento específico e em destaque de pelo menos um dos pais ou responsável legal (BRASIL, 2018).

É justamente nesse ponto que se questiona sobre consentimento como uma autorização que expressa a escolha do indivíduo por intermédio da aplicação da autodeterminação informacional, bem como que demonstra ser um instrumento de legitimação dessa vontade.

Isso porque, os pais ou responsáveis não tem o conhecimento de que maneira a exposição desses dados pessoais dos seus filhos será utilizada pela plataforma em que eles os expõem, ainda que o consentimento tenha sido fornecido por eles, o simples “eu aceito” ao clicar em um botão para se tornar usuário do serviço não é capaz de garantir a autonomia informacional dos pais e nem os dimensionar no aspecto do tratamento dos dados pessoais de seus filhos.

Interessante ressaltar que no cenário europeu, o artigo 8º do *General Data Protection Regulation* (GDPR) aduz que fica autorizado o tratamento de dados se consentido pelas pessoas a partir de 16 anos, ou seja, o adolescente de 16 anos através do seu consentimento tem legitimidade para autorizar o tratamento dos seus dados no que tange à oferta direta de serviços da sociedade da informação (UNIÃO EUROPEIA, 2018), diferentemente do que ocorre no Brasil, onde o consentimento somente é válido se for realizado pelos pais, em razão da classificação etária adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

4 A proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

A legislação antecedente ao Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil, era o Código de Menores, implantado pela Lei nº 6.697 de 1979, pautado na doutrina da situação irregular, pela qual, os menores, como sendo as pessoas com menos de dezoito anos, apenas seriam considerados sujeitos de direitos em situações negativas, que lhes colocassem em conflito com a ordem jurídica de maneira ilegítima.

quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança. BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (2018). **Lei nº 13.709, de 14 agosto de 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 18 nov. 2021.

Nesse sentido, “havia uma discriminação legal quanto à situação do menor, somente recebendo respaldo jurídico aquele que se encontrava em situação irregular; os demais, não eram sujeitos ao tratamento legal” (FERREIRA; DÓI, 2020), deixando de lado as necessidades de proteção e segurança da criança e do adolescente pois, em que pese criado quando já havia a Declaração dos Direitos das Crianças de 1959, foi elaborado em um período de regime totalitário. Nessa época a criança era vista como objeto de intervenção da família, da sociedade e do Estado.

No direito interno, foi através do advento do artigo 227 da Constituição da República de 1988⁷, com a redemocratização, tendo como referencial os documentos internacionais pelo Brasil ratificados, que emergiu a ideia da doutrina da proteção integral no país, nesse sentido, passando a criança e o adolescente a assumirem a condição de sujeitos de direitos. Em observância ao dispositivo constitucional, no ano de 1990, entrou em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) representando uma ruptura com o Código de Menores e seus preceitos na tratativa da criança e do adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei nº 8.069/1990 reflete a nova ordem constitucional democrática brasileira, como advento da Constituição Federal de 1988 e em harmonia com os documentos internacionais, na batalha pela proteção própria de crianças e adolescentes, sendo reconhecido no cenário internacional como um dos dispositivos legais mais avançados na defesa dos direitos da infância e juventude.

Nesse sentido, a escolha da proteção integral como princípio basilar do Estatuto implica na colocação da criança e do adolescente na condição de sujeito de direitos, ser merecedor de tratamento especial e conforme o artigo 4º, com prioridade absoluta em razão da condição de pessoa em desenvolvimento. Dessa forma, o ECA não é visto “apenas uma lei que se limita a enunciar regras de direito material. Trata-se de um verdadeiro microsistema que cuida de todo o arcabouço necessário para se efetivar o ditame constitucional de ampla tutela do público infanto-juvenil” (AMIN, 2011, p. 9).

7 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 out. 2020.

Sob a égide do ECA, passou-se a fortalecer a doutrina da proteção integral anteriormente trazida pela Constituição, ao passo que além de alçar o *status* da criança e do adolescente como sujeito de direitos, também reconhece a sua vulnerabilidade, como seres humanos em condição de desenvolvimento. Sob esse viés, observa-se a “a importância que foi dada à criança, ao adolescente e ao jovem, uma vez que o ECA estabelece serem eles titulares dos direitos fundamentais inerentes à pessoa, garantindo-lhes proteção integral. Dessa forma, encontram-se em situação privilegiada em comparação aos adultos” (SANTOS, 2007, p. 154).

Além disso, o ECA diferenciou criança de adolescente, sendo considerada criança a pessoa com até doze anos de idade incompletos e o adolescente é a pessoa que possui entre doze e dezoito anos de idade, para fins de imputação de medidas de proteção ou de medidas socioeducativas, em caso de cometimento de ato infracional, por exemplo, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana.

Assim, a doutrina da proteção integral “orienta e prescreve direitos às pessoas em desenvolvimento, impondo deveres à sociedade, inclusive na implantação das políticas públicas, de modo a contemplar essa situação e proporcionar a construção de um panorama jurídico especial às crianças e adolescentes” (ANJOS, 2020).

Soma-se a doutrina da proteção integral alguns princípios trazidos pelo Estatuto que buscam corroborar a tutela plena dos direitos da criança e do adolescente, quais sejam: o princípio do melhor interesse e o princípio da absoluta prioridade, como critérios para aplicação da norma jurídica nas questões relacionadas à criança e ao adolescente, uma vez que sob a perspectiva de Robert Alexy (1997), a norma é entendida como princípio e regra.

Dessa maneira, ao se analisar as espécies de normas inseridas no ECA, verifica-se serem normas de ordem pública, de normas cogentes e que, por sua natureza, não podem deixar de ser cumpridas, sendo o seu cumprimento obrigatório de forma coercitiva. Para além disso, a natureza jurídica das normas do Direito da Criança e do Adolescente é considerada, na ordem internacional, como *ius cogens*, pela qual o Estado deve atuar em obrigações objetivas, prevalecendo sobre quaisquer outras.

O princípio do melhor interesse orienta tanto o legislador como o aplicador da norma jurídica que existe a primazia dos interesses da criança e do adolescente sobre aqueles sujeitos que não se encontrem em tal condição de vulnerabilidade, impondo ao hermenêuta como critério

de interpretação a prevalência daquilo que se entende como melhor para o infante-juvenil. Já o princípio da prioridade absoluta assegura à criança e ao adolescente a preferência na salvaguarda de seus interesses e direitos.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titular ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito (GAMA, 2008, p. 80).

À vista disso, percebe-se que a doutrina da proteção integral, como garantidora da tutela dos direitos da criança e do adolescente está diretamente relacionada com concepção contemporânea de dignidade do ser humano, base principiológica do atual ordenamento jurídico do ocidente e, por conseguinte, brasileiro. A proteção integral e o melhor interesse desses sujeitos em desenvolvimento visa, portanto, um novo patamar de reconhecimento de direitos humanos em caráter de especificidade infante-juvenil.

5 Considerações finais

O modo como a informação é difundida e utilizada na sociedade contemporânea demanda especial atenção no que tange a maneira como é controlada. Observa-se que a sociedade globalizada se caracteriza pela enorme quantidade de troca de dados, informações e interações pela rede mundial de computadores.

Diante dessa conjuntura, as questões relacionadas à privacidade são postas em discussão, ao passo que se busca entender a legitimação da vontade no consentimento para o tratamento dos dados pessoais. Os dados pessoais relacionados às crianças e aos adolescentes representam uma categoria especial de dados, uma vez que envolvem esses sujeitos vulneráveis em relação a necessidade de cuidados com a sua privacidade.

Dessa forma, volta-se o olhar para o tratamento dos dados pessoais das crianças e adolescentes na situação em que os próprios pais e responsáveis disponibilizam as informações pessoais dos seus filhos nos ambientes virtuais, denominado *sharenting*. Nesse contexto, atenta-se para questões relacionadas ao direito da vida privada, especificamente no que

tange à privacidade das crianças e adolescentes.

Aos pais, não cabe apenas o consentimento para o fornecimento dos dados, é preciso que tenham o entendimento e a compreensão do alcance do compartilhamento dos dados dos filhos para que então possam exercer a sua autodeterminação informativa em consentir.

A autodeterminação informativa é a prerrogativa do indivíduo de controlar os seus dados pessoais, bem como a expressão de sua vontade na disposição de tais dados privados para a utilização de terceiros. Além disso, a autodeterminação informativa é instrumento garantidor da expressão da vontade do indivíduo no consentimento de utilização dos seus dados pessoais e do respeito à sua privacidade, assegurado, para além da Lei Geral de Proteção de Dados, também constitucionalmente, nos termos do inciso X, artigo 5º, como direito fundamental a vida privada.

Nesse sentido, é através do consentimento que a autodeterminação se manifesta e se exterioriza como autorização para utilização e tratamento dos dados pessoais. Dessa forma, o consentimento, conceituado no artigo 5º, inciso XII da Lei Geral de Proteção de Dados, se trata de uma manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.

Diante do exposto, verifica-se que a autodeterminação informativa se encontra vinculada com o respeito ao direito à privacidade do indivíduo e a sua violação implica não somente na mitigação do direito à vida privada, mas também no enfraquecimento da própria liberdade em si. Dessa forma, a proteção dos dados pessoais deve ser vista sob a ótica do fluxo informacional, a fim de que os titulares de dados ao consentirem com o seu tratamento, encontram-se capazes de compreender de forma segura, quais dados e em quais situações essas informações serão utilizadas como elementos de valor agregado.

Tendo em vista esse contexto de ‘datificação’ das coisas, o que se propõe, portanto, é que os pais, na condição de responsáveis pelos dados pessoais dos filhos, sujeitos vulneráveis na sociedade de informação, sejam expostos a condições de entendimento e compreensão, sobre o consentimento que exteriorizam para a utilização desses dados, a fim de que a autodeterminação informacional manifestada seja efetivamente expressão da disposição de sua vontade no melhor interesse dos filhos.

À vista disso, a Lei Geral de Proteção de Dados buscou trazer limites para utilização dos dados pessoais desses sujeitos de direito situados na sociedade de informação, no mesmo sentido em que se encontra a

proteção constitucional e da legislação específica dos direitos da criança e do adolescente.

Todavia, o caminho para que se traga mais efetividade para a proteção dos dados pessoais da criança e do adolescente, juntamente com a proteção legal já existente é a adoção de políticas públicas que visem conscientizar os pais e responsáveis sobre os interesses legítimos desses sujeitos em relação à privacidade e as implicações da exposição das informações pessoais nas plataformas digitais.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMIN, Adréa. Rodrigues. Doutrina da proteção integral. *In*: MACIEL, Kátia. (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ANJOS, Eduardo Pereira dos. **Quando a proteção integral é invocada para agravar a situação da criança**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-06/tribuna-defensoria-quando-protacao-integral-invocada-agravar-situacao-crianca>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BARROCO, Liane. **Sharenting: the privacy risks we expose our kids to**. Disponível em: <https://ateneo.edu/udpo/article/sharenting-the-privacy-risks-we-expose-our-kids-to>. Acesso em: 09 dez. 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. Compreendendo o conceito de anonimização e dado anonimizado. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, ano 21, n. 53, jan-mar 2020. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/ii_9_anonimiza%C3%A7%C3%A3o_e_dado.pdf?d=637250349860810398. Acesso em: 15 out. 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

BIONI, Bruno Ricardo. **Xeque-mate: o tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil**. 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/328266374_Xeque-Mate_o_trip%C3%A9_de_prot%C3%A9cao_de_dados_pessoais_no_xadrez_das_iniciativas_legislativas_no_Brasil. Acesso em: 19 nov. 2021.

BLUM-ROSS, Alicia; LIVINGSTONE, Sonia. Sharenting: parent blogging and the boundaries of the digital self. **Popular communication**, v. 15, n. 2, p. 110-125, maio 2017. Disponível em: https://eprints.lse.ac.uk/67380/1/Blum-Ross_Sharenting_revised_2nd%20version_2017.pdf. Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (2018). **Lei nº 13.709, de 14 agosto de 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 18 out. 2021.

DATA sharing and children. **Information Commissioner's Office (ICO)**. Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/ico-codes-of-practice/data-sharing-a-code-of-practice/data-sharing-and-children/>. Acesso em: 09 dez. 2021.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315/658>. Acesso em: 15 out. 2021.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315/658>. Acesso em: 15 nov. 2021.

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

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de proteção de dados**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. **Revista brasileira de políticas públicas**, v. 7, n. 3, p. 256-273, dez. 2017.

FERREIRA, Luiz Antônio Miguel; DÓI, Cristina Teranise. **A proteção integral das crianças e dos adolescentes vítimas**. 2020. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1222.html>. Acesso em: 15 nov. 2021.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas: 2008.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2009.

LISBOA, Roberto Senise; CHRISTÓFARO, Danilo Fernandes. Sociedade da informação: dano e responsabilidade civil decorrente da prática de sharenting. *In*: LEAL, Larissa Maria de Moraes; LISBOA, Roberto Senise (coord.). Direito Civil Contemporâneo II. **Anais do XXVII Encontro Nacional do Conpedi**. Salvador: CONPEDI, 2018. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/0ds65m46/410o8qd1/QfIJXdcms7SfNjh2.pdf>. Acesso em: 13 . 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MALHEIRO, Luíza Fernandes. **O consentimento na proteção de dados pessoais na Internet: uma análise comparada do Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu e do Projeto de Lei 5.276/2016**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

NARAYANAN, Arvind; SHMATIKOV, Vitaly. Myths and fallacies of “personally identifiable information”. **Communications of the ACM**, Nova York, v. 53, n. 6, p. 24-26, 2010. Disponível em: <http://bit.ly/30G9CVq>. Acesso em: 20 nov. 2021.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

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

SANTOS, Benedito Rodrigues dos. 18 Anos do ECA: A Inclusão de Crianças e Adolescentes no Estado de Direitos Brasileiro. **Inclusão Social**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 152- 154, abr/set 2007. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/1613-Texto%20do%20artigo-2313-1-10-20160324.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **General Data Protection Regulation**. 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02016R0679-20160504&from=EN>. Acesso em: 18

out. 2021.

WARREN, Samuel D.; BRANDIES, Louis D. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**. v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 15, 1890. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1321160?seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em: 18 nov. 2021.

Texto completo 15

LA IMPLEMENTACIÓN DE PROYECTOS DE ENSEÑANZAS DEL INSTITUTO DUQUE DE RIVAS SOBRE SEXUALIDAD EN EL CENTRO DE PRÁCTICAS JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD FEDERAL DE RORAIMA

Wagner Vinícius de Andrade Silva¹

Douglas Verbicaro Soares²

1 Introducción

La práctica del prejuicio y discriminación contra las personas LGBTs se produce social e históricamente en el ámbito colectivo, que se expande en los más diversos espacios, así como en la escuela, grupos sociales, trabajo, familia y se consolida en la configuración de sujetos frustrados, en su mayoría privados de apoyo, protección y alejamiento del acceso a los caminos más básicos para desarrollarse profesionalmente y / u ocupar los puestos más diferenciados del mercado laboral, dejando a merced de la marginación, experimentando todo tipo de violencia, incluso la muerte misma.

Este artículo trae en su esquema la discusión y reflexión sobre la importancia de los Proyectos de Educación Internacional sobre el tema de la sexualidad en el Núcleo de Prácticas Jurídicas de la Universidad Federal de Roraima, que tiene como espejo de referencia al Instituto Duque de Rivas en España y, tiene como objetivo, la búsqueda de colaborar en el diseño de una sociedad más justa en su totalidad.

La metodología utilizada para sustentar y desarrollar esta temática fue la investigación bibliográfica, que tiene como punto de partida el

1 Acadêmico de Direito da Universidade Federal de Roraima. E-mail: viniciusaos19@gmail.com

2 Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará. Mestre em Direito em Estudos Interdisciplinares de Gênero e Políticas de Igualdade pela Universidade de Salamanca (Espanha). Doutor em Direito em Passado e Presente dos Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca. É professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal de Roraima – UFRR, integrante do Núcleo de Estudos e Pesquisas Olevário Tames -NEPOT/UFRR. E-mail: douglas_verbicaro@yahoo.com.br

estudio, lectura, análisis e interpretación de libros, publicaciones periódicas, documentos fotocopiados, mapas, fotografías, manuscritos, etc. Al elegir la metodología de investigación para abordar este tema, fue posible definir objetivos en base a las siguientes preguntas orientadoras: ¿Qué proyectos de investigación sobre género y sexualidad en el ámbito de los Derechos Humanos existentes para tratar a jóvenes y adolescentes en situaciones de conflicto / riesgo? ¿Cómo suceden los momentos de formación continua de los profesionales de apoyo para ofrecer acciones de intervención dentro de una perspectiva multidisciplinar para los jóvenes en riesgo? ¿Cómo crear una propuesta humanizada, aliada a los modelos educativos británicos de educación inclusiva para la diversidad sexual en el Centro de Prácticas Jurídicas de la Universidad Federal de Roraima?

Además, El objetivo de este trabajo es demostrar la importancia de aplicar proyectos internacionales de educación inclusiva y de analizar cómo pueden ser aplicados en el NPJDH de la UFFR con la realidad brasileña y roraimense, ya que, a través de estos proyectos que constituyen, precipuamente, talleres y preparación de trabajos científicos, la universidad pública puede cumplir con su función principal, que es concebir el debido retorno a la sociedad por medio de sus acciones.

En este sentido, comprender la importancia de desarrollar proyectos de intervención que se articulen con la legislación brasileña, y una mirada especial a los Derechos Humanos, así como la superación de la situación de discriminación en sus más variadas formas, que impide que las personas LGBTs logren el reconocimiento de sus derechos respetados en el ámbito social y el apoyo ante situaciones que aún acechan viviendo en una sociedad más humanizada.

2 La experiencia del instituto duque de rivas en españa

Para la visibilidad del ejemplar proyecto, nos pareció importante la exposición del gráfico *infra* con un modelo de acción institucional del Instituto madrileño comentado. En ese sentido que se han organizado, por parte de la tutoría creada específicamente para tratar los temas del colectivo LGBT (lesbianas, gais, bisexuales y transgéneros) del I.E.S Duque de Rivas Como medidas tomadas, la generación de planes de actividades. Actividades esas por ejemplo tratadas en dos años académico: a) de 2011-2012, previamente evidenciada en 2012 (VERBICARO SOARES, 2012, p. 140) y b) de 2014-2015 (I.E.S DUQUE DE RIVAS, 2021), que muestran que la experiencia novedosa ha sido reconocida y extendida a

períodos posteriores, siendo una apuesta de la sociedad española en el trato de trabajar el tema, prevenir y educar en valores de género, orientación sexual e identidad de género.

De acuerdo con el año académico 2011-12 del I.E.S. Duque de Rivas, veremos que el primer plan contaba como talleres y conferencias relacionados con temas de relevo, como por ejemplo la preocupación de los organizadores en evidenciar los temas de la orientación sexual, identidad de género. Además, la preocupación del Centro Escolar en aclarar los problemas de las enfermedades sexuales, principalmente las consideradas más graves, como por ejemplo la transmitida por el virus del SIDA.

Las acciones creadas para prevenir problemas relacionados con los temas abordados sirven de grande auxilio para la sociedad a la cual se direccionan esas acciones, tanto en el ámbito familiar, escolar y en las relaciones existentes entre los que reciben esas enseñanzas, como en las relaciones futuras que podrán esas personas interactuar en el medio social al cual viven.

De ese modo, García Carrasco y García del Dujo (1996, p.33), nos orientan que las acciones educativas representan proyectos políticos, la intervención es originaria de un agente educacional, por esa razón debe ser entendida como una acción humana. Complementamos esa idea añadida que esa acción humana tiene por objetivo la difusión de idearios basados en las relaciones humanas y en la construcción de los vínculos asumidos por las sociedades por medio del modelo de enseñanza que reciben y a los cuales influye en sus valores en las propias conductas sociales de los ciudadanos de un determinado lugar.

Como bien nos aclara Mestre Chust, en los temas sobre educación para los Derechos Humanos. El autor nos reivindica la importancia de educar a los jóvenes en la tolerancia y en el respeto a la diferencia, una vez que ese instrumento sirve como medio para la transmisión de valores. Chust utiliza la denominación de la viabilidad de una *educación reglada* para lograr esa transmisión de idearios en la sociedad. “Una sociedad más culta, sobre todo en educación en valores, tendrá mucho menos problemas de intolerancia, discriminación o violencia de género, gracias precisamente a este valor añadido que tienen tanto la cultura en general, como la educación en valores en particular” (MESTRE CHUST, 2007, p. 43). Estamos de acuerdo con esos preceptos defendidos por Chust, a los cuales entendemos que la educación representa una salida viable para la mejora de una sociedad bajo valores de igualdad, libertad, respeto a los derechos

humanos y a la propia diversidad de las personas.

El autor racionaliza sus argumentos aduciendo que es imprescindible la colaboración entre los dos pilares que basamos nuestro estudio, los pilares de la familia y lo de la escuela, donde ambos deberían actuar con vínculos entre los mismos para permitir una integración de los valores transmitidos complementados por los que se relacionan con la temática de los Derechos Humanos. Para Chust:

Los derechos humanos no son simplemente una declaración de buenas intenciones, un futurible de buena voluntad. Se trata de un conjunto de valores fundamentales para la convivencia: derecho a la vida, lucha contra la desigualdad, contra la discriminación, la violencia de género, etc. Durante mucho tiempo, la educación en derechos humanos se ha enfocado desde el punto de vista de grandes violaciones de los derechos humanos: las dictaduras en América Latina, la lucha contra la pena de muerte, la tortura. Ahora pretendemos centrarla en temas más próximos a las vivencias de los alumnos y que afectan a muchas más personas de su entorno. (MESTRE CHUST, 2001, p. 43)

De ese modo se hace indispensable un cambio en las estructuras basales de una sociedad, en nuestro caso la realidad brasileña, donde la familia y la escuela pueden ser alternativas para lograr la construcción de una sociedad más justa, democrática e igualitaria, con la consolidación de transmisión de los valores cívicos para la buena convivencia y la armonía social y en los valores para el respeto a los Derechos Humanos.

Respeto ese para atender a las necesidades reales de esta sociedad, principalmente, lo que tiene que ver con la conciencia para poner fin a las prácticas de intolerancia y discriminación por motivos de diversidad y orientación sexuales homosexual. De ese modo, reiteramos que las políticas, como la del Instituto Duque de Rivas merecen ser citadas como ejemplo a seguir, tanto en España o en Brasil, como en otras partes del mundo.

Así, el plan de acción del instituto, 2011-12:

a) En febrero se hizo un taller llamado: “Orientación Sexual e Identidad de Género” Comisión de Educación del Colectivo de Gais, Lesbianas, Bisexuales y Transexuales de Madrid. Organizado por el curso 4º de ESO CGM – PCPI con duración de 1 hora.

b) En marzo se hizo el taller: Historias de Vida: “Vivir con el VIH/ SIDA” Encuentro con voluntarios del grupo de auto apoyo “Entender en Positivo” de COGAM. Organizado por el curso 3º y 4º ESO PCPI – CGM con duración de 1 hora.

c) En abril se llevó a cabo la conferencia: El VIH y las ITS: Últimos

datos epidemiológicos en la Comunidad de Madrid. Doctor Jorge del Romero Director del Centro Sanitario Sandoval. Organizada por el curso 1º de Bachillerato Ciclo con tiempo de 1 hora.

d) También en abril se hizo la oficina: “El acoso escolar y la prevención del *bullying* homofóbico” Red de voluntarios del Movimiento contra la Intolerancia, organizado por el curso 1º y 2º de ESO PCPI con tiempo de 2 horas.

e) En mayo se hizo la conferencia: “VII Jornadas sobre Cultura GLBT”, coincidiendo con el 17 de mayo, “Jornada mundial contra la homofobia”, programamos durante 3 días consecutivos, un ciclo de conferencias orientado a dignificar desde la cultura a las personas que no se sienten reconocidas en la orientación sexual mayoritaria. Organizada por el curso 1º de Bachillerato Ciclos Formativos 4º de ESO con tiempo de 1 hora. De común acuerdo con el Departamento de Orientación y de Actividades Extraescolares se elegirán los grupos, asignándoles una única actividad.

Según el programa para el año académico 2014-15 del I.E.S. Duque de Rivas:

Del mismo modo que el plan anterior citado, podemos analizar que para el último año académico, hemos visibilizado un incremento de la programación ofertada para los alumnos. Entre las novedades estarían los temas que dan mayor visibilidad sobre los Derechos Humanos, los problemas del *bullying* escolar y, especial referencia, al acoso por homofobia, temas ya trabajados en nuestro estudio, lo que representa la actualidad de los temas hacia a las necesidades de ser debatidas y aclaradas socialmente. Sin olvidar de la iniciativa de incluir también a los padres y responsables de los alumnos en la programación ofertada, como ha sido la extensión del plan de enseñanza a la asociación de los padres y responsables. Hecho que merece destaque por la iniciativa utilizada por el Instituto Duque de Rivas.

Así, el plan de acción del instituto 2014-15:

a) En octubre se hizo el taller: “Orientación Sexual e Identidad de Género” Comisión de Educación del Colectivo de Gais, Lesbianas, Bisexuales y Transexuales de Madrid. Organizado por el curso 4º ESO CFGM 1, con duración de 1 hora.

b) En 1º Diciembre se llevó a cabo el taller: “Jornada Mundial de lucha contra el SIDA” Historias de Vida: “Vivir con el VIH/SIDA” Encuentro con voluntarios del grupo de auto apoyo “Entender en Positivo” de COGAM. Organizado por el curso 3º ESO PCPI 2, con tiempo de 1

hora.

c) En 10 diciembre se hizo la conferencia llamada: “Día Internacional de los Derechos Humanos” Matilde Fernández. Ex Ministra de Asuntos Sociales. Organizada por el curso CFGM 2 CFGS 2 2º BCH con tiempo de 1 hora.

d) En 30 enero se hizo el taller: “Día Escolar Mundial por la Paz” El acoso escolar y la prevención del bullying homofóbico” Red de voluntarios del Movimiento contra la Intolerancia. Organizado por el curso 2º de ESO, con duración de 2 horas.

e) En febrero se llevó a cabo el taller: “La Transexualidad no es una opción, es una condición” Antonio Becerra Fernández Endocrino del Hospital Ramón y Cajal. Organizado por el curso CFGM 2 CFGS 2, con duración de 1 hora.

f) En mayo se hizo la conferencia: X Jornadas sobre Cultura GLBT” Coincidiendo con el 17 de mayo, “Jornada mundial contra la homofobia”, programamos durante 3 días consecutivos, un ciclo de conferencias orientado a dignificar desde la cultura a las personas que no se sienten reconocidas en la orientación sexual mayoritaria. De común acuerdo con los Departamentos de Orientación y de Actividades Extraescolares, se elegirán los grupos asignándoles una única actividad. Organizada por el curso 1º BCH 3º ESO 4º ESO CFGS 1 CFGM 1, con tiempo de 1 hora.

Hoy, en los cursos académicos 2019 y 2021, el Instituto Duque de Rivas continúa implementando programas dirigidos a combatir la discriminación contra las personas LGBT y la educación sexual. Por ello, en 2019 la mayoría de las actividades fueron realizadas por el AMPA, Las Asociaciones de Madres y Padres de Alumnos, (BLOG IES DUQUE DE RIVAS, 2021) del Instituto y se puede destacar la actividad, colaboración con la Comisión de igualdad del instituto en la campaña del día internacional contra la violencia de género el 25 de noviembre de 2019.

Además, es importante superar que en 2020 hubo menos producción de actividades del instituto debido a la pandemia. Dicho esto, en 2021 el Instituto Duque de Rivas en alianza con la Unión Europea busca implementar el programa Erasmus+ durante los cursos académicos 2021 a 2027. Con este fin, el programa ofrece oportunidades de movilidad y cooperación en todos los ámbitos de la educación y la formación. En este sentido, el programa cuenta con 5 objetivos, 6 dimensiones y 6 índices de referencias, que enumeraremos a continuación:

A priori los objetivos son hacia un Espacio Europeo de educación

en 2025: haciendo que la movilidad sea la norma, reconocimiento de estudios (escolar y superior), dos lenguas, además de la lengua materna, educación de calidad para todos e identidad europea, patrimonio cultural europeo y diversidad (GOBIERNO DE ESPAÑA, 2021). Las dimensiones son: mejora de la calidad de la educación, inclusión e igualdad de género, transiciones ecológica y digital, apoyo y mejora del profesorado, refuerzo de la educación superior, dimensión geopolítica. Los índices de referencia son: bajo rendimiento en lectura. Y ciencias 15 años. <15%, bajas competencias digitales, 14 años. <15%, jóvenes 20-24 años con bachillerato (o fp grado medio). >90%, educación infantil (3 años). >98%, titulados superiores 30-34 años. >50%, adultos en formación. >50%.

3 Centro de prácticas jurídicas y derechos humanos de la Universidad federal de Roraima

Como se mencionó anteriormente, es muy importante que exista una colaboración entre los dos pilares estructurales de la sociedad brasileña, la familia y la escuela. En este sentido, el Centro de Prácticas Jurídicas y Derechos Humanos (NPJDH en portugués) de la Universidad Federal de Roraima (UFRR), como pilar de la educación, ha realizado trabajos encaminados a construir una sociedad más justa. De 2019 a 2021, el NPJDH de la UFRR produjo artículos científicos en diversas áreas del derecho con los principales temas de género, sexualidad y derechos humanos.

Es importante informar que, más recientemente, la UFRR creó el Laboratorio de Derechos Humanos Géneros y Sexualidad (LDHGS), un lugar que se inserta en el Espacio del NPJDH y tiene el propósito de realizar investigaciones y trabajos académicos sobre los temas de género, sexualidad y derechos humanos. En esta perspectiva, LDHGS ha actuado como un complemento a las actividades ya realizadas en el NPJDH y, por lo tanto, también promueve y sensibiliza a la población sobre estos temas antedicho.

Dicho esto, de 2019 a 2021 se realizaron más de 60 trabajos (DIREITOS HUMANOS LAB, 2021), cuyos temas principales fueron Derechos Humanos, diversidad sexual e identidad de género. En este sentido, en 2019 hubo 4 trabajos, como ejemplo, se puede destacar el artículo: *Pessoas transgênero e Direitos Humanos obstáculos para a devida transição*. En 2020 se produjeron 10 trabajos, los cuales merecen la pena destacar los artículos, *Migrantes venezuelanos LGBTs em Roraima y A*

violação de direitos de trabalhadoras domésticas durante a pandemia covid-19 y en 2021 se están haciendo y algunos se han completado.

Por lo tanto, se sabe que la universidad pública debe dar el debido retorno a la sociedad, porque es a través de los impuestos pagados por la población que muchos estudiantes logran graduarse de forma gratuita. Así, el NPJDH, además de llevar a cabo una labor científica, que tiene por objeto sensibilizar y educar a la sociedad, utilizando métodos científicos y datos concretos, también presta asistencia al público, mediante asesoramiento, juicio y supervisión procesal dirigida a la población más necesitada que no tiene el poder adquisitivo para pagar a un abogado (UFRR, 2021).

Además, dadas la experiencia antes mencionada del Instituto Duque de Rivas en España, se percibe que algunas de estas acciones pueden llevarse a cabo en el NPJDH de la UFRR. En esta perspectiva, medidas como la realización de talleres sobre temas relacionados con los derechos de la comunidad LGBT y los derechos que se suprimen de esta comunidad, un ejemplo de un tema podría ser, los derechos de los homosexuales en las fuerzas armadas, entre otros temas que son de interés para la sociedad roraimense.

Por lo tanto, el propósito de la realización de estos talleres sería concientizar y educar a la población sobre los derechos que tienen y la importancia de los derechos humanos para realizar tareas cotidianas comunes, pues como lo demuestra una encuesta realizada en 2013 por (DATASENADO), que escuchó a 811 personas, 7.8% afirman no tener conocimiento de la Constitución y 35.1% afirman tener poco conocimiento sobre ella. Dicho esto, los talleres deben concientizar a la sociedad sobre principios constitucionales de extrema importancia, como el principio de acceso a la justicia, el debido proceso, la defensa amplia, entre otros principios constitucionales.

4 Considerações finais

El estigma social e histórico que viven las personas LGBTs sigue siendo un reto por superar en nuestro actual siglo XXI, es consciente de que la búsqueda del respeto y el reconocimiento se convierte más en una misión colectiva y humana, que comienza en el contexto familiar y se extiende a través de otros grupos sociales en la búsqueda de visibilidad y oportunidades. La violencia y otros tipos de discriminación se han ido cobrando diferentes tendencias hasta el punto de dar lugar a la violación

grave de los derechos humanos y requerir el desarrollo de acciones que permitan el acceso y la reintegración de la población, es decir, jóvenes, adolescentes y grupos marginados de LGBTs para reconectar socialmente a través de proyectos y grupos de apoyo ofrecidos por el NPJDH de la UFRR.

Considerando que apoyar la promoción de los Derechos Humanos es la misión principal del NPJDH de la UFRR, ya que vivimos en una sociedad donde la Diversidad ha ido ganando un escenario destacado, al mismo tiempo nos permite reflejar temas históricamente marcados por la discriminación y otros tipos de violencia de la población de los TET, como la necesidad de motivar y ayudar en la maduración de estos en cuanto al conocimiento de las disposiciones en el ámbito de la ley y su evolución a lo largo de todo el proceso de acceso a la justicia, debido proceso, amplia defensa, entre otros principios constitucionales.

La introducción de proyectos y acciones humanitarias sobre el tema que aquí se abordan a través de estudios científicos en el ámbito académico a través de talleres, cursos, talleres, conferencias y otros, serían formas importantes de promover la sensibilización y la educación sobre la lucha contra la discriminación y la violencia contra las personas LGBTs, garantizando los derechos que tienen y la relevancia de los Derechos Humanos para construir una sociedad más justa y comprometida con la igualdad.

Referências

BLOG DEL AMPA IES DUQUE DE RIVAS. **Actividades realizadas.**

Disponibile en: <<https://www.ampaduquederivas.com/actividades-realizadas>>. Acceso en el 8 de septiembre 2021.

BRASIL. **Pesquisa DataSenado mostra que poucos conhecem**

realmente a Constituição. Disponible en: <Pesquisa DataSenado mostra que poucos conhecem realmente a Constituição — Senado Notícias>.

Acceso en el 13 de septiembre 2021.

DIREITOS HUMANOS LAB. **Laboratório de Direitos Humanos,**

Gênero e Sexualidade. Disponível em: <<https://direitoshumanoslab.blogspot.com/?m=0>>.

Acceso en el 23 de noviembre de 2021.

ERASMUS+. **Proyectos europeos.** Disponible en: <<https://iesduquederivas.com/index.php/proyectos/proyectos-europeos>>.

Acceso en el 8 de septiembre 2021.

GOBIERNO DE ESPAÑA. **Jornadas informativas**. Disponible en: <<https://iesduquederivas.com/index.php/proyectos/proyectos-europeos>>. Acceso en el 14 de septiembre 2021.

I.E.S. DUQUE DE RIVAS. **Actividades Programadas por la Tutoría GLBT-2014-2015**. Disponible en: <http://ies.duquederivas.rivas.educa.madrid.org/duque/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=42&Itemid=83>. Acceso en el 06 de septiembre 2021.

GARCÍA CARRASCO, Joaquín / GARCÍA DEL DUJO, Ángel. **Teoría de la educación I: Educación y acción pedagógica**. Ediciones Universidad Salamanca. Salamanca, España, 1996.

MESTRE CHUST, José Vicente. **Los derechos humanos**. Barcelona, España: Editorial UOC, 2007.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA. **UFRR proporciona prática da advocacia no Núcleo de Práticas Jurídicas**. Disponible en: <<https://ufr.br/ultimas-noticias/7695-ufrr-proporciona-pratica-da-advocacia-no-nucleo-de-praticas-juridicas>>. Acceso en el 12 de septiembre 2021.

VERBICARO SOARES, Douglas. **Las mujeres y las personas homosexuales en las Fuerzas Armadas. Especial referencia a las FFAA brasileñas**. Trabajo fin de curso Máster Oficial en Estudios Interdisciplinarios de Género. Universidad de Salamanca. Salamanca, España, 2012.

Texto completo 16

A EVOLUÇÃO DO REGIME JURÍDICO DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO DIREITO FRANCÊS E NO DIREITO EUROPEU

Luis Fernando Lima de Oliveira¹

1 Introdução

Seriam os dados pessoais o petróleo do século XXI?² Retórica ou não, a questão posta indica a relevância econômica e social que o acesso e o tratamento de informações alcançaram. Com efeito, na medida em que o progresso tecnológico permite a triagem e o processamento por meio de inteligência artificial de dados massivos produzidos em tempo real, os chamados *Big Data*, eles tornam-se um ativo. Aquele que detém os dados pessoais detém o poder para antecipar e influenciar hábitos de vida, tendências de consumo e mesmo decisões de voto³.

Contudo, dados pessoais, sobretudo de natureza sensível, como informações sobre as condições de saúde, opinião política e confissão religiosa, compõem um aspecto essencial da privacidade que deve ser resguardado. O Direito busca regular o seu uso, por meio de restrições e condicionamentos para os agentes de tratamento. No Brasil, a proteção à privacidade dos dados pessoais é prevista pela Constituição Federal de 1988

-
- 1 Doutorando em Direito Público pela Universidade Paris X Nanterre, mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e Procurador da Fazenda Nacional. E-mail: luis-fernando.oliveira@uol.com.br
 - 2 Em reportagem de maio de 2007, a revista britânica *The Economist* é categórica ao responder que os dados superaram o petróleo como recurso mais valioso do mundo, o que se confirmaria pelo valor das principais companhias que exploram essa *commodity*, como as que compõem o acrônimo GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft), o que exigiria um novo modelo de regulação. A propósito da sigla consagrada, com a modificação do nome da companhia Facebook para Meta, pode-se cogitar igualmente a sua adaptação para GAMAM. A imagem da capa da referida edição pode ser considerada clássica, ao apontar essas empresas como campos de extração em um oceano de dados. <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>> Acesso em 04 nov 2021.
 - 3 E o uso das tecnologias de comunicação, como aplicativos, mídias e redes sociais, é difundido em uma escala tão elevada, inclusive de forma voluntária pelos próprios indivíduos, que juristas chegam a cogitar se o direito à proteção da vida privada teria sofrido uma redefinição de seus termos e se caberia às normas de proteção o papel de sensibilizar o usuário quanto a essa renúncia de direitos (RAGHENO, 2017).

