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

Revista Jurídica NELB

Jus Scriptum

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
ANO 16 | VOLUME 6 | NÚMERO 2 | 2021

EDITORIAL

Academia em tempos de crise: um olhar para trás nos primeiros passos pós-pandêmicos
Academy in Crisis: taking a look back at the first post-pandemic steps
Cláudio Cardona

ARTIGOS

Da utilidade e das desvantagens da jurisprudência para a vida: a atualidade do pensamento de Julius Hermann von Kirchmann
Of the uses and disadvantages of jurisprudence for life: the actuality of Julius Hermann Von Kirchmann's thought
Diego Siqueira Rebelo Vale e Sandro Alex Souza Simões

Elementos distintivos del concepto de medidas regresivas en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Distinctive elements of the concept of retrogressive measures in the jurisprudence of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights
João Paulo de Godoy Valença

Viéses algorítmicos: paradigma ético e responsabilização no tratamento de dados no Direito brasileiro
Algoritmic bias: ethical paradigm and responsibility in data processing in Brazilian law
Gustavo da Silva Melo

Finanças climáticas e o Acordo de Paris: a atuação do Banco Mundial
Climate finance and the Paris Agreement: the role of the world bank
Caio Brilhante Gomes e Luciana Costa da Fonseca

A governança participativa da água no comitê da bacia hidrográfica do Rio Marapanim na Amazônia
Participatory water governance in the committee of the Marapanim River hydrographic basin in the Amazon
Natalia Mascarenhas Simões Bentes, Sandro Júnior do Carmo Alves e Rafaela Furtado da Cunha

A reduzida programação normativa das leis de proteção ambiental no Brasil e a sua interpretação metodicamente pouco organizada
The low level of regulatory programming of the environmental protection rules in Brazil and its methodically unorganized interpretation
Andreas J. Krell

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro

Revista Jurídica
NELB

Jus Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro

jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
Ano 16 • Volume 6 • Número 2
jul./set. 2021 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

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

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

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

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerique
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

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

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

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

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

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

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

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

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

Diretoria de Eventos
Dra. Thainara Nascimento, Diretora
Dr. Sandro Parente, Diretor
Dra. Dayane Chaves, Adjunta
Dra. Natália Farinha, Adjunta
Dra. Bruna Xavier, Assessora
Dr. Emmanuel Brasil, Assessor
Laura Viana, Assessora
Dr. Mateus Boscardin, Assessor
Dra. Brunna Mendes, Assessora
Dra. Maria Melo, Assessora
Dra. Gardênia Santiago, Assessora
Dr. Matheus Niewerth, Assessor
Dra. Carolina Xavier, Assessora
Dra. Yasmim Reis, Assessora
Dr. Leonardo Fleischfresser, Assessor
Dr. José Nilton Gomes, Assessor

Diretoria de Comunicação
Dra. Letícia Bittencourt, Diretora
Victor Gabriel, Diretor
Mylla Pucelli, Adjunta
Daniel Rosa, Adjunto
Rafaela Mascaro, Adjunto
Dr. André Trajano, Assessor
Paula Lourenço, Assessora-secretária

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

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

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

Diretoria de Apoio Pedagógico
Dra. Mileny Silva, Diretora
Roberta Viana, Diretora
Dra. Júlia Ronconi Costa, Adjunta
Dra. Larissa Lopes Matta, Assessora
Dra. Mariana Miranda, Assessora
Eric Alejandro, Assessor
Dra. Brunna Mendes, Assessora

Colaboradores da Direção Geral
Dra. Gabriele Lima

nelb.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
Ano 16 • Volume 6 • Número 2
jul./set. 2021 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

EDITORIAL

Academia em tempos de crise: um olhar para trás nos primeiros passos pós-pandêmicos
Academy in Crisis: taking a look back at the first post-pandemic steps
Cláudio Cardona

ARTIGOS

Da utilidade e das desvantagens da jurisprudência para a vida: a atualidade do pensamento de Julius Hermann von Kirchmann
Of the uses and disadvantages of jurisprudence for life: the actuality of Julius Hermann Von Kirchmann's thought
Diego Siqueira Rebelo Vale e Sandro Alex Souza Simões

Elementos distintivos del concepto de medidas regresivas en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Distinctive elements of the concept of retrogressive measures in the jurisprudence of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights
João Paulo de Godoy Valença

Viéses algorítmicos: paradigma ético e responsabilização no tratamento de dados no Direito brasileiro
Algoritmic bias: ethical paradigm and responsibility in data processing in Brazilian law
Gustavo da Silva Melo

Finanças climáticas e o Acordo de Paris: a atuação do Banco Mundial
Climate finance and the Paris Agreement: the role of the world bank
Caio Brilhante Gomes e Luciana Costa da Fonseca

A governança participativa da água no comitê da bacia hidrográfica do Rio Marapanim na Amazônia
Participatory water governance in the committee of the Marapanim River hydrographic basin in the Amazon
Natalia Mascarenhas Simões Bentes,
Sandro Júnior do Carmo Alves e Rafaela Furtado da Cunha

A reduzida programação normativa das leis de proteção ambiental no Brasil e a sua interpretação metodicamente pouco organizada
The low level of regulatory programming of the environmental protection rules in Brazil and its methodically unorganized interpretation
Andreas J. Krell

Viéses algorítmicos: paradigma ético e responsabilização no tratamento de dados no Direito brasileiro

Algoritmic bias: ethical paradigm and responsibility in data processing in Brazilian law

