

ESCOLA DE DIREITO - PUCRS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

TALES SCHMIDKE BARBOSA

**O DIREITO À EXPLICAÇÃO NAS DECISÕES AUTOMATIZADAS E: UMA ANÁLISE À LUZ DO
DEVIDO PROCESSO INFORMACIONAL E DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

Porto Alegre
2022

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO**

TALES SCHMIDKE BARBOSA

**O DIREITO À EXPLICAÇÃO NAS DECISÕES AUTOMATIZADAS: UMA ANÁLISE
À LUZ DO DEVIDO PROCESSO INFORMACIONAL E DO SISTEMA JURÍDICO
BRASILEIRO**

**Porto Alegre
2022**

TALES SCHMIDKE BARBOSA

**O DIREITO À EXPLICAÇÃO NAS DECISÕES AUTOMATIZADAS: UMA ANÁLISE
À LUZ DO DEVIDO PROCESSO INFORMACIONAL E DO SISTEMA JURÍDICO
BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Área de concentração: Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado.

Orientadora: Dra. Regina Linden Ruaro

Porto Alegre

2022

Ficha Catalográfica

B238d Barbosa, Tales Schmidke

O direito à explicação nas decisões automatizadas : uma análise à luz do devido processo informacional e do sistema jurídico brasileiro / Tales Schmidke Barbosa. – 2022.

101 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Regina Linden Ruaro.

1. Direito à explicação. 2. Decisões automatizadas. 3. Autodeterminação informativa. 4. Devido processo informacional. I. Ruaro, Regina Linden. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecária responsável: Loiva Duarte Novak CRB-10/2079

TALES SCHMIDKE BARBOSA

**O DIREITO À EXPLICAÇÃO NAS DECISÕES AUTOMATIZADAS: UMA ANÁLISE
À LUZ DO DEVIDO PROCESSO INFORMACIONAL**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Área de concentração: Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado.

Aprovado em: ____ de _____ de 2022.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Porto Alegre

2022

Aos meus colegas de mestrado, que fizeram parte dessa jornada intensa de pesquisa, e aos meus pais, José Pedro e Valquíria, que me mostraram o caminho do conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à PUCRS a oportunidade de participar do programa de pós-graduação.

À Prof^a. Dra. Regina Linden Ruaro, minha querida orientadora, agradeço por ter me oferecido todas as condições para o desenvolvimento da dissertação, agradeço pelo estímulo na realização dessa pesquisa e pela amizade e compreensão. Muito obrigado!

Aos professores Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, Dra. Denise Fincato, Dr. Juarez Freitas, Dr. Eugênio Facchini Neto, Dr. Fabio Siebeneichler de Andrade, Dra. Gabrielle Bezerra Sales Sarlet, Dr. Gilberto Sturmer, Dr. Gustavo Osna, Dr. Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira e Dr. Thadeu Weber, agradeço profundamente. Fiz questão de não deixar nenhum de fora em razão do aprendizado em conjunto que tivemos com as aulas durante o período de pandemia. Resiliência é a palavra adequada para a fase cruel que todos nós passamos na busca do título de mestre, tanto os alunos quanto os professores.

Aos queridos colegas do curso de Mestrado, pela amizade e companheirismo durante essa jornada.

*“... Com que inocência demito-me de ser
eu que antes era e me sabia
tão diverso de outros, tão mim mesmo,
ser pensante, sentinte e solidário
com outros seres diversos e conscientes
de sua humana, invencível condição.
Agora sou anúncio,
ora vulgar ora bizarro,
em língua nacional ou em qualquer língua
(qualquer, principalmente).
E nisto me comparo, tiro glória
de minha anulação.
Não sou - vê lá - anúncio contratado.
Eu é que mimosamente pago
para anunciar, para vender
em bares festas praias pérgulas piscinas,
e bem à vista exibo esta etiqueta
global no corpo que desiste
de ser veste e sandália de uma essência
tão viva, independente,
que moda ou suborno algum a compromete.
Onde terei jogado fora
meu gosto e capacidade de escolher,
minhas idiossincrasias tão pessoais,
tão minhas que no rosto se espelhavam
e cada gesto, cada olhar
cada vinco da roupa
sou gravado de forma universal,
saio da estampanaria, não de casa,
da vitrine me tiram, recolocam,
objeto pulsante mas objeto
que se oferece como signo de outros
objetos estáticos, tarifados.
Por me ostentar assim, tão orgulhoso
de ser não eu, mas artigo industrial,
peço que meu nome retifiquem.
Já não me convém o título de homem.
Meu nome novo é coisa...”*

Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

O presente estudo trata da temática do direito à explicação nas decisões automatizadas, isto é, da necessidade de dar conhecimento ao indivíduo dos passos lógicos em relação às escolhas algorítmicas na tomada de decisão que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir perfis pessoais. Para tanto, inicia-se com a análise do conceito de decisão automatizada e do seu potencial discriminatório, bem como com análise das vedações constitucionais para a possível prática de decisões judiciais automatizadas no Brasil. Posteriormente, pelo fato de o trabalho abordar o direito à explicação à luz do devido processo informacional, a pesquisa realiza uma análise da origem histórica do devido processo legal e da formação da autodeterminação informativa, para então traçar o caminho do devido processo informacional. Por fim, realiza-se uma análise da atual interpretação de releitura do devido processo legal para formar o devido processo informacional, que confere ao indivíduo o direito de evitar exposições de seus dados sem a possibilidade mínima de controle e sem afetar a preservação das garantias dos direitos fundamentais básicos, que sofre riscos de violação pelos avanços tecnológicos no atual cenário do poder de vigilância.

Palavras-chave: Direito à explicação. Decisões automatizadas. Autodeterminação informativa. Devido processo informacional.

RESUMEN

El presente estudio aborda el tema del derecho a la explicación en las decisiones automatizadas, o sea, la necesidad de traer conocimiento al individuo sobre los pasos lógicos relacionados a las elecciones algorítmicas en la toma de decisiones que afectan a sus intereses, incluyendo las decisiones destinadas a definir perfiles personales. Para ello, se empieza analizando el concepto de decisión automatizada y su potencial discriminatorio, así como un análisis de las prohibiciones constitucionales para la posible práctica de decisiones judiciales automatizadas en Brasil. Posteriormente, debido a que el trabajo aborda el derecho de traer a la luz el debido proceso informativo, la investigación realiza un análisis del origen histórico del debido proceso legal y la formación de la autodeterminación informativa, para luego trazar el camino del debido proceso informativo. Finalmente, se hace un análisis de la interpretación actual de la revisión del debido proceso legal para conformar el debido proceso informativo, que otorga al individuo el derecho a evitar la exposición de sus datos sin la mínima posibilidad de control y sin afectar la preservación de las garantías de los derechos fundamentales, lo cual corre el riesgo de ser vulnerado por los avances tecnológicos en el actual escenario de poder de vigilancia.

Palabras clave: Derecho a la explicación. Decisiones automatizadas. Autodeterminación informativa. Debido proceso informativo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DECISÃO AUTOMATIZADA	15
2.1 <i>Conceito</i>	16
2.2 <i>Decisões automatizadas de perfilização</i>	19
2.3 <i>Potencial discriminatório e a tutela da pessoa humana</i>	24
2.4 <i>Barreiras constitucionais da decisão judicial automatizada</i>	27
3 O DIREITO À EXPLICAÇÃO	31
3.1 <i>O direito à explicação no RGPD</i>	32
3.2 <i>O direito à explicação na LGPD</i>	37
3.3 <i>A revisão humana da decisão automatizada</i>	40
3.4 <i>O papel da Autoridade Nacional de Proteção de Dados na efetivação do direito à explicação</i>	42
3.5 <i>O excesso de discricionariedade na norma ao atribuir competência fiscalizadora à ANPD</i>	47
4 O DEVIDO PROCESSO LEGAL (INFORMACIONAL)	52
4.1 <i>Origem e evolução do devido processo legal</i>	52
4.1.2 <i>As maiores contribuições para o devido processo legal e o reconhecimento da dupla dimensão</i>	57
4.1.3 <i>O devido processo legal no Brasil</i>	61
4.1.4 <i>O devido processo legal nas relações privadas</i>	66
4.2 <i>O direito à autodeterminação informativa</i>	71
4.2.1 <i>O direito à autodeterminação informativa no Brasil</i>	79
4.3 <i>O devido processo informacional</i>	87
5 CONCLUSÃO	99
REFERÊNCIAS	103

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata do direito à explicação nas decisões automatizadas, decisões que fazem parte da vida diária de todos os cidadãos que utilizam mecanismos de tecnologia. Esses mecanismos são capazes de coletar dados e desenvolver perfis comportamentais, de consumo, de crédito e acesso a certos serviços de forma seletiva por grupos específicos da sociedade, tudo de acordo com a classificação desejável. Essas decisões trazem consigo um grande potencial discriminatório em razão da invasão da privacidade, praticada não só pelo Estado, mas também por grandes grupos econômicos, trazendo a necessidade de sua explicabilidade da lógica algorítmica utilizada bem como do caminho percorrido para a tomada de decisão.

A legislação brasileira não traz um conceito específico de decisão automatizada, o que torna comum encontrar referências para decisões automatizadas que levam em conta apenas as decisões de definição de perfis pessoais. Existe um Projeto de Lei no Brasil (PL nº 4496/2019) que altera a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD), para definir a expressão “decisão automatizada”.

Atualmente a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira trata do assunto de forma bem mais ampla, e inclui, em um conceito interpretativo de decisão automatizada, qualquer decisão tomada com base no tratamento automatizado de dados pessoais, não diferenciando a definição de perfil pessoal das decisões automatizadas como faz o Regulamento Geral de Proteção de Dados na Europa (Regulamento 2016/679). Da mesma forma, não há um direito explícito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, o que vem sendo entendido por alguns autores¹ como existente com base no §1º, do art. 20 da Lei Geral de Proteção de Dados, que determina que o controlador, pessoa natural de direito público ou privado que decide sobre o tratamento de dados, forneça informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada.²

¹ MONTEIRO, Renato Leite. *Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais?* Instituto Igarapé, Artigo Estratégico nº 39, Dezembro de 2018.

² Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

§ 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.

Ao diferenciar decisão automatizada de definição de perfil pessoal o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu considera que as decisões automatizadas têm um âmbito de aplicação diferente e podem sobrepor-se à definição de perfis ou resultar da mesma. A definição de perfil é considerada por eles como qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados para avaliar aspectos pessoais, mesmo que não seja exclusivamente automatizada e possa ter como partícipe pessoa humana.

Esse aspecto é relevante por apontar uma das grandes diferenças existentes nos dois ordenamentos, qual seja, o fato de que, na Europa, o titular de dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado de dados, incluindo definição de perfil. No Brasil, existe apenas salvaguardas que oportunizam ao titular de dados o direito de revisão da decisão tomada exclusivamente com base em tratamento automatizado de dados. Ou seja, enquanto na Europa existe uma vedação da decisão exclusivamente automatizada, no Brasil, existe o direito à revisão quando a decisão é tomada unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais.

Nesse contexto, é que o direito à explicação atua no Brasil como salvaguarda para garantia de conhecimento pelo indivíduo da lógica algorítmica utilizada para a tomada de decisão com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, destacando que no Brasil existem dois pontos de grande relevância sobre o tema que ainda não foram enfrentados, que é a proteção das informações pelo controlador dos dados com base em segredo comercial e industrial, e também o fato de que o não fornecimento pelo controlador de informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados poderá ocasionar a realização de auditoria da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, ou seja, uma atribuição excessiva de discricionariedade pela norma à Autoridade Nacional para possível verificação de aspectos discriminatórios.

Imprescindível perquirir se o direito à explicação será eficaz ao considerar a discricionariedade da Autoridade Nacional de realizar ou não a auditoria quando o controlador se negar a prestar informações com base na observância de segredo comercial e industrial.

Frente a essa nova realidade do uso desses mecanismos de decisão automatizada obtida com auxílio de ferramentas de inteligência artificial, que inegavelmente foram criadas para trazer benefícios, mas acabam representando um

perigo à autonomia humana, há necessidade de se estabelecer um debate democrático e de engajamento público, de forma que todo cidadão tenha direito de obter informações sobre o impacto do uso desse tipo de tecnologia para fins de consagração da dignidade da pessoa humana, do direito à autodeterminação informativa, do devido processo legal (informacional) e de qualquer outro mecanismo que seja necessário para proteção dos direitos fundamentais e do livre desenvolvimento da personalidade.

Trata-se de grande desenvolvimento tecnológico que vem se destacando como um dos maiores desafios do direito contemporâneo, principalmente pelo potencial grau de intervenção do Estado e das grandes empresas de tecnologia na vida do indivíduo. Esse potencial de intervenção do Estado na vida do indivíduo remonta ao período histórico do devido processo legal, que teve como ideia inicial a limitação do Estado perante as esferas de liberdade.

Com base nisso, é que a presente pesquisa tem o objetivo de extrair um conceito interpretativo de decisão automatizada no direito brasileiro e a existência do direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados, o que será realizado à luz do devido processo informacional, que é voltado a conferir ao indivíduo o direito de evitar exposições de seus dados sem possibilidades mínimas de controle, sobretudo, em relação à prática de tratamento de dados capazes de sujeitar o indivíduo a julgamento preditivo e peremptório.³

Nesse contexto, a pesquisa é estruturada em três capítulos, sendo que, no primeiro capítulo, serão analisados alguns conceitos interpretativos de decisões automatizadas, onde será realizado um comparativo com o direito europeu, o conceito de decisões automatizadas de perfilização, e o potencial discriminatório das decisões automatizadas, bem como a decisão judicial automatizada, momento em que serão analisadas as possíveis barreiras constitucionais para esse tipo de decisão.

No segundo capítulo, o objetivo é investigar o conceito de direito à explicação no direito europeu e realizar um estudo comparativo com direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira. Ainda no segundo capítulo, será realizada uma análise da necessidade de revisão humana da decisão automatizada e do papel da

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387/DF. Relatora: Min. Rosa Weber. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 12 nov. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD ante o possível excesso de discricionariedade na norma para realização de auditoria de verificação de aspectos discriminatórios.

No terceiro capítulo da pesquisa, o assunto tratado será o devido processo legal (informacional), onde será traçada a origem e evolução do devido processo legal, sua origem no Brasil, a sua eficácia horizontal, que será analisada em atenção ao potencial de acesso aos dados nas relações privadas, e o conceito da autodeterminação informativa como elo do conceito – ainda em formação – do devido processo informacional.

Quanto à metodologia utilizada para realização da presente pesquisa é a hipotético-dedutiva. Através deste método, será possível identificar as contradições envolvidas a fim de estudar os aspectos do direito à explicação nas decisões automatizadas. Também será utilizado o método dialético, de maneira que a matéria analisada na investigação é algo em constante mudança, passando por releituras do atual quadro fático contemporâneo.

Serão, ainda, utilizados os métodos histórico, tipológico e comparativo. No método histórico, será possível analisar a evolução do tema da presente pesquisa, não só a evolução conceitual, mas também a legislativa. No método tipológico, vai ser possível analisar os fenômenos sociais decorrentes das decisões automatizadas na vida dos cidadãos, e no comparativo, realizar análise do instituto na legislação estrangeira, especialmente na legislação europeia, que foi a inspiração do texto da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira.

Como método de interpretação, adotar-se-á o método exegético, pois ele permite que se busque o verdadeiro sentido do alcance da legislação quando trata do direito à explicação nas decisões automatizadas.

No que diz respeito aos tipos e técnicas de pesquisa, a técnica de pesquisa bibliográfica será amplamente utilizada, com vistas à consulta da literatura nacional e estrangeira. Ademais, a técnica de pesquisa documental a ser realizada em leis e jurisprudência far-se-á presente a fim de que se compreenda o conceito e a existência do direito à explicação nas decisões automatizadas à luz do devido processo informacional como parâmetro de proteção dos direitos fundamentais abertos à evolução tecnológica, sendo essa uma lacuna no ordenamento vigente.

A relevância do tema da investigação proposta se dá em atenção ao atual desenvolvimento tecnológico e da utilização de mecanismos de inteligência artificial

para tomada de decisões automatizadas em diversas áreas, não só de consumo e crédito, mas também para fins de acesso aos serviços básicos dos cidadãos, o que traz consigo um grande potencial discriminatório capaz de criar uma exclusão social digital.

A presente pesquisa insere-se na Área de Concentração “Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado” do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS, e está ancorada na Linha de Pesquisa “Direito, Ciência, Tecnologia e Inovação”.

2 DECISÃO AUTOMATIZADA

O crescimento sem precedentes da inteligência artificial está mudando a ordem mundial; as decisões automatizadas, que utilizam como insumo os dados pessoais aplicando tecnologia da informação algorítmica, já fazem parte do cotidiano da humanidade. Com isso, indispensável salvaguardar a explicitação dos passos lógicos imanentes às escolhas algorítmicas, principalmente quando opressivas aos direitos fundamentais.⁴

Decisão automatizada tomada com base na perfilização do estereótipo pessoal já é uma realidade, sendo, inclusive, objeto de abordagem no Regulamento Europeu de Proteção de Dados⁵ e também na Lei Geral de Proteção de Dados.⁶ Tudo pode ser calibrado com base no estereótipo criado por meio da coleta dos dados pessoais do indivíduo, formando-se um perfil a seu respeito para tomadas de decisões, prática denominada de *profiling*.⁷

As regulamentações que tratam do uso da inteligência artificial nas decisões automatizadas devem necessariamente resultar de um debate democrático e de engajamento público, propiciando o reconhecimento do direito de todo cidadão de receber informações sobre o impacto do uso desse tipo de tecnologia, tudo em consagração à proteção da pessoa humana, objetivo central da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), que disciplina o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou pessoa jurídica de direito público ou privado.

⁴ FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. *Direito e inteligência artificial: em defesa do humano*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 40.

⁵ Art. 15º: 1. “O titular dos dados tem o direito de obter do responsável pelo tratamento a confirmação de que os dados pessoais que lhe digam respeito são ou não objeto de tratamento e, se for esse o caso, o direito de aceder aos seus dados pessoais e às seguintes informações: [...] h) a existência de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis, referida no art. 22º, nº 1 e 4, e, pelo menos nesses casos, informações úteis relativas à lógica subjacente, bem como a importância e as consequências previstas de tal tratamento para o titular de dados”. Art. 22º: “O titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar”.

⁶ Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

⁷ BIONE, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 89.

O presente capítulo busca conceituar e classificar as decisões automatizadas nas suas diversas modalidades e também o seu potencial discriminatório, passando pelo conceito adotado pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu e o conceito interpretativo da Lei Geral de Proteção de Dados.

Ao finalizar o capítulo, será realizada análise do uso das decisões automatizadas nas decisões judiciais e suas possíveis barreiras constitucionais, bem como as diretrizes aptas a afastar o potencial discriminatório das decisões automatizadas em atendimento aos objetivos do desenvolvimento sustentável da agenda 2030 da Organização das Nações Unidas.

2.1 Conceito

Em que pese não exista um conceito específico de decisão automatizada no direito brasileiro, o art. 20 da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) apresenta uma definição interpretativa ao considerar que o titular de dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seu interesse, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade, sendo as informações dispostas claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada.

O *profiling* e o *credit scoring*, também considerados decisões automatizadas, relacionam-se mais aos grupos sociais do que ao indivíduo em si, tendo como resultado que tais decisões são mais vulneráveis a sofrer os impactos discriminatórios, implicando que as referidas decisões, tomadas a partir de dados pessoais para enquadramento em um perfil social, devem observar o direito à explicação como condição eficaz do princípio da transparência, com previsão expressa no art. 6º da Lei Geral de Proteção de Dados.

É muito comum encontrarmos referências para decisões automatizadas que levam em consideração apenas decisões de definição de perfis, quando, na verdade, a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (Lei nº 13.709/2018) trata o assunto de maneira bem mais ampla, incluindo como conceito interpretativo qualquer decisão tomada unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais,

inclusive as decisões destinadas a definir perfil pessoal, de consumo, de crédito e aspectos da personalidade.⁸

No ordenamento europeu, o RGPD define e diferencia, de forma interpretativa, decisões automatizadas de definições de perfis, sendo este último item qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados para avaliar aspectos pessoais de uma pessoa singular.⁹ Ou seja, a definição de perfil é considerada como qualquer forma de tratamento, e não exclusivamente automatizado.

O Grupo de Trabalho Europeu para Proteção de Dados, instituído ao abrigo do art. 29 da Diretiva 95/46/CE, órgão consultivo europeu independente em matéria de proteção de dados e privacidade, considera que as decisões automatizadas têm um âmbito de aplicação diferente e podem sobrepor-se parcialmente à definição de perfis ou resultar da mesma. Define decisão automatizada como correspondente à capacidade de tomar decisões por intermédio de meios tecnológicos e sem intervenção humana, razões pelas quais considera que as decisões automatizadas podem ser realizadas com ou sem definição de perfis, assim como a definição de perfis pode ocorrer sem serem realizadas decisões automatizadas.

Contudo, de acordo com a interpretação da RGPD proposta pelo Grupo de Trabalho europeu, decisões automatizadas e a definição de perfis não constituem necessariamente atividades levadas a cabo separadamente, pois um procedimento iniciado com uma simples decisão automatizada poderia tornar-se um procedimento baseado em uma definição de perfil.¹⁰

As decisões que não são exclusivamente automatizadas e que não possuem vedação no RGPD europeu, podem igualmente incluir uma definição de perfil quando

⁸ Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

⁹ GDPR, art. 4(4) «Definição de perfis», qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados para avaliar certos aspectos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados ao seu desempenho profissional, à sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações.

¹⁰ GDPR, art. 4(4) «Definição de perfis», qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados ao seu desempenho profissional, à sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações.

ocorre intervenção humana com base em um perfil elaborado por meios exclusivamente automatizados, desde que respeitados todos os princípios.

No Brasil, também de cunho interpretativo, decisão automatizada pode ser considerada uma tomada de decisão com utilização da inteligência artificial, independentemente da intervenção humana. Pode ser uma decisão decorrente de um sistema algorítmico destinada a cumprir finalidades específicas com base no recebimento de dados objetivos (*input*) para gerar resultados também objetivos (*outputs*), ou também as decisões mais sofisticadas e menos explícitas, com a utilização das técnicas de aprendizagem das máquinas.

Na tecnologia de aprendizagem, denominada *Machine Learning*, adentra na máquina, além do *input* e *output*, o resultado desejado, o que torna um algoritmo capaz de tornar a relação entre dado e resultado verdadeira. É o que se chama de algoritmos inteligentes, também conhecidos como *learners* – são algoritmos que criam outros algoritmos.¹¹

O ponto crítico é que os algoritmos de aprendizagem na IA são organizados com maior complexidade do que na automação, pois não apenas seguem regras como também tomam decisões, aprendendo sozinhos sobre dados coligidos.¹²

Tramita no Brasil um Projeto de Lei 4496, de 2019¹³ que visa alterar a Lei Geral de Proteção de Dados para definir a expressão “decisão automatizada”, o texto do PL conceitua-a como sendo o processo de escolha, de classificação, de aprovação ou rejeição, de atribuição de nota, medida, pontuação ou score, de cálculo de risco ou de probabilidade, ou outro semelhante, realizado pelo tratamento de dados pessoais utilizando regras, cálculos, instruções, algoritmos, análises estatísticas, inteligência artificial, aprendizado de máquina, ou outra técnica computacional.

Levando em conta a explanação do conceito interpretativo indicado, tanto no direito europeu quanto no direito brasileiro resta entender quais decisões o direito à explicação abrange para a verificação de sua extensão com base nos princípios de

¹¹ ROLLINS, John B.. *Metodologia de base para ciência de dados IBM Watson*. 2015. Disponível em: <<https://www.ibm.com/downloads/cas/B1WQ0GM2>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

¹² FREITAS, Juarez, FREITAS, Thomas Bellini. *Direito e inteligência artificial: em defesa do humano*, Belo Horizonte, Fórum, 2020, pp. 29.

¹³ BRASIL, Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 4496*, de 2019, Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), para definir a expressão “decisão automatizada”, Brasília, DF, 2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7990633&ts=1614605995923&disposition=inline>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

acesso à informação, transparência, prevenção de danos, não discriminação, responsabilização e prestação de contas.

2.2 Decisões automatizadas de perfilização

Partindo do conceito de decisão automatizada adotado para a presente pesquisa, de que é uma decisão proveniente da utilização de inteligência artificial decorrente de um sistema de alimentação algorítmico, faz-se necessária classificação dessas decisões para avaliar a evolução do direito à explicação e sua aplicação, tanto nas decisões de perfilização, quando nas decisões que possam envolver concessões de crédito, possíveis decisões administrativas ou judiciais.

Os algoritmos são utilizados em diversas áreas de aplicação, em diferentes sistemas e nas mais variadas utilidades, desde a classificação de determinados grupos sociais para fins de concessão de crédito, como também a tentativa de reprodução digital de estruturas de decisões semelhantes às humanas.

A perfilização, em suas múltiplas formas, atraem a necessidade de proteção especial quando se trata de perfilização automatizada, que nada mais é do que a criação de perfis por máquinas, que são programas de *software* treinados para recuperar correlações inesperadas em massas agregadas em grandes bancos de dados.¹⁴

O Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu trouxe em seu capítulo conceitual a definição jurídica de perfilização automatizada nos seguintes termos:

Definição de perfis», qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados ao seu desempenho profissional, à sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações.¹⁵

O conceito jurídico expresso no RGPD europeu define perfilização como uma forma de tratamento automatizado de dados, o que tem como traços principais sua vedação, quando exclusivamente automatizada, e um direito à explicação da lógica

¹⁴ HILDEBRANDT, Mirelle. Defining Profiling: A New Type of Knowledge?. In: Hildebrandt, M., Gutwirth, S. (eds) *Profiling the European Citizen*. Springer, Dordrecht, 2008. ISBN 978-1-4020-6913-0. Disponível em: <<https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.629.6129&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2021.

¹⁵ Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016.

subjacente ao tratamento que diga respeito ao titular de dados nestes casos, e que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar.

