

A SUJEIÇÃO ÀS DECISÕES AUTOMATIZADAS A PARTIR DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Augusto Passamani Bufulin

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor Adjunto de Direito Civil do Departamento de Direito da UFES. Juiz de Direito no Estado do Espírito Santo (TJES).

Mariah Ferrari Pires

Mestranda em Direito Processual pela UFES.
Advogada.

Recebido em: 04/02/2020

Aprovado em: 28/04/2020

Área do direito: Digital

RESUMO

É notório o crescente controle da vida humana a partir de decisões automatizadas. Elas estão presentes na escolha do candidato ideal para a vaga de emprego, no custo do medicamento a ser adquirido pelo consumidor e até mesmo no possível crédito a ser concedido pelo banco. Referidos exemplos básicos geram grande impacto na vida dos cidadãos, todavia são desprovidos de transparência no tocante ao seu funcionamento, isto é, aos critérios utilizados para a tomada dessas decisões. Essa ausência de transparência, também denominada de opacidade dos algoritmos, gera a ocorrência de práticas abusivas e discriminatórias. Logo, a fim de atenuar tais efeitos, as legislações acerca da proteção de dados pessoais buscaram assegurar o direito à transparência e da não sujeição às decisões automatizadas. Este artigo aborda, em linhas gerais, o que seria o direito à revisão de decisões automatizadas e como ele é tratado pela Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13709/2018), a partir da alteração promovida pela Medida Provisória nº 869/2018 sancionada em 09/07/2019.

Palavras-chave: Decisões automatizadas. Algoritmos. Dados Pessoais. Transparência. Lei Geral de Proteção de Dados.

GENERAL DATA PROTECTION REGULATION: AUTOMED DECISIONS

ABSTRACT

The growing control of human life from automated decisions is notorious. They are present in choosing the ideal candidate for the job, the cost of the drug to be purchased by the consumer and even the possible credit to be granted by the bank. These basic examples have a major impact on citizens' lives, but they lack transparency as to their functioning, ie the criteria used to make these decisions. This lack of transparency, also called opacity of algorithms, leads to abusive and discriminatory practices. Therefore, in order to mitigate such effects, laws on the protection of personal data sought to ensure the right to transparency and non-subjection to automated decisions. This article broadly addresses what would be the right to review automated decisions and how it is dealt with by the General Data Protection Act (Law No. 13709/2018), based on the amendment promoted by Provisional Measure 869/2018 sanctioned on 07/09/2019.

Keywords: Automated decisions; Algorithms Personal data; Transparency; General Data Protection Regulation.

1 INTRODUÇÃO

Algoritmos são sequências pré-definidas de comandos automatizados que, com base em dados pessoais e não pessoais¹, alcançam conclusões que impactam significativamente a vida de seus titulares. Em sistemas mais complexos, como os do *machine learning*², essas sequências pré-definidas podem ser transformadas conforme as variáveis utilizadas como substrato³, assim como pelas conclusões intermediárias⁴.

Essa verdadeira adaptação dos sistemas está cada vez mais presente, em razão da inteligência artificial e aprendizado de máquina capazes de influenciar as conclusões intermediárias – ao passo de inviabilizar a previsão dos resultados finais ou de entender sua lógica subjacente. A chamada opacidade impede que os titulares de dados entendam e verifiquem se seus dados pessoais têm sido tratados de forma legítima, adequada e proporcional.

Nesse contexto, regular o uso e o tratamento de dados pessoais é o principal objetivo da Lei Geral de Proteção de Dados, a qual protege, além do direito à privacidade, o direito à revisão de decisões totalmente automatizadas, disposto em seu art. 20, compreendendo o direito do titular de requisitar a revisão de uma decisão automatizada que possa ter um impacto nos seus interesses.

Acontece que, em 09/07/2019, o presidente Jair Bolsonaro converteu em lei a Medida Provisória 869/2018 que altera a Lei Geral de Proteção de Dados, flexibilizando, por meio de um veto, dentre outros pontos, o direito à revisão de decisões automatizadas. Isso porque, o texto aprovado pelo Congresso conferia ao cidadão o direito de solicitar essa revisão, e observava que esse procedimento só poderia ser feito por pessoa natural. O veto excluiu essa obrigação.

A partir de então, de acordo com o veto, o processo de avaliação e decisão será tomado por uma plataforma de tecnologia baseada em algoritmos.