Gustavo da Silva Melo

SUBMISSÃO: 14 DE SETEMBRO DE 2021
APROVAÇÃO: 30 DE SETEMBRO DE 2021

O presente artigo tem como objeto a análise dos riscos causados pela discriminação algorítmica, com enfoque no seu paradigma ético e nas melhores alternativas para a reparação por eventuais danos causados no tratamento de dados. Para essa análise, o trabalho será dividido em três pontos: na primeira parte, serão vistos os aspectos gerais a respeito do algoritmo. Após será abordada a questão do seu paradigma ético. Por fim, serão examinadas as possibilidades de reparação por danos causados em função da discriminação algorítmica, analisando a responsabilidade civil no tratamento de dados. Através do estudo feito, será visto que a atividade algorítmica, pela ausência de um paradigma ético, deve ser realizada observando o dever geral de segurança consagrado na Lei Geral de Proteção de Dados, a fim de se evitar a ocorrência de decisões discriminatórias. Palavras-chave: Responsabilidade civil. Ética. Novas tecnologias. Algoritmo. Discriminação algorítmica.

This article aims to analyze the risks caused by algorithmic bias, focusing on its ethical paradigm and the best alternatives for solving the damage caused in the processing of data. For this analysis, the work will be divided into three points: in the first part, it will be seen the general aspects of the algorithm. Afterwards, it will be addressed the issue of its ethical paradigm. Finally, the possibilities of repairing damages caused by algorithmic discrimination will be examined, analyzing civil liability in data processing. Through the study done, it will be seen that the algorithmic activity, because of the absence of an ethical paradigm, must be carried out observing the general duty of security enshrined in the General Data Protection Law, in order to avoid the occurrence of discriminatory decisions. Keywords: Tort Law. Ethics. New technologies. Algorithm. Algorithmic bias.

1. Introdução

A atividade algorítmica – e sua capacidade decisória – é cada vez mais constante na sociedade. Seu intuito é trazer,

pela análise de dados, maior eficiência na tomada de decisões nas mais diversas áreas. A título ilustrativo, foi desenvolvido, recentemente, um algoritmo que consegue identificar tosse causada pelo novo coronavírus, inaudível para humanos. Assim, seria possível realizar uma triagem diária nas escolas, trabalho e transportes, inclusive identificando aqueles assintomáticos.[1]

Por outro lado, questionam-se os riscos que podem surgir em função da discriminação algorítmica na tomada de decisões automatizadas. Como forma de exemplificar isso, o *software* COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), que auxilia juízes dos Estados Unidos na avaliação da probabilidade de reincidência para fins de dosimetria da pena, foi duramente criticado. Isso porque ele tendia a apontar erroneamente réus negros como futuros criminosos, colocando-os na categoria de possíveis reincidentes quase duas vezes mais do que os réus brancos, enquanto os réus brancos foram classificados mais frequentemente como menos perigosos do que os réus negros, numa nítida discriminação racial.[2]

Diante desse cenário, há grande discussão sobre os limites de se deixar as decisões a cargo do algoritmo, e os danos que podem ser gerados em função dos vieses algorítmicos. Desse modo, o presente artigo objetiva justamente analisar, através do método dedutivo, a problemática da discriminação algorítmica, com enfoque no seu paradigma ético e nas melhores alternativas, sob a ótica da responsabilidade civil, de reparação por eventuais danos causados no tratamento dos dados.

Para tanto, este trabalho será dividido em três pontos:

1 BBC. Algorithm spots 'Covid cough' inaudible to humans. Disponível em: https://www.bbc.com/news/technology-54780460. Acesso em: 26. dez. 2020.
2 CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Discriminação algorítmica e transparência na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, v. 8, jul.-set. 2020.

na primeira parte, serão vistos os aspectos gerais a respeito do algoritmo, com destaque para o seu conceito, os vieses algorítmicos e a sua relação com o princípio da não discriminação. Após, será abordada a questão do paradigma ético do algoritmo (que se faz importante a fim de evitar a ocorrência de danos), relacionando com os pensamentos dos autores filosóficos, com destaque para os pensamentos utilitarista e deontológico.

Em uma terceira parte, serão analisadas as possibilidades de reparação por danos causados em função da discriminação algorítmica, analisando a responsabilidade civil no tratamento de dados, com destaque para a discussão na doutrina se essa responsabilidade seria objetiva ou subjetiva. A pesquisa será bibliográfica, utilizando obras nacionais e estrangeiras.

Dessa forma, o artigo busca debater tema de suma relevância para o desenvolvimento tecnológico brasileiro, com o objetivo de analisar as possibilidades de reparação em casos envolvendo danos causados por discriminação algorítmica, bem como o paradigma ético a ser aplicado no algoritmo para que se evite tais danos.

2. Noções básicas sobre algoritmos e seus vieses

Um algoritmo é comumente descrito como um conjunto de instruções, organizadas de forma sequencial, que determina como algo deve ser feito.[3] Pedro Domingos, professor português de ciências da computação da Universidade de Washington, explica que todo algoritmo tem uma entrada (*input*), e uma saída (*output*): os dados entram no computador, o algoritmo faz o que precisa com eles, e um resultado é

3 MENDES, Laura Schertel; MATIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. RDU, Porto Alegre, Volume 16, n. 90, 2019, 39-64, nov-dez 2019, p. 42.

produzido.[4] Já na técnica de *machine learning*, por outro lado, os dados entram no computador, e o algoritmo cria outros algoritmos; assim, por essa técnica, os computadores escrevem seu próprio programa.[5]