Há, contudo, em consequência do conceito interpretativo do Grupo de Trabalho Europeu para Proteção de Dados (Art. 29 WP)¹⁶ em relação às decisões automatizadas, que considera como uma proibição e não como um direito, uma vedação à perfilização exclusivamente automatizada, estando ela condicionada às regras de exceção previstas no art. 22(2) do RGPD¹⁷. O RGPD diferencia, portanto, decisões automatizadas de definições de perfis, sendo este último qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados para avaliar aspectos pessoais de uma pessoa singular.¹⁸

Dentro dessa conceituação, a definição de perfis é considerada como qualquer forma de tratamento automatizado, e não exclusivamente automatizado, para efetuar provisões sobre as pessoas, recorrendo a dados provenientes de várias fontes para inferir algo sobre uma pessoa, com base nas qualidades de outras pessoas, que parecem semelhantes. Uma simples classificação das pessoas com base em características conhecidas, como idade, sexo e altura, por exemplo, não acarreta, necessariamente, uma definição de perfis, o que dependerá da finalidade da classificação.¹⁹

O Grupo de Trabalho Europeu para Proteção de Dados considera que as decisões automatizadas têm um âmbito de aplicação diferente e podem sobrepor-se

¹⁶ O Grupo de Trabalho para a Proteção das Pessoas no que diz respeito ao Tratamento de Dados Pessoais. A composição e finalidade do art. 29. O WP foi estabelecido no artigo 29 da Diretiva de Proteção de Dados (Diretiva 95/46/CE) e foi lançado em 1996.

¹⁷ Art. 22. Decisões individuais automatizadas, incluindo definição de perfis.

1. O titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar.

2. O n° 1 não se aplica se a decisão:

a) For necessária para a celebração ou a execução de um contrato entre o titular dos dados e um responsável pelo tratamento; b) For autorizada pelo direito da União ou do Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento estiver sujeito, e na qual estejam igualmente previstas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular dos dados; ou c) For baseada no consentimento explícito do titular dos dados.

¹⁸ GDPR, art. 4(4) «Definição de perfis», qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados ao seu desempenho profissional, à sua situação econômica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações.

¹⁹ O Grupo de Trabalho para a Proteção das Pessoas no que diz respeito ao Tratamento de Dados Pessoais. A composição e finalidade do art. 29. O WP foi estabelecido no artigo 29 da Diretiva de Proteção de Dados (Diretiva 95/46/CE) e foi lançado em 1996.

parcialmente à definição de perfis ou resultar da mesma e define decisão automatizada como correspondente à capacidade de tomar decisões por intermédio de meios tecnológicos e sem intervenção humana. Razões pelas quais considera que as decisões automatizadas podem ser realizadas com ou sem definição de perfis, assim como a definição de perfis pode ocorrer sem serem realizadas decisões automatizadas, o que resultaria na sua autorização legal.

A Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (Lei nº 13.709/2018), diferentemente do RGPD, não trouxe no seu arcabouço conceitual a definição específica de perfilização, deixando margem, no artigo 20²⁰, a possibilidade de um conceito interpretativo com base no conceito de tratamento automatizado de dados visando a predição de comportamentos pessoais, profissionais, de consumo e de crédito.

A consequência da definição interpretativa de perfilização é que essa prática de análise preditiva do comportamento humano, ligando a pessoa individual em um perfil social para fins de criação de um perfil de consumo, implica diversas obrigações consagradas, principiologicamente, pela Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018): (i) transparência, garantindo aos titulares informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial, (ii) não discriminação, garantindo que os dados não serão utilizados para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos, com perfilização por meio de informações como raça, cor, religião, gênero, ou qualquer outro dado como fator preponderante na construção do perfil, (iii) garantia do contraditório, oportunizando o exercício constitucional do contraditório e ampla defesa por meio da revisão da decisão automatizada de criação do perfil, (iv) livre acesso.^{21,22}

Antes mesmo da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) (Lei nº 13.709/2018), as obrigações informacionais, ou de transparência, bem como as anti-

²⁰ Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

²¹ ZANATTA, Rafael. Perfisização, discriminação e direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, in: MIRAGEM, Bruno; LIMA MARQUES, Claudia; MAGALHÃES, Lucia Ancona. *Direito do Consumidor: 30 anos do CDC. Da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2021

²² Importante destacar que são obrigações específicas nos casos de perfilização, deixando clara a necessidade de cumprimento da ordem principiológica da Lei Geral de Proteção de Dados, uma vez que a perfilização, automatizada ou não, opera-se por meio de tratamento de dados.

discriminatórias, já estavam consolidadas juridicamente no Brasil por meio da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e também da Lei nº 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo).²³

O art. 43 do Código de Defesa do Consumidor criou regras específicas para o tratamento em relação ao banco de dados e cadastros dos consumidores, dentre elas o direito de acesso à informação e suas respectivas fontes, impossibilidade de manutenção de cadastro por mais de cinco anos, cadastro verdadeiro e de fácil compreensão, comunicação de abertura de cadastro, correção de dados inexatos, que os dados registrados serão considerados “entidades de caráter público”.

As regras mencionadas vieram expressas nos seguintes termos:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

§ 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

§ 6º Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor.

Além do Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Cadastro Positivo, também como pioneira do direito à explicação da decisão automatizada, trouxe rol inovador de direitos básicos em relação aos cadastros dos consumidores. A Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011) passou a fazer juízos de valor a partir de um perfil digital,

²³ ZANATTA, Rafael. Perfilização, discriminação e direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, in: MIRAGEM, Bruno; LIMA MARQUES, Claudia; MAGALHÃES, Lucia Ancona. *Direito do Consumidor: 30 anos do CDC. Da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

surgindo, assim, problemas como transferências não autorizadas, tratamento discriminatório e acesso a informações de dados sensíveis.²⁴

Como citado acima, além de fazer juízos de perfil digital, a Lei do Cadastro Positivo foi pioneira no direito de revisão de decisões automatizadas, considerando a existência de amplo sistema de perfilização.²⁵

Diz o art. 5º da Lei do Cadastro Positivo:

Art. 5º São direitos do cadastrado:

II - acessar gratuitamente, independentemente de justificativa, as informações sobre ele existentes no banco de dados, inclusive seu histórico e sua nota ou pontuação de crédito, cabendo ao gestor manter sistemas seguros, por telefone ou por meio eletrônico, de consulta às informações pelo cadastrado;

[...]

VI - solicitar ao consultante a revisão de decisão realizada exclusivamente por meios automatizados;

Embora criando um padrão normativo que posteriormente foi adaptado para Lei Geral de Proteção de Dados, a Lei do Cadastro Positivo não criou uma vedação à perfilização automatizada, como fez a RGPD, mas apenas um direito de revisão da decisão automatizada como instrumento de identificação de potenciais violações de direitos.

Da mesma forma como a Lei do Cadastro Positivo, a legislação brasileira de proteção de dados pessoais (Lei nº 13.709/2018) não criou uma proibição de perfilização automatizada, mas apenas um direito de revisão, retirando-se do texto do projeto inclusive a necessidade de revisão humana.

O ordenamento brasileiro que trata a matéria da perfilização automatizada, portanto, é deveras menos restritiva do que o ordenamento europeu. Primeiro, porque a LGPD não traz conceito jurídico expresso de perfilização. Segundo, pela ausência de uma norma geral proibitiva à perfilização automatizada, como ocorre na União Europeia.

²⁴ ZANATTA, Rafael. Perfilização, discriminação e direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, in: MIRAGEM, Bruno; LIMA MARQUES, Claudia; MAGALHÃES, Lucia Ancona, *Direito do Consumidor: 30 anos do CDC. Da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

²⁵ ZANATTA, Rafael. Perfilização, discriminação e direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, in: MIRAGEM, Bruno; LIMA MARQUES, Claudia; MAGALHÃES, Lucia Ancona. *Direito do Consumidor: 30 anos do CDC. Da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

2.3 Potencial discriminatório e a tutela da pessoa humana

Com definição já positivada no plano internacional e contida na Convenção Internacional sobre eliminação de todas as Formas de Discriminação, aprovada pelas Nações Unidas em 1965 e ratificada pelo Brasil em 1968, a conduta discriminatória pode ser considerada toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que resulte na anulação ou restrição de direitos ou de seu efetivo exercício.²⁶

O §2º do art. 5 da CRFB dispõe que além dos direitos e garantias já existentes na Constituição, estes não excluem os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte²⁷, demonstrando a relevância no ordenamento brasileiro das disposições proibitivas de discriminação, inclusive as já existentes no corpo da Constituição, como se vê, por exemplo, no art. 7º, XX, quando trata da proteção do mercado de trabalho da mulher.²⁸

Trazendo o assunto para o objeto da presente pesquisa, a discriminação algorítmica decorre do fato de alguém ser julgado a partir das características generalizadas de um determinado grupo, onde as características individuais de uma pessoa são desconsideradas, sendo o indivíduo visto apenas como membro de um dado conjunto de pessoas. A ocorrência da discriminação se torna melhor explicável quando utilizado o conceito de generalizações adotado por Schauer²⁹ que traz duas classificações: consistentes (universais e não universais) e inconsistentes.

As generalizações consistentes seriam as subdivididas em universais e não-universais. Nas universais tem-se como destaque o exemplo utilizado por Aristóteles de que “Todos os humanos são mortais”, o que significa que a totalidade da raça humana um dia, de fato, morre, de modo que essa generalização se mostra verdadeira em 100% dos casos. Nas não universais, a generalização não se presta a descrever

²⁶ RODRIGUEZ, Daniel Piñero. *O direito fundamental à proteção de dados: vigilância, privacidade e regulação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 19.

²⁷ Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

²⁸ Ibid., p. 20.

²⁹ SCHERTEL MENDES, Laura; MATTIUZZO, Marcela. DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA: CONCEITO, FUNDAMENTO LEGAL E TIPOLOGIA. *Direito Público*, [S.l.], v. 16, n. 90, dez. 2019. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/view/3766>>. Acesso em: 29 nov. 2020.

a totalidade de um grupo, mas, sim, uma característica compartilhada da maioria dos indivíduos daquele grupo.³⁰

Generalizações inconsistentes são as que falham em preencher os parâmetros anteriormente definidos. Utilizamos como exemplo uma afirmação de que “arianos são impulsivos”, o que é de fácil verificação que essa não é uma característica universal, pois não há evidências de que essas pessoas sejam mais impulsivas do que aquelas nascidas em outros períodos do ano.

O ponto chave da generalização é que, com muita frequência, os algoritmos utilizam características de um grupo para avaliar a totalidade dos indivíduos, o que é uma forma de discriminação. Isso porque os agentes ainda precisam tomar grandes decisões quando do tratamento desses dados, e conseqüentemente tendem a utilizar características facilmente observáveis, como gênero, raça, orientação sexual, como *proxies* para características produtivas algorítmicas.

Outro aspecto importante para chegarmos ao assunto específico dessa pesquisa é o fato de que a discriminação pode ocorrer por diferenças exógenas ou endógenas entre grupos. Nas exógenas, a variável que distingue um grupo do outro é externa, e, nas endógenas, é interna. Para demonstrar a caracterização da discriminação endógena, utiliza-se como exemplo a contratação de profissionais mulheres para alguns cargos específicos empresariais, pois é possível afirmar que as mulheres foram, historicamente, mais envolvidas na criação dos filhos e em tarefas domésticas do que os homens.

Mas esse é um resultado do fato de que a elas foram dadas menos oportunidades profissionais, consideradas por muito tempo como incompatíveis com as tarefas domésticas, e não uma característica inerente do sexo feminino que torna as mulheres menos capacitadas ou menos interessadas em oportunidades profissionais.

A consequência da discriminação, nesse caso, leva à confirmação da hipótese inicial, pois estamos analisando uma variável endógena. Diferentemente, tomando-se o mercado de seguro de automóveis como exemplo, é fácil observar que o seguro para motoristas jovens do sexo masculino é mais caro do que o seguro para motoristas jovens do sexo feminino.

³⁰ BARBOSA, Tales. Inteligência artificial e discriminação algorítmica. In VEIGA, Fábio da Silva, BRITO, Paulo de, PIERDONÁ, Zélia Luiza. *Future Law*, vol. II, Porto, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Universidade Lusófona do Porto, 2021, p. 455.

O gênero guarda forte correlação com a taxa de acidentes de trânsito e, assim, é frequentemente utilizado para precificação. Neste segundo cenário, porém, o gênero não é uma variável endógena, mas, sim, exógena, pois nada no fato de que os homens pagam mais por seguros leva esse grupo a efetivamente se envolver em mais acidentes.³¹

O que é possível concluir para o conceito de discriminação algorítmica é que, em alguns casos, mesmo que uma classificação possa ser consistente sob o ponto de vista estatístico, esta pode se mostrar discriminatória e injusta.

Ao estudar a matéria em questão, Laura Mendes³² sistematiza quatro tipos principais de discriminação algorítmica: discriminação por erro estatístico, discriminação por generalização, discriminação pelo uso de informações sensíveis e discriminação limitadora do exercício de direitos. Na discriminação por erro estatístico, o tipo de discriminação pode ser conceituado como decorrente de erro cometido pelos engenheiros ou cientistas de dados responsáveis pelo desenho do algoritmo.

Discriminação por generalização é quando algumas pessoas são equivocadamente classificadas em certos grupos, de modo que, embora o algoritmo esteja correto e as informações também, ainda assim, o resultado será uma generalização incorreta, na medida em que mesmo um resultado estatisticamente relevante apresentará um percentual de pessoas que não se encaixam perfeitamente naquela média.

A discriminação pelo uso de informações sensíveis é assim considerada por se basear em dados ou *proxies* legalmente protegidos. É o que ocorre, por exemplo, quando um algoritmo utiliza informações sobre identificação religiosa de um indivíduo para designar seu *credit scoring* no Brasil, pois a Lei do Cadastro Positivo proíbe o uso desse tipo de informação para essa finalidade.

Quando se trata da discriminação limitadora do exercício de direitos, novamente pode se apresentar resultados estatisticamente corretos e relevantes, mas que ainda assim podem ser considerados discriminatórios, porém o problema não advém do tipo de dado utilizado, mas da relação entre a informação utilizada pelo

31 MENDES, Laura Schertel Ferreira, MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. **Direito Público**, Porto Alegre, vol. 16, n. 90, dez. 2019. pp. 38-64. Disponível em: <<https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/view/3766>>. Acesso em: 29 nov. 2020.

32 Ibid.

algoritmo e a realização de um direito. Se o direito é demasiadamente afetado, provável que o uso seja discriminatório.

Para além da proteção de dados e dos contornos do direito à privacidade, a discriminação algorítmica nas decisões automatizadas imbrica com o princípio universal da dignidade da pessoa humana, e implica na necessidade de uma relação, mais fidedigna quanto possível, entre os dados e a pessoa humana, isto é, em uma composição tanto clara quanto transparente em termos de garantia do direito de acesso, de revisão e também de retificação das decisões automatizadas, incluindo qualquer tipo de perfilização.³³

O princípio da dignidade da pessoa humana é a fórmula jurídico-normativa que impede a mercantilização do homem, porque com ele o sistema de direito absorve um conteúdo ético que impõe o respeito à igualdade humana e à singularidade da pessoa como dado universalmente sujeito ao respeito de todos. Todas as formas de excluir o homem do ambiente social de direitos fundamentais, de participação política livre, de atuação profissional respeitosa, de segurança pessoal e coletiva pacífica, são inadmissíveis numa perspectiva de Estado Democrático.³⁴

Feitas essas considerações com a tentativa de demonstrar as formas de generalização geradoras da discriminação algorítmica, bem como a classificação das tipologias discriminatórias, seguimos a explorar a decisão judicial automatizada e suas barreiras constitucionais.

2.4 Barreiras constitucionais da decisão judicial automatizada

Além do potencial discriminatório das decisões algorítmicas, a utilização da decisão automatizada na esfera judicial encontra objeção no art. 5º XXXVII³⁵ da Constituição Federal de 1988, em face do exposto no princípio do juiz natural, bem

³³ RUARO, Regina Linden, SARLET, Gabrielle. O direito fundamental à proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro: uma análise acerca das hipóteses de tratamento e da obrigatoriedade do consentimento livre, esclarecido e informado sob o enfoque da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). In DONEDA, Danilo et al., orgs., *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo, Grupo Gen, 2020, pp. 177-191.

³⁴ ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A EXCLUSÃO SOCIAL. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 2, p. 49-67, dez. 2001. ISSN 1677-1419. Disponível em: <<http://www.revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

³⁵ Art. 5º, XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção.

como no inciso LIII do mesmo artigo, onde declara que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.³⁶

O princípio do juiz natural visa ao estabelecimento de regras objetivas de competência jurisdicional, o que, juntamente com os princípios da legitimidade, imparcialidade e igualdade, constitui atributo da justiça e é a garantia da própria jurisdição.

Além da barreira jurídico-positiva constitucional, outro motivo para destaque de objeção para utilização da inteligência artificial para tomada de decisões automatizadas na esfera judicial é o fato de que não há uma prestação de contas da fundamentação ou motivação da decisão, atuando, assim, fora das razões do direito, mesmo que a lógica algorítmica pudesse ser explicável. Ou seja, a adequada fundamentação das decisões judiciais é pressuposto para o devido processo legal, o que proporciona aos litigantes exercer o contraditório e ampla defesa com base no resultado da prestação jurisdicional, e poderia ser fulminado se a decisão automatizada não viesse acompanhada da fundamentação humana.

A decisão judicial automatizada significaria uma liberdade de poder de julgar sem limitação de responsabilidade, o que também vai de encontro à dignidade da pessoa humana, cuja fundamentabilidade sustenta a democracia e o atual molde do Estado de Direito.³⁷ Onde há exercício de poder deve haver responsabilidade, visto que em ambos há relações diretamente proporcionais.

Na questão fática, embora expressamente vedada pelo problema jurídico-positivo constitucional da necessidade de juiz natural, a lucratividade poderia se sobrepor a qualquer juízo ideal ou protetor dos direitos fundamentais quando a criação da lógica algorítmica fosse criada por empresas privadas.

Muito mais grave do que a questão da singularidade humana para denotar a possível explosão da inteligência como decorrência da inteligência artificial, é o fato de que ficaria marcada a última invenção da humanidade, uma vez que todas as posteriores invenções adviriam das máquinas, o que nos levaria ao perigo iminente de

³⁶ Art. 5º, LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

³⁷ RUARO, Regina Linden, SARLET, Gabrielle. O direito fundamental à proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro: uma análise acerca das hipóteses de tratamento e da obrigatoriedade do consentimento livre, esclarecido e informado sob o enfoque da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). In DONEDA, Danilo et al., orgs., *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*, São Paulo, Grupo Gen, 2020, pp. 177-191.

uma singularidade jurídica, que consistiria no momento em que abdicaríamos, de forma definitiva, da responsabilidade do direito em favor das máquinas.³⁸

Na questão da permissibilidade, no sentido normativo-prescritivo, a ideia de justiça sob a responsabilidade de máquinas é possivelmente uma violação da dimensão jurídico-objetiva da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), e seguramente uma violação da dimensão tanto individual, quanto objetiva do direito a ser ouvido por um juiz (art. 5º, XXXV CF/88), onde descreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Não há direito real ao contraditório (art. 5º, LC da CF/88) diante de uma máquina.³⁹

O uso da inteligência artificial deve, antes de tudo, atuar como assistente da humanidade, aliviando as tarefas fungíveis, desprovidas de grandezas propriamente humana, tudo sem abdicar a indelegável supervisão humana. Há diversas situações de inequívocas indelegabilidades decisórias, como por exemplo a decisão que requer a presença das virtudes entrelaçadas à justiça e à compaixão; a decisão em que a vítima da decisão algorítmica se revelar antijurídica, como no campo sancionatório; decisões em que a pontual delegação bloquearia a interligação ecossistêmica equilibrada, travando a marcha evolutiva natural da humanidade.⁴⁰

Juarez Freitas menciona em suas palavras sobre a indelegabilidade das decisões intrinsecamente humanas:

Existe o indelegável e é encargo irrenunciável do Estado Democrático não consentir que a inteligência artificial usurpe a esfera privativa do intrinsecamente humano.

Sobre a utilização de mecanismos automatizados no Poder Judiciário o Conselho Nacional de Justiça, no uso de suas atribuições, editou Resolução⁴¹ que dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário, deixando expressos nos considerandos que o uso da inteligência artificial no Poder Judiciário deve atender a critérios éticos de transparência, previsibilidade, possibilidade de auditoria e garantia da imparcialidade.

³⁸ GRECO, Luís. *Poder de julgar sem responsabilidade do julgador: a impossibilidade jurídica do juiz robô*. São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020, p. 47.

³⁹ *Ibid.*, p. 59.

⁴⁰ FREITAS, Juarez, FREITAS, Thomas Bellini. *Direito e inteligência artificial: em defesa do humano*, Belo Horizonte, Fórum, 2020, pp. 74-75.

⁴¹ Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020.

Fica claro na resolução do CNJ que uso da inteligência artificial é entendido como instrumento de apoio nas decisões judiciais, e não a tomada de decisão propriamente dita, o que mesmo se tratando de instrumento de apoio não afasta, segundo a própria normativa, a preservação da igualdade, da não discriminação, da pluralidade, do julgamento justo, e com a viabilização de meios destinados a eliminar ou minimizar a opressão, a marginalização do ser humano e os erros de julgamentos decorrentes de preconceito.

No que interessa ao presente estudo, o direito à explicação nas decisões automatizadas, a resolução acima indicada trata sobre isso no capítulo atinente à publicidade e transparência, e no capítulo do controle do usuário. No capítulo da transparência, a Resolução do CNJ declara como mecanismo essencial o direito à explicação satisfatória e passível de auditoria por autoridade humana quanto a qualquer proposta de decisão apresentada pelo modelo de inteligência artificial. No capítulo referente ao controle do usuário, há exigência de explicação dos passos que conduziram ao resultado quando da utilização de inteligência artificial como ferramenta auxiliar para elaboração de decisão.

Com isso, embora exista objeção constitucional de utilização de ferramentas de inteligência artificial para tomada de decisões judiciais automatizadas, há uma tendência de utilização de mecanismos de apoio para a tomada de decisão, o que mesmo assim não elide a necessidade de explicação da lógica algorítmica para utilização destes mecanismos de apoio à decisão.

No capítulo seguinte, será abordado o direito à explicação no Brasil e também no Direito Europeu, sendo que em ambos os casos esse direito parte da base principiológica da transparência, como abordado pelo CNJ em sua Resolução quando tratou da utilização de mecanismos de inteligência artificial no Poder Judiciário.

3 O DIREITO À EXPLICAÇÃO

No Brasil, o direito à explicação decorre da base principiológica da Lei Geral de Proteção de Dados, do princípio da transparência, do livre acesso, da não discriminação, da prestação de contas e também da autodeterminação informativa. Some-se a esses princípios o princípio constitucional do devido processo legal (informacional) na tomada de decisões. Agregue-se que tal direito é caracterizado na Lei Geral de Proteção de Dados como um direito à revisão das decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados.

Na Europa, embora com certas distinções da legislação brasileira, o direito à explicação também pode ser caracterizado como consequência do princípio do tratamento lícito, leal e transparente e o princípio da responsabilidade.

Diversas são as correntes de pensamento, tanto no direito brasileiro como no direito europeu, em relação à real existência do direito à explicação e de que modo esse direito possa ser exercido, principalmente quando o assunto é tratado no sistema de algoritmo inteligente denominado de *machine learning*, onde por vezes é definido como “caixa-preta” de dados inescrutáveis, o que causaria o imbricamento do que alguns autores descrevem como o devido processo legal para salvaguardar os titulares dos julgamentos automatizados.⁴²

Importante registrar que outros países da América Latina possuem certas deficiências legislativas no que toca ao direito do titular de dados em relação ao tratamento automatizado, mas alguns deles adequaram-se às disposições previstas na Convenção 108 do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas Singulares no que diz respeito ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais, de 28 de janeiro de 1981, como, por exemplo, o Uruguai, que foi o primeiro país não europeu a ser parte na convenção e no seu protocolo adicional.⁴³

A Argentina está em processo de adequação e atualização da Lei de Proteção de Dados Pessoais⁴⁴ após também ter se tornado parte na convenção,

⁴² FRAZÃO, Ana. O direito à explicação e à oposição diante de decisões totalmente automatizadas. *Revista JOTA*, 05 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-direito-a-explicacao-e-a-oposicao-diante-de-decisoes-totalmente-automatizadas-05122018>>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁴³ O Uruguai aprovou a Convenção nº 108 do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas Singulares no que diz respeito ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais por meio da Lei nº 19.030, de 27 de dezembro de 2012.

⁴⁴ Ley 25.326 de 20 de outubro de 2000.

implementando por meio de Resolução⁴⁵ o direito à explicação nas decisões automatizadas enquanto não aprovado no Congresso Nacional projeto de lei modificativo, fazendo menção ao direito de o titular reconhecer a lógica aplicada na decisão, diferenciando-se do direito brasileiro da revisão da decisão.⁴⁶

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados brasileira (ANPD) participou da 41ª Reunião em sessão plenária do Comitê Consultivo da Convenção 108 do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas Singulares no que diz respeito ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais. O Brasil detém o status de observador desde outubro de 2018.

Diante dos aspectos acima apontados, a presente pesquisa abordará nos tópicos seguintes os aspectos do direito à explicação no Regulamento Geral de Proteção de Dados e na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, em razão da relevância histórica do sistema europeu de proteção de dados.

Em continuidade ao estudo do direito à explicação, a pesquisa abordará em um dos tópicos do capítulo o papel da Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD brasileira, suas obrigações e os mecanismos para garantir aplicação do direito à explicação.

3.1 O direito à explicação no RGPD

Durante a primeira regulação da União Europeia sobre o assunto da proteção de dados pessoais, a Diretiva 95/46/CE estabeleceu, no artigo 15, que os Estados-membros reconheceriam a qualquer pessoa o direito de não ser submetido a uma decisão tomada exclusivamente com base num tratamento automatizado de dados⁴⁷. O art. 12 da mesma Diretiva garantiu ao cidadão europeu o conhecimento da lógica

⁴⁵ Resolución 4/2019 da Agencia de Acceso a la Información Pública.