¹Art. 5º, I, da LGPD define que dado pessoal é a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”. Em outras palavras, é toda informação que (isolada ou agregada) serve para identificação de uma pessoa natural ou ainda, permitir que esta seja individualizada e, portanto, sujeita a determinados comportamentos, ainda que não identificada, como no caso de processamento de informações que possam fazer a análise de comportamento de grupos, influenciando a vida dos indivíduos que fazem parte destes. Já dados não-pessoais são informações que não dizem respeito a uma pessoa natural, portanto, fora do escopo de aplicação de leis de proteção de dados pessoais.

² Aprendizado de máquina - método algorítmico que permite a um sistema chegar a conclusões mediante tentativas e erros, até alcançar o resultado almejado

³ O termo substrato é aqui utilizado em referência aos dados de entrada que alimentarão os algoritmos, que podem ser dados pessoais ou não-pessoais. Assim como uma fórmula matemática que recebe valores numéricos para que o cálculo seja feito, um algoritmo recebe dados para processá-los e atingir um resultado.

⁴ Algoritmos baseados em metodologias de aprendizado de máquina e aprendizado profundo podem chegar a várias conclusões intermediárias antes de atingir o seu resultado final. Estas servem para ensinar o algoritmo a atingir o resultado correto, a partir de tentativa e erro, ou até mesmo alterar o algoritmo para atingir outros resultados, alguns deles não antevistos por seus desenvolvedores.

De todo modo, observando a limitação metodológica deste estudo, buscar-se-á, ao menos, lançar premissas plausíveis relativas à opacidade dos algoritmos, seus efeitos e ao direito à revisão das decisões automatizadas.

2 A FALTA DE TRANSPARÊNCIA DOS ALGORITMOS

Segundo o brilhante autor do livro “*The black box society*”, Frank Pasquale⁵, um dos grandes problemas que envolvem os dados pessoais, além de tudo, é a ausência de transparência, isto é, a opacidade com que o processo de coleta e tratamento de dados acontece.

Diz-se isso, pois na maioria dos casos, o titular não sabe como seus dados são coletados, que tipo de dados são coletados e o que será feito com os dados coletados, o que claro, aumenta consideravelmente os riscos inerentes à sua utilização.

E justamente sob essa ótica que os algoritmos merecem atenção, ou seja, se os dados pessoais podem ser considerados insumos, matéria prima, os algoritmos atuam exatamente para que, a partir dos dados, possa-se alcançar variados resultados, inclusive a predição.

A propósito, nas palavras de Pasquale⁶:

Se os dados são os insumos e os *inputs* da economia digital, os algoritmos são os instrumentos por meio dos quais os dados são processados e podem ser revertidos em resultados (*outputs*) a serem utilizados para as mais diversas finalidades. Muito além de aperfeiçoar estratégias econômicas já existentes, como seriam os casos do marketing personalizado e das classificações ou perfilizações (*profiling*), tais aplicações podem levar à total modificação do cenário econômico, político e social.

Portanto, os algoritmos atuam, não somente para aprimorar uma série de estratégias comerciais já existentes, como também para criar outras formas de interação até então não pensadas.

A partir da ciência dos dados, verifica-se que esses são utilizados para as mais diferentes finalidades, tais como: agregação ou segmentação de informações; identificação de fraudes ou anomalias; busca de associações e complementaridades e; predições.

Contudo, aos algoritmos exercerem algum tipo de juízo, ou seja, exercerem uma capacidade decisória, não ocorre, necessariamente, em questões objetivas. De forma bastante progressiva, os algoritmos têm sido utilizados para tomadas de decisões subjetivas e que envolvem complexas análises valorativas, quais sejam: avaliar as características, a

⁵ PASQUALE, Frank. *The black box society. The secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

⁶ *Ibid.*

personalidade, as inclinações e as propensões de uma pessoa, inclusive no que diz respeito à sua orientação sexual; identificar estados emocionais, pensamentos, intenções e mesmo mentiras; identificar a capacidade e a habilidade para determinados empregos ou funções; analisar propensão à criminalidade; antever sinais de doenças, mesmo antes da manifestação de qualquer sintoma.

Portanto, percebe-se que os algoritmos, muitas vezes, são decisivos e causam grandes impactos nos horizontes de vida e no exercício de direito e oportunidades por parte dos titulares de dados.

