REVISTA JURÍDICA NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

Revista Jurídica NELB

Jus Scriptum

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
ANO 16 | VOLUME 6 | NÚMERO 3 | 2021

EDITORIAL

Última edição para um novo começo
Last edit for a fresh start
Cláudio Cardona

ARTIGOS

OMC: Governança Global e Legitimidade
WTO: Global Governance and Legitimacy
Pedro Carneiro Sales

A interceptação telefônica no ordenamento jurídico brasileiro: análise da medida sob a ótica do caso Escher e outros vs. Brasi
Telephone interception in the Brazilian legal system: analysis of the injuction from the perspective of the Escher case and others vs. Brazil
André Rocha Sampaio e Jéssica Alessandra Araújo Ferreira Leão

Democracia em crise na sociedade da informação
Democracy in Crisis in the Information Society
Ana Claudia Sousa de Campos

Efetividade da tutela dos direitos de personalidade no processo informacional: da privacidade aos desafios da proteção de dados
Effectiveness of the protection of personality rights in the informational process: from privacy to data protection challenges
Carolina da Rosa Roncatto

Aos 45: o direito constitucional à proteção de dados no Brasil e em Portugal
At 45: the constitutional provision of data protection right in Brazil and Portugal
João Ricardo Bet Viegas

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro

Revista Jurídica NELB

Jus Scriptum

NELB
Núcleo de Estudos Luso-Brasileiros

jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

Ano 16 • Volume 6 • Número 3
out./dez. 2021 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board
Leandra Freitas, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Iago Leal, Diretor Científico do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerique
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Faculdade de Direito da UFPA e do CESUPA

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Anjuli Tostes Faria Melo
Camila Franco Henriques
Carla Valério
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Leonardo Castro de Bone
Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Renato Sedano Onofre Silvia Gabriel Teixeira

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2021/22

DIREÇÃO GERAL
Diretoria Executiva
Leandra Freitas, Presidente de Direção;
Dra. Joice Bernardo, Secretária Executiva;
Dr. Rodrigo David, Tesoureiro;

Secretarias especiais da Presidência:
Dra. Camila Henriques, Secretária Especial de administração de Conflitos e Apoio à Diversidade (SEACAD)
Mylla Purcinelli, Secretária Especial de Licenciatura (SEL)
Dr. Caio Brilhante, Secretário Especial do Meio Ambiente (SEMA)
Dr. Filipe Vigo, Secretário Especial de Mestrados, Doutoramentos e Empregabilidade (SEMDE)

Assessores da Secretaria Executiva:
Dra. Mariana Harz
Dra. Ana Paula Afonso

Diretoria Científica
Iago Leal, Diretor
Dr. Paulo Rodrigues, Diretor
Joao Villaça, Adjunto
Dr. Matheus Spegiorin, Adjunto
Theodora Simões, Adjunta
Dr. Cláudio Cardona, Diretor da Revista Jus Scriptum
Dr. Thiago Santos Rocha, Observador Externo do Conselho Editorial

Diretoria de Eventos
Dra. Thainara Nascimento, Diretora
Dra. Bruna Xavier, Assessora
Dra. Maria Melo, Assessora
Dra. Carolina Xavier, Assessora
Dra. Renata Péres, Assessora

Diretoria de Comunicação
Dra. Letícia Bittencourt, Diretora
Victor Gabriel, Diretor
Mylla Pucelli, Adjunta
Daniel Rosa, Adjunto
Rafaela Mascaro, Adjunto
Paula Lourenço, Assessora-secretária
Bruna Lebre, Assessora
Lara Calvo, Assessora

Diretoria de Apoio Pedagógico
Dra. Flávia Dias, Diretora
Dra. Júlia Ronconi Costa, Adjunta
Dra. Larissa Lopes Matta, Assessora
Dra. Mariana Miranda, Assessora
Eric Alejandro, Assessor
Dra. Brunna Mendes, Assessora

Colaboradores da Direção Geral
Dra. Gabriele Lima

ASSEMBLEIA GERAL
André Brito, Presidente
Dra. Joice Bernardo, Primeira-Secretária
Dra. Rebeca Rossato, Segunda-Secretária

CONSELHO DE PRESIDENTES
Dr. Claudio Cardona, Presidente
André Brito
Dra. Elizabeth Lima

CONSELHO FISCAL
Jefferson Nicolau, Presidente
Maria Eduarda Ribeiro, Vogal
Dra. Rebeca Rossato, Vogal

nelb.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
Ano 16 • Volume 6 • Número 3
out./dez. 2021 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

EDITORIAL

Última edição para um novo começo
Last edit for a fresh start
Cláudio Cardona

ARTIGOS

OMC: Governança Global e Legitimidade
WTO: Global Governance and Legitimacy
Pedro Carneiro Sales

A interceptação telefônica no ordenamento jurídico brasileiro: análise da medida sob a ótica do caso Escher e outros vs. Brasi
Telephone interception in the Brazilian legal system: analysis of the injuction from the perspective of the Escher case and others vs. Brazil
André Rocha Sampaio e Jéssica Alessandra Araújo Ferreira Leão

Democracia em crise na sociedade da informação
Democracy in Crisis in the Information Society
Gustavo da Silva Melo

Efetividade da tutela dos direitos de personalidade no processo informacional: da privacidade aos desafios da proteção de dados
Effectiveness of the protection of personality rights in the informational process: from privacy to data protection challenges
Carolina da Rosa Roncatto

Aos 45: o direito constitucional à proteção de dados no Brasil e em Portugal
At 45: the constitutional provision of data protection right in Brazil and Portugal
João Ricardo Bet Viegas

EFETIVIDADE DA TUTELA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE NO PROCESSO INFORMACIONAL: DA PRIVACIDADE AOS DESAFIOS DA PROTEÇÃO DE DADOS

EFFECTIVENESS OF THE PROTECTION OF PERSONALITY RIGHTS IN THE INFORMATIONAL PROCESS: FROM PRIVACY TO DATA PROTECTION CHALLENGES

Carolina da Rosa Roncatto[1]

SUBMISSÃO: 22 DE SETEMBRO DE 2021
APROVAÇÃO: 02 DE DEZEMBRO DE 2021

O trabalho busca posicionar a privacidade em um contexto intersubjetivo, considerando que inevitavelmente o titular fará concessões em nome da sua realização social, questiona-se em que medida o arcabouço legislativo permite o efetivo controle do indivíduo sobre seus dados. A consolidação das regras aplicáveis ao processo informacional (dimensão procedimental da privacidade) não assegura o acesso do titular aos meios necessário para garantir o livre desenvolvimento da personalidade na sociedade da informação. Conclui-se que a matéria da proteção de dados, embora tenha nascido como expressão da privacidade, também deve ser instrumento para resguardar o indivíduo contra ofensas a outros direitos da personalidade, na medida em que as violações ocorridas no curso do processo informativo podem representar ameaça a outros aspectos da personalidade. Palavras-chave: Direitos da personalidade – Proteção de dados – Privacidade.

