

PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS: DESAFIOS NA COLETA DE INFORMAÇÕES SOBRE ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO

Privacy and data protection: challenges in collecting information on sexual orientation and gender identity

Ana Paola de Castro e Lins¹
Universidade de Fortaleza

Joyceane Bezerra de Menezes²
Universidade Federal de Pernambuco

José Anchieta Oliveira Feitoza³
Centro Universitário UNICHRISTUS

DOI: <https://doi.org/10.62140/ALJMJF312024>

Sumário: 1 Da privacidade à proteção de dados pessoais. 2 Tratamento mais rigoroso dos dados pessoais sensíveis. 3 Orientação sexual e identidade de gênero como dados pessoais sensíveis. Considerações Finais.

Resumo: Trata-se de análise sobre dados pessoais relacionados à orientação sexual e identidade de gênero, com o objetivo de demonstrar que tais informações constituem dados pessoais sensíveis. O presente estudo se justifica na medida em que a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira não oferece a proteção jurídica necessária contra uma potencial discriminação por meio do tratamento de dados, informações de orientação sexual e de identidade de gênero das pessoas LGBTQIAPN+. A metodologia adotada é bibliográfica, quanto às fontes; qualitativa, quanto à abordagem; descritiva e exploratória, quanto aos objetivos. A título de resultados, pondera-se que essa não inclusão revela a escolha legislativa, por ação e por omissão, de manter essas informações à margem da maior proteção jurídica direcionada aos dados pessoais sensíveis.

Palavras-chave: LGPD. Dados pessoais. Dados pessoais sensíveis. Orientação sexual. Identidade de gênero.

Abstract: This involves analysis of personal data related to sexual orientation and gender identity, with the aim of demonstrating that such information constitutes sensitive personal data. The present study is justified as the Brazilian General Data Protection Law does not offer the necessary legal protection against potential discrimination through the processing of data, sexual orientation and gender identity information of LGBTQIAPN+ people. The methodology adopted is bibliographic, in terms of sources; qualitative, in terms of approach; descriptive and exploratory, regarding the objectives. As a result, it is considered that this

¹Doutora e Mestra em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Professora da Graduação do Curso de Direito do Centro Universitário Farias Brito e do Centro Universitário Christus. E-mail: paolaclins@gmail.com

²Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestra em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará Professora Titular da Universidade de Fortaleza e da Universidade Federal do Ceará. E-mail: joyceane@unifor.br

³ Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNICHRISTUS, graduado em Comunicação Social - Jornalismo pela Universidade Federal do Ceará. E-mail: jose.anchieta.of@gmail.com

non-inclusion reveals the legislative choice, by action and by omission, to keep this information outside the greater legal protection aimed at sensitive personal data.

Keywords: LGPD. Personal data. Sensitive personal data. Sexual orientation. Gender identity.

1. DA PRIVACIDADE À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Os direitos à privacidade e à proteção dos dados pessoais são constitucionalmente resguardados como direitos fundamentais. Enquanto a primeira remonta a um contexto em que se reconhecia a necessidade de proteção da pessoa contra o Estado, ou seja, compreendida como um direito negativo, de não intervenção estatal na vida da pessoa, a proteção de dados ganhou reconhecimento e proteção jurídicos em uma época de intensas trocas de informações, acompanhadas por violações aos direitos das pessoas sobre os próprios dados. Considerando que tais violações podem ocorrer tanto por parte do Estado quanto de empresas com alta capacidade de coleta, armazenamento, processamento, análise e interpretação desses dados, há a demanda de uma prestação positiva do Estado, a fim de materializar a tutela e proporcionar a autonomia da pessoa em relação às informações de si mesma, sejam informações privadas, sejam informações públicas.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição de 1988 aborda a privacidade sob duas óticas: uma ligada à vida privada, e outra ligada à intimidade. A intimidade diz respeito a aspectos mais íntimos, sensíveis e essenciais da vida e da personalidade da pessoa, incluindo relações familiares, afetivo-sexuais, de identidade de gênero, círculo de amizades. Já a vida privada trata de uma esfera pessoal menos restrita, o que inclui relações profissionais, comerciais, entre outras. Apesar da distinção, o direito à privacidade deve ser considerado de forma abrangente e conjuntamente em relação aos dois aspectos, considerando que nas existências das pessoas aspectos mais íntimos e mais privados se inter-relacionam, não sendo clara a delimitação de onde termina uma esfera e começa outra. E a ampliação do alcance do direito precisa levar em conta tanto a limitação ao acesso das informações, quanto a não divulgação em caso de desrespeito aos interesses do titular⁴.