A partir de então, passa-se a antever parte dos riscos relacionados às decisões automatizadas.

3 RISCOS E EFEITOS DAS DECISÕES AUTOMATIZADAS

Inicialmente, são coletados dados que, muitas vezes, para o cidadão comum são considerados como irrelevantes – o tempo que ele passa em uma rede social, determinadas preferências musicais, etc. – dados que isoladamente podem não fazer muito sentido, mas quando são reunidos, agregados, revelam muito da personalidade de seus titulares.

E quando esses dados são processados por algoritmos, tem-se, na verdade, um estabelecimento de padrões, o que gera um problema.

O estabelecimento de padrões a partir da regularidade de determinados acontecimentos e a ampla utilização de estatísticas também têm suas limitações, ainda mais quando as decisões algorítmicas são totalmente automatizadas e sem qualquer controle humano. Afinal, algoritmos são criados por seres humanos, com todos os seus vieses e falibilidades, bem como com todas as possibilidades de desvirtuamento, a fim de privilegiar os interesses daqueles para quem foram programados.

Basta rememorar que correlação não é causalidade, causando, assim, um grande problema para o julgamento a partir dos algoritmos. Em outras palavras, mesmo que os dados e o processamento sejam de qualidade, várias correlações podem não corresponder a relações de causalidade.

Em razão disso, defende-se a importância de algum grau de intervenção humana nessas decisões automatizadas. A título de exemplo, Felipe Nery Rodrigues Machado, autor do livro “*Big data – Futuro dos dados e aplicações*”⁷, esclarece que a interação humana e a

⁷ Editora érica, 2018, 1 ed. saraiva

interpretação são necessárias para decidir quais das correlações, encontradas por algoritmos são realmente úteis e adequadas.

Não se ignora a enorme capacidade dos sistemas de algoritmos que naquilo que se propõem são muito mais eficientes e capazes do que qualquer ser humano. A questão é como se valer do melhor desse tipo de inovação, sem abrir mão do exercício de direito e oportunidades por parte dos titulares de dados.

Assim, apesar da grande capacidade de predição das máquinas, existem limites, pois esse poder preditivo é prejudicial quando diante de eventos raros ou que não tenham ocorrido muitas vezes no passado. Nas palavras de Julie Cohen⁸:

O problema dos algoritmos é que o modelo se baseia em padrões que são tidos como verdadeiros em todos os casos e para todos os propósitos, privilegiando sistematicamente um tipo de informação – estática e quantificável – e um tipo de conhecimento – mais “racionalizante” e “objetificante” – ao custo de outras formas de conhecimento que são também importantes para os assuntos humanos. E a consequência disso é uma perda – não um ganho – de liberdade, já que tais práticas procuram moldar e predizer o comportamento dos indivíduos de acordo com trajetórias de oportunidades e desejos que são determinadas externamente.

Resta evidente, portanto, que todas as preocupações e riscos se potencializam com a opacidade e a falta de transparência das decisões algorítmicas, o que dá margem, inclusive, a que existam grandes possibilidades de discriminações, mesmo que não intencionais.

Frank Pasquale ainda alerta para o fato de que a opacidade e a falta de transparência, longe de serem características intrínsecas aos mercados digitais e financeiros, são na verdade o resultado da ação deliberada dos agentes econômicos ou estatais a quem a ausência de controle aproveita. Por meio de uma série de estratégias jurídicas (como a proteção do segredo de negócios) e não jurídicas, importantes agentes econômicos e governamentais criam um ambiente de ofuscação que lhes permite ordenar, ranquear, avaliar e decidir sobre a vida das pessoas, mantendo suas técnicas em segredo.

Nessa senda, a revisão de decisões automatizadas se mostra como um direito fundamental dos titulares de dados, pois além dessa manipulação incontestável do mercado, ainda reside grande dificuldade na interpretação técnica e jurídica dos algoritmos.

4 O DIREITO À EXPLICAÇÃO

⁸ Julie E. Cohen, What Privacy Is For, 126 Harv. L. Rev. 1904-1933 (2013). [WWW] [HEIN] [W] [L] [SSRN]

O direito à explicação deriva diretamente do princípio da transparência, o qual garante aos titulares dos dados “*informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento*”, em conjunto com critérios de legitimidade e justiça⁹.