The work seeks to position privacy in an intersubjective context, considering that the titleholder will inevitably make concessions in the name of his social achievement. It will question to what extent the legislative framework allows the individual's effective control over their data. The consolidation of the rules applicable to the informational process (procedural dimension of privacy) does not require the holder to have access to the necessary rules to guarantee the free development of the personality in the information society. It is concluded that the matter of data protection, although it was born as an expression of privacy, should also be an instrument to protect the individual against offenses to other personality rights, as violations occurring in the course of the information process may represent a threat to other aspects of the personality. Keywords: Personality rights – Data protection – Privacy.

1 Mestranda em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Membra dos grupos "Filosofia do Direito Privado: Da Teoria à Prática" e "Grupo de Estudos de Responsabilidade Civil", registrados no CNPq. Advogada no escritório Silveiro Advogados. Contato: crroncatto@gmail.com

1. Introdução

Os direitos de personalidade têm por fundamento a própria existência humana e a privacidade surge, justamente, no contexto de uma das dimensões ônticas mais relevantes da pessoa: sua abertura relacional. Quando se discute privacidade, deve-se lembrar que só se é pessoa com relação ao outro e a intersubjetividade integra a personalidade do sujeito[2].

Embora tenha origem individualista e excludente, hoje vemos o retorno do direito à privacidade a um espaço de vida em relação. A vida em comunidade passa a exigir a todo o tempo concessões do indivíduo para acessar suas informações pessoais – moeda de troca sem a qual não há mais como realizar-se socialmente.

Na primeira parte do estudo será traçado um panorama histórico do desenvolvimento do direito à privacidade e de que forma a privacidade foi tomada de assalto pela proteção de dados na sociedade da informação. Abordar-se-á a mudança de paradigma reconhecida dentro do direito à privacidade, momento no qual a predominância do segredo sobre as informações abre espaço para a ideia de controle sobre as informações.

Na segunda parte, serão abordadas linhas gerais sobre a proteção de dados e o estado no qual se encontra a tutela da privacidade em matéria de informações pessoais. A proteção de dados percorreu longo caminho desde os primeiros registros de debate sobre o tema, culminando em uma consolidação de princípios aplicáveis ao processo informacional, replicados em legislações mundo afora.

2 GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008, p. 97.

Contudo, em que pese seja robusto o arcabouço legislativo, parece carecer o titular dos dados de ferramentas que suportem o exercício do controle efetivo sobre suas informações. Questiona-se se há possibilidade de – e, se não há, de que forma poderia haver – criação de meios que assegurem o livre desenvolvimento da personalidade na sociedade da informação frente à opacidade do processo informacional.

O presente artigo pretende contribuir ao estudo da dinâmica entre direitos da personalidade e proteção de dados, ultrapassando o direito à privacidade. A proteção de dados, embora tenha nascido como expressão da privacidade, também é instrumento para resguardar o indivíduo contra ofensas a outros direitos da personalidade, na medida em que as violações ocorridas no curso do processo informativo podem representar ameaça à dimensão procedimental da privacidade, mas também ameaçar outros aspectos da personalidade, caracterizando uma dimensão substancial da privacidade[3].

Quanto à metodologia, a abordagem será teórica e descritiva, utilizando-se de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira sobre o tema abordado.

2. Desenvolvimento do direito à privacidade

2.1. Panorama histórico

A privacidade é um dos direitos de personalidade de mais recente evolução[4]. A grande maioria dos doutrinadores[5] aponta como seu nascimento a publicação do artigo The

3 SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 138.
4 MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. Revista de Direito do Consumidor, vol. 79/2011, p. 45 – 81, Jul/Set. 2011.
5 STOCO, Rui. Responsabilidade civil decorrente da violação da intimidade e da vida privada. Revista dos Tribunais, vol. 954/2015, p. 85 – 116, Abr. 2015.

Right to Privacy, publicado em 1890 por Samuel Warren e Louis Brandeis. Na época, aborreciam-se os autores com jornais que cobriam a intimidade dos indivíduos e divulgavam informações pessoais, situação agravada pelo advento da fotografia instantânea e o potencial de circulação em massa[6]. Foi-se construindo, assim, o direito à privacidade como o direito de "ser deixado só" – hoje, célebre expressão, cunhada pela magistratura norte-americana.

Embora elaborados um século mais tarde, a Constituição da República de 1988 e o Código Civil de 2002 adotaram esta mesma concepção para proteger a privacidade dos brasileiros. O inciso X do art. 5º da CRFB[7] e o art. 21 do CC[8] prevêem a inviolabilidade da vida privada da pessoa humana. Paulo Lôbo, em um esforço de dar contornos mais definidos a este conceito, afirma que "[s]ob a denominação privacidade cabem os direitos da personalidade que resguardam de interferências externas os fatos da intimidade e da reserva da pessoa, que não devem ser levados ao espaço público"[9].

Contudo, embora possa haver alguns "lugares comuns" sobre o tema, não há uma uniformidade na definição do conceito[10] e a sua violação é aferível apenas na análise do caso concreto. Rui Stoco destaca ser este um direito subjetivo por

6 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade. In 30 anos da constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições. Organização José Antonio Dias Toffoli. - Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 697.

7 "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - 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;" BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

8 "Art. 21. 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." Id., Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.

9 LÔBO, Paulo Luiz Neto. Autolimitação do direito à privacidade. Revista trimestral de direito civil: RTDC Imprenta: Rio de Janeiro, Padma, 2000. Referência: v. 9, n. 34, abr/jun. 2008. Arquivo digital.

10 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade. In 30 anos da constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições. Organização José Antonio Dias Toffoli. - Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 698.

excelência[11], posto que atrelada à singularidade de cada indivíduo, cujas expectativas sobre os limites do privado serão diferentes.

Hoje, a preocupação com o uso de informações pessoais e circulação de dados dos indivíduos só se faz aumentar. A sociedade como um todo sempre esteve condicionada pelo estado da tecnologia[12] e o direito à privacidade não seria diferente.

Por muito tempo, os meios manuais ou analógicos de processamento de dados constituíam a própria proteção da privacidade do titular e limitavam a utilização até a revolução do processamento eletrônico de dados[13]. A forma massificada de coleta, armazenamento e tratamento a partir das tecnologias da informação apresenta novos desafios ao direito à privacidade[14] e evidencia a insuficiência da tradicional forma casuística de verificação da violação.

Se a mídia impressa e a fotografia revelada aguçavam preocupações no final do século XIX devido a suas competências de alcance e permanência, a internet e a big data não conhecem limites e criam novos espaços a serem regulados pelo direito. Através do emprego de técnicas automatizadas de obtenção e combinação de dados, são extraídas as mais variadas informações, as quais podem ser utilizadas para finalidades diversas, desde análises estatísticas até construção de perfis para fundamentar a tomada de decisões em qualquer esfera da vida do indivíduo[15].

