



OS STANDARDS FIXADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADO Nº 26/DF E SUA APLICABILIDADE AO FENÔMENO DA DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTIMICA

Dérique Soares Crestane¹

Mateus Henrique Schoenherr²

Palavras-chave: ADO 26/DF; Direitos fundamentais; Discriminação algorítmica; Inteligência artificial; Standard protetivo.

Dentre as diversas ferramentas desenvolvidas pelo ser humano, os algoritmos destacam-se como o veículo que possibilitou o avanço da sociedade da informação a qual estamos imersos. Celulares, computadores e televisões - hoje acrescidos em seu nome do prefixo *smart* - têm como pressuposto um bom algoritmo que permita o melhor funcionamento do seu *hardware*. Neste cenário, algoritmos podem ser conceituados como uma sequência de instruções que dizem a um computador exatamente o que fazer (DOMINGOS, 2015).

Entretanto, nem todos os algoritmos possuem essa estrutura taxativa. Existem outros, os quais visam desenvolver uma inteligência superior à humana, a fim de solucionar problemas difíceis, a partir de uma análise massiva de dados entregues pelo programador. Trata-se do desenvolvimento de algoritmos de Inteligência Artificial (HOFFMANN-RIEM, 2020). Nos últimos tempos, a Inteligência Artificial (IA) alçou voos maiores e têm revelado efeitos desfavoráveis que colocam em debate os vieses que os algoritmos podem

¹ Mestrando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade I. Graduado em Direito pelo Centro Universitário da Região da Campanha - URCAMP. Integrante do grupo de pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da Jurisdição Constitucional - instrumentos teóricos e práticos", vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal. E-mail: <dscrestane@gmail.com>.

² Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bolsista do Programa UNISC de Iniciação Científica – PUIC. Integrante do grupo de estudos "Jurisdição Constitucional aberta", coordenado pela Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado e financiado pelo CNPq. E-mail: mateus.schoenherr@gmail.com.



incorporar. Definidos por comandos humanos, há registros de algoritmos que discriminam grupos historicamente marginalizados, fato que gera preocupação aos juristas mundiais (NOBLE, 2018).

As práticas discriminatórias no âmbito da IA podem ser perpetradas de diversas formas, sendo a mais comum aquela em que o algoritmo projeta sobre um indivíduo uma cognição gerada a partir de aspectos gerais (estereótipos) ao grupo que supostamente pertence. Essa frequente generalização com base em dados pretéritos e enviesados é capaz de gerar, quando na presença de um elemento *outsider* dessa logicidade geral, toda sorte de discriminações. Após a estruturação do algoritmo de IA, ela prossegue a construção do seu conhecimento a partir da interação com o usuário, que lhe alimenta com respostas que, sob um ponto de vista estrutural, geram um aperfeiçoamento do algoritmo, entretanto, diante de uma perspectiva material, pode proporcionar o enviesamento da inteligência (DOMINGOS, 2015).

Gerada a discriminação, há o interesse jurídico na sua repressão, a qual exige respostas legislativas. No caso brasileiro, inobstante em vigor a Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD (Lei nº 13.709/18), que apesar de ter regulado o tratamento dos dados pessoais, deixou de dispor especificamente acerca da discriminação algorítmica; existindo, atualmente, uma lacuna na lei positivada ordinária acerca dessa questão. Conforme Marsch (2020, p. 38), o Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) entendeu, em paradigmática decisão (*BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83*), que do direito fundamental à personalidade deduz-se existir uma esfera de proteção à autodeterminação informativa, que gera nos indivíduos direitos perante a divulgação, determinação e utilização dos seus dados pessoais. Nesse sentido, mesmo que inexistente legislação ordinária específica acerca da matéria, pode-se pensar também, com suporte na Jurisprudência de valores (LEAL, 2007), em deslindar os conflitos de discriminação algorítmica a partir dos valores e desdobramentos dos direitos fundamentais pertinentes consignados na Constituição Federal brasileira.



Diante deste cenário, questiona-se: existem *standards* protetivos fixados pelo Supremo Tribunal Federal, na ADO 26/DF, aplicáveis ao contexto de discriminação algorítmica, em razão do atual silêncio legislativo? O trabalho será construído e elaborado a partir do método de abordagem dedutivo, do método procedimental analítico, e da técnica da documentação indireta, partindo-se da compreensão de discriminação algorítmica, para a análise específica da decisão nacional. Em um primeiro momento, será realizado um estudo acerca dos algoritmos e das possibilidades de discriminação algorítmica. Após, será analisada a decisão proferida pelo STF, nos autos da ADO 26/DF, visando retirar *standards* protetivos fixados. Por fim, será verificada a aplicabilidade desses *standards* aos casos de discriminação algorítmica.

Mesmo que diante do contexto da discriminação contra homossexuais e transgêneros, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº. 26/DF, de relatoria do ministro Celso de Mello (BRASIL, 2019, p. 81), fixou qualificado *standard* acerca da discriminação, em sede de matéria com assento constitucional. O Supremo Tribunal Federal entendeu como situação omissa aquela em que a lei não pune a discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI). Veja-se que a discriminação algorítmica ainda não sofreu regulação legislativa, pelo menos para que se viabilize a proteção jurídica necessária. Essa normatização, em virtude do arranjo institucional dos Poderes no Brasil, é devida pelo Poder Legislativo. Mas isso não significa que se possa admitir a mora inconstitucional.

Nesse cenário, pode-se apontar como conclusão parcial da pesquisa que o STF fixou *standard* pelo qual é “solução possível para a colmatação do estado de mora inconstitucional” o enquadramento imediato das práticas discriminatórias, por efeito de mandados de constitucionais de criminalização, em conceitos de outros tipos penais, como aqueles previstos na Lei nº 7.716/89, que dispõe sobre os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (BRASIL, 2019, p. 2-12). Ainda, não se configura aqui a analogia *in malam partem* pois se trata de *standard* fixado em sede de interpretação conforme. Em outra oportunidade, na ADI 6327 MC-



Ref/DF, de relatoria do ministro Edson Fachin, a Corte fixou entendimento que a “ausência de lei não significa, afinal, ausência da norma”, de modo que não poderia ser um “óbice legítimo” para o afastamento jurisdicional da proteção dos direitos fundamentais (BRASIL, 2020, p. 14); fatos estes que constroem as motivações dessa conclusão parcial.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26*. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 22 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6327*. Relator: Ministro Edson Fachin, Brasília, DF, 03 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 maio 2021.

DOMINGOS, Pedro. *The master algorithm: how the quest for the ultimate learning machine will remake our world*. Basic Books: New York, 2015.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Artificial intelligence as a challenge for law and regulation. In: WISCHMEYER, Thomas; RADEMACHER, Timo (orgs.) *Regulating Artificial Intelligence*. Springer: Cham, 2020. p. 1–29.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARSCH, Nikolaus. Artificial Intelligence and the Fundamental Right to Data Protection: Opening the Door for Technological Innovation and Innovative Protection. In: WISCHMEYER, Thomas; RADEMACHER, Timo (orgs.) *Regulating Artificial Intelligence*. Springer: Cham, 2020. p. 33–52.

NOBLE, Safiya Umoja. *Algorithms of oppression: how search engines reinforce racism*. New York University Press: New York, 2018.