⁴⁶ A Argentina manifestou formalmente às autoridades europeias o desejo de aderir à Convenção nº 108 em 2017, sendo aceita no mesmo ano. Posteriormente, em 16 de dezembro de 2018, o Congresso Nacional aprovou a Convenção por meio da Lei nº 27.483, momento em que foi promulgada pelo Poder Executivo Nacional e passou oficialmente a ser parte desde 1º de junho de 2019, logo após efetuar o depósito do instrumento legal de adesão ao Secretário Geral do Conselho Europeu, tornando-se o trigésimo terceiro Estado a aderir à Convenção.

⁴⁷ Diretiva 95/46/CE sobre Proteção de Dados Pessoais, art. 15:
Decisões individuais automatizadas

1. Os Estados-membros reconhecerão a qualquer pessoa o direito de não ficar sujeita a uma decisão que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que a afete de modo significativo, tomada exclusivamente com base num tratamento automatizado de dados destinado a avaliar determinados aspectos da sua personalidade, como, por exemplo, a sua capacidade profissional, o seu crédito, confiança de que é merecedora, comportamento.

subjacente ao tratamento automatizado dos dados que lhe digam respeito, pelo menos no que se refere às decisões automatizadas citadas no art. 15.⁴⁸

As previsões dos arts. 12 e 15 suscitaram uma grande controvérsia e confusão sobre a existência de um direito ou de uma proibição da decisão automatizada.

Com a implementação do RGPD, ferramenta de homogeneização da proteção de dados nos países da União Europeia, às prescrições relacionadas à tomada de decisões automatizadas, foi regulada no art. 22 e transportou, de maneira similar ao art. 15.1 da Diretiva 95/46/CE, a dúvida quanto à existência de um direito ou de uma proibição.

A distinção é uma interpretação fundamental em razão de que, sendo considerada proibida, as decisões estariam restritas às exceções previstas no segundo apartado do art. 22 do RGPD.⁴⁹ Se consideradas um direito, as decisões permaneceriam autorizadas até que o interessado invocasse seu direito diante da vedação imposta pelo Regulamento.

O considerando 71, embora não vinculante, reforça o posicionamento que considera como uma proibição, pois estabelece que, em certas circunstâncias, essas decisões devem ser permitidas, o que significa dizer, em termos gerais, que as decisões tomadas exclusivamente com base no tratamento automatizado não estão permitidas.

Na linha de pensamento que considera um direito, o assunto é tratado com base na Diretiva 2016/680 relativa à proteção de dados, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais para efeitos de investigação, e adotada juntamente com a RGPD, estabelecendo, em seu art. 11, explicitamente, uma proibição de decisões tomadas exclusivamente com base no tratamento automatizado, o que poderia levar a crer que a mesma formulação poderia ter sido utilizada no art. 22 do RGPD se essa fosse a intenção do legislador.

O Grupo de Trabalho Europeu para Proteção de Dados (Art. 29 WP)⁵⁰, ao confirmar que se trata de uma proibição, esclareceu que essa interpretação reforça a

⁴⁸ Diretiva 95/46/CE sobre Proteção de Dados Pessoais, art. 15: Artigo 12º. Direito de acesso: – o conhecimento da lógica subjacente ao tratamento automatizado dos dados que lhe digam respeito, pelo menos no que se refere às decisões automatizadas referidas no nº 1 do artigo 15º;

⁴⁹ Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho. Art. 22. Decisões individuais automatizadas, incluindo definição de perfis.

⁵⁰ O Grupo de Trabalho para a Proteção das Pessoas no que diz respeito ao Tratamento de Dados Pessoais. A composição e finalidade do art. 29. O WP foi estabelecido no artigo 29 da Diretiva de Proteção de Dados (Diretiva 95/46/CE) e foi lançado em 1996.

ideia de controle do titular dos dados sobre os seus dados pessoais e obedece aos princípios fundamentais do RGPD. Segundo o Grupo de Trabalho, a interpretação do art. 22 como uma proibição significa dizer que as pessoas estão automaticamente protegidas dos possíveis efeitos deste tipo de tratamento, o que vem apoiado no considerando 71, uma vez que lá vem descrito que deverá ser *permitida* a tomada de decisões com base no tratamento automatizado de dados se expressamente autorizada pelo direito da União ou Estados-Membros⁵¹.

Com base nisso, é que estaria implícito que a decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado de dados, regulamentado pelo art. 22.1 da RGPD, não é, de modo geral, permitida.

Nesse contexto, e adotando o conceito interpretativo de proibição do Grupo de Trabalho Europeu para a Proteção de Dados, destaca-se que o uso de decisões automatizadas é uma exceção e está submetido aos casos específicos permissivos que não produzam efeitos na esfera jurídica nem afetem significativamente de forma similar, com base na previsão do art. 22.2 do RGPD⁵². Além disso, a citada proibição se refere a decisões tomadas exclusivamente com base no tratamento automatizado, de maneira que o envolvimento humano deve ser substancial para que não seja atingido pela proibição.⁵³

Ainda que se trate de uma proibição, a discussão que se estabelece no direito europeu é sobre a existência ou não de um direito à explicação nos casos permissivos

⁵¹ Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho. Considerando o seguinte:

No entanto, a tomada de decisões com base nesse tratamento, incluindo a definição de perfis, deverá ser permitida se expressamente autorizada pelo direito da União ou dos Estados-Membros aplicável ao responsável pelo tratamento, incluindo para efeitos de controlo e prevenção de fraudes e da evasão fiscal, conduzida nos termos dos regulamentos, normas e recomendações das instituições da União ou das entidades nacionais de controlo, e para garantir a segurança e a fiabilidade do serviço prestado pelo responsável pelo tratamento, ou se for necessária para a celebração ou execução de um contrato entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento, ou mediante o consentimento explícito do titular. Em qualquer dos casos, tal tratamento deverá ser acompanhado das garantias adequadas, que deverão incluir a informação específica ao titular dos dados e o direito de obter a intervenção humana, de manifestar o seu ponto de vista, de obter uma explicação sobre a decisão tomada na sequência dessa avaliação e de contestar a decisão. Essa medida não deverá dizer respeito a uma criança.

⁵² 2. O n° 1 não se aplica se a decisão:

a) For necessária para a celebração ou a execução de um contrato entre o titular dos dados e um responsável pelo tratamento; b) For autorizada pelo direito da União ou do Estado-membro a que o responsável pelo tratamento estiver sujeito, e na qual estejam igualmente previstas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular dos dados; ou c) For baseada no consentimento explícito do titular dos dados.

⁵³ SOUZA, Carlos Affonso, PERRONE, Christian, MAGRANI, Eduardo, “O direito à explicação entre a experiência europeia e a sua positivação na LGPD”. In DONEDA, Danilo et al.. *Tratado de proteção de dados pessoais*, Rio de Janeiro, Forense, 2021, pp. 243-270.

de decisões com base no tratamento automatizado de dados, haja vista a retirada do texto aprovado pelo Parlamento Europeu do apartado 5 do artigo 20 (atual artigo 22) do RGPD, que estabelecia explicitamente tal direito. Em decorrência da referida exclusão, é que alguns autores propõem a inexistência de um direito à explicação no RGPD.⁵⁴

O direito à explicação nas decisões automatizadas se distingue em *ex ante* e *ex post*. A explicação *ex ante* é produzida antes que se realize a tomada de decisão, em que será informado apenas o funcionamento do sistema e não sobre a lógica de uma decisão específica, simplesmente por ela ainda não ter sido produzida. Na explicação *ex post*, além do funcionamento do sistema, serão esclarecidas as circunstâncias que motivaram a decisão.

Nos casos em que é permitida a utilização de decisões tomadas exclusivamente com base no tratamento automatizado de dados, ou seja, nas exceções à regra, o ordenamento europeu prevê uma necessidade de aplicação de medidas adequadas para salvaguardar os direitos de liberdade e legítimos interesses do titular de dados, resguardando o direito de obter uma intervenção humana, manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão.⁵⁵

Por esse motivo, estaria implícita a necessidade de um direito à explicação em razão das salvaguardas garantidas no RGPD, mais especificamente nos arts. 13(2)(f)⁵⁶, 14(2)(g)⁵⁷ e 15(1)(h)⁵⁸, o que é uma explicação *ex ante* da lógica subjacente

⁵⁴ Ibid. p. 249.

⁵⁵ Regulamento (EU) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho

Art. 22. Decisões individuais automatizadas, incluindo definição de perfis.

3. Nos casos aos quais se referem o n.º 2, alíneas a) e c), o responsável pelo tratamento aplica medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e legítimos interesses do titular dos dados, designadamente o direito de, pelo menos, obter intervenção humana por parte do responsável, manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão.

⁵⁶ Art. 13. Informações a facultar quando os dados pessoais são recolhidos junto do titular.

2. Para além das informações referidas no n.º 1, aquando da recolha dos dados pessoais, o responsável pelo tratamento fornece ao titular as seguintes informações adicionais, necessárias para garantir um tratamento equitativo e transparente:

f) A existência de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis, referida no artigo 22.º, n.ºs 1 e 4, e, pelo menos nesses casos, informações úteis relativas à lógica subjacente, bem como a importância e as consequências previstas de tal tratamento para o titular dos dados.

⁵⁷ Art. 14. Informações a facultar quando os dados pessoais não são recolhidos junto do titular.

g) A existência de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis, referida no artigo 22.º, n.ºs 1 e 4, e, pelo menos nesses casos, informações úteis relativas à lógica subjacente, bem como a importância e as consequências previstas de tal tratamento para o titular dos dados.

⁵⁸ Art. 15. Direito de acesso do titular de dados.

1. O titular dos dados tem o direito de obter do responsável pelo tratamento a confirmação de que os dados pessoais que lhe digam respeito são ou não objeto de tratamento e, se for esse o caso, o direito de aceder aos seus dados pessoais e às seguintes informações:

do sistema utilizado para a decisão automatizada, o que não se mostra suficiente nos casos de utilização dos sistemas de aprendizagem, pois a forma de funcionamento do sistema algorítmico pode ser continuamente alterada por este tipo de programa. No cenário também implícito do direito à explicação *ex post*, o respaldo para tal direito estaria configurado no apartado 3 do art. 22 do RGPD, que garante a salvaguarda dos direitos de liberdade e legítimo interesse do titular de dados, bem como o direito de obter intervenção humana com a manifestação do seu ponto de vista e direito de contestar a decisão.

Ademais, a interpretação sistemática do Regulamento Europeu, em consonância com a lógica instituída em relação à transparência, direito de acesso e à divulgação de informações pelos controladores, bem como a facilidade de acesso exposta no considerando 63, conduz ao pensamento de que o direito à explicação é decorrência lógica do arcabouço de garantias e do protagonismo do titular de dados no referido regulamento, tanto *ex ante*, por meio de informações úteis relativas à lógica subjacente, como *ex post*, por meio das salvaguardas que garantem ao titular o direito de obter intervenção humana com a manifestação do seu ponto de vista e direito de contestar a decisão, tudo isso nos casos em que a regra de proibição é derrubada pelas exceções previstas no apartado 2, do artigo 22 do Regulamento Geral de Proteção de Dados.

3.2 O direito à explicação na LGPD

A legislação pioneira no Brasil sobre a possibilidade de existência do direito à explicação nas decisões automatizadas foi a Lei do Cadastro Positivo (Lei n.º 12.414/2011), que traz em seu art. 5º o direito do cadastrado de conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, e também o de solicitar a revisão da decisão realizada exclusivamente por meios automatizados⁵⁹. Como bem se observa, a inovação trazida pela legislação setorial não tratou de uma proibição,

h) A existência de decisões automatizadas, incluindo a definição de perfis, referida no artigo 22.º, n.ºs 1 e 4, e, pelo menos nesses casos, informações úteis relativas à lógica subjacente, bem como a importância e as consequências previstas de tal tratamento para o titular dos dados.

⁵⁹ Art. 5º São direitos do cadastrado:

IV - conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial;

VI - solicitar ao consulente a revisão de decisão realizada exclusivamente por meios automatizados.

mas, sim, de um direito à revisão, capaz de permitir a fruição do direito de não discriminação nas relações comerciais.

Alguns autores⁶⁰ identificam no art. 5º da Lei do Cadastro Positivo a caracterização de um padrão normativo para o direito à explicação, que, posteriormente, foi transportado e adaptado à Lei Geral de Proteção de Dados, mais especificamente no art. 20, que traz a previsão de revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais, incluindo as decisões destinadas à definição de perfil.

O direito à explicação transportado para a LGPD encontra eco na União Europeia no art. 22 (3) da GDPR, que estabelece que os titulares de dados têm o direito de expressar seu ponto de vista em relação às decisões automatizadas como uma salvaguarda adicional para os casos em que a regra geral da proibição do processamento automatizado é derrotada pelas exceções elencadas no artigo 22 (2). Exsurge aí a grande diferença do direito comparado: enquanto na União Europeia existe proibição do titular de dados ser submetido à decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, no direito brasileiro a LGPD prevê a revisão (explicação) como principal mecanismo de proteção. Ou seja, no ordenamento europeu, o titular de dados possui um direito a não ser submetido à decisão exclusivamente automatizada, incluindo as definições de perfil, na LGPD, adotando prática diversa, não proíbe que o titular de dados seja submetido à decisão automatizada, mas oportuniza ao titular um conjunto de direitos decorrentes desse tratamento.

Quanto à natureza da informação a ser apresentada ao titular de dados, a LGPD, embora similar ao RGPD, não traz explícita em seu texto a necessidade de conhecimento sobre a lógica subjacente, mas apenas em relação aos critérios e procedimentos utilizados, o que poderá trazer dúvidas quanto à necessidade de apresentação de funcionamento do sistema algorítmico da decisão como uma efetividade da explicação *ex ante*, o que da mesma forma seria insuficiente nos casos de sistemas de aprendizagem das máquinas.

⁶⁰ BIONI, Bruno, LEITE MONTEIRO, Renato, OLIVEIRA, Maria Cecília. *GDPR Matchup: Brazil's General Data Protection LAW*, International Association of Privacy Professionals, 2018. Disponível em: <<https://iapp.org/news/a/gdpr-matchup-brazils-general-data-protection-law/>>. Acesso em: 23 maio 2021.

Outro fator relevante é que, no texto original da LGPD aprovado pelo Congresso Nacional, havia a previsão explícita de que a revisão, ou o denominado direito à explicação, deveria ser realizada por pessoa natural, texto que foi suprimido e posteriormente reincluído no §3º do art. 20, que, mesmo assim, foi objeto de veto presidencial, trazendo a necessidade de uma interpretação extensiva do direito à explicação com objetivo de proporcionar uma proteção mais ampla aos interesses juridicamente tutelados dos titulares de dados.

Embora retirada parte do texto acerca da necessidade de revisão humana da decisão automatizada, não há como discordar que o art. 20 da LGPD foi a consagração da diretriz da explicabilidade e da sua vinculação ao princípio da motivação decisória algorítmica, traduzindo-se também como uma espécie de extensão da fundamentação para o universo das decisões artificiais.

Como afirmado anteriormente, o respaldo legal do direito à explicação no direito brasileiro também se consolida com a interpretação extensiva da base principiológica da Lei Geral de Proteção de Dados, em especial o princípio da transparência, que garante aos titulares de dados informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial. Tais informações devem ser capazes de combater a opacidade no processo de coleta e tratamento de dados pessoais nas decisões algorítmicas, evitando-se justificativas fundadas na suposta impossibilidade de demonstrar os fundamentos das decisões, principalmente quando se trata de mecanismos de utilização do sistema de inteligência artificial denominado *Machine Learning*.

A imperatividade da explicação nada mais é do que a condição de eficácia do princípio da transparência em uma interpretação sistemática da Lei Geral de Proteção de Dados, que deve ser garantida *ex ante* (quando trata da funcionalidade do sistema) e também *ex post* (ao versar sobre os fundamentos da decisão). A explicabilidade garante a revelação dos motivos da decisão algorítmica, significando um requisito de efetividade da contestação e do recurso contra a decisão artificial suspeita de afrontar os princípios e valores fundamentais. É garantia do princípio da motivação⁶¹ explícita, clara e congruente.⁶²

⁶¹ Vide, referente às decisões administrativas, art. 50, da Lei n.º 9.784/99.

⁶² FREITAS, Juarez, FREITAS, Thomas Bellini, *Direito e inteligência artificial: em defesa do humano*, Belo Horizonte, Fórum, 2020, p. 79.

O fato é que as decisões automatizadas, no âmbito da esfera administrativa e quando não se trate apenas de definição de perfil, estão sujeitas aos requisitos legais gerais do direito administrativo e submetidas à plena sindicabilidade, com a devida observância dos princípios, como o da transparência, uma vez que se revestem dos mesmos atributos do ato administrativo.

Nesse contexto, é que a Plenária da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho de Justiça Federal aprovou, em agosto de 2020, o seguinte enunciado: “A decisão administrativa robótica deve ser suficientemente motivada, sendo a sua opacidade motivo de invalidação”.⁶³

O questionamento a ser feito é se as medidas existentes na LGPD sobre o direito à explicação terão o alcance necessário para impedir decisões automatizadas maculadas pela opacidade e sem motivação clara e congruente, impedindo também a prática de decisões algorítmicas discriminatórias. Também deve ser objeto de questionamento a real efetividade da norma ao atribuir excesso de discricionariedade à Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) quando da negativa de fornecimento de informações pelo controlador ao titular de dados, uma vez que o §2º do art. 20 não obriga a ANPD a realizar auditoria em caso de não oferecimento de informações, mas apenas possibilita.⁶⁴

Um dos grandes objetivos da LGPD, além de preservar a possibilidade do uso de novas tecnologias e permitir inovações, é também evitar a discriminação algorítmica, onde se utilizam características generalizadas de um grupo para avaliar a totalidade dos indivíduos, o que é uma forma de discriminação. Isso porque os agentes ainda precisam tomar grandes decisões quando do tratamento desses dados e, conseqüentemente, tendem a utilizar características facilmente observáveis, como gênero, raça e orientação sexual enquanto *proxies* para as características produtivas algorítmicas.

Dessa forma, a revisão humana parece ser imprescindível para a verdadeira eficácia do direito à explicação, de forma que as decisões algorítmicas possam ser

⁶³ I Jornada de Direito Administrativo aprova 40 enunciados. Conselho da Justiça Federal, 10 de ago. 2020. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2020/08-agosto/i-jornada-de-direito-administrativo-aprova-40-enunciados>>. Acesso em: 12 maio 2021.

⁶⁴ § 2º Em caso de não oferecimento de informações de que trata o § 1º deste artigo baseado na observância de segredo comercial e industrial, a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais.

revertidas independentemente de falhas no sistema de IA, em que a última instância deve ser recomendavelmente humana.

3.3 A revisão humana da decisão automatizada

A LGPD consagra a possibilidade de revisão das decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais. Tal revisão, portanto, não necessariamente deve ser humana, o que se pode concluir com a retirada da intervenção humana do texto original da norma brasileira⁶⁵.

O texto original da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira aliava a intervenção humana ao direito de revisão, enquanto no ordenamento europeu a intervenção humana quebra a vedação de tratamento de dados automatizados.

Na atual redação, embora não exista previsão de revisão humana, também não há vedação, o que faz crer que a revisão humana seja o padrão estabelecido, reforçando um dos objetivos da lei, que é proteger os dados e elevar o titular ao papel de detentor direto de decidir sobre fornecer ou não seus dados para tratamento, bem como maior confiança no próprio tratamento, automatizado ou não.

Nessa linha de raciocínio, Freitas⁶⁶ sugere uma tábua de diretrizes ético-jurídicas para ser utilizada como filtro vinculante da regulação do uso da inteligência artificial nas decisões automatizadas. Dentre as diretrizes que o autor sugere, a indelegabilidade da decisão intrinsecamente humana merece destaque pela relação direta e oponível à discriminação algorítmica. Com base no que preceitua, aparecem na referida tábua de diretrizes situações inequívocas de indelegabilidades decisórias: (a) as hipóteses em que a decisão requer a presença das virtudes entrelaçadas à justiça e à compaixão; (b) as hipóteses em que a aquiescência da possível vítima da decisão algorítmica se revelar antijurídica, como pode suceder no campo sancionatório; e (c) as hipóteses em que a pontual delegação bloquearia a interligação ecossistêmica equilibrada, travando a marcha evolutiva natural da humanidade.

Dentro dessa lógica é que foi aprovado enunciado na I Jornada de Direito Administrativo, ocorrida no Conselho da Justiça Federal no ano de 2020, de que “a

⁶⁵ A Medida Provisória 869/2018 e sua conversão na Lei nº 13.853/2019 excluiu a obrigatoriedade de que a revisão seja feita por um humano.

⁶⁶ FREITAS, Juarez, FREITAS, Thomas Bellini. *Direito e inteligência artificial: em defesa do humano*, Belo Horizonte, Fórum, 2020, p. 75.

decisão administrativa robótica deve ser suficientemente motivada, sendo a sua opacidade motivo de invalidação⁶⁷, o que carrega o próprio contexto fundamental da decisão humana, que nada mais é do que a necessidade de ser fundamentada, tanto da lógica *ex ante*, na lógica da construção da cadeia algorítmica, quanto *ex post*, que se trata da fundamentação decisória.

Quando decisões automatizadas são tomadas pela administração pública, regras adicionais devem ser observadas, como exemplo a nova regulamentação da Alemanha, que deixa claro que o legislador continua confiando nas decisões humanas e não permite decisões automatizadas, considerando o fator humano indispensável para o preenchimento de espaços de opção. Os atos administrativos emitidos inteiramente por meios automáticos são limitados aos casos de inexistência de discricionariedade e impossibilidade de avaliação.⁶⁸

Na mesma tábula sugerida, está elencada a supervisão humana em todas as etapas da inteligência artificial, destacando o sopesamento dos impactos diante do potencial discriminatório do algoritmo. Não só no sopesamento, mas também a supervisão humana contribui para evitar o enviesamento das decisões automatizadas e sua consequente caracterização discriminatória.⁶⁹

Como orientação ética convergente ao que aqui se expõe, a União Europeia arrolou como imperativos éticos: i) respeito à autonomia humana; ii) prevenção de danos; iii) equidade; e iv) explicabilidade.⁷⁰

A explicabilidade por meio de revisão humana, em especial destaque, é crucial para se criar e manter a confiança dos utilizadores nos sistemas de inteligência artificial, emanando a transparência dos processos de decisões algorítmicas, visando reprimir preconceitos humanos e sociais capazes de ter seus efeitos multiplicados, quando se tratar de decisões automatizadas. A função primordial das decisões automatizadas é tornar o processo o mais imparcial possível, com base na eliminação

⁶⁷ I JORNADA de Direito Administrativo aprova 40 enunciados, Conselho da Justiça Federal, 10 de ago. 2020. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2020/08-agosto/i-jornada-de-direito-administrativo-aprova-40-enunciados>>. Acesso em: 10 jul. 2021.

⁶⁸ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Teoria geral do direito digital*: transformação digital: desafios para o direito, Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 160.

⁶⁹ BARBOSA, Tales. Inteligência artificial e discriminação algorítmica. In VEIGA, Fábio da Silva, BRITO, Paulo de, PIERDONÁ, Zélia Luiza. *Future Law*. vol. II, Porto, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Universidade Lusófona do Porto, 2021, p. 455.

⁷⁰ COMISSÃO EUROPEIA. *Orientações éticas para uma IA de confiança*. Bruxelas. Comissão Europeia, 2019, p. 14. Disponível em: <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-pt/format-PDF>>. Acesso em: 29 nov. 2020.

da subjetividade das decisões humanas, desde que, repita-se, a presença humana seja utilizada como última instância de supervisão da decisão algorítmica com liberdade de reversão.

Em muitos casos, quando o manejo utilizado não é perverso, a inteligência artificial tem o papel de reduzir vieses decisórios, desde que exista uma supervisão acompanhada da presença humana como última instância, tornando passível de reversão vieses discriminatórios em desfavor da aplicação contrária aos objetivos constitucionais.

O direito à explicação, por meio de revisão humana, parece ser essencial para se vislumbrar com clareza o trajeto das decisões algorítmicas e os potenciais erros presentes no processo de tomada de decisão por inteligência artificial, de modo a possibilitar que a IA se torne cada vez mais segura em suas relações entre a máquina e o homem, colaborando para decisões imparciais aptas a serem supervisionadas e alteradas durante o projeto ou funcionamento.

A Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, quando trata de sistemas de inteligência artificial no Poder Judiciário exige não só o direito à explicação dos passos que conduziram ao resultado, mas também a supervisão do magistrado competente no uso de sistemas computacionais.⁷¹

3.4 O papel da Autoridade Nacional de Proteção de Dados na efetivação do direito à explicação

À Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD foi atribuída competência para auditar os controladores quando da negativa de prestar informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, atuando, assim, como autoridade fiscalizadora da efetividade do direito à explicação, razão pela qual o tópico demonstrará seu papel na atuação de autoridade de garantia.

A Autoridade de supervisão de aplicação de normas de proteção de dados é tendência natural da matéria em todo o mundo, tendo como principal aspecto o fato

⁷¹ Art. 19. Os sistemas computacionais que utilizem modelos de Inteligência Artificial como ferramenta auxiliar para a elaboração de decisão judicial observarão, como critério preponderante para definir a técnica utilizada, a explicação dos passos que conduziram ao resultado. Parágrafo único. Os sistemas computacionais com atuação indicada no *caput* deste artigo deverão permitir a supervisão do magistrado competente.

do cidadão não conseguir acompanhar com a necessária eficácia a atualização das normas e desenvolvimento tecnológico.⁷²

No contexto da proteção de dados as autoridades foram instituídas desde as primeiras legislações sobre a matéria.⁷³ Na Europa, o modelo que possui a autoridade como elemento fundamental para a tutela de dados pessoais foi consolidado com a criação da autoridade francesa na década de 1970, a CNIL – *Commission National Informatique et Libertés*, e posteriormente resultou na obrigatoriedade de sua instituição pela Diretiva 46/95/CE, a primeira regulamentação geral de proteção de dados vinculante na União Europeia.⁷⁴ Posteriormente, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia trouxe a exigência da constituição de uma autoridade como mecanismo de proteção ao direito fundamental à proteção de dados pessoais.⁷⁵

Ao redor do mundo, a autoridade de proteção de dados está presente na maioria dos países que contam com legislação geral sobre o tema. Os Estados Unidos, que não possuem uma lei geral de proteção de dados, a FTC (*Federal Trade Commission*), ainda que não possa ser considerada uma autoridade de proteção de dados, possuem em seu rol de competências a fiscalização de utilização de dados pessoais em relações de consumo e a supervisão da aplicação de normas relacionadas à proteção de dados.⁷⁶

Esses órgãos considerados independentes tiveram o viés inicial de promover uma qualificação técnica na prestação dos serviços e na regulação setorial. Mais recentemente, verificou-se que tais órgãos poderiam ter papel relevante na proteção

⁷² DONEDA, Danilo. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o Conselho Nacional de Proteção de Dados. In DONEDA, Danilo et al., orgs., *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*, São Paulo, Grupo Gen, 2020, pp. 459-470.