(art. 5º, XII, “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”) e em outros estatutos legais. Nessa linha, o Código Civil (arts. 20 e 21) considera como bem jurídico inviolável o direito à vida privada da pessoa natural, o que não o qualifica como um direito absoluto, forte no entendimento do Supremo Tribunal Federal que outorga interpretação conforme, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais⁴.

Igualmente, outros estatutos preveem formas de proteção à privacidade e regulam o acesso a dados, como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei Federal nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que dispõe sobre interceptação de comunicações telefônicas em sistemas de informática e telemática, e a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011). Cabe ao Marco Legal da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014) o papel principal de estabelecer princípios e regras para uso da internet no Brasil, dentre os quais o respeito à privacidade, a proteção de dados pessoais e a neutralidade da rede. Trata-se, efetivamente de uma gradativa evolução legislativa, até se atingir a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, com objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade de cada indivíduo. A LGPD estabelece, assim, uma estrutura jurídica voltada à salvaguarda dos direitos do titular dos dados, com mecanismos de controle e punição para o uso indevido por parte dos agentes de tratamento.

A norma brasileira tem uma nítida inspiração no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) nº 2016/679, da União Europeia, inclusive com disposições idênticas ao original do velho continente. A norma europeia veio para harmonizar a legislação em vigor em seus países membros, incorporando normas anteriores e a jurisprudência consolidada das suas cortes, dotando o cidadão europeu de um regime jurídico uniforme e coerente para a proteção de seus dados, bem como segurança jurídica e clareza para os agentes controladores e operadores de dados.

4 ADIN 4815/DF, Acórdão publicado no DJ 01.02.2016, Relatora Ministra Cármen Lúcia. A decisão unânime do plenário demonstra que para o STF a privacidade não é um direito absoluto e deve ser compatibilizada com outros fatores, como o interesse público.

O presente artigo busca apresentar as origens e o estado atual das normas europeias que serviram de inspiração para o regime jurídico de proteção de dados pessoais no direito brasileiro. Sem pretender, naturalmente, esgotar o assunto, analisa-se o argumento de direito comparado, com suas particularidades e critérios próprios, e como ele pode ser utilizado, *mutatis mutandis*, para fins de interpretação das regras em vigor no direito pátrio, consoante as circunstâncias locais. Para tanto, busca-se averiguar a evolução normativa e jurisprudencial, os órgãos próprios e a literatura especializada, tomando por base o direito francês, um dos pioneiros na edição de normas protetivas a esse setor da esfera privada, bem como as normas europeias anteriores ao RGPD atualmente em vigor (1). Em um segundo momento, investiga-se a relevância da interpretação jurisprudencial das cortes europeias, notadamente do Tribunal de Justiça da União Europeia e da Corte Europeia de Direitos Humanos, com atenção particular a seus precedentes mais relevantes sobre a matéria, para enfim traçar o panorama atual com a entrada em cena do RGPD vigente, que veio não somente compilar as normas europeias e de países-membros e a jurisprudência consolidada de suas cortes, mas igualmente estabelecer novos dispositivos, acompanhando a evolução tecnológica (2).

2 As origens das normas de proteção de dados pessoais

O conceito de uma vida privada, em sua esfera doméstica (*oikos*) em oposição a uma vida pública, em sua esfera de relações políticas (*pólis*) é registrado desde a Antiguidade clássica por Aristóteles. Porém, a necessidade de prever um conjunto normativo destinado a preservar a incolumidade de dados concernentes à esfera íntima das pessoas naturais é fruto da era contemporânea, na qual, graças ao avanço da tecnologia de informação, governos, entidades e empresas privadas são dotados de crescentes condições materiais de captar, armazenar e tratar esses dados. Países de maior tradição de respeito ao âmbito privado foram pioneiros na promulgação de regras para impor limites e controles sobre o uso dessas informações pessoais, como foi o caso da França (1.1). A evolução da Comunidade Europeia, que veio a se tornar a União Europeia, levou à consolidação em todo continente de regras e princípios de proteção aos dados (1.2).

2.1 *Informática e liberdade no direito francês*

A preocupação do legislador francês em proteger dados pessoais remonta à Lei nº 51-711, de 7 de junho de 1951, que regulamenta a coordenação e o segredo de dados presentes nas estatísticas de órgãos públicos. Tratava-se, porém, de uma esfera protetiva limitada, pois se referia tão somente a dados gerais de registros de órgãos públicos, como forma de orientar a tomada de decisão de suas políticas. A dificuldade no tratamento de dados, que requeria o manuseio de imensos arquivos em papel, afastava a possibilidade de maior interferência na vida privada dos cidadãos envolvidos.

Essa circunstância altera-se significativamente a partir os anos 1970, com a incorporação à Administração Pública e às grandes empresas de computadores capazes de armazenar dados os mais diversos, inclusive de natureza pessoal concernentes a cidadãos e clientes. Um artigo do jornalista Phillipe Boucher (1974: 9), publicado no jornal *Le Monde*, revela planos do governo francês de unificar todos os dados individuais em um único e gigantesco arquivo no projeto denominado SAFARI⁵. A polêmica em torno da publicação inaugura o debate acerca da necessidade de se constituir uma regulamentação que protegesse a privacidade e o uso abusivo de dados pessoais.

Assim, em 1978, a França adota uma legislação específica sobre o tema (Lei nº 78-17, denominada Lei Informática e Liberdade⁶ - LIL) e ingressa no elenco dos países pioneiros a adotarem norma semelhante, depois da Província de Hesse, na Alemanha, em 1970, e da Suécia em 1973⁷. O objetivo da legislação francesa foi o de reconhecer esses novos direitos em benefício de seus cidadãos face aos grandes sistemas centralizados de registro de dados (DEBET; MASSOT; METALLINOS, 2015: 32).

Um dos grandes méritos da LIL foi o de prever normas em aberto, reconhecendo o desenvolvimento tecnológico porvir, o que de fato veio a ocorrer nas décadas seguintes, quando o computador pessoal se tornou uma peça obrigatória nos escritórios e residências. Ao evitar legislar unicamente sobre a tecnologia então em voga, a lei ganhou sobrevida e

5 O artigo provocou celeuma ao fazer o público lembrar feridas ainda pouco cicatrizadas na sociedade francesa, marcada pela deportação no período da II Guerra Mundial com base nos dados constantes de arquivos estatais.

6 No original, *Loi Informatique et Libertés*, de 6 de janeiro de 1978.

7 Os Estados Unidos contam, desde janeiro de 1974, com uma norma neste campo, o *Privacy Act*. Porém, seu alcance é restrito a informações presentes nos órgãos da Administração federal e somente regula o direito de acesso dos cidadãos a esses dados.

adaptabilidade. Em seu artigo 1º, ela dispõe que “a informática deve estar ao serviço de cada cidadão” e não deve por em risco “nem a identidade humana, nem os direitos humanos, nem a vida privada, nem as liberdades individuais ou públicas”. Para tanto, ela define cinco grandes princípios a serem respeitados em caso de exploração de dados pessoais: definir os objetivos do uso, verificar a pertinência dos dados, limitar sua conservação, respeitar os direitos individuais e assegurar a segurança dos dados. Um outro fundamento basilar da LIL é o de delimitar o que seriam os dados de natureza pessoal, os quais ela identifica como “todo conjunto estruturado de dados de característica pessoal acessíveis segundo critérios determinados, seja esse conjunto centralizado, descentralizado ou repartido de maneira funcional ou geográfica” (art. 2º).

A par desse ponto, ela trouxe igualmente uma inovação no direito francês, ao prever a criação de uma autoridade administrativa independente, incumbida de zelar pelo respeito aos princípios de proteção aos dados. No plano jurídico, a novidade foi a adoção de uma entidade com competência para regulamentar – o que no direito francês inclui adotar regras gerais e abstratas que inovam na ordem jurídica – e exercer poder de polícia, o que antes era reservado somente para autoridades como o Presidente da República e o Primeiro ministro. Esse poder foi posteriormente reconhecido pelo Conselho Constitucional, órgão judicial de cúpula com atribuição de apreciar a constitucionalidade das normas, que indicou que os artigos 13 e 21 da Constituição da V República não fariam obstáculo para o legislador confiar a outra autoridade estatal a capacidade de fixar normas, desde que respeitados seus limites⁸.

Esta autoridade independente denomina-se *Commission nationale de l'informatique et des libertés*⁹ (CNIL). A par da competência regulamentar, a CNIL traz consigo a relevância de regras de quase-direito, também denominado *softlaw* ou *droit souple*. Trata-se de instrumentos normativos desprovidos de força cogente, cuja aplicação assemelha-se a um aconselhamento, como ocorre com as suas recomendações, guias de boas práticas, pareceres e manuais, particularmente conhecidos por *livro branco*. Mesmo desprovido de coercitividade direta, pela força institucional do órgão emissor, a Justiça Administrativa francesa vem acolhendo demandas buscando anular dispositivos de recomendações da CNIL, como a que preconizava às instituições financeiras de não recolher dados

8 Conselho Constitucional da França, 18 setembro 1986, Caso 86-217 DC,

9 Comissão nacional de informática e liberdade.

sobre a nacionalidade de seus clientes¹⁰.

Devido a sua flexibilidade, a Lei Informática e Liberdade manteve-se em vigor durante um longo período sem sofrer mudanças substanciais, as quais somente ocorreram pela Lei 2004-801, de 6 de agosto de 2004, para se ajustar às inovações trazidas pela internet e pelo transporte de dados em rede, e pela Lei 2018-493, de 20 de junho de 2018, a qual adaptou as normas francesas aos ditames do RGPD europeu. Por certo, sua boa técnica legislativa permite, segundo Aurélie Jean (2021, p. 47), situá-la como uma pedra fundamental para o RGPD, com capacidade para regular situações mesmo inimagináveis na sua época de edição, como o tratamento de dados por algoritmos. De todo modo, é importante observar que esse período não foi marcado somente pelas inovações no mundo da informática. Os tratados de criação da atual União Europeia tiveram por consequência a busca pela harmonização das bases legais entre os países membros do bloco, em um processo de mútua influência.

2.2 O direito europeu acolhe a proteção de dados pessoais

A consolidação da União Europeia é fruto de um projeto em constante evolução que busca, desde os primeiros anos, atingir a harmonização do regime jurídico de seus membros. No tocante particularmente à proteção de dados, a primeira peça jurídica a prever proteção aos dados pessoais, ainda que de forma oblíqua, foi a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), de 4 de novembro de 1950. Também conhecido por Tratado de Roma, o seu artigo 8.1 prevê que “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”.

Em que pese outros acordos internacionais firmados por meio de organismos dos quais são membros os países da União Europeia, como o Pacto internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre direitos civis e políticos de 16 de dezembro de 1966¹¹ e as Linhas diretrizes da Organização para Cooperação para o Desenvolvimento Econômico (OCDE) tratarem sobre proteção da vida privada e o fluxo de informações pessoais, foi somente a partir da Convenção 108 do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas Singulares no que diz respeito ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais, de 28 de janeiro de 1981, que foi

10 Conselho de Estado, Decisão n° 204909, de 30 de outubro de 2001.

11 Art. 17, §1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação. §2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.

instituído o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculativo no campo da proteção de dados.

Posteriormente, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia aprimoram as regras protetivas dos dados pessoais e instituem a Diretiva nº 95/46/CE. Uma diretiva é um ato legislativo que exige que os Estados-membros alcancem um determinado resultado, cabendo a cada um deles instituir os meios para cumpri-lo. Embora com força menor que um regulamento, que se trata de um ato auto-executório, é possível verificar que a Diretiva nº 96/46/CE aproxima-se das normas atuais, no que cinge ao conceito e às regras de proteção de dados, como exigência de uma finalidade específica, dever de transparência face ao titular dos dados e responsabilidade dos agentes. Prevê, igualmente, o direito de acesso e retificação de dados e a existência de uma autoridade independente para exercer a fiscalização deste direito. Outrossim, a diretiva dispõe que os países membros devem contar com uma autoridade responsável pela supervisão e implementação de suas normas, adequando a legislação local no que fosse preciso.

Ainda no quadro do *sofilaw*, o artigo 29 da Diretiva nº 95/46/CE previu a constituição de um órgão consultivo formado por um representante da autoridade de proteção de dados de cada Estado-membro, da autoridade europeia de proteção de dados e da Comissão Europeia. Trata-se do denominado grupo do artigo 29 (WP29), entidade com amplo poder de iniciativa para emitir pareceres e recomendações de boas práticas para uso de dados¹². Face ao seu poder de persuasão, mesmo companhias privadas acolhem espontaneamente seus entendimentos, como a foi o caso da Microsoft no tocante ao parecer sobre serviço de autenticação de dados em linha (NEWMAN, 2008).

O direito em questão foi igualmente confirmado pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, a qual, em seu art. 8º, dispõe que todas as pessoas têm direito à proteção de seus dados de caráter pessoal, cujo tratamento deve ser legal, com fins específicos e com consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto em lei.

No mesmo período, a União Europeia e os Estados Unidos da América (EUA) firmaram o acordo *Safe Harbor* de Princípios de Privacidade, com finalidade de facilitar a troca de informações e dados

12 O grupo 29 foi substituído pelo Conselho Europeu de Proteção de Dados (EDPB) em 25 de maio de 2018, por força do RGPD.

pessoais. Ao uniformizar as regras, pretendia-se minimizar as divergências transatlânticas de coleta e tratamento, sobretudo para atender aos reclames da União Europeia por mais segurança no armazenamento e tratamento de dados dos parceiros americanos. Todavia, em que pese ter representado um avanço em torno da mundialização de regras protetivas de dados, o acordo foi revogado após decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia as quais teriam reconhecido a insuficiência de cumprimento de suas disposições por agentes econômicos americanos, como o gigante Facebook, assim como em razão de escândalos de espionagem por parte da Agência de Segurança Nacional dos EUA.

Em 2016, os dois polos firmam um novo acordo, o *Privacy-Shield* UE-EUA, para regulamentar as trocas de dados para fins comerciais. Entretanto, o entendimento a respeito da assimetria entre a proteção de dados no plano legal de cada um dos atores permanece. No caso *Schrems II* (C-311/2018), que dispunha sobre um conflito entre um usuário europeu e a rede social americana Facebook, a Corte de Luxemburgo, em decisão publicada em 16 de julho de 2020, conclui pela inexistência de proteção adequada dos dados de cidadãos europeus de parte dos agentes americanos, que poderiam ter acesso a todos os dados transferidos sem limite ao estritamente necessário, invalidando o novo acordo¹³. Embora não implique uma interrupção de todas as transferências de dados, a decisão judicial impõe a exigência de um controle mais rígido sobre as operações até que Washington e Bruxelas cheguem ao mesmo diapasão.

A construção gradativa de um regime jurídico de proteção aos dados pessoais, primeiramente nos Estados-membro, como ocorrido no direito francês, um dos pioneiros a regular a matéria, e depois pelos tratados e instituições formadores da União Europeia atingiu uma etapa fundamental com a consolidação de um arcabouço jurisprudencial das cortes europeias e a instituição de um estatuto legal que corporificou todo esse progresso legislativo, o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD).

3 A consolidação de um regime jurídico protetor de dados pessoais

A partir do arcabouço jurídico próprio e de seus países membros,

13 A decisão foi motivada por queixa apresentada pelo ativista austríaco Max Schrems, célebre por ter anteriormente obtido também a anulação do acordo *Safe Harbour* (caso *Schrems I*), com base em igual fundamento de ausência de garantia de privacidade dos usuários europeus e falta de reciprocidade, uma vez que o sistema jurídico americano somente protegeria os direitos dos cidadãos americanos. <<https://www.dw.com/pt-br/justi%C3%A7a-europeia-dificulta-transfer%C3%A7%C3%A3o-de-dados-da-ue-para-os-eua/a-54200667>> Acesso em 03 nov. 2021.

a União Europeia passa a contar com mecanismos pioneiros de proteção à privacidade de dados pessoais, os quais sofrem evolução de entendimento por meio da interpretação das suas cortes especializadas (2.1), em processo que repercute na instituição de uma norma mais ampla e coerente, apta a responder aos desafios da proteção de dados no atual estágio tecnológico, o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (2.2).

3.1 O papel da jurisprudência das cortes europeias

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), denominada Corte da Comunidade Europeia até o Tratado de Lisboa, é o tribunal supremo da UE. Com sede em Luxemburgo, a Corte tem jurisdição sobre a interpretação das normas do direito comunitário, que envolvem a aplicação de uma diretiva ou outra obrigação legal. O seu corpo jurisprudencial contribui para construir entendimentos a respeito da proteção de dados pessoais, esclarecendo e definindo diversos aspectos da Diretiva 95-46.

Um desses precedentes inovadores vem do caso *Bodil Lindqvist*, de 6 de novembro de 2003, no qual se leva a julgamento a responsável pelo serviço de catequese de uma igreja na Suécia que teria criado um *site* na internet com exposição de dados pessoais dela e de seus alunos. Em sua defesa, a requerida alega que a página seria para uso doméstico e particular, ou seja, somente para proveito dos envolvidos no serviço religioso. O TJUE, porém, rejeitou os argumentos da defesa ao compreender que, embora os objetivos serem de organização interna do serviço, os dados inseridos na rede mundial de computadores ficam expostos para todos os usuários, pois o acesso era livre, não se exigindo assinatura ou senha para conferi-los. Essa decisão consolidou o entendimento mais amplo a respeito tanto do que seriam dados pessoais e como do que poderia ser considerado como tratamento. Ao mesmo tempo, afastou a hipótese de que essa exposição faria parte do campo de liberdade de expressão (CALABRICH, 2019).

Na mesma linha de inovação jurisprudencial, o caso *Google Spain*, de 13 de junho de 2014, redefine o alcance do responsável pelo tratamento de dados. Ao buscar pelo seu nome no motor de buscas mais utilizado no mundo, Mario Corteja González sempre era levado a duas matérias do sítio de notícias espanhol *La Vanguardia*, do ano de 1998, que expunham a venda de um imóvel de sua propriedade, em hasta pública, para pagamento de dívidas fiscais. Contudo, o Sr. González havia quitado o débito fazendário, evitando o leilão judicial. Ainda assim, mais de uma década depois do fato ser esclarecido, o seu nome ainda constava como

devedor, o que o impulsiona a solicitar a retirada da matéria no *site*, ação negada pela publicação e pelo Google.

Em 2010, o Sr. González apresenta reclamação perante a *Agencia Española de Protección de Datos* contra a editora e a empresa Google. A autarquia encarregada da proteção de dados dos cidadãos espanhóis decide em favor da pretensão apresentada. Irresignada, a Google interpõe recurso, o qual, por força da Diretiva 95-46, é encaminhado para apreciação do TJUE. A Google sustenta que a empresa realiza tão somente uma atividade de ferramenta de busca, não sendo responsável por armazenar ou dispor dos dados, sendo, portanto, indiferente à qualificação como pessoais ou não. A Corte de Justiça, no entanto, ancora uma interpretação extensiva do fenômeno, ao compreender as atividades de extração, indexação, conservação e apresentação de dados sistematizados pelo algoritmo do motor de busca como igualmente uma forma de tratamento, cabendo à empresa suprimir o redirecionamento em caso de atentado ao direito de preservação de dados pessoais. O caso marca uma difícil distinção entre o direito a apagar dados expostos e o de lhes fazer oposição por motivos legítimos. Ademais, trata-se de uma reviravolta na jurisprudência do TJUE, que em hipóteses similares remetia de volta a matéria para novo julgamento da corte nacional. A partir deste caso, a Corte compreende se tratar de causa madura e passa ela mesma a julgar esses temas.

Outro entendimento relevante adotado pelo TJUE versa sobre a obrigatoriedade de independência das autoridades nacionais encarregadas de fazer cumprir as normas de proteção de dados. O referido Sodalício formula o entendimento da forma mais ampla possível como longe da influência das esferas pública e privada (vide jurisprudência TJUE, C-518/2007, 9 de março de 2010, Comissão Europeia X Alemanha). Como corolário dessa independência, as autoridades devem contar com uma investidura a termo, ou seja, um mandato com prazo definido a partir da sua nomeação (jurisprudência TJUE, C-288/2012, 8 de abril de 2014, Comissão Europeia X Hungria).

A par do Tribunal de Justiça e ainda que não se trate de um órgão da União Europeia, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), sediada na cidade francesa de Estrasburgo, exerce a jurisdição do Conselho da Europa no tocante ao cumprimento das suas regras concernentes aos direitos dos homens, em especial sua Convenção. Ressalte-se o papel integrador do direito promovido pela Corte, uma vez que, como mencionado no tópico anterior, o referido tratado não dispõe especificamente sobre proteção de dados pessoais. Assim, a observância desta temática pela CEDH é fruto de

sua evolução jurisprudencial (DEBET; MASSOT; METALLINOS, 2015: 134).

Uma das maiores contribuições da Corte de Estrasburgo é a de evocar o princípio da proporcionalidade em seus julgados, para fins de averiguar o grau de interferência do tratamento de dados pessoais, por meio do procedimento de três etapas, conforme a necessidade, utilidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Nessa linha, algumas questões a ela submetida foram consideradas proporcionais e, portanto, legítimas, como o direito do Estado de capturar dados em razão da segurança nacional, conforme reconhecido no caso *Leander x Suécia*¹⁴. Na mesma *affaire*, a CEDH firmou posição ampla a respeito do que se trataria ingerência sobre dados, incluindo no seu conceito – e, portanto, sobre sob o manto das regras protetivas – o mero armazenamento de dados, mesmo que não houvesse qualquer ação posterior de tratamento. Outras hipóteses, por sua vez, foram desabilitadas, como a manutenção em banco de dados de informações inexatas, apontando a necessidade de correção como um direito pessoal, bem como o registro abusivo de conversas pessoais, captura de mensagens privadas, fotografias, vídeo-segurança e geolocalização.

A conjunção de normas de origem nacional e da União Europeia e a criação repertório jurisprudencial de suas cortes consolidaram entendimentos em torno da proteção de dados pessoais. Ainda assim, o progresso tecnológico traz o conflito entre agentes de tratamento e o direito à privacidade dos dados para novas arenas, notadamente quando revelações sobre o uso indevido de dados reverberam na opinião pública, fatos que impulsionaram a criação de uma nova regulamentação geral.

3.2 *Enfim, o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)*

Em meados de 2013, as revelações causadas pelo ex-técnico da Agência Central de Inteligência dos Estados Unidos (CIA), Edward Snowden, abalam a credibilidade dos meios de proteção de dados em sites e redes sociais. A imprensa mundial reverbera informações de que a Agência Nacional de Segurança dos Estados Unidos (NSA) utiliza servidores de empresas como Google, Apple, Facebook e Yahoo e até aparelhos celulares pessoais para espionar cidadãos americanos e estrangeiros, bem como monitorar autoridades da Europa e da América Latina, inclusive de países aliados.

14 CEDH, 9248/1981, 26 de março de 1987.

Em resposta à sociedade europeia, o Parlamento Europeu apresenta um projeto para atualizar e harmonizar o conjunto de normas de proteção de dados e incorporar os entendimentos jurisprudenciais aplicáveis à matéria. Assim, em 24 de maio de 2016, surge o Regulamento Geral de Proteção de Dados, o qual entra em vigor no dia 25 de maio de 2018. O novo conjunto de regras veio substituir a Diretiva 95-46 e é aplicável a todas as empresas, entidades governamentais e associações que exercem atividades de tratamento de dados de pessoas vivas¹⁵ que se encontrem no território europeu. O critério é do domicílio do usuário e não do responsável pelo tratamento. Cuida-se, portanto, de uma inovação do RGPD, que passa a adotar o critério do público-alvo, porquanto parte a ser protegida, e assim exige que os agentes de tratamento, caso não tenham sede na União Europeia, apresentem um representante, que pode vir a ser pessoa física ou jurídica, nela situado para responder pelos seus atos (BOURGEOIS, 2017, p. 49-51).

O RGPD reconhece que a proteção de dados pessoais não é um direito absoluto, mas que deve ser interpretado em conjunto com os demais direitos fundamentais e sua função dentro da sociedade e aponta o princípio da proporcionalidade como fator de observância desse equilíbrio, seguindo o entendimento da CEDH. Atento às regras de proteção da concorrência entre os Estados-membros e de liberdade de circulação, o que inclui o trânsito de dados pessoais, o Regulamento estabelece critérios coerentes de proteção, para evitar divergências de tratamento jurídico que venham justamente a constituir obstáculo a esses pilares da União Europeia.

A proteção prevista não se restringe ao âmbito dos dados constantes de fontes digitais. Em que pese a prevalência destes por razões factuais, qualquer meio, seja digital ou analógico, de guarda e tratamento de dados, deve atender aos dispositivos do RGPD, o que demonstra que o Regulamento vai além da previsão original de informática e liberdade, notadamente na legislação francesa. Percebe-se a linha evolutiva em diversos dispositivos, à exemplo do conceito que outorga aos dados pessoais, como “toda informação concernente a uma pessoa física identificada ou

15 Conquanto direito personalíssimo, a proteção de dados pessoais presume-se encerrada com a morte de seu titular. Ocorre, todavia, que o RGPD possibilita aos Estados-membros ampliarem a faixa de proteção, conforme exigência do direito local. Nessa hipótese, a título de exemplo, Portugal editou sua Lei de Proteção de Dados Pessoais (a Lei n.º 58, de 8 de agosto de 2019), a qual prevê que “1 - Os dados pessoais de pessoas falecidas são protegidos nos termos do RGPD e da presente lei quando se integrem nas categorias especiais de dados pessoais a que se refere o n.º 1 do artigo 9.º do RGPD, ou quando se reportem à intimidade da vida privada, à imagem ou aos dados relativos às comunicações, ressalvados os casos previstos no n.º 2 do mesmo artigo.”

identificável”. Em comparação ao previsto pela LIL francesa, o RGPD desenvolve os critérios de como seria essa identificação, isto é, “por referência a um nome, número de autenticação, dados de localização, identificador em rede, ou a um ou mais elementos específicos próprios de sua identidade física, psicológica, genética, psíquica, econômica, cultural ou social” (art. 2.1, RGPD).

No tocante ao consentimento do titular dos dados, ele deverá ocorrer mediante um ato claro que indique uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca, seja por declaração escrita ou oral, sendo válido o clique em opção constante em sítio de internet. Neste caso, vigora o princípio de que a negativa do uso de dados é a regra e que o silêncio do titular não implica consentimento. Ademais, deve prevalecer o comando de proteção maior *by design*, ou seja, toda estrutura deve ser concebida para oferecer a máxima proteção desde o início, e *by default*, que consiste que somente os dados estritamente necessários podem ser obtidos sem consentimento do titular, enquanto todos os demais dependem do seu aval.

Com intuito de prestar orientações e conferir a aplicação dos termos previstos, o regulamento institui o Comitê Europeu para a Proteção de Dados, cabendo aos Estados-membros manterem órgãos de controle similares em seus ordenamentos. Ademais, o RGPD incorpora as regras constantes de regulamentos anteriores e decisões das cortes, como o direito ao esquecimento, a transparência no uso de dados, o direito de retificar as informações constantes em banco de dados, com estipulação de procedimentos específicos para tanto, o uso particular para pesquisas científicas e políticas públicas, sempre procurando estabelecer quadros mínimos que possam ser suplementados, na medida do possível e frente às circunstâncias locais, por cada Estado-membro, inclusive no tocante a sanções administrativas e penais.

A par da consolidação e compilação de antigas regras e entendimentos jurisprudenciais, o RGPD estende sua aplicação por novas frentes, ao estabelecer instrumentos processuais, como a possibilidade de mover ações coletivas para proteção de dados, e ao criar novos direitos, como a portabilidade de dados. De modo geral, há um maior estímulo à melhoria da governança de dados, sejam por agentes estatais ou sociedades privadas, sob pena de responsabilização (LECOMTE, 2018). Ademais, o Regulamento traz, evidentemente, normas gerais, mas abre espaço para que regras específicas sejam criadas tanto pela União Europeia, pelos seus Estados-membros ou ainda pela adesão de uma organização privada ou

estatal, inclusive não-europeia, a um código de conduta voltado a um setor específico, desde que aprovado pela Comissão Europeia e quando emparelhem compromissos vinculativos e exequíveis de proteção. Essa abertura evita o congelamento das regras do RGPD, que, assim, ganha uma flexibilidade que garante sua sobrevivência a despeito das evoluções tecnológicas e pode se tornar um instrumento para facilitar acordos como o de transferência de dados seguindo os parâmetros protetivos europeus (PHILLIPS, 2018, p. 575-582).

4 Considerações finais

O regime jurídico europeu de proteção de dados sintetiza-se pelo entendimento de que a salvaguarda da privacidade dos dados é a regra e a ingerência sobre eles é a exceção. Ou seja, o *status* jurídico privilegia o direito a esse aspecto da vida privada mais do que os direitos de autor ou os ganhos financeiros advindos do seu uso. Essa concepção decorre da história do continente, sobretudo no século XX, que foi marcada por genocídios e perseguição de indivíduos por governos autoritários, baseados em informações pessoais e segurança massiva, o que foi facilitado pelo uso de processos automatizados, inclusive por meio de empresas privadas (BHAIMIA, 2018, p. 22.). Essa marca, porém, não se trata de uma peculiaridade exclusiva da experiência europeia. Ao contrário, ela pode ser visualizada em todos os continentes e a emergência de uma sociedade em que as tecnologias da informação preenchem todos os espaços sociais, uma projeção de um estado *orwelliano*, torna universal a necessidade de regular a proteção de dados pessoais.

Em relatório apresentado em 2020 a título de análise dos dois primeiros anos de vigência do RGPD, para fins de avaliação e revisão, a comissão do Parlamento Europeu especialmente designada para este fim reconhece a importância da norma enquanto instrumento para assegurar o controle e o uso de dados pessoais para fins legítimos e de forma lícita, o que contribui para a evolução fiável de instrumentos dentro de uma economia que se baseia cada vez mais no tratamento de dados. Por sua vez, o relatório aponta para a necessidade de maior cooperação e integração entre os Estados-membros para estabelecer formas eficazes de exercer essa proteção, inclusive no âmbito fora da União Europeia.

Com efeito, o tratamento de dados é um dos motores da economia mundial e, nesse aspecto, chega a ser mais importante que o petróleo, pois seu uso não se esgota com o consumo, podendo o mesmo conjunto de

informações ser utilizado múltiplas vezes por diferentes agentes nas mais diversas situações. O processo europeu de regulação por si só é uma mostra da relevância de mecanismos democráticos de preservação da privacidade, impondo-se frente a uma regulação tida por meramente técnica, contrapondo-se a interesses comerciais e forçando mudanças legislativas em países fora do bloco, como ocorrido no Brasil (BERNISSON, 2021).

A proteção de dados pessoais, porém, encontra-se constantemente posta à prova. Graças ao seu potencial econômico, os agentes estão sempre procurando utilizar os recursos tecnológicos mais avançados para o tratamento de dados nas mais diversas esferas de atuação, como o reconhecimento facial para uso em políticas de segurança pública, conferência de informações para fins de recrutamento profissional, biometria e geolocalização para atender a políticas de saúde pública, vide o passe sanitário para fins de comprovante de vacinação contra a SARS Covid-19, e cálculo de preferências com base no rastreamento de informações constantes de redes sociais e motores de busca, para publicidade direcionada a um público-alvo. De fato, o crescente aprimoramento dos mecanismos de inteligência artificial e internet dos objetos, com leitura em tempo real de um vasto e variado volume de dados por algoritmos, abre novas possibilidades mercadológicas para a indústria de dados. Nesse âmbito, além do Encarregado de Proteção de Dados, ofício criado a partir das normas atuais, surge uma outra modalidade profissional, ainda no aguardo de regulamentação, o *data broker*, cuja atividade é compilar, tratar e comercializar informações de usuários na internet para interessados na clientela potencial.

Com efeito, as legislações estrangeiras não devem ser simplesmente enxertadas em outro terreno nem vistas com deslumbramento, pois são produto de uma experiência histórica e cultural diferente, por meio de um processo de negociação política e amadurecimento jurisprudencial particular. Porém, podem iluminar os caminhos a seguir, quando se buscam objetivos similares. Uma harmonização em escala global dos princípios e regras essenciais trazidos pelo RGPD, com adaptabilidade às mudanças tecnológicas (TANI, 2018) e às circunstâncias locais, pode garantir proteção social e deter eventuais vantagens competitivas ilegítimas de agentes de tratamento que prefiram operar desconsiderando suas regras (VOSS; HOUSER, 2019).

Referências

- BERNISSON, Maud. *The Public Interest in Data Society: Deconstructing the Policy Network Imaginary of the GDPR*. Tese de Doutorado, Karlstad University (Suécia). 2021.
- BHAIMIA, Sahar. The General Data Protection Regulation: the Next Generation of EU Data Protection. *Legal Information Management*, Cambridge (Reino Unido), v. 18, n. 1, p. 21-28, 2018.
- BOUCHER, Philippe. 1974. “Safari” ou la chasse aux Français. *Le Monde*, Paris, 21 de março de 1974, Justice, p. 9.
- BOURGEOIS, Matthieu, *Droit de la donnée : principes théoriques et approche pratique*. Paris: LexisNexis, 2017.
- CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. O conceito de tratamento de dados pessoais e o acórdão Lindqvist, do Tribunal de Justiça da União Europeia. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, DF, v. 31, n. 2, p. 1-8, 2019
- COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU E AO CONSELHO. A proteção de dados enquanto pilar da capacitação dos cidadãos e a abordagem da UE para a transição digital - dois anos de aplicação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados. Bruxelas, 2020 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0264&from=EN>>, Acesso em 03 nov. 2021
- DEBET, Anne; MASSOT, Jean e METALLINOS, Nathalie. *Informatiques et Libertés. La protection des données à caractère personnel en droit français et européen*. Issy-les-Moulineaux: Lextenso éditions, 2015.
- JEAN, Aurélie. *Les Algorithmes font-ils la loi ?* Paris : L’Observatoire/ Humensis, 2021.
- LECOMTE, Frédéric, *Nouvelle donne pour les données : Le RGPD en quelques principes pour être prêt le 25 mai 2018*. Paris: Fauves Éditions, 2018.
- NEWMAN, Abraham L., *Protectors of Privacy: Regulating Personal Data in the Global Economy*, Ithaca : Cornell University Press, 2008.
- PHILLIPS, Mark. International data-sharing norms: from the OECD to the General Data Protection Regulation (GDPR), *Human Genetics*, v. 137, p. 575-582, 2018.

RAGHENO, Nathalie. Droits fondamentaux et société numérique: la vie privée existe-t-elle encore ?. IN : RAGHENO, Nathalie (Org.). *Data Protection & Privacy : le GDPR dans la pratique/ De GDPR in de praktijk*. Bruxelles : Anthemis, 2017. p. 20-31.

TANI, Tommaso. L'incidenza dei big data e del machine learning sui principio alla base des Regolamento Europeo per la tutela dei dati personali (2016/679/UE) e proposte per una nuova normativa in tema di privacy. In : BONAVITA, Simone. *Società delle tecnologie esponenziali e General Data Protection Regulation: Profili critici nella protezione dei dati*. Milano: Ledizioni, 2018. p. 35-65.

THE ECONOMIST, 2017, The world's most valuable resource is no longer oil, but data. 6 de maio de 2017.

VOSS, W. Gregory; HOUSER, Kimberly A., Personal Data and the GDPR: Providing a Competitive Advantage for U.S. Companies. *American Business Law Journal*, American Business Law Association, Florida State University, Gainesville, n. 56, p. 287-344, 2019.

Texto completo 17

A APLICAÇÃO DA LGPD ÀS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

Ivy Helene Lima Pagliusi¹

Katia Borges dos Santos²

1 Introdução

O presente trabalho propõe uma reflexão a respeito da aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), instituída pela Lei n.º 13.709/18, na atividade notarial e registral, de forma a conciliar e compatibilizar o seu conteúdo com o regime jurídico aplicável aos notários e registradores, que se encontra regido pela Lei Federal n.º 6.015/73, pela Lei dos Registros Públicos (LRP), e, pela Lei Federal n.º 8.935/94, sobretudo adequando sua incidência quanto a eventuais incongruências de repercussão prática.

A pesquisa foi motivada em razão dos inúmeros questionamentos que surgiram por parte dos notários e registradores a partir da inserção do §4º no art. 23 da Lei n.º 13.709/18, que diz respeito aos serviços notariais e de registro enquanto entidades obrigadas a cumprir os ditames da LGPD, os quais foram equiparados, para os fins desta lei, às pessoas jurídicas de direito público.