No contexto da GDPR, *General Data Protection Regulation*, que estabelece as regras para a proteção de dados na União Europeia, Selbst e Powles, defendem a existência efetiva de tal direito na nova regulamentação europeia e afirmam que, apesar de não haver uma previsão textual específica na norma, esse direito não seria ilusório¹⁰. Em claro contraponto a outros autores que defendem a sua inexistência¹¹, afirmam categoricamente que a GDPR, ao estabelecer direitos de informação sobre a lógica de processos de decisões automatizadas¹², confere claramente o direito à explicação, e este deve ser interpretado de modo a permitir ao titular dos dados o exercício de seus direitos previstos na GDPR e no ordenamento jurídico.

Já na realidade brasileira, a nova lei, que foi elaborada de forma multissetorial e transversal, contempla direitos que já eram encontrados no conjunto de leis nacionais, como o direito à transparência e de explicação. Todavia, antes da aprovação da LGPD, tais direitos só eram garantidos em decisões automatizadas relativas à concessão de crédito, modelagem e cálculo de risco de crédito. Isso quer dizer que o titular não poderia, com base na legislação nacional então vigente, requisitar explicações sobre o tratamento de seus dados pessoais, o que ilustra uma verdadeira situação de obscuridade e opacidade em relação aos processos decisórios.

Verifica-se que tal direito já era previsto pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei do Cadastro Positivo antes de ser protegido de forma abrangente pela Lei Geral de Proteção de Dados.

Um dos setores da economia e do mercado que mais se vale do uso e tratamento de dados pessoais, principalmente para viabilizar decisões automatizadas para ofertar seus serviços, é o de consumo. Esse setor é caracterizado pela necessidade de se entender o consumidor e, inclusive, influenciar seus hábitos. No entanto, nesse cenário, o consumidor se encontra em posição vulnerável e, por isso, deve ser protegido. Entre as medidas de proteção,

⁹ GDPR. Art. 5. Personal data shall be: 1. processed lawfully, fairly and in a transparent manner in relation to the data subject (‘lawfulness, fairness and transparency’).

¹⁰ SELBST, A. D.; POWLES, J. (2017). “Meaningful information and the right to explanation”. *International Data Privacy Law*, vol. 7, n° 4, p. 233-242.

¹¹ WACHTER, S.; MITTELSTADT, B.; FLORIDI, L. (2017). “Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the General Data Protection Regulation”. *International Data Privacy Law*.

¹² Os artigos 13 e 14 da GDPR garantem o direito a “informações úteis relativas à lógica subjacente”.

deve-se incluir o fornecimento de informações adequadas para que possa exercer seus direitos e evitar práticas abusivas e discriminatórias¹³.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) é uma regulação setorial que se aplica às relações de consumo, sejam elas *online* ou *off-line*, e estabelece a transparência e a boa-fé como princípios que orientam essas relações. No que diz respeito à boa fé, em sua forma objetiva¹⁴, é entendimento do STJ que "(...) *seria como um modelo ideal de conduta, que se exige de todos os integrantes da relação obrigacional (devedor e credor) na busca do correto adimplemento da obrigação, que é a sua finalidade*"¹⁵. A interpretação conjunta do CDC e da decisão do STJ, aponta para o dever de informar o consumidor de maneira clara e objetiva, a respeito da relação contratual, o que inclui o período de formação dessa relação (pré-negocial) e o dever de máxima transparência dos arquivos de consumo. Nesse sentido, o dever de informação se deve às obrigações derivadas da boa-fé objetiva.

Com efeito, destacam-se dois artigos do CDC que tratam do acesso a informações cadastrais e bancos de dados.

O primeiro deles, o artigo 43, ao regular os arquivos de consumo, deixou expresso o direito de acesso do consumidor, nesses cadastros e bancos de dados, a informações a seu respeito e às respectivas fontes. Também determinou o dever de clareza dos arquivos, o direito de retificação de informações incorretas e que o consumidor deve ser notificado sobre a coleta e o uso de seus dados¹⁶, ainda que o consentimento prévio não seja necessário – com a exceção de casos de compartilhamento com terceiros, conforme o entendimento do Ministério da Justiça¹⁷. Além disso, estipula um período máximo de armazenamento dos dados do consumidor de cinco anos.