⁷³ A primeira normativa de proteção de dados, do *Land* alemão de Hesse em 1970, já tinha previsão de estruturação de um Comissário para proteção de dados, o *Datenschutzbeauftragter*.

⁷⁴ Art. 28. Autoridade de controle

1. Cada Estado-membro estabelecerá que uma ou mais autoridades públicas serão responsáveis pela fiscalização da aplicação no seu território das disposições adoptadas pelos Estados-membros nos termos da presente directiva.

⁷⁵ Art. 8º Proteção de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação.

3. O cumprimento destas regras fica sujeito à fiscalização por parte de uma autoridade independente.

⁷⁶ DONEDA, Danilo. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o Conselho Nacional de Proteção de Dados. In DONEDA, Danilo et al., orgs., *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*, São Paulo, Grupo Gen, 2020, pp. 459-470.

e promoção dos direitos dos cidadãos, proporcionando o surgimento da figura da autoridade de garantia.⁷⁷

A diferença entre “autoridade de regulação” e “autoridade de garantia” é que a primeira está ligada a um determinado serviço público ou setor econômico específico, e destina suas funções a própria atividade da administração pública, enquanto a autoridade de garantia possui a missão de proteger direitos e garantias subjetivas, como um órgão com a proposta de proteger um direito como a proteção de dados pessoais, por exemplo.⁷⁸

No Brasil, a criação de órgãos administrativos independentes foi sendo introduzida para atender a demandas relacionadas à regulação de áreas de mercado nas quais o Estado operava em caráter de monopólio, como a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, ou com objetivo de buscar maior eficiência na regulação de aspectos de mercado, como a defesa da livre concorrência por meio do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ou também para impor normas técnicas em setores especializados, como ocorre com a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados brasileira foi criada por meio da Lei nº 13. 853/2019 e instituída de fato em 26 de agosto de 2020 por meio da promulgação do Decreto Presidencial nº 10.474/2020, que aprovou sua estrutura regimental⁷⁹, exercendo papel de autoridade de garantia na defesa dos direitos dos titulares de dados pessoais.

A ANPD é órgão da administração pública federal responsável por zelar pela proteção de dados pessoais e por regulamentar, implementar e fiscalizar o cumprimento da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil.⁸⁰ É órgão integrante da Presidência da República, dotada de autonomia técnica e decisória, com jurisdição no território nacional e com sede e foro no Distrito Federal, e tem o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade e o livre desenvolvimento da

⁷⁷ Ibid., p. 463.

⁷⁸ DONEDA, Danilo. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o Conselho Nacional de Proteção de Dados. In DONEDA, Danilo et al., orgs., *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*, São Paulo, Grupo Gen, 2020, pp. 459-470.

⁷⁹ BRASIL. Decreto no 10.474, de 26 de agosto de 2020. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e remaneja e transforma cargos em comissão e funções de confiança. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.474-de-26-de-agosto-de-2020-274389226>>. Acesso em: 03 out. 2021.

⁸⁰ BRASIL. ANPD. Perguntas frequentes. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes-2013-anpd#c1>>. Acesso em: 03 out. 2021.

personalidade da pessoa natural, orientada pelo disposto na Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.⁸¹

Além disso, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados tem competência para deliberar, administrativamente e em caráter terminativo, sobre a interpretação da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), as suas competências e os casos omissos.⁸² É elemento substancial para garantia da eficácia da Lei Geral de Proteção de Dados.⁸³

A LGPD atribuiu à ANPD a competência de ser o órgão central de cultura e interpretação da lei, a ela cabendo estabelecer diretrizes e normas para implementação, tornando-a protagonista para conduzir e organizar a atuação de todas as atividades que envolverem tratamento de dados, inclusive no tocante à atuação dos demais Colegitimados para defesa da tutela dos direitos de titulares de dados pessoais.⁸⁴

Ao publicar seu planejamento estratégico, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados delimitou ações para que os objetivos de sua criação possam ser concretizados no biênio 2021-2023, corroborando a ideia de se tornar o eixo central de uma autoridade que visa proteger, antes de tudo, os direitos fundamentais dos cidadãos, tendo como atributo intrínseco sua independência, a fim de afastar sua atuação da influência dos poderes estatais constituídos na administração pública direta.⁸⁵

O primeiro objetivo do planejamento estratégico da ANPD é a promoção e o fortalecimento da cultura de proteção de dados pessoais voltadas à prevenção e à

⁸¹ BRASIL. *Decreto no 10.474, de 26 de agosto de 2020*. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e remaneja e transforma cargos em comissão e funções de confiança. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.474-de-26-de-agosto-de-2020-274389226>>. Acesso em: 03 out. 2021.

⁸² Lei nº 13.709/2018.

Art. 55-J. Compete à ANPD

XX – Deliberar, na esfera administrativa, em caráter terminativo, sobre a interpretação desta lei, as suas competências e os casos omissos.

⁸³ DONEDA, Danilo. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o Conselho Nacional de Proteção de Dados. In DONEDA, Danilo et al., orgs.. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo, Grupo Gen, 2020. pp. 459-470.

⁸⁴ GARCIA, Rafael Silveira. *O papel da autoridade nacional de proteção de dados e os Colegitimados na defesa dos titulares de dados pessoais*. 2021. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Desenvolvimento) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. p. 86.

⁸⁵ DONEDA, Danilo. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o Conselho Nacional de Proteção de Dados. In DONEDA, Danilo et al., orgs.. *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. São Paulo, Grupo Gen, 2020, pp. 459-470

detecção de infrações à Lei Geral de Proteção de Dados, assim como ações dirigidas à capacitação e à orientação dos agentes de tratamento e da sociedade quanto às normas de Proteção de Dados Pessoais. Entre as ações do objetivo, como estratégias preventivas de promoção de eventos e capacitação, por exemplo, encontra-se em destaque o diálogo com entidades governamentais e não governamentais, com intuito de construir parcerias estratégicas para promoção de estudos, atuação em conjunto e incorporação das melhores práticas no tema.⁸⁶

O segundo objetivo é de grande relevância para a presente pesquisa, porque, juntamente com a competência atribuída pelo art. 55-J, inciso XX da LGPD de unificar posicionamento interpretativo, trata de estabelecer um ambiente normativo eficaz para a proteção de dados pessoais por meio de criação e aprovação dos temas regulatórios.

No que concerne ao terceiro e último objetivo do planejamento estratégico, insta destacar que se trata de ação interna que visa aprimorar as condições para o cumprimento das competências da ANPD, com o tratamento de matéria estrutural e física.

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados, atuando como autoridade de garantia⁸⁷ da maior amplitude na proteção de tal direito, de forma que o direito singular, na maioria das vezes, não é capaz de proporcionar a tutela adequada, em que pese o direito fundamental à proteção de dados já conste no rol de garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, como uma garantia de caráter instrumental.

A ANPD, portanto, tem o papel de exercer sua função com certa vinculação à dimensão objetiva dos direitos fundamentais⁸⁸, não associando a proteção de dados pessoais unicamente à privacidade, uma vez que esta se situa no campo da liberdade negativa e não prestacional.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do

⁸⁶ BRASIL. ANPD. *Autoridade Nacional de Proteção de Dados: Planejamento Estratégico 2021- 2023*. Brasília/DF. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/planejamento-estrategico/planejamento-estrategico-2021-2023.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2021.

⁸⁷ O termo autoridade de garantia é utilizado pelo autor Danilo Doneda quando trata da autoridade nacional de proteção de dados, diferenciando-a de um órgão comum independente por ter o papel de exercer a proteção de direitos ou situações subjetivas específicos, para cuja defesa foram constituídos.

⁸⁸ RODRIGUEZ, Daniel Piñero. *O direito fundamental à proteção de dados: vigilância, privacidade e regulação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 159.

poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição.⁸⁹

De vital importância para o tema da presente investigação, que trata do direito à explicação, a ANPD tem autonomia para realizar auditoria de fiscalização para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados quando o controlador não oferece informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada.⁹⁰ Ou seja, no direito do titular de solicitar revisão e também informações claras sobre o tratamento automatizado, a ANPD tem o papel de fiscalização.

Ocorre que o caráter fiscalizatório da norma atribui excesso de discricionariedade ao estabelecer que a ANPD poderá realizar auditoria, não tornando obrigatória a fiscalização, o que será o tema de debate do próximo tópico.

3.5 O excesso de discricionariedade na norma ao atribuir competência fiscalizadora à ANPD

Como narrado no tópico antecedente, no exercício do direito de solicitar revisão da decisão automatizada, o titular de dados deve receber informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a tomada de decisão automatizada, sendo que, em caso de não oferecimento dessas informações pelo controlador, a ANPD poderá realizar auditoria para verificação dos aspectos discriminatórios.

Como é possível identificar, existe excesso de atribuição de discricionariedade administrativa na estrutura da norma jurídica (estática da norma jurídica) ao

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Ver., atual. e ampl. 3. tir. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 149

⁹⁰ Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

§ 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.

§ 2º Em caso de não oferecimento de informações de que trata o § 1º deste artigo baseado na observância de segredo comercial e industrial, a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais.

estabelecer no §2º do art. 20 da Lei nº 13.709/2018 que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados poderá realizar auditoria.

A proposta do presente tópico é analisar se os limites prescritos na estática da norma são legítimos, em face da própria margem de liberdade que a norma atribuiu ao administrador.⁹¹

O fato é que a LGPD prescreve o direito do titular de solicitar revisão da decisão automatizada e solicitar ao controlador informações claras e precisas sobre os critérios e procedimentos utilizados para decisão automatizada, sendo que a discricionariedade atribuída ao órgão fiscalizador de realizar ou não auditoria esvaziaria o próprio direito de revisão.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao reprovar a delegação disfarçada e inconstitucional, assevera que assim ocorre se a lei defere ao regulamento a possibilidade de definir, por si próprio, as condições ou requisitos necessários para o surgimento do direito, obrigação, dever ou restrição. E continua, quando diz que há delegação quando o regulamento inova na ordem jurídica, e “[...] inovar quer dizer introduzir algo cuja preexistência não se pode conclusivamente deduzir da lei regulamentada”.⁹² Neste ponto, nada há de novo no que diz respeito aos limites de atribuição da discricionariedade administrativa na norma jurídico-administrativa do que é aplicável a qualquer outro instituto do direito administrativo.⁹³

O essencial de elucidar, quando se trata da análise de excesso de atribuição de discricionariedade na estática da norma, reside em verificar se a lei programou atuação administrativa de fiscalizar com a intensidade exigida, ou seja, com a intensidade adequada às necessidades de proteção jurídica dos cidadãos.⁹⁴

Para melhor análise dos limites de atribuição de discricionariedade, deve-se observar o âmbito da função ao qual a norma jurídico-administrativa pretende disciplinar. O que se quer aqui demonstrar é que, além dos critérios gerais em que a norma jurídico-administrativa está sujeita como qualquer outra, é necessário estabelecer uma análise específica das normas jurídico-administrativas que atribuem

⁹¹ MAFFINI, Rafael. *Discricionariedade Administrativa: controle de exercício e controle de atribuição*. 2012. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/05/2012_05_2827_2848.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

⁹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 332.

⁹³ PIRES, Luiz Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 3 ed, p. 186.

⁹⁴ BACIGALUPO, Mariano. *La discricionalidad administrativa* (estructura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 227.

a competência discricionária no âmbito da função administrativa: Administração ordenadora, de prestação, sancionadora e de políticas públicas.⁹⁵

A consideração dos âmbitos da função administrativa no controle judicial da discricionariedade na estrutura da norma advém da mudança do modelo de Estado não intervencionista para um Estado que deve atender às demandas sociais e proporcionar a participação e fiscalização popular, ampliando os objetos da função administrativa, pensamento adequado ao que se presta a Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

A Administração Ordenadora caracteriza-se pela intervenção estatal na esfera de liberdade e propriedade dos administrados, como ocorre no instituto da desapropriação, por exemplo. Já no que se refere à Administração de Prestação, cabe destacar que são os atos e atividades da administração que se referem aos serviços públicos prestados pela própria administração e apresentam inquestionável interesse público.⁹⁶ Por óbvio, a administração pública possui responsabilidades e obrigações no controle e fiscalização dos próprios bens, bem como seus deveres orçamentários e tributários, o que caracteriza a denominada Administração de Gestão.⁹⁷

Como citado no parágrafo inicial deste capítulo, que destacou o modelo democrático social, e baseado nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil – art. 3º da Constituição Federal, no qual o Estado tem o dever de promover ações de estímulo ao desenvolvimento –, legitima-se a prescrição de uma série de itens a caracterizar a Administração de Fomento, que deve ser prevista em lei, ser impessoal e respeitar o princípio da igualdade.⁹⁸ Como mais um capítulo dentro da função administrativa, mais um âmbito de atuação da Administração Pública, existe a Administração Sancionadora, que normalmente é retratada por meio de regimes jurídicos que harmonizam os princípios do direito penal com os do direito administrativo. Também nesse mesmo viés da administração sancionadora, identificamos os deveres que as normas prescrevem para os programas que expressam as denominadas políticas públicas.

⁹⁵ PIRES, Luiz Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 3 ed, p. 183.

⁹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004. 2 v. p. 105.

⁹⁷ PIRES, Luiz Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 114.

⁹⁸ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. A irrelevância da vontade do agente na teoria do ato administrativo. Terceiro Setor. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 25, 1999. p. 32.

Por conta da adoção do princípio da vinculação positiva da Administração Pública, fundado no art. 5º, II, e 37, *caput*, da Constituição Federal, que prescreve que o Executivo só está autorizado a fazer, ou deixar de fazer, nos termos da lei, qualquer expressão da função administrativa deve buscar seu fundamento na validade de uma lei. Nenhuma lei pode, portanto, esvaziar-se em seu dever de traçar um núcleo mínimo do princípio da legalidade.

A importância do tema – análise do âmbito da função administrativa – é evidente, pois, quando o âmbito da função administrativa se tratar de alguma medida de intervenção perante a esfera jurídica dos administrados, mais restrita deve ser a atribuição da competência discricionária.

Luis Manuel Fonseca Pires⁹⁹ entende não haver possibilidade de a norma jurídico-administrativa que versa sobre o direito administrativo sancionador comportar qualquer espaço para a discricionariedade administrativa, mas ensejam apenas e tão somente a interpretação jurídica.

Na análise do ponto que interessa ao presente estudo, o excesso de atribuição de discricionariedade na estrutura da norma para o exercício de funções essenciais à proteção de dados pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD acaba por fulminar, pelo menos do direito à explicação, a importância de atuação para a efetiva proteção dos direitos (direito à explicação especificamente) na amplitude necessária.

Com isso, e sem a amplitude necessária da norma capaz de garantir a efetiva fiscalização pela ANPD da efetividade do direito à explicação, o titular de dados acaba por ser atingido em outra garantia constitucional, o devido processo legal, tema que será abordado no próximo tópico para se fazer, ao final, uma releitura do devido processo legal considerando o atual poder de vigilância de dados.

⁹⁹ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa*. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 18.

4 O DEVIDO PROCESSO LEGAL (INFORMACIONAL)

A força normativa constitucional tem o dever de ser reconceitualizada para preservar as garantias individuais e dar força aos direitos fundamentais que caracterizam a base democrática constitucional, que vem sofrendo fortes ameaças em decorrência do atual poder de vigilância de dados.¹⁰⁰

A dimensão subjetiva do direito fundamental à proteção de dados¹⁰¹, que requer justificativa constitucional para qualquer intervenção que afaste a regra do direito à autodeterminação informativa, identifica a preservação do devido processo informacional, que garante ao indivíduo o direito de não ter seus dados expostos ou utilizados para tomadas de decisões com base em análises preditivas.

Com finalidade de repensar a concepção do devido processo legal, o capítulo perpassa pelo conceito histórico e suas características, o conceito da autodeterminação informativa e, ao final, conjugando tais conceitos, a formação conceitual do devido processo informacional.

4.1 Origem e evolução do devido processo legal

A semente da qual brotou o devido processo legal vem de uma disposição do capítulo 39 da *Magna Charta Libertatum*¹⁰², que reconheceu uma série de direitos

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387/DF. Relatora: Min. Rosa Weber. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 12 nov. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

¹⁰¹ O Ministro Gilmar Mendes explica em seu voto, na ADI 6.389, que no aspecto da dimensão subjetiva a autodeterminação do titular sobre os dados deve ser sempre a regra, somente afastável de maneira excepcional. Afirma que a justificativa constitucional da intervenção deve ser traduzida na identificação da finalidade e no estabelecimento de limites ao tratamento de dados em padrão suficientemente específico, preciso e claro para cada área.

¹⁰² O termo é a forma reduzida do título, em latim, da *Magna Charta Libertatum, seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae* (Grande Carta das liberdades, ou concórdia entre o rei João e os barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês).

feudais em resposta às demandas dos Barões¹⁰³, além de reparações devidas em virtude do governo despótico do João Sem Terra.¹⁰⁴

Inobstante afirmações de que o pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões tenha servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, e que também tenha distanciado tais direitos do povo, é considerado o documento de partida do processo de positivação dos direitos fundamentais.¹⁰⁵ Advirta-se, todavia, que a técnica jurídica utilizada na Carta Magna e nos demais documentos da época se aproxima mais do direito privado do que do direito público, pois trata sempre de direitos reconhecidos através de acordos particulares e termos contratuais.¹⁰⁶

Também não se pode afirmar a existência de um direito fundamental na época da outorga do pacto (*Magna Charta Libertatum*), tendo em vista que ocorreu em um contexto social marcado pela desigualdade, alijando grande parcela da população de seu gozo¹⁰⁷. O pacto seria caracterizado pela concessão de benefícios e privilégios outorgados aos nobres e para delimitar obrigações concretas dos reis que o subscreviam.¹⁰⁸

Todavia, o pacto firmado marcou a história constitucional da Inglaterra e a positivação dos direitos humanos. No capítulo 39, o documento assegurou aos Barões a garantia de julgamento pelos seus pares ou pela lei da terra, constituindo antecedente histórico da expressão consagrada pelo direito norte-americano: *due process of law*.¹⁰⁹

¹⁰³ Alguns autores, como Arturo Hoyos e Antonio Enrique Perez Luño, sustentam que a Magna Carta se trata de instrumento que tinha como titulares apenas pessoas pertencentes a determinado grupo ou classes da sociedade, já que congregavam direitos reconhecidos apenas a determinadas pessoas. Na colocação de M. Petit-Dutaillis, a nobreza inglesa daqueles dias não tinha ideia de uma lei para todos, o que impediria, naquela quadra medieval, que o povo, de modo geral, tivesse sido beneficiado pelas liberdades asseguradas no documento, principalmente pelo fato de o documento não visar proteger os direitos individuais do cidadão. Orlando Bitar diz ser inegável o alcance popular das disposições da Magna Carta, pois havia obrigação dos Barões a conferirem a seus homens os costumes e as liberdades que lhes haviam sido outorgados.

¹⁰⁴ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 27.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 41.

¹⁰⁶ LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1999. p. 113.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 41.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 41.

¹⁰⁹ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 31.

O capítulo 39 dispõe que: “*Ne corpus liberti hominis capiatur nec imprisonetur nec disseisiatur nec autlagetur nec exuleter, nec aliquo modo destruat, nec rex eat vel mittat supere um vi, nisi per iudicium parium suorum, vel per legem terrae*”, ou seja, nenhum homem livre será detido ou preso ou tirado de sua terra ou posto fora da lei ou exilado ou, de qualquer outro modo, destruído (arruinado), nem lhe imporemos nossa autoridade pela força ou enviaremos contra ele nossos agentes, senão pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra”.¹¹⁰

F. W. Maitland assinala que existem quatro versões da *Magna Charta Libertatum* – 1215, 1216, 1217 e 1225 –, as quais apresentam diferenças importantes, pois algumas cláusulas contidas na primeira versão foram omitidas em 1216 e nunca mais foram inseridas. Segundo o autor, na versão de 1217, a Carta tomou sua forma final, mas é a variante de 1225 que atravessou os séculos.¹¹¹

Essas alterações fizeram com que o capítulo 39 da Carta de 1215 fosse renumerado para 29 na edição de 1225. Em 1225, o Rei Henrique III reconfirmou a Carta com a redução de 63 para 37 capítulos, e a cláusula do *due process of law* passou do Capítulo 39 para o Capítulo 29.

Somente no ano de 1354, com a confirmação da Carta pelo Rei Eduardo III, é que o documento aparece pela primeira vez no idioma inglês. No mesmo ano e em razão da lei conhecida como *Statute of Westminster of the Liberties of London* é que o Capítulo 29 da Magna Carta de 1215 modificou o enunciado em latim *per legem terrae* para a expressão inglesa *due process of law*.¹¹²

Desse modo, perpetuou-se que:

Nenhum homem de qualquer camada social ou condição pode ser retirado de sua terra ou propriedade, nem conduzido, nem preso, nem deserdado, nem condenado à morte, sem que isto resulte de um devido processo legal.¹¹³

Com o passar dos anos, a cláusula foi incorporando novos significados, sem, contudo, abandonar o sentido processual. Passou-se a exigir, por força da garantia do *due process of law*, que os processos deveriam atender os requisitos da citação

¹¹⁰ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 30.

¹¹¹ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 30.

¹¹² LIMA, Maria Rosynete Oliveira. op.cit. p. 35.

¹¹³ No original: “*That no man f what estate or condition that he be, shall be put out of Land or tenement, nor taken, nor imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought by due process of law*”.

prévia, da oportunidade de defesa do acusado e a exigência de justa causa para prisão. Iniciou-se, portanto, uma substituição da força real pela força da lei, limitando o poder de ação do rei.

A justificativa de evolução da cláusula é a própria reação do Rei que, ao se tornar alvo do Parlamento suspendia discricionariamente os processos já iniciados, criava normas penais e elevava tributos sem aquiescência do Parlamento.¹¹⁴

A garantia do devido processo legal foi testada em evento ocorrido no século XVII, durante o reinado do Rei Carlos I, que tratou da prisão sumária pelo soberano de cinco nobres em razão de suas recusas de pagamento de empréstimo compulsório por ele decretado para custear guerras, o que resultou em significativa aplicação da cláusula do devido processo legal. Essa situação gerou debates que resultaram na *Petition of Rights* de 1628, que dispunha “que o homem livre somente pode ser preso ou detido na lei da terra, ou pelo devido processo legal, e não pela ordem especial do Rei sem qualquer acusação. O documento assentou a ideia de que no Capítulo 39 da Magna Carta se inseria como garantia de não haver prisão sem a evidência de uma justa causa.¹¹⁵

A partir daí, a *law of the land*¹¹⁶ passa a oferecer uma série de garantias aos indivíduos sequer imagináveis, sendo que a cláusula do devido processo legal foi reafirmada em uma série de documentos, como a *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act* de 1679, no *Bill of Rights* de 1689 e no *Act of Settlement* de 1701.¹¹⁷

Iniciada a colonização inglesa, no século XVII, a cláusula do devido processo passou a transcender o território inglês. Antes mesmo de assentada a cláusula na Quinta e Décima Quarta Emendas da Constituição dos Estados Unidos, diversas constituições estaduais já utilizavam a cláusula em seus textos.¹¹⁸

Saliente-se que a frase *due process of the law* não foi empregada em nenhuma das onze constituições estaduais que antecederam a Constituição Federal dos Estados Unidos. O termo apareceu pela primeira vez em um instrumento legal

¹¹⁴ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 36.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 37.

¹¹⁶ O termo era utilizado como sinônimo de *due process of law* nos E. U. A..

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 37.

¹¹⁸ Os documentos legais existentes na Inglaterra não expuseram com clareza o que significava *by the law of the land*, ou *due process of law*. Porém, bastou para os colonos americanos que a autoridade de *Sir Edward Coke* utilizasse os termos como sinônimos para que fossem adotados e igualmente utilizados no continente americano. *Sir Edward Coke* era um notório jurista que atuou como Advogado-geral, Presidente da Câmara dos Comuns, Procurador-geral, e autor da *Petition of Rights*.

americano na Quinta Emenda à Constituição, em 1791, sendo após reafirmada na Décima Quarta Emenda, coincidindo tais aparições com a aquisição de status de direito fundamental¹¹⁹. Por força de tal cláusula, o Estado estava proibido de limitar direitos individuais ou de propriedade, salvo se por meio do devido processo legal. O seu poder de limitação à atuação estatal cresceu ainda mais quando consagrada pelo Presidente da Suprema Corte Americana, Jonh Marshall, em célebre decisão no caso *Marbury v. Madison*, no ano de 1803, o princípio da supremacia da Constituição. Nesse princípio é que se assenta a teoria do controle de constitucionalidade, servindo como fundamento e legitimação da jurisdição constitucional.¹²⁰

Contudo, a Quinta Emenda à Constituição Federal dos Estados Unidos garantiu o *due process of law* de um modo bastante limitado e vinculado à *common law* de cada país, sendo que o seu viés foi a necessidade de restringir alguns dos poderes outorgados pela novel Constituição ao governo central.¹²¹ Em razão disso, e considerando que a cláusula da Quinta Emenda significava que a privação da vida, liberdade ou propriedade somente se daria mediante adequado processo legislativo, o Poder Judiciário contava com instrumentos limitados para o controle dos atos estatais sobre os indivíduos.¹²²

Somente com a Décima Quarta Emenda, proclamada em 28 de julho de 1868, é que a cláusula *due process of law* reapareceu no cenário americano com aplicação nos estados da já criada federação, atingindo o status pretendido de ferramenta hábil para atuação das garantias do *Bill of Rights* frente aos poderes estatais, passando por uma grande evolução, sendo contemplado com as maiores contribuições pelo direito norte-americano.