O algoritmo objetiva, como ensinam Marcela Mattiuzzo e Laura Schertel Mendes, principalmente, auxiliar na tomada de decisões, utilizando-se de previsões probabilísticas através da análise dos dados fornecidos.[6] Franke Pasquale observa, contudo, que os algoritmos não estão imunes ao problema da discriminação, já que são programados por seres humanos, cujos valores estão embutidos no *software*.[7] Mesmo algoritmos neutros irão produzir resultados discriminatórios, pois treinam e operam no mundo real, em que há discriminação.[8]

São os chamados vieses algorítmicos. Nesse sentido, Franke Pasquale utiliza o termo *black box*, ou caixa preta, em que as pessoas conseguem observar os *inputs* e os *outputs* – ou seja, os dados que entram e o resultado que sai do algoritmo – mas não é possível explicar como um se transformou no outro.[9]

Um exemplo de viés algorítmico é o de que, se alguém acredita que as mulheres são inapropriadas para a engenharia mecânica, e essa pessoa programa um algoritmo que internaliza tal lógica, o *output* de tal algoritmo poderá apresentar essas mesmas inclinações.[10]

4 DOMINGOS, Pedro. O algoritmo mestre: como a busca pelo algoritmo de machine learning definitivo recriará nosso mundo. São Paulo: Novatec, 2017. E-book.
5 DOMINGOS, Pedro. O algoritmo mestre: como a busca pelo algoritmo de machine learning definitivo recriará nosso mundo. São Paulo: Novatec, 2017. E-book.
6 MENDES, Laura Schertel; MATIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. RDU, Porto Alegre, Volume 16, n. 90, 2019, 39-64, nov-dez 2019, p. 42.
7 PASQUALE, Frank. The black box society: the secret algorithms that control money and information. Harvard University Press, 2015, p. 38.
8 CHANDER, Anupam. The racist algorithm? Michigan Law Review, vol. 115:1023, p. 1023/1045, 2017, p. 1036.
9 PASQUALE, Frank. The black box society: the secret algorithms that control money and information. Harvard University Press, 2015, p. 3.
10 MENDES, Laura Schertel; MATIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica:

Nesse contexto, destaca Ana Frazão que, ainda que os dados e o processamento sejam de qualidade, várias correlações podem não corresponder a relações de causalidade, da mesma forma que a estatística não responde às mais altas indagações em torno da causalidade.[11] São as chamadas correlações espúrias, em que uma decisão poderia ser tomada em relação a uma certa pessoa com base em dados aleatórios, sem qualquer relação com o assunto objeto da decisão, com a simples justificativa de guardar uma correlação estatística, e não causal, com a informação buscada.[12]

Relacionando as correlações espúrias com o exemplo anterior envolvendo mulher e engenharia, mesmo que o designer do algoritmo não acredite que os homens seriam engenheiros melhores, existindo no conjunto de dados elementos a indicar que o gênero pode ser uma variável relevante – por conta do maior número de homens no ramo da engenharia, por exemplo –, o *output* poderia reproduzir as condições discriminatórias ao invés de auxiliar a superá-las.[13]

Eduardo Magrani complementa afirmando que, com os atuais métodos de coleta e cruzamento de dados, formas obscuras de discriminação por raça, idade, gênero ou condição social podem surgir, de modo que é necessário a previsão legal do princípio da não discriminação.[14] Nesse sentido, destaca-se que tal princípio está consagrado no artigo 6º, in-

Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. RDU, Porto Alegre, Volume 16, n. 90, 2019, 39-64, nov-dez 2019, p. 40.

11 FRAZÃO, Ana. Responsabilidade civil de administradores de sociedades empresárias por decisões tomadas com base em sistemas de inteligência artificial. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Org.). Inteligência artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.

12 DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel; DE SOUZA, Carlos Affonso Pereira; DE ANDRADE, Norberto Nuno Gomes. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. Pensar - Revista de Ciências Jurídicas, v. 23, p. 1-17, 2018, p. 6.

13 MENDES, Laura Schertel; MATIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. RDU, Porto Alegre, Volume 16, n. 90, 2019, 39-64, nov-dez 2019, p. 41.

14 MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2 ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019, p. 112.

ciso IX, da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).[15]

Para melhor compreender esse princípio, faz-se necessário explicar o termo "discriminação". Como explica Marcela Mattiuzzo, ao contrário do que se pensa, não é um termo propriamente pejorativo, estando mais ligado a uma ideia de generalização, em que se utilizam informações que se conhece para inferir outras informações.[16] Dessa forma, nem toda generalização seria ruim, dando o exemplo de que apenas pessoas acima de 18 anos podem dirigir.[17] Assim, por mais que haja uma discriminação – uma distinção, uma diferenciação – não há, contudo, um sentido negativo nesse exemplo.

Nesse sentido, Jorge Cesa Ferreira da Silva afirma que o significado original do termo "discriminação" diz respeito a um sentido neutro e que, ao longo do século XX, a palavra ganhou um forte sentido negativo, passando a ser compreendida como um tratamento desigual, uma desvantagem ou uma depreciação injustificadamente imposta a alguém.[18]

Diante desse contexto, Bruno Miragem explica que o princípio da não discriminação está relacionado àquela discriminação ilícita, ou seja, contrária à lei, dando como exemplo a violação ao artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, que veda preconceitos de origem de raça, sexo e cor; e à discriminação abusiva, isto é, que não esteja de acordo com a

15 Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: (...) IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

16 MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: reflexões no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), a caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.

17 MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: reflexões no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), a caminho da efetividade: contribuições para a implementação da LGPD. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.