Essa mudança do conceito de privacidade enquanto direito tem acompanhado as transformações sociais ao longo dos séculos XX e XXI, abandonando uma percepção estanque, representada pelo direito de ficar só, e passando para uma percepção ampliada, o direito do titular das próprias informações, seja sobre informações da esfera íntima indisponível, seja sobre informações da esfera negociável, seja sobre o controle das

⁴ Cfr. SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 205-206.

informações sobre si⁵. Houve, portanto, uma migração do patamar da privacidade como direito negativo de não intervenção estatal para o caráter de direito positivo, influenciado por referências e contextos diversos da circulação das informações pessoais, reconfigurando a lógica do direito à privacidade⁶.

Os riscos aos usuários e as possibilidades de violação dos direitos de privacidade foram agravados com a ascensão das chamadas *BigTechs*, empresas de tecnologia que têm seus modelos de negócio atrelados ao processamento intensivo de dados. Esses modelos de negócio firmados numa economia de dados se alimentam constantemente das informações dos usuários e, para isso, baseiam-se no monitoramento, na vigilância e no controle das informações pessoais. Com isso, todos os usuários conectados à Internet se submetem a essa lógica e podem ter seus direitos de privacidade violados a cada vez que mantiverem contato com um serviço estruturado na economia de dados. Essa retirada dos dados é normalmente feita sem que os titulares sejam informados ou consultados e sem consentimento nem contrapartida, ou seja, pelo mero contato com as plataformas que operam na economia de dados, significando controle e poder, no que denominou de capitalismo de vigilância⁷.

Com base no volume massivo de dados coletados e analisados, é possível, por meio da tecnologia, traçar padrões para as pessoas, a partir dos comportamentos que elas têm no mundo digital, identificando e prevendo as ações. A partir daí, com o armazenamento e a interpretação dos dados e o reconhecimento dos padrões, é possível prever os comportamentos dos usuários e antecipar as reações e as respostas aos estímulos do mundo digital. Tal mecanismo usa o que se chama *Machine Learning*, que consiste em reconhecimento de padrões de dados e informações captados por computadores e utilizados em inteligência artificial, e é a base do funcionamento de redes sociais, como o *Facebook*, e de sites que operam na lógica do armazenamento massivo de dados⁸.

E, quando se analisam as possibilidades trazidas pela atual tecnologia, percebe-se a vulnerabilidade das populações LGBTQIAPN+. Por meio da técnica de perfilamento, inferências podem ser feitas a respeito da orientação sexual e da identidade de gênero,

⁵ Cfr. MAGALHAES, Rodrigo Almeida; OLIVEIRA, Erika Cristina Rodrigues Nardoni. “O direito à privacidade na era digital”, in *Revista jurídica da FA7*: periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 55-70, 2021, p. 58.

⁶ Cfr. FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Prata de; MILANEZ, Giovanna. *Curso de proteção de dados pessoais: fundamentos da LGPD*. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 28-29.

⁷ Cfr. FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Prata de; MILANEZ, Giovanna. *Curso de proteção de dados pessoais: fundamentos da LGPD*. Op. cit., p. 12-13.

⁸ Cfr. MONTEIRO, Cíntia. “Da biopolítica à modulação: psicologia social e algoritmos como agentes da assimilação neoliberal”. In: SOUZA, Joyce; AVELINO, Rodolfo; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *A sociedade de controle: manipulação e modulação nas redes digitais*. São Paulo: Hedra, 2018. p. 105-123.

perpetuando estereótipos, ampliando a segregação, restringindo o acesso a certos produtos e serviços *on-line*, negação de serviços e de oportunidades, que trazem repercussões e resultados discriminatórios na vida das pessoas⁹. Um exemplo diz respeito ao aplicativo de encontros *Grindr*, voltado para pessoas LGBTQIAPN+, e que já foi denunciado mais de uma vez por ter compartilhado comercialmente informações privadas de usuários¹⁰¹¹.