Assim como ocorreu na Inglaterra, a cláusula do devido processo legal nos Estados Unidos foi marcada, inicialmente, pela sua manifestação limitadora procedimental, voltada para a regularidade do processo penal. Tinha o intuito de

¹¹⁹ Antes da aparição oficial, o termo apareceu na Declaração de Direitos do estado de New York, adotada em 1777, e em uma das emendas propostas por aquele estado para a Constituição Federal, rascunhada pela Convenção de 1787.

¹²⁰ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. pp. 23-32.

¹²¹ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 71.

¹²² LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 71.

garantir a todo indivíduo apenas um processo ao ser privada da vida, propriedade ou liberdade.¹²³

No primeiro processo judicial envolvendo a aplicação do devido processo legal, caso *Murray's v. Hoboken Land Improvement*, em 1856, a Suprema Corte Americana definiu que a cláusula operava como uma limitação de poderes, principalmente ao legislativo, marcando o início de uma longa trajetória de êxito da garantia do devido processo legal, especialmente na proteção dos direitos individuais, deixado muitas vezes de lado em prol dos interesses do Estado.

4.1.2 As maiores contribuições para o devido processo legal e o reconhecimento da dupla dimensão

Embora existam contribuições para o devido processo legal em outros países, como a Alemanha, por exemplo, que descreve no seu texto Constitucional os subprincípios ao longo da Lei Fundamental de *Bonn* de 1949, os Estados Unidos é o maior responsável pela expansão e longevidade da cláusula do *due process of law*. Antes mesmo da consagração constitucional americana já existiam documentos legais exigindo a aplicação da cláusula.¹²⁴

Na Alemanha, o texto constitucional limitou-se a destacar os subprincípios da cláusula do devido processo legal, não trazendo nenhuma disposição no texto constitucional. De fundamental importância destacar que o período vinha marcado por influências do nazismo, onde o ordenamento jurídico tratou de garantir os direitos fundamentais frente às ingerências abusivas do Estado, dentre as quais destacou-se o devido processo legal em sua feição procedimental por meio do *fairen Verfahren*, que nada mais era do que o direito a um procedimento honesto e justo, fundamentado no princípio do Estado de Direito.¹²⁵

O fato é que, na Alemanha, o instrumento que reconhece o devido processo legal se trata de uma espécie de autolimitação do poder do Estado e que integra uma série de princípios, dentre eles o do Estado de Direito, da dignidade da pessoa

¹²³ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 72.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 69.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 48.

humana, direito a um juiz natural e impedimento de julgamento por Tribunal de exceção, direito à audiência ou ao contraditório para garantia de um processo justo.

De certa forma, há um reconhecimento pelo Tribunal Constitucional, por via reflexa, de uma dimensão substantiva ao considerar que o cidadão deve ser tratado como uma pessoa que possa ter influência de fato no processo, e não ser tratado apenas como um objeto de decisão preestabelecida, tudo em virtude da especial proteção à dignidade da pessoa humana.

Nos Estados Unidos, passou-se a extrair da cláusula do devido processo uma série de outras garantias implícitas, como o direito à audiência, proibição de utilização de provas ilícitas, direito à defesa e tantos outros. Um dos motivos da extração da cláusula dessas garantias implícitas é o fato de que no país, em muitos casos, não há um procedimento concreto e positivado, uma vez que a fonte primária do direito americano é o precedente judicial, que adota o sistema da *Common Law*, que transfere o poder do Legislativo, como ocorre no Brasil, para o Judiciário.

Portanto, as garantias processuais nos Estados Unidos decorrem da cláusula do devido processo legal, e não por meio de positivação do direito no ordenamento. É do devido processo legal que se extrai o procedimento a ser aplicado a cada caso.

A Supremacia do Direito no sistema da *Common Law* toma o nome de *rule of law* e tem como poder mais importante o Poder Judiciário, que tem como fonte primária o precedente e utiliza a cláusula do devido processo legal basicamente como se utiliza o princípio da legalidade no Brasil. De forma distinta, no direito romano-germânico a Supremacia do Direito é o Estado de Direito e o poder mais importante é o Legislativo.¹²⁶

A partir da segunda metade do século XIX, as mudanças nas estruturas socioeconômicas dos Estados Unidos provocaram modificação da interpretação de cláusula do devido processo legal. No julgamento em que a Suprema Corte julgou inconstitucional o *Missouri Compromise Act* de 1820¹²⁷, por violar o direito dos senhores dos escravos sem o devido processo legal, ocorreu uma espécie de

¹²⁶ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do Direito no Estado Democrático de Direito e seus modelos básicos*. Porto Alegre: Tese, 2002. p. 182.

¹²⁷ A decisão sobreveio de um processo envolvendo *Dred Scott v. Sandford* (1857). Esta decisão foi considerada uma intromissão arbitrária do Tribunal nos poderes do Congresso, além de exarcerbar o problema da escravidão no país e favorecer o desprestígio do Tribunal, que passou um largo período sem adotar a cláusula como uma garantia de ordem material.

prelúdio da nova dimensão, que se estendia além das formalidades legais inicialmente garantidas no *due process of law*.¹²⁸

Em um sentido meramente procedimental, os Tribunais passaram a firmar o entendimento de que certos direitos não poderiam ser lesados pela legislação ordinária, sob pena de não serem aplicados aos casos em litígio, nascendo, assim, o *substantive due process of law*, acrescentando aos requisitos de ordem meramente processual-procedimental os princípios da razoabilidade, possibilitando ao judiciário anular leis que violassem os direitos individuais já reconhecidos.¹²⁹

O marco da dimensão substantiva do devido processo legal, portanto, foi o julgamento dos *slaughter-House Cases*, em 1873, em um litígio sobre a lei do estado da Louisiana que vedava o estabelecimento de currais de semoventes na cidade de *New Orleans*, porém autorizava a companhia *Crescent City* a operar abatedouro em área específica daquela cidade, criando uma espécie de monopólio. Na ocasião, os adversários da medida legislativa promoveram ação judicial com pedido de nulidade, mas o judiciário do estado rejeitou o pedido, o que foi objeto de apelo e apreciação pela Suprema Corte¹³⁰. Em que pese o resultado pelo não reconhecimento da dimensão substantiva, os votos divergentes, de autoria dos *Justices Chase, Field, Bradley e Swayne*, chamaram a atenção por acreditarem na existência de uma dimensão substantiva do devido processo legal para a proteção dos direitos naturais e inalienáveis de todos os cidadãos.¹³¹

Após um longo período em que a Suprema Corte continuou a ser pressionada pelas ações de inconstitucionalidade defendendo a interpretação da condição substantiva do devido processo legal, mantendo o entendimento da não interferência, foi que em 1887, no julgamento do processo judicial entre *Mugler v. Kansas* que a corte julgou-se apta a sindicatizar a matéria legislativa primária. Na referida decisão, a Corte reconheceu a existência de um limite ao Poder Legislativo, declarando a legitimidade da Suprema Corte para verificar a substância das leis.

Desde então, o *substantive due process clause* passou a ser utilizado como fundamento das decisões da Suprema Corte como um instrumento de controle de

¹²⁸ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 74.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 76.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 110.

¹³¹ *Ibid.*, p. 110.

constitucionalidade das leis que impunham irrazoáveis limitações sobre os direitos de liberdade e propriedade.

A dimensão substantiva do devido processo legal passou por três fases distintas: (i) sua ascensão e consolidação, do final do século XIX até a década de 20; (ii) seu desprestígio e quase abandono no final da década de 30; (iii) seu renascimento triunfal no final da década de 50.¹³²

A partir do reconhecimento da dimensão substantiva do devido processo legal, a Suprema Corte passou a adotar um posicionamento liberal fundada na ideia de mínima intervenção do Poder Público nos negócios privados.¹³³ Com a chegada da década de 30, a Suprema Corte passou a aumentar o rol de direitos protegidos pela dimensão substantiva do devido processo legal. Este período ficou conhecido como *Lochner* em razão da decisão proferida no caso *Lochner v. New York*, onde, em nome da liberdade de contrato, considerou-se inconstitucional uma lei de New York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros.

Com a eleição de Franklin Roosevelt como presidente, no final da década de 30, deu-se início à edição de ampla legislação social e de intervenção no domínio econômico, sendo superada a era *Lochner*. Tendo em vista a ligação da Suprema Corte com a ideia do liberalismo econômico, do que resultou, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade da Lei Nacional de Recuperação Industrial, de 1933, tida como essencial para a continuidade da ação governamental e que continha normas sobre concorrência desleal, salários, preços e outros assuntos de alta relevância, estabeleceu-se uma forte tensão entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo. Com sua reeleição, o Presidente Franklin enviou mensagem legislativa ao Congresso modificando a composição da Suprema Corte com o desiderato de obter maioria no colegiado, conhecida como a *court packing plan*¹³⁴, a qual não foi aprovada. Todavia, devido à grande pressão exercida pelo Poder Executivo, a Suprema Corte acabou alterando a orientação anteriormente adotada e passou a abdicar o exame de

¹³² BARROSO, Luis Roberto. *Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4865485/mod_resource/content/3/Os%20princ%C3%ADpios%20da%20razoabilidade%20e%20da%20proporcionalidade%20no%20direito%20constitucional.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

¹³³ *Ibid.*.

¹³⁴ A lei proposta consistia no seguinte: para cada juiz da Suprema Corte com idade superior a 70 anos e que estivesse exercendo a judicatura há mais de 10 anos, poderia o Presidente nomear um novo, desde que o número total de ministros não excedesse 15.

mérito das normas de conteúdo econômico. Foi o declínio do devido processo legal substantivo.¹³⁵

A última fase da *substantive due process clause* foi marcada pela distinção entre liberdades econômicas e não econômicas. No primeiro caso, a atitude dos Tribunais deveria ser de deferência aos outros Poderes, mas, no tocante às liberdades pessoais, principalmente no que diz respeito à proteção das minorias, o intervencionismo do Poder Judiciário continuava a ser indispensável.¹³⁶ O marco de destaque nessa fase foi o julgamento do caso *United States v. Carolene Products*.¹³⁷

Nessa última fase, foi reconhecida a autonomia do congresso para decidir sobre a política econômica, sem a possibilidade de revisão judicial. Por outro lado, foi reforçada a ideia da necessidade de intervenção judicial para a proteção das liberdades pessoais, o que demonstra uma separação entre direito e política.

Os direitos de liberdades pessoais foram a tônica do constitucionalismo americano das últimas décadas, e são considerados assuntos não econômicos que incluem liberdade de expressão, direitos de participação política, liberdade de religião, direito à privacidade. No âmbito da aplicação do *substantive due process clause*, alguns casos marcaram época, como o caso *Griswold v. Connecticut* em que a Suprema Corte considerou inconstitucionais leis estaduais em consagração ao direito de privacidade, que não estava expressa na Constituição.¹³⁸

4.1.3 O devido processo legal no Brasil

Durante muito tempo, a aplicação da cláusula do devido processo legal no Brasil se deu de forma meramente procedimental-processual, sem a garantia do perfil substantivo, o que é natural se observado a origem histórica e evolução do instituto no mundo.

¹³⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4865485/mod_resource/content/3/Os%20princ%C3%ADpios%20da%20razoabilidade%20e%20da%20proporcionalidade%20no%20direito%20constitucional.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

¹³⁶ Ibid..

¹³⁷ Ibid..

¹³⁸ Ibid..

Da mesma forma, durante longo tempo, essa garantia procedimental era atribuída somente ao contexto processual penal, sendo aplicada mais tarde ao contexto cível, mas ainda sob o enfoque procedimental-processual.¹³⁹

Historicamente, pode-se dizer que a única carta brasileira que não consagrou a aplicação de outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição foi a carta de 1824. Nas demais cartas, a enumeração dos direitos e garantias era exemplificativa, autorizando sua aplicação em todos os contextos jurídicos-políticos.¹⁴⁰ Por isso, parte da doutrina entende que o devido processo legal era aplicável, mesmo que não tivesse expressamente descrito no texto constitucional.

Inobstante a Carta Imperial de 1824 não tenha trazido a possibilidade extensiva de aplicação de outros direitos e garantias, a Constituição americana já recebera, na época, a sua Quinta Emenda consagrando o *due process of law*. Com isso, é possível extrair da Constituição Imperial de 1824, com base no próprio antecedente histórico que deu origem ao instituto, que o devido processo legal estaria implícito¹⁴¹, ou pelo menos prenunciado no art. 179 da Carta Política.¹⁴² Como ocorreu na própria Quinta Emenda de 1791, o viés era o de restringir alguns dos poderes estatais, sendo que, na Carta Imperial brasileira, extraem-se do seu texto dispositivos de conteúdos limitativos à ação estatal no campo dos direitos humanos.

A partir da Constituição Imperial de 1824, todas as constituições brasileiras da era republicana trouxeram como garantia a existência de outros direitos não enumerados expressamente, o que permite concluir que o *due process of law* poderia ser considerado como uma garantia constitucional implícita na Carta brasileira.

¹³⁹ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 158.

¹⁴⁰ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 166.

¹⁴¹ Alguns autores, em especial Maria Rosynete Oliveira Lima, entendem que a Carta Imperial de 1824 não sofreu nenhuma influência direta da Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos.

¹⁴² “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as”.

Reforçando essa ideia, merece destaque a Constituição de 1969¹⁴³, que trouxe em seu texto a garantia da ampla defesa aos acusados, acrescida da instrução criminal contraditória.

O grande problema da aplicação da garantia do devido processo legal de forma implícita, antes da positivação na Constituição de 1988, é que o sistema brasileiro é o da legalidade estrita, diversamente do adotado no sistema americano, onde prevalece a regra do precedente. Diante disso, poderia de alguma forma ser afastada a possibilidade de aplicação da cláusula por não estar expressa na lei.

Apenas com o advento de Constituição de 1988 é que a cláusula do devido processo legal foi contemplada expressamente, indo além da consagração do instituto para conferir à cláusula status de direito fundamental visando atribuir certa segurança para evitar antigas discussões das cartas antecedentes, dando, assim, o constituinte uma resposta às incertezas das cartas anteriores acerca do poder do estado na sua relação com os indivíduos, extirpando qualquer discussão sobre sua presencialidade normativa.

Embora positivado na Constituição de 1988, é comum depararmos com correntes doutrinárias equivocadas em relação ao tema, que muitas vezes afirmam que o instituto se trata de uma simples garantia processual sem considerar o aspecto substantivo capaz de barrar restrições na atuação arbitrária do Estado. Somente após isso, a doutrina e a jurisprudência passaram a reconhecer a dimensão substantiva da cláusula.

Em uma perspectiva de limites de poder apta a caracterizar o Estado de Direito, o devido processo legal atua como veículo de garantia dos direitos fundamentais e como elemento impulsionador da democracia.¹⁴⁴

O devido processo legal se encaixa na categoria de direitos fundamentais de primeira dimensão, que são os direitos civis de liberdade, enquadrando-se como um direito fundamental de defesa em sentido estrito, tanto de participação quanto de prestação. Em sua dimensão formal, determina uma conduta certa no texto constitucional quando revela que em todos os casos haverá um processo justo na

¹⁴³ Grande parte da doutrina entende que a emenda nº 1, de 1969, foi na verdade uma nova constituição por vir carregada de alterações substanciais em que a emenda foi apenas um mecanismo de outorga da nova constituição, principalmente pelo fato de que alguns governantes que a subscreveram não teriam legitimidade para tanto, caracterizando Poder Constituinte Originário.

¹⁴⁴ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 187.

privação de propriedade e liberdade. Na dimensão substantiva, determina um dever de proporcionalidade na restrição dos direitos.

A Constituição brasileira estabelece em seu art. 5º, §1º, a cláusula de autoaplicabilidade das normas com status de direito fundamental. Assim, sob o enfoque de um direito negativo, o devido processo legal deve ser interpretado literalmente. No caso de prestação (positivo-ativo), a norma deve ser vista como um princípio a ser atendido em sua maior amplitude possível.

Inobstante as diferenças existentes entre o ordenamento jurídico brasileiro e o americano, no Brasil foi reconhecida a dupla dimensão do devido processo legal, tanto no aspecto formal (procedimental) quanto no aspecto substantivo.

No enfoque procedimental, é considerado decorrência do princípio da legalidade. Sua função é exigir o cumprimento das garantias mínimas processuais de um procedimento previsto na norma, devendo o aplicador trilhar certo caminho específico na condução de um procedimento. Essa dimensão tomou forma, inicialmente, no processo penal, onde as autoridades deveriam observar o procedimento antes da imposição de uma medida restritiva de liberdade.¹⁴⁵ No direito administrativo brasileiro, essa dimensão ainda atua de forma limitada exigindo o respeito, na prática, apenas ao contraditório e ampla defesa. Outras garantias, como o direito à produção de provas no processo administrativo, possibilidade de apresentação de alegações finais, motivação adequada na aplicação de penalidade, não são reconhecidas, fato que limita a aplicação do devido processo legal.

No processo civil, dentro da dimensão do *procedural due process*, todas as mudanças visam à busca do atendimento aos subprincípios da efetividade, tempestividade e adequação, que são as diretrizes do direito processual. Sua função de exigir o cumprimento do procedimento previsto acaba perdendo efeito diante da existência no direito brasileiro do princípio da legalidade.

Na dimensão substantiva, o devido processo legal abarca as hipóteses em que falta racionalidade à lei. A cláusula do devido processo legal nessa dimensão do *substantive due process* visa impor limites à restrição de direitos que submergem o procedimento estabelecido em lei. Melhor dizendo, não basta que o Estado observe a

¹⁴⁵ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 192.

sequência correta de etapas do procedimento e, ao fim, acabe por restringir certos direitos fundamentais do indivíduo.

O devido processo legal substantivo trilhou no Brasil o mesmo caminho do direito americano, pois, embora atuem em sistemas jurídicos distintos, há certa transferência de poder do Legislativo para o Judiciário, vez que a este cabe verificar a razoabilidade da lei e seu enquadramento nas preceituações constitucionais. Nessa dimensão do devido processo legal, a incidência do direito material e seu objeto não é apenas o controle do procedimento, mas o controle dos atos de Estado com vistas à adequação à Constituição, com aplicação dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade.

O devido processo legal em sentido material, na verdade, é o princípio por meio do qual se controla o arbítrio do Legislativo e a discricionariedade dos atos do Poder Público, ou seja, "é por seu intermédio que se procede ao exame da razoabilidade (*reasonableness*) e da racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral".¹⁴⁶

Em uma interpretação um pouco mais extensiva do devido processo legal com atribuição de um sentido mais amplo, alguns autores acomodam "tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade".¹⁴⁷ Com mais cautela, outros autores consideram que tudo que pode ser imaginado pela mente humana pode vir a ser considerado como um interesse relacionado com a liberdade ou bens, e consideram que o devido processo legal contido no ordenamento brasileiro tem o objetivo de proteger os interesses relacionados à liberdade e aos demais bens que são indispensáveis à preservação da dignidade da pessoa humana, que é o fundamento do Estado de Direito.¹⁴⁸

A dignidade da pessoa humana, por sua vez, é um princípio explícito na Constituição Federal de 1988. O princípio toma como foco o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que dispõe que: "todos os seres humanos

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 4ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 214.

¹⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996. p. 31.

¹⁴⁸ Essa linha de pensamento é adotada por autores como Maria Rosynete Oliveira Lima e Jorge Miranda.

nascerem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.¹⁴⁹

Dentre os postulados básicos sobre a dignidade da pessoa humanada, e para o que interessa ao presente estudo, merece destaque o referido princípio considerado como a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.¹⁵⁰

4.1.4 O devido processo legal nas relações privadas

Como debatido nos tópicos antecedentes, o devido processo legal em sua origem histórica teve a intenção de afastar o poder excessivo do estado perante a esfera de liberdade, ou limitação dela, frente aos indivíduos. No direito norte-americano, o interesse principal foi o de restringir os poderes excessivos outorgados por sua Constituição ao governo central.

No direito brasileiro, embora de forma acanhada, o devido processo legal seguiu o mesmo caminho do direito norte-americano, com certas particularidades por questões lógicas da distinção entre o sistema jurídico americano (*Common law*) e o sistema jurídico brasileiro (*Civil law*).

No presente tópico, a discussão sobre a aplicação do devido processo legal ganha outro escopo, o de delimitar sua aplicação – como um direito fundamental positivado na Constituição Federal de 1988 – nas relações privadas. A investigação da sua aplicação nas relações privadas prescinde do estudo que será feito, em tópico adequado, com a finalidade de compor um conceito de devido processo informacional, ou melhor, analisar o peso que o direito à explicação adquire quando analisado à luz do devido processo legal (informacional), que não se limitará às decisões nas relações jurídicas públicas. Ao contrário, o maior risco decorrente dessas decisões circunda a esfera privada, que possui, em grande parte das vezes, relações comerciais ou interesses financeiros nas decisões envolvendo dados pessoais.

¹⁴⁹ Assembleia Geral da ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 217 (III) A (Paris, 1948), Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

¹⁵⁰ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 214.

Sobre a aplicação do devido processo legal como um direito fundamental nas relações privadas, cabe destacar que a constitucionalização do direito de uma maneira geral passou por um período de afirmação, desde o entendimento de sua atuação como apenas uma proclamação de princípios políticos que dependeriam sempre do legislador para efeitos concretos, até a modificação dessa concepção ao longo do século XX em razão da adoção generalizada de instrumentos de controle de constitucionalidade em todo mundo, momento em que passou do Estado de Direito para o Estado Constitucional.¹⁵¹

O Direito Constitucional contemporâneo tem como característica elementar a importância central atribuída aos princípios e sua elevação ao centro do Direito, reconhecendo-se sua força normativa, de forma que ocorreu uma ampliação na concretização da Constituição, impondo a necessidade de uma posição mais ativa em defesa dos direitos humanos e dos valores democráticos.¹⁵² A Constituição converteu-se, principalmente, com a fase do neoconstitucionalismo, em um centro de gravidade do Direito Privado.

Com a representatividade da primazia axiológica dos princípios da Constituição brasileira de 1988, que geograficamente foi estruturada à frente das demais normas, é possível verificar que o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como fundamento da República, irradia seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico brasileiro e não baliza apenas os atos públicos estatais, mas também as relações privadas.¹⁵³ A dignidade da pessoa humana desempenha um papel essencial na revelação de novos direitos que poderão ser exigidos quando se verificar que determinada prestação revela-se vital para a garantia da vida humana com dignidade, mesmo sem sua inscrição no catálogo constitucional.¹⁵⁴

Porém, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas limitada à dignidade da pessoa humana não é apontada como o melhor caminho, uma vez que a concepção de noção de dignidade humana é fluída e permite interpretações mais ou menos restritivas.¹⁵⁵

¹⁵¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 50.

¹⁵² *Ibid.*, p. 57.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 86.

¹⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Ver., atual. e ampl. 3. tir. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 103.

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; HARTMANN, Ivar Alberto Martins. *Direitos fundamentais e direitos privados: a proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais*. Disponível em:

Quanto à eficácia da aplicação dos direitos fundamentais, independentemente da seara pública ou privada, a Constituição Federal de 1988 dispôs, no art. 5º, §1º, que as normas que definem direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata, o que é considerado pela doutrina majoritária como inequívoca eficácia direta das normas de direitos fundamentais, de maneira que os órgãos estatais estão obrigados a assegurar a maior efetividade possível aos direitos fundamentais. No Brasil, a doutrina dominante tem aceito a eficácia da modalidade direta nas relações privadas, em que pese não exista posituação dessa constatação, como ocorre em Portugal, por exemplo, em que a constituição, além de afirmar a eficácia direta das normas de direitos fundamentais nas relações privadas, inclui as entidades privadas no rol de destinatários de direitos, liberdades e garantias.¹⁵⁶

Contudo, merecem considerações as demais teorias que se apresentam de forma distinta da doutrina majoritária brasileira, a qual considera a eficácia direta e imediata como a que nega por completo a eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, conhecida como *state action*, a teoria da eficácia mediata e indireta com base na Lei Fundamental da Alemanha, que justifica que a não referência aos particulares no texto do dispositivo constitucional seria uma excludente da possibilidade de vinculação direta.

A teoria da ineficácia do direito fundamental nas relações privadas tem como maior destaque nas discussões a *state action*, que é um axioma do Direito Constitucional estadunidense que considera os direitos fundamentais como imposição limitada apenas aos Poderes Públicos, e não atribuem direito aos particulares frente aos outros particulares, com exceção da 13ª emenda que proibiu a escravidão. Essa teoria se apoia na literalidade do texto constitucional, que faz referência apenas aos Poderes Públicos e traz como principal preocupação a intervenção na autonomia privada.¹⁵⁷

Na Alemanha, esboçou-se uma discussão da doutrina contrária ao surgimento da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, baseando-se na visão do

<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3755>>. Acesso em: 25 dez. 2021.

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; HARTMANN, Ivar Alberto Martins. *Direitos fundamentais e direitos privados: a proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais*. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3755>>. Acesso em: 25 dez. 2021.

¹⁵⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 188.

liberalismo clássico para tentar justificar que a proteção aos direitos fundamentais era considerada direito de defesa frente ao Estado, sustentando também que a eficácia na esfera privada feria a autonomia individual e destruiria a identidade do Direito Privado. A teoria alemã, que pregava ineficácia aos direitos fundamentais nas relações privadas, foi fortemente enfraquecida e praticamente desapareceu depois de reiteradas decisões do Tribunal Constitucional Federal em sentido contrário.¹⁵⁸

Outro argumento no sentido da ineficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, levantada na doutrina da *state action* e jurisprudência do direito norte-americano, é o pacto federativo, em que compete aos Estados legislar sobre direito privado.¹⁵⁹

A Suprema Corte americana flexibilizou de certa forma essa teoria e passou a adotar um novo posicionamento em alguns casos específicos quando os particulares agirem no exercício das atividades de natureza tipicamente estatal, o que é denominado como *public function theory*, onde os mesmos estariam também sujeitos às limitações constitucionais que dizem respeito aos direitos fundamentais.¹⁶⁰

A teoria da eficácia indireta e mediata defende que os direitos fundamentais não podem ser aplicados diretamente nas relações privadas, justificada sob diversas argumentações, sendo uma delas também em comum com a teoria da ineficácia horizontal, qual seja, o extermínio do direito privado. Essa teoria ganhou relevância após julgado do Tribunal Constitucional alemão, em 1950, que considerou que um presidente de uma associação de imprensa, ao realizar boicote ao filme de outro diretor, não deveria ser condenado a indenizá-lo em razão da livre manifestação. Ou seja, a decisão se baseou em uma exigência de interpretação do Código Civil alemão à luz dos direitos fundamentais.