18 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Antidiscriminação e contrato: a integração entre proteção e autonomia. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.

finalidade para a qual se realiza determinada diferenciação.[19] Ele dá como exemplo de discriminação abusiva a recusa de fornecimento ou serviço a quaisquer pessoas em razão de sua orientação sexual.[20]

O autor explica que, dentre os instrumentos previstos na Lei Geral de Proteção de Dados para impedir o tratamento de dados discriminatório, está a previsão do direito do titular dos dados de revisão das decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado, nos termos do art. 20, da LGPD[21], inclusive, nos termos do parágrafo §2º desse artigo[22], podendo ser realizada auditoria para verificação dos aspectos discriminatórios no tratamento dos dados.[23]

Entretanto, destaca-se que a Medida Provisória n.º 869/2018 retirou a obrigatoriedade de a revisão ser feita por pessoa natural; assim, as decisões automatizadas equivocadas poderão acabar sendo revisadas por outra máquina, tornando quase inócuo o pedido de revisão.[24] Dessa forma, tendo em vista que há discussão sobre a efetividade desse artigo, e como forma de se prevenir que a situação chegue a esse ponto, faz-se necessário analisar o paradigma ético na sua programação, que será analisado no próximo ponto.

19 MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coords.) Responsabilidade civil e novas tecnologias. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2020. E-book.

20 MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coords.) Responsabilidade civil e novas tecnologias. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2020. E-book.

21 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.

22 §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.

23 MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coords.) Responsabilidade civil e novas tecnologias. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2020. E-book.

24 MEDON, Filipe. Inteligência artificial e responsabilidade civil: autonomia, riscos e solidariedade. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 305.

3. Paradigma ético

Uma das alternativas para dirimir a discriminação algorítmica é através da criação de diretrizes éticas. Todavia, na grande maioria das vezes em que se debate a respeito do assunto, não há uma explicação sobre que ética se pretende utilizar – em outras palavras, não há uma relação entre a ética e os pensamentos da filosofia clássica. Nas poucas vezes em que há essa associação com o pensamento filosófico clássico, questiona-se se seriam aplicadas as ideias da corrente utilitarista ou da deontologia. Assim, a fim de se ter uma melhor compreensão, mostra-se necessário, nessa parte, fazer uma explicação desses dois pensamentos.

A corrente do utilitarismo foi criada no século XIX na Europa por Jeremy Brentham e John Stuart Mill e, nas palavras de Michael Sandel, o seu objetivo é *"maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor"*.[25] Luc Ferry afirma que, para os utilitaristas, uma ação é boa quando tende a alcançar a maior felicidade para o maior número possível de seres afetados por essa ação, podendo haver casos em que se pode exigir sacrifício individual em nome da felicidade coletiva.[26]

John Rawls, na sua obra Uma Teoria da Justiça, vai criticar o utilitarismo. Segundo o autor, o utilitarismo está centrado na maximização do bem coletivo, o que pode violar o direito que cada indivíduo possui.[27] Ele afirma que essa teoria não leva a sério a diferença entre as pessoas[28], o que é, justamente, o que se quer evitar para que não ocorra os vieses algoritmos.

25 SANDEL, Michael J. Justiça – O que é fazer a coisa certa? 13ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 48.
26 FERRY, Luc. Kant: une lecture de trois critiques. Paris: Editions Bernards Grasset, 2006, p. 68.
27 RAWLS, John. Uma teoria da justiça. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 29.
28 RAWLS, John. Uma teoria da justiça. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 30.

Nesse sentido, observa-se o seguinte cenário como exemplo para demonstrar essa crítica: cinco pessoas estão morrendo e aguardam no hospital por um transplante, cada uma precisando de um órgão diferente. Uma sexta pessoa aparece no hospital para fazer exames, com todos os órgãos funcionando. Do ponto de vista utilitarista, seria moralmente correto matar essa sexta pessoa, independente do seu direito individual, e doar os seus órgãos para as outras cinco, pois iria maximizar o bem-geral, já que cinco vidas têm mais utilidade que uma.[29]

Ainda, Eduardo Magrani ressalta que o utilitarismo parece exigir que os agentes calculem todas as consequências que seus atos terão no futuro, o que seria praticamente impossível, sobretudo na área tecnológica.[30]

Já quanto à deontologia, ela se enquadra no domínio das teorias morais que orientam e avaliam o que se deve fazer e, ao contrário da teoria utilitarista, julga a moralidade das escolhas individualmente.[31] O primeiro e principal filósofo dessa corrente é Immanuel Kant, que afirma que a moral não está relacionada ao aumento da felicidade, mas sim no respeito às pessoas como fins em si mesmas.[32]

Kant não centra a moralidade na busca da felicidade, mas sim na preservação de um ideal vinculado à autonomia da vontade, à liberdade humana e à igualdade absoluta entre os seres humanos.[33] Para este filósofo, o ser humano é um animal racional, e, ao contrário dos utilitaristas, que viam na

29 MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2 ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019, p. 141.
30 MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2 ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019, p. 143.
31 MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2 ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019, p. 144.
32 SANDEL, Michael J. Justiça – O que é fazer a coisa certa? 13ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 137.
33 DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 50/51.

razão um instrumento para que se possa atingir determinados objetivos, a razão não se trata de um instrumento, mas sim de uma razão prática pura, que cria suas leis, independente de quaisquer objetivos empíricos.[34]

Nesse contexto, é com base nessa razão que haveria uma lei universal, alcançável por meio do imperativo categórico, apresentado por Kant em três formulações[35]: a primeira é *"age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne universal"*.[36]