11 STOCO, Rui. Responsabilidade civil decorrente da violação da intimidade e da vida privada. Revista dos Tribunais, vol. 954/2015, p. 85 – 116, Abr. 2015.
12 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Livro Eletrônico. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Livro eletrônico.
13 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Livro Eletrônico. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Livro eletrônico.
14 MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. Revista de Direito do Consumidor, vol. 79/2011, p. 45 – 81, Jul/Set. 2011.
15 Sobre Big Data, ver: TSAI, Chun-Wei et al. Big data analytics: a survey. Journal of Big Data, v. 2, n. 21, 2015. DOI 10.1186/s40537-015-0030-3.

Este panorama, vale lembrar, vem se alterando já desde a década de 1960, quando a "multiplicação de mecanismos para recolher, armazenar, processar e utilizar a informação, na esteira da massificação das relações contratuais, acaba por estimular um aumento exponencial do fluxo de dados na sociedade contemporânea"[16]. A revolução causada pela informática e o surgimento do que se conhece por sociedade da informação, ao "final do século XX e começo do século XXI, levou a extremos as potencialidades de invasão da privacidade das pessoas, não apenas pelo Estado, mas, sobretudo, pelas empresas e por indivíduos"[17].

Desde o início, pela facilidade de acesso à tecnologia, governos já avistavam as vantagens econômicas que poderiam ser obtidas com um gerenciamento de dados eficiente. Nesse contexto, passam a eclodir no globo situações de conflito em razão de propostas controversas de administração de dados pessoais.

A exemplo, os casos National Data Center (EUA, 1965) e Système Automatisé pour les Fichiers Administratifs et le Répertoire des Individus (França, 1974) visavam a criação de um banco de dados dos seus nacionais, centralizando informações pessoais coletadas por todos os órgãos do governo em um único repositório. Embora ambas as propostas tenham se apresentado com forte embasamento técnico, foram massivamente rechaçadas pela população e os projetos jamais foram implementados, mas impulsionaram a criação das primeiras leis de proteção de dados na Europa[18].

Em 1983, o Tribunal Constitucional Federal da Alema-

16 SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 135.

17 LÔBO, Paulo Luiz Neto. Autolimitação do direito à privacidade. Revista trimestral de direito civil: RTDC Imprenta: Rio de Janeiro, Padma, 2000. Referência: v. 9, n. 34, abr/jun. 2008. Arquivo digital.

18 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Livro Eletrônico. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Livro eletrônico.

nha analisou o método de coleta de informações e o destino dado pelo censo às informações coletadas, fruto da desconfiança pública gerada por uma nova legislação censitária. Maria Claudia Mércio Cachapuz destaca que, através da – hoje – famosa decisão, a Corte:

> "[A]o analisar a extensão de questionamento possível ao cidadão por meio de uma legislação censitária, reconheceu a possibilidade de uma autodeterminação informativa a todo indivíduo, de forma que toda e qualquer informação pessoal só se tornasse pública se tutelada por um determinado interesse público, porque conhecida do titular a sua existência e com quem é compartilhada."[19]

O cidadão estava atento quanto à ameaça do Estado no uso de informações para monitoramento e vigilância, na forma como descrita por Orwell[20]. Contudo, com a popularização da tecnologia e invasão dos computadores e softwares também no setor privado, o dado passou a ser ativo financeiro, um token[21], para alcançar objetivos econômicos de empresas[22], "um recurso autônomo, gerador de riqueza e poder"[23].

A utilização de dados pessoais por fornecedores de bens e serviços para fins de informação passou "a constituir fonte de incalculável lucro para empresas provedoras desses dados em prejuízo da privacidade de seus titulares, no denominado capitalismo de vigilância"[24]. Sem surpresa, a "econo-

19 CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. Privacidade, proteção de dados e autodeterminação informativa. Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 15 n. 107 Out. 2013/Jan. 2014, p. 827.

20 ORWELL, George. 1984. 22ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

21 Sobre o processo de "tokenização": "O valor não está mais atrelado necessariamente às características físicas das coisas. As informações, mensagens, dados, instruções, softwares etc. adquiriram valor próprio, independente dos átomos de que é formado seu meio físico. Até mesmo objetos que originalmente tinham natureza física, passaram a ter feição virtual". ZANELLATO, Marco Antonio. Condutas ilícitas na sociedade digital. Revista de Direito do Consumidor, vol. 44/2002, p. 206, Out/Dez. 2002.

22 MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. Revista de Direito do Consumidor, vol. 79/2011, p. 45 – 81, Jul/Set. 2011.

23 ZANELLATO, Marco Antonio. Condutas ilícitas na sociedade digital. Revista de Direito do Consumidor, vol. 44/2002, p. 211, Out/Dez. 2002.

24 LÔBO, Paulo Luiz Neto. Autolimitação do direito à privacidade. Revista trimestral de direito civil: RTDC Imprenta: Rio de Janeiro, Padma, 2000. Referência: v. 9, n. 34, abr/jun. 2008. Arquivo digital.

mia de dados" viria a movimentar €377 bilhões no mercado da União Europeia em 2018[25].

Através das ciências de dados e práticas de mineração[26], um grande volume de informações heterogêneas, fragmentadas e desordenadas pode ser analisado por softwares para extrair conhecimento novo e estabelecer perfis[27]. Frente à big data, a segurança e confiabilidade da informação ficam para trás: não apenas os níveis de proteção se reduzem em razão do volume ao longo do processo, como a informação perde em exatidão e pode levar a resultados discriminatórios.

Há muito já se previa que a internet facilitaria o monitoramento do indivíduo e a coleta de informações dispersas, as quais passariam a integrar grandes bancos de dados de seguradoras, escolas, instituições financeiras e serviços de assistência médica[28]. Contudo, os dados pessoais não podem ser considerados produto do qual as empresas se servirão livremente[29], sem consideração aos impactos adversos do seu emprego[30].

> "O tipo de aplicação analítica usada pode levar a resultados inexatos, discriminatórios ou de outro modo

25 EUROPEAN COMMSSION. Building a data economy in the European Union. European Union, 2019, p. 02.

26 Sobre o termo "mineração": "Neste sentido, cumpre esclarecer que a expressão "mineração de dados" revela per se que a coleta, o tratamento e a utilização de dados no mundo virtual, representa para o contexto das organizações, assim como se dá na extração de minérios, uma fonte geradora lucratividade, impactando diretamente na tomada de decisões pelos seus gestores." FACCHINI NETO, Eugênio; COLOMBO, Cristiano. Mineração de dados e análise preditiva: reflexões sobre possíveis violações ao direito de privacidade na sociedade da informação e critérios para sua adequada implementação à luz do ordenamento brasileiro. Rev. de Direito, Governança e Novas Tecnologias, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 59 – 80, Jul/Dez. 2017.

27 COHEN, Julie E. Privacy, Visibility, Transparency, and Exposure. The University of Chicago Law Review, 75:181. Apr. 2008, p. 67.

28 ZANELLATO, Marco Antonio. Condutas ilícitas na sociedade digital. Revista de Direito do Consumidor, vol. 44/2002, p. 212, Out/Dez. 2002.