A pesquisa tem como objetivo geral compreender a relação dos termos da LGPD aplicados à atividade notarial e registral e tem como objetivos específicos: a) apresentar o regime jurídico que disciplina a atividade; b) analisar as premissas legais que regem os atos públicos e a

1 Doutoranda em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP/SP e pela Universidade de Salamanca/ES. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa – UAL. Mestre em Direito pela Escola Paulista de Direito – EPD. Pós-Graduada “lato sensu” em Processo Civil, Direito Civil, Direito do Consumidor e Direito Notarial e Registral. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Tabela de Notas e Protesto de Letras e Títulos em Ourinhos/SP. E-mail: ivy.2cartorio@gmail.com

2 Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Pós-graduada em Direito Público pela Estácio. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Registradora de Imóveis em Baião/PA. Email: katiaborgess@hotmail.com.

publicidade registral; c) analisar a publicidade nos Tabelionatos de Notas e de Protesto, e nos Registros Públicos, e por fim; d) relacionar a incidência da LGPD nos serviços notariais e de registro.

A metodologia utilizada empregou o método dedutivo, a abordagem qualitativa e pesquisa bibliográfica e documental em relação à legislação consultada. Foi aproveitado o método dedutivo, com o objetivo de explicar o conteúdo das premissas e por meio do raciocínio em ordem descendente, de análise do geral para o particular, para ao fim chegar à conclusão (PRODANOV; FREITAS, 2013).

Considerando os avanços no campo tecnológico, se revela inconcebível retroceder socialmente ou se pensar num mundo que não caminhe rumo à automação, de modo que se torne cada vez mais digital. A problemática que envolve este salutar progresso, que tanto facilita a vida das pessoas, pondo fim a distâncias geográficas e eventuais fronteiras, a ponto de permitir que diversos recursos estejam ao alcance, no espaço de um “click”, de maneira acessível e econômica, é a defesa dos direitos da personalidade, os quais, por serem direitos inatos ao ser humano, são merecedores de proteção estatal sob o viés da tutela constitucional da dignidade humana, de modo que não podem ser renunciados, transmitidos ou cedidos, salvo nas hipóteses previstas em lei.

A ideia central da LGPD, nesta toada, é a proteção da vida privada, da intimidade, da imagem, entre outros direitos da personalidade, instituto criado para combater a manipulação abusiva de dados pessoais coletados por terceiros, geralmente grandes multinacionais que tem por escopo se valer de informações íntimas com o objetivo de lucro. Evidente que informações desta natureza são fonte de incalculáveis dividendos no meio digital, uma vez que é este o produto manuseado para se alavancar as vendas no comércio eletrônico.

As grandes marcas monitoram os usuários durante o tempo de uso nas redes sociais (instagram, facebook, telegram, whatsapp, entre tantos outros), traçando um perfil próprio e específico para cada um, o que permite que anúncios compatíveis com os interesses buscados ou estimados pelos controladores sejam destinados aos possíveis consumidores, sugerindo itens de consumo, influenciando sobremaneira em sua aquisição por clientes.

É bem comum que essas ofertas fiquem em evidência de maneira constante no universo *online* ao se usar os dispositivos eletrônicos até que a aquisição seja efetivamente completada, potencializando o oferecimento de bens ou serviços no futuro.

A proteção de dados, todavia, é um direito que interessa a toda a coletividade indistintamente. Ainda que existam pessoas que aparentemente não estejam preocupadas com os possíveis danos decorrentes do uso ilimitado das informações, trata-se de um interesse que merece tutela estatal por sua natureza.

O Brasil, sob este ponto específico, já retardou muito em adotar medidas eficazes para que os dados pessoais não sejam fornecidos a terceiros à base de troca, desrespeitando a preservação da intimidade dos usuários e o dever de sigilo inerente ao tratamento destes dados coletados. No Brasil a LGPD veio de maneira sensivelmente retrasada em comparação aos outros países que há anos já dispõe de legislação bastante avançada sobre o tema, tal como a União Europeia e que possui uma cultura bastante consolidada quanto a não exposição pessoal.

Embora as diretrizes da LGPD sejam aplicadas, como regra, às empresas privadas, o legislador entendeu por bem incluir os serviços notariais e de registro no regramento nela previsto, conforme já comentado. Há que se investigar, no entanto, e este é o objeto do presente estudo, em qual medida a LGPD deve ser aplicada aos serviços notariais e de registro, tendo em vista que no regime dos notários e registradores existem regras específicas, que serão tratadas a seguir.

2 Regime jurídico dos notários e registradores

No Brasil, os serviços notariais e de registro, embora ostentem natureza jurídica de serviço público, por escolha do Constituinte de 1988, nos moldes previstos no artigo 236, é prestado em caráter privado por meio de delegação do Poder Público, cuja outorga depende da aprovação em concurso público de provas e títulos. Isso significa dizer que o serviço notarial e de registro é atividade jurídica própria do Estado, em que pese seja desempenhada por particular em colaboração com o Poder Público.

Notário ou registrador pode ser conceituado como o profissional do direito, dotado de fé pública, que tem por objetivo institucional assegurar a observância dos princípios basilares da atividade, quais sejam: eficácia, segurança, autenticidade e publicidade, nos termos do art. 1º, da Lei Federal nº. 8.935/94, que regulamenta o regime jurídico dos notários e registradores.

Como atua na qualidade de representante do Estado nos atos de que participa, os quais são por esta razão dotados de fé pública, atributo

inerente à consecução de suas atribuições legais, deve também zelar pelo cumprimento das leis em sentido amplo, incluindo-se nesta toada leis, regulamentos, resoluções, provimentos, regimentos, ordens de serviço e quaisquer outros atos que digam respeito à sua atividade, conforme art. 30, inciso IV, da Lei n.º 8.935/94. Assim sendo, a observância do disposto na LGPD é obrigatória por notários e registradores, naquilo que for compatível com a prestação do serviço público, na categoria de pessoa jurídica de direito público.

A primeira conclusão, portanto, é que a LGPD não é integralmente aplicável aos tabeliães e registradores tal qual é no regime de direito privado. Muito antes da entrada em vigor da LGPD, a Lei Federal n.º 8.935/94 assim já prelecionava em seu art. 30, inciso VI:

Art. 30. São deveres dos notários e dos oficiais de registro:

VI - guardar sigilo sobre a documentação e os assuntos de natureza reservada de que tenham conhecimento em razão do exercício de sua profissão;

Ao tabelião ou registrador enquanto agente controlador de dados sensíveis é vedado comercializar dados pessoais de terceiros. Essa proibição decorre diretamente do regime adotado, já que não se trata de atividade de mercado, mas de serviço público. Essa cautela, portanto, vem sendo observada desde muito antes da promulgação da LGPD por estes profissionais. Não bastasse ser um de seus deveres deontológicos, o art. 31, inciso IV, da referida lei reforça a sua importância ao dispor que:

Art. 31. São infrações disciplinares que sujeitam os notários e os oficiais de registro às penalidades previstas nesta lei;

IV - a violação do sigilo profissional.

Acaso o notário ou o registrador não observe o dever de sigilo profissional, poderá ser punido no âmbito disciplinar, sem prejuízo da responsabilidade civil e eventual criminal, que são independentes nos termos do art. 23, da Lei Federal n.º 8.935/94, sendo que para fins penais lhe é aplicado o rigor do regime atinente aos funcionários públicos. O cuidado quanto ao tratamento de dados sensíveis já faz parte da rotina dos serviços notariais e de registro a fim de resguardar os titulares de eventual responsabilidade. Pode-se dizer inclusive que a preocupação quanto à privacidade dos usuários faz parte do bem desempenhar a atividade, considerando ser a confidencialidade um dos deveres basilares da função.

De acordo com o art. 5º, inciso VI, da LGPD, o tabelião ou o registrador é o controlador dos dados pessoais que transitam na serventia,

sendo o responsável pelas decisões referentes ao tratamento de dados pessoais, independente de quem seja o encarregado nomeado para servir de canal de comunicação, auxiliando os titulares na obtenção de dados de seu interesse.

Outra decorrência de ser o serviço notarial e de registro público, a própria lei autoriza e legitima o direito das serventias extrajudiciais de exigir a prestação de informações pelo usuário para o serviço desempenhado, o que dispensa a coleta de seu consentimento expresso. Assim sendo, em estrito cumprimento de obrigação lei ou normativa, o notário e o registrador apenas pode exigir os documentos exigíveis para a consecução da atividade pública prestada sob seu encargo.

Em se tratando de função típica, o consentimento do titular de dados, portanto, é dispensado pela LGPD. Quanto à conservação destes dados, o art. 26, da Lei nº. 6.015/73 é expresso no sentido de que nas serventias permanecerão por tempo indefinido, logo, o titular de dados não detém o direito de solicitar a exclusão destes dados, que deverão ser conservados pelo prazo que a lei fixar, via de regra, sob a forma de microfilme, de gravação por processo eletrônico de imagens ou em meio digital ou informatizado.

Ademais, agora mais do que nunca, é muito importante que os tabeliães e os registradores, em consonância com o espírito da LGPD, se restrinjam a solicitar apenas e exclusivamente os documentos necessários à lavratura e registros dos atos próprios de seu ofício.

Além de não ser legal eventual exigência complementar e tornar o serviço com o ranço da burocracia, essa conduta importa em assumir risco ainda maior ao da execução da própria atividade: 1- porque o usuário pode se insurgir contra a exigência que não tenha amparo nas normas; 2- em não havendo respaldo legal, haveria necessidade de consentimento expresso do titular, o qual pode ser revogado livremente a qualquer tempo, situação em que o notário ou registrador deve tomar todas as providências previstas na LGPD para anonimização e descarte destas informações.

Exemplo disso é a prática de captura da imagem e coleta de biometria dos usuários. Embora não haja previsão legal, algumas serventias, para fins de auxiliar na identificação e prevenir eventuais tentativas de fraude, costumam armazenar essas informações junto à ficha-padrão de assinatura. Ocorre que não há substrato legal nesta postura, o que com o advento da LGPD, torna muito tormentosa acrescentar ao cadastro esses dados.

3 Ato público x publicidade registral

Conforme já informado, um dos princípios basilares que regem a atividade notarial e registral é o da publicidade. Embora seja um serviço público, há que se pontuar que a publicidade aqui mencionada não se confunde com aquela esculpida no art. 37, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

A ideia da publicidade constitucional no que se refere à Administração Pública, é assegurar a transparência por parte dos atos praticados pelo Poder Público, e por conseguinte, franquear a sua fiscalização pelos administrados, nos moldes previstos pelo §3º do artigo 37, da Constituição Federal de 1988³. A publicidade, neste viés, tem por premissa perseguir o interesse público por meio da possibilidade de ser verificar se a gestão pública está em consonância com as leis e demais princípios que regem a gestão pública.

Na legislação brasileira, a Lei de Acesso à Informação (LAI), instituída por meio da Lei n.º 12.527/11, regula o disposto no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II do §3º do artigo 37 e no § 2º do artigo 216 da Constituição Federal, resguardando, assim, o direito fundamental de acesso à informação. A norma tem como diretriz a divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações.

Paralelamente, a Lei n.º 12.965/14, que trata da privacidade e proteção dos dados pessoais no âmbito das redes eletrônicas, possui como alguns dos seus princípios a proteção da privacidade e a proteção dos dados pessoais, na forma da lei (BRASIL, 2014).

A disciplina do uso da *internet* no Brasil tem por objetivo a promoção do acesso à informação, ao conhecimento, à participação na vida cultural e à condução dos assuntos públicos. Acrescenta, ainda⁴, que as aplicações

3 BRASIL. [Constituição (1988)]. "Artigo 37, § 3º. A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública."

4 "Art. 25. As aplicações de internet de entes do poder público devem buscar: I - compatibilidade dos serviços de governo eletrônico com diversos terminais, sistemas operacionais e aplicativos para seu acesso; II - acessibilidade a todos os interessados, independentemente de suas capacidades físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais, mentais, culturais e sociais, resguardados os aspectos de sigilo e restrições administrativas e legais; III - compatibilidade tanto com a leitura humana quanto com o tratamento automatizado das informações; IV - facilidade de uso dos serviços de governo eletrônico; e V - fortalecimento da participação social

de *internet* promovida pelos entes públicos devem buscar por critérios de compatibilidade, acessibilidade, facilidade de uso dos serviços de governo eletrônico e o fortalecimento da participação social nas políticas públicas (BRASIL, 2014).

O Decreto n.º 8.777/16 instituiu a Política de Dados Abertos do Poder Executivo Federal, que tem como objetivos: aprimorar a cultura da transparência (artigo 1º, II), possibilitar acesso aberto aos cidadãos aos dados sob a qual não recaia vedação (artigo 1º, III), facilitar o intercâmbio de informações (artigo 1º, IV), fomentar o controle social e o desenvolvimento de novas tecnologias destinadas à construção de ambiente de gestão pública participativa e democrática e à melhor oferta de serviços públicos para o cidadão (artigo 1º, V), e promover a oferta de serviços públicos digitais de forma integrada (artigo 1º, IX), dentre outros (BRASIL, 2016b).

Por fim, LGPD, diz em seu artigo 23 que o tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do artigo 1º da LAI deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública. Informa, ainda, no §4º do mesmo artigo, que “os serviços notariais e de registro exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, terão o mesmo tratamento dispensado às pessoas jurídicas de direito público, nos termos desta Lei” (BRASIL, 2018).

Assim, a publicidade dos dados dos acervos e informações de posse do poder público obedece às normativas acima e se relacionam com as informações que dizem respeito ao interesse público juridicamente identificável pela norma que rege a matéria. Já no que diz respeito a notários e registradores, os atos por estes praticados tem natureza pública por se tratar de serviço público, mas os interesses envolvidos são essencialmente particulares. Ademais, não há verba pública envolvida. Os notários e registradores não são remunerados pelos cofres públicos, mas por emolumentos pagos, que têm natureza jurídica de taxa, diretamente por particulares em razão dos serviços praticados⁵.

Não há que se confundir dados públicos de acesso amplo pelo interesse a que se relacionam com dados dos acervos dos registros públicos

nas políticas públicas” (BRASIL, 2014).

5 Brasil. LEI Nº 6.015, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1973. “Art. 14. Pelos atos que praticarem, em decorrência desta Lei, os Oficiais do Registro terão direito, a título de remuneração, aos emolumentos fixados nos Regimentos de Custas do Distrito Federal, dos Estados e dos Territórios, os quais serão pagos, pelo interessado que os requerer, no ato de requerimento ou no da apresentação do título.”

depositados nas serventias extrajudiciais. A celeuma que circunda nesta seara é a de que não é pelo ato ser revestido de natureza pública que o conteúdo deste ato também o seja, isto é, que deva necessariamente ser dado publicidade aos atos notariais e de registro.

Aqui há que se fazer um paralelo entre a publicidade nos atos notariais e de registro e por essa razão vamos dividi-los para fazer especificamente de suas peculiaridades, no entanto, o que deve ser esclarecido desde logo é que o meio pelo qual se dá acesso às informações constantes nos livros dos acervos notariais e registrais é pela certidão.

3.1 A publicidade nos Tabelionatos de Notas e Protesto

Nos Tabelionatos de Notas, em que são lavrados os negócios jurídicos no interesse das partes com escrituração por meio de um Tabelião de Notas, há a necessidade prevista em lei que a vontade ali manifestada pelas partes seja traduzida e adequada às normas vigentes. Após a lavratura do ato, seu conteúdo pode ser fornecido por meio de certidão, emitida pelo tabelião nos termos do que consta no acervo sob sua responsabilidade.

Nesse sentido, conforme orienta o Colégio Notarial do Brasil (CNB/CF) “a emissão de certidões e traslados é uma obrigação dos Registros Públicos como um todo. Como as certidões e traslados possuem dados pessoais, a sua emissão é uma atividade de tratamento que se justifica com a base legal do cumprimento de obrigação legal ou regulatória” (CNB/CF, 2021).

Tal obrigação decorre de previsão legal contida no artigo 16 da LRP: “os oficiais e os encarregados das repartições em que se façam os registros são obrigados: a lavrar certidão do que lhes for requerido; bem como: “a fornecer às partes as informações solicitadas”. E, em seu artigo 17 dispõe que: “qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo do interesse do pedido”.

Há duas ressalvas sob este ponto: a emissão de certidão de testamento enquanto ainda vivo o testador, a qual somente pode ser fornecida a pedido do próprio interessado, por procurador constituído ou por ordem judicial, diretriz acatada na maioria dos estados brasileiros⁶, e

6 PROVIMENTO Nº 58/89 CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA - SÃO PAULO - NORMAS DE SERVIÇO CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS TOMO II. Capítulo XVI, Seção V. Item 153. As certidões de escrituras públicas de testamento, enquanto não comprovado o falecimento do testador, serão expedidas apenas a seu pedido ou de seu representante legal, ou mediante ordem judicial. Item 153.1. Os interessados na obtenção de certidão de escritura

também, mais recentemente, a do Provimento CG nº 44/2021 da CGJ/SP que dispõe sobre o fornecimento de informações e a expedição de certidões de atas notariais que contenham a descrição ou a reprodução de imagem de ato de sexo ou cena pornográfica envolvendo criança ou adolescente, que somente poderão ser fornecidas para os seus responsáveis legais desde que não participem dos atos e cenas retratados, diretamente para os adolescentes nela mostrados ou referidos independente de representação ou assistência, ou mediante requisição judicial, da autoridade policial competente para a apuração dos fatos, ou do Ministério Público.⁷ Fora destas hipóteses, o fornecimento de certidão fica condicionado a ordem judicial.

No Tabelionato de Protesto, por força dos artigos 30 e 31, da Lei Federal nº. 9.492/97, na expedição de certidão contendo qualquer informação relativa a protesto tirado e não cancelado ou documento arquivado na serventia, que tem o mesmo valor do original, desde que autenticado pelo tabelião, deve identificar o solicitante.

Na própria certidão lavrada pelo tabelião de protesto, ou escrevente autorizado por ele, se fará menção do nome completo da pessoa que a pediu, bem como do seu documento de identidade, permitindo-se a sua identificação.

No momento do pedido de certidão, acontecerá, portanto, a identificação do solicitante no requerimento que deverá ser assinado por ele próprio e que permanecerá arquivado na serventia, com o intuito de se controlar a acessibilidade da informação. Caso haja o uso de maneira abusiva da informação, o prejudicado disporá de meios de verificar quem teve acesso a esses dados.

pública recusada pelo Tabelião de Notas poderão, expondo por escrito as razões de seu interesse, requerê-la ao Juiz Corregedor Permanente, a quem competirá, se o caso, determinar, motivadamente, a sua expedição. Item 153.2. Com a prova do falecimento do testador, as certidões poderão ser expedidas livremente, independente do interesse jurídico de quem a solicite, que estará dispensado de expor as razões de seu pedido.

7 “Artigo 1º – Acrescentar os subitens 148.2 a 148.7 do Capítulo XVI, Tomo II, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, com a seguinte redação:

“148.2 As informações, certidões e traslados de ata notarial que contenha a descrição ou a reprodução de imagem de ato de sexo ou cena pornográfica envolvendo criança ou adolescente somente poderão ser fornecidas para os seus responsáveis legais desde que não participem dos atos e cenas retratados, diretamente para os adolescentes nela mostrados ou referidos independente de representação ou assistência, ou mediante requisição judicial, da autoridade policial competente para a apuração dos fatos, ou do Ministério Público.

148.3 O fornecimento de informações e certidões, inclusive na forma de traslado, para pessoas distintas das referidas no subitem anterior dependerá de prévia autorização do Juiz Corregedor Permanente que, para essa finalidade, poderá ser provocado pelo próprio interessado ou, a seu pedido, pelo Tabelião de Notas.”

Outra regra que merece destaque é a de que somente é permitido o fornecimento de certidão de protestos não cancelados. Se se tratar de protesto cancelado ou cujos efeitos foram suspensos por decisão judicial, o acesso fica restrito ao próprio devedor ou condicionado a uma ordem judicial, consoante artigos 17 e 27, §2º da Lei Federal nº. 9.492/97.

3.2 A publicidade nos registros públicos

Os registros públicos operam como repositores de informações de interesse privado e público. Dentro de suas atribuições legais, cabe ao oficial registrador zelar pela guarda de tais informações e administrar o acervo que lhe cabe por competência legal, de forma que as informações por ele prestadas sejam fornecidas por meio de certidões a qualquer interessado. Para Melo (2014, p. 34) o Registro de Imóveis opera como reforço de uma publicidade já definida ou criada em outros meios. Disso decorre a necessidade de se conferir segurança jurídica às informações armazenadas que compõem o acervo do registro imobiliário.

Não se pode confundir o direito à informação com o direito à publicidade decorrente da atividade registral. Alguns atos, ainda que sejam do acervo dos registros públicos tem sua publicidade mitigada, em razão da preservação ao direito à intimidade⁸.

Nos Registros de Imóveis, a Lei nº 13.097/15⁹ diz que “os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas

8 Acerca da publicidade mitigada, vide: KÜMPEL, Vitor Frederico *et al.* **Tratado de Direito Notarial e Registral**. São Paulo, YK Editora, 2017, p. 196-197.

9 “Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:

I - registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias;

II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil;

III - averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e

IV - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel” (BRASIL, 2015).

hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel” (BRASIL, 2015), conferindo assim o caráter de publicização dos atos que constam na matrícula com vistas a assegurar segurança jurídica às relações firmadas.

O Provimento [nº 89/2019](#) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) dispõe que, em todas as operações das centrais de serviços de atendimento eletrônico compartilhado, serão obrigatoriamente respeitados os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e, se houver, dos registros (CNJ, 2019).

O artigo 17 da LRP reza que “qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido” (BRASIL, 1973). Referido artigo, que consta na norma geral de registros públicos, deve ser lido em consonância com a recente legislação brasileira que acompanhou os avanços tecnológicos dos sistemas de gestão, bem como do uso da internet para fins de prestação de serviços e de informações de interesse público.

Algumas obrigações legais que são impostas aos registradores no exercício da função delegada pelo poder público, o são com vistas a conferir ainda, após o crivo da legalidade a que estão subordinados os atos registrais, de serem uma ferramenta de coleta de informações de interesse público com vistas ao planejamento de gestão de políticas públicas por parte do poder público, os registros de imóveis o fazem quando são obrigados por meio de lei a informar as transações imobiliárias ao ente de fiscalização fazendária, ou quando informa as transações imobiliárias suspeitas aos órgãos de fiscalização e investigação aos crimes de lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, entendemos que esse dispositivo não tenha sido recepcionado pela Constituição Federal, pois, ainda que as informações privadas digam respeito a um interesse público, seja para fiscalização ou acompanhamento das atividades exercidas nos imóveis, o controle de como tais informações serão prestadas deve ser verificado com os cuidados que determinam a legislação de proteção de dados que veremos adiante.

Ainda que o tráfego de informações registrais seja público a qualquer interessado, nos termos do artigo 17 da LRP, por medida de cautela e prudência registral, seria apropriado manter o controle por meio de *logs* de acesso dos pedidos dessa natureza, considerando que existe um mercado paralelo de tráfego de informações privadas que colocam em risco os dados pessoais de inúmeros brasileiros.

A Política de Dados Abertos do Poder Executivo Federal, estabelece

os dados que são de interesse público para divulgação, dentre outros (BRASIL, 2016b). Entre os dados de interesse para priorização que constam no anexo do referido decreto, encontram-se os dados referentes às propriedades e imóveis do governo federal, que ficam a cargo de disponibilização pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG).

Em se tratando da proteção de dados pessoais pelos Registros de Imóveis, Miranda (2018, p. 121) destaca que esta deve ser encarada como uma questão institucional, pois precípuas já são, dentre as atribuições dos agentes delegados, a guarda e o zelo pelas informações que lhe cabem dentro de seu ofício, em obediência à territorialidade de cada Registro de Imóveis.

A publicidade prevista no regulamento do SINTER¹⁰ não alcança o acesso de suas informações ao público. Trata-se de um sistema de uso interno da Receita Federal, com alimentação de dados pelos Registradores de Imóveis e outras administrações fazendárias, na forma do seu decreto regulamentador. No mesmo sentido, Cardoso (2018, p. 177) destaca que “o regulamento é omissivo quanto à forma como será efetivado o controle social e judicial sobre o acesso do Poder Executivo a dados particulares relativos à intimidade do indivíduo”.

Acerca da publicidade nos registros públicos, pondera Ribeiro (2019, p. 258), que “o Registro de Imóveis não se desenha como mero depósito de documentos e dados. O arquivo é elemento acessório, que lastreia a prestação de informações organizadas e cautelosamente depuradas *ex ante*”.

O Decreto n.º 10.046/19, que dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal, tem como uma de suas finalidades orientar e otimizar a formulação, a implementação, a avaliação e o monitoramento de políticas públicas. No entanto, excluem-se de sua abrangência os dados protegidos por sigilo fiscal, sob gestão da Secretaria Especial da Receita Federal.

Referido Decreto traz o conceito de interoperabilidade como sendo a capacidade de diversos sistemas e organizações trabalharem em conjunto, de modo a garantir que pessoas, organizações e sistemas computacionais troquem dados. Define, ainda, em seu artigo 4º¹¹, três níveis de

10 Sistema Integrado de Informações Territoriais (SINTER). O SINTER foi criado pelo Decreto n.º 8.764/2016, visando regulamentar o artigo 41 da Lei n.º 11.977/2009.

11 “Art. 4º O compartilhamento de dados entre os órgãos e as entidades de que trata o art. 1º

compartilhamento segundo a sua confidencialidade: compartilhamento amplo, compartilhamento restrito e compartilhamento específico (BRASIL, 2019b).

A interconexão do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI) com o SINTER, já prevista pelo Provimento 89/2019¹² do CNJ, deve ser operada com vistas a identificar quais dados são de acesso público e amplo e quais dados devem estar sob o acolhimento da LGPD, com vistas à proteção à vida privada e à intimidade das pessoas.

Assim, pelo exposto, vê-se que os registros públicos possuem disciplina legal no sentido de otimizar a informação e conferir tratamento adequado às informações que devam ser disponibilizadas conforme regramento específico aplicado à LGPD.

4 A incidência da LGPD nos serviços notariais e de registro

Conforme delineado, as serventias extrajudiciais se enquadram no conceito de pessoa jurídica de direito público para fins de aplicação da LGPD. O consentimento expresso do titular de dados, portanto, é dispensado quando na consecução da atividade típica, conduta que tem respaldo legal tanto na exigência de exibição de documento, quanto na sua manutenção nos arquivos.

Conforme Resolução nº 363 de 12/01/2021 – CNJ, que estabelece medidas para o processo de adequação à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais a serem adotadas pelos tribunais, em seu artigo 1º, VIII, determina aos serviços extrajudiciais que, sob a supervisão da respectiva Corregedoria-Geral da Justiça, analisem a adequação à LGPD no âmbito de suas

é categorizado em três níveis, de acordo com sua confidencialidade: I - compartilhamento amplo, quando se tratar de dados públicos que não estão sujeitos a nenhuma restrição de acesso, cuja divulgação deve ser pública e garantida a qualquer interessado, na forma da legislação; II - compartilhamento restrito, quando se tratar de dados protegidos por sigilo, nos termos da legislação, com concessão de acesso a todos os órgãos e entidades de que trata o art. 1º para a execução de políticas públicas, cujo mecanismo de compartilhamento e regras sejam simplificados e estabelecidos pelo Comitê Central de Governança de Dados; e III - compartilhamento específico, quando se tratar de dados protegidos por sigilo, nos termos da legislação, com concessão de acesso a órgãos e entidades específicos, nas hipóteses e para os fins previstos em lei, cujo compartilhamento e regras sejam definidos pelo gestor de dados” (BRASIL, 2019b).

12 “Art. 17. Compete, ainda, ao SAEC: I - desenvolver indicadores de eficiência e implementar sistemas em apoio às atividades das Corregedorias-Gerais de Justiça e da Corregedoria Nacional de Justiça que permitam inspeções remotas das serventias; II - estruturar a interconexão do SREI com o SINTER - Sistema Nacional de Gestão de Informações Territoriais e com outros sistemas públicos nacionais e estrangeiros” (BRASIL, 2019a).

atribuições.

Isso não significa dizer que o titular não possa ter acesso a essas informações. O titular tem o direito de saber quais dados pessoais a serventia dispõe em seus cadastros, informação esta que deverá ser fornecida pela serventia de forma clara, simples e objetiva, o que não se confunde com o pedido de certidão. Caso o interessado tenha a intenção de ter acesso ao teor de algum ato público praticado, seria o caso de solicitar a certidão respectiva.

Quanto à solicitação de certidão, há um conflito envolvendo os atos públicos e a defesa da intimidade. Conforme já abordado, as serventias extrajudiciais tem o dever de fornecer certidões de tudo aquilo que lhes for requerido, independente de justificativa ou de legitimidade. Ocorre que, considerando a finalidade da LGPD, parece prudente solicitar a identificação do solicitante e a finalidade da solicitação quando o requerente não for uma das partes que figuram no ato.

As serventias extrajudiciais não podem compartilhar as informações de que dispõe com empresas privadas ou outras instituições, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas na lei. Faz parte da atividade o compartilhamento de informações com o Poder Público. Como exemplos temos que a obrigatoriedade no Tabelionato de Notas de informar a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo a respeito das escrituras públicas de inventário e doação, bem como sobre os reconhecimentos de firma em transações que envolvam a transferência de propriedade de veículos.

Nestes casos, por se tratar de dever legal, não há que se falar na necessidade de anonimizar os dados para que seja possível o compartilhamento. As informações devem ser fornecidas exatamente como obriga a lei, sendo o destinatário igualmente responsável pelo tratamento de dados.

As serventias extrajudiciais também não estão autorizadas a proceder à portabilidade de dados pessoais, nem sequer por solicitação de seus titulares, conforme previsto no inciso V, do art. 18 da LGPD. Conforme já adiantado, esta troca de informação não diz respeito à natureza da atividade prestada por notários e registradores.

Quando da inutilização e eliminação de informações, que deverá acontecer após o decurso do prazo previsto em lei para sua manutenção, o notário e o registrador deverá observar a necessidade de anonimização, de modo a impedir a identificação dos dados pessoais neles contidos.

É claro que todos estão sujeitos a ataques cibernéticos, o que pode acarretar no vazamento de dados. As serventias extrajudiciais, ante isso, devem adotar todas as medidas possíveis para prevenir que acessos não autorizados e situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão ocorram.

5 Considerações finais

A LGPD precisa ser implementada por todas as serventias extrajudiciais, porém adaptada, a depender da especialidade do serviço, às peculiaridades de cada uma em consonância com os seus fins institucionais.

Considerando que o serviço notarial e registral encontra-se sob permanente aperfeiçoamento legislativo destinado a aprimorar o serviço, e que há uma forte tendência em se aumentar atribuições continuamente, a aplicação da LGPD deve ser objeto de estudo e ininterrupta atualização, em especial em relação às questões de ordem prática.

Em relação à atividade exercida pelos serviços extrajudiciais, considerando a especificidade das informações a que dispõe os acervos dos registros públicos, o tratamento dos dados pessoais deve ser feito em harmonia com os ditames da LGPD, sem perder, contudo, o caráter especial de que a atividade também reporta ao poder público informações relevantes que dizem respeito à gestão, ao planejamento e ao exercício efetivo de políticas públicas, e ainda, a atividade oferece ao poder público dados relevantes quando do processo de investigação de crimes contra o sistema financeiro.

Por esse motivo a proposta de conciliar a LGPD com a prática notarial e registral é a observância do que já vem sendo exigido e praticado no Tabelionato de Protesto, qual seja, a identificação do solicitante com dados que permitam a sua individualização e responsabilidade acaso haja abuso de direito, firmada sob as penas da lei.

Essa medida permite que a serventia extrajudicial tenha controle do conteúdo e do destinatário das informações foram fornecidas, e por conseguinte, admite informar ao interessado para os devidos fins de direito quem possivelmente extrapolou do seu direito de obter informações junto ao serviço notarial ou de registro.

Outra ideia no sentido de combater o uso de informações de maneira abusiva pelo solicitante é a exigência que este decline no pedido a finalidade para qual requer a certidão. Assim sendo, o notário ou

registrador poderá obstar o fornecimento da certidão quando não houver razoabilidade entre o pedido e a finalidade, como na hipótese de pedidos em bloco, envolvendo múltiplas partes ou qualquer ato referente a uma única pessoa.

Essas são algumas considerações iniciais que concluímos em relação ao tema, sem perder de vista que somente no dia-a-dia do notário ou registrador é possível deflagrar se há abuso ou não em relação ao que lhe é pedido para constar em certidão.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. **Estatuto do Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (ONR)**. Brasília, DF: CNJ, 2020a. Disponível em: <https://www.registrodeimoveis.org.br/onr>. Acesso em: 06 dez. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. **Provimento n.º 47 de 18/06/2015**. Estabelece diretrizes gerais para o sistema de registro eletrônico de imóveis. Brasília, DF: CNJ, 2015a.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. **Provimento n.º 50 de 29 de setembro de 2015**. Dispõe sobre a conservação de documentos nos cartórios extrajudiciais. Brasília, DF: CNJ, 2015b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2512>. Acesso em: 20 de jul. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. **Provimento n.º 89, de 18 de dezembro de 2019**. Regulamenta o Código Nacional de Matrículas - CNM, o Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis - SREI, o Serviço de Atendimento Eletrônico Compartilhado – SAEC, o acesso da Administração Pública Federal às informações do SREI e estabelece diretrizes para o estatuto do Operador Nacional do Sistema de Registro Eletrônico – ONR. Brasília, DF: CNJ, 2019a. Disponível em: <https://cartorios.org/tag/provimento-cnj-89-2019/>. Acesso em: 06 dez. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. **Resolução nº 363 de 12 de janeiro de 2021**. Estabelece medidas

para o processo de adequação à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais a serem adotadas pelos tribunais. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3668>. Acesso em 10 mai. 2021.

BRASIL. Decreto n.º 4.449, de 30 de outubro de 2002. Regulamenta a Lei no 10.267, de 28 de agosto de 2001, que altera dispositivos das Leis nos. 4.947, de 6 de abril de 1966; 5.868, de 12 de dezembro de 1972; 6.015, de 31 de dezembro de 1973; 6.739, de 5 de dezembro de 1979; e 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4449.htm. Acesso em: 14 ago. 2021.

BRASIL. Decreto n.º 8.764, de 10 de maio de 2016. Institui o Sistema Nacional de Gestão de Informações Territoriais e regulamenta o disposto no art. 41 da Lei n.º 11.977, de 7 de julho de 2009. Brasília, DF: Presidência da República, 2016a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8764.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

BRASIL. Decreto n.º 8.777, de 11 de maio de 2016. Institui a Política de Dados Abertos do Poder Executivo federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2016b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8777.htm. Acesso em: 14 ago. 2021.

BRASIL. Decreto n.º 10.046, de 9 de outubro de 2019. Dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados. Brasília, DF: Presidência da República, 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10046.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

BRASIL. Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015consolidado.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

BRASIL. Lei n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18935.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

BRASIL. Lei n.º 9.492, de 10 de setembro de 1997. Define

competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9492.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 13.097, de 19 de janeiro de 2015.** Altera disposições de lei. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13097.htm#art168ii. Acesso em: 06 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 13.709, de 11 de julho de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 10 mar. 2019.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Gestão Territorial.** Brasília, DF: MMA, 2015b. Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/gestao-territorial.html>. Acesso em: 05 dez. 2020.

CARDOSO, Antônio Carlos Apolinário de Souza. O Sistema Nacional de Gestão de Informações Territoriais (Sinter) como instrumento de governança fundiária: análise do Decreto 8.764/16. *In*: BENATTI, José Heder (Org.). **Cadastro territorial no Brasil: perspectivas e o seu futuro.** Belém: UFPA, 2018, p. 158-179.

CNB. Colégio Notarial do Brasil. **Cartilha Orientativa LGPD.** Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.notariado.org.br%2Fwp-content%2Fuploads%2F2021%2F06%2FCNB_CF-Cartilha-LGPD.pdf&clen=2485110&chunk=true. Acesso em: 20 jul. 2021.

MELO, Marcelo Augusto Santana de. A publicidade da Reserva Florestal Legal. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, ano 37, v. 77, p. 31-60, jul./dez. 2014.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. **Metodologia do trabalho científico**. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. A matrícula: paradigmas para o sistema de registro eletrônico de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário**. São Paulo, ano 42, v. 86, p. 215-262, jan./jun. 2019.

Texto completo 18

A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS BRASILEIRA: BREVES REFLEXÕES

*José Luiz de Moura Faleiros Júnior¹
Stéfani Reimann Patz²*

1 Considerações iniciais

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira (ou simplesmente LGPD) – Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 – é importante marco normativo para a tutela jurídica dos dados pessoais no país. Sua promulgação atende a um comando normativo explicitado pelo legislador no artigo 3º, inciso III, do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014), que definiu como um dos princípios regentes da disciplina de uso da Internet no Brasil exatamente a proteção dos dados pessoais.

Mais do que se aprofundar em detalhamentos técnicos, a LGPD traz ao ordenamento conjecturas de natureza principiológica, eis que é composta por fundamentos (art. 2º), conceitos (art. 5º) e princípios (art. 6º) que embasam os demais temas tratados de forma sistematizada em seu vasto repertório de regras.

Quanto aos fundamentos da lei, optou o legislador por uma

-
- 1 Doutorando em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP/Largo de São Francisco. Doutorando em Direito, na área de estudo ‘Direito, Tecnologia e Inovação’, pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Membro do Instituto Avançado de Proteção de Dados – IAPD e do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil – IBERC. Advogado. E-mail: jfaleiros@usp.br
 - 2 Mestranda em Direitos Especiais pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS. Bolsista CAPES/PROSUC. Bacharela em Direito pela URI, Campus Santo Ângelo/RS. Pesquisadora voluntária dos projetos de pesquisa “Crisálida: Direito e Arte”, “Internet, liberdade de informação, manipulação de comportamentos e a desestabilização do processo democrático” e do Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Tecnologia (CEDETEC). Membro do Instituto Nacional de Proteção de Dados (INPD).

categorização que está subdividida em sete incisos, todos contidos no artigo 2º da lei. O último deles define como fundamentos da proteção de dados pessoais no Brasil “os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.” É sobre esse tema que esse brevíssimo artigo se debruça.