Em sua obra Fundamentação da Metafísica dos Costumes, o filósofo usa o exemplo de uma pessoa que precisa de dinheiro emprestado e que sabe que não vai conseguir devolver. Se isso fosse usado como uma lei universal (a pessoa está em apuros e faz uma promessa que sabe que não irá cumprir), tornaria impossível a promessa e a sua finalidade, pois ninguém acreditaria em qualquer coisa que lhe fosse prometida.[37]

A segunda formulação seria *"age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa, como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio"*.[38] Essa formulação é de suma importância para enfrentar os vieses algorítmicos, pois demonstra o respeito pela humanidade em si, pela capacidade racional que o ser humano possui. Nesse contexto, Michael Sandel afirma que, para Kant, a justiça obriga a preservar os direitos de todos, independentemente de onde vivam ou do grau de conheci-

34 SANDEL, Michael J. Justiça – O que é fazer a coisa certa? 13ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 150/151.
35 No presente trabalho, serão abordadas apenas as duas primeiras formulações, não sendo analisada a terceira (Age segundo máximas que possam simultaneamente ter-se a si mesmas por objecto como leis universais da natureza.).
36 KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 59.
37 KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 60/61.
38 KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 69.

mento, simplesmente porque são seres racionais e, portanto, merecedores de respeito.

Nesse sentido, ainda, Eduardo Magrani explica que, enquanto que, para os utilitaristas, a identidade e os interesses do ator devem ser desconsiderados na hora de se julgar uma ação, na deontologia as teorias morais deontológicas reconhecem a importância da existência de obrigações especiais, e, nesse ponto, a identidade do agente faz uma diferença crucial para a decisão do que se deve fazer.[39] Assim, para se evitar os vieses algorítmicos, justamente por se analisar a identidade do agente, a ideia da deontologia, nesse aspecto, prevalece sobre a ideia utilitarista.

Assim, entende-se que a perspectiva deontológica seria a melhor opção na elaboração de diretrizes éticas para se evitar os vieses algorítmicos, justamente por estar relacionada à proibição de se usar uma pessoa como um meio e não como um fim em si mesma.

Uma alternativa a essa discussão entre o dualismo utilitarismo e deontologia seria através de uma ética centrada na ideia de Aristóteles. Ressalta-se, contudo, que, tratando-se de uma discussão sobre o paradigma ético do algoritmo, a doutrina não discute o pensamento aristotélico, centrando o debate entre o pensamento utilitarista e deontológico.

Para Aristóteles, a justiça particular se divide em duas: distributiva e comutativa (ou corretiva). A justiça distributiva é aquela que busca a repartição de bens ou encargos com base nas características pessoais destes.[40] Já a justiça comutativa é pensada em termos de igualdade absoluta, em que as características dos seres humanos são absolutamente abs-

39 MAGRANI, Eduardo. Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade. 2 ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019, p. 147.
40 DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 37.

traídas, determinando uma correção de maneira a restabelecer a igualdade perdida.[41]

Utilizando-se do pensamento aristotélico, Gordley entende que os princípios da busca da felicidade através das virtudes (principalmente da justiça e da prudência), da justiça distributiva e da justiça comutativa servem de base para a compreensão dos diversos institutos de direito privado.[42] Segundo o autor, a prudência, como todas as virtudes, é adquirida por ação voluntária, levando em consideração as consequências de suas ações, até que se torne habitual.[43]

Entretanto, por se tratar de uma ideia complexa, envolvendo a análise de inúmeras variantes abstratas – como, por exemplo, o conceito de prudência – entende-se, no atual estado da arte, ser muito difícil a aplicação de tal pensamento na programação do algoritmo.

De qualquer modo, tendo em vista que sequer há uma governança com diretrizes éticas estabelecidas no Brasil a respeito dos algoritmos, os vieses algorítmicos têm grande potencial de surgirem, causando danos, razão pela qual se mostra importante analisar a discriminação algorítmica no tratamento de dados.

4. Responsabilidade civil no tratamento de dados

Antes de adentrar no ponto, a fim de melhor compreender este ponto, mostra-se importante fazer uma breve conceituação a respeito do que seria o *profiling* (ou, em uma tradução para a língua portuguesa, perfilização). A esse respeito, Bruno Bioni conceitua como a técnica em que os

41 DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Fundamentos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo e o funcionalismo no Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 47/48.
42 DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Fundamentos do Direito Privado: uma Teoria da Justiça e da Dignidade Humana. 2ª Ed. Revista e Ampliada. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 97.
43 GORDLEY, James. The moral foundations os Private Law. The American Journal of Jurisprudence, v. 47, 2002, p. 13.

dados pessoais de um indivíduo formam um perfil a seu respeito para a tomada de inúmeras decisões, sendo tudo calibrado com base nesses estereótipos – inclusive, o próprio conteúdo acessado na Internet.[44]

Danilo Doneda explica que, através do *profiling*, os dados pessoais são tratados com o auxílio de métodos estatísticos e de técnicas de Inteligência Artificial, com o fim de se obter uma "metainformação", que consistiria numa síntese dos hábitos, preferências pessoais e outros registros da vida desta pessoa.[45] O resultado obtido através dessa análise pode então ser utilizado para traçar um quadro das tendências de futuras decisões, comportamentos e destino deste indivíduo.[46]

A Lei Geral de Proteção de Dados não trouxe consigo um conceito jurídico de perfilização, tampouco uma regra geral de proibição.[47] Está brevemente abarcado no artigo 12, § 2º, da Lei Geral de Proteção de Dados[48], que afirma que poderão ser igualmente considerados como dados pessoais aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada.

Dessa maneira, tendo em vista que não há um conceito

44 BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book.

45 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book.