29 FACCHINI NETO, Eugênio; COLOMBO, Cristiano. Mineração de dados e análise preditiva: reflexões sobre possíveis violações ao direito de privacidade na sociedade da informação e critérios para sua adequada implementação à luz do ordenamento brasileiro. Rev. de Direito, Governança e Novas Tecnologias, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 59 – 80, Jul/Dez. 2017.

30 UNIÃO ERUOPEIA, Parecer 3/2013 sobre limitação da finalidade. Grupo de Trabalho para Proteção de Dados do art. 29º da Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu. Adotada em 02/04/2013. P. 56.

> ilegítimos. Em especial, um algoritmo pode isolar uma correlação e dela retirar uma inferência estatística que, quando aplicada na conformação da comercialização ou de outras decisões, se torne injusta e discriminatória. Isto pode perpetuar preconceitos e estereótipos existentes e agravar problemas de exclusão e estratificação social." [31]

A utilização de dados pessoais é terreno fértil para práticas discriminatórias, classificações impositivas e tratamentos automatizados, podendo servir a informação como instrumento de violação à liberdade religiosa, sexual, político-filosófica, entre outros direitos fundamentais da pessoa humana. É que os dados pessoais são projeções diretas da personalidade e "qualquer tratamento de dados, por influenciar na representação da pessoa na sociedade, pode afetar a sua personalidade e, portanto, tem o potencial de violar os seus direitos fundamentais"[32].

O risco da atividade de tratamento de dados através de softwares já encontra menções na doutrina brasileira, que refere à maior probabilidade do dano e o seu maior potencial lesivo[33]. Danilo Doneda enfatiza que, a partir do momento em que somos representados e avaliados por nossos dados pessoais, a privacidade acaba por ressoar em outros aspectos da personalidade do indivíduo[34]. Nesse sentido, a privacidade é "entendida não só em termos de um ius excludendi alios de uma esfera íntima, mas também como direito a não

31 UNIÃO ERUOPEIA. Parecer 3/2013 sobre limitação da finalidade. Grupo de Trabalho para Proteção de Dados do art. 29° da Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu. Adotada em 02/04/2013. P. 56.

32 MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova lei de proteção de dados (lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no brasil. Revista de Direito do Consumidor, vol. 120/2018, versão digital, p. 24, Nov/Dez. 2018.

33 "em especial quando o processamento cause discriminação, furto de identidade, fraudes diversas, perdas financeiras, dano reputacional, perda de confidencialidade dos dados pessoais protegidos por sigilo profissional, reversão não autorizada da pseudonimização ou qualquer outra desvantagem econômica ou social significativa". ROSENVALD, Nelson. Do risco da atividade ao "alto" risco da atividade algorítmica. Disponível em: https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2019/09/18/DO-RISCO-DA-ATIVIDADE-AO-%E2%80%9CALTO%E2%80%9D-RISCO-DA-ATIVIDADE-ALGOR%C3%8DTMICA Acesso em: 07 dez. 2020.

34 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Livro Eletrônico.

sofrer indevidas interferências externas relativamente à manifestação social de sua própria identidade"[35].

2.2. Paradigmas da privacidade

A privacidade nasce em um contexto egoístico, segundo o qual o outro é um obstáculo à realização da personalidade. Buscava-se isolamento e tranquilidade, até mesmo reclusão, constituindo a privacidade um dever geral de abstenção dos demais, de não interferência na vida privada do sujeito.

Esta ideia individualista[36] foi predominante durante muito tempo e é marcada pelo paradigma do segredo[37], um modelo notadamente negativo, que se propunha a excluir algo do conhecimento dos demais.

Contudo, a principal forma de "invasão de privacidade" passou a ser a coleta de dados não autorizada, o tratamento automatizado das informações, a realização de análises preditivas sobre o sujeito e o risco de vazamentos.

Nesse contexto, o direito à privacidade no Brasil já nasceu incapaz de tutelar o fluxo informacional massificado, dado o caráter subjetivista ligado à vida íntima sobre o qual foi cunhado. Isto é, a privacidade, sob a ótica das informações relativas à pessoa, não poderia mais ser concebida através de um conceito estritamente subjetivo e casuístico, porque a intensidade do fluxo de informações inviabilizou a

35 FACCHINI NETO, Eugênio; COLOMBO, Cristiano. Mineração de dados e análise preditiva: reflexões sobre possíveis violações ao direito de privacidade na sociedade da informação e critérios para sua adequada implementação à luz do ordenamento brasileiro. Rev. de Direito, Governança e Novas Tecnologias, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 69, Jul/Dez. 2017.

36 MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. Revista de Direito do Consumidor, vol. 79/2011, p. 45 – 81, Jul/Set. 2011.

37 MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Comentário à nova lei de proteção de dados (lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no brasil. Revista de Direito do Consumidor, vol. 120/2018, p. 555 – 587, Nov/Dez. 2018.

análise individual do tratamento de dados[38].

Em resposta, o modelo que vem sendo construído atualmente é positivo[39], permitindo o desenvolvimento da personalidade humana em um âmbito intersubjetivo. O paradigma do segredo não foi efetivamente superado, mas integrado para compreender outras manifestações da privacidade, reposicionando prioridades, dada a sua importância para a tutela da pessoa humana[40].

A vida em sociedade depende do intercâmbio de informações constantes e, sendo este elemento fundamental para o estabelecimento de relações, é necessário que a privacidade não proteja apenas a esfera privada, mas possa assegurar à pessoa o controle de seus próprios dados[41]. Não basta impedir a intromissão alheia no âmbito da vida privada, mas alcançar toda a informação relativa à pessoa onde quer que esteja, "um tipo de proteção dinâmica, que segue o dado em todos os seus movimentos"[42].

O novo paradigma de controle surge para proporcionar meios ao indivíduo de construção da sua privacidade em um contexto de vida em sociedade. Não é baseado no segredo, mas sim na possibilidade de colocar informações em circulação e, ainda assim, ser delas efetivamente titular e exercer controle como tal.

Não é apenas a tutela da privacidade, mas a tutela da pessoa humana considerada em todas as suas dimensões, garantindo o acesso, a veracidade, a segurança, o conhecimen-

38 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Livro Eletrônico.
39 MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. Revista de Direito do Consumidor, vol. 79/2011, p. 45 – 81, Jul/Set. 2011.
40 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Livro Eletrônico.
41 SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 137.
42 RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 17.

to da finalidade para a qual serão utilizados[43], visando evitar o controle e discriminação e, em última análise, possibilitar o livre desenvolvimento da personalidade.

> "Uma esfera privada, dentro da qual a pessoa tenha condições de desenvolver a própria personalidade, livre de ingerências externas, ganha hoje ainda mais importância: passa a ser pressuposto para que a pessoa não seja submetida a formas de controle social que, em última análise, anulariam sua individualidade, encarcerariam sua autonomia privada e, em última análise, inviabilizariam o livre desenvolvimento da personalidade." [44]

A evolução da proteção da privacidade caminha junto à consolidação dos direitos da personalidade, na medida em que afasta o individualismo exacerbado e caminha em direção da privacidade positiva, a qual compreende a dimensão relacional da pessoa humana[45].

