



DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA E AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA: APLICABILIDADE DO CASO “CENSUS JUDGMENT” DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO AO CENÁRIO BRASILEIRO¹

Lucas Moreschi Paulo²

Mateus Henrique Schoenherr³

A proteção de dados pessoais e sensíveis existe normativamente desde 2018 no Brasil. Contudo, ainda resta um vácuo legislativo para a tutela judicial da proteção jurídica contra ocorrências de discriminação algorítmica. O estado da arte de “soluções” das consequências desse fenômeno perpassa pelo debate multidisciplinar dos campos de conhecimento. Contudo, não se tem como objetivo neste trabalho propor remédios para combater, reduzir e/ou prevenir a ocorrência de discriminações no âmbito de algoritmos, pois almeja-se identificar a possibilidade (e a forma) de levar seu eventual episódio ao âmbito judicial, para, após isso, poder o Estado-juiz atuar para reprimi-lo.

Existir uma lacuna legislativa para colmatar as consequências discriminatórias da atuação dos algoritmos na sociedade não significa

¹ Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Teoria da essencialidade’ (*Wesentlichkeitstheorie*) e discriminação algorítmica: *standards* protetivos em face do Supremo Tribunal Federal e da Corte IDH – proposta de parâmetros de controle”, financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq (Bolsa de Produtividade em Pesquisa – Processo 309115/2021-3). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (ambos financiados pelo FINEP e ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – PPGD/UNISC). Também se insere no âmbito do projeto de cooperação internacional “Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana: recepção da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua utilização como parâmetro para o controle jurisdicional de Políticas Públicas pelos Tribunais Constitucionais”, financiado pela Capes (Edital PGCI 02/2015 – Processo 88881.1375114/2017-1 e Processo 88887.137513/2017-00).

² Advogado. Doutorando em Direito no PPGD/UNISC, bolsista PROSUC/CAPES. Mestre e graduado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Foi bolsista do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado, da FMP. Integrante do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, coordenado pela Prof.^a Dr.^a Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4330914363996350>. E-mail: lucasmoreschipaulo@gmail.com.

³ Acadêmico do Curso de Direito da UNISC. Bolsista de iniciação científica PROBIC/FAPERGS. Integrante do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, coordenado pela Prof.^a Dr.^a Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0040542292236692>. E-mail: mateus.schoenherr@gmail.com.



necessariamente a ausência de normas jurídicas que poderiam conduzir hermeneuticamente a soluções. Nesse compasso, chama-se atenção ao direito de autodeterminação informativa. Enquanto comparativo, parte-se de clássico julgamento do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), o qual fixou a proteção jurisprudencial à autodeterminação informativa.

Dessa forma, formula-se a seguinte problemática para a pesquisa, que será trabalhada sob o método de procedimento bibliográfico, a partir da técnica documentação indireta e método de abordagem hipotético-dedutivo: é possível garantir o resguardo jurídico contra a discriminação algorítmica, no Brasil, por meio da hermenêutica de proteção ao direito de autodeterminação informativa?

Como hipótese, utilizando-se a decisão proferida pelo *BVerfG* no *BvR* 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 (conhecido como “*Census Judgment*”), considerando a semelhança do Brasil com a Alemanha quanto ao regime jurídico protetivo dos direitos decorrentes da personalidade, é possível utilizar-se da hermenêutica da proteção à autodeterminação informativa para tutelar judicialmente as ofensas geradas pela discriminação algorítmica.

No desenvolvimento do trabalho, aborda-se que o nível tecnológico de rede chegou em um grau de sinergia com o ser humano e sua mente, em um alcance de inter-relacionamento nunca visto. O paradigma, para Castells (2011, p. 87), é o da ação sobre a informação, centralizando a experiência humana na valorização do fluxo informacional, colocando o homem no centro da criação e do direcionamento de algoritmos que sabem mais de um indivíduo do que esse sobre si mesmo (HARARI, 2016, p. 394).

Um algoritmo é geralmente descrito como um conjunto de instruções, em ordem, que determinam como realizar algo. O algoritmo nada mais é do que uma fórmula, onde as tarefas são colocadas em uma ordem específica para atingir um objetivo específico segundo uma ordem causal escalonada de fatores (CORMEN, 2013. p. 1). Também é importante notar que o objetivo dos algoritmos, como hoje existem, visam ao fim de resolver problemas e de auxiliar a tomada de decisão em primeiro lugar. Nesse sentido, um dos objetivos



fundamentais de um algoritmo é usar a probabilidade para fazer previsões. Embora os algoritmos não possam fornecer respostas exatas para todas as perguntas, eles podem analisar os dados (*inputs*) fornecidos e fornecer "suposições" coerentes e entregar resultados objetivos (*outputs* ou *outcomes*).

A tomada de decisões a partir do conhecimento a tais padrões estaticamente comprovados – ainda que verdadeiros no campo do processamento de dados por algoritmos – podem reproduzir vieses discriminatórios, seja pela conclusão da lógica impregnada na linguagem do algoritmo – que é programada por um ser humano (falível e com pré-conceitos por definição) – que podem conduzir a resultados discriminatórios, entre o nexo de causalidade das informações processadas e as correlações (bem, mal, bonito, feio, justo, injusto, viável e inviável) pré-definidos pelos programadores e controladores de dados. Tal é o viés algorítmico.