46 DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book.

47 ZANATTA, Rafael A. F. Perfilização, discriminação e direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: Researchgate, p. 1-26, fev. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 04 de out. 2020, p. 6.

48 Art. 12. Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido. (...) § 2º Poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada.

jurídico ou uma regra geral de proibição regulando a perfilização na LGPD, a técnica do *profiling* pode causar danos ao titular de dados se houver uma discriminação algorítmica. O exemplo clássico é o que aconteceu em Londres, em que se observou, em uma pesquisa para cotar seguros de carro, que um indivíduo de nome Mohammed, com o mesmo endereço, a mesma faixa etária, e a mesma renda de um sujeito chamado John, poderia pagar até 1000 libras a mais no preço do seguro.[49]

Facchini e Colombo questionam se, caso haja um dano em virtude de alguma no perfil comportamental de uma pessoa, este não poderia ser enquadrado como um dano estético digital.[50] Para construir essa definição, os autores se baseiam na ideia desenvolvida por Stefano Rodotà de que a pessoa teria um "corpo eletrônico"[51], ou seja, a pessoa, além da massa física, teria uma dimensão digital e que, à medida em que as ferramentas de tratamento de dados estão cada vez mais precisas (e aqui pode-se destacar a técnica de *machine learning*, por exemplo), esta representação virtual está cada vez mais detalhada.

Eles explicam que terceiros, ao terem ciência do resultado algorítmico discriminatório, poderão tomar decisões que afetarão tanto a vida digital, quanto a real do indivíduo.[52]

49 THE SUN. Motorists fork out £1,000 more to insure their cars if their name is Mohammed. Disponível em: https://www.thesun.co.uk/motors/5393978/insurance-race-row-john-mohammed/. Acesso em: 15 set. 2020.

50 FACCHINI NETO, Eugênio; COLOMBO, Cristiano. "Corpo Elettronico" como vítima de ofensas em matéria de responsabilidade civil por danos à luz da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Brasileira e a viabilidade da aplicação da noção de dano estético ao mundo digital. Responsabilidade civil: novos riscos. Organizado por Nelson Rosenvald, Rafael de Freitas Valle Dresch e Tula Wesendonck. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2019, p. 59.

51 A esse respeito, Stefano Rodotà conceitua: "Lo mismo sucede con el cuerpo electrónico: está formado por un conjunto de informaciones que afectan a un sujeto, pero que, cuando salen al exterior, se transforman: se distribuyen por el mundo, quedan a disposición de una multiplicad de sujetos los cuales, a su vez, contribuyen a la definición de las identidades de otro, construyendo y difundiendo perfiles individuales, de grupo, sociales." In: RODOTÀ, Stefano. El derecho a tener derechos. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 34.

52 FACCHINI NETO, Eugênio; COLOMBO, Cristiano. "Corpo Elettronico" como vítima de ofensas em matéria de responsabilidade civil por danos à luz da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Brasileira e a viabilidade da aplicação da noção de dano estético ao mundo digital. Responsabilidade civil: novos riscos. Organizado por Nelson Ro-

É como se a pessoa apresentasse uma cicatriz indisfarçável, com potencial de gerar condutas discriminatórias.[53]

Dessa maneira, podendo haver dano causado por violação à Lei Geral de Proteção de Dados no tratamento de dados, há a possibilidade de responsabilização civil, nos termos do artigo 42, da LGPD, que afirma que o controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, causar dano à outrem, é obrigado a repará-lo.[54]

Aqui, cabe conceituar as figuras de operador e controlador. Nos termos do artigo 5º, inciso VI, da LGPD, o controlador é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais, enquanto, nos termos do inciso VII deste artigo, o operador é aquele que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador.[55]

Há discussão na doutrina se a responsabilidade civil na LGPD seria objetiva ou subjetiva. Os que defendem que a responsabilidade seria subjetiva, como Gizela Sampaio da Cruz Guedes, entendem que assim o seria pois o legislador criou uma série de deveres de cuidado que devem ser seguidos pelo operador e pelo controlador, sob pena de virem a

senvald, Rafael de Freitas Valle Dresch e Tula Wesendonck. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2019, p. 60.

53 FACCHINI NETO, Eugênio; COLOMBO, Cristiano. "Corpo Elettronico" como vítima de ofensas em matéria de responsabilidade civil por danos à luz da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Brasileira e a viabilidade da aplicação da noção de dano estético ao mundo digital. Responsabilidade civil: novos riscos. Organizado por Nelson Rosenvald, Rafael de Freitas Valle Dresch e Tula Wesendonck. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2019, p. 61.

54 Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo

55 Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais; VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;

ser responsabilizados.[56]

Para a autora, se o que se pretendesse era responsabilizar independente de culpa, não faria sentido criar deveres a serem seguidos, e tampouco responsabilizá-los quando tiverem cumprido perfeitamente esses deveres.[57] Fernando Antônio Tasso complementa argumentando que, tendo em vista que a regra geral da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro é a subjetiva, o legislador teria incluído no artigo 42, da LGPD, a expressão *"independentemente de culpa*" – como na cláusula geral do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro[58] – para indicar de modo inequívoco que a responsabilidade seria objetiva.[59]

Por outro lado, Danilo Doneda e Laura Schertel Mendes afirmam que se trataria de uma responsabilidade objetiva pelo risco, sob o argumento de que a LGPD tem como um de seus principais fundamentos a diminuição de riscos de dano, ao minimizar as hipóteses de tratamento àquelas que sejam, em um sentido geral, úteis e necessárias.[60]

Nessa mesma linha, Caitlin Mulholland também entende ser centrada no risco, pois os danos resultantes da atividade desempenhada pelo agente de tratamento de dados são quantitativamente elevados, porquanto atinge um número indeterminado de pessoas, e qualitativamente graves, por-

56 GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Regime de responsabilidade civil pela lei de proteção de dados brasileira. Caderno especial LGPD. São Paulo: RT, novembro 2019, pp. 167-182, p. 172/173.