Já o artigo 46 determina que:

¹³ CDC. Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...) III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (...) IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

¹⁴ A boa-fé subjetiva se refere ao estado psicológico da pessoa, consistente na justiça, ou, na licitude de seus atos, ou na ignorância de sua antijuricidade. Já a boa-fé objetiva consiste em um dever ativo de conduta contratual de ambos os contratantes e os obriga a colaborar e cooperar, levando em consideração os interesses um do outro, a fim de alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado.

¹⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (2012). "Teoria do adimplemento substancial limita o exercício de direitos do credor". Jusbrasil. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100054780/teoria-doadimplemento-substancial-limita-o-exercicio-de-direitos-do-credor>

¹⁶ CDC. 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

¹⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria nº 5 de 27 de agosto de 2002. Dispõe sobre cláusulas abusivas em contratos de vendas de produtos e prestação de serviços. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 ago. 2002.

[...] os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Portanto, o artigo não só reafirma o direito à informação sobre a relação de consumo, mas também determina que deve ser repassada de forma inteligível, para garantir a sua compreensão.

Dessa forma, quando houver decisão automatizada no contexto de uma relação de consumo, o consumidor tem o direito de acessar os (seus) dados que basearam a tomada da decisão. Caso seja criada uma obrigação jurídica, é seu direito, também, ter conhecimento de suas finalidades e propósitos, seu alcance e como foi formada, incluindo critérios e valoração dos atributos utilizados para tomar a decisão.

Em outras palavras, entender como se deu a formação da obrigação jurídica é essencial para a sua aceitação e exercício dos direitos previstos no CDC. E isso inclui entender como um algoritmo deu origem a tal obrigação.

Essa lógica também foi empregada pela Lei do Cadastro Positivo (Lei 12.414/2011), que estabelece normas voltadas à “*disciplina e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para a formação de histórico de crédito*”¹⁸.

Entre os principais objetivos dessa lei estão reduzir a assimetria de informações e possibilitar a coleta de dados de adimplência após o consentimento prévio do consumidor. Afirma-se que isso possibilitaria a redução de taxas de juros e uma consequente ampliação das relações comerciais, o que favoreceria e protegeria todo o ecossistema consumerista¹⁹. A norma visa, também, à adequada proteção de dados pessoais de consumo, ao prever uma série de novos direitos, entre eles o direito à explicação (artigo 5):

Art. 5º São direitos do cadastrado:

[...]

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

V - ser informado previamente sobre a identidade do gestor e sobre o armazenamento e o objetivo do tratamento dos dados pessoais;

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

VII - ter os seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados.

¹⁸ BRASIL. Lei 12.414 de 9 de junho de 2011. 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 10 jun. 2011.

¹⁹ PORTO, A. J. M. (2009). “O Direito e a economia do cadastro positivo”. *Conjuntura Jurídica*, nº 77, p. 77-80.

Esses quatro direitos se originam a partir do direito à transparência e não-discriminação e formam a espinha dorsal do direito à explicação de decisões automatizadas em relações de consumo. Eles exigem que o consumidor seja esclarecido sobre as fontes de dados utilizadas e as informações pessoais consideradas para o cálculo do risco de inadimplência na concessão ou não de crédito. A Lei também tenta limitar os tipos de dados que podem ser utilizados para cálculo do risco de crédito, vedando o uso de dados não relacionados com a análise do risco de crédito do consumidor, assim como dados pessoais sensíveis e os pertinentes "*à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas*".

O Superior Tribunal de Justiça julgou a legalidade no uso de dados pessoais, sem o consentimento do indivíduo, para fins de análise de risco de crédito e concluiu que essa prática é possível, desde que presentes os fatores limitadores descritos acima e garantidos os direitos do consumidor, entre eles o direito à explicação²⁰. Essa decisão culminou na Súmula 550, que prescreve:

Súmula 550. A utilização de escore de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo.

Posteriormente, o STJ julgou se o direito de acesso às fontes dos dados e a explicação da lógica do seu tratamento encontravam algum fator limitador²¹. Concluiu que existe interesse de agir do consumidor que deseja conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise do seu histórico e as informações pessoais utilizadas – respeitado o segredo empresarial, – desde que tenha sido atingido por tais critérios quando tentou obter crédito no mercado, por exemplo, deixou de conseguir crédito devido à pontuação que lhe foi atribuído. O STJ estabeleceu, assim, um critério que até então não encontrava respaldo na lei, possibilitando reconhecer a existência do direito à explicação de decisões totalmente automatizadas, desde que tais decisões tenham um impacto específico na vida das pessoas. Dessa forma, em conjunto com o CDC, tem-se um microsistema de proteção de dados pessoais que se restringe apenas ao caso da concessão de crédito. Nessas situações, o consumidor pode requisitar informações sobre o uso de seus dados em uma decisão automatizada de classificação de risco para concessão ou não do crédito. Caso não concorde

²⁰ RESP nº 1.419.697 RS. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152068666/recurso-especial-resp-1419697-rs-2013-0386285-0/relatorio-e-voto-152068681>>.