3. A evolução da proteção de dados

3.1. A tutela do processo informativo na dimensão de privacidade

O direito à privacidade sempre foi objeto de tutela remedial, típica do direito subjetivo; contudo, "a ela faltam os instrumentos adequados à realização da função promocional da tutela da privacidade como meio de proteção da pessoa humana"[46]. Neste âmbito, o direito à privacidade se revela na tutela do processo informacional de ponta a ponta, desde o nascimento do dado no momento da coleta até sua morte com a eliminação da informação[47].

43 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Livro Eletrônico.
44 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Livro Eletrônico.
45 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Livro Eletrônico.
46 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Livro Eletrônico.
47 SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2.ed. São Paulo: Atlas,

Diante destas evoluções, o autor Anderson Schreiber divide a problemática da privacidade em uma dimensão procedimental e uma dimensão substancial[48]. A primeira se ocuparia do processo informacional, do modo como é obtido e tratado o dado pessoal, com preocupações voltadas ao modelo original de privacidade; já a segunda dimensão se relacionaria ao uso do dado pessoal como instrumento de violação de outros direitos de personalidade, na medida em que as informações relativas à pessoa a constituem como sujeito e são elementos essenciais em uma complexa teia de relações[49].

A dimensão procedimental cuida do conjunto de medidas encontradas em várias normativas sobre o modo como são obtidos e tratados os dados. Ao longo da "vida" da informação, o tratamento será acompanhado de uma análise de conformidade com a legislação, a qual verificará o cumprimento das obrigações relativas ao processo informacional e deveres do agente, bem como o respeito ao exercício de direito dos titulares sobre o dado.

Mesmo autorizada a coleta, o titular não cede ou aliena seus dados ao controlador para uso indiscriminado ou para que repasse a terceiros, razão pela qual as leis de proteção de dados se ocupam principalmente em criar estruturas para que o titular possa participar do processo de tratamento, com a possibilidade de correção do percurso ou solicitação de encerramento da atividade de tratamento.

Um movimento importante passa a ser identificado globalmente com a proliferação de legislações sobre o tema. Um primeiro exercício de harmonização entre ordenamen-

2013, p. 139.
48 SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 138.
49 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. Livro Eletrônico.

tos surge pouco depois do já referido caso do censo alemão (1973), o qual inaugurou importantes conceitos em matéria de proteção de dados e forneceu subsídios para criação de uma cultura com relação ao tema.

Em 1980, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico publica as primeiras Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data[50], o qual sintetizava pela primeira vez princípios de proteção da informação pessoal que seriam encontrados em todos os textos de proteção de dados pelo mundo, inclusive na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira. Os princípios da fair information são: (i) Collection Limitation: coleta limitada às hipóteses legais e mediante consentimento, se aplicável; (ii) Data Quality: o dado deve ser o estritamente relevante à finalidade, verdadeiro, completo e atualizado; (iii) Purpose Specification: a informação obtida para uma finalidade não poderá ser utilizada para outra sem consentimento; (iv) Use Limitation: o dado não será exposto, disponibilizado ou usado para além da finalidade consentida; (v) Security Safeguards: o dado pessoal deve ser protegido contra o uso indevido, modificação ou acesso não autorizado; (vi) Openness: transparência acerca de desenvolvimento de bancos dedados, práticas e políticas e acessibilidade a estas informações; (vii) Individual Participation: titular deve conhecer o dado coletado, alterá-lo, revogar o consentimento de forma acessível e não custosa; e (viii) Accountability: o controlador deve ser responsável pela conformidade com as regras.

Estes princípios passam a ser replicados em diversos ordenamentos jurídicos[51], movimento que vai além da simples mimetização, mas fornece base jurídica para a circula-

50 ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data. 1980.
51 MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. Revista de Direito do Consumidor, vol. 79/2011, p. 45 – 81, Jul/Set. 2011.

ção das informações internacionalmente. A possibilidade de comparação de legislações sobre o tema é positiva, dado a ausência de barreiras geográficas da internet e possibilidade plurilocalização da informação.

A partir deste marco, a proteção de dados passa a ser encarada sob a perspectiva de padrão coletivo de proteção. Assim, a análise deixa de considerar o dado individualmente e passa a atentar à conformidade de todo o processo informacional à legislação aplicável.

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) propõe um modelo de proteção que possui como características: "i) amplo conceito de dado pessoal; ii) necessidade de que qualquer tratamento de dados tenha uma base legal; e iii) legítimo interesse como hipótese autorizativa e necessidade de realização de um teste de balanceamento de interesses"[52].

Logo nos seus dois primeiros dispositivos, a LGPD já sugere que "o desenvolvimento do mercado deve estar diretamente relacionado à função promocional da tutela dos caracteres da personalidade, no tocante ao tratamento dos dados pessoais".

O art. 1º da LGPD define que as disposições acerca do tratamento de dados pessoais têm por objetivo proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural[53]. Já no art. 2º da LGPD, dentre os fundamentos da proteção de dados, se encontram tanto fundamentos de ordem existencial,

52 DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Comentário à nova lei de proteção de dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 120, p. 555-587, 2018.

53 "Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural."

quanto de ordem patrimonial-mercadológica[54].

> "De fato, não se pode fechar os olhos para a relevância dos dados na economia atual, no Brasil e no mundo. O que se busca, portanto, em primeiro plano, na balança de interesses correspondentes ao trinômio pessoa-mercado-dados, é proteger a pessoa humana, valor central do ordenamento jurídico brasileiro, dando guarida efetiva aos seus dados, para que, então, possa ser tutelado também o mercado." [55]

O objetivo do presente trabalho não é retomar os dispositivos da LGPD, mas sim evidenciar que a "mera" tutela do processo informativo, regulando o que pode ser chamada de dimensão procedimental da privacidade, não garante ao titular dos dados os meios que possibilitam o exercício do controle efetivo sobre suas informações. Nesse contexto, embora aparentemente regulado o procedimento, a privacidade em sua dimensão substancial se encontra vulnerável, o que representa ameaça a outros aspectos da personalidade.

O General Data Protection Regulation (União Europeia) reconhece, através do art. 35, que alguns processos de tratamento de dados que utilizam novas tecnologias, dada a sua natureza, escopo e contexto da sua utilização, implicam em alto risco para os direitos e liberdades das pessoas naturais, exigindo, por exemplo, uma avaliação de impacto do seu emprego[56]. O alto risco das decisões automatizadas também é reconhecido pelo art. 7º do Algorithmic Accoun-

54 "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."

55 REGIS, Erick da Silva. Linhas gerais sobre a lei 13.709/2018 (LGPD): objetivos, fundamentos e axiologia da lei geral de proteção de dados brasileira e a tutela de personalidade/privacidade. Revista de Direito Privado, vol. 103/2020, p. 71, Jan/Fev. 2020.