Mesmo antes da propagação de leis de proteção de dados, o Tribunal Constitucional Federal alemão (*BVerfG*), em 1983, já havia fixado histórico precedente em favor da “autodeterminação informativa” (*Informationelle Selbstbestimmung*), entendendo ser um direito derivado da personalidade e da dignidade humana. A decisão ficou conhecida como “*census judgment*” (julgamento do censo), visto que se referia a queixas da população alemã contra a recém aprovada Lei do Censo (“*1983 Federal Census Act*”), que previa que, para a realização da contagem populacional, seriam coletadas diversas informações pessoais dos cidadãos, pelas quais eram indesejadas de serem fornecidas por alguns deles. Parte da legislação foi anulada. Entendeu a Corte que o artigo 2.1 da Lei Fundamental, que prevê o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, estava diretamente correlacionado ao artigo 1.1, que dispõe acerca da cláusula geral da proteção da dignidade da pessoa humana.

Conforme síntese de Marsch (2020, p. 38), essa conjectura em torno do direito à “autodeterminação informativa”, gerada na literatura alemã desde o aludido veredito, tem sido interpretada não como um direito de propriedade do indivíduo (“*property right*”), em que haveria a possibilidade de – simplesmente, pela própria vontade –, dispor de dados pessoais; mas como um direito



fundamental instrumental (“*instrumental fundamental right*”), cujo objetivo é servir de apoio protetivo a outros direitos fundamentais. Ou seja, aqui se reforça a ideia de a autodeterminação informativa estar justamente vinculada à dignidade humana, da qual possui como características principais a inalienabilidade e inviolabilidade, conforme artigo 1.2 da Lei Fundamental da Alemanha.

Em que pese o Brasil ter sistematizado e incorporado uma proteção robusta à privacidade e aos dados pessoais e sensíveis, por meio da LGPD (2018), permitindo que seu tratamento ocorra caso autorizado por alguma das suas dez bases legais (artigo 7º), ainda assim existe uma insuficiência para a efetiva tutela judicial de discriminações geradas por algoritmos no âmbito digital. Agora, frente ao dever de proteção estatal (*Schutzpflicht*), especialmente aqui a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*), a omissão legislativa que sonda esse debate não é óbice legítimo para se permitir que direitos fundamentais não possam ter sua instrumentalidade perfectibilizada (GRIMM, 2007, p. 149). Recordar-se, consoante lição de Leal (2003, p. XV), que o Estado Democrático de Direito significa não uma resposta pela “mera legalidade”, porém, uma “legalidade qualificada por valores e princípios materiais, que se afiguram como sendo a base de todo o ordenamento jurídico”.

No caso brasileiro, o mesmo arcabouço protetivo é existente na Magna Carta. A dignidade da pessoa humana encontra-se como fundamento do Estado Democrático de Direito, a teor do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Por sua vez, a personalidade compõe a individualidade da pessoa, podendo-se falar em integridade física, psíquica e moral. Assim, faz parte da personalidade, por exemplo: o direito à vida (*caput*), assim como os direitos à imagem, à privacidade, à intimidade, e à honra (inciso X), conforme artigo 5º da Lei Maior (Constituição Federal do Brasil, 1988). Ademais, os direitos compositivos da personalidade humana também são abrangidos pelo Código Civil brasileiro, por meio dos seus artigos 11 ao 21, por exemplo.

Assim, proteger a personalidade e a autodeterminação informativa é exigir maior democraticidade dos espaços, programas e linguagens instrumentalizadas pelos sistemas de processamento de dados a partir de



inteligência artificial e algoritmos. O problema pode ser resolvido de múltiplas formas, como a auditabilidade dos códigos fonte e da linguagem dos *inputs* dos programas, mas tal não é o papel do Estado-juiz, mas sim do Estado-legislador. Ao Estado-juiz, por ora, e desde agora, carece a nobre função de coordenar o fluxo de fruição dos direitos fundamentais que guarnecem, ainda, a última linha de resistência à total consumerização dos usuários das redes, nos quais a mercadoria é o usuário, e não os produtos que ele consome.

Finalmente, e aqui atendendo à problemática da pesquisa, confirma-se a hipótese formulada, ao reconhecer que a decisão proferida no “*Census Judgment*” pelo *BVerfG* possui a possibilidade de aplicação igualmente à realidade brasileira, haja vista a semelhança do Brasil com a Alemanha quanto ao regime jurídico protetivo dos direitos decorrentes da personalidade e da dignidade da pessoa humana, podendo-se falar em direito à autodeterminação informativa, o que permite ao Estado-juiz tutelar e reprimir atos discriminatórios, sobretudo na nova ótica discriminatória da vida, a partir do processamento de dados pessoais e sensíveis via algoritmos.

Palavras-Chave: Autodeterminação informativa. Direito de personalidade. Discriminação algorítmica. Grupos vulneráveis. Proteção de dados.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Tribunal Federal Constitucional. **Census jugment** (BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83), 15 de dezembro de 1983. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1983/12/rs19831215_1bvr020983en.html.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: economia, sociedade e cultura**, v. 1: A sociedade em Rede. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

CORMEN, Thomas H. **Algorithms Unlocked**. Cambridge: MIT Press, 2013.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: Souza Neto, Cláudio Pereira (Org.). **A Constitucionalização do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.



HARARI, Yuval. N. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como Princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira**. Barueri: Manole, 2003.

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