Os críticos dessa teoria consideram que aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, além da justificativa do extermínio do Direito Privado ao convertê-lo numa mera concretização do direito constitucional, seria uma outorga de um poder desmesurado do Judiciário.¹⁶¹

Quando tratamos da teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, que foi adotada na doutrina majoritária e na

¹⁵⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 188.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 189.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 190.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 198.

jurisprudência brasileira, não se pode deixar de destacar algumas críticas relevantes, como a supressão da autonomia e seu reflexo no direito privado. No sopesamento de cada caso específico, e quando se tratar de particulares com relações de equidade, deverá sempre prevalecer o princípio da liberdade, aceitando-se a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas somente nos casos em que a intimidade pessoal sofre risco de ingerência.¹⁶²

O que deve ser lavado em conta na análise dos casos concretos é a existência de certo grau de hipossuficiência de um particular perante outro, sendo que no caso específico da presente pesquisa, que tem o objetivo de investigar o direito à explicação, normalmente as decisões automatizadas são levadas a cabo por pessoas jurídicas de um lado e pessoas particulares físicas de outro, o que já seria suficiente para sopesar a hipossuficiência e a inexistência de igualdade na relação.

A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais surgiu na Alemanha no início da década de 50, e, assim como na doutrina brasileira, os próprios adeptos da teoria não negam a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos. A teoria também é majoritária na Espanha e em Portugal, sendo que Portugal é exceção no direito europeu por consagrar em seu artigo 18.1 a aplicabilidade direta das normas de direitos fundamentais e incluir as entidades privadas no rol de destinatários dos direitos fundamentais.¹⁶³

Na Espanha, o reconhecimento da eficácia direta e imediata nas relações privadas se deu com interpretação do próprio conteúdo dos direitos fundamentais, em que, em alguns casos, a intervenção estatal é limitada e as possíveis lesões provêm basicamente na atuação de particulares, como por exemplo o que ocorre no art.

¹⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Ver., atual. e ampl. 3. tir. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 392.

¹⁶³ Artigo 18.º - Força jurídica. 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

20.1¹⁶⁴ da Constituição espanhola quando trata do direito à informação, vez que se vincula a qualquer meio de difusão e não somente aos meios de titularidade pública.¹⁶⁵

No mesmo sentido que ocorre no Brasil, há o entendimento geral da doutrina de que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais deve ser ponderada com outra proteção constitucional que é o da autonomia privada.

Elevando o entendimento da eficácia direta dos direitos fundamentais às relações privadas, mais especificamente ao objeto central do presente tópico, que é a aplicação do devido processo legal nas relações privadas, pode-se afirmar que a tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal da eficácia direta dos direitos fundamentais entre particulares assumiu a posição de *leading case* e traz conteúdo de alta relevância para a presente investigação, mais precisamente o julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ¹⁶⁶ que garantiu a aplicação do princípio constitucional do devido processo legal, especialmente dos subprincípios do contraditório e ampla defesa na hipótese de afastamento de sócio de uma sociedade civil.

A importância da do estudo do tema na atualidade tem uma distinção do que há muito se fala, pois atualmente conglomerados privados possuem poder econômico e capacidade de intervenção das relações humanas, sobretudo quando se discutem os direitos fundamentais na era digital, onde o poder privado interfere diretamente nos direitos de liberdade de expressão, de privacidade e de proteção de dados, direcionados em grande parte ao poder privado com a finalidade de perfilar o consumo.

¹⁶⁴ Artículo 20

1. Se reconocen y protegen los derechos:

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades

¹⁶⁵ VEGA GARCÍA, Pedro de. *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales*. Disponível em: <<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3335>>. Acesso em: 26 dez. 2021.

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201.819/RJ. Relator: Min. Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 27 out. 2006. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>> Acesso em: 13 nov. 2021.

4.2 O direito à autodeterminação informativa

No que se refere à autodeterminação informativa¹⁶⁷, inevitável realizar um apanhado conceitual do instituto, tornando necessário percorrer o caminho histórico sedimentado pelo Tribunal Constitucional alemão na decisão do recenseamento da população em 15 de dezembro de 1983, que se tratou de uma releitura do art. 2º, §1º, da Lei Fundamental da Alemanha e reconheceu o direito à autodeterminação informativa.¹⁶⁸

O esclarecimento do direito à autodeterminação informativa tem importância relevante para o tema central da pesquisa, uma vez que o conceito trilhado no Tribunal Constitucional Alemão além de influenciar diversos ordenamentos no mundo veio positivado como fundamento da proteção de dados na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, Lei nº 13.709/2018. Basicamente, trata-se de um fundamento que representa o direito de controle que as pessoas exercem sobre o uso de informações sobre elas mesmas¹⁶⁹, o que se relaciona com o direito à explicação nos casos de tomada de decisão por meio automatizado, tornando necessária a demonstração (*ex ante* e *ex post*) dos caminhos percorridos com os dados pessoais ao titular submetido a tal modalidade de tratamento.

O direito à autodeterminação informativa tem como ponto nodal o reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental, e tem como fator determinante para a sua recepção como direito fundamental o progresso tecnológico mundial resultante da combinação do avanço virtual e das telecomunicações aplicadas à captação, armazenamento e compartilhamento de dados pessoais.¹⁷⁰

¹⁶⁷ O autor Pablo Lucas Murillo de la Cueva faz uma esclarecimento prévia em sua obra (*El derecho a la información informativa*) para explicar que prefere utilizar a expressão “*derecho a la autodeterminación informativa*” no título por lhe parecer mais expressiva do que outras adotadas pelo legislador e pela doutrina para sua denominação. Para o autor, o direito interno espanhol e o direito europeu de uma maneira geral costumam utilizar a expressão “direito à proteção de dados de caráter pessoal”.

¹⁶⁸ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Revista Pensar*. V. 25. N. 4. 2020. Pensar: Rev. Pen., Fortaleza, CE, Brasil. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10828>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

¹⁶⁹ MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas; PIÑAR MAÑAS, José Luis. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Fundación Colóquio Jurídico Europeo. Madrid: J. San José S.A., 2009. p. 12.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 15.

José Luis Piñar diz em sua obra que a perspectiva é clara e se trata de tentar resolver a tensão existente entre o uso cada vez mais generalizado da informática e os riscos que ela pode ocasionar na vida privada, e define que esse grande dilema é a lógica da Constituição espanhola de 1978 em seu artigo 18.4.^{171,172}

A origem do conceito percorre um longo caminho que por vezes é abreviado por alguns autores que tratam a decisão do Tribunal Constitucional alemão do censo populacional de 1983 como marco temporal do direito à autodeterminação informativa¹⁷³. Outros autores percorrem caminho conceitual que antecede a decisão alemã, estruturando sua origem através do *self determination* do direito norte-americano, ou da privacidade em termos de autodeterminação, conceito que, nessa linha de entendimento, seria assumido mais tarde pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão na conhecida sentença de 15 de dezembro de 1983, e também utilizado pelo Tribunal Constitucional Europeu.¹⁷⁴

José Luis Piñar Mañas considera que os princípios de uso de informação por parte do Governo americano (*Fair Information Practices of Fair Information Principles*) foram em parte os embriões do que mais tarde se reconheceria nos textos internacionais e normas europeias, antes mesmo da Lei Federal Alemã de 1977.

Es lugar común citar la conocida Ley del Land de Hesse, en Alemania, pionera en la materia, así como la propia Ley Federal alemana de 1977. Pero no debe olvidarse que ya en 1973 el Departamento de Salud, Educación y Bienestar de Estados Unidos elaboró un Informe sobre las bases de datos telemáticas del Gobierno y propuso un Código de buenas prácticas que recogería los principios que habrían de regir el uso de información por parte del Gobierno (Fair Information Practices o Fair Information Principles): no deben existir bases de datos secretas, se ha de reconocer el derecho de acceso y rectificación de los datos personales, ha de respetarse el principio de finalidad, debe respetarse el principio de calidad y han de adoptarse medidas de seguridad. Un año más tarde, y en base a tal Informe, se aprueba la Privacy Act de Estados Unidos, y van poniéndose las bases de los principios esenciales configuradores del núcleo esencial del derecho a la privacidad. Como se ha señalado, de los *privacy principles* se pasa a las *privacy laws*.¹⁷⁵

¹⁷¹ Ibid., p. 88.

¹⁷² Artículo 18

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

¹⁷³ MENDES, Laura Schertel. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar: Rev.Pen.*, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-18, out./dez. 2020.

¹⁷⁴ MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas; PIÑAR MAÑAS, José Luis. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Fundación Colóquio Jurídico Europeo. Madrid: J. San José S.A., 2009. p. 84.

¹⁷⁵ Ibid., p. 85

O referido autor entende que a sentença do Tribunal Constitucional Alemão sobre o recenseamento populacional reflete as contribuições aportadas pelas doutrinas, principalmente a norte-americana, produzidas para evidenciar o papel essencial que o controle sobre a própria informação tem na configuração do direito à privacidade e a proteção de dados.¹⁷⁶

Independentemente do marco temporal estabelecido para a origem histórica do conceito da autodeterminação informativa, o Tribunal Constitucional da Alemanha foi o responsável por reconhecer constitucionalmente o direito à autodeterminação informativa, desenvolvendo o tema com base em uma nova interpretação sobre o livre desenvolvimento da personalidade (§1º, do art. 2º), combinado com a dignidade da pessoa humana (§1º, do art. 1º), ambos direitos da Lei Fundamental Alemã.¹⁷⁷ Aliás, há uma conexão entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à proteção de dados pessoais, tendo como pontos principais o princípio da autodeterminação e os direitos de personalidade, representados na decisão pelo direito de natureza geral ao livre desenvolvimento de personalidade e os direitos especiais à privacidade e à autodeterminação informativa.¹⁷⁸

O direito à autodeterminação informativa, portanto, possui conexão com a dignidade da pessoa humana e se manifesta por meio da vinculação de autonomia e do livre desenvolvimento da personalidade.¹⁷⁹

O fato é que um longo caminho foi percorrido até a formulação do conceito da autodeterminação informativa, sendo que, na primeira fase da jurisprudência constitucional alemã, a interpretação do direito fundamental ao livre desenvolvimento de personalidade foi compreendida como base de uma liberdade geral de ação que deveria proteger todo o comportamento humano, não servindo como base para a proteção da personalidade.¹⁸⁰ A análise do caso se deu por meio de uma Reclamação Constitucional de um político alemão que teve negada a prorrogação de seu passaporte em face de suposta ameaça à segurança ou interesse relevante da República Federal da Alemanha ou de Estado-membro da federação, uma vez que o

¹⁷⁶ Ibid., p. 88.

¹⁷⁷ MENDES, Laura Schertel. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar: Rev. Pen.*, Fortaleza, v. 25, n. 4, p. 1-18, out./dez. 2020.

¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In DONEDA, Danilo et al.. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro, Forense, 2021, pp. 21-59.

¹⁷⁹ Ibid., p. 31.

¹⁸⁰ MENDES, Laura Schertel. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar: Rev. Pen.*, Fortaleza, v. 25, n. 4, pp. 1-18, out./dez. 2020.

político combatia a reunificação da antiga República Democrática Alemã. Ao analisar a matéria, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha entendeu que a negativa da prorrogação do passaporte compreendia uma limitação da liberdade geral de ação prevista no §1º, do art. 2º, da Lei Fundamental, condizente com a ordem constitucional, o que serviu como fundamento para indeferir o recurso.¹⁸¹

O resultado do julgamento se tornou relevante em razão da interpretação que foi dada, naquele momento, ao livre desenvolvimento da personalidade, deixando de lado a consideração quanto ao indeferimento ou deferimento do recurso.

Ao evoluir o entendimento jurisprudencial, o Tribunal Constitucional Alemão reconheceu a proteção do direito de personalidade, consolidando a garantia constitucional da esfera privada ao realizar interpretação do mesmo artigo que havia compreendido anteriormente como uma liberdade geral de ação, que protege apenas o comportamento da própria pessoa, enquanto que o direito ao respeito à esfera privada protege a pessoa contra ações de outros.¹⁸²

Uma decisão marcante na evolução do posicionamento foi o caso referente à fita fonográfica de gravação de compromisso de negócio. No caso, um casal vendeu um imóvel pelo valor de 495.000 marcos alemães, porém a escritura pública foi passada pelo valor de 425.000 marcos, sendo 70.000 marcos pagos à parte em moeda. Como contrapartida, o comprador exigiu a assinatura de um recibo de “empréstimo” que seria rasgado no ato da escrituração do imóvel. Após algum tempo, e em posse de um segundo recibo, o comprador cobrou o casal o valor do suposto empréstimo no valor de 70.000 marcos. O casal tinha realizado gravação do acordo feito na época da aquisição do imóvel sem o consentimento do comprador e utilizou a gravação em litígio judicial.

No julgamento, o Tribunal Constitucional Federal alemão, contrariando o juízo de primeira instância e o Tribunal Regional, alegou ter ocorrido frontal violação ao art. 2º, §1º, combinado com o art. 1º, §1º da Lei Fundamental, na utilização da gravação, pois não haveria nenhum interesse público preponderante que superasse a garantia à proteção do livre desenvolvimento de personalidade, nesse caso de suspeita de sonegação fiscal. O Tribunal considerou, portanto, que cada pessoa tem o direito de

¹⁸¹ Ibid., p. 2.

¹⁸² MENDES, Laura Schertel. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. Pensar: Rev.Pen., Fortaleza, v. 25, n. 4, pp. 1-18, out./dez. 2020.

determinar quem pode gravar sua voz, bem como diante de quem ela será reproduzida.¹⁸³

A partir daí, o ponto chave da caracterização e reconhecimento do conceito do direito à autodeterminação informativa foi a paradigmática decisão do Tribunal Constitucional Federal, de 15 de dezembro de 1983, no julgamento da constitucionalidade da lei do censo aprovada pelo Parlamento Federal e suspensa liminarmente pela Corte, confirmando-se posteriormente a sua inconstitucionalidade.

A multicitada Lei do Censo, de março de 1982, pretendia realizar pesquisa para fins de recenseamento da população alemã, confrontando os dados colhidos – alguns de cunho pessoal, político e religioso – com os dados existentes no registro civil sem qualquer mecanismo de anonimato.

Na referida decisão, o Tribunal desenvolveu um novo conceito e um novo direito fundamental dentro do quadro de proteção da personalidade já existente a fim de proteger o indivíduo contra o processamento automatizado de dados. Além de reconhecer e conceituar o direito à autodeterminação informativa, a decisão também serviu para consolidar o direito geral de personalidade, garantindo autonomia que despreza a necessidade da informação ser íntima ou privada.¹⁸⁴ Contudo, o Tribunal Constitucional não reconheceu diretamente um direito fundamental à proteção de dados, mas construiu o conceito com base na leitura conjugada do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e reconheceu a existência de um direito fundamental implícito à autodeterminação informativa.¹⁸⁵

Outro ponto importante da decisão foi a interpretação de que a proteção de dados pessoais não foi tomada como uma extensão do direito de personalidade mas, sim, um direito autônomo que transpõe a dicotomia do público e privado, deslocando a discussão sobre se um dado é sensível ou íntimo para se considerar que qualquer dado pessoal pode sofrer lesão.¹⁸⁶

¹⁸³ MENDES, Laura Schertel. op. cit.

¹⁸⁴ MENDES, Laura Schertel. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar: Rev.Pen.*, Fortaleza, v. 25, n. 4, pp. 1-18, out./dez. 2020. p. 10.

¹⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In DONEDA, Danilo et al.. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro, Forense, 2021, pp. 21-59.

¹⁸⁶ BIONE, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 123.

Embora o direito à autodeterminação informativa tenha assumido a condição de princípio implícito não se sobrepõe ao direito à privacidade e outros direitos de personalidade, principalmente por assumir duas dimensões, sendo uma individual, que possibilita a cada indivíduo decidir sobre o acesso, uso e difusão de seus dados pessoais, e outra, a dimensão coletiva, que garante o direito à autodeterminação informativa como condição para uma ordem comunicacional, livre e democrática, distanciando-se da concepção individualista de privacidade.¹⁸⁷

Merece destaque o ponto inicial que motivou a decisão do Tribunal Constitucional Federal para o objeto da presente pesquisa, uma vez que, nas razões da decisão do Tribunal, a formação do conceito do direito à autodeterminação informativa foi necessária como decorrência lógica do moderno desenvolvimento tecnológico que possibilitou o processamento, armazenamento e transmissão de dados pessoais em proporções inimagináveis, o que torna necessário um desenvolvimento continuado da interpretação dos direitos fundamentais, bem como sua releitura para minimizar a influência do Estado no comportamento do indivíduo.¹⁸⁸

Como se pode observar, a releitura dos direitos fundamentais pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, na multicitada decisão, remonta ao histórico da origem do devido processo legal, que teve como ponto inicial a limitação de poder do Estado perante a esfera de liberdade dos indivíduos, em que pese em sentido distinto e com base em outras garantias.

Mesmo que o direito à autodeterminação informativa tenha relevante conexão com o direito à privacidade há que se considerar distinções, que são de suma importância para o peso que a interpretação do tema como direito fundamental implícito tem para o caso. É considerado um novo direito geral de personalidade que não deve ficar atrelado ou amarrado a uma categoria específica, como o direito à privacidade, permanecendo estático como um direito de defesa, ou uma liberdade negativa.¹⁸⁹ O direito à privacidade puro e simples oferece uma proteção estática sempre à espera de que seu titular delimite quais fatos da sua vida deveriam ser excluídos do domínio público (*liberdade negativa*), enquanto a evolução do direito à privacidade, consignada no direito à autodeterminação informativa, engloba a

¹⁸⁷ Ibid., p. 32.

¹⁸⁸ MENDES, Laura Schertel. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar: Rev. Pen.*, Fortaleza, v. 25, n. 4, pp. 1-18, out./dez. 2020.

¹⁸⁹ BIONE, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 123.

proteção de dados pessoais como uma proteção dinâmica em uma liberdade positiva do controle sobre as informações pessoais.¹⁹⁰

Nesse sentido, o direito à autodeterminação informativa oferece uma textura condizente com o desenvolvimento da digitalização da vida, abandonando o conceito de privacidade como uma liberdade negativa e avançando para uma fase ativa do processo de circulação de informações pessoais.¹⁹¹

Todavia, inobstante o amplo desenvolvimento do conceito pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, há quem considere que a proteção de dados pessoais na condição de um direito fundamental não se resume à autodeterminação informativa, uma vez que essa seria insuficiente para a proteção dos direitos na seara da proteção de dados pessoais em consideração à dinâmica na evolução das tecnologias da informação.¹⁹²

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet cita o reconhecimento pelo Tribunal Constitucional alemão de um novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e integridade dos sistemas técnico-informacionais que não estariam abrangidos pelo direito à autodeterminação informativa, também conhecido como direito fundamental-TI, deduzido como um direito implícito especial de personalidade, reconhecido a partir do direito geral de personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana. O autor destaca que o reconhecimento do novo direito buscou colmatar as lacunas de proteção em virtude das novas ameaças que os direitos fundamentais estão sujeitos, asseverando que uma das lacunas não cobertas pelo direito à autodeterminação informativa diz respeito ao fato de que terceiros que têm acesso a dados armazenados em algum sistema técnico-informático não se encontram sujeitos às regras sobre a coleta e tratamento de tais dados, e aponta a diferença descrevendo que o direito à confidencialidade tem por objeto a proteção do sistema como um todo, enquanto o direito à autodeterminação informativa se refere a um dado ou um conjunto de dados.¹⁹³

¹⁹⁰ RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 87.

¹⁹¹ BAZAN, Víctor. *El hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa em perspectiva de derecho comparado*. *Estudios Constitucionales*, Año 3, nº 2, Universidad de Talca, 2005, pp. 85-139.

¹⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados*. In DONEDA, Danilo et al.. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro, Forense, 2021, pp. 21-59.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 34.

No caso acima citado, confirmou-se o entendimento do Tribunal Constitucional alemão de que a concepção de um direito geral de personalidade é considerada um direito de liberdade indefinido que tem a tarefa de proteger a esfera da vida pessoal com base no princípio da dignidade da pessoa humana e baseando-se na ideia de autodeterminação.

Através desse entendimento, que sedimentou o direito geral de personalidade no Direito Constitucional alemão e não mais compreendido como parte do ordenamento civil, é que a autodeterminação passou a desempenhar papel decisivo em outros direitos, como o exemplo citado acima do julgamento que considerou a confidencialidade como um direito fundamental deduzido como um direito implícito especial de personalidade, fazendo uso das propriedades do direito geral de personalidade, que podem ser descritas como proteção abrangente, autodeterminação e abstração.¹⁹⁴

Com base no que até aqui foi visto em relação à criação conceitual do direito à autodeterminação informacional pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, passa-se a analisar se é possível extrair do ordenamento constitucional brasileiro o reconhecimento da autodeterminação informativa como um direito fundamental, bem como sua origem e aplicação.

4.2.1 O direito à autodeterminação informativa no Brasil

Na seara infraconstitucional brasileira, a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) constituiu o marco legal da proteção de dados no Brasil, sem, contudo, garantir que o cidadão estará protegido por novas violações perpetradas pelo próprio Poder Legislativo ou até pelo Poder Executivo no exercício de suas funções. Tal violação ocorreu no Direito Alemão na Lei do censo, fazendo com que o Tribunal Federal enquadrasse o direito à autodeterminação informativa como princípio, em que pese exista na Alemanha um sistema de proteção de dados desde 1970 por meio da Lei de Hesse. Eis aí a importância do reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados.

Outros diplomas legais no Direito brasileiro já dispõem sobre aspectos relevantes para proteção de dados, como a Lei do Cadastro Positivo (Lei n.º

¹⁹⁴ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Pensar: Rev. Pen.*, Fortaleza, v. 25, n. 4, pp. 1-18, out./dez. 2020.

12.414/2011), Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) e o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), o que colabora a utilização de parâmetros dogmáticos interpretativos para aceitação da existência de um direito fundamental à autodeterminação informativa no Brasil, principalmente se considerada a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal do instituto do *habeas data* que superou entendimento de que a inviolabilidade do sigilo não era dos dados em si, mas, sim, da restrição de sua comunicação.¹⁹⁵

Nesse sentido, foi que a Suprema Corte brasileira inovou no debate constitucional sobre o instituto do *habeas data* ao analisar o julgamento e considerar que aos contribuintes, assim tratados no voto por ter como objeto o acesso a um sistema da Receita Federal do Brasil, foi assegurado o direito de conhecer as informações que lhe digam respeito em bancos de dados públicos ou de caráter público. Com base nessa interpretação, foi que Laura Schertel Ferreira Mendes entendeu que foi reconhecido pela Corte o direito material à autodeterminação informativa:

A importância do referido trecho reside no reconhecimento de que as informações pessoais, armazenadas e processadas por outras entidades, – pelo simples fato de possibilitarem a identificação de determinado indivíduo, podem afetar a sua esfera de direitos e, por isso, merecem a tutela constitucional a partir da garantia do *habeas data*. Isto é, o julgamento acabou por extrair da garantia constitucional do *habeas data* também um direito material à autodeterminação informativa.¹⁹⁶

Laura Mendes considera que o *habeas data* e a autodeterminação informativa podem ser considerados dois lados da mesma moeda, sendo que o primeiro seria qualificado como uma garantia processual de proteção das liberdades e da personalidade frente ao tratamento de dados, e o segundo, o direito material propriamente dito que protegeria o indivíduo dos riscos decorrentes desse processamento. A mesma autora cita o voto do Ministro Gilmar Mendes no importante julgado que destacou o julgamento¹⁹⁷ como um marco inicial da vitalização do *habeas*

¹⁹⁵ MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas data* e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Belo Horizonte, ano 12, n. 39, pp. 185-216, jul./dez. 2018.

¹⁹⁶ MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas data* e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Belo Horizonte, ano 12, n. 39, pp. 185-216, jul./dez. 2018.

¹⁹⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 673.707/MG. Relator: Min. Luiz Fux. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 17 jun. 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9487405>> Acesso em: 13 nov. 2021.

data numa percepção mais ampla que ultrapassa a discussão procedimental processual e atinge o campo do direito material.¹⁹⁸

Inobstante a inovação relevante estabelecida pelo julgado, o instituto do *habeas data* possui limitações desde sua origem que são reconhecidas por alguns autores como uma grande debilidade no uso do remédio constitucional para o reconhecimento do direito fundamental à autodeterminação informativa, sendo um dos fatores considerados como maior debilidade o fato de que o texto legal exige a recusa da autoridade que está de posse dos dados em propiciar o acesso ou retificação.¹⁹⁹ Considerar o *habeas data* como instrumento essencial para formação conceitual ou principiológica da autodeterminação informativa ou devido processo legal, que exige uma negativa de informações por parte da autoridade administrativa²⁰⁰, não pode ser exaltada como uma modificação da liberdade negativa já atribuída ao direito fundamental à privacidade, discutida no Brasil sobre os conceitos da vida privada e da intimidade.

Outras limitações descritas pela doutrina em relação à utilização do *habeas data*²⁰¹ se refere à sua origem como instrumento concebido na passagem da ditadura para a democracia, e em consequência disso ser considerado um produto do seu tempo que optou por não estabelecer um sistema de garantias individuais expressas positivamente e preferiu reconhecer os direitos por meio de uma ação voltada à sua defesa.²⁰² Discussão também estabelecida na doutrina internacional a ser utilizada de empréstimo para estudo do tema no Brasil é o fato de que o *habeas data* possui particularidades específicas para cada local de aplicação, sendo que pode ser considerado uma ação, uma garantia constitucional, um processo constitucional ou um recurso protetivo do direito à autodeterminação informativa, onde entra em cena outra divergência em relação ao referido remédio constitucional: em algumas

¹⁹⁸ MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas data* e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Belo Horizonte, ano 12, n. 39, pp. 185-216, jul./dez. 2018.