De início, procurar-se-á estabelecer algumas premissas sobre o contexto jurídico no qual o legislador editou a nova lei e seus fundamentos. A partir dos desdobramentos colhidos da tutela jurídica da privacidade, novas nuances permitiram a contextualização de um direito fundamental à proteção dos dados pessoais – mote da ressignificação regulatória que se almeja para a Internet no país – e, com isso, regras próprias foram traçadas. Nessa linha, trabalhar-se-á com a hipótese de que o avanço informacional, catalisado pela propagação dos algoritmos, representa importante desafio para a efetivação da tutela pretendida com a lei, que não pode se desconectar da proteção aos direitos humanos.

O método de pesquisa é o dedutivo e o método de procedimento é o analítico por meio da pesquisa indireta com a consulta a livros e revistas científicas. Importante salientar que, não se busca uma análise exaustiva do conteúdo bibliográfico. A proposta é tão somente situar o/a leitor/a acerca de alguns aspectos relevantes em cada tópico que auxiliem na compreensão geral do questionamento proposto.

2 A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seus fundamentos: Contornos iniciais para a proteção dos direitos humanos

O conceito de privacidade, para a Ciência do Direito, tem suas origens no *common law*. O termo é usualmente resultado de traduções do substantivo inglês “*privacy*”, que remonta ao clássico artigo “*The right to privacy*”, escrito em 1890 por Samuel Warren e Louis Brandeis, em que, por primeiro, se analisa o direito de ser deixado só (*right to be left alone*), com o qual a privacidade não se confunde. (WARREN; BRANDEIS, 1890). O primeiro direito se caracteriza pela inadmissão da disseminação não autorizada de informações pessoais, pela não violação do repouso individual dentro do lar e pela garantia de anonimato em ambientes públicos.

Por razões filológicas, há autores que optam por traduzir o termo “*privacy*” como “privatividade” (COSTA JÚNIOR, 1995, p. 25), que vem de “privativo” e indica o imperativo de tutela contra a perturbação

externa, que garante a proteção da intimidade no âmbito individual. (FERNANDES, 1977, p. 90). Em simples termos, a “privacidade” seria um contraponto à exposição, tendo em vista que cada indivíduo está continuamente envolvido em um processo pessoal de busca pelo equilíbrio entre o anseio de preservar sua própria intimidade e o desejo de se expor e estabelecer comunicação com terceiros, à luz de condicionantes e normas sociais a que se sujeita. (WESTIN, 1970, p. 7).

Longe de ser um instrumento de tutela apenas do direito à privacidade, a LGPD protege situações existenciais diversas, sobretudo aquelas relativas à liberdade, tendo como escopo principal “resgatar a dignidade dos titulares de dados e seus direitos básicos relacionados à autodeterminação informativa”. (FRAZÃO, 2019, p. 100).

Neste contexto, é preciso lembrar que um dos fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira é a autodeterminação informativa (art. 2º, II), que revela essa dimensão de controle capaz de viabilizar as condicionantes para o exercício do equilíbrio sugerido pela leitura do conceito de privacidade. A partir dela, quando se cogita de um direito fundamental à proteção de dados pessoais³⁻⁴, deve-se, invariavelmente, proceder a uma investigação sobre as dimensões do conceito de privacidade, na medida em que a formatação de uma possível nova infraestrutura social (VAN DIJK, 2012, p. 6), a partir do implemento de técnicas direcionadas à coleta de dados e à formação de perfis para variados fins, representaria ruptura paradigmática capaz de atribuir novos contornos aos mencionados direitos fundamentais à intimidade e à

3 Sintetizando o contexto no qual tal direito emergiu na União Europeia, conferir GONZÁLEZ FUSTER, Gloria. *The emergence of personal data protection as a fundamental right of the EU*. Cham: Springer, 2014. p. 48.

4 O tema é de tamanha relevância que, embora a doutrina já sinalize a consagração da proteção de dados pessoais como direito fundamental, tramita perante o Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição 17/2019, que visa inclui-la entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão. A PEC ainda define como de competência exclusiva da União o poder para legislar sobre o assunto. No plano doutrinário, há tempos já se destaca a existência e a força normativa desse direito fundamental implícito. Sobre o tema, conferir, por todos, DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coords.). *Direito digital: direito privado e Internet*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 34. SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: MENDES, Laura Schertel. DONEDA, Danilo. SARLET, Ingo Wolfgang. RODRIGUES JR, Otavio Luiz (Coords.); BIONI, Bruno Ricardo (Org.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 21-59. Ademais, no contexto jurisprudencial, em maio de 2020, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito fundamental à proteção de dados ao suspender a Medida Provisória n.º 954, que determinava o compartilhamento dos dados pessoais dos usuários de telefonia pelas empresas telefônicas ao IBGE (STF, ADIs n.º 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393. Relatora Min. Rosa Weber. Julgado em 07/05/2020).

privacidade.⁵

Essa é uma das razões pelas quais o legislador teve o cuidado de conceituar o escopo de proteção desse direito específico a partir de uma conjugação dos demais (intimidade e privacidade) combinados com o direito fundamental à liberdade, na formação do que a lei conceitua como *titularidade*⁶. Trata-se do fundamento essencial para a retomada do controle, pelo indivíduo, sobre as projeções de sua personalidade, que são lançadas à Internet na construção de novas estruturas passíveis de tutela jurídica.

O advento da LGPD no contexto de consolidação de um panóptico digital⁷ evidencia o seu papel de reforçar o devido e imprescindível controle que as pessoas precisam exercer sobre seus dados pessoais. (OLIVEIRA, 2021, p. 147). Nessa perspectiva, a lei se apresenta como um “freio e um agente transformador das técnicas atualmente utilizadas pelo capitalismo de vigilância, a fim de conter a maciça extração de dados e as diversas aplicações e utilizações que a eles podem ser dadas”. (FRAZÃO, 2019, p. 103).

De acordo com José Eduardo Faria, “(...) a revolução das técnicas de comunicação “diminuiu” o mundo, tornando-o mais independente. Dito de outro modo, tornou-o mais integrado do ponto de vista econômico, porém mais fragmentado do ponto de vista político” (FARIA, 2001, p. 20), o que se desdobra a partir da substituição da proximidade física dos indivíduos, de forma progressiva, pela interligação tecnológica calcada no incremento comunicacional e na ressignificação do valor da informação.

O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014),

5 Nesse contexto, são eloquentes os registros de William Staples quanto à violação que isso causa ao direito fundamental à privacidade: “Key issues in the debate over the authority to violate personal privacy concern racial or ethnic profiling, wiretapping, monitoring of personal communications via cellular telephones, access to personal records that show the reading habits of private citizens, monitoring of electronic mail and other Internet use, monitoring of personal movement via the Global Positioning System (GPS), and the use of radio frequency identification (RFID) chips to track the movement of pets, personal goods, and items shipped, among others.” STAPLES, William G. *Encyclopedia of privacy*. Westport: Greenwood Press, 2007. p. 93.

6 É o que prevê o artigo 17 da LGPD: “Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei.”

7 O conceito do panóptico de Jeremy Bentham expõe os prisioneiros (ou, na verdade, quem quer que se vigie) ao isolamento, pois consiste, originalmente, em células isoladas umas das outras. Já o conceito do panóptico digital pressupõe a conexão e a comunicação intensa de seus habitantes. Dessa forma, não é o isolamento espacial e comunicativo que torna possível o exercício do poder na sociedade da vigilância digital. São a hiperconexão e a hipercomunicação que tornam viável o controle total. (HAN, 2018a, 2018b).

em seu art. 7º, também “garante especificamente aos usuários da rede a inviolabilidade da sua intimidade e vida privada e a inviolabilidade e o sigilo do fluxo de suas comunicações e de suas comunicações privadas armazenadas”.

Sendo a informação a substância essencial da composição dessa nova morfologia da sociedade (DUFF, 2000, p. 86), os dados pessoais acabam por se tornar projeções da própria pessoa em uma série de circunstâncias nas quais a sua presença física seria outrora indispensável (DONEDA, 2020, p. 33), motivo pelo qual o tratamento de tais dados adquire notável relevância⁸, o que desafia a Teoria do Direito à compreensão e à indicação de soluções para os novos problemas suscitados na nova sociedade da informação. (PÉREZ LUÑO, 1996, p. 10).

Nesse passo, a doutrina busca trabalhar a proteção de dados como um direito fundamental que vai além da dicotomia conceitual entre o público e o privado (HILDEBRANDT, 2015, p. 181), pois almeja à “promoção de um equilíbrio entre os valores em questão, desde as consequências da utilização da tecnologia para o processamento de dados pessoais, suas consequências para o livre desenvolvimento da personalidade, até a sua utilização pelo mercado”. (DONEDA, 2006, p. 407).

A informação ostenta características relevantes, até mesmo do ponto de vista existencial, sendo imperiosa a sua compreensão para além dos requisitos formais que a qualificam como bem jurídico tutelável. Isso porque, na Internet, o escopo informacional transcende a tutela jurídica da propriedade (daí a menção anterior ao conceito de titularidade, explicitado no artigo 17 da LGPD), podendo adquirir, também, contornos existenciais, que se imiscuem ao próprio sujeito, na medida em que “o objeto dos direitos de personalidade não se encontra nem na própria pessoa nem externamente” (SZANIAWSKI, 2005, p. 87), mas, em verdade, tendo a personalidade um valor, “as situações existenciais não seriam exauridas na tradicional categoria dos direitos subjetivos”. (ZAMPIER, 2017, p. 55).

Stefano Rodotà descreve a formação de um corpo eletrônico, um novo aspecto da pessoa natural que não ostenta apenas a massa física, ou um *corpus*, mas também uma dimensão digital.⁹ Na visão de Shoshana

8 MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 169. E, nesse contexto, a autora sustenta que: “(...) a vitalidade e a continuidade da Constituição dependem da sua capacidade de se adaptar às novas transformações sociais e históricas, possibilitando uma proteção dos cidadãos contra novas formas de poder que surgem na sociedade”.

9 RODOTÀ, Stefano. *Intervista su privacy e libertà*. Roma/Bari: Laterza, 2005. p. 121-122. Comenta: “*La necessità di una tutela forte del corpo fisico, dunque, fa parte della tradizione giuridica*”.

Zuboff, a realidade digital está tomando conta e redefinindo tudo que é familiar, antes mesmos de termos tido a chance de ponderar e decidir sobre a situação. (ZUBOFF, 2020, p. 14). Com efeito, Javier Iniesta e Francisco Serna indicam a necessidade de uma regulação voltada ao meio digital exatamente para que seja possível situar as transformações oriundas do desenvolvimento tecnológico.¹⁰

Neste contexto, é importante compreender que a geração de dados cresce na atualidade, tendo em vista o volume de dados gerados a cada instante, algo sem precedentes na História.¹¹ De acordo com Martin Hilbert, as tecnologias de informação e comunicação estão mais disseminadas do que a eletricidade, alcançando três dos sete bilhões de pessoas no mundo. (HILBERT, 2013, pp. 821-835).

Esse é o ambiente no qual se inserem os direitos fundamentais à honra e à imagem, também considerados para os propósitos de se estabelecer proteção específica aos direitos humanos na lei. O primeiro é usualmente associado a componentes *negativos*, de oposição à sua realização, produção, reprodução e divulgação, enfim, ao conhecimento alheio. Por outro lado, também é associado a componentes *positivos*: de consentir com todas as práticas listadas. A imagem, nesse sentido, é um desdobramento da intimidade. E, exatamente no que concerne à almejada proteção do livre desenvolvimento da personalidade é que reside a proposta defendida,

e civile dell'Occidente. Però non c'è ancora altrettanta sensibilità per il «corpo elettronico» che pure rappresenta oggi la nostra identità. (...) Possiamo in effetti parlare di una rivincita del corpo fisico, di un suo ritorno alla ribalta proprio nel momento in cui sembrava soppiantato dal corpo virtuale, «elettronico». L'incontro tra corpo fisico e tecnologie d'avanguardia è stato alla base di questa nuova attenzione proprio nel momento in cui l'esperienza mostrava i limiti dell'identificazione elettronica.»

10 INIESTA, Javier Belda; SERNA, Francisco José Aranda. El paradigma de la identidad: hacia una regulación del mundo digital. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 422, jul./dez, p. 181-202, 2015. p. 184. Com efeito: “*Pero, realmente, ¿en qué lugar podemos situar lo virtual? Con la aparición de Internet se da un cambio fundamental, la comunicación fluye de todos a todos. Hasta ahora, se ha visto esta realidad como un cambio cuantitativo, más que cualitativo, en las relaciones interpersonales, que habla de la disponibilidad ininterrumpida del otro y de formas de acercamiento afectivo, que hasta ahora requerían inexorablemente la co-presencia física de los actores. Evidentemente, esta variación de parámetros ha provocado un desenfoque de la visión que se tenía hasta el momento, dando lugar al surgimiento de conflictos de complejo enfoque jurídico. Así, Internet se nos presenta como un espacio abierto que permite interactuar en diversos contextos tomando distintas identidades, estas identidades – denominadas virtuales – se alejan de la noción de identidad basada en los presupuestos culturales de la persona que hasta ahora eran el paradigma de nuestra visión del ser humano.*”

11 Pesquisa recente da Cisco estima que, nos próximos anos, a medida em *gigabytes* (unidade de medida de informação que equivale a 1 trilhão de *bytes*) será superada e o cálculo da quantidade de dados será feito na ordem *zettabyte* (unidade de informação que corresponde a 1 sextilhão de *bytes*) e até em *yottabyte* (uma unidade de medida de informação que equivale a 10²⁴ *bytes*). (CISCO, 2016).

dentre outros, por Bruno Bioni: o enquadramento da proteção de dados como categoria autônoma dos direitos da personalidade, sendo visualizada como liberdade positiva, em contraposição ao direito à privacidade (e não se confundindo com os contornos próprios do direito à intimidade), visto como liberdade negativa. (BIONI, 2019, pp. 92-93). É a partir desse contexto que se cogita, por exemplo, de um direito à não perturbação do sossego na Internet. (MARTINS; FALEIROS JÚNIOR; BASAN, 2020, pp. 239-265).

Já o direito à honra pode ser analisado como decorrência do respeito que toda pessoa pode exigir para si mesma e perante outrem. Por essa razão, o referido direito apresenta uma faceta subjetiva, consubstanciada no apreço que o ser humano nutre por si mesmo, e uma outra, objetiva, que decorre do interesse que toda pessoa mantém pelo prestígio, reputação e bom nome (AMARANTE, 2005, p. 37), não se confundindo com a intimidade, uma vez que, “enquanto o ataque à honra ofende o conceito social, que o sujeito passivo pretende gozar, na agressão à intimidade não existe a finalidade danosa dirigida contra o conceito, mas sim contra o ambiente de privacidade que envolve a vítima”. (DOTTI, 1980, p. 87).

Na sociedade da informação, é possível afirmar que, sob o manto de proteção do direito à honra e do direito à intimidade, há aspectos de controle social a se considerar, pois o que se almeja é evitar os efeitos negativos da vigilância de dados (*dataveillance*)¹². Na visão de Samuel Oliveira, algumas questões preocupantes decorrem do emprego maciço das inovações tecnológicas, envolvendo por exemplo, “a consolidação da vigilância, a erosão da confiabilidade nos governos e nas instituições e as violações sistemáticas a direitos fundamentais”. (OLIVEIRA, 2021, pp. 29-30).

O tema remete ao chamado “*profiling*”, usualmente traduzido como perfilização, e a LGPD dedicou dispositivo bastante tímido ao tema, inserido em um único parágrafo do artigo que cuida da anonimização de dados (artigo 12, §2º): “Poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada.” A finalidade da vigilância não pode estar voltada a incursões no espaço

12 Trata-se de um acrônimo para “*data surveillance*” (vigilância de dados), a indicar uma nova espécie ou técnica de vigilância em razão do surgimento de novos métodos de monitoramento, como a vigilância de dados pessoais e a vigilância de dados em massa, que exigem salvaguardas mais eficazes e uma estrutura política formal. Sobre o tema, confira-se CLARKE, Roger A. Information technology and dataveillance. *Communications of the ACM*, Nova York, v. 31, n. 5, p. 498-512, maio 1988.

mais íntimo do indivíduo e a LGPD descreve a importância de se conferir efetividade às técnicas de anonimização de dados. (MARTINS; FALEIROS JÚNIOR, 2019, p. 74).

Serge Gutwirth e Mireille Hildebrandt defendem a necessidade de que a criação de perfis pressuponha um sistema de proteção contra o processamento de dados que afetam comportamentos (como as restrições de circulação), mesmo que esses dados não possam ser considerados dados pessoais (caso dos dados anonimizados, pela exegese do artigo 12, *caput*, da LGPD brasileira). (GUTWIRTH; HILDEBRANDT, 2010, p. 37).

Sem um instrumento vigoroso como a LGPD para que se possa esperar legitimamente um ‘uso ético’ dos algoritmos (MITTELSTADT; ALLO; TADDEO; WACHTER; FLORIDI, 2016, pp. 1-16), grande nebulosidade continuará a pairar sobre os processos utilizados para o monitoramento social e as bases fundamentais para a definição de tão importante marco protetivo – com destaque para os direitos fundamentais à privacidade, à liberdade e à intimidade – permanecerão no vazio em razão da própria dificuldade de se desvendar abusos e excessos praticados nos processos de coleta e tratamento de dados, ainda que anonimizados.

Esse é o contexto no qual se editou a lei, com vários fundamentos, dentre os quais merece leitura destacada a proteção aos direitos humanos.

3 A proteção aos direitos humanos como fundamento expresso da lei

Os direitos humanos, enquanto produtos históricos do desenvolvimento da humanidade, são passíveis de alterações e aprimoramentos conceituais e práticos - entretanto, a matriz desses direitos sempre será a mesma: a dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Antonio Enrique Pérez Luño a dignidade da pessoa humana constitui “não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo”. (PÉREZ LUÑO, 1995, p. 318). No entendimento de Luiz Antônio Rizzatto Nunes há uma necessidade de identificar o princípio da dignidade da pessoa humana como uma conquista da razão ético-jurista, fruto da reação histórica de atrocidades que, infelizmente, marcam a experiência humana. (NUNES, 2002, pp. 48-56).

Nestas senda, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é o primeiro texto de alcance internacional que trata de maneira abrangente

da importância dos direitos humanos. Trata-se de um marco na afirmação histórica da plataforma emancipatória do ser humano representada pela promoção destes direitos como critério organizador e humanizador da vida coletiva na relação governantes-governados. (LAFER, 2008, pp. 289-9).

Redigida por representantes com diferentes origens legais e culturais de todas as regiões do mundo¹³, a Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, a 10 de dezembro de 1948 pela resolução 217 A (III) como um padrão comum de conquistas para todos os povos e todas as nações. O documento estabelece, pela primeira vez, que os direitos humanos devem ser protegidos universalmente. (UNRIC, 2021). Desde a sua adoção em 1948,

[...] a DUDH foi traduzida em mais de 500 idiomas – é o documento mais traduzido do mundo – e foi fonte de inspiração para a redação da Constituição de novos Estados independentes e de novas democracias. A DUDH, juntamente com o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e os seus dois Protocolos Facultativos (sobre o procedimento de queixas e sobre a pena de morte) e o Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais e o seu Protocolo Facultativo, formam a chamada Carta Internacional de Direitos Humanos. (UNRIC, 2021).

Afinal, o que são direitos humanos? Para as Nações Unidas, são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente da sua raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição. Os direitos humanos incluem o direito à vida e à liberdade, liberdade de opinião e expressão, o direito ao trabalho e à educação, entre outros. Todos têm direito a estes direitos, sem discriminação. (UNRIC, 2021). De forma ampla, portanto, os direitos humanos compõem um rol de direitos que são fundamentais para que se tenha acesso pleno à uma vida digna. (RAMOS, 2018, p. 28).

Neste contexto, José de Oliveira Ascensão esclarece que os direitos do homem (direitos humanos, em sentido amplo), quando positivados em documentos internacionais de proteção e promoção da pessoa humana são considerados direitos humanos; quando positivados nas Cartas Constitucionais são considerados direitos fundamentais; e quando positivados na legislação civil são direitos de personalidade. (ASCENSÃO,

13 Na visão de Celso Lafer, a Declaração não tem “pais”, mas sim “padrinhos”. Consoante o autor, os padrinhos não eram homogeneizadores, mas eram intelectualmente universalistas. Eles acreditavam na “unidade do gênero humano e entendiam que os processos de experienciar, compreender e julgar eram capazes de a todos conduzir ao entendimento e à aceitação de algumas verdades básicas.” (LAFER, 2008, p. 311).

2008. p. 278).

O artigo 2º, inciso VII, da LGPD é categórico ao elencar, logo em seu primeiro trecho, a proteção aos direitos humanos como fundamento da lei. Naturalmente, para que não haja regresso, especialmente quanto à proteção jurídica que se deve conferir a tais direitos, os caminhos devem ser mapeados para conciliar inovação e regulação. Sem dúvidas, o pluralismo jurídico global deve atuar como vetor da função promocional dos direitos humanos¹⁴, abrindo espaços à tutela subjacente-valorativa da pessoa, mesmo em um ambiente permeado pela disrupção tecnológica.

Sendo o direito um sistema aberto (PÉREZ LUÑO, 2011, p. 151) e de segunda grandeza (AZEVEDO, 2013), uma vez que composto de verdadeira rede hierarquizada de princípios e regras que orbitam a Constituição (ÁVILA, 2005, p. 167), é insofismável a importância do tema para fixar algumas premissas essenciais do problema sob investigação, pois o atingimento desse desiderato, na esteira do que defende Gustavo Zagrebelsky, somente ocorrerá se determinadas condicionantes estruturais se fizerem presentes, das quais a “*ductibilidad*” (maleabilidade) dos ordenamentos jurídicos constitucionais é a mais relevante, pois propicia o pacifismo e a integração democrática “através da rede de valores e procedimentos comunicativos que é, ademais, a única visão possível e não catastrófica da política em nosso tempo”. (ZAGREBELSKY, 1995, p. 15, tradução livre).¹⁵ Nesse contexto, segundo Jorge Pereira da Silva:

O desiderato a se atingir é o de que o poder de intervenção estatal e a liberdade dos cidadãos se equilibrem de modo a garantir ao indivíduo tanta proteção quanto a necessária, mas também tanta liberdade pessoal quanto seja possível. Por isso, segundo a denominada concepção pessoal do bem jurídico, tem-se entendido que integram este conceito aquelas “realidades ou fins que são necessários para uma vida social livre e segura, que garantam os direitos humanos e fundamentais do indivíduo, assim como para o funcionamento do sistema estatal erigido para a consecução de tal objetivo. Não que, com esta referência, se pretenda induzir à importação acrítica para o direito constitucional dos resultados (nem sempre pacíficos) atingidos pela doutrina penalista sobre a teoria do bem jurídico – até porque

14 Conferir, por todos, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 79; HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Cia. das Letras, 2009. p. 113-145; COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 91-92; RECASÉNS SICHES, Luis. *Filosofía del derecho*. México: Porrúa, 2008. p. 1-19.

15 No original: “*a través de la red de valores y procedimientos comunicativos que es además la única visión no catastrófica de la política posible en nuestro tiempo.*”

a protecção penal é apenas uma modalidade, entre várias outras, de protecção de direitos fundamentais –, mas é importante reconhecer que a multifuncionalidade dos direitos fundamentais implica uma atenção redobrada ao conceito de bem jusfundamental e a sua colocação no centro do processo construtivo dos *conglomerados jurídicos* usualmente designados por direitos fundamentais. (SILVA, 2015, p. 354).

Embora não se possa deixar de considerar os impactos que as peculiaridades culturais acarretam para qualquer coletividade, a ponto de ser precipitada uma análise conjectural baseada na ideia de sociedade, do ponto de vista dos direitos humanos, posições identitárias e individuais impõem a ponderação (HERRERA FLORES, 2009, pp. 97-98) notadamente para que sejam fixadas firmemente as bases do entrelaçamento entre o público e o privado.

Em um universo no qual a predição algorítmica está presente de forma tão marcante, nichos de aglutinação de poder desenvolvem ambientes menos seguros à protecção dos direitos humanos. Nesse sentido, Shoshana Zuboff fala na instrumentação e instrumentalização do comportamento para fins de modificação, previsão, monetização e controle ao propor o termo “instrumentarismo” (*instrumentarianism*)¹⁶, que simboliza o epítome do que a própria autora designa como capitalismo de vigilância.

O poder instrumentário, em seus dizeres, realiza a expropriação da experiência humana como um imperativo econômico, processando decisivamente a redistribuição dos direitos humanos elementares dos indivíduos para o capital.

Para frear esse indesejado paradigma é preciso, naturalmente, reconfigurar estruturas protetivas condizentes com o novo momento do desenvolvimento técnico-informacional. Os direitos humanos devem inspirar marcos regulatórios, propostas legislativas e, essencialmente, todo o acervo normativo que se pretenda instituir.

No Brasil, o que guiou a promulgação da Lei Geral de Protecção de

16 ZUBOFF, Shoshana. “We make them dance”: surveillance capitalism, the rise of instrumentarian power, and the threat to human rights. In: JØRGENSEN, Rikke Frank (Ed.). *Human rights in the age of platforms*. Cambridge: The MIT Press, 2019. p. 28. Segundo a autora: “As to the new species of power, I have suggested that it is best understood as *instrumentarianism*, defined as the *instrumentation and instrumentalization of behavior for the purposes of modification, prediction, monetization and control*. In this formulation, “instrumentation” refers to the ubiquitous, sensate, computational, actuating global architecture that renders, monitors, computes, and modifies human behavior. Surveillance capitalism is the puppet master that imposes its will through the vast capabilities of this connected puppet to produce instrumentarian power, replacing the engineering of souls with the engineering of behavior.”

Dados Pessoais foi justamente esse “núcleo duro” de parâmetros extraídos de uma compreensão mais ampla do direito à privacidade, previstos no texto legal como fundamentos, em seu artigo 2º, e que atuam como vetores axiológicos para os direitos (e deveres) descritos noutras passagens da lei e, também, para a atuação posterior do Estado, no exercício de seu poder regulatório.

A definição de categorias merecedoras de maior proteção, como a dos dados pessoais adjetivados como “sensíveis” (art. 5º, II, da LGPD) é evidência sólida dessa preocupação do legislador.

Outra evidência disso é a estruturação de revisões das decisões automatizadas (art. 20, da LGPD), que devem ser realizadas por agentes humanos. Se a proteção insuficiente não pode ser admitida, sob pena de flagrante violação ao citado fundamento da lei, deve-se estruturar mecanismos de controle que atuem como freios aos desideratos que afastem os humanos de sua essência.¹⁷

Que fique claro: o recrudescimento valorativo dos direitos humanos não implica considerar um resgate antropocêntrico, egoístico ou que coloque o homem (individualmente considerado) novamente no centro do sistema jurídico – como foi no Estado Liberal –, ou seja, não é o homem econômico (*homo economicus*) a figura que se pretende ver inserida no vértice constitucional, ainda que este também seja merecedor de proteção pontual, a nível fundamental.

Almeja-se, sim, a maior proteção ao “homem existencial”, concebido a partir da proteção de experiências individuais que tenham uma projeção útil para o próprio titular e para a coletividade. É nesse contexto que se colhe o maior valor da delimitação de fundamentos normativos nos dispositivos introdutórios da norma. Postulados instituídos com tal cariz atuam para além da lei especificamente considerada e inspiram o ordenamento como um todo.

4 Considerações finais

A definição de parâmetros protetivos a direitos que refletem os desafios desvelados pela inovação indica os principais motivos para que

17 MOYN, Samuel. *Not enough: human rights in an unequal world*. Cambridge: Harvard University Press, 2018. p. 220. O autor assevera: “Human rights will return to their defensible importance only as soon as humanity saves itself from its low ambitions. If it does, for the sake of local and global welfare, sufficiency and equality can again become powerful companions, both in our moral lives and in our political enterprises.”

se defina fundamentos normativos. Na LGPD, o rol de sete incisos do artigo 2º indica uma preocupação do legislador com o estabelecimento de metaparâmetros, para além das regras, cujas definições – mais abstratas – permitem ao operador colmatar lacunas e zonas cinzentas ainda não totalmente tuteladas e claramente compreendidas no contexto dos demais dispositivos da norma.

Questões como a vigilância de dados, a ruptura das estruturas de controle e a imposição de limitações a direitos individuais projetados na *web* a partir do tratamento de dados se tornam desafiadoras em razão do ritmo acelerado da inovação. Definir os direitos humanos como um dos fundamentos da lei revela uma preocupação quanto a esses fenômenos e traz à lume preocupações que vão além dos tecnicismos da LGPD.

Nesta senda, compreende-se que é preciso “considerar, almejar e defender a privacidade informacional, ou seja, a proteção dos direitos da pessoa de manter o controle sobre seus dados, por meio de sua autodeterminação informativa”. (PATZ, 2021, pp. 96-97).

É imprescindível que o operador atento se mantenha consciente de que a LGPD não é uma legislação definitiva. A própria morfologia social muda em ritmo acelerado e, sem dúvidas, novas tecnologias (ou novos usos para tecnologias já conhecidas) trarão novos desafios, que precisarão ser interpretados e tutelados, mesmo na ausência de regimentos mais específicos. Para isso, alçar os direitos humanos a tal patamar contribui de forma decisiva! É esse o propósito essencial dessa delimitação, que confirma a hipótese explorada nesse brevíssimo artigo.

Referências

AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103, p. 277-299, jan./dez., 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver

direito de indenização na responsabilidade civil. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, jul./set. 2013.

BASAN, Arthur Pinheiro; JACOB, Muriel Amaral. Habeas Mente: a responsabilidade civil como garantia fundamental contra o assédio de consumo em tempos de pandemia. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 161-189, maio/ago. 2020.

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

CISCO. The zettabyte era: trends and analysis. *Cisco*, jun. 2016. Disponível em: <https://webobjects.cdw.com/webobjects/media/pdf/Solutions/Networking/White-Paper-Cisco-The-Zettabyte-Era-Trends-and-Analysis.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

CLARKE, Roger A. Information technology and dataveillance. *Communications of the ACM*, Nova York, v. 31, n. 5, p. 498-512, maio 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

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

DONEDA, Danilo. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (Coords.). *Direito digital: direito privado e Internet*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DUFF, Alistair S. *Information society studies*. Londres: Routledge, 2000.

FARIA, José Eduardo. Informação e democracia na economia globalizada. In: SILVA JÚNIOR, Ronaldo Lemos; WAISBERG, Ivo (Org.). *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERNANDES, Milton. *Proteção civil da intimidade*. São Paulo: Saraiva, 1977.

FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados.

In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena D. (Coord). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 99-129.

GONZÁLEZ FUSTER, Gloria. *The emergence of personal data protection as a fundamental right of the EU*. Cham: Springer, 2014.

GUTWIRTH, Serge; HILDEBRANDT, Mireille. Some caveats on profiling. In: GUTWIRTH, Serge; POULLET, Yves; DE HERT, Paul (Eds.). *Data protection in a profiled world*. Cham: Springer, 2010.

HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica – O neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Tradução de Maurício Liesen. Belo Horizonte, MG: Editora Âyiné, 2018a.

HAN, Byung-Chul. *No enxame – Perspectivas do digital*. Tradução de Lucas Machado. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018b.

HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Tradução de Luciana Caplan. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HILBERT, Martin. Technological information inequality as an incessantly moving target: The redistribution of information and communication capacities between 1986 and 2010. In: *Journal of the Association for Information Science and Technology*, 65(4), 2013, pp. 821–835. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/asi.23020>. Acesso em: 22 nov. 2021.

HILDEBRANDT, Mireille. The public(s) onlifê. In: FLORIDI, Luciano (Ed.). *The onlifê manifesto: being human in a hyperconnected era*. Cham/Londres: Springer OpenAccess, 2015.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Cia. das Letras, 2009.

INIESTA, Javier Belda; SERNA, Francisco José Aranda. El paradigma de la identidad: hacia una regulación del mundo digital. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 422, jul./dez, p. 181-202, 2015.

LAFER, Celso. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). In: MAGNOLI, Demétrio. *História da paz*. São Paulo, Editora Contexto, 2008.

MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. A anonimização de dados pessoais: consequências jurídicas do

processo de reversão, a importância da entropia e sua tutela à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MACIEL, Renata Mota (Coord.). *Direito & Internet IV: sistema de proteção de dados pessoais*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MARTINS, Guilherme Magalhães; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura; BASAN, Arthur Pinheiro. A responsabilidade civil pela perturbação do sossego na Internet. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 128, p. 239-265, mar./abr. 2020.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MITTELSTADT, Brent Daniel; ALLO, Patrick; TADDEO, Mariarosaria; WACHTER, Sandra; FLORIDI, Luciano. The ethics of algorithms: mapping the debate. *Big Data & Society*, Londres: Sage, Original Research Article, p. 1-21, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/2053951716679679>. Acesso em: 10 abr. 2021.

MOYN, Samuel. *Not enough: human rights in an unequal world*. Cambridge: Harvard University Press, 2018.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Samuel R. de. *Sorria, você está sendo filmado!:* repensando direitos na era do reconhecimento facial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

PATZ, Stéfani Reimann Patz. IOB e tratamento de dados pessoais: breves reflexões sobre Internet of Bodies na era do capitalismo de vigilância. In: PIAIA, Thami Covatti (Org). *Direito e tecnologia em debate*. Santo Ângelo/RS: Metrics, 2021.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5º Ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Temas clave de la Constitución Española. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2011.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Manual de informática e derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São

Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Filosofia del derecho*. México: Porrúa, 2008.

RODOTÀ, Stefano. *Intervista su privacy e libertà*. Roma/Bari: Laterza, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In: MENDES, Laura Schertel. DONEDA, Danilo. SARLET, Ingo Wolfgang. RODRIGUES JR, Otavio Luiz (Coords.); BIONI, Bruno Ricardo (Org.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

STAPLES, William G. *Encyclopedia of privacy*. Westport: Greenwood Press, 2007.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

UNRIC. *Direitos Humanos*. Disponível em: <https://unric.org/pt/o-que-sao-os-direitos-humanos/>. Acesso em: 22 nov. 2021.

VAN DIJK, Jan. *The network society*. 3. ed. Londres: Sage Publications, 2012.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 4, n. 5, p. 193-220, dez. 1890. <https://www.jstor.org/stable/1321160>. Acesso em: 31 jul. 2020.

WESTIN, Alan. *Privacy and freedom*. Nova York: Atheneum, 1970.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Tradução do italiano para o espanhol de Marina Gascón. Madri: Trotta, 1995.

ZAMPIER, Bruno. *Bens digitais*. Indaiatuba: Foco, 2017.

ZUBOFF, Shoshana. *A era do capitalismo de vigilância: A luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Tradução de George

Schlesinger. 1 ed. Rio de Janeiro/RJ: Intrínseca, 2020.

ZUBOFF, Shoshana. “We make them dance”: surveillance capitalism, the rise of instrumentarian power, and the threat to human rights. *In*: JØRGENSEN, Rikke Frank (Ed.). *Human rights in the age of platforms*. Cambridge: The MIT Press, 2019.

Texto completo 19

LA PROHIBICIÓN DE LA AUTOMATIZACIÓN DECISORIA BASADA EN EL PERFILAMIENTO DIGITAL

Ricardo A. Muñoz¹

1 Introducción

En la actualidad existe un consenso -más o menos generalizado- que la definición, implantación, ejecución y políticas públicas sobre el diseño, despliegue y desarrollo de técnicas de automatización en general, e inteligencia artificial (en adelante IA) en particular, en las esferas decisorias del Estado, en especial, en lo que se refiere a los ámbitos administrativos y/o judiciales, todavía -al día de hoy- es una materia jurídica que no encuentra importantes regulaciones normativas e imperativas en las fuentes tradicionales del Derecho, sin perjuicio -claro está- de todo aquel andamiaje vinculado a valores y principios éticos, que se encuentra en pleno proceso de debate y elaboración a nivel mundial, regional y también nacional.

Esta área de vacancia jurídica, encuentra una evidente excepción en una tradicional regla jurídica por la cual -en términos generales- ordena la interdicción a las decisiones estatales que tengan como único fundamento las valoraciones basadas en el tratamiento digital de datos personales; y que si bien en un primer momento fue incluida en los tradicionales regímenes de “habeas data” o de protección de datos personales para aquellos casos de tratamiento informatizado, ahora en la actualidad paso a tener una concreta y muy mercada relevancia al momento de la utilización de sistemas inteligentes que ofrecen un perfilamiento digital de la persona humana.

¹ Abogado egresado de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina) con Reconocimiento al Mérito Académico, y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la misma universidad. Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. En el ámbito académico, se desempeña como Profesor Adjunto de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de Río Cuarto (Córdoba- Argentina), donde es investigador acreditado. Es docente de posgrado en el área del Derecho Público, y director de trabajos finales de posgraduación. Ha escrito 6 libros, entre los que se destacan “*Inteligencia Artificial y Derecho Administrativo*”, e “*Internet*” (2 Tomos) de reciente publicación; y ha participado, además, en obras colectivas y es autor de más de 100 publicaciones sobre su especialidad. Mail ramunoz2011@gmail.com

Esta punto de partida normativo, nos lleva a transitar sobre toda una serie de recomendaciones, resoluciones, propuestas, documentos, modelos e informes que -en apretada síntesis- ofrecen un catálogo de principios éticos que contribuyen a la construcción de un ecosistema disruptivo y a la gobernanza de la tecnología y la IA para la gobernanza digital, habida cuenta que la regla precitada por nosotros estudiada, en rigor de verdad remite y reenvía a varios de aquellos principios, y que en nuestra opinión, brindan soluciones concretas a muchos de los problemas y complejidades que hoy ya se presentan.