²¹ RESP nº 1.304.736/RS. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178798658/recurso-especial-resp-1304736-rs-2012-031839-3>>.

com essa decisão por entender que foi tomada em desacordo com os critérios permitidos pela Lei do Cadastro Positivo, pode pedir a sua revisão por uma pessoa, conforme garantido no rol de direitos listado acima.

A revisão humana afasta os elementos que foram indevidamente utilizados pelo algoritmo, como dados em excesso ou dados sensíveis.

Nota-se, ainda, que os direitos e balizas previstos nas leis e precedentes judiciais foram absorvidos, em partes, pela Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil, o que sugere que a lógica adotada pelo STJ também deve ser utilizada para interpretar a LGPD, como se verifica, a seguir.

5 O DIREITO À REVISÃO DAS DECISÕES AUTOMATIZADAS NA LGPD

A economia digital centrada nos dados tem trazido transformações em ritmo acelerado, sem a correspondente reflexão sobre as questões éticas e jurídicas envolvidas. Até porque, quando o assunto é algoritmos, reconhece-se a dificuldade de se julgar algo que pouco se conhece.

Tem-se isso, pois, como já tratado, a economia movida a dados funciona a partir de algoritmos que são verdadeiras caixas-pretas, já que, salvo seus programadores, ninguém sabe ao certo como funciona o seu poder de ação e predição, nem aqueles que sofrerão as consequências da referida decisão.

Dentre os maiores fatores responsáveis por erros de julgamento ou análise está a questão da idoneidade das decisões automatizadas, bem como da utilização da estatística sem as devidas precauções.

Nesse sentido, Darrel Huff²², afirma que a linguagem da estatística pode ser empregada para apelar, confundir e levar a simplificações exageradas, especialmente quando falta àqueles que a utilizam honestidade e conhecimento e aos titulares dos dados capacidade para compreendê-las.

Logo, o controle sobre os aspectos básicos de aferição da idoneidade da estatística é fundamental.

Com efeito, o direito à revisão por pessoas, e não por máquinas, de dados com tratamento automatizado foi defendido e questionado em debate da comissão mista que discutiu a Medida Provisória 869/18 que criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

²² HUFF, Darrel. *Como mentir com estatística*. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S.A, 1968, p.7.

A Medida Provisória retirou a obrigatoriedade de uma pessoa e não uma máquina revisar os dados tratados de forma automatizada. Assim, pela nova redação, alguém com crédito bancário negado por cruzamento de dados feitos por computador, por exemplo, poderia ter uma revisão dessa decisão analisada novamente por uma máquina.

Em outras palavras, a Medida Provisória enfraqueceu a proteção dos dados dos titulares, ao passo que se suas vidas já são altamente impactadas por algoritmos, um novo sistema revisará o outro sistema, dando margem, mais uma vez, à ausência de transparência inerente às decisões automatizadas e perpetuando os processos discriminatórios que os titulares são obrigados a se sujeitar.

Já a GDPR, prevê o pedido de revisão de decisões tomadas por algoritmos com intervenção humana. Dessa forma, quando o titular de dados se sente prejudicado por uma decisão tomada de forma exclusivamente automatizada, possui o direito de pedir a revisão por uma pessoa natural.

De todo modo, a LGPD brasileira é construída com bases em princípios²³, os quais, se bem aplicados podem contornar os efeitos de decisões automatizadas discriminatórias e opacas. Em especial os princípios da finalidade; transparência; segurança, prevenção e não discriminação.

A finalidade do tratamento de dados pessoais se dá por meio da realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades.

O princípio da transparência consiste na garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial.

²³ LGPD. Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas 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 difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

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.

Já a segurança acontece pela utilização de medidas 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 difusão.

A prevenção se revela na adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais.