Diante dos riscos, ameaças e violações, foi sancionada no Brasil, em 2018, a Lei nº 13.709 – a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) –, para regular o tratamento de dados pessoais no país, mediante uma regulação que ultrapassa a ideia de privacidade e expande a proteção jurídico-legal para os dados das pessoas. O direito à proteção de dados pessoais diz respeito ao fluxo dinâmico de dados pessoais, considera a pessoa como sujeito ativo autônomo em relação às próprias informações, expande a proteção direitos fundamentais que podem ser ameaçados pelo modelo de negócios da coleta de dados pessoais e alcança, inclusive, dados pessoais que sejam fatos públicos¹².

2. TRATAMENTO MAIS RIGOROSO DOS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS

O objetivo da LGPD, expresso em seu art. 1º, é “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” (Brasil, 2018). Para isso, a LGPD elenca as hipóteses em que a legislação autoriza o uso dos dados pessoais, tutelando o direito de forma específica. A proteção dada aos dados pessoais é ampliada diante dos dados pessoais sensíveis, elencados pela norma e que têm o âmbito de tratamento ainda mais restringido em virtude da vulnerabilidade das pessoas titulares. O conceito de dados pessoais sensíveis guarda correlação com o potencial risco que eles possam oferecer aos titulares em caso de tratamento ou vazamento deles, razão que a lei entende como justificativa da tutela maior. O conceito deveria ser amplo o suficiente para abranger as vulnerabilidades sociais, protegendo-as, inclusive aquelas relacionadas às orientações sexuais e às identidades de gênero dissidentes, mas não é o que se verifica.

A LGPD define dado pessoal como a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”. Houve escolha do legislador para o conceito de dado pessoal

⁹ Cfr. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. *Dados pessoais sensíveis: qualificação, tratamento e boas práticas*. Indaiatuba, SP: Foco, 2022, p. 13.

¹⁰ Cfr. BARIFOUSE, Rafael. “App de relacionamento gay Grindr compartilhou status de HIV de usuários com empresas”, in *BBC Brasil*. 3 de abril de 2018.

¹¹ Cfr. TOBIN, Sam. “Grindr é processado no Reino Unido por suposta violação de proteção de dados”, in *CNN Brasil*. 22 de abril de 2024.

¹² Cfr. FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Prata de; MILANEZ, Giovanna. *Curso de proteção de dados pessoais: fundamentos da LGPD*. Op. cit., p. 29.

pela definição mais ampla do termo, afinal, toda informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável é dado pessoal e, portanto, merece a proteção dada pela lei, com exceção dos dados pessoais referentes ao art. 4º¹³.

A definição guarda similaridade com o conceito do Regulamento (UE) 2016/679, sobre o tratamento de dados pessoais e a livre circulação desses dados na União Europeia. A diferença principal entre os textos das leis europeia e brasileira é que aquele indica o que seria uma pessoa identificável. No âmbito do Brasil, dado pessoal é aquele composto por 4 elementos: (1) informação, (2) relativa a alguém, (3) que seja pessoa natural, (4) identificada ou com potencial de identificação. Ressalte-se que avaliar um dado como pessoal tem demandado uma análise cada vez mais profunda e contextual da situação de produção daquela informação. Dessa forma, cada ordenamento jurídico deve estabelecer quais dados serão considerados como pessoais sensíveis, a partir da realidade sociocultural e jurídica¹⁴.

Um ponto importante de semelhança entre as duas legislações é a especificação destinada aos dados pessoais sensíveis. Tanto a LGPD quanto a RGPD trazem dois conceitos de dados pessoais sensíveis que demandam tratamento diferenciado pelos ordenamentos jurídicos. Dados pessoais sensíveis são uma espécie de dados que demandam tratamento jurídico diferenciado, com uma tutela mais específica e mais protetiva em razão da natureza dos dados.

Dos dados pessoais para os dados pessoais sensíveis, o tratamento torna-se mais restrito: são apenas oito situações específicas para o tratamento dos dados sensíveis, dentre as quais uma delas com consentimento do titular, de forma específica e destacada, e para finalidades específicas. Essa proteção ampliada será aplicada sempre que houver tratamento de “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). Além disso, o legislador proibiu a comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis sobre saúde para obtenção de vantagem econômica, inclusive para a prática de seleção de riscos na contratação de plano de saúde e para a contratação e exclusão de beneficiários.