56 UNIÃO EUROPEIA. Parlamento e Conselho. Regulamento (EU) 2016/679, de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). [S. l.]: EUR-Lex, 2016. Disponível em http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/2016-05-04 . Acesso em: 19 dez. 2020.

tability Act of 2019 (Estados Unidos), o qual reconhece como high-risk automated decision system qualquer sistema de decisão automatizada que possa resultar ou contribuir para decisões imprecisas, injustas, condicionadas ou discriminatórias, que toma decisões ou facilita o processo decisório humano através de análises sistemáticas e preditórias sobre aspectos sensíveis da vidas das pessoas ou, ainda, que guarde informações sobre raça, cor, nacionalidade, opiniões políticas religião, dados genéticos e biométricos, referentes à saúde, gênero, sexualidade ou antecedentes criminais[57].

O robusto o arcabouço legislativo inaugurado no Brasil não entrega ao titular as ferramentas para assegurar o livre desenvolvimento da personalidade na sociedade da informação, o que se deve, em larga medida, à opacidade do processo informacional.

3.2. Os desafios da proteção de dados na tutela efetiva da personalidade.

A quarta revolução industrial transforma a atualidade e é marcada pela informação: os dados, hoje, são o maior ativo econômico do mundo. A noção de proteção de dados tem por fundamento a ideia de que não há dados irrelevantes à privacidade ou que fogem ao seu alcance, bem como de que qualquer informação compartilhada só assim deverá permanecer se existente o consentimento do titular sobre a sua existência e o conhecimento acerca da finalidade da utilização.

Essa nova era, chamada "era Big Data", é caracterizada pelo volume, variedade e velocidade que os dados conseguem ser coletados e analisados – capacidade que dos sis-

57 UNITED STATES OF AMERICA. Congress. Senate Bill n. 1108. Algorithmic Accountability Act of 2019. Autoria: Sen. Ron Wyden. Washington, DC: Congress, 2019. Disponível em: https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/1108. Acesso em: 03 out. 2020.

temas informáticos que representa inúmeras possibilidades, especialmente no que tange à tomada de decisões. O reconhecimento da assimetria informacional que desequilibra a relação titular-controlador foi essencial para que se passasse a pensar em estruturas de transparência e fiscalização que diminuam este déficit e devolvam ao titular o controle sobre seus dados.

Nesse contexto, a opacidade do processo informacional é um dos maiores desafios no paradigma do controle, pois impede que o titular conheça a imagem que lhe está sendo atribuída e entenda as decisões tomadas sobre sua pessoa. O tratamento de dados automatizado – que exclui o fator humano do processo – tem avançado a passos largos; o que não tem correspondido a um avanço significativo dos instrumentos de governança que tornem possível a compreensão dos critérios utilizados e resultados obtidos pelas máquinas.

A opacidade possui razões para existir e está diretamente ligada à dificuldade técnica de decodificar o resultado e a incapacidade de entender, explicar ou prever o funcionamento dos softwares, além de razões de ordem não-técnicas, como sigilo empresarial[58] e desvantagem concorrencial[59]. Contudo, Danilo Doneda et al. asseveram que "[o] problema da falta de transparência é extremamente relevante para a presente discussão, visto que a verificação da ocorrência de eventual discriminação depende de se saber qual é o input do algoritmo ou qual é método estatístico utilizado"[60].

Segundo Frank Pasquale, a transparência é uma medi-

58 DONEDA, Danilo. MENDES, Laura Schertel. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. ANDRADE, Noberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. Pensar, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-17, out./dez. 2018, p. 6.
59 DONEDA, Danilo. ALMEIDA, Virgilio A. F. What is algorithm Governance? Washington: IEEE Computer Society, 2016, p. 61.
60 DONEDA, Danilo. MENDES, Laura Schertel. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. ANDRADE, Noberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. Pensar, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-17, out./dez. 2018, p. 6.

da essencial para que tanto o titular dos dados quanto um especialista em programação possam desafiar a arbitrariedade dos processos e critérios utilizados para tomar decisões sobre os indivíduos. Isso implica na abertura da base de dados, do funcionamento dos sistemas, código e modelação dos algoritmos ao público[61]. A Association for Computing Machinery, ao elaborar os Principles for Algorithmic Transparency and Accountability, também elenca a abertura da proveniência dos dados e dos vieses potenciais induzidos pelo processo de tratamento utilizado, salientando que somente o escrutínio público oferecerá máxima possibilidade de correções[62].

A falta de estruturas de transparência impede o estabelecimento de nexo de causalidade entre um dano sofrido pelo indivíduo e uma violação aos direitos de personalidade decorrente de tratamento indevido de uma informação sua. Isto é, sem que o titular saiba que seu dado pessoal foi utilizado, jamais poderá avaliar o uso abusivo ou estabelecer relação de causa e consequência entre o uso e um dano experimentado.

Na medida em que o tratamento de dados pode afetar indivíduos, é essencial o oferecimento de alternativas para a reparação de danos[63]. Segundo a Fairness, Accountability and Transparency in Machine Learning Organization, a accountability pode ser definida como a disponibilização de vias de reparação externamente visíveis para efeitos adversos do sistema de decisões e a designação de um responsável pela solução tempestiva destes resultados[64].

61 PASQUALE, Frank. CITRON, Danielle Keats. The scored society: due process for automated predictions. Washington Law Review, Vol. 89:1, p. 30/33.

62 ASSOCIATION FOR COMPUTING MACHINERY. Statement on Algorithmic Transparency and Accountability. Disponível em: https://www.acm.org/binaries/content/assets/public-policy/2017_usacm_statement_algorithms.pdf. Acesso em: 20 de dez de 2020.

63 MENDES, Laura Schertel; MATIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. RDU, Porto Alegre, Volume 16, n. 90, 2019, 39-64, nov-dez, p. 18.

64 FAIRNESS, ACCOUNTABILITY, AND TRANSPARENCY IN MACHINE

O estabelecimento da responsabilidade é apontado como o centro de toda a governança do processo informacional automatizado, pois tende a ocasionar melhores explicações acerca do tratamento de dados. Isso porque a explicação será uma salvaguarda daquele que se utiliza da tecnologia para realização de tratamento de dados, podendo demonstrar de que forma determinado resultado foi produzido pelo software.

Sem a institucionalização de mecanismos de controle e supervisão do titular sobre os dados, o indivíduo jamais será protagonista no processo informacional e não alcançará a autodeterminação informativa proposta como fundamento da disciplina de proteção de dados no Brasil[65]. As formas de governança dos algoritmos vêm sendo intensamente debatidas entre os especialistas da área, visando a maximização dos benefícios da sua inclusão nos processos decisórios em geral e, com a mesma eficiência, minimizar os riscos das decisões automatizadas[66].

A abordagem do tema não apenas da perspectiva dos instrumentos individuais de defesa dos direitos dos titulares, importa em reconhecer também reconhece a insuficiência desta via de forma exclusiva. Conforme Edwards e Veale, o controle das decisões automatizadas não pode ser um fardo imposto apenas aos indivíduos, porque "Individuals are mostly too time-poor, resource-poor, and lacking in the necessary expertise to meaningfully make use of these individual rights"[67].