Ciertamente, con nuestro aporte, y a partir de la regla antes mencionada, la principal cuestión a resolver es identificar que derechos fundamentales pueden ser afectados por las tecnologías inteligentes (dignidad, vida, integridad física, igualdad, privacidad, imagen, protección de datos, educación, salud, etc), lo que nos lleva, entonces, a analizar los usos de estas tecnologías y su repercusión sobre los derechos, por un lado, y la necesidad de delimitar su contenido definiendo garantías, por el otro ².

La IA genera, produce, implica y representa desafíos para los derechos humanos, tanto que aquella debe concretar un “alineamiento” con estos, y los sistemas inteligentes no pueden producir interferencias con la dignidad humana. Por eso, la manipulación final y operación sobre procesos de IA, debe descansar en personas (y más aún todavía cuando los resultados impactan directamente sobre las libertades), debiendo –en definitiva- “la dimensión humana” estar presente en el proceso de toma de decisiones y evaluación sobre quejas ante situaciones de violaciones a los derechos humanos.

Particularmente, entonces, uno de los supuestos de resguardo a los derechos fundamentales lo encontramos en la prohibición de la automatización jurídica basada exclusivamente en perfiles digitales, o si se prefiere, el “perfilado”.

Recordamos, tal como lo ha hecho Juan CORVALÁN dentro de la más importante doctrina argentina, “que el perfilado consiste en utilizar datos personales a fin de evaluar aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento

2 SARRIÓN ESTEVE, Joaquín, “El Derecho Constitucional en la era de la inteligencia artificial, los robots y los drones”, en PÉREZ MIRÁS, Antonio, TERUEL LOZANO, German M, RAFFIOTTA, Edoardo C, IADICICCO, María Pía, (Directores), y ROMBOLI Silvia (Coordinadora), *Setenta años de la Constitución italiana y cuarenta años de la Constitución española*, Volumen V, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, pag. 321 y ss., en part. pag. 328.

profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimiento”³ Para lo cual, no solo se segmentan o separan datos a la luz de diversos criterios y a través de técnicas de IA, sino también se busca alcanzar patrones con el fin de inducir, gestionar o modelar acciones humanas futuras.

Y, claro ésta, continua el autor citado, “Si el usuario no es consciente de su elaboración, comparación y uso, no deberían ser utilizados Para su recolección, tratamiento, comparación y toma de decisiones a partir de ellos, es necesario garantizar todos los derechos que se reconocen en las normas en relación con los datos personales y se requiere un consentimiento previo e informado para su realización No es posible que un aspecto general conduzca a una autorización para perfilar personas y tomar decisiones basadas en el tratamiento automatizado de datos personales”.

Comencemos entonces con nuestro análisis.

2 Presentación del tema: la prohibición normativa

En la actualidad, y sin perjuicio de toda la normativa ética desarrollada a través de valores y principios por parte de la comunidad internacional, principalmente a escala universal y regional, la automatización y el uso de la IA descansa en una de sus pocas regulaciones concretas a través de la regla de la prohibición de toma de resoluciones (judiciales y/o administrativas) mediante el perfilamiento digital de la persona, como único basamento de dicha decisión, tal como rezan los principales y más modernos regímenes de protección de datos personales, aunque -recordemos- esta regla ya tiene varias décadas de vigencia.

Así, a nivel nacional, en la Argentina por ejemplo el artículo 20 de la ley 25.326 de “Protección de datos personales” (año 2000), establece un límite claro a la automatización decisoria mediante técnicas de IA, por cuanto tales actos, no pueden tener como único fundamento los datos que surjan del tratamiento informatizado de la persona, esto es el “perfilamiento” artificial y muchas veces parcial, que las plataformas hacen de una persona. De esta manera, señala que “*Las decisiones judiciales o los actos administrativos que impliquen apreciación o valoración de conductas humanas, no podrán tener como único fundamento el resultado del tratamiento informatizado de datos personales que suministren una definición del perfil*

3 CORVALAN, Juan G., y PAPINI, Carina M., “Perfiles digitales humanos Episodia recargado”, en CORVALÁN, Juan G (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T I, Thomson Reuters, La Ley, pag. 609 y ss., en part. pag. 650.

o personalidad del interesado”, sancionando con la nulidad insanable “los actos que resulten contrarios a la disposición precedente”.

De igual manera, el artículo 32 del Proyecto de reforma de la Ley de Protección de Datos Personales argentino establece que *“El titular de los datos tiene derecho a oponerse a ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado de datos, incluida la elaboración de perfiles, que le produzca efectos jurídicos perniciosos o lo afecte significativamente de forma negativa. El titular de los datos no podrá ejercer este derecho si la decisión: a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el titular de los datos y el responsable del tratamiento; b) está autorizada por ley; c) se basa en su consentimiento expreso. En los casos a que se refieren los incisos a) y c), el responsable del tratamiento debe adoptar las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos del titular de los datos; como mínimo, el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable del tratamiento, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión”.*

Por su lado, el 27 de abril de 2016, se aprobó el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos). Este último, en su artículo 22 dispone que: *“Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar. No se aplicará si la decisión: a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o c) se basa en el consentimiento explícito del interesado.”*

Coincidimos con Juan CORVALÁN y Carina PAPINI en que aquella norma es demasiado amplia ya “que no tiene en cuenta lo que sucede en la realidad, donde un sujeto acepta ser perfilado, pero sin un consentimiento realmente válido por no contar con la información adecuada. De hecho, la mayoría de los usuarios/as no saben en qué consiste un perfil, a pesar de que existen miles de perfiles elaborados a partir de su personalidad digital -que tiene influencia directa en nuestra personalidad analógica- por lo cual el escenario es dramático. El Reglamento, no establece en qué medida se deben proporcionar explicaciones individuales

al interesado”⁴. No obstante, desde nuestra óptica, puede encontrarse una salida interpretativa a través de los diversos y variados principios éticos que informan el uso de la IA, los que -sin dudas y conforme nuestra opinión- ayudan para desentrañar el alcance y extensión de la norma antes referenciada.

Asimismo, continua la regla citada en última instancia, en el supuesto que se viole o desconozca este derecho “a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado o en la elaboración de perfiles” que puedan producir efectos jurídicos sobre él o que le afecten de modo significativo, la norma garantiza que el interesado tendrá la facultad de impugnar aquellos actos, decisiones y/o negocios jurídicos celebrados en función exclusivamente de esas decisiones, pudiendo –además- reclamar la reparación del posible daño moral que se le hubiera causado⁵.

Finalmente, y también en el ámbito europeo (Consejo de Europa) puede encontrarse además otro antecedente del tema estudiado, en el denominado Comité Consultivo para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (conocido como Convenio 108 y tras su revisión como Convenio 108+), en cual ha incorporado un nuevo derecho para los sujetos de datos en su art. 9 que consiste en que todo individuo tendrá derecho a no estar sujeto a una decisión que le afecte significativamente basándose únicamente en el procesamiento de datos automatizado sin que se tenga en cuenta su opinión⁶.

4 CORVALAN, Juan G., y PAPINI, Carina M., “Perfiles digitales humanos Episodia recargado”, en CORVALAN, Juan. G. (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T I, ob. cit., pag 609 y ss., en part. pag. 649. También se ha dicho con razón que “la ambigüedad y el alcance limitado del «derecho a no estar sujeto a la toma de decisiones automatizadas» contenida en el art. 22 (del cual se deriva el presunto «derecho a explicación») plantea dudas sobre la protección realmente otorgada a los interesados. Estos problemas muestran que el Reglamento carece de un lenguaje preciso, así como de derechos y garantías explícitos y bien definidos contra la toma de decisiones automatizada, y, por lo tanto, corre el riesgo de no servir de base a mecanismos coercitivos efectivos” (GASCÓN MARCÉN, Ana, “Derecho humanos e inteligencia artificial”, en PÉREZ MIRÁS, Antonio, TERUEL LOZANO, German M, RAFFIOTTA, Edoardo C, IADICICCO, María Pía, (Directores), y ROMBOLI Silvia (Coordinadora), *Setenta años de la Constitución italiana y cuarenta años de la Constitución española*, Volumen V, ob. cit., pag 335 y ss., en part. pag. 347, citando a Wachter, S.; Mittelstadt, B.; Floridi, L. (2016), «Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation», *International Data Privacy Law*, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2903469>).

5 NAVAS NAVARRO, Susana, “Derecho e inteligencia artificial dese el diseño. Aproximaciones”, en NAVAS NAVARRO, Susana (directora,) *Inteligencia artificial. Tecnología. Derecho*, tirant lo blanch, Valencia, 2017, pag. 53.

6 Disponible en <https://www.coe.int/es/web/data-protection/convention108/modernised>

3 El debate doctrinario

Entre nosotros, autores locales argentinos han interpretado que el artículo 20 de la ley argentina de Protección de Datos Personales directamente imposibilita el uso de la IA en las decisiones administrativas y/o judiciales. Para esta opinión, “Esto significa que, como regla general, en la Argentina no serían válidos una sentencia judicial o un acto administrativo redactado por un sistema de IA. Nótese que decimos “redactados” y no “emitidos” o “dictados” porque estas alternativas implicarían reconocer a la IA personalidad y competencia para emitir dichos actos”...” en ningún caso corresponde otorgar a un sistema de IA la posibilidad de decidir sobre aspectos trascendentes para la vida de las personas. En este sentido, la norma del art. 20 de la LPDP constituye un formidable límite que sella cualquier discusión⁷.

Sin embargo, en nuestro país la Resolución 4/2019 de la Agencia de Acceso a la Información Pública de la Argentina, que fue dictada con la finalidad de establecer criterios orientadores e indicadores de mejores prácticas de la 25.236, se aleja de la letra de la ley, estableciendo que “*En caso que el responsable de la base de datos tome decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado de datos que le produzcan al titular de los datos efectos jurídicos perniciosos o lo afecten significativamente de forma negativa, el titular de los datos tendrá derecho a solicitar al responsable de la base de datos una explicación sobre la lógica aplicada en aquella decisión, de conformidad con el artículo 15, inciso 1 de la Ley N° 25.326*”⁸. Es decir, no prohíbe el tratamiento automatizado, sino que -en realidad- concede el derecho de solicitar explicaciones sobre la lógica aplicada a la decisión.

Desde nuestra óptica, tal como se verá a continuación, la norma local lejos está de prohibir la utilización de IA por autoridades judiciales o administrativas a la hora del dictado de las resoluciones, en realidad, lo que prohíbe se tenga “como único fundamento” el tratamiento automatizado y que además éstos “suministren una definición del perfil o personalidad del interesado”⁹, es decir, que se base en un “perfilado”. Refuerza nuestra

7 VELTANI, Juan Darío, “Inteligencia Artificial y tratamiento automatizado de datos personales”, en GRANERO, Horario R. (director académico), *Inteligencia Artificial y Derecho, un reto social*, UCA Facultad de Derecho, fiadi, elDial.com Contenidos Jurídicos, Bs. As, 2020, pag. 199 y ss., en part. pag. 205.

8 No obstante, para VELTANI esa norma se refiere al tratamiento de automatizado de datos en el ámbito privado, concluyendo que “si bien no existe al ámbito privado la prohibición del art. 20 de la LPDP, faculta al titular de datos a pedir explicaciones sobre el resultado de la decisión que lo afectó y que estuvo basada en el tataranieto automatizado de datos personales” (pag. 206).

9 En igual sentido, se ha dicho que “la precitada regla general únicamente aplica cuando no existe

postura, el propio artículo 1º del Decreto 733/2018 que autoriza la tramitación automática de actos administrativos.

La doctrina europea¹⁰, por el contrario, en línea a nuestra postura, ha interpretado que “En el caso de COMPAS, o cualquier otra herramienta de IA destinada a apoyar a los Jueces en el dictado de sus resoluciones, sería preciso para su funcionamiento, que o bien el “Derecho de la Unión o de los Estados miembros” así lo autorice, o que se preste el consentimiento explícito del justiciable para el uso de la misma. Ello no obstante, el redactado del Reglamento se refiere a “decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado”, es decir, que la decisión del Juez se basa única y exclusivamente en el Informe elaborado por un algoritmo, sin embargo, si dicho Informe es tenido como un elemento más, cuya valoración se ha hecho de manera conjunta con el resto de prueba y conforme a las reglas de la sana crítica, dicho artículo no sería de aplicación, y por ende, podrían ponerse en práctica el uso de dichos algoritmos. Ahora bien, este precepto sí cerraría la puerta a Jueces basados exclusivamente en Inteligencia Artificial, o Jueces IA. Dado que, en estos casos, sería el propio algoritmo el que emitiría la Resolución y tomara la decisión, un Juez IA sólo sería posible si los autorizara “el Derecho de la Unión o de los Estados miembros” y se establecieran “medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado”.

4 Alguna jurisprudencia al respecto

Un ejemplo de lo expuesto, lo encontremos en la sentencia del

ningún tipo de intervención humana directa o indirecta. Lo que se quiere es que exista la posibilidad de controvertir la decisión ante un ser humano y que no se deje a cargo del ciento por ciento (100%) de los algoritmos o de los procesos automatizados” (“Recomendaciones Generales para el Tratamiento de Datos en la Inteligencia Artificial”, texto aprobado por las entidades integrantes de la Red Iberoamericana de Protección de Datos en la sesión del 21 de junio de 2019, en México). Finalmente, en las denominadas “Orientaciones Especificas par el Cumplimiento de los Principios y Derechos que Rigen la Protección de los Datos Personales en los Proyectos de Inteligencia Artificial” (aprobados por citada entidad el mismo día y lugar), establece en ese sentido que “*El titular tendrá derecho a no ser objeto de decisiones que le produzcan efectos jurídicos o le afecten de manera significativa que se basen únicamente en tratamientos automatizados destinados a evaluar, sin intervención humana, determinados aspectos personales del mismo o analizar o predecir, en particular, su rendimiento profesional, situación económica, estado de salud, preferencias sexuales, fiabilidad o comportamiento*”.

10 ERCILLA GARCÍA, Javier, “La Inteligencia Artificial en la Justicia: Asistentes IA Judiciales y Jueces IA”, file:///C:/Users/Usuario/Documents/LIBRO/OTROS%20ARTICULOS%20CON%20AGREGADOS/NUEVO%20LIBRO/ACTUALIZACIÓN/Inteligencia%20Artificial%20en%20la%20Justicia%20-%20Asistentes%20IA%20Judiciales%20y%20Jueces%20IA%20(1).pdf

Consejo Constitucional francés del año 2019¹¹, que puso como condición para ratificar la constitucionalidad de normativa por la cual se utilizaba IA para fines tributarias, entre otros aspectos, que los indicios de fraude fiscal recabados de forma automatizada a través de los algoritmos no pueden servir de única prueba para fundamentar una regularización, sino que deben ponerse en marcha procedimientos de control fiscal, a través de medios no automatizados, para evaluar la fiabilidad de tales indicios (corroboración) y completarlos debidamente a efectos de motivar una eventual comprobación. Y agregó que cualquier regularización o sanción que pudiera resultar de tales procedimientos debe ser debidamente individualizada y motivada, sin que pueda fundamentarse únicamente en los datos resultados de tratamiento automatizado, permitiendo en todo caso el ejercicio de derechos de defensa (audiencia y contradicción) y las garantías que establece la normativa de protección de datos de carácter personal (derechos de acceso, rectificación y cancelación).

En particular, y tal como se ampliara más adelante cuando se desarrolle el principio de “explicabilidad”, para que puede defenderse la legalidad del proceso de la utilización de técnicas de automatización e IA en la función administrativa y/o judicial, especialmente en lo que refiere a un procedimiento previo para la toma una resolución, debe necesariamente promoverse, asegurarse y garantizarse al particular su derecho de acceso a la información pública –“algorítmica” si se nos permite la añadidura- para que tome conocimiento, no solo de los motivos por los cuales la administración o la judicatura adoptó una determinada decisión que impacta sobre la esfera individual de los derechos fundamentales, sino también cómo se llegó a cabo, es decir, las secuencias lógicas que se utilizaran para arribar a una determinada conclusión.

Y esto no debe ser de cualquier forma, sino que debe darse a conocer a través de un lenguaje accesible, inteligible, comprensible y asequible al administrado, para que puede tomar una decisión sobre su futuro procedimental. Pues de no ser así, estaríamos ante un agravio concreto tanto a la tutela administrativa como judicial efectiva, de basamento constitucional y convencional¹².

11 CALDERON CARRERO, José Manuel, “Algoritmos de inteligencia artificial con fines de control fiscal: ¿puede el derecho embridar a las nuevas tecnologías?”, *El Derecho Tributario*, marzo, 2010.

12 Por otro costado, se ha dicho que a merced del principio de precaución y el principio de prevención, expresamente regulados en el art. 1710 del CCyCN debemos prohibir los algoritmos opacos o cajas negras que puedan llegar a perjudicar la dignidad de las personas, en el amplio marco de la salud, la libertad, la igualdad, la educación, el consumo, etc. (SOBRINO,

En ese sentido, los autores CANEVARO y LAU ALBERDI¹³, citan el fallo del Tribunale Amministrativo Regionale de la región Lazio-Roma (sentencia n° 3769 de fecha 22/03/2017), por el cual se reconoce el derecho del demandante de acceder al algoritmo del programa empleado por el Ministerio de Educación italiano para el desarrollo del procedimiento relativo a la transferencia interprovincial del personal docente, entendiendo que el algoritmo es una expresión directa de actividad llevada a cabo por la Administración, que sin duda es una actividad de interés público, pese que el mismo fuera implementado no por los funcionarios sino por una empresa privada en la cual la Administración encargó su creación.

En otra sentencia del mismo tribunal (sentencia n° 10.964 de fecha 14/09/2019), se señala que las relaciones privadas con las autoridades públicas no pueden mortificarse y comprimirse legítimamente reemplazando la actividad humana con la actividad impersonal, por lo que, no solo se viola la garantía de transparencia, sino también, la obligación de motivar las decisiones administrativas, con el agravante de frustrar también las garantías procesales de acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva. En consecuencia, señaló—desarrollan los autores— que incluso cuando la actuación automatizada de la Administración alcance su mayor grado de precisión e incluso perfección, nunca puede suplantar, reemplazando por completo, la actividad cognitiva, adquisitiva y crítica encomendada a un funcionario, es decir, una persona física, por lo tanto, debe reservarse hoy una función instrumental y meramente auxiliar dentro del procedimiento y nunca subrogar o dominar la actividad humana.

Finalmente, el Consejo de Estado italiano, en su sentencia n° 8472 del 13/12/2019, postuló tres principios referidos al uso de algoritmos en el procedimiento administrativo: 1) el principio de conocimiento, no solo de la existencia en sí del procesos automatizados, sino también sobre la lógica utilizada¹⁴, 2) el principio de no exclusividad de la decisión algorítmica: en el caso de que una decisión automatizada produzca efectos legales la persona tiene derecho a que sea decisión no se base únicamente

Waldo, *Contrato, neurociencias e inteligencia artificial*, Thomson Reuters, La Ley, 2020, pag. 251).

13 CANEVARO, Carlos R. y LAU ALBERDI, Jerónimo, “La actuación administrativa automatizada en el Estado constitucional de derecho”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 133, enero-febrero 2021, pag. 30 y ss., en part. pag. 43 y ss.

14 Sostuvo el Tribunal, según los autores citado, que el conocimiento del algoritmo debe garantizarse en todos los aspectos: desde sus autores, pasando por el procedimiento utilizado para su elaboración, hasta el mecanismo de decisión, incluidas las prioridades asignadas en el procedimiento de evaluación y toma de decisiones y los datos seleccionados como relevantes.

en ese proceso automatizado, 3) el de no discriminación para que no se produzcan inexactitudes, y de esa manera, minimizar el riesgo de errores.

5 Una respuesta: los valores y principios éticos de la IA

La comunidad internacional ya hace tiempo viene trabajando en busca de los consensos para alcanzar los conceptos y las significaciones existentes de las relaciones o interrelaciones entre la IA, los algoritmos y la ética, es decir, acordar la generación de un ecosistema digital de abordaje mundial, o por lo menos regional -aunque también se presentan antecedentes a nivel nacional- a la preocupación o debate por la ética en la IA, con ello, definir cuáles son los valores y principios fundamentales que deberán respetar y contener los estudios, desarrollos, aplicación, despliegue y ejecución de los sistemas de IA¹⁵.

Muchos de esos valores y principios se relacionan directamente con nuestro tema, es decir, la regla de la prohibición de toma de decisiones administrativas o judiciales basadas exclusivamente en el perfilamiento digital, cuya explicación y régimen encuentra anclaje en diversas exigencias éticas, que a continuación se exponen forma sintética.

Comencemos, tal como debe hacerse, con la conferencia organizada por el *Future of Life Institute*, en la cual se redactó una lista de recomendaciones sobre IA -dando lugar a lo que se conoce como “Los 23 principios de la IA de Asilomar” (del 2017)-, y que se han referido a la ética y los valores, entre ellos, seguridad, transparencia, responsabilidad, alineación de valores, privacidad, libertad, beneficio compartido, control humano. En especial, refiere que cualquier intervención de un sistema autónomo en una decisión debería ir acompañada de una explicación satisfactoria y auditable por parte de una autoridad humana competente (principio 8 “Transparencia judicial”), que las personas deberán tener el derecho de acceder, gestionar y controlar los datos que generan (principio 12 “Privacidad personal”) y los seres humanos deberían escoger cómo y si delegan decisiones a los sistemas de IA para completar objetivos escogidos previamente (principio 16 “control humano”).

15 Se ha dicho con razón que “El desarrollo de la IA sin controles éticos y jurídicos es un asunto de derechos humanos. El riesgo existencial que tal clase de desarrollo conlleva, impone a la generación actual de seres humanos el imperativo ético, derivado del principio de responsabilidad, de precaver el acaecimiento de tales riesgos” (LÓPEZ ONETO, Marcos, “Fundamentos antropológicos, éticos, filosóficos, históricos, sociológicos y jurídicos para la constitución universal de un Derecho de la Inteligencia Artificial (DIA)”, en CORVALÁN, Juan G., *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T I, ob. cit., pag. 69 y ss, en part. pag. 130).

En febrero de ese mismo año, el Parlamento Europeo emitió una resolución con recomendaciones destinadas a la Comisión Europea respecto a normas de Derecho Civil sobre robótica (16/02/2017)¹⁶ en la que considera “*que el aprendizaje automático ofrece enormes ventajas económicas e innovadoras a la sociedad, al mejorar enormemente la capacidad de analizar datos, aunque también plantea retos a la hora de velar por la no discriminación, las garantías procesales, la transparencia y la inteligibilidad de los procesos decisorios*” .

En abono a nuestro estudio, es muy representativa la Carta Ética Europea sobre el Uso de la Inteligencia Artificial en los sistemas judiciales y su entorno¹⁷, emitida en diciembre de 2018, por la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia (CEPEJ) del Consejo del Europeo, toda vez que bajo la premisa del principio denominado “*bajo control del usuario*” se garantiza “*excluir un enfoque prescriptivo y garantizar que los usuarios sean actores informados y que controlen sus elecciones*” Entiende que “*Los profesionales del sistema de justicia deberían, en cualquier momento, poder revisar las decisiones judiciales y los datos utilizados para producir un resultado y continuar sin estar obligados a ello a la luz de las características específicas de ese caso en particular*” . Y, los usuarios, por su lado, deben estar claramente informados “*de cualquier procesamiento previo de un caso por inteligencia artificial antes o durante un proceso judicial y tener derecho a objetar, de modo que su caso pueda ser escuchado directamente por un tribunal*”, lo que en definitiva asegura la participación humana y la intervención del interesado en cualquier momento, conforme las normas procesales vigentes.

Asimismo, la UNESCO presentó en 2019 un estudio preliminar sobre los aspectos técnicos y jurídicos relativos a la conveniencia de disponer de un instrumento normativo sobre la ética de la inteligencia artificial¹⁸, y a tal fin propuso una serie de principios genéricos: derechos humanos, integración, prosperidad, autonomía, explicabilidad, transparencia, conocimiento y capacitación, responsabilidad, asunción de responsabilidades, democracia, buena gobernanza, y sostenibilidad. Como así también se destaca la labor del Vaticano cuando lanzara el llamamiento “*Ética en la inteligencia artificial*” o “*Llamado de Roma*” (28/02/2020) para promover la denominada “*algo-etica*” según los principios de

16 Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html

17 En su versión en español, puede accederse en <https://campusialab.com.ar/wp-content/uploads/2020/07/Carta-e-%CC%81tica-europea-sobre-el-uso-de-la-IA-en-los-sistemas-judiciales-.pdf>

18 Disponible en https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367422_spa/PDF/367422spa.pdf.multi

transparencia, inclusión, responsabilidad, imparcialidad, fiabilidad y seguridad-privacidad¹⁹.

Por otro lado, en año 2019 la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) y los países socios, adoptaron el primer conjunto de directrices de políticas intergubernamentales sobre IA²⁰, y en lo que respecta específicamente al tema que nos ocupa, el principio de “transparencia y explicabilidad”²¹ prescribe que los “*agentes de IA deben comprometerse con la transparencia y la divulgación responsable con respecto a los sistemas de IA. Para ello, deben proporcionar información significativa, adecuada al contexto y coherente con el estado de la técnica*”, en particular, para “*Permitir que los afectados por un sistema de IA comprendan el resultado*”, y “*aquellos afectados negativamente por un sistema de inteligencia artificial cuestionen su resultado basándose en información simple y fácil de entender sobre los factores y la lógica que sirvió como base para la predicción, recomendación o decisión*”.

El “Libro Blanco sobre Inteligencia Oficial Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza” (Comisión Europea, 2020)²² pone de manifiesto una importante escala de “supervisión humana” según los casos: a) El resultado del sistema de IA no es efectivo hasta que un humano no lo haya “revisado y validado” (por ejemplo, dice el documento, la decisión de denegar una solicitud de prestaciones de seguridad social solo podrá adoptarla un ser humano), b) El resultado del sistema de IA es inmediatamente efectivo, pero se “garantiza la intervención humana posterior” (por ejemplo, la decisión de denegar una solicitud de tarjeta de crédito puede tramitarse a través de un sistema de IA, pero debe

19 Al respecto, se destaca el discurso del Santo Padre Francisco de fecha 28/02/2020 en el Plenario de la Pontificia Academia Para la Vida, manifestando que “*no es suficiente la simple educación en el uso correcto de las nuevas tecnologías que no son, efectivamente, instrumentos “neutrales” porque, como hemos visto, modelan el mundo y comprometen a las conciencias en el ámbito de los valores*” (https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2020/february/documents/papa-francesco_20200228_accademia-perlavita.html)

20 Disponible en <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449#mainText>

21 Comenta GASCÓN MARCÉN que hay autores que se muestran más escépticos sobre el principio de explicabilidad, ya que, según ellos, hay varias razones para dudar tanto de la existencia legal como de la viabilidad de un “derecho a explicación” porque el RGPD sólo exige que los interesados reciban información significativa (pero debidamente limitada) (arts. 13-15) lo que, en opinión de los autores debería entenderse más como un “derecho a estar informado” (GASCÓN MARCÉN, Ana, “Derecho humanos e inteligencia artificial”, en PÉREZ MIRÁS, Antonio, TERUEL LOZANO, German M, RAFFIOTTA, Edoardo C, IADICICCO, María Pía, (Directores), y ROMBOLI Silvia (Coordinadora), *Setenta años de la Constitución italiana y cuarenta años de la Constitución española*, Volumen V, ob cit, pag. 335 y ss., en part. pag. 346)

22 Disponible en file:///C:/Users/Ricardo/Downloads/1_ES_ACT_part1_v2.pdf.es.pdf

posibilitarse un examen humano posterior), c) Se realiza un seguimiento del sistema de IA mientras funciona y “es posible intervenir en tiempo real y desactivarlo” (por ejemplo, un vehículo sin conductor cuenta con un procedimiento o botón de apagado para las situaciones en las que un humano determine que el funcionamiento del vehículo no es seguro), d) En la fase de diseño, se imponen “restricciones operativas” al sistema de IA (por ejemplo, un vehículo sin conductor dejará de funcionar en determinadas condiciones de visibilidad reducida en las que los sensores sean menos fiables, o mantendrá una cierta distancia con el vehículo que lo preceda en una situación dada).

Véase, entonces, de qué manera los supuestos a) y b) se relacionan con nuestro objetivo de estudio, habida cuenta que en el caso de las decisiones administrativas o judiciales basadas exclusivamente en el tratamiento informatizado de los datos, el resultado del sistema debe ser revisado y validado por la persona humana, o por lo menos, la intervención humano posterior a través de la explicación pertinente.

En mismo año 2020, nuevamente la UNESCO, a través del Grupo Especial de Expertos (GEE), presenta un documento por el cual se proyecta recomendación sobre ética de la IA²³, y en materia de “supervisión y decisiones humanas”, sincera que si bien en algunos casos los seres humanos tienen que compartir el control con los sistemas de IA por razones de eficacia, aclara que *“la decisión de ceder el control en contextos limitados seguirá recayendo en los seres humanos, ya que los sistemas de IA deberían ser investigados, diseñados, desarrollados, desplegados y utilizados para ayudar a los seres humanos en la toma de decisiones y en la actuación, pero nunca para reemplazar la responsabilidad humana final”*.

Finalmente, a los efectos de nuestra investigación no es un elemento menor recordar que en la Propuesta de Reglamento de Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de IA (5/10/2020)²⁴ -aplicable *“a aquellos casos en que una actividad física o virtual, un dispositivo o un proceso gobernado por un sistema de IA haya causado daños o perjuicios a la vida, la salud, la integridad física de una persona física y los bienes de una persona física o jurídica, o bien haya causado daños morales considerables que den lugar a una pérdida económica comprobable”*, se señala que en los sistemas de alto riesgo la responsabilidad

23 Disponible en https://ircai.org/wp-content/uploads/2020/07/Recommendation_first_draft_SPA.pdf

24 Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_ES.html#title1

del “operador” será objetiva por cualquier daño o perjuicio causados por la actividad física o virtual. En cambio, en los que no son considerados de alto riesgo, aquella será subjetiva, no obstante, la persona afectada debe poder acogerse a una presunción de culpa de operador, quien debe poder exculparse demostrando que ha observado el deber de diligencia.

A escala nacional, el Marco Ético para una IA en Colombia (de agosto de 2020)²⁵ hace referencia, entre otros, al principio de “control humano de las decisiones propias de un sistema de inteligencia artificial (*Human-in-the-loop* y *Human-over-the-loop*)”, estableciendo que en aquellos sistemas con cierta autonomía en sus decisiones, el ser humano debe tener el control especialmente en la etapa de implementación.

Además, la Carta de los Derechos Digitales de España²⁶, reconoce en su apartado V el “derecho de la persona a no ser localizada ni perfilada”, estableciendo que “*localización y los sistemas de análisis de personalidad o conducta que impliquen la toma de decisiones automatizadas o el perfilado de individuos, o grupos de individuos, únicamente podrán realizarse en los casos permitidos por la normativa vigente y con las garantías adecuadas en ella dispuestas*” para lo cual el “*El responsable del tratamiento deberá informar explícitamente al interesado sobre la finalidad de la localización, el perfilado o la decisión automatizada y sobre el ejercicio del derecho de oposición, y presentarlos claramente y al margen de cualquier otra información y con pleno respeto al derecho a la protección de datos a que se refiere el apartado III*”. Justamente, el derecho al no perfilamiento que implique toma de decisiones y el acceso a la información explícita, es nuestra especial preocupación, al mismo tiempo que también la posibilidad oponerse a tal situación, la que se presenta -en consecuencia- como una derivación lógica del debido proceso adjetivo o el derecho de defensa.

En conclusión, a los efectos de sistematizar y sintetizar la descripción de los principios ofrecidos por cada uno de los documentos antes expuestos, podría estarse a los cinco principios éticos para la IA que publica el filósofo italiano Luciano FLORIDI, tomando los cuatro principios enunciados por la bioética, esto es, beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia²⁷,

25 Disponible en <https://dapre.presidencia.gov.co/AtencionCiudadana/DocumentosConsulta/consulta-marco-etico-IA-Colombia-200813.pdf>

26 Elaborada a partir del trabajo realizado por el Grupo asesor de Expertas y Expertos constituido por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, aunque no tenga carácter normativo vinculante Disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

27 Autores argentinos, bajo la premisa de respeto a los principios de supervisión humana, de solidez

a lo que se le suma un nuevo principio, el de explicabilidad, “tanto en el sentido epistemológico de “inteligibilidad” (como respuesta a la pregunta “¿cómo funciona?”), como en el sentido ético de “rendición de cuentas” (como respuesta a la pregunta: “¿quién es responsable de la forma en que funciona?”)”²⁸.

6 El debido proceso algorítmico

Desde nuestra perspectiva, la prohibición de decisiones -administrativas y/o judiciales- basadas exclusivamente en el perfilamiento digital de la persona, lo que exige a la postre la debida participación del interesado previo acceso a la más amplia y suficientemente explicada información respecto el sistema inteligente, hunde sus raíces en el debido proceso adjetivo, el derecho de defensa, o si se prefiere, la tutela judicial y administrativa efectiva.

En la Declaración de Toronto de 2018²⁹, firmada por destacables organizaciones internacionales, se reserva una sección para destacar el derecho a un recurso efectivo, rápido y ágil³⁰, exhortando a los gobiernos a que garanticen estándares de debido proceso para el uso del aprendizaje automático en el sector público, siendo la primera vez que se menciona la noción del debido proceso algorítmico³¹.

A su vez, uno de los principios fundamentales desarrollados por la destacadísima y ya muy conocidas “Directrices Éticas para una IA Fiable” (Comisión Europea, 2019)³², es el de explicabilidad, en el sentido que “*los procesos han de ser transparentes, que es preciso comunicar abiertamente las*

técnica, de transparencia, de rendición de cuentas y de contribución al bienestar social, han propugnado la necesidad de “transformar una herramienta, la IA, en IARS, una Inteligencia Artificial Responsable Social, un bien común de la nueva sociedad digital” (AGUIAR, Henoch, “Inteligencia bifronte ¿libertad o esclavitud?”, CORVALÁN, Juan G. (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T I, ob. cit., pag 193 y ss., en part. pag. 202) .

28 FLORIDI, Luciano, y otros, “AI4People: un marco ético para una buena sociedad de IA: oportunidades, riesgos, principios y recomendaciones”, disponible en <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs11023-018-9482-5#citeas>

29 Disponible en <https://www.accessnow.org/the-toronto-declaration-protecting-the-rights-to-equality-and-non-discrimination-in-machine-learning->

30 Dice se “*requiere que todos puedan obtener un recurso efectivo y una reparación cuando sus derechos hayan sido denegados o violados*” .

31 ADARO, Mario, y REPETTO, Marisa, “Ciber-Etica y la necesidad de un ecosistema de gobernanza digital”, en CORVALÁN, Juan G. (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, ob. cit., pag 447 y ss., en part. pag. 465.

32 Disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-es/format-PDF>

capacidades y la finalidad de los sistemas de IA y que las decisiones deben poder explicarse —en la medida de lo posible— a las partes que se vean afectadas por ellas de manera directa o indirecta”, sin lo cual, es decir, sin esta información, entiende el documento citado que “*no es posible impugnar adecuadamente una decisión*” (párrafo 53), lo que -agregamos nosotros- también tiene que ver con el “*debido proceso algorítmico*”. Mas adelante, aclara el texto que “*el grado de necesidad de explicabilidad depende en gran medida del contexto y la gravedad de las consecuencias derivadas de un resultado erróneo o inadecuado*”, aspecto que -según nuestro análisis- es esencial en aquellos supuestos en que las decisiones tengan consecuencias directas sobre la esfera de las situaciones jurídicas subjetivas.

En este entendimiento, la Asamblea General de Naciones Unidas sostiene que los sistemas de IA dificultan que se cumpla con el debido proceso legal, toda vez que 1) la notificación individual casi está excluida por la naturaleza del sistema y 2) la escrutabilidad del sistema de IA es compleja y muchas veces dificultosa inclusive para expertos y agrega “*los procesos automáticos de respuesta suscitan dudas de que los mecanismos de atención de quejas constituyan un recurso efectivo, en vista de la falta de discreción, análisis contextual y determinación independiente incorporada en estos procesos*”³³.

Sumado a ello -ilustra María CARABALLO- un gran problema que plantea esta tecnología en la “generalización”: “Para vivir en sociedad y poder entendernos entre unos y otros, es necesario generalizar y lo hacemos diariamente. Esto es así, ya que las generalizaciones nos permiten entender características más o menos comunes de las cosas. Sin embargo, cuando hablamos de seres humanos, las generalizaciones llevan, en su gran mayoría, a discriminaciones y inequidad, vulnerando de esta manera uno de los derechos humanos más importantes que atraviesa a todos, el derecho a la equidad”³⁴.

Por ello, concluye la autora, “Las inequidades y generalizaciones también se plasman al utilizar la tecnología, es especial en la toma de decisiones automatizadas por medio de inteligencia artificial, teniendo en cuenta que, en la mayoría de las veces, ni si quiera sabemos que estamos siendo sometidas a perfilamiento o procesamiento de nuestros datos,

33 Res 73/348 de la Asamblea General “Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión” A/73/348, 29 de agosto de 2018.