A conceituação acerca dos dados pessoais sensíveis faz-se necessária para o entendimento da natureza deles e a percepção acerca do tipo de informações pessoais que

¹³ Cfr. FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Prata de; MILANEZ, Giovanna. *Curso de proteção de dados pessoais: fundamentos da LGPD*. Op. cit., p. 36-38.

¹⁴ Cfr. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. *Dados pessoais sensíveis: qualificação, tratamento e boas práticas*, op. cit., p. 4-5.

demandam maior proteção legislativa. Importante é destacar que essa definição tem relação particular com cada ordenamento jurídico e com as dinâmicas socioculturais de cada lugar. Para ajudar na compreensão de quais dados pessoais devem ser sensíveis, TEFFÉ¹⁵ elenca oito elementos exemplificativos para a avaliação dos dados: a natureza e as características da informação; os interesses específicos do responsável e dos destinatários potenciais; a finalidade e o propósito do tratamento; as condições do tratamento; as relações que podem ser estabelecidas com outras informações disponíveis sobre o titular; as possibilidades tecnológicas atuais e futuras; a maneira como a informação pode afetar a pessoa e o livre desenvolvimento da personalidade dela; e a potencialidade de estigmatização ou discriminação ilícita ou abusiva da pessoa, por meio do tratamento.

No Brasil, a escolha do tipo de informação dos dados pessoais sensíveis elencou as categorias “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), elegendo esses grupos como os que possuem as vulnerabilidades justificadoras da maior proteção jurídica. O dispositivo legal deve ser lido conjuntamente com o art. 11, § 1º, da mesma lei, que determina que sejam aplicadas as restrições próprias dos dados pessoais sensíveis “a qualquer tratamento de dados pessoais que revele dados pessoais sensíveis e que possa causar dano ao titular, ressalvado o disposto em legislação específica” (Brasil, 2018). Essa foi uma forma de o legislador ampliar a proteção concedida aos dados pessoais sensíveis para situações em que seja possível inferir dados pessoais sensíveis não expressamente revelados, mas para isso é preciso que o tratamento (1) revele dados pessoais sensíveis e (2) cause dano ao titular. Ou seja, para a expansão da proteção concedida aos dados pessoais sensíveis, há necessidade de conexão dos outros tipos de informações pessoais com as consideradas sensíveis pela lei.

O problema é que a lista não dá conta de todas as vulnerabilidades da sociedade brasileira, nem deixa margem expressa para a ampliação do rol. Como exemplos de vulnerabilidades ignoradas pela legislação, tem-se as de orientação sexual e de identidade de gênero. Dessa forma, a LGPD não lhes dispensa proteção jurídica maior, a despeito da vulnerabilização e da potencial discriminação que o tratamento e o vazamento de tais dados podem ocasionar aos titulares. No caso em questão, ao se propor a preservar informações que, em virtude da natureza, podem gerar danos aos titulares e, ao mesmo tempo, limitar

¹⁵ Cfr. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. *Dados pessoais sensíveis: qualificação, tratamento e boas práticas*, op. cit., p. 36-38.

especificamente quais são essas informações, há uma atuação do legislador para escolher os grupos dignos da maior tutela jurídica, deixando outros à margem da proteção legal.

3. ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO COMO DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS

Orientação sexual e identidade de gênero são expressões essenciais de todo ser humano, vinculadas diretamente à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental e estruturante do ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de direitos de personalidade, aqui compreendidos como os direitos de caráter pessoal, relacionados à livre formação e desenvolvimento da personalidade, à proteção da liberdade de ação individual e à proteção da integridade pessoal em sentido integral¹⁶.

É de responsabilidade do Estado proteger e permitir o livre desenvolvimento da personalidade nas múltiplas formas de manifestação, inclusive no que diz respeito às variadas formas de expressão da orientação sexual e da identidade de gênero, ainda que distintas dos papéis atribuídos às pessoas a partir da lógica binária de gênero.