57 GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Regime de responsabilidade civil pela lei de proteção de dados brasileira. Caderno especial LGPD. São Paulo: RT, novembro 2019, pp. 167-182, p. 173.

58 Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

59 TASSO, Fernando Antônio. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. In: Cadernos Jurídicos, ano 21, nº 53. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, jan-mar/2020. pp. 97-115, p. 107.

60 MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 27, n. 120, p. 469-483, nov./dez. 2018, p. 474.

que violam direitos que possuem natureza personalíssima.[61] Anderson Schreiber acrescenta que poderia ser aplicado o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil brasileiro, tendo em vista que o tratamento de dados pessoais se trata de atividade caracterizada pela hiperconectividade e pela demanda insaciável por exposição, suscitando, pois, risco excessivo.[62]

Ainda, destaca-se a responsabilidade trazida por Maria Celina Bodin de Moraes e João Quinelato de Queiroz, chamada de 'responsabilidade proativa", ligada a uma ideia de prestação de contas, em uma interpretação com o artigo 6º, inciso X, da LGPD[63], e que determina que não é suficiente para as empresas cumprirem os artigos da lei, sendo necessário também comprovar a adoção de medidas eficazes e capazes de mostrar a observância e o cumprimento da LGPD.[64]

Por outro lado, Rafael Dresch e José Luis Faleiros defendem uma responsabilidade civil objetiva especial, tendo em vista que a Lei Geral de Proteção de Dados consagrou um dever geral de segurança, nos termos do artigo 46[65] dessa lei.[66] Para fazer essa construção, Rafael Dresch explica

61 MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade civil por danos causados pela violação de dados sensíveis e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. (Lei 13.709/2018). In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coords.). Responsabilidade civil e novas tecnologias. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2020. E-book.

62 SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: DONEDA, Danilo et al. Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 328.

63 Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: (...) X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

64 BODIN DE MORAES, Maria Celina. QUINELATO DE QUEIROZ, João. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD. In: Cadernos Adenauer XX, nº 3. Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2019, pp. 113-136, p. 129.

65 Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

66 DRESCH, Rafael de Freitas Valle; FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura. Reflexões sobre a responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018). Responsabilidade civil: novos riscos. Organizado por Nelson Rosenvald, Rafael de Freitas Valle Dresch e Tula Wesendonck. Indaiatuba, SP, Editora Foco, 2019, p. 82.

que, tendo em vista que o artigo 42 da LGPD prevê, para a ocorrência de responsabilização, a violação à legislação de proteção de dados pessoais, resta clara a ideia de que deve haver um ato ilícito no tratamento dos dados, o que afastaria, portanto, a atividade de risco como elemento central da responsabilidade.[67]

O ilícito poderia ser específico, caracterizado pela contrariedade a deveres expressamente estabelecidos em lei para o tratamento de dados, ou poderia ser um ilícito geral, pela falta ao dever de segurança – tratamento irregular – em termos similares aos da disciplina jurídica do Código de Defesa do Consumidor para a responsabilidade civil pelo fato do serviço.[68] Tem-se, assim, um dever geral de cautela desdobrado da consagração de um regime de imputação baseado na verificação e demonstração do defeito na prestação de serviço relacionado aos processos de coleta, tratamento e armazenagem de dados.[69]

Aqui, filia-se a este último entendimento, de uma responsabilidade objetiva especial, uma vez que, da análise da LGPD – mais precisamente, dos artigos 44 e 46 – observa-se a intenção do legislador de consagrar um dever geral de segurança.

67 DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A especial responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/330019/a-especial-responsabilidade-civil-na-lei-geral-de-protecao-de-dados. Acesso em: 13 de dez. 2020.

68 DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A especial responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/330019/a-especial-responsabilidade-civil-na-lei-geral-de-protecao-de-dados. Acesso em: 13 de dez. 2020.

69 DRESCH, Rafael de Freitas Valle; FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura. Reflexões sobre a responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018). Responsabilidade civil: novos riscos. Organizado por Nelson Rosenvald, Rafael de Freitas Valle Dresch e Tula Wesendonck. Indaiatuba, SP, Editora Foco, 2019, p. 85.

5. Considerações finais

Como visto, o uso da atividade algorítmica pode gerar discriminação, seja porque o programador embutiu o seu viés no *software*, seja em função das correlações espúrias, em que uma decisão pode ser feita com base em dados aleatórios, com a justificativa de guardar uma correlação estatística, e não causal.

A fim de tentar evitar esses vieses, a LGPD, no seu artigo 6, inciso IX, consagrou o princípio da não discriminação, que se refere àquela discriminação ilícita, contrária à lei, e abusiva, isto é, que não esteja conformidade com a finalidade para a qual se realiza determinada distinção. Em outras palavras, é permitida a generalização, desde que não esteja em contrariedade à lei.

Outra forma de evitar a ocorrência da discriminação algorítmica é através da criação de um paradigma ético. Nesse sentido, foi feita uma análise dos pensamentos utilitaristas e deontológicos a fim de se verificar qual seria a melhor ética, do ponto de vista filosófico, a ser estabelecida. Ainda, foi vista uma terceira alternativa, qual seja, a do pensamento aristotélico. De qualquer modo, observou-se que, tendo em vista não haver um paradigma ético estabelecido no Brasil, a atividade algorítmica tem um grande potencial de gerar danos pela discriminação.