34 CARABALLO, María, “Inteligencia artificial, inequidad y discriminación en cajas negras”, CORVALÁN, Juan G. (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T I, ob. cit., pag 273 y ss., en part. pag. 292.

pudiendo ser víctimas de discriminaciones, imposibilitadas de ejercer nuestro derecho de defensa. Incluso si somos conscientes de que estamos siendo sometidas a algún tipo de perfilamiento o toma de decisiones basadas en inteligencia artificial, es muy difícil reclamar, de manera directa a los algoritmos. Ellos no conocen de mediaciones ni apelaciones”³⁵.

En este punto, y directamente vinculado con el debido proceso adjetivo, tenemos para nosotros que la prohibición del decisionismo basado exclusivamente en el tratamiento automatizado de datos, responde a la natural división entre el resultado de la predicción, y el arte y oficio del juicio, y en consecuencia, diferenciar el trabajo entre inteligencia artificial y los humanos. Corresponde, entonces, trazar una línea divisoria entre predicción y juicio, y con ello, segmentar el trabajo entre inteligencia artificial y el propio de los humanos. Explica Horacio GRANERO que “Una predicción no es una decisión. Tomar una decisión requiere aplicar el juicio a una predicción y luego actuar. Y esto, es un punto crucial” y aclara que “si bien la predicción es un componente clave de cualquier decisión, no es el único componente. Los otros elementos de una decisión (juicio, datos y acción) permanecen, por ahora, firmemente en el reino de los humanos. Son complementarios de la predicción, lo que significa que su valor aumenta a medida que la predicción se vuelva más económica”³⁶.

7 Conclusiones

Desde nuestra óptica, la prohibición estudiada no alcanza a toda la automatización de las decisiones administrativas y/o judiciales por medio del uso de IA en el marco de un procedimiento previo llevado a cabo por la Administración pública o el Poder Judicial, en ejercicio de potestades públicas, como sí bregamos y defendemos. Por el contrario, la norma veda solamente la realización -tal como dice el título del artículo 32 del proyecto argentino mencionado- de las “valoraciones personales automatizadas”-es

35 CARABALLO, María, “Inteligencia artificial, inequidad y discriminación en cajas negras”, CORVALÁN, Juan G (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T I, ob. cit., pag. 273 y ss., en part. pag. 293.

36 GRANERO, Horacio Roberto, “De los sistemas inteligentes de medición del caos a GPT-3 y la asistencia a los abogados de la última milla”, CORVALAN, Juan G. (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T III, ob. cit., pag. 195, en part. pag. 212. Expresa el autor que “El juicio es una tarea complicada, requiere sentido común y comprensión del mundo, dos áreas en las que los algoritmos de aprendizaje automático aun luchan por conseguirlos y es por eso que a pesar de los avances tecnológicos los humanos deben seguir juzgando y decidiendo sobre múltiples objetivos que se extienden a corto y largo plazo, debiendo efectuar evaluaciones en situaciones dinámicas complejas”.

decir el “perfilamiento” digital o “personalidad” parcial- ya que el mismo podría traer consecuencias jurídicas disvaliosas para la persona humana y sus derechos. En este sentido, se ha reflexionado que “en la era del perfilamiento, el titular del dato tiene una identidad digital mellada, una identidad digital disociada y determinista, que puede llegar a ser letal, para él mismo, como aquellos que lo sucedan”³⁷.

Y esto es así, toda vez que si bien es posible que la Administración (y también la justicia) comience por automatizar el procedimiento de expedientes cuya resolución conlleve el cumplimiento de requisitos objetivables y tasados, mediante los cuales se pueden comprobar dicha operación fácilmente a través de bases de datos y programas que propongan la solución a adoptar, también lo es que, con la oportuna supervisión humana³⁸, en determinadas fases del procedimiento, es perfectamente viable la implementación de IA en procedimiento de otorgamiento de beneficios fiscales, licencias, habilitaciones, ayudas, subvenciones³⁹, lo que -claro está- impacta sobre la esfera de los derechos individuales del administrado, y allí entonces los reparos antes expuestos.

Aunque el tratamiento automatizado de datos basado en IA puede ser útil para brindarnos oportunidades personales, es cierto también que pueden ser muy perjudiciales cuando se usan para finalidades distintas a las autorizadas. Por ejemplo, cuando se resuelve aceptar o rechazar una solicitud de empleo o para ingresar a una institución educativa, se lo haga únicamente basándose en tratamiento de datos personales de manera automatizada, sin que se brinden los motivos por los cuales se toma una

37 FALIERO, Johanna Caterina, “Los desafíos jurídicos del *big data*. Tensiones de derechos ante la parametrización analítica, la toma automatizada de decisiones, el *targetting* y el perfilamiento”, en *Legaltech II, el Derecho ante la Tecnología*, Suplemento Especial, La Ley, octubre 2019, pag. 71 y ss., en part. pag. 72.

38 Al respecto la Comisión Europea tiene dicho “La supervisión humana ayuda a garantizar que un sistema de IA no socave la autonomía humana ni cause otros efectos adversos. Dependiendo del sistema específico de IA y de su 5 ámbitos de aplicación, deben garantizarse los grados adecuados de medidas de control, incluida la adaptabilidad, la exactitud y la aplicabilidad de los sistemas de IA” Comisión Europea, “Generar confianza en la inteligencia artificial centrado en el ser humano”). Las técnicas de aprendizaje supervisado “son las más utilizadas y al mismo tiempo las más costosas, ya que se requiere de la intervención humana para supervisar el algoritmo, y a su vez una cantidad de ciento de miles de registros (fotos, archivos, videos, etc) para que esta aprenda (CARABALLO, María, “Inteligencia artificial, inequidad y discriminación en cajas negras”, en CORVALÁN, Juan G. (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T I, ob. cit., pag. 273 y ss., en part. pag. 279).

39 PADILLA RUIZ, Pedro, “Inteligencia artificial y administración pública Posibilidades y aplicación de modelos básicos en el procedimiento administrativo”, *El consultor de los ayuntamientos*, Rev 10, 2019, pag. 96 y ss., en part. pag. 102.

u otra decisión. “Estos procedimientos de selección pueden conducir a un trato discriminatorio, y por eso es clave hacer efectivo el derecho a no ser objeto de decisiones basadas únicamente en perfiles elaborados por tratamientos automatizados. El Reglamento de la Unión Europea lo consagra expresamente, y también se incluye el derecho a no ser objeto de la elaboración de perfiles. Todo esto, siempre que esta decisión produzca efectos jurídicos en él o lo afecte significativamente de modo similar”⁴⁰.

Este camino -entendemos- es el correcto para combatir o por lo menos mitigar los efectos de los sesgos en los sistemas inteligentes, lo que sin dudas se presenta con mayores dificultades en el ámbito público, porque -como comenta calificada doctrina- “si tales mecanismos cuentan con un sesgo obtenido, sea de los datos, sea del diseño de su función de éxito, el resultado será una amplificación de la discriminación que experimentan los miembros más vulnerables de nuestra sociedad, esta vez distribuida de una manera automatizada por parte de la propia autoridad estatal que, teóricamente, está justamente encargada de combatirla”⁴¹.

Como se sabe, la IA puede corromper la lógica de la pureza, ya que “abre espacio para la manipulación a partir de preconcepciones, sugestionamiento de sesgos inconscientes y tergiversando la voluntad a partir de imágenes preconcebidas de personas, cosas o situaciones, definiendo y limitando personas o un grupo de personas en la sociedad a través de estereotipos”⁴², por lo que, naturalmente debe estar siempre la alternativa de demandar eficazmente el cese de todo acto discriminatorio, y ello es así, por lo antes dicho: el principio de “explicabilidad algorítmica”, “cuya efectiva vigencia será sustancial para que el sujeto afectado por la decisión asociada a un sistema de IA pueda ejercer su derecho de defensa en la oportunidad de cuestionarla”⁴³.

En definitiva, el régimen invocado lejos de prohibir las decisiones administrativas y/o judiciales automatizadas, las permite, pero con

40 CORVALAN, Juan Gustavo, *Perfiles digitales humanos. Proteger datos en la era de la inteligencia artificial. Retos y desafíos del tratamiento automatizado*, Thomson Reuters, La Ley, Bs. As., 2020, pag. 137.

41 AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos, y MADRID, Raúl, “Sesgo e inferencia en redes neuronales ante el derecho”, en AGUERRE, C. (Edit), *Inteligencia artificial en América Latina y el Caribe Ética, Gobernanza y Política*, Facultad de San Andrés, Bs As, pag. 15.

42 LIMA LÓPEZ VALLE, Vivian Cristina y GALLO APONTE, William Iván, “Inteligencia artificial y arbitraje en la administración pública”, en CORVALÁN, Juan G. (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T II, ob. pag. 241 y ss., en part. pag. 250.

43 SÁNCHEZ CAPARRÓS, Mariana, “Inteligencia artificial, sesgos y categorías sospechosas Prevenir y mitigar la discriminación algorítmica”, en CORVALÁN, Juan G. (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T I, pag. 299 y ss., en part. pag 316.

una limitante: aquellas no pueden estar exclusivamente fundadas en valoraciones respecto tratamiento informatizado de la persona humana, lo que es evidente, no solo por la relatividad de tales perfiles, sino por la imposibilidad de la persona de participar en su elaboración, lo que a la postre trae consecuencias negativas respecto los derechos al debido proceso, de defensa, de protección de datos personales, de privacidad, entre otros. Y, eventualmente, si la Administración o el Poder Judicial utilizan esos instrumentos, sin que esté exceptivamente autorizada a hacerlo –tal el caso del previo consentimiento del interesado- el administrado y/o justiciable tendrá la posibilidad de recurrir dicho acto a través de los medios impugnativos que la normativa autoriza⁴⁴, fundado en los vicios nulificantes de la resolución, principalmente en el procedimiento previo.

Este es sin dudas el camino que nos lleva a tender puentes entre la IA y una inteligencia profesional: “La que va a poner la inteligencia artificial a su servicio La que lleva a aumentar y potenciar el trabajo de los abogados La que nos presenta desafíos cada vez más interesantes La que nos obliga a involucrarnos, con toda nuestra humanidad La que, en definitiva, nos convierte en mejores abogados y -sobre todo- en mejores personas”⁴⁵.

44 En las citadas “Recomendaciones Generales para el Tratamiento de Datos en la Inteligencia Artificial”, se sugiere “establecer canales de revisión para que las decisiones tomadas por una máquina puedan ser revisadas por humanos para ratificarlas o rectificarlas”. De igual manera, advierte las mencionadas “Orientaciones Específicas par el Cumplimiento de los Principios y Derechos que Rigen la Protección de los Datos Personales en los Proyectos de Inteligencia Artificial” que “No obstante, cuando sea necesario para la relación contractual o el titular hubiere manifestado su consentimiento tendrá derecho a obtener la intervención humana; recibir una explicación sobre la decisión tomada; expresar su punto de vista e impugnar la decisión”.

45 MARSIGLIA, Gabriela y RENNELLA, María Paula, “Inteligencia profesional (dos puntos) una diferencia frente a la IA”, en CORVALÁN, Juan G. (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T III, pag 235 y ss., en part. pag. 254. ¿Por qué distinguimos en este capítulo entre conocimiento y habilidades? Se pregunta la doctrina. “Las segundas, a diferencia de las primeras, implican en muchos casos cuestiones que exceden la práctica profesional y es a ello que no estamos acostumbrados los abogados. A diferencia, asimismo, del conocimiento, las habilidades son más difíciles de adquirir y mantener”. Y justamente “las aptitudes que serán más requeridas en el mercado laboral para el 2025 se clasifican en 4 campos (dos puntos) (i) solución de problemas; (ii) capacidad de autogestión humana; (iii) trabajo en equipo; (iv) uso y desarrollo de tecnología” (BRAUN PELEGRINI, Ezequiel, “Brevity Más tiempo para los abogados del futuro”, en CORVALAN, Juan G. (director), *Tratado de Inteligencia Artificial y Derecho*, T III, ob. cit., pag. 221, en part. pag. 225).

Texto completo 20

VIABILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DE IMAGENS DA INTERNET PARA ALIMENTAÇÃO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PARA RECONHECIMENTO FACIAL NO ÂMBITO DO INQUÉRITO POLICIAL

Agnes Paola Baldo¹

Otávio Augusto Baldo²

1 Considerações iniciais

O reconhecimento de pessoas é tratado de maneira breve e perfunctória pelo Código de Processo Penal (CPP) de 1941, apesar de ser inquestionavelmente relevante para a persecução penal, visto que é um meio de prova utilizado para a instrução e livre convencimento motivado do Juiz, bem como para a fundamentação da sentença (QUEIROZ, 2019). Via de regra, o reconhecimento de suspeitos de autoria de delitos é realizado mediante o convite da pessoa que reconhecerá o sujeito, de forma que o resultado será satisfatório somente se a pessoa lograr êxito em todas as etapas que compõem o procedimento, descritas nos incisos I, II, III e IV do Art. 226 do CPP.

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o

1 Graduanda do curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná - UNIOESTE. agnespaolabaldo@gmail.com

2 Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná - UNIOESTE. otaviobaldo@hotmail.com

reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. (BRASIL, 1941).

Da forma como é feito, o reconhecimento fica sujeito à fatores subjetivos da pessoa reconhecedora como, por exemplo, a sua capacidade de visão, as relações pessoais que mantinha com o sujeito a ser reconhecido, elementos psicológicos característicos de eventos traumáticos e até mesmo a memória, como bem lembra Vincensi:

Tem-se espontaneidade e a sugestibilidade como fontes para a formação de falsas memórias, as quais podem influenciar decisivamente na produção da prova do reconhecimento pessoal. Eventualmente tais fatores podem causar graves danos ao processo e à segurança jurídica. (2016, p. 35).

Além disso, fatores atinentes a aspectos concretos do crime também têm grande influência no reconhecimento como, por exemplo, o lapso temporal entre a data do crime e a data do reconhecimento, a iluminação do local ou a rapidez com a qual se concretizou a conduta delitiva. Diante do exposto e, considerando os avanços tecnológicos desenvolvidos desde 1941, o ano de criação do Código Processual Penal, admitir esses fatores como obstáculos suficientes para bloquear a trajetória da investigação criminal significa minar o acesso à justiça e o interesse público na resolução de questões criminais.

Nesse sentido, abrir brechas para um reconhecimento equivocado do suspeito pode contribuir para condenações injustas, fundadas em erros humanos, que poderiam facilmente ser contornados pela tecnologia atualmente disponível. Ora, a liberdade é um direito fundamental, não por acaso, abordado já no caput do Art. 5º da Magna Carta e, por vezes, é posto em risco com a realização do reconhecimento de pessoas, conforme lecionam Gabriele e Willian Vailate (2020).

É por isso que o presente trabalho apresenta a utilização de uma Inteligência Artificial (IA) que realize o reconhecimento facial do sujeito a partir das imagens gravadas por câmeras de segurança, comparando-as com imagens fotográficas de bancos de dados ligados às informações de identificação civil das pessoas, como nome, Registro Geral (RG) e Cadastro de Pessoa Física (CPF) como hipótese para resolver o problema de pesquisa. A partir da utilização da IA, busca-se evitar as falhas e condicionamentos humanos tratados no parágrafo anterior.

Pensando em aperfeiçoar o processo de reconhecimento de potenciais autores de delitos, a possibilidade de utilizar fotografias encontradas na internet para alimentar a Inteligência Artificial apresenta incontáveis vantagens em comparação com a utilização de fotografias de documentos de identificação Civil, apenas. Por outro lado, essa hipótese enfrenta múltiplos obstáculos jurídicos, bem como tecnológicos, que constituem a problemática a ser abordada neste estudo. Dessa maneira, é realizada uma análise da viabilidade jurídica da hipótese, a partir de pesquisa bibliográfica, com o intuito de esclarecer se a utilização da IA fere o princípio da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos e se os resultados obtidos por esse tipo de reconhecimento possuem validade probatória em juízo ou se tratam de meros indícios, como defendem algumas correntes doutrinárias.

2 Desenvolvimento

2.1 Valoração do reconhecimento de pessoas enquanto prova

A utilização de recursos disponíveis na internet durante investigações criminais não é novidade, sendo a Perícia forense computacional um grande exemplo dessa forma de aproveitamento de evidências. De acordo com Castro (2019), o principal objetivo desse ramo é identificar e processar evidências digitais, encontrar o autor do crime a partir de uma metodologia estruturada, utilizando técnicas e métodos científicos para chegar a fatos providos de validade probatória em juízo.

No presente trabalho, a possibilidade de efetuar o reconhecimento de pessoas a partir da utilização de uma Inteligência Artificial de reconhecimento facial utiliza-se de técnicas e métodos para, assim como na perícia forense, processar evidências e produzir provas ou até mesmos indícios da autoria delitiva, que possam ser reconhecidos em juízo e servir de instrução. É nesse sentido que importa destacar que o Art. 226 do Código de Processo Penal silencia-se no que tange ao reconhecimento por meio de fotografias e imagens de vídeo, dispondo apenas sobre o reconhecimento presencial. Dessa maneira, surge a preocupação com a legitimidade, relevância e conveniência do uso da IA para a persecução penal. Sobre isso, argumenta o professor Aury Lopes Junior (2020), que com a cobertura do manto do livre convencimento motivado, é comum a prática de reconhecimentos informais, apesar de não haver espaço, no

Processo Penal, para informalidades, inclusive no reconhecimento de pessoas, que é uma prova produzida a partir de uma forma definida, de uma garantia.

É seguindo essa linha de raciocínio que Lopes Júnior (2020) defende que o reconhecimento por fotografias pode ser aceito unicamente como instrumento-meio, apesar de admitir a existência de decisões que aceitam o reconhecimento fotográfico, desde que ele seja feito nos termos do Art. 226. No mesmo sentido, leciona Renato Brasileiro de Lima que “Por força do princípio da busca da verdade e da liberdade das provas, tem-se admitido a utilização do reconhecimento fotográfico, observando-se, por analogia, o procedimento previsto no CPP para o reconhecimento pessoal”. (2020, p.210).

Por sua vez, Reis e Gonçalves (2020) abordam ainda a modalidade de realização da diligência do reconhecimento de pessoas por videoconferência, em casos em que estiver presa a pessoa a ser reconhecida ou a pessoa que efetuará o reconhecimento, sendo necessária a constatação de um dos motivos elencados no Art. 185, § 2º, I a IV, do CPP:

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

- prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;
- viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;
- impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;
- responder à gravíssima questão de ordem pública. (BRASIL, 1941).

Os autores também defendem que o reconhecimento fotográfico é admissível quando utilizado como prova inominada, possuindo menor valor probatório do que o reconhecimento direto e em casos onde não for possível a realização da diligência de modo pessoal e direto (2020). É assim que se posiciona Pacelli, citado por Vailate e Vailate:

Pacelli (2020) menciona que o reconhecimento realizado por fotografias jamais poderá ter valor probatório idêntico ao reconhecimento

de pessoas realizado ao vivo, diante das dificuldades notórias de correspondência entre uma fotografia e uma pessoa, devendo ser utilizado apenas em casos excepcionais, quando puder servir como elemento de confirmação das demais provas que constam nos autos. (PACELLI, apud VAILATE e VAILATE, 2020, p. 15).

Um exemplo dessa impossibilidade é quando câmeras de segurança capturaram, por vídeo ou fotografia, a imagem do rosto do suspeito de autoria do delito, entretanto, sua identidade ou paradeiro permanecem desconhecidos, de modo que é impossível a sua participação na diligência. Assim, frente ao problema da baixa acurácia do reconhecimento de pessoas realizado por seres humanos e dos casos onde é impossível, inconveniente ou desvantajoso o reconhecimento de pessoas presencial ou por meio de meras fotografias e vídeos, é apresentada a utilização da Inteligência Artificial para sanar o problema. Dessa maneira, o reconhecimento de pessoas realizado pela IA consistiria no aprimoramento da modalidade de reconhecimento da qual tratam os doutrinadores: o reconhecimento fotográfico.

Não se pode ignorar, afinal de contas, que o Estado, é o único titular do exercício do *jus puniendi*, que deve ser limitado pelo direito positivado e seguir o princípio do devido processo legal. Pode-se dizer, portanto, que a falta de regulamentação e previsão legal da utilização da Inteligência Artificial constitui um óbice para a sua utilização no reconhecimento de pessoas. Nesse cenário, existem duas opções: o estado pode evitar a utilização da nova tecnologia, permanecendo inerte no sentido de regulamentar seu uso, ou pode legislar, a fim de aprimorar o arcabouço de técnicas, métodos e mecanismos de investigação utilizados durante a persecução penal, cumprindo com o exercício do *jus puniendi* e garantindo a segurança social.

2.2 Conceitos necessários ao entendimento do tema

A aplicação da Inteligência Artificial no Direito é um tema cuja complexidade demanda conhecimentos prévios de conceitos não apenas da legislação, mas também pertencentes à tecnologia. Termos como Inteligência Artificial, *machine learning*, *big data*, algoritmos, fazem parte do tema abordado no presente trabalho, visto que é justamente a soma do emprego dessas técnicas e conceitos que possibilita o desenvolvimento de um *software* para comparar imagens e reconhecer a autoria no âmbito do inquérito policial, tomando sempre cuidado com os vieses de programação,

futuramente abordados no presente trabalho, haja vista que o objetivo principal é justamente evitar erros condicionados por fatores subjetivos humanos e a violação de direitos como a liberdade e a privacidade.

Inicialmente, é interessante explicar brevemente os mencionados conceitos. A Inteligência Artificial, por exemplo, é a capacidade que computadores têm de replicar a cognição humana. Com a utilização de algoritmos de Inteligência Artificial, é possível que o *software*, alimentado com dados, desempenhe funções cognitivas humanas. (SILVA; MAIRINK, 2019). Com objetivo didático, *machine learning* e Inteligência Artificial serão tratados como sinônimos no decorrer do artigo.

Banco de dados, por sua vez, é um conjunto de informações sequenciados de forma lógica (MACHADO, 2014). No presente caso, esses dados são imagens do rosto de pessoas, disponibilizados publicamente na internet. A função do banco de dados é alimentar o *software* de reconhecimento facial. Ao integrar diversos bancos de dados com o algoritmo de *machine learning*, grosso modo, tem-se o conceito de *big data*.

É através dessas tecnologias que se pretende desenvolver uma aplicação que reconheça rostos humanos cruzando as imagens capturadas da pessoa investigada com um banco de dados de imagens disponibilizadas publicamente na internet, de forma a chegar a um resultado que seja, idealmente, determinar a identidade da pessoa, até então desconhecida.

2.3 Limites de privacidade e mecanismos de busca

Quando um usuário comum precisa fazer uma busca na internet, seja para encontrar um domínio específico ou procurar uma imagem, recorre a um buscador, tal como o *Google*, o *Yahoo!* ou o *Bing*. Nesses casos, a interface do buscador apresenta ao usuário um campo de texto no qual são digitadas as palavras-chave referentes ao que se deseja encontrar. Em seguida, o motor de busca realiza uma varredura da internet, utilizando de aplicações chamadas de *spiders* ou *webcrawlers*, que percorrem a internet à procura das palavras buscadas, listando os resultados conforme a relevância individual de cada um para o usuário (BARRETO; WENDT, 2017).

Acostumou-se tanto a utilizar esses mecanismos de busca que, frequentemente ouve-se a expressão “se não está no *Google*, não existe”. Isso não é inteiramente verdade, no entanto. Os buscadores, como o *Google*, não são capazes de indexar, ou seja, listar, todos os domínios da internet.

Além de inviável, não é o objetivo pretendido. É indexado, portanto, em ordem de relevância, apenas os resultados cujo acesso é público. Como consequência, só aparecem no *Google* as imagens, por exemplo, postadas na internet com permissão pública de acesso. Tudo aquilo que não pode ser indexado pelos buscadores compõe a famigerada *deep web*.

Hipoteticamente, a aplicação de Inteligência Artificial no reconhecimento facial de pessoas, utilizando, sem autorização, para compor seus bancos de dados, imagens privadas de usuários da internet, incorreria numa séria violação a privacidade e intimidade dos cidadãos, tutelada pelo Art. X, da CRFB e pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), em seu Art. 2º:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I- o respeito à privacidade;

- a autodeterminação informativa;

- a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

- o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

- a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

- os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. (BRASIL, 2018).

Entretanto, se a referida aplicação utilizasse apenas imagens postadas na internet em regime de acesso e compartilhamento público, pelos próprios usuários, indexadas pelos buscadores, o problema estaria superado. Nesse sentido, a busca pelas imagens aproxima-se de uma investigação em fontes abertas, prática corriqueira na atividade de Inteligência e na investigação.

Além disso, a LGPD, de forma expressa, no artigo 7º, §4º, dispensa o consentimento do usuário para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

§ 4º É dispensada a exigência do consentimento previsto no caput deste artigo para os dados tornados manifestamente públicos pelo titular, resguardados os direitos do titular e os princípios previstos nesta Lei. (BRASIL, 2018).

Na mesma seara, o texto da lei relativiza, no artigo 4º, III, d, a proteção de dados do titular quando forem utilizados para fins exclusivos de investigação e repressão de infrações penais, tal como é o objetivo proposto

no presente trabalho. No §1º do mesmo artigo, o legislador complementa, afirmando que o tratamento de dados para atividades de investigação e repressão de infrações penais “será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei.” (BRASIL, 2018).

Dessa maneira, é com fulcro no exposto pela LGPD que se firma o entendimento de que a possibilidade de utilização de imagens da internet para o reconhecimento de suspeitos deve ser devidamente fundamentada por legislação específica, de maneira a evitar o ataque à intimidade dos suspeitos e investigados. Ademais, é necessário entender como funcionam os mecanismos de busca para compreender como podem ser utilizados na seleção das imagens que seriam utilizadas para efetuar o reconhecimento por meio da Inteligência Artificial.

2.4 O reconhecimento no inquérito policial e na ação penal

A depender do momento em que o reconhecimento é realizado, seu valor como meio de prova também é diferente. Isso ocorre porque, o inquérito policial, por exemplo, via de regra, é inquisitivo (CAPEZ, 2018). Por essa razão, as informações levantadas durante o procedimento não estão sujeitas ao imediato contraditório, que poderá ser exercido pelo investigado apenas posteriormente, durante o curso da ação penal. Cabe lembrar, todavia, que de acordo com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na Súmula Vinculante 14 “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa” (BRASIL, 2009).

O contraditório e a ampla defesa são princípios indispensáveis da ação penal, de forma que, pela mitigação a que são submetidos durante o procedimento, o inquérito policial tem conteúdo meramente informativo e não probatório, conforme entendimento do STF, firmado na Revista Trimestral de Jurisprudência 59/786, trazido por Fernando Capez “Não se justifica decisão condenatória apoiada exclusivamente em inquérito policial pois viola o princípio constitucional do contraditório” (2016, p. 158). Por outro lado, se o reconhecimento for realizado durante a ação penal, será submetido ao contraditório, podendo a parte prejudicada

impugná-lo, embora, via de regra, a prova da alegação incumba a quem a fizer (Art. 156, *caput*, CPP).

Para garantir o efetivo contraditório, é necessário que os resultados obtidos por meio do reconhecimento via Inteligência Artificial sejam falseáveis, ou seja, é preciso que a defesa tenha acesso aos parâmetros utilizados pelo algoritmo no reconhecimento facial e também que conheça os vieses aos quais essa tecnologia está sujeita, como o viés de programação, que pode acontecer tanto pela linguagem utilizada como também pela composição dos dados no banco de dados. Idealmente, o resultado do reconhecimento realizado pela IA seria probabilístico, de forma análoga ao que acontece com o exame de DNA, informando, nesse caso, o percentual de confiabilidade do resultado obtido. Não tem, portanto, valor absoluto, podendo apoiar-se em outros meios de prova para formar uma tese, facultando-se às partes impugnar, por meio do contraditório e da ampla defesa, a prova obtida, bem como ao magistrado, seguindo o livre convencimento motivado (CAPEZ, 2018), valorar, em cada caso, a prova produzida.

2.5 O viés de programação

Toda técnica tem seus pontos fortes e fracos. O ponto forte da Inteligência Artificial é possibilitar a redução do tempo despendido em várias tarefas que até poucos anos atrás eram feitas manualmente. No direito, essa tecnologia já é conhecida. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, desde 2018, utiliza Inteligência Artificial para dar celeridade ao trabalho de secretaria. Victor, como é chamado, em homenagem a Victor Nunes Leal, ex-ministro do STF, consegue separar, classificar e analisar os processos em trâmite no tribunal, tarefa agora automatizada, que poupa 22 mil horas de trabalho dos servidores em apenas um semestre, conforme pontua a ministra Cármen Lúcia. Ainda:

A ministra ressaltou que o trabalho de conversão de imagens em texto, por exemplo, que um servidor executa em três horas, será feito em cinco segundos com a nova ferramenta. Salientou que a ferramenta possibilitará melhor aproveitamento de recursos materiais e humanos do Tribunal, acelerando a análise dos processos e reduzindo o congestionamento na admissibilidade dos recursos nos tribunais de origem, auxiliando o Poder Judiciário a cumprir sua missão em diversas instâncias. (BRASIL, 2018).

Nos escritórios de advocacia esse tipo de tecnologia também há muito se faz presente, com aplicações capazes de catalogar decisões judiciais

e analisar, estatisticamente, a melhor estratégia ou o melhor caminho processual a ser seguido diante de cada caso concreto, o que confere um maior grau de consistência e confiabilidade às decisões do advogado, como bem pontua o advogado Marcus Vinícius Furtado Coêlho:

O uso da IA ainda tem sofrido desconfiança por parte das empresas, uma vez que não há tecnologia que proporcione 100% de acerto e as possíveis falhas desses sistemas e os danos que deles podem decorrer, com reflexos na responsabilidade civil, tornam-se fator de risco para corporações que desejam investir nesse tipo de inovação. Novos produtos e serviços, incluindo aqueles que incorporam ou utilizam inteligência artificial e aprendizado de máquina, podem aumentar os já existentes desafios éticos, tecnológicos, legais ou exacerbar novos, o que pode afetar negativamente as marcas e a demanda para os produtos e serviços oferecidos e ter efeito adverso sobre as receitas e resultados operacionais (COÊLHO, 2019).

Especialmente no que se refere ao uso desse tipo de tecnologia para reconhecimento de pessoas, ainda há um grande caminho de desenvolvimento a ser percorrido. Certos problemas precisam ser mitigados antes de cogitar a sua franca utilização em um procedimento tão sério e potencialmente gravoso à liberdade do investigado como é o inquérito policial. O mesmo pode ser dito sobre sua utilização no curso da ação penal.

Um dos problemas mais sérios que as aplicações de Inteligência Artificial voltadas ao reconhecimento facial enfrentam, no atual estágio da tecnologia, é a inconsistência no reconhecimento de determinados grupos étnicos ou diferentes gêneros. Não são raras as publicações na mídia relatando casos de pessoas negras que são erroneamente presas por serem confundidas.

Em janeiro de 2020, Robert Williams, um homem negro, foi erroneamente preso por causa de um algoritmo de reconhecimento facial impreciso, um recurso computadorizado que analisa rostos humanos e identifica-os por comparação a uma base de dados de pessoas conhecidas. Williams foi algemado e preso na frente de sua família pela polícia de Detroit sem saber o motivo, foi então encarcerado por uma noite, depois da polícia ter coletado sua foto, impressões digitais e uma amostra de DNA. No dia seguinte, detetives mostraram a Williams um vídeo de uma câmera de segurança de um homem negro parado em Shinola, uma loja que vende relógios caros. Ficou imediatamente claro que Williams não era a pessoa que aparecia no vídeo. [...] na investigação do roubo da loja, o sistema de reconhecimento facial comparou a foto da carteira de habilitação de Williams como sendo da mesma pessoa que aparecia no vídeo da câmera de segurança da loja. (PERKOWITZ,

2021, p. 2-3 – tradução livre).³

Esse problema é motivado pelo viés de programação, que nada mais é do que um enviesamento do algoritmo para um determinado resultado (NELSON, 2019), reflexo dos métodos e práticas utilizados pelos programadores, que acabam inculcando na aplicação seus próprios preconceitos, muitas vezes sem nem mesmo perceber. Isso leva a Inteligência Artificial a um resultado sistematicamente errado. Tal fenômeno foi estudado pelo MIT (*Massachusetts Institute of Technology*), que identificou uma tendência de inconsistência na hora de identificar certos grupos étnicos ou certos gêneros de pessoas:

Recentemente, em 2018 e 2019, estudos detalhados feitos por pesquisadores do MIT, da Microsoft Research e do US National Institute of Standards and Technology (NIST) identificaram persistentes imprecisões em algoritmos que foram designados para detectar e/ou identificar rostos quando aplicados a pessoas de cor. Os algoritmos foram também menos acurados para mulheres do que para homens, com os maiores erros, em torno de 35 por cento, surgindo para rostos femininos e de cor, de acordo com o estudo do MIT/Microsoft. Esse relatório e seus autores, Joy Buolamwini e Timnit Gebru, tem sido fundamentais para levantar o problema do viés de programação em softwares de análise facial. Buolamwini, que fundou o Algorithmic

Justice League para patrocinar seus esforços, explica as origens de seu trabalho no documentário *Coded Bias* (2020). (PERKOWITZ, 2021, p. 3-4 – tradução livre)⁴.

- 3 In January 2020, Robert Williams, a Black man, was wrongfully arrested due to an inaccurate facial recognition algorithm, a computerized approach that analyzes human faces and identifies them by comparison to database images of known people. Williams was handcuffed and arrested in front of his family by Detroit police without being told why, then jailed overnight after the police took mugshots, fingerprints, and a DNA sample. The next day, detectives showed Williams a surveillance video image of a Black man standing in Shinola, a store that sells expensive watches. It immediately became clear that Williams was not the person shown in the video. [...] in investigating a theft from the store, a facial recognition system had tagged his driver's license photo as matching an image from the surveillance video. (PERKOWITZ, 2021, p. 2-3).
- 4 As recently as 2018 and 2019, detailed studies by researchers at MIT and Microsoft Research and at the US National Institute of Standards and Technology (NIST) identified persistent inaccuracies in algorithms that were designed to detect and/or identify faces when applied to people of color. 8 The algorithms were also less accurate for women than for men, with the largest errors, up to 35 percent, arising for female faces of color, according to the MIT/Microsoft study. 9 This report and its authors, Joy MIT Case Studies in Social and Ethical Responsibilities of Computing The Bias in the Machine: Facial Recognition Technology and Racial Disparities 4 Buolamwini and Timnit Gebru, have been instrumental in raising the issue of bias in facial analysis software. Buolamwini, who founded the Algorithmic Justice League to support her efforts, explains the origins of her work in the documentary film *Coded Bias* (2020). (PERKOWITZ, 2021, p. 3-4).

Um problema dessa magnitude, evidentemente, precisa ser corrigido antes que se considere utilizar a tecnologia de Inteligência Artificial para o propósito defendido no presente trabalho.

A Constituição Federal, no artigo 3º, IV, elenca os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

- garantir o desenvolvimento nacional;

- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

Diante do exposto, uma Inteligência Artificial que reproduza preconceitos por meio do viés de programação está, portanto, atentando contra o texto constitucional e os objetivos da República.

2.6 Outros problemas inerentes ao estado atual da tecnologia

Outro problema intrínseco ao estado atual da tecnologia de Inteligência Artificial diz respeito a qualidade dos dados utilizados pela máquina para basear seu aprendizado. Um famoso exemplo de *machine learning* frustrado pela qualidade duvidosa dos dados com os quais se interagia é Tay, um robô da *Microsoft* que foi inaugurado no *Twitter* e cujo objetivo era interagir com os usuários, aprendendo e aperfeiçoando sua inteligência a partir das interações com os usuários da rede social. Em menos de 24 horas interagindo e aprendendo com os usuários da plataforma, o robô proferia insultos racistas, machistas, xenófobos, apoiava genocídios e negava o holocausto (CANO, 2016).

Em todos os casos vistos até agora a falha é a mesma: a geração da conversa. Embora os *bots* (programas de computador que imitam o comportamento humano) encontrem a primeira resposta, falta-lhes acompanhar o contexto e gerar uma conversa de maneira natural, tomando como referência as respostas anteriores (CANO, 2016).

Peter Lee, vice-presidente da *Microsoft*, sobre o ocorrido, se pronunciou explicando o que aconteceu com o robô:

Conforme nos desenvolvemos Tay, nós planejamos e implementamos vários filtros e conduzimos extensos estudos sobre usuários com diversos grupos de usuários. Nós testamos Tay até o limite, sob uma

variedade de condições, especificamente para fazer da interação com Tay uma experiência positiva. Uma vez que ficamos confortáveis com como Tay estava interagindo com usuários, nós quisemos convidar um grupo de pessoas para interagir com ela. É através de crescente interação que nós esperamos aprender mais e deixar a I.A cada vez melhor. O lugar mais lógico para nós para interagir com um número massivo de usuários era o Twitter. Infelizmente, nas primeiras 24 horas de funcionamento online, um ataque coordenado por um subgrupo de pessoas explorou uma vulnerabilidade em Tay. Embora nós tivéssemos nos preparados para diversos tipos de abusos do sistema, nos descuidamos em relação a esse ataque em específico. Como resultado, Tay tuitou palavras e imagens absolutamente inapropriadas e repreensíveis. Nós assumimos total responsabilidade por não ter visto essa possibilidade antes de acontecer [...] (LEE, 2016).⁵

Esse curioso caso demonstra a importância de prezar pela qualidade dos dados sobre os quais uma Inteligência construirá seu aprendizado.

Além disso, outras redes sociais já passaram por problemas com Inteligência Artificial. O *Flickr*, famosa rede social de fotografias, permitiu a marcação automática de fotos, via Inteligência Artificial, dentro da plataforma. Como resultado, pouco tempo depois, pessoas negras tiveram suas fotos catalogadas na categoria denominada chimpanzés (CANO, 2016). Esse problema pode se relacionar com o viés de programação, abordado anteriormente.