¹⁹⁹ RODRIGUEZ, Daniel Piñero. *O direito fundamental à proteção de dados: vigilância, privacidade e regulação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 152.

²⁰⁰ Daniel Pinero Rodriguez cita em sua obra a *Súmula n. 2* do Superior Tribunal de Justiça que considera que “Não cabe *Habeas Data* (CF, art. 5º, LXXII, letra ‘a’) se não houve informações por parte da autoridade administrativa”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 2*.

²⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: *habeas data*, direitos constitucionais e provas ilícitas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.), *Habeas Data*, São Paulo: RT, 1998. p. 212.

²⁰² DONEDA, Danilo. Iguais, mas separados: o *Habeas Data* no ordenamento brasileiro e a proteção de dados pessoais. *Caderno da Escola de Direito*, Curitiba, n. 09. pp. 14-33, 2008. Disponível em: <<https://portaldeperiodicos.unibrazil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2607>>. Acesso em: 06 jan. 2022. p. 9.

constituições é configurado como um direito autônomo em seu aspecto substantivo e em outras vem definido como uma garantia ou processo constitucional especial em seu aspecto instrumental, como é o caso do Brasil.²⁰³

A natureza de ação constitucional no Brasil é constatada pela leitura da própria letra do dispositivo que por meio desse “remédio” constitucional provoca a atividade jurisdicional para uma garantia específica.

Conforme já citado acima, e com pensamento um pouco diverso em relação ao *habeas data*, Danilo Doneda diz que a posição do remédio constitucional, considerada uma ação que forma um rol de instrumentos para a garantia de direitos individuais e coletivos, deve ser entendida no âmbito de uma reação que se deu em um momento em que a sociedade e o próprio ordenamento se recompunham de um período no qual diversas liberdades individuais foram suprimidas, onde o *habeas data* exerceu o papel de sanar a debilidade existente em relação aos direitos e liberdades individuais.²⁰⁴

Seguindo no entendimento do mesmo autor, o *habeas data* não representaria qualquer mudança no perfil material do direito à privacidade e serviu apenas para chamar a atenção para um direito que vinha sendo negligenciado, porém com certas limitações que refletiram na difícil trajetória do reconhecimento da proteção de dados no Brasil. Algumas dessas limitações teriam sido superadas, outras permaneceram, como, por exemplo, a necessidade prévia de esgotamento da via administrativa, que, além de permanecer, foi incorporado aos requisitos da Lei nº 9.507/97²⁰⁵. E conclui o autor considerando que uma das maiores limitações não é visível ao seu exame específico e deflui do contexto no qual o *habeas data* se insere, uma vez que um sistema de proteção de dados não poderia ter como instrumento principal uma ação judicial, ainda mais que as violações são processadas cada vez mais sem que o interessado perceba.²⁰⁶

²⁰³ BAZAN, Victor. *El hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa em perspectiva de derecho comparado. Estudios Constitucionales*, Año 3, nº 2, Universidad de Talca, 2005, pp. 85-139. p. 13.

²⁰⁴ DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados*. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 271.

²⁰⁵ BRASIL. *Lei nº. 9.507, de 12 de novembro de 1997*. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm>. Acesso em: 12 nov. 2020.

²⁰⁶ BAZAN, Victor. *El hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa em perspectiva de derecho comparado. Estudios Constitucionales*, Año 3, nº 2, Universidad de Talca, 2005, pp. 85-139. p. 275

Independentemente da linha argumentativa pela adoção ou não do *habeas data* como mecanismo de garantia ou consagração do direito fundamental à autodeterminação informativa, não foi no escrutínio do remédio constitucional que o referido direito foi reconhecido no Brasil, mas, sim, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade de um ato do Poder Executivo ao editar Medida Provisória (MP) n. 954/2020, em abril de 2020²⁰⁷, que determinava o compartilhamento de dados pelas empresas de telecomunicações com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). A MP determinava a disponibilização pelas empresas de telefonia, por meio eletrônico, dos dados referentes aos nomes, números de telefone e endereços de todos os seus usuários, pessoas físicas e jurídicas.

Por meio de decisão cautelar, a Ministra Relatora da ADI n. 6.387²⁰⁸ suspendeu os efeitos da Medida Provisória n. 954/2020 determinando que o IBGE se abstinhasse de requerer a disponibilização dos dados pessoais, bem como, acaso assim já o tivesse feito, que sustasse tal pedido, comunicando imediatamente as operadoras de telefonia. O plenário do STF referendou a decisão da Ministra Relatora e declarou a inconstitucionalidade da Medida Provisória frente à violação da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, do sigilo dos dados e da autodeterminação informativa.²⁰⁹

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, ressaltou ponto importante para auxiliar na solução da tensão estabelecida entre a sociedade da informação e o direito à privacidade, e disse que “[...] nunca foi estranha à jurisdição constitucional a ideia de que os parâmetros de proteção dos direitos fundamentais devem ser permanentemente abertos à evolução tecnológica”. E continuou assentando que o

[...] espírito hermenêutico que deve guiar esta Corte Constitucional no tratamento da matéria em exame deve ser o de renovar o compromisso de manter viva a força normativa da Constituição Federal de 1988, nela

²⁰⁷ BRASIL. Congresso Nacional. *Medida Provisória n° 954, de 2020. Compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações durante a emergência de saúde pública*. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141619>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387/DF. Relatora: Min. Rosa Weber. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 12 nov. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387/DF. Relatora: Min. Rosa Weber. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 12 nov. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

encontrando caminhos e não entraves para a proteção jurídica da intimidade enquanto garantia básica da ordem democrática.²¹⁰

Convém destacar, nesse contexto, que o maior ou o menor grau potencial ofensivo na coleta, cruzamento, transferência e utilização dos dados não é critério de maior importância, pois há que se considerar que no atual momento de vigilância digital da sociedade nenhuma informação pode ser considerada irrelevante²¹¹, vez que com base em dados que não ofereçam inicialmente dano aparente poderá resultar em efeitos discriminatórios e ofensivos aos direitos fundamentais.

Nesse contexto, e considerando o plano internacional, foi que o Conselho Europeu para a Proteção de Dados editou a Convenção 108, de Strasbourg. Este diploma trouxe a relevância do controle ao tratamento automatizado de dados, estipulando que a informação pessoal é considerada “qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou susceptível de identificação”.

Também merece destaque que alguns autores consideram o direito fundamental à autodeterminação informativa como sinônimo do direito fundamental à proteção de dados²¹²; outros reconhecem o instituto como um direito fundamental, e de fato já foi assim reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, que pode auxiliar outros direitos fundamentais, sob a justificativa de que o direito à autodeterminação informativa, por si só, não resguarda com a necessária amplitude disposta pelo direito fundamental à proteção de dados. Todavia, a atual diferença entre ambos não é meramente dogmática, uma vez que o direito à autodeterminação informativa foi reconhecido pela Suprema Corte brasileira como direito fundamental implícito, enquanto o direito fundamental à proteção de dados é um direito fundamental expresso na Constituição Federal de 1988.

O Ministro Luiz Fux, a quem coube a relatoria no julgamento da evolução de posicionamento em relação ao *habeas data*, ou como chamado pelo Ministro Gilmar

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387/DF. Relatora: Min. Rosa Weber. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 12 nov. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

²¹¹ RODRIGUEZ, Daniel Piñero. *O direito fundamental à proteção de dados: vigilância, privacidade e regulação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 173.

²¹² Laura Schertel Ferreira Mendes reconhecia o direito à autodeterminação informativa como um reconhecimento ao direito fundamental à proteção de dados antes mesmo de estar expresso na Constituição. Todavia, Ingo Wolfgang Sarlet considera que o direito fundamental à proteção de dados é multidimensional e que a autodeterminação informativa não era suficiente para a defesa concreta.

Mendes, a revitalização do *habeas data*, ao proferir seu voto na ADI 6.387 fez questão de destacar que

[...] que a proteção de dados e a autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos. Esses direitos são extraídos da interpretação integrada da garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5o, X), do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da garantia processual do *habeas data* (art. 5º, LXXII), todos previstos na Constituição Federal de 1988.²¹³

Ou seja, considerou como institutos distintos e assim concluiu o voto ao considerar que a inconstitucionalidade em questão violou o direito fundamental à proteção de dados e à autodeterminação informativa.

O Ministro Gilmar Mendes, contudo, considera que a forma normativa do direito fundamental à proteção de dados decorre da necessidade indissociável da proteção da dignidade da pessoa humana ante a contínua exposição dos indivíduos aos riscos de comprometimento da autodeterminação informacional, o que parece ter sido considerado como um substrato para o reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados.

O fato é que a proteção de dados, mesmo que considere a autodeterminação informativa como seu eixo estruturante, tem um alcance muito mais vasto e multidimensional, motivo pelo qual se invoca o texto inicial da Proposta de Emenda Constitucional 17/2019 que inseriu na Constituição brasileira o direito fundamental à proteção de dados.²¹⁴

O texto da Proposta de Emenda à Constituição 17/2019²¹⁵, de acordo com a proposta inicial iria acrescer um inciso XII-A ao art. 5º, e teria o enunciado abaixo com a finalidade de inserir o que foi reconhecido pelo STF como um direito fundamental implícito antes de sua positivação:

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387/DF. Relatora: Min. Rosa Weber. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 12 nov. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

²¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In DONEDA, Danilo et al.. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro, Forense, 2021, pp. 21-59.

²¹⁵ BRASIL. Senado Federal. Proposta de emenda à Constituição nº 17, de 2019. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

Art. 5º [...]

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais;

[...] (NR)

Art. 2º O caput do art. 22 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte inciso XXX:

Art. 22 [...]

XXX – proteção e tratamento de dados pessoais.

(NR)

Após diversas discussões e alterações, o texto foi consolidado com inciso próprio por meio da Emenda Constitucional nº 115/2022:

Art. 5º, CF 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:

[...]

LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022).²¹⁶

Antes da consolidação do direito fundamental à proteção de dados no Brasil, tornando um direito fundamental expreso, existia apenas uma interpretação sistemática sobre tal direito fundamental utilizando como referência o sigilo das comunicações de dados, sigilo da correspondência, das comunicações telefônicas e telegráficas (art. 5º, XII), proteção à intimidade (art. 5º, X), o que, de certa forma, era um direito considerado como uma garantia parcial com base na previsão constitucional do *habeas data*, previsto no art. 5º, LXXII, da Constituição Federal de 1988. O *habeas data* é uma ação constitucional que possui status de direito-garantia fundamental autônomo que busca assegurar ao indivíduo o conhecimento e a possibilidade de retificação de dados constantes em registros ou bancos de dados de entidades do governo ou de caráter público.

Todavia, mesmo que o direito fundamental à proteção de dados fosse considerado um direito implícito decorrente de interpretação sistemática da estrutura

²¹⁶ BRASIL. Senado Federal. Emenda à Constituição nº 115, de 2022. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Brasília, DF: Senado Federal, 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm>. Acesso em: 20 fev. 2022.

constitucional brasileira, por meio do critério de proteção à intimidade (art. 5º, X), do direito à informação (art. 5º, XIV), ou do direito ao sigilo de comunicações e dados (art. 5º, XII), tal reconhecimento se mostrava insuficiente. Isso porque as garantias de sigilo e de proteção à intimidade não abarcam a proteção dos dados pessoais, como, por exemplo, informações referentes à origem racial ou étnica que compõem um banco de dados de perfilização, o que não são consideradas informações íntimas e também não se enquadrariam de correspondência ou comunicação de dados que deveriam ser protegidos por sigilo.²¹⁷ Da mesma forma, a exigência de testes genéticos não se enquadra em nenhum dos direitos fundamentais que merecem proteção por sigilo ou por serem informações consideradas íntimas ou privadas.²¹⁸

Laura Mendes considera que, antes de o direito fundamental à proteção de dados se tornar um direito expresso, os dados pessoais poderiam ser inseridos no âmbito da proteção do direito à inviolabilidade, da intimidade e da vida privada, garantido pelo inciso X do art. 5º da Constituição Federal de 1988, e que interpretados de forma sistemática com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, III, da CF/88) e à luz da garantia do *habeas data* (art. 5º, LXXII), o direito à proteção de dados pessoais já estaria reconhecido implicitamente.²¹⁹

A despeito do que descreve a autora na construção dogmática de sua teoria, de que a menção dos termos “*inviolabilidade da intimidade e da vida privada*” existentes na Constituição Federal de 1988 coincide com alguns instrumentos internacionais de proteção de dados, como a Convenção 108 do Conselho da Europa, Diretiva 95/46/CE, esse não parece ser o melhor posicionamento. Tais nomenclaturas são utilizadas em cenários que não comportam uma comparação com o Direito brasileiro, como o caso da Convenção 108 da qual o Brasil sequer faz parte, e que é amparada pela garantia de proteção de dados no art. 8º²²⁰ da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Da mesma forma, ocorre com a Diretiva 95/46/CE, que foi substituída pelo Regulamento Europeu de Proteção de Dados (Regulamento 2016/679).

²¹⁷ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Belo Horizonte, ano 12, n. 39, pp. 185-216, jul./dez. 2018.

²¹⁸ Ibid..

²¹⁹ Ibid..

²²⁰ Art. 8º. Proteção de dados pessoais.

1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.

O fato é que a positivação formal do direito fundamental à proteção de dados na Constituição brasileira trouxe uma carga positiva adicional e agregou um valor positivo substancial em relação ao estado da arte no Brasil, assegurando à proteção de dados a condição de direito fundamental autônomo e com âmbito de proteção próprio, angariando status normativo superior em relação a todo o restante do ordenamento jurídico nacional, assumindo a condição de limite material à reforma constitucional e também dotadas de aplicabilidade imediata.²²¹

Assim, a força normativa constitucional atribuída ao direito fundamental à proteção de dados, combinada com o reconhecimento implícito da autodeterminação informática como direito fundamental, reforça a necessidade de releitura do devido processo legal como forma de equalização das desigualdades no atual cenário, o que será objeto do tópico seguinte.

4.3 O devido processo informacional

A origem histórica do devido processo legal perpassa por um caminho que demonstra a evolução do objetivo de acordo com o passar dos tempos. Iniciou com uma aproximação ideológica do direito privado, pois tratava de acordos particulares e termos contratuais, para tratar, depois, da concessão de benefícios outorgados aos nobres com a finalidade de delimitar as obrigações concretas do rei.

Mais adiante, marcou consideravelmente, no capítulo 39 da *Magna Charta Libertatum*, a garantia de que os Barões pudessem ser julgados pelos seus pares ou pela Lei da Terra. Em 1934, a mesma carta modificou o enunciado em latim *per legem terrae* para a expressão inglesa *due process of law*, e passou a garantir que “nenhum homem de qualquer camada social ou condição pode ser retirado da sua terra ou propriedade, nem conduzido, nem preso, nem deserdado, nem condenado à morte, sem que isto resulte de um devido processo legal”.

Com o passar dos tempos, a cláusula foi incorporando novos significados além da substituição do poder do Rei pelo poder da Lei, e teve grande destaque com a *Petition of Rights* de 1628 em decorrência da prisão sumária de cinco nobres durante

²²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In DONEDA, Danilo et al.. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro, Forense, 2021, pp. 21-59.

o Reinado do Rei Carlos I em razão da recusa de pagamento de empréstimo compulsório por ele decretado para custear guerras.

Mesmo que não se possa afirmar a existência de um direito fundamental na época da outorga da *Magna Charta Libertatum* em razão de ter ocorrido em um ambiente social marcado pela desigualdade, é a mesma desigualdade que é posta à prova no atual cenário de desenvolvimento da vida virtual, principalmente quando se trata de decisões automatizadas que podem carregar consigo o caráter discriminatório ou uma espécie de exclusão social. Pode-se utilizar como exemplo o aplicativo capaz de mapear buracos e definir prioridades de reparo nas ruas da cidade de Boston²²², nos Estados Unidos, o que acaba por excluir nessa decisão automatizada de prioridade de reparo as pessoas da cidade que não possuem smartphone para realizar informações sobre o referido mapeamento. Outro exemplo é o da utilização da análise preditiva para contratação de mulheres em grandes cargos empresariais por meio de decisões automatizadas, o que naturalmente as discrimina em razão de não ser comum em períodos anteriores que mulheres concorressem a estes cargos, simplesmente por se dedicarem mais à criação dos filhos e às lides domésticas em passado distante, o que acaba discriminando-as nas contratações atuais por meio da análise de dados pretéritos.

Aliás, o tema da desigualdade é enfrentado nos objetivos de desenvolvimento sustentável da agenda 2030 da Organização das Nações Unidas²²³, que tem como ODS (objetivo de desenvolvimento sustentável) nº 10 a redução das desigualdades no interior dos países e entre os países, que traz no seu objetivo 10.2 a garantia, até 2030, da inclusão social, econômica e política de todos, independentemente da idade, gênero, deficiência, raça, etnia, origem, religião, condição econômica ou outra. O objetivo 10.3 visa garantir a igualdade de oportunidades e reduzir as desigualdades de resultados, inclusive por meio da eliminação de leis, políticas e práticas discriminatórias e da promoção de legislação, políticas e ações adequadas a este respeito.

²²² Aplicativos dão poder ao morador das cidades. *Instituto Millenium*, julho de 2017. Disponível em: <<https://www.institutomillenium.org.br/os-aplicativos-dao-poder-ao-morador-das-cidades/>>. Acesso em: 17 jan. 2022.

²²³ Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) são um apelo universal da Organização das Nações Unidas à ação para acabar com a pobreza, proteger o planeta e assegurar que todas as pessoas tenham paz e prosperidade. Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) nasceram na Conferência das Nações Unidas sobre desenvolvimento sustentável no Rio de Janeiro em 2012. O propósito foi elaborar um conjunto de objetivos que suprisse os desafios ambientais, políticos e econômicos mais urgentes que nosso mundo enfrenta.

Enfim, existe um grande potencial discriminatório e um caminho reverso da igualdade de certa camada social com a utilização de decisões automatizadas, assim como poderá ocorrer nas decisões de perfilização de consumo, de utilização de sistema público de saúde e todas as demais possibilidades, tudo isso sem que seja consagrado o devido processo.

A releitura do devido processo legal como proposta de equalização das desigualdades no atual cenário se dá em conjunto com os princípios e fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, dentre eles o da transparência, do livre acesso, da autodeterminação informativa, do livre desenvolvimento da personalidade e da não discriminação, todos interpretados em conjunto com o direito à explicação da decisão tomada por mecanismos automatizados conforme previsão no art. 20 da LGPD.

Em razão disso é que o devido processo legal empresta o seu caminho de origem e evolução ao devido processo informacional para alargar aos outros direitos que também devem ser protegidos pelo direito de liberdade, principalmente por não ser possível manter um histórico congelado no tempo, pois a história não pode ser o ponto final da investigação do devido processo legal.²²⁴

Um importante mecanismo para a combinação de temas da privacidade, que ampliou sua vocação no mundo pós-moderno para dar ênfase na proteção de dados²²⁵, e do devido processo legal (informacional) no Brasil, é a garantia do direito à explicação nas decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais.

Como já analisado em tópico próprio do presente estudo (item 2), o direito à explicação²²⁶ no Brasil decorre da base principiológica da Lei Geral de Proteção de Dados e tem como finalidade o esclarecimento do processo de tomada de decisão e o caminho percorrido pela lógica algorítmica até o seu resultado final. Em outras palavras, o direito à explicação²²⁷ oportuniza ao titular tomar conhecimento dos

²²⁴ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 572 (2003). Therefore, the Court in *Lawrence*—despite a distance history of state’s governments’ proscribing homosexual conduct, including some Court precedent allowing such prohibition—reviewed a more tolerant, recent half-century of increased acceptance of homosexual behavior, and concluded that the liberty interest of the Fourteenth Amendment protected homosexual conduct. *Id.* at em 572-79.

²²⁵ COLOMBO, Cristiano. Da privacidade como direito de personalidade no mundo virtual e sua posituação no ordenamento jurídico. *Revista Eletrônica Direito & TI*, v. 1, n. 2, 2015.

²²⁶ O direito à explicação no Brasil é interpretado como consequência do direito de revisão da decisão automatizada com previsão expressa no art. 20 da Lei nº 13.709/2018.

²²⁷ No direito brasileiro, assim como ocorreu no direito espanhol, estabeleceu-se uma discussão sobre a existência de um direito à explicação, uma vez que a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira

critérios e dos procedimentos utilizados para tomada de decisão automatizada, aqui considerada análise *ex ante* e *ex post*²²⁸.

Como já afirmado anteriormente, a base principiológica da Lei Geral de Proteção de Dados que compõe o direito à explicação é interpretada conjuntamente com o direito de revisão previsto no art. 20 da LGPD, que garante ao titular o direito de solicitar a revisão das decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais, bem como o §1º do referido artigo, que garante ao titular que o controlador de dados apresentará informações claras e adequadas a respeito dos critérios utilizados para tomada de decisão automatizada.

Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

§ 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.²²⁹

Na construção interpretativa do direito à explicação, aqui considerada interpretativa em razão de não existir na legislação expressamente tal direito, os princípios mais importantes para o tema são os princípios do livre acesso, da transparência, da prevenção e da não discriminação, todos elencados no rol do art. 6º da Lei Geral de Proteção de Dados. O princípio do livre acesso garante aos titulares a consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento e a integralidade dos dados; o princípio da transparência garante aos titulares informações claras e precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento; o princípio da não discriminação é o princípio que impossibilita a realização de tratamento para fins discriminatórios, ilícitos ou abusivos.

oportuniza apenas um direito de revisão da decisão automatizada, o que na prática, e de acordo com alguns autores, significaria apenas uma oportunidade de revisão da decisão já tomada, sem, contudo, oportunizar o direito à explicação com a perspectiva *ex ante* da lógica subjacente do algoritmo responsável pela decisão.

²²⁸ O termo é utilizado pelo Professor Juarez Freitas para descrever a necessidade de explicabilidade da decisão automatizada antes e depois da decisão. Ou seja, descreve a necessidade de tornar explicável a lógica algorítmica da decisão e após isso o conteúdo decisório.

²²⁹ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, DF: Presidência da República; 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 12 jun. 2020.

Ponto importante que deve ser destacado é que o art. 20 da LGPD, que garante ao titular o direito de revisão nos casos em que a decisão for tomada unicamente com base em tratamento automatizado de dados, resguarda ao controlador proteger a informação em razão do segredo comercial e industrial, o que traz grande impacto no necessário reconhecimento do direito fundamental ao devido processo informacional, uma vez que possibilitaria a negativa do controlador em oferecer os dados, ou melhor, possibilitaria ao controlador não tornar efetivo o direito à explicação e fazer uso das decisões automatizadas sem que seja oportunizado ao titular tomar conhecimento dos critérios utilizados e também de se manifestar sobre a decisão automatizada.

Além disso, o §1º do artigo 20 da LGPD atribui certo grau excessivo de discricionariedade à Autoridade Nacional de Proteção de Dados quando descreve que no caso de não oferecimento de informações, baseado na observância de segredo comercial e industrial, a ANPD poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios no tratamento automatizado.²³⁰ Contudo, a discricionária auditoria da autoridade nacional (opcional) não supre uma grande lacuna no processo de tomada de decisão automatizada, e choca-se com um dos fundamentos expressos no art. 2º da Lei Geral de Proteção de Dados, mais especificamente à autodeterminação informativa, já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como um direito fundamental.

Outro fundamento da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira que tem grande relevância para o tema central da presente pesquisa é a garantia dos direitos humanos e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 2ª, VII, da Lei nº 13.709/2018), que foram utilizados como fundamentos da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a existência de um direito fundamental à autodeterminação informativa implícito na Constituição Federal de 1988, que ocorreu nos autos da ADI 6.387 no caso denominado de IBGE.²³¹

²³⁰ Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

§ 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.

²³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387/DF. Relatora: Min. Rosa Weber. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 12 nov. 2020. Disponível em: <Error! Hyperlink reference not valid.>. Acesso em: 10 jan. 2021.

O Ministro Luiz Fux, ao citar o julgamento da Corte alemã, asseverou que “a capacidade do indivíduo de autodeterminar seus dados pessoais é parcela fundamental do seu direito de desenvolver livremente sua personalidade”.²³² O referido direito fundamental reconhecido pelo STF garante aos titulares o domínio sobre seus dados e a decisão de quem e quando poderão utilizá-los.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, considerou em seu voto que “a afirmação indissociável da força normativa do direito fundamental à proteção de dados pessoais decorre da necessidade indissociável de proteção à dignidade da pessoa humana ante a contínua exposição dos indivíduos aos riscos de comprometimento da autodeterminação informacional nas sociedades contemporâneas”. Considerou, em seu voto, que é possível identificar uma dupla dimensão no âmbito da proteção do direito fundamental à proteção de dados, uma dimensão objetiva e outra subjetiva.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais não se presta apenas como um sentido reverso da dimensão subjetiva, mas representa uma espécie de reforço de juridicidade das normas dos direitos fundamentais. A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, pois o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido²³³. Diante dessa premissa é que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados brasileira tem como seu primeiro objetivo estratégico o de promover o fortalecimento da cultura e proteção de dados pessoais.²³⁴

Da dimensão objetiva é que se extrai a necessidade de concretização da proteção de dados, reconhecida como direito fundamental subjetivo, pelo legislador e o reconhecimento dos deveres de proteção pelo Estado, a quem incumbe zelar preventivamente pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões pelos particulares. A importância do tema para o direito à proteção de dados pessoais é constatada diante

²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387/DF. Relatora: Min. Rosa Weber. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 12 nov. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

²³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Ver., atual. e ampl. 3. tir. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 150.

²³⁴ ANPD publica planejamento estratégico para 2021-2023. *Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD*. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-publica-planejamento-estrategico-para-2021-2023>>. Acesso em: 17 jan. 2022.

do atual desenvolvimento de novas tecnologias de informação e comunicação que desafiam os mecanismos convencionais de proteção aos direitos fundamentais.²³⁵

Na dimensão objetiva do direito fundamental à proteção de dados é que se desenvolve o direito do indivíduo de controlar seus próprios dados e saber por quem e quando os dados serão utilizados, obtendo o total controle sobre seu uso, impondo ao legislador um dever de proteção do direito à autodeterminação informativa com a previsão de mecanismos para salvaguardar tal direito. A dimensão subjetiva envolve a proteção do indivíduo contra os riscos que ameaçam a sua personalidade em face da coleta, processamento, utilização e circulação dos dados pessoais.