LEARNING. Principles for Accountable Algorithms and a Social Impact Statement for Algorithms. Disponível em: https://www.fatml.org/resources/principles-for-accountable-algorithms. Acesso em: 07 de dez. de 2020.

65 BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Art. 2º, II.

66 DONEDA, Danilo. ALMEIDA, Virgilio A. F. What is algorithm Governance? Washington: IEEE Computer Society, 2016. p. 1.

67 EDWARDS, Lilian; VEALE, Michael. Slave to the algorithm: why a right to an explanation is probably not the remedy you are looking for. Duke Law & Technology Review, v. 16, p. 67, 2017-2018.

Dessa forma, além dos direitos previstos em lei, deve-se pensar em soluções de governança para uma utilização consciente e responsável dos dados. A tutela efetiva dos direitos de personalidade em matéria de proteção de dados somente poderá advir do fim de bancos de dados secretos, do livre acesso do titular a informação pessoal sua, relativamente à coleta, armazenamento e tratamento, da fiscalização do atendimento da finalidade do uso, da qualidade e da segurança do dado e da possibilidade de retificação ou exclusão da informação.

O enraizamento destas práticas e a conscientização sobre o impacto do tratamento de dados automatizado possibilitará, em última análise, a sensibilização dos desenvolvedores os incentivos econômicos adequados para a criação de uma ética que forneça ferramentas hábeis a auxiliar as companhias a maximizar o benefício do emprego da tecnologia e minimizar o risco da sua utilização ao evitar resultados negativos, orientando a estratégia e moldando as suas práticas nesse domínio[68]. A Association for Computing Machinery reconhece que as pessoas que desenham, empregam e se beneficiam com a utilização da ciência de dados devem poder visualizar os efeitos do uso da tecnologia no mundo real, indo além da compreensão dos aspectos técnicos das ferramentas[69].

Luciano Floridi et al. lecionam que a data ethics tem por objeto estudar e avaliar dilemas morais relacionados aos dados, algoritmos e práticas correspondentes, para formular e embasar soluções moralmente boas e valores a serem

68 DONEDA, Danilo. MENDES, Laura Schertel. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. ANDRADE, Noberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. Pensar, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-17, out./dez. 2018, p. 13.

69 ASSOCIATION FOR COMPUTING MACHINERY. Statement on Algorithmic Transparency and Accountability. Disponível em: https://www.acm.org/binaries/content/assets/public-policy/2017_usacm_statement_algorithms.pdf. Acesso em: 07 de dez. de 2020.

promovidos[70]. Este novo ramo da ética foca nos problemas da coleta e análise de grandes conjuntos de dados e o uso da big data para perfilização, publicidade, mineração de dados, violação de privacidade e variadas formas de discriminação.

Nesse sentido, a Autoridade Francesa de Proteção de Dados (CNIL) recomendou o fortalecimento de padrões éticos internamente às companhias, através da criação de comitês de ética, disseminação de boas práticas e revisão de códigos de conduta[71]. Soluções igualmente incentivadas pela Autoridade de Proteção de Dados do Reino Unido (ICO), na medida em que os comitês consultivos poderão supervisionar projetos e levantar questionamentos acerca dos procedimentos utilizados[72].

Estas estruturas éticas corporativas serão ferramentas hábeis a auxiliar as companhias a maximizar o benefício do emprego da tecnologia e minimizar o risco da sua utilização ao evitar resultados negativos, orientando a estratégia e moldando as suas práticas nesse domínio[73]. O enraizamento destas práticas e a conscientização sobre o impacto do tratamento de dados automatizado possibilitará, em última análise, a sensibilização dos desenvolvedores os incentivos econômicos adequados para a criação de algoritmos sensíveis a valores e a implementação da ética by design[74].

70 FLORIDI, Luciano. TADDEO, Mariarosaria. What is data ethics? Phil. Trans. R. Soc. A 374:20160360. Disponível em: http://doi.org/10.1098/rsta.2016.0360. Acesso em: 12 de out. de 2020.

71 COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS. How can humans keep the upper hand? Report on the ethical matters raised by algorithms and artificial intelligence. Paris: CNIL, 2017. Disponível em: https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_rapport_ai_gb_web.pdf. Acesso em: 30 dez. 2020.

72 INFORMATION COMISSIONER'S OFFICE. Big data, artificial intelligence, machine learning and data protection. [S. l.]: ICO, 2017. Disponível em: https://ico.org.uk/media/fororganisations/documents/2013559/big-data-ai-ml-and-data-protection.pdf. Acesso em: 20 dez. 2020.

73 DONEDA, Danilo. Mendes, Laura Schertel. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. ANDRADE, Noberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. Pensar, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 13, out./dez. 2018.

74 MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2. ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019.

O que se observa é que não existe uma única solução para todos os tipos de tratamento de dados; contudo, certo é que o titular não deve ser o único responsável pela tutela de seus direitos, principalmente considerando o volume de informações a serem resguardadas na era da sociedade da informação e big data. A regulação direta pode não ser a resposta buscada, principalmente em termos de internet e coleta de dados, mas sim a formação de uma cultura e consolidação de elementos éticos que proporcionem melhores respostas aos problemas causados pelo processamento massivo.

4. Conclusão

Desde a publicação do artigo The Right to Privacy, a privacidade percorreu um longo caminho. A quarta revolução industrial transformou a sociedade, a qual hoje é marcada pelo tráfego de informações: os dados, hoje, são o maior ativo econômico no mundo. As novas formas de processamento de dados têm por características o volume, variedade e velocidade que os dados conseguem ser coletados e analisados. A big data representa inúmeras possibilidades, tanto no setor privado como no setor público, especialmente no que tange à tomada de decisões sobre a vida das pessoas com base nos dados coletados.

Como visto, a humanidade tende à vida em sociedade e a socialização é parte essencial da pessoa humana para o seu desenvolvimento pleno; contudo, a privacidade ainda lhe é cara e fundamental. No contexto da sociedade da informação, a privacidade adquire novos contornos: antes de sigilo e exclusão das informações do conhecimento dos demais, hoje de controle sobre as informações expostas e conhecimento sobre a finalidade da sua utilização.

Especialmente quando o tratamento visa analisar e ob-

ter predições acerca de preferências do indivíduo, o que poderá ensejar adoção de medidas ou tomada de decisões sobre a pessoa, torna-se relevante a adoção de garantias sobre a segurança e justiça dos processos. Os dados coletados, armazenados e tratados podem construir uma representação da pessoa a que dizem respeito e, com relação a esta imagem, o titular tem o direito de exigir uma representação real e que não lhe impute falsos atributos.

O desafio é como proteger os dados informatizados frente a uma sociedade e um mercado cada vez mais livres de fronteiras, como se pretende a internet. A legislação é importante, mas não parece ser suficiente.