Quanto à responsabilidade civil no tratamento de dados, foi analisada a discussão na doutrina para verificar se a responsabilidade seria objetiva ou subjetiva. Entendeu-se que ela seria objetiva, centrada em um dever geral de segurança (e não no risco), em conformidade com os artigos 44 e 46 da LGPD. Assim, os agentes de tratamento devem se atentar a este dever de segurança (como, por exemplo, sempre manter atualizado os sistemas de tomadas de decisões

automatizadas e, em caso de qualquer incidente, reportar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados) a fim de evitar a ocorrência de qualquer ilícito aos titulares de dados, sob pena de responsabilização em caso de dano.

Portanto, embora a atividade algorítmica traga uma maior eficiência a quem a usa, deve-se atentar na sua utilização a fim de se evitar a ocorrência de decisões discriminatórias. Para tanto, e tendo em vista que não existe um paradigma ético estabelecido, é necessário observar principalmente os deveres de segurança, elemento central da LGPD.

6. Referências bibliográficas

BBC. Algorithm spots 'Covid cough' inaudible to humans. Disponível em: https://www.bbc.com/news/technology-54780460. Acesso em: 26 de dez. 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. QUINELATO DE QUEIROZ, João. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD. In: Cadernos Adenauer XX, nº 3. Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2019.

BRASIL. Projeto de Lei n. 21/2020. Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil, e dá outras providências. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>. Acesso em: 25/08/2020.

CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. Discriminação algorítmica e transparência na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, v. 8, jul.-set. 2020.

CHANDER, Anupam. The racist algorithm? Michigan Law Review, vol. 115:1023, p. 1023/1045, 2017.

DOMINGOS, Pedro. O algoritmo mestre: como a busca pelo algoritmo de machine learning definitivo recriará nosso mundo. São Paulo: Novatec, 2017. E-book.

DONEDA, Danilo et al. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. Pensar - Revista de Ciências Jurídicas, v. 23, p. 1-17, 2018.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A especial responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/330019/a-especial-responsabilidade-civil-na-lei-geral-de-protecao-de-dados. Acesso em: 13 de dez. 2020.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Fundamentos da responsabilidade civil pelo

fato do produto e do serviço: um debate jurídico-filosófico entre o formalismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Fundamentos do Direito Privado: uma Teoria da Justiça e da Dignidade Humana. 2ª Ed. Revista e Ampliada. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle; FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura. Reflexões sobre a responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018). Responsabilidade civil: novos riscos. Organizado por Nelson Rosenvald, Rafael de Freitas Valle Dresch e Tula Wesendonck. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2019.

FACCHINI NETO, Eugênio; COLOMBO, Cristiano. "Corpo Elettronico" como vítima de ofensas em matéria de responsabilidade civil por danos à luz da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Brasileira e a viabilidade da aplicação da noção de dano estético ao mundo digital. Responsabilidade civil: novos riscos. Organizado por Nelson Rosenvald, Rafael de Freitas Valle Dresch e Tula Wesendonck. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2019.

FERRY, Luc. Kant: une lecture de trois critiques. Paris: Editions Bernards Grasset, 2006.

GORDLEY, James. The moral foundations os Private Law. The American Journal of Jurisprudence, v. 47, 2002.

GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679. Disponível em: https://www.cnpd.pt/home/rgpd/docs/wp251rev01_pt.pdf. Acesso em: 04 de out. de 2020.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Regime de responsabilidade civil pela lei de proteção de dados brasileira. Caderno especial LGPD. São Paulo: RT, novembro 2019, pp. 167-182.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Lisboa: Edições 70, 2007.

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

MATTIUZZO, Marcela. Discriminação algorítmica: reflexões no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. *In*: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. *Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), a caminho da efetividade:* contribuições para a implementação da LGPD. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book.*

MEDON, Filipe. *Inteligência artificial e responsabilidade civil:* autonomia, riscos e solidariedade. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 27, n. 120, p. 469-483, nov./dez. 2018.

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

MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) e o direito do consumidor. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coords.) *Responsabilidade civil e novas tecnologias.* Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2020. *E-book.*

MULHOLLAND, Caitlin. Responsabilidade civil por danos causados pela violação de dados sensíveis e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. (Lei

13.709/2018). *In*: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (Coords.). *Responsabilidade civil e novas tecnologias.* Indaiatuba, SP. Editora Foco, 2020. *E-book.*

PASQUALE, Frank. The black box society: the secret algorithms that control money and information. Harvard University Press, 2015.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RODOTÀ, Stefano. El derecho a tener derechos. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

SANDEL, Michael J. Justiça – O que é fazer a coisa certa? 13ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SCHREIBER, Anderson. Responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: DONEDA, Danilo et al. Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Antidiscriminação e contrato: a integração entre proteção e autonomia. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. E-book.

TASSO, Fernando Antônio. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. In: Cadernos Jurídicos, ano 21, nº 53. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, jan-mar/2020. pp. 97-115.

THE SUN. Motorists fork out £1,000 more to insure their cars if their name is Mohammed. Disponível em: https://www.thesun.co.uk/motors/5393978/insurance-race-row-john-mohammed/. Acesso em: 15 set. 2020.

ZANATTA, Rafael A. F. Perfilização, discriminação e direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. In: Researchgate, p. 1-26, fev. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 04 de out. 2020.