A proteção de dados na dimensão subjetiva se decodifica em um conjunto heterogêneo de posições subjetivas defensivas (negativa), mas também assume a condição de direito de prestações (positiva), que consiste em uma atuação do Estado mediante a disponibilização de prestações de natureza fática ou normativa. Ingo Sarlet ressalta que na simples leitura do catálogo dos arts. 17 e 18 da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira é possível constatar o rol de posições jurídico-constitucionais associadas à dupla função da dimensão subjetiva (negativa e positiva).²³⁶

Nesse sentido, veja-se:

Art. 17. Toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei.

Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

I - confirmação da existência de tratamento;

II - acesso aos dados;

III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;

IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;

V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa e observados os segredos comercial e industrial, de acordo com a regulamentação do órgão controlador;

V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial;

VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;

VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados;

VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa;

²³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In DONEDA, Danilo et al.. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro, Forense, 2021, pp. 21-59.

²³⁶ *Ibid.*, p. 288.

IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei.²³⁷

Inobstante o rol acima seja extensivo, o mesmo não tem caráter taxativo, e é somado ao direito de revisão previsto no arts. 20 e 21 da Lei Geral de Proteção de Dados para demonstrar claramente a dupla função:

Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

Art. 21. Os dados pessoais referentes ao exercício regular de direitos pelo titular não podem ser utilizados em seu prejuízo.

Nessa dimensão subjetiva o professor Ingo Wolfgang Sarlet entende que o catálogo de posições jusfundamentais do direito fundamental à proteção de dados é bastante diversificado do direito à autodeterminação informativa, embora guarde relação direta e possa ser considerado como um eixo central da proteção de dados.²³⁸ A dimensão subjetiva atribui ao legislador o ônus de apresentar uma justificativa constitucional para qualquer intervenção que afete a autodeterminação informacional, somente afastável de maneira excepcional.²³⁹

É nessa dimensão subjetiva que o Ministro Gilmar Mendes, no voto proferido na ADI 6.387, considera que emergem alguns subprincípios do regime de proteção de dados pessoais no Regime Geral de Proteção de dados da União Europeia, destacando os princípios da proibição ou da vedação ao tratamento sem consentimento, da vinculação à finalidade, e o princípio da transparência. No Brasil, estes princípios foram praticamente replicados na Lei Geral de Proteção de Dados como princípios da transparência, da finalidade e da impossibilidade de tratamento sem consentimento (art. 7º, da LGPD).

A partir dessa construção e a partir da dimensão subjetiva do direito à proteção de dados pessoais é que emerge a preservação do devido processo informacional, o

²³⁷ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, DF: Presidência da República; 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 12 jun. 2020.

²³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. In DONEDA, Danilo et al.. *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 42.

²³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387/DF. Relatora: Min. Rosa Weber. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 12 nov. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

que, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, “é voltado a conferir ao indivíduo o direito de evitar exposições de seus dados sem possibilidades mínimas de controle, sobretudo em relação à prática de tratamento de dados capazes de sujeitar o indivíduo a julgamento preditivo e peremptório”.²⁴⁰

A proteção da privacidade eficaz requer escrutínio regulatório da atividade de processamento de informações, tanto na esfera pública quanto na esfera privada e deve incluir estratégias para expor os processos de tratamento em rede para um escrutínio público, de maneira que os estudiosos da tecnologia começaram a questionar se as práticas de processamento de informações que sujeitam os indivíduos aos julgamentos com base em análise de dados preditivos afetam o devido processo legal (informacional).²⁴¹

A autora Julia Cohen argumenta que o poder de modulação, que poderia ser considerado como uma privacidade diminuída capaz de afetar a subjetividade crítica, deriva não só da sua efetividade, mas também da opacidade operacional no processamento das informações, de modo que os criadores exercem um poder excessivo de moldar as atividades e até delimitar os debates públicos. Destaca a necessidade de voltar a atenção para o design dos processos técnicos desde o início da construção, como uma prerrogativa do direito à prestação de contas.²⁴² No Brasil, a prestação de contas e a responsabilização vêm encartadas no rol de princípios da Lei Geral de Proteção de Dados.

A atuação do devido processo legal deve ser encarada não como mero instrumento de garantias processuais em sede judicial, como historicamente foi sedimentado, mas, sim, ser entendida como uma ferramenta que visa assegurar a simetria e evitar ações intrusivas sem a garantia do devido processo legal.²⁴³ Quando se trata de ações intrusivas na captação e utilização de dados, tanto nas relações públicas quanto nas relações privadas, a releitura do instituto traz o devido processo

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387/DF. Relatora: Min. Rosa Weber. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 12 nov. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

²⁴¹ COHEN, Julie. What is Privacy For. *Harvard Law Review*. vol. 126, 2013.

²⁴² COHEN, Julie. What is Privacy For. *Harvard Law Review*. vol. 126, 2013.

²⁴³ BIONE, Bruno; MARTINS, Pedro. *Devido processo informacional: um salto teórico-dogmático necessários?* DataprivacyBR. Publicado em: 22 jul 2020. Disponível em: <<https://dataprivacy.com.br/devido-processo-informacional-um-salto-teorico-dogmatico-necessario>>. Acesso em: 20 set. 2021.

informativa como uma garantia necessária para combater a assimetria informativa.

A afirmação pioneira sobre o tema, citada por diversos autores, é a do advogado Arthur Miller ao tratar que o direito à privacidade está enraizado na racionalidade do devido processo legal:

Existe uma certa combinação entre temas de privacidade e os demais temas constitucionais. Minha visão pessoal é que provavelmente um dos maiores bastiões constitucionais da privacidade ainda não explorado pelas cortes ou pelos defensores ativistas é o conceito de devido processo legal, a noção de que governos não podem privá-lo de sua vida, liberdade, propriedade, sem o devido processo legal, uma restrição que recai tanto sobre o governo nacional quanto, claro, sobre os estados e governos locais. Me parece que está por ser escrito o capítulo sobre devido processo informativo. E certos tipos de levantamentos, usos e disseminação de informação governamental podem ser desafiados quando violarem o devido processo [...].²⁴⁴

Nesse contexto é que a doutrina norte-americana, ao tratar sobre o tema que é considerado por alguns autores como direito à privacidade informativa, destaca que grande parte das informações privadas pode ser utilizada nas relações indivíduo-estado ou privadas para múltiplos propósitos sem o consentimento, e considera a existência de quatro áreas de violação da privacidade informativa, a violação do governo exigindo que se forneça informações privadas para acesso a determinados tipos de serviços, a solicitação do poder público de dados das empresas, como o pedido de informações a grandes empresas de tecnologia como *Google* e *Facebook*, a utilização pelo poder público de informações para propósitos distintos daqueles para os quais foi dada voluntariamente a informação, e a vigilância privada dos cidadãos para diversos fins.²⁴⁵

A necessidade do reconhecimento do devido processo informativo busca vedar a intrusão do Estado com a publicação de conteúdos sem a consagração ao devido processo legal, como, por exemplo, a utilização de informações e dados solicitados para utilização em processos judiciais por considerar apenas relevante, muito antes de demonstrar sequer a ocorrência do crime. No Brasil, a quebra de sigilo ou informações é muito comum em processos em que as outras partes podem ter

²⁴⁴ MILLER, Arthur. *Transcription of the 1st Meeting Part I of the Secretary's Advisory Committee on Automated Personal Data Systems of the U.S.*. Department of Health, Education and Welfare, p. 267.

²⁴⁵ PITTMAN, Larry J.. The Elusive Constitutional Right to Informational Privacy. *Nevada Law Journal*: Vol. 19 : Iss. 1 , Article 5. 2018.

acessos a dados e informações da totalidade de um inquérito sem que se demonstre a necessidade de todas as informações para instrução processual.

O autor Larry Pittman argumenta que análise substantiva do devido processo legal mostra que o direito à privacidade informacional pode ser considerado existente com base na Décima Quarta Emenda à Constituição americana, de forma que o governo não teria direito à informação privada de alguém quando há uma expectativa de privacidade contínua nessas informações, a menos que exista uma justificativa como critério de exceção para intrusão nos assuntos privados.²⁴⁶

Alguns doutrinadores da América Latina entendem que se torna impossível exercer a defesa com plenitude e com consagração ao devido processo legal (informacional) sem que se tenha conhecimento da forma de funcionamento do sistema das ferramentas de avaliação e de tomada de decisão, e destaca a forma como o Tribunal norte-americano vem fazendo uso de ferramentas de risco para determinar a privação de liberdade.²⁴⁷

Há certa demonstração de vulneração da cláusula do devido processo legal na utilização de ferramentas de tomada de decisões automatizadas nas diversas áreas da utilização desses mecanismos, considerando entre diversos outros problemas o da incerteza de êxito dessas ferramentas em contrapartida à opacidade, principalmente quando se utilizam os mecanismos da *machine learning*, que são considerados algoritmos de aprendizagem.

Além disso, o potencial discriminatório é alto e pode tornar a opacidade ainda maior quando não é possível sequer identificar a discriminação na tomada de decisão automatizada, prejudicando o exercício da cidadania e tornando o processo automatizado menos democrático.²⁴⁸

Por fim, e considerando que a vulnerabilidade não está presente apenas no sistema brasileiro, as decisões automatizadas são de difícil validação da eficácia dos mecanismos quando baseadas no segredo industrial ou comercial, como é o caso da

²⁴⁶ PITTMAN, Larry J.. The Elusive Constitutional Right to Informational Privacy. *Nevada Law Journal*: Vol. 19 : Iss. 1 , Article 5. 2018.

²⁴⁷ CORREA, Juan Sebastian Meneses; CONTRERAS, Sofia Del Pilar Perez; SALAMANCA, Miguel Angel Vaca. *El debido proceso como limite de la inteligencia artificial*. Universidad San Tomas, Bogotá, 2021. Disponível em: <<https://repository.usta.edu.co/handle/11634/32027>>. Acesso em: 18 jan. 2022.

²⁴⁸ LIMBERGER, Têmis. Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, nº 60, ago./2007/abr./2008.

própria legislação brasileira, que exclui a necessidade de atendimento do direito à explicação, criando uma violação do direito fundamental ao devido processo legal (informacional).

5 CONCLUSÃO

O tema sobre a existência do direito à explicação não é novidade. No Regulamento Geral de Proteção de Dados da Europa, utilizado como fio condutor do texto da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, muito se discutiu sobre a existência do direito à explicação na tomada de decisão automatizada. A interrogação dos estudiosos sobre o tema se deu em razão da alteração do texto original aprovado pelo Parlamento Europeu que retirou o trecho que estabelecia explicitamente tal direito.

No Brasil a legislação pioneira sobre a possibilidade de existência de um direito à explicação foi a Lei do Cadastro Positivo, que oportuniza ao cadastrado conhecer os principais elementos e critérios considerados para análise de risco e de solicitar a revisão da decisão realizada unicamente por meios automatizados. Porém, foi na Lei Geral de Proteção de Dados que se consagrou a diretriz da explicabilidade, que pode ser consolidada com uma interpretação extensiva da sua base principiológica, em especial o princípio da transparência, que garante aos titulares de dados informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento. Esse direito à explicação exsurge na LGPD a partir do direito de revisão da decisão automatizada, que tem previsão no art. 20 e oportuniza ao titular solicitar informações claras dos critérios utilizados no tratamento automatizado de dados.

Essa revisão inicialmente tinha previsão de ser operacionalizada por pessoa natural, o que foi objeto de veto presidencial.

Mesmo que o texto da norma não tenha mais a previsão de revisão humana da decisão automatizada, predominando o entendimento de que esse deve ser o padrão estabelecido para motivação decisória algorítmica quando levados em consideração os objetivos da Lei Geral de Proteção de Dados, que é proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Além da construção sistemática com base nos objetivos, a afirmação da existência de um direito à explicação das decisões automatizadas no Direito brasileiro é reforçada ainda mais quando interpretada em conjunto com um dos fundamentos da LGPD, que coloca o titular como protagonista no exercício do controle sobre o uso de suas informações, fundamento que foi denominado de autodeterminação

informativa, reconhecido pela Suprema Corte brasileira como um direito fundamental implícito.

Ao analisar o direito à explicação à luz do devido processo legal (informativo) e em conjunto com o princípio da transparência, do livre acesso, da autodeterminação informativa e da não discriminação, é possível concluir que o instituto atua como uma proposta de equalização de desigualdades, e confere ao indivíduo o direito de evitar exposição de seus dados sem a possibilidade mínima de controle.

Com base nos resultados da investigação proposta, o direito à explicação nas decisões automatizadas atua como espécie de mecanismo de reversão de vieses discriminatórios e contra a violação dos fundamentos constitucionais, atuando lado a lado com a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, mais precisamente o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 10, que tem o intuito de reduzir as desigualdades no interior dos países e entre os países, promover a inclusão social, econômica e política de todos, independentemente da idade, gênero, deficiência, raça, etnia, origem, religião, condição econômica ou outra.

Da mesma forma, põe-se em harmonia com o item 10.3 do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável – ODS nº 10 da Agenda 2030, que busca garantir a igualdade de oportunidades e a redução das desigualdades de resultados, inclusive por meio da eliminação de leis, políticas e práticas discriminatórias e da promoção de legislação.

Mais do que isso, o direito à explicação reforça a necessidade do escrutínio da decisão automatizada, tanto antecedente como consequente, para fins de preservação do direito à autodeterminação informativa, que é um dos fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira e foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como norma implícita na Constituição Federal de 1988, assim como ocorreu com o reconhecimento do direito fundamental à proteção de dados.

Ao estudar a competência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados como autoridade fiscalizadora do tema proposto, e que atua como uma autoridade de garantia de proteção e promoção no direito dos cidadãos, verificou-se a existência de um grau excessivo de discricionariedade na norma quando se trata da auditoria para verificação de aspectos discriminatórios na tomada de decisão automatizada. Essa auditoria nos casos de violação do direito à explicação poderá ocorrer quando o controlador deixar de fornecer as informações claras e precisas a respeito dos critérios

utilizados para tomada de decisão. Ou melhor, a Autoridade Nacional poderá ou não realizar a auditoria.

Ao ser atribuída pela norma uma discricionariedade para fins de qualificação do requisito do surgimento de um direito, no caso da presente pesquisa, no que se refere ao direito à explicação quando levantadas as hipóteses do segredo comercial e industrial, a lei acaba por ultrapassar os limites de atribuição e é omissa na atuação da intensidade adequada às necessidades de proteção dos titulares.

Frise-se que a investigação não tinha proposta de esgotar a questão quanto ao excesso de atribuição de discricionariedade em relação à Autoridade Nacional de Proteção de Dados, uma vez que demandaria uma pesquisa completa sobre o tema em razão da sua amplitude, o que fez com que o estudo tenha se limitado apenas ao exercício discricionário em relação ao direito à explicação.

Outro ponto que merece ainda ser investigado como sequência do tema apresentado nesta pesquisa é a eficiência da utilização do instituto do direito à explicação quando da utilização de mecanismos de inteligência artificial denominados de *machine learning*, prática que considera que os algoritmos são capazes de ensinar os outros algoritmos com a escolha de um resultado desejado. No mesmo caminho é questionável a eficiência nos casos da técnica de aprendizagem denominada de *Less than one-shot*, que é um modelo de inteligência artificial capaz de reconhecer de forma precisa mais objetos do que o número de exemplos aos quais foi treinada, o que representa um avanço de grande magnitude por se tornar um mecanismo mais barato e acessível em razão da utilização de um conjunto menor de dados utilizados.

O fato é que a eficiência do direito à explicação nos mecanismos de inteligência artificial acima levantados possui uma enorme gama de investigação que se tornará a cada dia mais necessária em razão dos desenvolvimentos tecnológicos que suscitam riscos de violação aos direitos fundamentais.

A pesquisa pretendeu chamar atenção para o estudo da existência do direito à explicação nas decisões automatizadas, especialmente analisando o tema à luz do devido processo informacional, especialmente pelo potencial discriminatório e pela necessidade de exaltar o titular como detentor do direito de fornecer ou não seus dados para tratamento, consagrando dentre outros fundamentos o da autodeterminação informativa, do livre desenvolvimento da personalidade, da dignidade da pessoa humana e o livre exercício da cidadania. Lançaram-se luzes também para a necessidade da revisão humana da decisão automatizada,

principalmente nos casos em que a decisão for intrinsecamente humana e carregar consigo um grau de discricão, como ocorre no direito sancionatório, por exemplo.

REFERÊNCIAS

ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. [S.l.], n. 2, p. 49-67, dez. 2001. ISSN 1677-1419. Disponível em: <Error! Hyperlink reference not valid.>. Acesso em: 25 jun. 2021.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 217 (III) A. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acessado em: 6 set. 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BACIGALUPO, Mariano. **La discricionalidad administrativa** (estrutura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 4ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e provas ilícitas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.), *Habeas Data*, São Paulo: RT, 1998.

BARROSO, Luis Roberto. **Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4865485/mod_resource/content/3/Os%20princ%C3%ADpios%20da%20razoabilidade%20e%20da%20proporcionalidade%20no%20direito%20constitucional.pdf.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2021.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BACIGALUPO, Mariano. **La discricionalidad administrativa (estrutura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución)**. Madrid: Marcial Pons, 1997.

BAZAN, Victor. ÉI hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa em perspectiva de derecho comparado. **Estudios Constitucionales**, Año 3, nº 2, Universidad de Talca, 2005, pp. 85-139.

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

BIONI, Bruno Ricardo. O dever de informar e a teoria do diálogo das fontes para a aplicação da autodeterminação informacional como sistematização para a proteção dos dados pessoais dos consumidores: convergências e divergências a partir da

análise da ação coletiva promovida contra o Facebook e o aplicativo “Lulu”. In: **Revista de Direito do Consumidor**. Ano 23. Vol. 94. Jul-ago/2014. Coord. Cláudia Lima Marques. São Paulo: Thomson Reuters, 2014.

BIONI, Bruno Ricardo, LEITE MONTEIRO, Renato, OLIVEIRA, Maria Cecília. **GDPR Matchup**: Brazil’s General Data Protection LAW, International Association of Privacy Professionals, 2018. Disponível em: <<https://iapp.org/news/a/gdpr-matchup-brazils-general-data-protection-law/>>. Acesso em: 23 maio 2021.

BIONI, Bruno; MARTINS, Pedro. **Devido processo informacional: um salto teórico-dogmático necessários?** DataprivacyBR. Publicado em: 22 jul 2020. Disponível em: <<https://dataprivacy.com.br/devido-processo-informacional-um-salto-teorico-dogmatico-necessario>>. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, DF: Presidência da República; 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 12.414, de 9 de junho de 2011**. Lei do Cadastro Positivo. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 9.507, de 12 de novembro de 1997**. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. **Medida Provisória nº 954, de 2020**. Compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações durante a emergência de saúde pública. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141619>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Direito Administrativo aprova 40 enunciados**. 10 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2020/08-agosto/i-jornada-de-direito-administrativo-aprova-40-enunciados>>. Acesso em: 12 maio 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº. 4.496, de 14 de agosto de 2019**. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), para definir a expressão “decisão automatizadas”. Brasília, DF: Senado

Federal, 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138136>>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387/DF. Relatora: Min. Rosa Weber. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 nov. 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201.819/RJ. Relator: Min. Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 out. 2006. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 673.707/MG. Relator: Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 jun. 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9487405>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

COLOMBO, Cristiano. Da privacidade como direito de personalidade no mundo virtual e sua positivação no ordenamento jurídico. **Revista Eletrônica Direito & TI**, v. 1, n. 2, 2015.

COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. **Convenção no 108**. Disponível em: <<https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional/Convencao108.htm>>. Acesso em: 31 out. 2021.

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

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

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DONEDA, Danilo et al. **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro, Forense, 2021.

DONEDA, Danilo et al., orgs.. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. São Paulo, Grupo Gen, 2020..

FRAZÃO, Ana. O direito à explicação e à oposição diante de decisões totalmente automatizadas. **Revista JOTA**, 05 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-direito-a-explicacao-e-a-oposicao-diante-de-decisoes-totalmente-automatizadas-05122018>>. Acesso em: 15 set. 2021.

FREITAS, Juarez, FREITAS, Thomas Bellini. **Direito e inteligência artificial**: em defesa do humano. Belo Horizonte, Fórum, 2020.

FUNDAÇÃO HEINRICH BÖLL. **Carta dos Direitos Fundamentais Digitais da União Europeia**. 28 jul. 2018. Disponível em: <<https://br.boell.org/pt-br/2018/07/25/carta-dos-direitos-fundamentais-digitais-da-uniao-europeia>>. Acesso em: 28 jul. 2021.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004.

GARCIA, Rafael Silveira. **O papel da autoridade nacional de proteção de dados e os colegitimados na defesa dos titulares de dados pessoais**. 2021. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Desenvolvimento) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

GRECO, Luís. **Poder de julgar sem responsabilidade do julgador: a impossibilidade jurídica do juiz robô**. São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020.

HILDEBRANDT, Mirelle. Defining Profiling: A New Type of Knowledge?. In: Hildebrandt, M., Gutwirth, S. (eds) **Profiling the European Citizen**. Springer, Dordrecht, 2008. ISBN 978-1-4020-6913-0. Disponível em: <<https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.629.6129&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2021.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito**. Rio de Janeiro, Forense, 2021.

LAZZARA, Paolo. **Autorità indipendente e discrezionalità**. Padova: CEDAM, 2001.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

LIMBERGER, Têmis. Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre, nº 60, ago./2007/abr./2008

MAFFINI, Rafael. **Discrecionalidade Administrativa: controle de exercício e controle de atribuição**. 2012. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/05/2012_05_2827_2848.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. **Revista Pensar**. V. 25. N. 4. 2020. Pensar: Rev. Pen., Fortaleza, CE, Brasil. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10828>>. Acesso: em 10 nov. 2021.

MENDES, Laura Schertel Ferreira, MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: conceito, fundamento legal e tipologia. **Direito Público**, Porto Alegre, vol. 16, n. 90, dez. 2019. pp. 38-64. Disponível em: <<https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/view/3766>>. Acesso em: 29 nov. 2020.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora Ltda., 1993.

MONTEIRO, Renato Leite. **Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais?** Instituto Igarapé, Artigo Estratégico nº 39, Dezembro de 2018.

MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas; PIÑAR MAÑAS, José Luis. **El derecho a la autodeterminación informativa**. Fundación Colóquio Jurídico Europeo. Madrid: J. San José S.A, 2009.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL- ONU BR. **A Agenda 2030**. Disponível em : <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 13 de mar. de 2021.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 3ª ed., São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 1996.

PINAR MANAS, Jose Luis. **Introducción:** Hacia un Nuevo Modelo Europeo de Protección de Datos. Reglamento General de Protección de Datos – Hacia un nuevo modelo de privacidad. Editora Reus: Madrid, 2016.

PIRES, Luiz Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PITTMAN, Larry J. The Elusive Constitutional Right to Informational Privacy. **Nevada Law Journal**: Vol. 19 : Iss. 1 , Article 5, 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1946**. Boffoni, 1947.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. A irrelevância da vontade do agente na teoria do ato administrativo. Terceiro Setor. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 25, 1999.

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

RODRIGUEZ, Daniel Piñero. **O direito fundamental à proteção de dados:** vigilância, privacidade e regulação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

ROLLINS, John B.. **Metodologia de base para ciência de dados IBM Watson**. 2015. Disponível em: <<https://www.ibm.com/downloads/cas/B1WQ0GM2>>. Acesso em: 28 nov. 2020.

RUARO, Regina Linden, SARLET, Gabrielle. O direito fundamental à proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro: uma análise acerca das hipóteses de tratamento e da obrigatoriedade do consentimento livre, esclarecido e informado sob o enfoque da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). In DONEDA, Danilo et al., orgs.. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. São Paulo, Grupo Gen, 2020, pp. 177-191.

RUARO, Regina Linden; SOUZA, Fernando Inglez de. Cenários de regulação da proteção de dados pessoais e os desafios de uma tutela efetiva no ordenamento jurídico brasileiro: a internet e suas implicações na privacidade e na proteção de dados pessoais. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, pp. 197-216, maio/jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; HARTMANN, Ivar Alberto Martins. **Direitos fundamentais e direitos privados**: a proteção da liberdade de expressão nas mídias sociais. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3755>>. Acesso em: 25 dez. 2021.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do Direito no Estado Democrático de Direito e seus modelos básicos**. Porto Alegre: Tese, 2002.

SOUZA, Carlos Affonso, PERRONE, Christian, MAGRANI, Eduardo, O direito à explicação entre a experiência europeia e a sua positivação na LGPD. In DONEDA, Danilo et al.. **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro, Forense, 2021, pp. 243-270.

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&from=DA>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Comunicação da comissão ao parlamento europeu, ao conselho, ao comité económico e social europeu e ao comité das regiões**. Uma abordagem global da protecção de dados pessoais na União Europeia. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0609 &from=ES>>. Acesso em: 14 out. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulação (EU) 2016/79**, Parlamento Europeu e do Conselho Europeu 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), Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, de 24 de outubro de 1995. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/LSU/?uri=celex:31995L0046>>. Acesso em: 31 out. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. **Jornal Oficial da União Europeia**. Estrasburgo, 24/10/1995. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex:31995L0046>>. Acesso em: 15 maio 2021.

VEGA GARCÍA, Pedro de. **La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales**. Disponível em: <<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3335>>. Acesso em: 26 dez. 2021

VEIGA, Fábio da Silva, BRITO, Paulo de, PIERDONÁ, Zélia Luiza. **Future Law**. Porto, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Universidade Lusófona do Porto, 2021, vol. 2.

ZANATTA, Rafael. Perfilização, discriminação e direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: MIRAGEM, Bruno; LIMA MARQUES, Claudia; MAGALHÃES, Lucia Ancona. **Direito do Consumidor: 30 anos do CDC**. Da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade. Rio de Janeiro: Forense, 2021.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br