Por fim, um outro problema diz respeito a complexidade, sigilo e falta de transparência sobre o funcionamento do *software*. Os parâmetros utilizados pelo algoritmo de Inteligência Artificial nem sempre são públicos (O'NEIL, 2016), de forma a dificultar a falseabilidade do resultado obtido, prejudicando a defesa em uma eventual impugnação. Assim, a viabilidade

5 As we developed Tay, we planned and implemented a lot of filtering and conducted extensive user studies with diverse user groups. We stress-tested Tay under a variety of conditions, specifically to make interacting with Tay a positive experience. Once we got comfortable with how Tay was interacting with users, we wanted to invite a broader group of people to engage with her. It's through increased interaction where we expected to learn more and for the AI to get better and better. The logical place for us to engage with a massive group of users was Twitter. Unfortunately, in the first 24 hours of coming online, a coordinated attack by a subset of people exploited a vulnerability in Tay. Although we had prepared for many types of abuses of the system, we had made a critical oversight for this specific attack. As a result, Tay tweeted wildly inappropriate and reprehensible words and images. We take full responsibility for not seeing this possibility ahead of time[...] (LEE, 2016).

jurídica desse tipo de tecnologia depende de uma maior transparência e detalhamento do processo utilizado pela máquina para se chegar ao resultado obtido.

3 Considerações finais

O que se extrai do exposto é que há, sim, possibilidade jurídica para utilizar uma aplicação de Inteligência Artificial destinada a apurar, via reconhecimento facial cruzado com imagens da internet, a autoria de delitos em sede de investigação policial. Entretanto, a referida aplicação só poderia utilizar-se de imagens publicadas em regime público, pelos próprios usuários, titulares dos dados, de modo a evitar violações a direitos fundamentais, como a imagem e a intimidade e garantir o devido processo legal, em conformidade com os pilares constitucionais. Por fim, o estado atual da tecnologia não permite, ainda, resolver o problema do viés de confirmação, que pode comprometer o resultado do reconhecimento de pessoas realizado pelo algoritmo de IA, com tendências preconceituosas de gênero e etnia, que violam a proibição da discriminação trazida no artigo 3º, IV, da Constituição Federal.

Ainda, para utilização dessa tecnologia em sede de ação penal, é preciso uma maior transparência acerca do processo de funcionamento do algoritmo utilizado, de forma a permitir a falseabilidade do resultado, bem como a sua eventual impugnação, em matéria de defesa, respeitando os princípios do contraditório e ampla defesa, muito embora, via de regra, o ônus da prova caiba a aquele que alega o fato.

Se superadas as questões acima abordadas, o reconhecimento de pessoas por meio de utilização de Inteligência Artificial de reconhecimento facial se mostra muito mais vantajoso quando comparado ao reconhecimento de pessoas realizado presencialmente ou ao reconhecimento fotográfico comum. O objetivo da utilização desse tipo de tecnologia é justamente reduzir erros causados por falhas humanas, respeitando o interesse público na resolução de questões criminais. Outra clara vantagem é que, ao cruzar as imagens capturadas do autor do fato com os bancos de dados de imagens que alimentam a Inteligência Artificial, chega-se à identidade do autor do delito mesmo nos casos em que, mesmo capturada a imagem do seu rosto, ninguém o conhece ou sabe sua identidade ou paradeiro.

Entretanto, além da necessidade de legislação específica para reger esse tipo de tratamento de dados, visando o alinhamento com a LGPD, é

necessário também entender que, apesar do livre convencimento motivado do juiz e da possibilidade jurisprudencial e doutrinária de realizar o reconhecimento fotográfico, este possui valor probatório relativo, do que o reconhecimento tradicional de pessoas. Por conseguinte, há de se esperar que o reconhecimento por Inteligência Artificial, que não deixa de ser uma forma de reconhecimento fotográfico, siga a mesma linha, possuindo sim valor probatório em juízo, mesmo que reduzido.

Ressalta-se, ainda, o caráter de *ultima ratio* do direito penal, devendo a mesma cautela ser estendida ao uso desse tipo de tecnologia, idealmente utilizada apenas em caráter subsidiário e excepcional, no curso da investigação policial ou da ação penal, em nome da preservação da privacidade e intimidade dos investigados e dos demais envolvidos.

Assim, conclui-se que a utilização da Inteligência Artificial, nos termos apresentados, utilizando critérios de busca adequados e seguindo as conformidades constitucionais e da LGPD, não deve ser encarada como violação do princípio da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, uma vez que haveria previsão legal para tanto, encontrando respaldo, inclusive, nos princípios da liberdade de produção de provas e no princípio da busca da verdade, da mesma maneira que acontece com o reconhecimento fotográfico, de acordo com Renato Brasileiro de Lima (2020).

Referências

BARRETO, Alessandro Gonçalves; WENDT, Emerson; CASELLI, Guilherme. **Investigação Digital em fontes abertas**. 2º ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2017.

BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 02 nov. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 14**. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Sessão Plenária de 02/02/2009. DJ: nº 26 de 09/02/2009, p. 1. DOU de 09/02/2009, p. 1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/>

SUV_14_PSV_1. pdf. Acesso em: 25 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2018/lei/113709.htm> Acesso em: 14. dez. 2021.

CANO, Rosa Jiménez. **O robô racista, sexista e xenófobo da Microsoft acaba silenciado**. El País, 2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/24/tecnologia/1458855274_096966.html> Acesso em: 10 dez. 2021.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 23. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 25. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2018.

CASTRO, Eduardo Novak de. **Análise de Ferramentas para Computação Forense Aplicada a Rede Social Facebook**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciência da Computação) - Curso de Ciência da Computação na Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC. Criciúma, 2019. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/8179/1/EDUARDO%20NOVAK%20DE%20CASTRO.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2021.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. O uso da inteligência artificial no meio jurídico. **Justiça & Cidadania**. Edição 223. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/o-uso-dainteligencia-artificial-no-meio-juridico/> Acesso em: 14 dez. 2021.

LEE, Peter. **Learning from Tay's introduction**. Official Microsoft Blog, 2016. Disponível em: <<https://blogs.microsoft.com/blog/2016/03/25/learning-tays-introduction/>> Acesso em: 10 dez. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8 ed. Ver., ampl. e atual – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17 Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACHADO, Joana de Moraes Souza. A expansão do conceito de privacidade e a evolução na tecnologia de informação com o surgimento dos bancos de dados. **Rev. da Ajuris**, v. 41, n. 134, jun. 2014, p. 337-363. Disponível em: <<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/206>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

NELSON, Gregory S. Bias in artificial Intelligence. **North Carolina**

Medical Journal. v. 15, n. 2, jul./ago. 2019, p. 220-222. Disponível em: <<https://www.ncmedicaljournal.com/content/ncm/80/4/220.full.pdf>> Acesso em: 14 dez. 2021.

O' NEIL, Cathy. **Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy.** New York: Crown Publishers, 2016.

PERKOWITZ, Sidney. **The Bias in the Machine: Facial Recognition Technology and Racial Disparities. MIT Case Studies in Social and Ethical Responsibilities of Computing.** feb. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.21428/2c646de5.62272586>. Acesso em: 14 dez. 2021.

QUEIROZ, Josy Stephany da Silva. **As consequências do erro no reconhecimento de pessoas no Processo Penal aplicadas a casos concretos.** 2019. 54 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019. Disponível em: <<http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/49307>>. Acesso em: 25 nov. 2021.

REIS, Alexandre Cebrian Araujo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado.** Coordenador Pedro Lenza. -São Paulo: Saraiva, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Notícias e textos.** Brasília, 2018. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388443>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

SILVA, J. A. S.; MAIRINK, C. H. P. **Inteligência artificial: aliada ou inimiga.** LIBERTAS: Rev. Ciênc. Soc. Apl., Belo Horizonte, v.9, n.2, p.64-85, ago./dez. 2019. Disponível em: <<http://famigvirtual.com.br/famig-libertas/index.php/libertas/article/view/247>> Acesso em: 14 dez. 2021.

VAILATE, Gabrielle; VAILATE, Willian. A fragilidade do reconhecimento de pessoas como meio de prova no processo penal brasileiro. **Revista Científica Eletrônica Academia de Direito.** V.2, p 513-535, 2020. Editora UNC. Disponível em: <<http://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/2946>>. Acesso em: 10 dez. 2021.

VINCENSI, Maiara Muller. **Processo Penal e falsas memórias: reflexos no reconhecimento de pessoas.** 2016. 55f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2016. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/4014>>. Acesso em: 10 dez. 2021.

Capítulo 16

NORMA TRIBUTÁRIA E IRRACIONALIDADE NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: JUÍZES-ROBÔS RESOLVEM?

Nelmo de Souza Costa¹

1 Introdução

No seu clássico *Adeus à Verdade* Gianni Vattimo (2016) rejeita a ideia de verdade como uma ordem objetivamente dada de uma vez por todas. Essa questão filosófica encontra adequado enfrentamento em *Ser e Verdade* (Heidegger, 2007), mas, desde Platão, nunca deixou de desafiar a experiência jurídica caudatária da metafísica. A grave crise de paradigmas na qual o Direito se encontra na contemporaneidade bem evidencia suas origens, e tantos desacordos não resolvidos na teoria e nas questões práticas envolvendo sua realização, ou não.

A aplicação correta do Direito não simboliza ideal inalcançável como defendem posturas epistêmicas fundadas na filosofia da consciência, da qual o positivismo kelseniano é expressão no senso comum teórico dos juristas (Warat) e nas praxes forenses. Também não é mito como pregam os mais céticos. Ao contrário, no Brasil, em sede normativa, com status de direito fundamental positivado na platitude da ordem jurídico-constitucional em vigor, tem eficácia dessa dignidade; no plano teórico, posiciona-se em lugar de destaque na Crítica Hermenêutica do Direito – CHD (Streck), com elementos promissores na busca de resposta(s) certa(s) longe de mazelas atribuídas à indeterminabilidade do Direito, em particular.

Apesar de o pós-positivismo adensar novas concepções teóricas compatíveis com o Estado Democrático de Direito prestigiado na

1 Doutorando em Direito no PPGD – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo-RS. Mestre em Direito pela UFSC. MBA Executivo em Gestão Empresarial Estratégica pela USP. Especialista em Direito pela UFSM. Especialista em Direito Tributário Profissionalizante pelo IBET. Professor de Direito Tributário na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI. Ex-Procurador da Fazenda Nacional. Advogado. E-mail: nelmo@san.uri.br

Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, a prestação jurisdicional em *terrae brasilis* resiste em se ajustar a essa nova realidade jurídico-institucional.

Esse é o cenário no qual avulta o problema aqui trazido à baila.

As recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria tributária vêm provocando inquietações na comunidade jurídica. Além de notabilizadas pela demora, não raro transitam das paradoxais divergências nas razões de decidir à falta de análise dos casos à luz da legalidade constitucional e do contraditório prévio e efetivo.

Essa irracionalidade sistêmica repercute de modo negativo na norma tributária concreta e nos direitos e garantias fundamentais dos contribuintes, sem indicativos de reversão na panaceia de juízes-robôs², modelos preditivos ou algoritmos programados pela mente humana. Merece atenção e exame no meio acadêmico tendo-se por norte eventual resposta-solução a ser sugerida nos planos teórico e pragmático.

Nesse universo, em alguma medida o *Direito aplicado* acaba definindo o que é, ou não, o *próprio Direito*. A perplexidade tem aqui uma intersecção com a crise do Direito contemporâneo: o que os tribunais dizem *como sendo ou fosse o Direito* nem sempre reflete, corresponde ou conforma *o que ele realmente é*. Isso quando esses pronunciamentos judiciais não afrontam, também, os conceitos de democracia e de Estado Democrático de Direito, elementos fundantes de um *conceito de Direito* racional, válido e racionalizado na República Federativa do Brasil e com os quais este último deveria e deve guardar identidade no que deles originário, derivado e expressão pressuposta.

Hoje, a introdução e o uso de juízes-robôs (segundo o conceito aqui empregado) no produto final da prestação jurisdicional (norma concreta pela qual juízes e tribunais dizem o Direito) avançam sem balizas objetivas

2 Uma questão conceitual precisa ser elucidada: a rigor oficialmente não existem (ainda) *juízes-robôs* na concepção clássica da expressão e sua etimologia. Assim como também não existe o Juiz Hércules de Dworkin, salvo como metáfora. Nem por isso o vocábulo deixa de bem expressar a ideia articulada neste ensaio científico e a criatura com morada nos tribunais que se quer identificar, qual também o fazem sob igual perspectiva e propósito outros pesquisadores debruçados na temática, como, por exemplo, na área do Direito Penal, o Prof. Dr. Luís Greco, da Universidade Humboldt de Berlim.

Aqui a expressão designa de forma provisória a figura do ente não humano executor de atividades próprias da judicatura nas suas diversas formas, dimensões e possibilidades, ou de algum modo responsável por elas no ambiente forense. As diferentes grafias utilizadas para denominar essa figura em construção refletem distintas acepções lhe atribuídas conforme múltiplos formatos ou significações que possa ou venha a representar.

de controle, segurança jurídica e reflexões claras, pondo em risco a própria integridade do Direito. Problemas velhos e novos carecem de diretrizes transparentes, disciplina normativa e práticas forenses confiáveis. Nem se antevê soluções assertivas nas novidades da inteligência artificial (AI) no que diz com a *correta aplicação do Direito*. No Direito Tributário a exigência de *resposta correta* (Dworkin) na solução dos conflitos dessa natureza encontra regramento jurídico-constitucional vinculante e suficiente, à margem de qualquer tergiversação, solipsismo ou discricionariedade judiciais. Essa textura normativa, incompatível com qualquer retrocesso infiltrado nas tecnologias disruptivas divorciadas dos marcos constitucionais nos quais o contribuinte e seus direitos fundamentais figuram protegidos, não está à disposição dos aplicadores do Direito. Muito menos de juízes-robôs pré-configurados para dizerem o não-direito ou “qualquer coisa sobre qualquer coisa” (Streck).

O problema a ser enfrentado é: o uso de juízes-robôs no STF resolve ou agrava ainda mais o resultado de decisões de natureza tributária nele tomadas ao arrepio da *racionalidade*, conquista civilizatória milenar vinculativa do Estado e de seus agentes públicos em todos os poderes constituídos, especialmente no judiciário?

A justificativa para a investigação científica vai da lacuna existente nessa novel área do conhecimento à oportunidade de avaliar os impactos do uso de juízes-robôs pelo STF na solução de conflitos de natureza tributária.

O objetivo geral é analisar determinados pronunciamentos do STF em matéria tributária, no contexto supracitado.

Os objetivos específicos são: a) averiguar se as decisões do STF selecionadas para análise atendem a racionalidade delas exigida pelo melhor Direito quando empregam juízes-robôs; b) e se essa (ir)racionalidade tem respaldo na tradição, na ordem jurídica positiva e na linguagem pública intersubjetiva sob cujos postulados se encontram disciplinadas e vinculadas as decisões administrativas e judiciais em matéria tributária.

A abordagem é pelo “método” fenomenológico-hermenêutico e o procedimento adotado é a revisão bibliográfica e jurisprudencial restrita ao objeto da análise proposta.

2 Direitos fundamentais do contribuinte e norma tributária: breves notas

Em matéria tributária os *direitos fundamentais* e outras proteções constitucionais de elevada significação teórica e pragmática importam. Interessam muito, especialmente nos pronunciamentos judiciais.

E isso impõe – no mínimo – *levar os direitos a sério*, na feliz expressão de Dworkin (2007). Não se trata de um *slogan* ou de uma convocação inapelável, mas de não violentar o Estado Democrático de Direito em suas expressões mais caras. Cumprir essa premissa elementar (limite dos limites) implica não esvaziar a normatividade, o conteúdo e a eficácia dos *direitos e liberdades fundamentais do contribuinte* por quem tem justamente o dever institucional de mantê-los incólumes, protegidos e com realização efetiva, plena, adequada e tempestiva: o poder judiciário.

Nesta quadra da história e nesse espaço tão singular da vida humana decisões judiciais de natureza tributária tão questionáveis ou de efeitos mutantes nos (des)critérios do momento quanto àquelas agregadas no manejo obscuro de algoritmos conspiram contra o denominado Estatuto do Contribuinte. A revisão do que vem ocorrendo está na pauta, agora mais urgente diante das transformações tecnológicas adotadas nos tribunais, adiante vistas nesse contexto.

Levar os direitos fundamentais do contribuinte a sério é próprio de sociedades civilizadas. No Brasil, nem tanto. Há um hiato entre a realidade normativa concreta e aquela assegurada nos termos da ordem jurídico-constitucional. Não fosse suficiente, a *insegurança jurídica* e *problemas de “ponderação”* infiltrados na *applicatio* transgridem *direitos fundamentais e a liberdade do contribuinte* e aumentam a instabilidade nas relações jurídico-tributárias contemporâneas. Eis a subversão da racionalidade esperada.

Na sua maior expressão identitária, o Direito, em todos os tempos, é instrumento de controle do poder. Neste, os direitos fundamentais do contribuinte ostentam destacadas posição e funções teórico-práticas. É preciso levá-los a sério, sempre. Quando e no que isso não ocorre, à ciência do Direito Tributário não cabe indiferença; à integridade do direito positivo também não. À primeira cumpre produzir conhecimento capaz de restabelecer, sustentar e manter a segunda. Noutras palavras: ser provocativa, reativa e quando pertinente fonte prescritiva de condições de possibilidade para a segunda, sem a qual dificilmente se tem Direito legítimo, efetivo.

Quando a *liberdade* e o *direito de propriedade* sofrem restrições do *poder de tributar*, mas o condicionam e limitam numa relação de interdependência na qual sobressai imperativa a inflexível proteção de todos os direitos fundamentais do contribuinte, nenhuma imposição tributária subsiste se em desacordo com sua disciplina constitucional.

Não por mera advertência, levar a sério os direitos fundamentais do contribuinte tem por pressuposto a *racionalidade* da legislação tributária e – sempre – *nas decisões judiciais que a aplicam*. Tudo conforme disposições legais prévias, adequadas, objetivas, determinadas e determináveis, exaustivas e identificáveis na *norma jurídico-tributária* abstrata quanto naquela concreta requisitada na (e para a) satisfação da exigência tributária. A primeira instituída pela lei nos limites, disciplina e delimitações do texto constitucional; a segunda, espelho daquela, a revelar a relação jurídico-tributária instaurada. Em matéria tributária, sem isso, o código binário universal legitimador do Direito (lícito-ilícito) desaparece, com consequências corruptivas no sistema jurídico e na vida em sociedade.

A não realização de direitos subjetivos existentes (reconhecidos no sistema jurídico) atua contra o próprio conceito de Direito. Em sociedades periféricas (Américas e Caribe, por exemplo, e assim o Brasil) fragiliza a ordem jurídica, subtrai a efetividade mínima dela exigida e abala a confiança do povo nas instituições. Por derivação direta e imediata, também relega ao abandono a cidadania e vastas legiões de desamparados social e economicamente.

Justamente para financiar esses fins e efeitos estruturados no texto constitucional a sociedade contribui com parcela substancial das expressões financeira e civilizatória de seus direitos fundamentais de *propriedade* e de uma *liberdade* tão cara no processo histórico, na exiguidade da vida e na modernidade. Vale destacar: dois dos direitos fundamentais alçados na relevância máxima (particularmente o segundo) pela Constituição Federal quando posicionados e densificados nos *valores supremos* (caso da liberdade) e na topografia do art. 5º, *caput*, da CF (ambos). Em suas manifestações particularizadas, projetam-se, eles, em várias outras normas constitucionais, como, por exemplo, nas que tratam da livre iniciativa, da ordem econômica e do exercício de atividades profissionais e econômicas lícitas.

Decorrência lógica desse contexto e da *sujeição tributária* e suas implicações de elevado custo (social, econômico, existencial, jurídico) àqueles sob o poder estatal nesse âmbito, a proteção dos direitos fundamentais

(e daqueles titulados pelo contribuinte em particular) se fez imprescindível também no plano constitucional. Nesse universo, contrapostos ao poder de tributar do Estado, e como meio de contê-lo nos limites precisados no texto constitucional, destacam-se os *direitos fundamentais do contribuinte*. No Brasil, dispersos em vários artigos da Constituição Federal, vão desde aqueles gerais previstos no seu art. 5º até os vertidos sob a qualificação de *limitações constitucionais ao poder de tributar* (arts. 150 e seguintes, da CF), por exemplo. Outros constam de diversos preceitos da CF, e até mesmo – ainda que sem a nota da fundamentalidade – em diversos dispositivos de lei.

Porém, a sanha arrecadatória e os excessos dos entes tributantes cumprem secular sina de transgressão à rede protetiva do contribuinte.

A falta de aplicação correta, tempestiva, adequada e efetiva (com destaque para o cumprimento da norma-decisão sob iguais e inexoráveis predicativos) do Direito Tributário (e qualquer outro por ser o Direito uno e suas divisões em disciplinas apenas recurso didático de estudo e compreensão) frustra a realização concreta das proteções, direitos e garantias fundamentais do contribuinte. Simplesmente abala todo o sistema jurídico.

Um paradoxo imediato de tal cogitação sob justificado ceticismo, leva, no limite, à própria inutilidade dos direitos fundamentais.

O Direito não se contém na lei, todos sabem. Mas também não prescinde dela e não raro sequer existe sem ela, salvo na excepcionalidade dos costumes. Respeitar a lei e se pautar pela *legalidade* – e em matéria tributária a legalidade é qualificada para uma legalidade constitucional – constituem gênese e fundamento-matriz de qualquer Estado Democrático de Direito levado a sério; de quaisquer liberdades e direitos fundamentais do contribuinte levados a sério. Não fosse assim nem o mínimo do Direito (no código lícito-ilícito) sobreviveria.

Não é demais lembrar: no Brasil todos se vinculam ao império da Constituição Federal. Um governo de leis, não de homens.

Consequência da crítica hermenêutica do Direito priorizada na pesquisa, e assim das contribuições teóricas de Lenio Streck no Brasil e da teoria interpretativa do Direito de raiz estadunidense, cumpre verificar qual tratamento a imperativa observância da lei recebe na última, de seu autor, Ronald Dworkin (2007, p. VIII-IX):

Uma teoria geral do direito deve ser ao mesmo tempo normativa e conceitual.

[...]

A teoria de observância da lei deve discutir e distinguir dois papéis. Deve conter uma teoria de respeito à lei, que discuta a natureza e os limites do dever do cidadão de obedecer à lei, tal como essa se apresenta nas diferentes formas do Estado e em suas diferentes circunstâncias, bem como uma teoria de execução da lei que identifique os objetivos da aplicação e da punição e descreva como os representantes públicos devem reagir às diferentes categorias de crime e infrações.

Não fosse suficiente a tríplice imposição da legalidade e as vinculações dela decorrentes (arts. 5º, inciso II, 37, *caput*, e de forma específica em matéria tributária o art. 150, inciso I, todos da CF) no Brasil, a teoria de Ronald Dworkin vai além dessa ordem constitucional e de eficácia incondicional para com ela convergir na Teoria do Direito, *nas formulações conceituais* apropriadas no exame dessa questão e no que aponta a proeminência da lei.

A proteção efetiva – levada a sério – do contribuinte, da liberdade e dos demais direitos fundamentais dele tutelares conferidos nesse plexo e na *legalidade constitucional* depende da *correta* interpretação/aplicação da legislação tributária, já posta sob salvaguarda.

No particular avulta a *norma tributária* e sua higidez. Sobre isso não pairam controvérsias, hoje. Pelo menos não depois da *regra-matriz de incidência tributária* como paradigma teórico consagrado na ciência do Direito Tributário. Esse padrão teórico de reconhecida aplicabilidade prática é definido por A. Carvalho (2013, p. 376) como: “[...] um esquema lógico-semântico, revelador do conteúdo normativo, que pode ser utilizado na construção de qualquer norma jurídica (em sentido estrito).”

Como instrumento metódico e metodológico foi aprimorado e tem sua versão atual nas construções teóricas de P. Carvalho (2010, p. 413):

A esquematização formal da regra-matriz de incidência tem-se mostrado um utilíssimo instrumento científico, de extraordinária fertilidade e riqueza para a identificação e conhecimento aprofundado da unidade irredutível que define a fenomenologia básica da imposição tributária.

Noutras palavras: há anos serve de forma consistente, eficaz e didática para definir e revelar a norma jurídico-tributária (em sua estrutura e conteúdo) e no controle de constitucionalidade das exigências do Fisco, porquanto, desatendido um ou outro dos critérios da *regra-matriz de incidência* a inexigibilidade do tributo será desfecho consequente, no todo ou em parte, conforme conteúdo, (in)validade e (in)eficácia das disposições legais que o instituíram (art. 150, inciso I, da CF).

A norma jurídico-tributária (desde o plano abstrato para quem a admite nessa dimensão, ou das disposições normativas que a instituem para quem pensa diferente, até o plano da concreção – norma individual e concreta) e as decisões pelas quais aquela se faz concreta e concretizada em matéria tributária (nos contenciosos administrativo e judicial) são regidas, limitadas e condicionadas pelo (e no) paradigma do Estado Democrático de Direito, autêntica garantia protetiva autônoma dos contribuintes e *locus* de outras tantas. Fazer isso valer é primário, mandamento constitucional. Significa levar os direitos fundamentais do contribuinte a sério. Parte importante das exigências a serem atendidas pelas decisões judiciais (e também pelas administrativas, ainda que estas estejam sob disciplina jurídico-processual parcialmente distinta) no referido paradigma no qual operam e devem transitar vem indicada na pena de Trindade (2017, p. 90):

[...] seriam as exigências que condicionam a decisão judicial no paradigma do Estado constitucional de direito.

Trata-se, em síntese, de quatro *exigências* internas – e não externas, como a moral, a economia, a política, etc. – e que visam, exclusivamente, à garantia do cidadão contra o arbítrio judicial: (1) exigência de reconstrução da cadeia discursiva; (2) exigência de consistência; (3) exigência de coerência; (4) exigência de integridade.

A experiência jurídico-tributária administrativa e judicial contrasta com essas exigências teóricas, democráticas e institucionais, impostas na normatividade dos direitos fundamentais do contribuinte e decorrência da proteção neles assegurada. Daí a destacada importância do STF quando de suas decisões em matéria tributária, ainda antes de se perscrutar sobre as influências da tecnologia nesse plano.

Uma observação propedêutica é recomendável: antes de se pensar nos meios instrumentais da inteligência artificial e como eles podem ou devem ser utilizados para uma maior eficiência – qualitativa em primeiro lugar, e quantitativa depois – da prestação jurisdicional convém não descuidar da obviedade reclamada pelo próprio Direito, cuja realização efetiva, correta e qualificada antecede e tem ascendência sobre inovações cibernéticas. E assim deve ser priorizada e tornada realidade, independente das últimas.

Essa é uma condição de possibilidade para o Direito ser levado a sério.

3 STF: decisões em matéria tributária e (ir)racionalidade

A inteligência artificial é precedida do ser humano. E a ética, o respeito à ordem jurídico-constitucional em vigor e os atos assertivos dele determinam a eficiência ou não daquela no âmbito das decisões judiciais.

A segurança jurídica (Taveira Torres, 2019; Ávila, 2012), a integridade do direito e os efeitos das deliberações em matéria tributária reclamam *racionalidade* e a preservação do Estado de Direito³. Todavia, muitas das decisões do STF nessa seara atentam contra essa expectativa legítima dos contribuintes. Três ocorrências distintas ilustram bem esse cenário:

- a. a decisão do STF, de 15/03/2017, tomada no Recurso Extraordinário (RE) 574.706/PR, pela qual excluído o ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins, trata de controvérsia ainda sem solução final (apesar de encerrada no STF, remanescem múltiplas divergências na Receita Federal do Brasil) há mais de 20 (vinte) anos de sua chegada à Corte Suprema (via RE 240.785/MG – ainda em 1998);
- b. no ano de 2020 (até setembro), longe de seu plenário presencial desativado no início da pandemia da Covid-19, o STF, por meio de plenário ou sessões virtuais nos quais o contraditório beira à ficção ou simplesmente não existe, levou a julgamento e decidiu a soma recorde de 37 (trinta e sete) questões/temas tributários. Com um detalhe prosaico: 31 (trinta e um) deles a favor do Fisco, 6 (seis) em prol do contribuinte.

3 Essas premissas vinculantes para os aplicadores do Direito ao lado da exigência de *resposta correta* na singularidade do caso concreto sufragadas na Crítica Hermenêutica do Direito (CDH) superam as *teorias da argumentação* seguidas no Brasil por parte considerável da doutrina e dos tribunais (especialmente a partir das lições de Robert Alexy). Aquelas trazem da *pré-compreensão* (um compreender que se antecipa, forjado no mundo prático da faticidade – Streck, 2017) os elementos objetivos substanciais definidores da norma-decisão *antes* da *justificação* oferecida pelas últimas (teorias da argumentação). Os *argumentos da justificação* *chegam tarde* e não podem negar ou alterar por meio de subjetivismos irracionais *o que já se encontra ocorrido/definido* nas “coisas elas mesmas” (Gadamer). A *fenomenologia* da *incidência tributária* não está à disposição de qualquer ato de vontade ou postura discricionária do aplicador da norma tributária (expressões do positivismo), e sim na materialidade da incidência segundo suas manifestações empíricas e a rígida coincidência delas (ou não) como os critérios abstratos da *norma tributária* (regra-matriz de incidência tributária) sob a *estrita legalidade constitucional* e o *princípio da tipicidade*. À luz da hermenêutica filosófica prestigiada neste estudo a *racionalidade* ora defendida não se contenta com as *respostas razoáveis* das *teorias da argumentação* (de cariz procedimental, centradas nos argumentos utilizados e sem preocupações com a correção dos resultados na aplicação do Direito) por considerá-las superáveis e superadas, além de insuficientes (Chaïm Perelman já esbarrava nessas limitações ao se restringir a averiguar a validade de argumentos) e incompatíveis com a democracia contemporânea, o Estado de Direito e autonomia do Direito e sua *correta aplicação*, notadamente em matéria tributária.

Nesse ínterim, o STF (pela secretária-geral da presidência) divulgava sua produtividade até 13/04/2020. Nela, um dado chamou atenção: 99,4% dos Agravos em RE (de matérias recursais diversas) não foram conhecidos pelo Tribunal. É dizer, sem superar a admissibilidade recursal, tiveram negado o exame de mérito;

c. além dessas ocorrências mais ilustrativas para os fins da averiguação acadêmica ora levada a efeito, outra mais recente vem ao encontro desse intento: a decisão tomada no RE 714.139/SC, pela qual reconhecida a inconstitucionalidade da alíquota majorada do ICMS sobre energia elétrica e serviços de telecomunicações.

Vejamos, pela ordem, com ligeira resenha crítica de cada uma dessas situações jurídico-processuais, sem representar uma análise de caso (a qual, em termos científicos, seria mais ampla), propriamente.

A primeira dessas ocorrências (RE 574.706/PR) cuidou da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins.

O Plenário do STF decidiu, em 12 e 13/05/2021, quando do exame e acolhimento parcial do pedido de modulação de efeitos formulado pela União – Fazenda Nacional em sede de Embargos de Declaração por ela opostos à decisão de mérito lançada em 15/03/2017, que a exclusão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) da base de cálculo do PIS/Cofins é válida (produção de efeitos no tempo) a partir de 15/03/2017, data na qual fixada a tese de repercussão geral (Tema 69) no julgamento do RE 574.706/PR. À oportunidade (12 e 13/05/2021) também esclareceu ser o ICMS destacado na nota fiscal aquele que não se inclui na base de cálculo do PIS/Cofins, e não o pago/recolhido como defendia o Fisco com base no princípio da não-cumulatividade.

A decisão de mérito pela qual reconhecida a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, embora técnica e juridicamente correta nesse ponto central, tem recebido críticas justificadas – especialmente a partir da modulação de efeitos nela adotada – em aspectos nos quais se distancia do que se esperava ser a solução efetiva e final para uma disputa de mais de 20 (vinte) anos.

Nessa vereda vale aqui destacar algumas dessas críticas e suas projeções práticas no caso concreto em razão de os direitos fundamentais dos contribuintes permanecerem sendo violados em larga medida:

- Além de a duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da CF) ser uma ficção no Brasil, com essa garantia fundamental descumprida e transgredida pelo próprio Estado e este na sua

conduta injurídica enriquecendo de forma ilícita com proporcionais prejuízos e danos exponenciais causados aos contribuintes por situações como essa, as consequências dela não se limitam a tanto. A controvérsia em exame (desde sua primeira submissão ao STF em outro recurso – RE 240.785) levou mais de 20 (vinte) anos para ser decidida pela Corte Suprema. Pior: no judiciário e nas hostes fazendárias ainda está longe – bem longe – se um desfecho (hoje, na Receita Federal do Brasil e em algumas situações no próprio poder judiciário, os contribuintes encontram vários obstáculos à realização de seus direitos à percepção do citado indébito tributário, como, por exemplo: critérios e metodologia de cálculos imprecisos, elementos dos valores a serem recuperados dúbios ou controvertidos, falta de homologação de pedidos de compensação e planilhas apresentados, indefinições nas incidências tributárias sobre os valores a serem recuperados, incertezas sobre o momento do reconhecimento e escrituração dos valores a serem recuperados ou daqueles já compensados...).

- Nesses casos (cujas ocorrências aumentaram nos últimos anos) a atuação do Fisco à margem do Direito torna simbólica a Constituição Federal como não deixa de ser emblemática tendo em conta a chancela que recebe do poder judiciário nesse estado de coisas: (i) ao não excluir da ordem jurídica de forma célere, plena e efetiva a norma tributária inconstitucional, permitindo, pela omissão, ao Fisco lesar e continuar lesando os contribuintes durante décadas (as garantias fundamentais do art. 5º, incisos II, XXXV, LIV e LXXVIII, da CF deixam de existir ante a supressão de suas normatividades e eficácias); (ii) ao manipular de forma lesiva ao contribuinte, anti-isonômica e injurídica os efeitos da decisão ora comentada (e tantas outras em matéria tributária, principalmente nos últimos dois anos) via uso da modulação de efeitos em favor do Fisco sem critérios legítimos e constitucionais, quer na pauta seletiva de ocasião, quer nas decisões tomadas e nos efeitos delas.
- Dada a relevância do julgamento do RE 574.706/PR (o caso é conhecido como a “tese do século”) sua análise não cabe no objeto deste artigo e sequer constitui seu desígnio principal. Mas uma curiosidade deve aqui ser referida quando o tema é *racionalidade*, ou o que fazer e não fazer com o Direito tão maltratado no Brasil. Não fosse o verdadeiro levante da sociedade para reverter o que se desenhava no STF às vésperas do julgamento que levou

à modulação de efeitos ocorrida (apenas em pequena parte em sintomia com o melhor Direito vigente), ela seria outra bem pior para os contribuintes e a credibilidade (falta de) do STF. A tensão entre a ordem jurídica e o que o STF por vezes diz que é – e não é – chegou ao extremo de exigir uma iniciativa sem precedentes em defesa do Estado Democrático de Direito: na segunda semana de abril de 2021 o Colégio de Presidentes das Comissões de Direito Tributário da Ordem dos Advogados do Brasil-OAB (2021) oficiou o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Luiz Fux, com nota pública reprisada, sobre suas justificadas preocupações com o que vinha acontecendo no caso do RE 574.706/PR. Essa posição institucional merece detida reflexão por advertir o judiciário sobre as inquietações da entidade de classe e dos advogados com a segurança jurídica dos contribuintes a ser observada (e não banalizada), a integridade de direitos subjetivos já reconhecidos (com efetiva realização deles) e o prestígio das instituições a ser resguardado mediante correta aplicação do Direito no caso concreto (mantendo os efeitos práticos da decisão nele tomada pelo próprio STF ainda em 15/03/2017), de modo a não violar a confiança legítima por todos depositada nas decisões do poder judiciário nessa matéria (inclusive muitas com trânsito em julgado em vários tribunais) e este último não se desmoralizar, inclusive conspurcando o Estado Democrático de Direito.

- A modulação de efeitos adotadas no caso concreto também é questionável e lesiva aos contribuintes porquanto: (i) salvo para os autores de ações judiciais propostas antes de 15/03/2017, exclui da recuperação os valores recolhidos anteriormente a dito marco temporal, restringindo a repetição do indébito tão somente aos posteriores; (ii) com isso a quase totalidade dos valores recolhidos indevidamente pelos contribuintes por quase três décadas – desde 1988 – ficou nas burras do tesouro, cuja cifra multimilionária desse enriquecimento ilícito do Fisco acaba tendo por causa e fundamento tributação inconstitucional. Paradoxo para o qual faltam respostas sérias.
- O que mais preocupa nesse caso é o desprezo ao Direito aplicável no caso concreto quando o guardião da Constituição Federal (STF) permite e chancela o estado de coisas antes denunciado e adota razões orçamentárias e os interesses do Fisco no que se apropria de valores de titularidade dos contribuintes e com lesão destes como

fundamento para aplicar modulação de efeitos na forma e (des) critérios antes demonstrados. O argumento do “impacto nas contas públicas” simplesmente virou trunfo para o STF violar as balizas constitucionais nas disputas tributárias travadas pelos contribuintes contra o Fisco⁴.

- Uma consequência direta dessa nova postura do STF inclinada para negar ou reduzir indébitos tributários mediante modulação de efeitos em prejuízo dos contribuintes é o aumento da litigiosidade, porquanto os obrigará a ajuizar ações judiciais quando identificadas quaisquer dúvidas ou possíveis inconstitucionalidades nas exações das quais destinatários. Não agir assim será comprometer as melhores práticas de gestão empresarial, pôr em risco os resultados nas operações negociais ou corporativas e, pior, pagar tributos inconstitucionais sem possibilidades de recuperar seus valores quando e se assim reconhecidos na esfera judicial.