Essa evolução constitui o início de um caminho para a proteção do cidadão brasileiro na sociedade da informação. A aplicação efetiva do direito individual à proteção de dados pessoais depende, em grande medida, das respostas coletivas que serão apresentadas para implementá-lo, o que exigirá o empenho de diversos atores e instituições nesse processo.

Somente assim, poderá a sociedade brasileira obter os benefícios econômicos e sociais advindos da revolução tecnológica, bem como concretizar uma democracia da informação que proteja, tanto a liberdade de controle das informações pessoais pelo cidadão, como também a tutela contra a utilização discriminatória dos dados pessoais.

5. Referências bibliográficas

ASSOCIATION FOR COMPUTING MACHINERY. Statement on Algorithmic Transparency and Accountability. Disponível em: https://www.acm.org/binaries/content/assets/public-policy/2017_usacm_statement_algorithms.pdf. Acesso em: 20 de dez de 2020.

ABBOUD, Georges. Verdades inconvenientes sobre direito e ciberespaço: uma pequena introdução ao mundo digital. Revista dos Tribunais, vol. 1000/2019, p. 291 – 299, Fev / 2019.

BONNA, Alexandre Pereira. Dados pessoais, identidade virtual e a projeção da personalidade: "profiling", estigmatização e responsabilidade civil. In: Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias. Coord. Nelson Rosenvald. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. Privacidade, proteção de dados e autodeterminação informativa. Revista Jurídica da Presidência Brasília, v. 15, n. 107, Out. 2013/Jan. 2014.

COHEN, Julie E. Privacy, Visibility, Transparency, and Exposure. The University of Chicago Law Review, 75:181. Apr. 2008.

DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. Brasília: SDE/DPDC, 2010.

_____. MENDES, Laura Schertel. SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. ANDRADE, Noberto Nuno Gomes de. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. Pensar, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-17, out./dez. 2018.

_____. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Livro Eletrônico. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

_____. Os Direitos da Personalidade no Código Civil. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 6, Jun. de 2005.

_____. ALMEIDA, Virgilio A. F. What is algorithm Governance? Washington: IEEE Computer Society, 2016.

EUROPEAN ADVISORY BODY ON DATA PROTECTION AND PRIVACY (EU). Opinion 03/2013 on purpose limitation. Article 29 data protection working party. Apr. 2013.

EUROPEAN COMMSSION (EU). Building a data economy in the European Union. 2019.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR (EU). Towards a new digital ethics. Opinion 4/2015. Sep. 2015.

_____. Meeting the challenges of big data. Opinion 7/2015. Nov. 2015.

FACCHINI NETO, Eugênio; COLOMBO, Cristiano. Mineração de dados e análise preditiva: reflexões sobre possíveis violações ao direito de privacidade na sociedade da informação e critérios para sua adequada implementação à luz do ordenamento brasileiro. Rev. de Direito, Governança e Novas Tecnologias, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 59 – 80, Jul/Dez. 2017.

FAIRNESS, ACCOUNTABILITY, AND TRANSPARENCY IN MACHINE LEARNING. Principles for Accountable Algorithms and a Social Impact Statement for Algorithms. Disponível em: https://www.fatml.org/resources/principles-for-accountable-algorithms. Acesso em: 07 dez. de 2020.

FEDERAL TRADE COMISSION (USA). Big data: a tool for inclusion or exclusion? FTC Report. Jan. 2016.

FLORIDI, Luciano. TADDEO, Mariarosaria. What is data ethics? Phil. Trans. R. Soc. A 374:20160360. Disponível em: http://doi.org/10.1098/rsta.2016.0360. Acesso em: 12 de out. de 2020.

FROOMKIN, A. Michel. The death of privacy? Stanford Law Review, Vol. 52:1461. May 2000.

GONÇALVES, Diogo Costa. Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela. Coimbra: Almedina, 2008.

GOULART, Guilherme Damasio. Por uma visão renovada dos arquivos de consumo. Revista de Direito do Consumidor, vol. 107/2016, p. 447 – 482, Set/Out. 2016.

KERR, Ian. EARLE, Jessica. Prediction, preemption, presumption: how big data threatens big picture privacy. 66 Stan. L. Rev. online 65. Sep. 2013.

LIMBERGER, Têmis. A informática e a proteção à intimidade. Revista de Direito Cons-

titucional e Internacional, vol. 33/2000, p. 110 – 124, Out/Dez. 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Autolimitação do direito à privacidade. Revista trimestral de direito civil: RTDC Imprenta: Rio de Janeiro, Padma, 2000. Referência: v. 9, n. 34, abr/jun. 2008. Arquivo digital.

LOUKIDES, Mike. MASON, Hilary. PATIL, DJ. Ethics and data science. Sebastopol: O'Reilly Media, Inc., 2018.

MENDES, Laura Schertel. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. Revista de Direito do Consumidor, vol. 79/2011, p. 45 – 81, Jul/Set. 2011.

_____; DONEDA, Danilo. Comentário à nova lei de proteção de dados (lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no brasil. Revista de Direito do Consumidor, vol. 120/2018, p. 555 – 587, Nov/Dez. 2018.

MENDES, Laura Schertel; MATIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. RDU, Porto Alegre, Volume 16, n. 90, 2019, 39-64.

MIRAGEM, Bruno. A Lei geral de proteção de dados e o direito do consumidor. In: Responsabilidade Civil e Novas Tecnologias. Coord. Nelson Rosenvald. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data. 1980.

ORWELL, George. 1984. 22ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PASQUALE, Frank. The Black Box Society. Harvard Univeristy Press: Cambridge, 2015.

_____. CITRON, Danielle Keats. The scored society: due process for automated predictions. Washington Law Review, Vol. 89:1.

REGIS, Erick da Silva. Linhas gerais sobre a lei 13.709/2018 (LGPD): objetivos, fundamentos e axiologia da lei geral de proteção de dados brasileira e a tutela de personalidade/privacidade. Revista de Direito Privado, vol. 103/2020, p. 63 – 100, Jan/Fev. 2020.

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

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Direitos Fundamentais e Direitos da Personalidade. In 30 anos da constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições. Org. José Antonio Dias Toffoli. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROSENVALD, Nelson. Do risco da atividade ao "alto" risco da atividade algorítmica. Disponível em: https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2019/09/18/DO-RISCO-DA-ATIVIDADE-AO-%E2%80%9CALTO%E2%80%9D-RISCO-DA-ATIVIDADE-ALGOR%C3%8DTMICA Acesso em: 07 dez. 2020.

TSAI, Chun Wei et al. Big data analytics: a survey. Journal of Big Data, v. 2, n. 21, 2015. DOI 10.1186/s40537-015-0030-3.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil decorrente da violação da intimidade e da vida privada. Revista dos Tribunais, vol. 954/2015, p. 85 – 116, Abr. 2015.

WARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. Harvard Law Review, n. 5, v. 4, Dec. 1890.

ZANELLATO, Marco Antonio. Condutas ilícitas na sociedade digital. Revista de Direito do Consumidor, vol. 44/2002, p. 206 – 261, Out/Dez. 2002.