Diante da pluralidade das expressões de orientação sexual e de identidade de gênero, a diversidade LGBTQIAPN+¹⁷ traz expressões dissidentes da lógica dominante heteronormativa e vulnerabiliza as pessoas com essas vivências. Essa dissidência deixa marcas que acompanham também as relações sociais, em suas múltiplas expressões e complexidades, e resultam em processos que negam as existências dissidentes.

O resultado disso é traduzido no cotidiano. No Brasil, as relações sociais com as populações LGBTQIAPN+ são marcadas pela segregação que, não raro, tornam-se violência. Dados divulgados em 2023 pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, referentes ao ano de 2022, revelam que os registros de ocorrências de homofobia ou transfobia cresceram 54% em comparação com 2021, sendo 488 casos, contra 316 no ano anterior. Além disso, as agressões contra as populações LGBTQIAPN+ tiveram alta de 13% no período citado, revelando uma parcela da omissão estatal.

¹⁶ Cfr. SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 200-202.

¹⁷ A adoção pelo termo LGTQIAPN+ foi escolha dos autores, para reconhecer uma maior pluralidade às vivências no que diz respeito à orientação sexual e à identidade de gênero, sendo L de lésbicas; G de gays; B de bissexuais; T de pessoas trans e travestis; Q de queer; I de intersexo; A de agênero e assexual; N de não-binários; + para as demais expressões de diversidade de orientação sexual e identidade de gênero.

BUTLER¹⁸ considera que há uma ininteligibilidade da sociedade em relação às pessoas da sigla, o que dificulta e até inviabiliza as vivências dissidentes de sexualidade e de gênero, pela ausência de reconhecimento social. Quando isso se dá na esfera estatal, é o Estado que se torna um agente da segregação. Exemplo disso está na Lei Geral de Proteção de Dados, ao não considerar as informações de orientação sexual e de identidade de gênero como dados pessoais sensíveis. Isso demonstra a escolha legislativa pela exclusão da proteção a essas populações, o que fica claro quando se analisam o projeto de lei originário da LGPD, que incluía orientação sexual como dados sensíveis, e o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados europeu, que serviu de modelo a inúmeros dispositivos da lei brasileira e estende a proteção dos dados sensíveis às informações de orientação sexual.

Essa segregação institucionalizada, que invisibiliza e não considera certos sujeitos como titulares de direitos é uma das consequências do que PEDRA¹⁹ denominou LGBTfobia estrutural. Por meio do processo social de exclusão, até a elaboração legislativa reafirma a diferenciação social, quando deixa de perceber, de reconhecer, de atribuir, a certos grupos de pessoas certos direitos.

A ausência de regulação protetiva expõe as pessoas LGBTQIAPN+ aos outros tipos de regulação, que, por estarem inseridas na sociedade, tendem a reproduzir a LGBTfobia estrutural. Em um Estado Democrático de Direito, a ausência de regulação protetiva aos grupos vulneráveis perpetua as vulnerabilidades e dá espaço às violações de direitos. Por isso, faz-se necessário que o sistema jurídico apresente soluções à ausência legislativa. Duas delas podem ser indicadas: a solução interpretativa judicial e a solução legislativa.

A solução interpretativa judicial pode seguir dois caminhos. O primeiro deles considera que os dados sobre a vida sexual incluem os dados de orientação sexual. TEFFÉ²⁰ e FRAZÃO; CARVALHO; MILANEZ²¹ consideram as informações sobre orientação sexual, identidade de gênero e atividade sexual como dados sobre a vida sexual, diante da não especificação na LGPD do que seriam esses dados sexuais. A solução aqui seria fazer uma interpretação extensiva ao conceito de vida sexual, para abranger os dados de orientação

¹⁸ BUTLER, Judith. *Desfazendo gênero*. São Paulo: Editora Unesp, 2022, p. 37-72.

¹⁹ Cfr. PEDRA, Caio Benevides. *Direitos LGBT: a lgbtfobia estrutural e a diversidade sexual e de gênero no direito brasileiro*. Curitiba: Appris, 2020, p. 23-51.

²⁰ Cfr. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. *Dados pessoais sensíveis: qualificação, tratamento e boas práticas*, op. cit., p. 115-125.