Em síntese: a continuar assim, a tutela jurisdicional contra lesão ou ameaça a direito insculpida na garantia fundamental do art. 5º, inciso XXXV, da CF é tornada írrita, sem nada proteger. As *limitações constitucionais ao poder de tributar* restam sem eficácia normativa e temporal.

A segunda dessas ocorrências (o que aconteceu com maior intensidade durante o período pandêmico da Covid-19 nos julgamentos virtuais do STF) consiste no julgamento de questões tributárias e na inadmissibilidade de recursos no STF (de temas diversos) em situação, tempo e circunstâncias questionáveis à luz do devido processo legal e do Estado Democrático de Direito. A colegialidade ignorada, a inexistência de sustentações orais e a falta de acesso às informações importantes e de transparência durante os julgamentos são apenas algumas das confirmações dessa anomalia.

Uma rápida incursão no plano empírico é suficiente para lançar luzes sobre situações merecedoras de maior atenção de teóricos e outros profissionais do Direito. Aqui duas delas a título ilustrativo:

- Do início da pandemia da Covid-19 no Brasil (02/2020) até setembro de 2020, longe de seu plenário presencial desativado desde aquele limiar, o STF, por meio de plenário e/ou sessões virtuais nos quais reconhecidamente o contraditório beira à ficção

4 Nesse sentido é a lição de Taveira Torres (2019, p. 388): “[...] não há oportunidade, no modelo de Sistema Constitucional Tributário brasileiro, para argumentos consequencialistas, à semelhança de ‘quebra do erário’, ‘dificuldades de caixa’ ou ‘crises econômicas’ como pretexto para descumprir a Constituição.”

ou simplesmente não existe⁵, levou a julgamento e decidiu a soma recorde de 37 (trinta e sete) questões/temas tributários. Com um detalhe prosaico: 31 (trinta e um) deles a favor do Fisco, 6 (seis) em prol do contribuinte⁶. Esse escore pró-Fisco se mantém sem alterações significativa desde então. O que importa destacar aqui é o súbito e significativo aumento de decisões favoráveis ao Fisco (inclusive com viradas jurisprudenciais inéditas), a inclusão em pauta de um volume imenso de recursos em matéria tributária e, nas raras decisões favoráveis ao contribuinte, a anulação ou a redução dos efeitos práticos dessas decisões negando na íntegra ou em boa parte a restituição dos valores recolhidos indevidamente.

- Não bastasse, nesse íterim o STF (pela secretária-geral da presidência) divulgava sua produtividade até 13/04/2020. Um dado dela chamou atenção: 99,4% dos Agravos em RE (de matérias recursais diversas) não foram conhecidos (a quase totalidade do percentual) ou foram desprovidos (poucos do percentual) pelo Tribunal. É dizer, praticamente 100% desses recursos não tiveram tutela recursal de mérito favorável. Esses percentuais beiram à incredulidade, até para céticos inveterados; e muito mais para quem acredita(va) que no Brasil existe(ia) uma ordem jurídica e um direito processual em vigor. É o *Victor* (o mais proeminente juiz-robô do STF) exterminador de processos e recursos em sua produtividade máxima. A inteligência artificial a serviço da... liquidação do Direito. Ou melhor: dos bens, garantias e direitos fundamentais do contribuinte. Foram tornados artificiais.

Enquanto isso os jornais noticiavam:

-
- 5 Eis a notícia veiculada na imprensa: “*STF julga 95% dos casos por meio de sessões virtuais* – Neste ano [ano de 2021 – até 05/10], foram analisados 8,2 mil processos no Plenário Virtual e 132 no presencial. [...]Por 12 anos utilizado apenas para analisar casos com jurisprudência pacífica, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) deu uma guinada em 2020, devido à pandemia. Passou a abranger todos os processos de competência da Corte. Mudança que aumentou o ritmo dos julgamentos, mas diminuiu a transparência das decisões.” Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/10/05/supremo-julga-95-dos-casos-por-meio-de-sessoes-virtuais.ghtml>>. Acesso em: 5 out. 2021.
- 6 Cf.: “*Julgamentos virtuais impuseram derrotas ao contribuinte em 2020*. [...] Na maioria das vezes, o entendimento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal afastou as teses defendidas pelos contribuintes. Até setembro de 2020, a Fazenda Nacional venceu 31 dos 37 julgamentos tributários no STF, entre os quais pode-se destacar a vedação ao creditamento do adicional de 1% da Cofins-Importação (RE nº 1.178.310), que afeta diretamente a cadeia automotiva, e a declaração de constitucionalidade da incidência das contribuições aos terceiros sobre a folha de salários após a Emenda Constitucional nº 33/01 (RE nº 603.624)”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jan-07/direito-tributario-julgamentos-virtuais-ano-2020>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

STF muda jurisprudência, reforça caixa da União e eleva carga tributária na pandemia

Decisões da corte aumentaram a arrecadação para o governo em R\$ 563 bilhões

[...]

BRASÍLIA. Mudanças de entendimentos anteriormente consolidados no Supremo Tribunal Federal em casos de natureza tributária reforçaram o caixa da União no período da pandemia em, ao menos, R\$ 225 bilhões, aponta estimativa feita por tributaristas.

O valor equivale a um aumento de 15% no pagamento de tributos, elevação ocorrida a partir de nove decisões de repercussão geral em que o Supremo mudou a jurisprudência ou os fundamentos que embasaram discussões similares no passado.

[...]

Esses casos foram julgados entre meados de março de 2020, quando os efeitos da pandemia do coronavírus [...] se mostraram mais danosos à economia devido ao isolamento social, e o início de março deste ano.

Nesse período, o STF deu prioridade a casos referentes à pandemia e passou a usar de forma mais consistente o plenário virtual, uma plataforma digital em que os ministros depositam seus votos. (WIZIAC, 2021, grifo do autor).

O que dizer?

Em sendo verdadeira a notícia acima – e não há motivo para não acreditar que seja – algo parece estar errado. Ou bem errado.

Por essas e outras a confiança nas instituições desaparece, definitivamente. E no Direito também.

A terceira dessas ocorrências (RE 714.139/SC) reside na decisão do STF pela qual reconhecida a inconstitucionalidade da alíquota majorada do ICMS sobre energia elétrica e serviços de telecomunicações. Eis uma breve síntese do caso concreto: no julgamento do referido RE (Tema 745) finalizado em 22/11/2021 (o recurso chegou na Corte em 3/10/2012), os ministros do STF, por 8 votos a 3, reconheceram a inconstitucionalidade de uma alíquota maior do ICMS para serviços de telecomunicações e energia elétrica em face daquela geral (ordinária) praticada para outros bens e serviços pelo Estado de Santa Catarina. O ente federado aplica uma alíquota de ICMS de 25% para esses segmentos/serviços, frente a uma alíquota geral de 17%. Situação semelhante ocorre nos demais Estados e no Distrito Federal (em alguns deles chegando a variar de 25% a 35%) desde a promulgação da Constituição Federal, no distante ano de 1988.

Qual o problema?

- O reconhecimento da cobrança indevida de ICMS no excedente à alíquota ordinária para as hipóteses do ICMS versadas, consequência da inconstitucionalidade das normas que a instituíram ou elevaram-na para esse padrão majorado em confronto com o princípio constitucional da seletividade (art. 155, § 2º, inciso III, da CF), pelo qual serviços e mercadorias essenciais devem observar alíquotas diferenciadas (menores), favoráveis aos contribuintes e consumidores, sempre teve previsão constitucional. Vale dizer: a taxação desses serviços e mercadorias sempre estiveram sujeitos a alíquotas iguais ou inferiores à ordinária de 17% para operações internas, as quais nunca foram respeitadas pelos entes tributantes ao longo desses mais de 30 (trinta) anos.
- A inconstitucionalidade por tantos anos decorre da voracidade fiscal com abusivo desprezo à disciplina constitucional-tributária do ICMS, mediante instituição, majoração e cobrança do tributo para além dos valores devidos pelos contribuintes e consumidores tanto quanto da erronia judicial no exame dessa matéria, durante décadas, quando se recusava a observar e aplicar o princípio da seletividade sob o argumento infundado que seria ele *facultativo*, e não norma cogente e vinculante para o ente federado. Interpretação canhestre, longe da normatividade e de sua eficácia constante, de forma clara e suficiente, no preceito magno antes apontado.
- Pior do que a cobrança indevida por mais de três décadas vem a inusitada modulação de efeitos impingida nessa decisão tardia do STF. Quando todos os imperativos ético-morais, financeiros e jurídicos determinavam e asseguram a restituição do indébito tributário – que deveria ser inclusive determinado de ofício – aos contribuintes e consumidores lesados, credores dos valores ainda não atingidos pela prescrição (menos de 1/5 do que pagaram de forma indevida, porquanto a restituição fica(ria) restrita aos últimos cinco anos), o que o STF fez impressiona. Além de não resguardar a restituição do indébito tributário salvo para quem ajuizou ação judicial com esse objeto antes da data do início do julgamento (5/02/2021), quatro fatos surpreenderam ainda mais no seu resultado final, todos relacionados à modulação de efeitos aplicada no caso concreto: a) o primeiro: dados dos sistemas informativos do STF e manifestações de juristas não desmentidas em momento algum apontam a manipulação do julgamento e do julgado à

margem do devido processo legal quando, finalizado o primeiro em 12/02/2021 (Plenário, Sessão Virtual de 5/02/2021 a 12/02/2021) sem exame ou aplicação da modulação de efeitos, porquanto sequer postulada pela parte interessada (Estado de Santa Catarina), “dois dias depois, no entanto, atualizaram o status do julgamento de ‘finalizado’ para ‘suspensão’”⁷; b) o segundo: além de ser surreal e situação atípica, a iniciativa de ofício em analisar um pedido de modulação de efeitos inexistente, com reinclusão dos autos em pauta em tempo recorde e seu exame no plenário virtual no período de 10 a 17/12/2021, acolhendo-o para fixar o ano de 2024 como termo inicial dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida, a todos deixou estupefatos; c) o terceiro: a súbita mudança do voto do ministro Dias Toffoli, que no dia 10/12/2021 era pela eficácia da decisão a partir de 2022 e depois passou a ser para a partir de 2024, também se mostrou inédita; d) o quarto: também a presença de representantes de 22 Estados e do Distrito Federal no STF para reunião com o ministro-relator (Dias Toffoli), em 1º/12/2021, vai além da equidistância e das práticas que devem (ou deveriam) nortear a tomada de decisões nessas circunstâncias, especialmente quando o pronunciamento de mérito já encerrado rivaliza com a alteração ou a eficácia prospectiva lhe conferida depois⁸.

- A despeito da discutível constitucionalidade do art. 27 da Lei 9.868/1999 e da excepcionalidade que deve ser sua aplicação caso se tenha como válida, incidente e oportuna em casos concretos específicos, o certo é que descabe modulação de efeitos exótica, por

7 Cf. essa indignação veiculada no Jornal *Valor Econômico*: “Toffoli atende Estados e muda voto sobre redução de ICMS em contas de luz e telefone. [...] Julgamento. Há muita crítica, no meio jurídico, sobre a forma como esse julgamento vêm sendo conduzido. Os ministros decidiram no dia 22 de novembro que os Estados não podem cobrar alíquotas diferenciadas, em patamar superior à alíquota padrão, sobre o fornecimento de energia e os serviços de telecomunicações. Dois dias depois, no entanto, atualizaram o status do julgamento de ‘finalizado’ para ‘suspensão’”. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/12/10/toffoli-atende-estados-e-muda-voto-sobre-reducao-de-icms-em-contas-de-luz-telefone-e-internet.ghtml>>. Acesso em: 11 dez. 2021.

8 Assim foi noticiado no Jornal *Valor Econômico*: “Toffoli atende Estados e muda voto sobre redução de ICMS em contas de luz e telefone Ministro propõe que alíquotas sejam reduzidas só em 2024; ele já tem o apoio de Gilmar Mendes [...] O ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal (STF), cedeu à pressão dos Estados e, nesta sexta-feira, apresentou uma nova proposta de data para a redução do ICMS cobrado nas contas de luz, telefone e internet. Ele havia sugerido, inicialmente, o ano de 2022. Agora, mudou para 2024 - atendendo o pedido feito pelos governadores.” Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/12/10/toffoli-atende-estados-e-muda-voto-sobre-reducao-de-icms-em-contas-de-luz-telefone-e-internet.ghtml>>. Acesso em: 11 dez. 2021.

razões orçamentárias, exatamente o fundamento adotado no caso concreto para manter o tributo. E mais: não poderia tal modulação de efeitos preservar e projetar a exigibilidade de uma alíquota majorada reconhecida inconstitucional por mais dois anos (para além dos mais de 30 (trinta) anos precedentes ao reconhecimento), como se simplesmente não existisse a nulidade pronunciada. Para o STF o Fisco instituir, cobrar e continuar cobrando tributo (alíquota majorada) inconstitucional por período inventado *ad doc* não só é possível como ele próprio (STF) chancela tamanha injuridicidade. O que a Constituição Federal diz em sentido contrário e de forma expressa... não vale.

- Não é demais referir a eficácia *ex tunc* das decisões proferidas em controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo inconstitucional, segundo a teoria dominante e o entendimento majoritário dos tribunais. A premissa é simples e tem esteio em nosso ordenamento jurídico desde as lições de Pontes de Miranda: lei inconstitucional é nula, e a nulidade é absoluta (tradição essa secular, herdada do célebre caso *Marbury v. Madison*, da Suprema Corte norte-americana); logo, não produz efeitos. A exceção exige comedimento e respeito à excepcionalidade que a caracteriza a admitir apenas em casos extraordinários a preservação dos efeitos do dispositivo inconstitucional ou algum aspecto ou temporalidade dele por razões de *segurança jurídica* ou *excepcional interesse social*, e isso quando comprovadas sem margem de dúvida a presença e a materialidade efetiva dos fatos e elementos empíricos que as configuram e das consequências mais favoráveis a serem prestigiadas nessas hipóteses. Definitivamente não é o caso da negativa ou supressão da devolução de tributos recolhidos de forma indevida e inconstitucional, sobretudo sob alegadas razões orçamentárias ou de interesse do ente estatal infrator, em particular quando o efeito direto dessa modulação de efeitos desvirtuada – urge modular os efeitos da modulação – redunde no enriquecimento ilícito daquele que vem a ser beneficiado por sua própria conduta ilícita (o ente tributante). Inversões como essa destroem qualquer democracia e o Estado de Direito.

Como se verifica por amostragem, a *racionalidade*⁹ é escassa nas

9 Para além das concepções positivistas (em Kelsen e Hart) nas quais a classificação binária entre *racionalidade* (questão científica) e *irracionalidade* (questão política) não se sustenta ao relegar as decisões judiciais à última (como ato de vontade, e assim sujeita a juízos de valor sem

decisões do STF em matéria tributária e na admissibilidade de insurgências recursais de temas em geral.

4 Direito Tributário e juízes-robôs no STF: solução ou novos problemas?

Ainda que na Estônia juízes-robôs já “julguem” causas de pequeno valor, aqui no Brasil ainda há uma distância oceânica a ser vencida entre a experiência alienígena e nossa realidade. E não apenas por óbices operacionais próprios da cibernética e seus limites no universo forense. Fato é que o uso sem limites, desprovido de controles rigorosos ou inapropriado da inteligência artificial (AI)¹⁰ nos tribunais impacta ou tem potencial para exercer influência negativa no produto final da prestação jurisdicional: a norma concreta. E isso não é pouco. A *racionalidade do Direito* antecede à tecnologia e esta não necessariamente (ou quase nunca) resolve ou poderá solucionar os problemas daquela.

Com ou sem crise no Direito ou contas públicas desajustadas o núcleo-duro das proteções constitucionais do contribuinte e a higidez do Estado Democrático de Direito hão de ser sempre resguardados, promovidos e observados na plenitude de suas normatividades. E mais ainda contra qualquer ato arbitrário ou irracionalidades outras. Todavia, as decisões do STF vêm aniquilando essa expectativa legítima dos contribuintes como bem demonstram as três ocorrências ilustrativas desse cenário, antes analisadas. O que menos existe nas decisões do STF em matéria tributária é racionalidade. Ao contrário, a irracionalidade – seja qual for o padrão de racionalidade adotado – vem tomando conta das decisões judiciais nele exaradas, situação que se amplia e agrava com o advento da pandemia da Covid-19.

A massiva e crescente adoção da AI no meio jurídico é positiva sob vários aspectos (aqui não abordados por fugir ao escopo deste estudo),

possibilidade de certificação quanto à validade ou não), o constitucionalismo contemporâneo e a ordem jurídica vigente no Brasil negam tanto concepções teóricas (ciência do Direito) de tal matiz quanto – e principalmente – a aplicação do Direito de qualquer modo. A crítica à irracionalidade não pressupõe apenas explicar (teoria descritiva) o comportamento *irracional* dos juízes e das *decisões* por eles tomadas, mas demonstrar como o *Direito é e deve ser aplicado (teoria normativa)*, verdadeira e mais importante missão dos juristas comprometidos com a democracia. O Direito é um fenômeno sob linguagem pública intersubjetiva, da qual (e do sentido da norma) o juiz não é proprietário e nem está ela à sua disposição: não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa (Streck, 2017).

10 Um conceito de inteligência artificial (AI) vem com Peixoto e Silva (2019, p. 20-21): “A IA é uma subárea da ciência da computação e busca fazer simulações de processos específicos da inteligência humana por intermédio de recursos computacionais. Está estruturada sobre conhecimentos de estatística e probabilidade, lógica e linguística.”

porém isso não autoriza transgressões da ordem jurídica, gambiarras cognitivas ocultas ou ostensivas na aplicação do Direito ou qualquer irracionalidade incompatível com a funcionalidade, natureza e vinculações nele contidas. Nisso, desde sempre ficam ou deveriam ficar negados e afastados subjetivismos em todas as suas formas e manifestações, em especial a discricionariedade e o solipsismo que tanto assolam os ambientes forenses e tribunais.

No âmbito do Direito Tributário e suas particularidades (como, também, do Direito Penal...) quaisquer extravagâncias no Direito aplicado (ou que deveria ser e não é) demandam redobrada reprovação, não apenas porque negadas pelo Estado Democrático de Direito como também porque assim o determinam liberdades, direitos e garantias fundamentais dos contribuintes bem postadas em cláusulas pétreas da Constituição Federal.

A tributação no Brasil tem regência constitucional rígida, criteriosa e analítica, insuscetível de qualquer desconsideração ou flexibilidade. É, por natureza, imperativo ético e conquistas histórico-civilizatórias inegociáveis, o mínimo a ser observado em todos os tempos e tribunais, com ou sem juízes-robôs. De qualquer modo, o Direito e a normatividade que o caracteriza e lhe confere funcionalidade precisam ser resguardados de qualquer subversão na qual essa unidade irreduzível venha ser substituída pela máquina eletrônica, por programas cibernéticos ou construções decisórias lastreadas em algoritmos travestidos de magistrados, ou operando como meros decisores autômatos.

A questão ainda é relativamente nova, mas de destacada relevância. E reclama maior reflexão e aprofundamento de parte dos juristas, dos cientistas de dados e dos responsáveis pela prestação jurisdicional, em sua ampla concepção orgânica. No que respeita exclusivamente à *racionalidade* esperada das decisões judiciais antes, durante e depois do uso da AI Peixoto e Bonat (2020) vislumbram o sistema de “precedentes” adotado no Brasil sob a amálgama de um projeto de inteligência artificial. É o que vem ocorrendo de forma gradativa nos tribunais brasileiros, com problemas e deficiências tanto em termos democráticos (a sociedade e os advogados estão alijados nessa construção cibernética e a aplicação do Direito é de competência exclusiva das autoridades legitimadas para tanto, e não de robôs), normativos (o Direito não se confunde nem pode ser substituído por algoritmos) e de assertividade (as decisões judiciais vêm perdendo qualidade e precisam reverter essa situação; nunca piorá-la).

Já nesse primeiro ponto avulta a *correta aplicação do Direito* nas

disputas tributárias. E isso se deve, entre outros fatores, pela regência normativa da tributação radicar precípua e largamente no texto constitucional, de forma analítica e sob rígidas balizas, particularidade essa não existente nos demais países ocidentais. É em razão de tão original concepção que as disputas tributárias são decididas quase sempre no STF, competente para dar a última palavra nos temas constitucionais. Logo, suas decisões tributárias não raro formam “precedentes”, e aí os problemas começam quando o Direito não é bem aplicado ou não se tem um resultado final racional, qual antes exemplificado. Os “precedentes” tropicalizados do Brasil ainda estão muito distantes daqueles identificados em sua etimologia e de origem estadunidense, sob a *common law*. Aqui, diferente dos EUA, além da usual falta de consideração de fundamentos jurídicos relevantes para a correta decisão da causa, nem sequer as circunstâncias e particularidades do caso concreto são todas analisadas, verificadas e consideradas em suas inteiras manifestações, quanto mais com a efetiva, adequada e suficiente motivação (fundamentação), em que pese a regra do art. 93, inciso IX, da CF e as disposições estruturais do art. 489, parágrafo 1º, incisos I a VI, do CPC. A *ratio decidendi* não é objetiva, expressa e cognoscível, mas substituída por um amontoado de votos individuais dos ministros do STF, por vezes díspares e até contraditórios entre si. Ao final, o *leading case* pouco diz. E se estiver *errado* dimana projeções contrárias àquelas dele esperadas, sabotando o próprio Direito que deveria realizar e proteger.

Nessa linha Peixoto e Bonat (2020) prosseguem advertindo para um problema maior: a existência de dúvidas sobre a compatibilidade, ou não, da caixa-preta algorítmica com os direitos fundamentais. No que interessa nesta investigação não há dúvida sobre a possibilidade operacional dos robôs substituírem os juízes ou atuarem como “juízes” em várias atividades e funções, praticando certos atos com maior eficiência (muitas vezes, mas nem sempre) do que os humanos-juízes. A questão é outra: na ordem jurídico-constitucional não há autorização (portanto, é vedada) para robôs serem juízes ou atuarem como juízes na função judicante *stricto sensu*, como se verifica nas disposições do art. 5º, incisos XXXVII, LIII e LIV, da CF. Sendo assim, o uso de robôs ou juízes-robôs em desacordo com referidas garantias fundamentais é e será inconstitucional¹¹. Mais: qualquer

11 O entendimento ora externado é semelhante àquele do Prof. Luís Greco, no qual o catedrático conclui pela *impossibilidade jurídica* de juízes-robôs porque (entre outros motivos) inviável o poder de julgar sem responsabilidade de julgador. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=NAKMwdKpYqI>>. Acesso em: 15 dez. 2021.

irracionalidade ou erros nas decisões judiciais causados ou decorrentes dessas hipóteses rejeitadas redundará em prática e atos judiciais inválidos ou ensejadores de revisão de ofício ou provocada. No Brasil, o uso da IA nos termos e limites das normativas existentes (principalmente quando do advento da regulação prevista no Projeto de Lei nº 21/2020 – aprovado na Câmara dos Deputados em 29/09/2021 e neste momento em trâmite no Senado Federal – e no que vier ela em lei) não elide as críticas ora tecidas, em boa parte diversas e específicas nos temas tratados neste texto.

A figura híbrida do juiz-robô realmente se sustenta, ou os robôs usados hoje nos tribunais se resumem a meras máquinas de consulta? Essa indagação de suma importância tem ocupado estudiosos como Silva e Silva Filho (2020), cujas observações feitas por eles são: (i) uma sociedade buscando respostas mais assertivas e céleres dos órgãos responsáveis pela prestação jurisdicional; (ii) serem características indissociáveis das leis e das decisões judiciais “a ideia de certeza, previsibilidade, racionalidade, coerência e uniformidade”, pressupondo uma multiplicidade de distintas habilidades cognitivas complexas próprias dos seres humanos, e não das máquinas; (iii) a imagem de um juiz-robô com capacidade de decidir, segundo autores por eles citados, seria mais uma utopia do que realidade; (iv) os sistemas de inteligência artificial hoje existentes nos tribunais seriam “fracos”, e não haveria nem como uma máquina (juiz-robô) fazer valorações humanas ou sentenciar e fundamentar alguma decisão.

Pois bem.

Também tem aqueles pesquisadores (e alguns juízes) que sustentam existir sim a possibilidade de um juiz-robô praticar diversos atos próprios da judicatura e da função judicante. Por todos Boeing e Rosa (2020), vislumbrando diferenciados juízes-robôs com esses predicativos da seguinte forma: (i) *robô-classificador*: algoritmo com capacidade de localizar e classificar peças e processos judiciais em tramitação, encontrar jurisprudências e dispositivos de lei para auxiliar o magistrado a fundamentar sua decisão, com máximas intervenção humana e transparência no processo decisório, sob fundamentação do juiz; (ii) *robô-relator*: algoritmo com capacidade de localizar documentos, extrair informações importantes de documentos ou dos autos de processos judiciais e com possibilidades de sugerir e elaborar decisões para o juiz, atuar como juiz leigo nas causas de sua competência e predizer decisões judiciais (jurimetria), com intervenção humana e a transparência do processo decisório moderadas sob dependência do magistrado aceitar as sugestões da máquina, ou não; (iii) *robô-julgador*: com habilidades funcionais semelhantes ao modelo

imediatamente anterior, mas com a diferença de que a decisão (proposta de decisão) trazida pelo algoritmo será a própria decisão judicial, sujeita a um juiz humano que poderá referendar/manter a sentença automatizada, ou não.

Como vistoriado por amostragem, a possibilidade de um juiz-robô no contexto, limites e circunstâncias delineados nesta abordagem científica transita entre uma dimensão distópica-alienante em progressão acelerada e um mundo real¹², sem demarcações nítidas entre um e outro. O *robô-julgador* acima apresentado (como em aspectos decisivos também o robô-relator) é muito mais um *juiz-robô* do que um simples robô, ou até mesmo do que é ou pode ser um robô-juiz classificado apenas como uma máquina. Nada surpreendente aos andantes na escuridão, mas preocupante.

Em cenário tão desafiador, resta saber se o uso de juízes-robôs no STF e por seus membros será capaz de *resolver a irracionalidade* vista nas decisões por ele tomadas em matéria tributária recuperando para isso a premissa inescusável ditada pela *norma tributária* à luz da *legalidade constitucional*, da *democracia* e do *Estado Democrático de Direito*. Ou se, no sentido inverso, insistirá e permanecerá nela (irracionalidade) e agravará ainda mais essa situação já intolerável. A correlação entre (ir)racionalidade nas decisões judiciais e AI é ampla e até aqui sem diagnósticos e verificações empíricas oportunos, eficazes.

Tudo está cada vez mais em brumas. E essa realidade, a falta de compromisso (responsabilidade política do magistrado) com a aplicação correta, válida e transparente do Direito e com a integridade da ordem jurídico-constitucional nas decisões em matéria tributária proferidas pelo STF nos últimos dois anos (mais do que antes) violam ou fragilizam o Estatuto do Contribuinte, numa escalada sem precedentes.

Apesar dos paradoxos surreais desses tempos estranhos em que

12 Identificar e fazer valer – realizar – o Direito em sua normatividade, núcleo de objetividade intangível e autonomia segundo a ordem jurídica vigente pressupõe combater seus predadores internos e externos invocados por Streck (2011, p. 585-586) e juristas alinhados com a democracia e o Estado de Direito, assim como qualquer forma de discricionariedade e solipsismos que assolam as decisões judiciais, principalmente em matéria tributária e pelo STF. Essa realidade – distópica ou não – vem adensando a crise do Direito já aguda antes mesmo da chegada da inteligência artificial nos tribunais, de maneira que antes de ser um problema de tecnologia (ou só dela) é um grande problema a ser enfrentado pelo Direito e neste resolvido. A Filosofia no Direito tem contribuições a dar nesse quadrante a teor da perspectiva apresentada na presente investigação científica (no sentido de que o *Direito é o que é* – *acontecer* em Heidegger (2005), e não o que está na cabeça do juiz), como bem observado por Campos (2017): “A questão sobre o estatuto da realidade é fundamental para a Filosofia. A interrogação sobre o que é real ou não, bem como o seu sentido último, é uma das perguntas básicas que instaura a investigação filosófica”.

vivemos (min. Marco Aurélio, STF), nunca é ou será tarde demais para deitar luzes e reverter essa irracionalidade em zona cinzenta, antítese do bom Direito. Afinal, a não ser no seriado britânico *Black Mirror*, quem disse que a “escuridão é esclarecedora”?

5 Considerações finais

As decisões em matéria tributária repercutem de forma direta e incisiva em dois direitos fundamentais dos contribuintes de densa relevância em todos os tempos: *liberdade e direito de propriedade*. A legislação tributária é dinâmica, complexa. Justamente por essas e outras contingências adversas nem sempre antecipa com desejáveis clareza, mensurabilidade e precisão o conteúdo da obrigação tributária a ser atendida pelos contribuintes. Logo, cabe ao STF bem aplicar o direito nesse domínio, e não o contrário.

A anomalia ora reprochada (não aplicação correta do Direito, e sim a *irracionalidade* comprometendo a norma tributária e as decisões em matéria tributária) vem ocorrendo em progressão numérica nada desprezível nas recentes decisões de controvérsias tributárias examinadas pelo STF. As decisões são muitas vezes inconsistentes. E juízes-robôs tendem a agravar essa situação já irracional. Não convencem as informações rasas, a falta de transparência e as negativas da realidade antes estampada a título ilustrativo quando o cotidiano forense a mostra ostensiva e tomada de problemas estruturais, agora potencializados com robôs operando para além da simples execução de atividades burocráticas e repetitivas nas quais se diz estarem contidos, mas não estão. Até porque algoritmos enviesados também podem servir e vêm se prestando para “julgamentos” erráticos e simulacros programados por humanos (os dados não surgem do nada) ou outros algoritmos (predições via *machine learning*, por exemplo) parciais, seletivos nas análises e resultados pré-determinados e com respostas antes das perguntas (Streck). A *aplicação correta do Direito* perde duas vezes: uma, na irracionalidade que o tem debilitado em demasia; outra, no agravamento dessa irracionalidade pelos influxos da inteligência artificial (AI) utilizada nos tribunais sem padrões assertivos, transparência, controle e critérios válidos e/ou confiáveis.

A *verdade* está na *legalidade constitucional* a ser respeitada, promovida e sua eficácia tornada concreta em todas e cada uma das disputas tributárias nas quais a razão esteja com os contribuintes. Tão simples quanto não esquecer de que vivemos numa democracia – ainda que incipiente e com seus percalços – e num Estado Democrático de Direito. Vale aqui repetir

um mantra nem sempre lembrado nos tribunais: *o Direito é o que é*, e não ou nem sempre o que eles dizem ou acreditam ser. Com ou sem juízes-robôs; com ou sem racionalidade.

Em resumo: na situação investigada a aplicação do Direito e a atuação do poder judiciário precisam ser revistas. A não ser assim – neste e em tantos casos do cotidiano forense – a ordem jurídico-constitucional e a legislação federal vigente quedam-se subvertidas e direitos subjetivos dos contribuintes resultam indevidamente violados, descumpridos e extintos, deixando o Direito de ter autonomia e eficácia, e no limite alguma importância. As consequências são graves e irreparáveis. E juízes-robôs não resolvem isso.

Referências

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BACELO, Joice. Toffoli atende Estados e muda voto sobre redução de ICMS em contas de luz e telefone. **Jornal Valor Econômico on-line**, Rio de Janeiro, 10 dez. 2021. Seção Legislação. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/12/10/toffoli-atende-estados-e-muda-voto-sobre-reducao-de-icms-em-contas-de-luz-telefone-e-internet.ghml>>. Acesso em: 11 dez. 2021.

BOEING, Daniel Henrique Arruda; ROSA, Alexandre Moraes da. **Ensinando um robô a julgar**: pragmática, discricionariedade, heurística e vieses no uso de aprendizado de máquina no judiciário. Florianópolis: Emais, 2020.

CAMPOS, Érico Bruno Viana. A realidade para além do espelho de Narciso. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/eip/v8n2/a10.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito tributário**: o construtivismo lógico semântico. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008.

_____. **Curso de direito tributário**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COLÉGIO de Presidentes das Comissões de Direito Tributário da OAB. Advogados pedem que STF não module exclusão do ICMS da base do PIS e Cofins. **Revista Consultor Jurídico on-line**, Brasília, 12 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-12/advogados-sao-modulacao-exclusao-icms-piscofins>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

COSTA, Adriano Soares da. **Teoria da incidência da norma tributária: crítica ao realismo lingüístico de Paulo de Barros Carvalho**. 2. ed. rev. cor. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Marcelo; RYPL, Victoria. Julgamentos virtuais impuseram derrotas ao contribuinte em 2020. **Revista Consultor Jurídico on-line**, Brasília, 7 jan. 2021. Disponível em: Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jan-07/direito-tributario-julgamentos-virtuais-ano-2020>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fonte, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fonte, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. v. I.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Enio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. v. II.

GRECO, Luís. A impossibilidade jurídica de juízes robôs. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=NAKMwdKpYqI>>. Acesso em: 15 dez. 2021.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo** (Parte I). Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e verdade**: 1. A questão fundamental da filosofia; 2. Da essência da verdade. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2007.

HOMMERDING. Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Direito penal e hermenêutica: uma resposta constitucional ao**

estado de exceção. Curitiba: Juruá, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. **Direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição**. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Luísa; PERON, Isadora. STF julga 95% dos casos por meio de sessões virtuais. **Jornal Valor Econômico on-line**, Rio de Janeiro, 5 out. 2021. Seção Legislação. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/10/05/supremo-julga-95-dos-casos-por-meio-de-sessoes-virtuais.ghtml>>. Acesso em: 5 out. 2021.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2018. (Coleção Hermenêutica, Teoria do Direito e Argumentação, coord. por Lenio Luiz Streck).

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; BONAT, Debora. **Racionalidade no direito**: inteligência artificial e precedentes. Curitiba: Alteridade, 2020.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins. **Inteligência artificial e direito**. Curitiba: Alteridade, 2019.

SILVA, Ricardo Augusto Ferreira; SILVA FILHO, Antonio Isidro. Juiz robô ou mera máquina de consulta? Inteligência artificial aplicada a decisões judiciais. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/344661048_Juiz_Robo_ou_mera_maquina_de_consulta_Inteligencia_Artificial_aplicada_a_decisoes_judiciais>. Acesso em: 23 out. 2021.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. (Coleção Filosofia; 40)

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. (Coleção O que é isto? v. 1).

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas

fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Livramento; Casa do Direito, 2017.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica**: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters; Revista dos Tribunais, 2019.

TRINDADE, Andre Karam. Garantismo e decisão judicial. In: **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. STRECK, Lenio Luiz (Org.). Salvador: JusPodivm, 2017. (Coleção Hermenêutica, Teoria do Direito e Argumentação, coord. por Lenio Luiz Streck). p.75-103.

VATTIMO, Gianni. **Adeus à verdade**. Tradução de João Batista Kreuch. Petropolis: Vozes, 2016. (Coleção Textos Filosóficos).

WIZIAC, Julio. STF muda jurisprudência, reforça caixa da União e eleva carga tributária na pandemia. **Folha de São Paulo on-line**, São Paulo, 20 mar. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/03/stf-muda-jurisprudencia-reforca-caixa-da-uniao-e-eleva-carga-tributaria-na-pandemia.shtml>. Acesso em: 10 abr. 2021.

SOBRE OS ORGANIZADORES

Thami Covatti Piaia – Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (2013). Visiting Scholar na Universidade de Illinois – Campus de Urbana-Champaign – EUA (2012). Estágio pós-doutoral na Universidade de Passo Fundo (2014/2015). Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* - Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI -, Campus de Santo Ângelo/RS. Pesquisadora na FADISP. Coordenadora do grupo de estudos e pesquisas em direito e tecnologia da URI - Santo Ângelo/RS (CEDETEC). Coordenadora do projeto de pesquisa "A rede e o ser: a proteção da cidadania do ser na rede".

Stéfani Reimann Patz - Mestre em Direitos Especiais pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS, com bolsa CAPES/PROSUC. Bacharela em Direito pela URI, Campus Santo Ângelo/RS. Pesquisadora voluntária dos projetos de pesquisa "Crisálida: Direito e Arte", "Internet, liberdade de informação, manipulação de comportamentos e a desestabilização do processo democrático" e do Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Tecnologia (CEDETEC). Membro do Instituto Nacional de Proteção de Dados (INPD).

Gabriel Henrique Hartmann - Mestre em Direito pelo do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS. Pós-graduando em Direito Previdenciário pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA), Santa Rosa/RS. Professor da Fundação Educacional Machado de Assis (FEMA), Santa Rosa/RS. Membro do CEDETEC (Centro de Estudos e Pesquisas sobre Direito e Tecnologia). Pesquisa nas áreas de Inteligência Artificial, Tecnologia jurídica e Hermenêutica Artificial. Advogado.

ANAIS DO II SEMINÁRIO SOBRE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, PROTEÇÃO DE DADOS E CIDADANIA

Reunimos nos *Anais do II Seminário Sobre Inteligência Artificial, Proteção de Dados e Cidadania* os mais variados textos sobre os temas, enfatizando a proteção da cidadania pelas instituições no ciberespaço.

Os textos apresentam uma análise detalhada e comprometida sobre a adequação do direito às novas tecnologias, assim como as novas tecnologias estão adequando-se às regulações trazidas pelo Direito, especialmente àquelas relacionadas à internet e suas inter-relações, convidando os leitores e as leitoras a reflexões e questionamentos sobre a atuação dessas novas tecnologias no cotidiano das pessoas.