E por fim, o princípio da não discriminação é justamente a impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos.

Assim, ao mesmo tempo em que a retirada do direito de revisão das decisões automatizadas por pessoa natural compromete os princípios da Lei Geral de Proteção de Dados, verifica-se que esses próprios princípios criam uma espécie de pacote de direitos contra a tirania das decisões automatizadas.

Esses direitos são: o acesso e informação em relação a respeito dos critérios e procedimentos utilizados para a decisão automatizada; a oposição quanto à decisão automatizada e o direito de manifestação pelo titular; a resposta ao usuário, especialmente quando a decisão automatizada for mantida pela pessoa natural que analisará a sua inconformidade; a revisão da decisão; o direito de petição à Autoridade Nacional de Proteção de Dados para a realização de auditoria, em caso da não prestação das informações.

É certo que a implementação desses direitos não ocorrerá de maneira simples, até porque existem as já mencionadas dificuldades técnicas e jurídicas. Contudo, há pelo menos um parâmetro de inteligibilidade e compreensibilidade fundamental que assegura a transparência, mas, sobretudo esse direito do titular que precisa ter assegurado diante das decisões automatizadas.

6 CONCLUSÃO

Circunstâncias que envolvem questões relativas à segurança, educação, saúde, crédito, emprego e redes sociais dependem, cada vez mais, do uso de dados pessoais e de processos completamente automatizados de tomadas de decisões que podem ter impactos diretos nas vidas de seus titulares, sujeitando-os, inclusive, a práticas abusivas e discriminatórias.

A fim de coibir e evitar a violação de tais liberdades e direitos fundamentais, necessário se faz entender como tais processos de decisões funcionam o que irá permitir contestá-los ou exigir que sejam revisados por pessoas naturais, para que não reproduzam comportamentos enviesados e falhos a partir do processamento inadequado dos dados pessoais dos cidadãos.

Nesse sentido, em harmonia com as leis estrangeiras de proteção de dados, esperava-se da lei brasileira uma expansão do direito de revisão de decisões automatizadas, o que, contudo, não ocorreu, por conta do veto contido na Medida Provisória 869/18.

Em verdade, houve uma verdadeira restrição dos direitos dos titulares de dados diante da impossibilidade de revisão das decisões automatizadas por pessoa natural. Colocando-os em posição de vulnerabilidade, haja vista a opacidade e ausência de transparência do tratamento de seus dados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 12.414 de 9 de junho de 2011**. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplimento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 10 jun. 2011. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2011/lei-12414-9-junho-2011-610758-norma-pl.html>. Acesso em: 01 de jul. de 2019.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados nº 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF.

BRASIL. **Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria nº 5 de 27 de agosto de 2002**. Dispõe sobre cláusulas abusivas em contratos de vendas de produtos e prestação de serviços. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 ago. 2002. Disponível em: <https://www.procon.go.gov.br/legislacao/portarias/portaria-n%C2%BA-5-27-08-2002-mj-sde-clausulas-abusivas-nome-de-consumidor-a-banco-de-dados.html>. Acesso em: 01 de jul. de 2019.

COHEN, Julie E. **What Privacy Is For**, 126 Harv. L. Rev. 1904-1933 (2013).

HUFF, Darrel. **Como mentir com estatística**. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S.A, 1968, p.7.

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

PORTO, A. J. M. (2009). **O Direito e a economia do cadastro positivo**. Conjuntura Jurídica, nº 77, p. 77-80. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rce/article/viewFile/24693/23466>. Acesso em: 01 de jul. de 2019.

RODRIGUES, Felipe Nery. **Big data – Futuro dos dados e aplicações**. 1 ed. Editora Érica, 2018.

SELBST, A. D.; POWLES, J. (2017). **Meaningful information and the right to explanation. International Data Privacy Law**, vol. 7, nº 4, p. 233-242. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3039125> Acesso em: 01 de jul. de 2019

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (2012). **Teoria do adimplemento substancial limita o exercício de direitos do credor**. Jusbrasil. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100054780/teoria-do-adimplemento-substancial-limita-o-exercicio-de-direitos-do-credor>. Acesso em: 01 de jul. de 2019

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. **Regulamento 2016/679** 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). Publicações da União Europeia. Disponível em: <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/3e485e15-11bd-11e6-ba9a-01aa75ed71a1>. Acesso em: 01 de jul. de 2019