²¹ Cfr. FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Prata de; MILANEZ, Giovanna. *Curso de proteção de dados pessoais: fundamentos da LGPD*. Op. cit., p. 58.

sexual e identidade de gênero, para trazer maior proteção à intimidade, intimidade, identidade de gênero e orientação sexual dissidentes.

Tal solução, porém, apresenta limitações semânticas que estigmatizantes. O conceito de vida sexual remete à mera atividade sexual e reduz as pessoas de orientações sexuais dissidentes às práticas sexuais, servindo de base para negar direitos da vida civil que estão além da mera atividade sexual. Por meio desta visão, a homossexualidade, por exemplo, seria mero ato e práticas sexuais entre pessoas de mesmo gênero, não abarcando os vínculos para além da atividade sexual. O conceito que se tem hoje de orientação sexual é o de orientação afetivo-sexual, muito além da mera atividade sexual, envolvendo relações afetivas, permitindo a formação de famílias, o acesso e o exercício de direitos da vida civil.

Sem falar que reduzir a orientação sexual à vida sexual exclui da proteção dos dados pessoais sensíveis as pessoas assexuais, cuja orientação sexual é marcada pela falta de atração sexual por outras pessoas. Esta percepção de orientação sexual como um tipo de informação da vida sexual é estigmatizante, descartando a complexidade e a pluralidade de relações afetivas que se dão a partir da orientação sexual. Já no que diz respeito à identidade de gênero, o conceito não tem conexão com nenhuma atividade sexual, não se relacionando, portanto, à vida sexual. É uma questão da personalidade da pessoa que, enquanto gênero, tem uma forma própria de autoidentificação.

O segundo caminho para a solução judicial interpretativa é aquele que considera o rol de dados pessoais sensíveis do art. 5º, II, da LGPD como uma lista exemplificativa, e não taxativa. Dessa forma, é importante haver uma elasticidade no conceito de dados pessoais sensíveis, para que a tutela jurídica maior possa proteger o titular cujas informações de qualquer natureza possam torná-lo alvo potencial de discriminação²². A compreensão da doutrina para considerar a lista de dados pessoais sensíveis da LGPD como um rol exemplificativo também se dá interrelacionando o art. 5º, II, com o art. 11, §1º. FRAZÃO, CARVALHO e MILANEZ²³ fazem uma interpretação à luz dos princípios da igualdade e da não discriminação e compreendem que a simples potencialidade discriminatória já é suficiente para um dado ser considerado dado pessoal sensível e fazer jus à maior tutela legal. Assim, mais importante do que a natureza específica da informação seria a potencialidade discriminatória por meio do tratamento das informações pessoais.

²² Cfr. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. *Dados pessoais sensíveis: qualificação, tratamento e boas práticas*, op. cit., p. 66-69.

²³ Cfr. FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Prata de; MILANEZ, Giovanna. *Curso de proteção de dados pessoais: fundamentos da LGPD*. Op. cit., p. 56-59.

A discussão sobre a natureza do rol do art. 5º, II, da LGPD já foi tema de julgado do Superior Tribunal de Justiça, em lide entre uma consumidora que pedia indenização pelo vazamento de possíveis dados sensíveis e a companhia de energia elétrica do estado de São Paulo. No julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 2130619/SP, em 7 de março de 2023, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) considerou que o rol do inciso II, art. 5º, da LGPD é taxativo. Dessa forma, para a jurisprudência da Corte Superior, a lista que define os dados pessoais sensíveis na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais não comportaria outras informações além daquelas expressamente citadas na norma. Com o entendimento, o STJ não entendeu ser presumido o dano moral à consumidora. Dessa forma, o julgado cria um precedente que, por definir como taxativo o rol do art. 5º, II, da LGPD, exclui a possibilidade de considerar as informações sobre orientação sexual e identidade de gênero como dados pessoais sensíveis. Apesar de não ter caráter vinculante, o precedente indica a forma de pensar da 2ª Turma do STJ e pode servir como orientação aos julgados de todo o país. Por se tratar de um tema e de um julgado recentes, espera-se que o entendimento do tribunal possa mudar em decisões futuras, para oferecer uma proteção maior aos dados pessoais referentes a vulnerabilidades não previstas inicialmente pelo legislador na LGPD, incluindo as informações de orientação sexual e de identidade de gênero.

Na ausência do entendimento jurisprudencial mais abrangente, outra solução para integrar as informações de orientação sexual e de identidade de gênero como dados pessoais sensíveis é a mudança legislativa. Atualmente, já há no ordenamento jurídico brasileiro registros relacionados a dados pessoais ou a dispositivos tecnológicos que concedem tratamento mais protetivo a dados de orientação sexual e de gênero. A Lei nº 12.414/2011, anterior à LGPD, trata da formação e da consulta a bancos de dados para formação de histórico de crédito e já considerava, em 2011, os dados de orientação sexual como informações sensíveis, vedando a possibilidade de inclusão dessas informações nos bancos de dados.

Além disso, tramita no Senado Federal um projeto de lei para regulamentar a inteligência artificial no Brasil. O Projeto de Lei nº 2338/2023 traz normativos importantes, como o que considera discriminação a distinção em razão de orientação sexual e de gênero e leva em conta inclusive a discriminação indireta; a que veda dispositivos de inteligência artificial que permitam discriminação em razão de orientação sexual e de gênero; e as que preveem medidas antidiscriminatórias, o que inclui o combate a discriminação em razão da orientação sexual e do gênero. A aprovação do projeto de lei com esses dispositivos representaria um importante avanço em relação às pessoas LGBTQIAPN+ e os dispositivos

de inteligência artificial, com reflexos na proteção de dados, uma vez que a inteligência artificial é baseada no processamento de dados.

Por fim, outra possibilidade seria a mudança no próprio texto da LGPD, tornando o rol dos dados pessoais sensíveis expressamente exemplificativo ou incluindo outras informações pessoais como dados sensíveis. Na Câmara dos Deputados, atualmente, o Projeto de Lei nº 522/2022 prevê a inclusão dos dados neurais como informações sensíveis, para a maior proteção jurídica²⁴. É uma oportunidade de retomar a discussão acerca dos dados pessoais sensíveis e de verificar a necessidade e a importância de estender o rol, o que poderia incluir as informações pessoais relacionadas à orientação sexual e identidade de gênero, já que as iniciativas demonstram a possibilidade de alteração legislativa para tornar o conceito de dados pessoais sensíveis mais abrangentes, de modo a garantir proteção a outras vulnerabilidades, que não apenas as listadas no art. 5º, II, da LGPD.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A LGBTfobia é estruturante no Brasil e se revela nas interações cotidianas e nas relações do poder estatal. No cotidiano, ela se manifesta em exclusões, violações e violências; nas relações do poder estatal, em invisibilizações, exclusões jurídicas e negações de direitos. De uma forma ou de outra, a LGBTfobia tenta passar o recado de que não há espaço para as pessoas de orientação sexual e de identidade de gênero dissidentes. Ao desconsiderar como dados pessoais sensíveis as informações de orientação sexual e de identidade de gênero, a LGPD deixa de oferecer a proteção jurídica necessária para os titulares quanto a esses dados.

Dessa forma, é preciso identificar, compreender e escancarar as contradições do ordenamento jurídico brasileiro, que, no seu topo, garante a igualdade, mas na sua base permite normas que perpetuam as desigualdades. É somente com esse movimento de perceber as contradições e as discriminações legais que se pode avançar rumo à equidade, para que as populações LGBTQIAPN+ sejam percebidas integralmente como sujeitos de direitos, como todas as outras pessoas.

²⁴ “Art. 2º O art. 5º da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art.5º ”

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, dado neural, quando vinculado a uma pessoa natural;” (Brasil, 2022).

A inclusão das informações de orientação sexual e de identidade de gênero como dados pessoais sensíveis é necessária, diante de uma sociedade cada vez mais conectada e baseada em modelos de negócios digitais que dependem de coleta, armazenamento, processamento, perfilamento de dados massivo e que utilizam esses dados como mercadoria. Daqui, entende-se que é preciso haver a proteção dos dados pessoais, que dizem respeito a questões individuais e que viram moeda de troca e fonte de lucro para empresas e corporações, com altas chances e situações reais de violação aos direitos à intimidade, à privacidade e à proteção de dados das pessoas.

Quando esses dados pessoais envolvem questões ligadas a vulnerabilidades sociais, a situação se torna mais delicada, demandando um maior rigor e uma maior proteção jurídico-legal. A ausência de regulação protetiva às pessoas que vivem em situação de vulnerabilidade oportuniza e acentua as possibilidades de violação de direitos e de segregação social. Quando isso se dá em meios digitais, o alcance e o prejuízo são potencializados.

Em relação às pessoas LGBTQIAPN+, todas as dificuldades, exclusões e invisibilizações que fazem parte da vida cotidiana podem ser potencializadas, o que pode significar mais violações a direitos entendidos como de acesso a todos, como o direito ao trabalho, o direito à saúde, o direito à segurança pública, o direito à vida, entre outros. Dados pessoais sobre orientação sexual e identidade de gênero que não tenham tratamento adequado ou proteção jurídica suficiente podem barrar o acesso a oportunidades e até representar aumento no risco à integridade física e à vida das pessoas dissidentes da heterocisnormatividade.

Diante do exposto, percebe-se que são urgentes as ações jurídicas e/ou legislativas de inclusão das informações de orientação sexual e de identidade de gênero como dados pessoais sensíveis. Alguns caminhos podem ser indicados. Um deles é a compreensão judiciária de que o rol de dados pessoais sensíveis da LGPD é exemplificativo, e não taxativo. Outra proposta é a alteração legislativa, seja para tornar o rol explicitamente exemplificativo, seja para incluir de forma direta os dados de orientação sexual e de identidade de gênero como dados pessoais sensíveis. A solução encontrada precisa ser, primeiro, a que traga uma resposta protetiva mais imediata; depois, a que perdure no tempo para proteger as populações LGBTQIAPN+ das violações cotidianas, que agora também se dão nas interações digitais, por meio do tratamento dos dados pessoais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2023. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 17, 2023. Disponível em:

<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf> Acesso em: 11 mar. 2024.

BARIFOUSE, Rafael. App de relacionamento gay Grindr compartilhou status de HIV de usuários com empresas. *BBC Brasil*. 3 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43620447>. Acesso em: 16 jun. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 522/2022*. Modifica a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), a fim de conceituar dado neural e regulamentar a sua proteção. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2146384&file_name=PL%20522/2022. Acesso em: 15 jun. 2024.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 2338, de 2023*. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9347622&ts=1718367327465&disposition=inline>. Acesso em: 15 jun. 2024.

BUTLER, Judith. *Desfazendo gênero*. São Paulo: Editora Unesp, 2022.

FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Prata de; MILANEZ, Giovanna. *Curso de proteção de dados pessoais: fundamentos da LGPD*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

KONDER, Carlos Nelson; LIMA, Marco Antonio de Almeida. Responsabilidade civil dos advogados no tratamento de dados à luz da Lei n. 13.709/2018. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (coord.). *Direito Civil e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 413-429.

MAGALHAES, Rodrigo Almeida; OLIVEIRA, Erika Cristina Rodrigues Nardoni. O direito à privacidade na era digital. *Revista jurídica da F47: periódico científico e cultural do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro, Fortaleza*, ISSN 1809-5836, v. 18, n. 1, 2021, p. 55-70. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/1173/857>. Acesso em: 10 abr. 2024.

MONTEIRO, Cíntia. Da biopolítica à modulação: psicologia social e algoritmos como agentes da assimilação neoliberal. In: SOUZA, Joyce; AVELINO, Rodolfo; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. *A sociedade de controle: manipulação e modulação nas redes digitais*. São Paulo: Hedra, 2018. p. 105-123.

PEDRA, Caio Benevides. *Direitos LGBT: a lgbtfobia estrutural e a diversidade sexual e de gênero no direito brasileiro*. Curitiba: Appris, 2020.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book. ISBN 9788553621163. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621163/>. Acesso em: 10 abr. 2024.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. *Dados pessoais sensíveis: qualificação, tratamento e boas práticas*. Indaiatuba, SP: Foco, 2022.

TOBIN, Sam. Grindr é processado no Reino Unido por suposta violação de proteção de dados. *CNN Brasil*. 22 de abril de 2024. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/tecnologia/grindr-e-processado-no-reino-unido-por-suposta-violacao-de-protecao-de-dados/>. Acesso em: 16 jun. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, 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). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 11 abr. 2024.