

**Bruno Bioni**

Pedro Martins

### **Devido processo informacional: um salto teórico-dogmático necessário?**

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.389, também conhecida como caso IBGE, pelo Supremo Tribunal Federal já se tornou um marco para a tutela da proteção de dados no Brasil. Para além do reconhecimento da proteção de dados enquanto um direito fundamental autônomo, a fundamentação de parte dos votos abre espaço para uma outra discussão de talvez ainda maior importância: a releitura da cláusula do devido processo em meio a um cenário crescente de automatização de processos de tomadas de decisão que afetam as liberdades dos indivíduos, que já tem sido chamado devido processo informacional. O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto afirma:

“É possível identificar como corolário da dimensão subjetiva do direito à proteção de dados pessoais, **a preservação de verdadeiro “devido processo informacional” (informational due process privacy right)**, voltado a conferir ao indivíduo o direito de evitar exposições de seus dados sem possibilidades mínimas de controle, sobretudo em relação a práticas de tratamento de dados capazes de sujeitar o indivíduo a julgamentos preditivos e peremptórios.”

Nesse texto, iremos apresentar algumas discussões ligadas à regulação e imposição de salvaguardas em processos de tomada de decisão automatizados.. O tópico de discriminação e vieses em algoritmos não é novo. Contudo, queremos chamar atenção para a (falta) de aderência da cláusula do devido processo, especialmente quando se trata de uma situação em que o poder público está avaliando seus cidadãos para a tomada de uma decisão a seu respeito.

Em primeiro lugar, é importante deixar claro sobre o que estamos falando. Diversas atividades de tratamento de dados buscam classificar-perfilhar (*profiling*) um indivíduo ou um grupo de indivíduos (*grouping*) de acordo com alguma finalidade. Um conhecido exemplo é a elaboração de scores de crédito, indicando o grau de risco que de determinada pessoa quitar ou não uma dívida.

Contudo, diversos outros exemplos podem ser encontrados. Recentemente, o sistema de [avaliação de entregadores e motoristas de aplicativos de entrega, que pode levar aos trabalhadores serem bloqueados no aplicativo, vem sendo questionado.](#)

Outro exemplo conhecido é o emprego de algoritmos de análise de risco em processos criminais, avaliando a chance de reincidência de um réu, servindo de base para juízes concederem ou não a liberdade condicional. Em um dos casos mais famosos, o COMPAS,

[investigações encontraram evidências que réus negros eram sistematicamente discriminados, recebendo avaliações que indicavam um risco maior de reincidência.](#)

Além dos danos individuais advindos de processos discriminatórios, há de se ter também uma preocupação a respeito de como o uso de soluções guiadas pelo tratamento de dados, quando não abertas ao escrutínio público, podem intensificar a exclusão de grupos vulneráveis. [A cidade de Boston decidiu lançar, em 2012, um aplicativo de celular que cidadãos utilizariam enquanto dirigem seus carros para detectar buracos e falhas no asfaltamento das ruas.](#) A partir dessas informações, a prefeitura da cidade iria determinar os pontos prioritários para recapeamento das ruas. Contudo, a produção desses dados só era feita por cidadãos que possuíam algum smartphone, áreas mais pobres se tornaram invisíveis pela métrica adotada.

Como argumenta a autora Julie Cohen, a garantia do direito à privacidade (e porque não, também a proteção de dados), tem como propósito não a reclusão do indivíduo perante à sociedade, mas justamente o oposto, propiciando a capacidade de navegar por múltiplos ambientes sociais e culturais com liberdade para experimentar diferentes vivências sem que seja estigmatizado por isso.

Além disso, a privacidade não protege apenas os indivíduos. A privacidade promove objetivos fundamentais de políticas públicas relacionadas à cidadania liberal democrática, à inovação e ao florescimento humano, e esses propósitos também devem ser levados em consideração na elaboração de políticas de privacidade.<sup>1</sup>

Por consequência, com uma privacidade diminuída ou ameaçada a possibilidade de exercício de uma subjetividade crítica também é afetada. Isso também implica diretamente na possibilidade de concretização e manutenção de um sistema de democracia liberal, visto que nesse cenário os cidadãos terão cada vez menos a capacidade ou disposição de contestar práticas que consideram abusiva e buscar agendas de mudança<sup>2</sup>.

Uma das alternativas a aplicação de sistemas totalmente automatizados é a inserção de humanos no processo de tomada de decisão (também conhecido como Human-in-the-loop). Contudo, essa solução, embora possa mitigar alguns dos problemas, também deve ser analisada com cuidado.

Alguns autores argumentam que, mesmo quando uma decisão automatizada serve apenas como recomendação para a decisão final (a ser tomada por um humano), ela poderá ser o elemento decisivo, transformando a própria noção do que entendemos como processo de tomada de decisão. Isso porque, para desconsiderar uma recomendação o operador humano terá que usar argumentos que seriam aferíveis quantitativamente tanto quanto as previsões algorítmicas.

---

<sup>1</sup> COHEN, Julie. What is Privacy For. *Harvard Law Review*, vol. 126, 2013, p. 19-20.

<sup>2</sup> COHEN, Julie. What is Privacy For. *Harvard Law Review*, vol. 126, 2013.

Nesse caso, todo espaço para alguma concepção pessoal de justiça ou mesmo de incerteza é eliminado em favor de uma mensuração preditiva avessa a riscos<sup>3</sup>.

Portanto, alguns dos principais problemas encontrados com sistemas de tomada de decisão automatizada incluem: falta de transparência, dificuldade de identificação e correção de erros, dificuldade de contestar decisões e reforço de desigualdades já existentes<sup>4</sup>.

No sistema democrático de direito (rule of law), decisões que afetam o interesse de uma pessoa (por exemplo, a revogação de uma assistência social) devem ser informadas previamente para que ela possa contestar a decisão, se defender, ou apresentar informações adicionais que podem resultar na reversão da decisão. Como colocam os autores Danielle Citron e Frank Pasquale:

“Novos tomadores de decisão algorítmicos são soberanos sobre aspectos importantes da vida individual. Se a lei e o devido processo estão ausentes nesse campo, estamos essencialmente abrindo caminho para uma nova ordem feudal de intermediários reputacionais que não são chamados a prestar contas”.

É exatamente para evitar o crescimento da assimetria informacional e colocar em xeque relações de poder que o devido processo informacional se mostra como uma garantia cada vez mais necessária. Aliás, a própria autonomia do direito à proteção de dados pessoais frente ao direito à privacidade está enraizada nessa racionalidade de devido processo. Essa foi afirmação pioneira do advogado Arthur Miller durante o processo de elaboração das chamadas fair information practice principles no Departamento de Estado e bem estar social dos Estados Unidos da América:

**Existe uma certa combinação entre temas de privacidade e os demais temas constitucionais. Minha visão pessoal é que provavelmente um dos maiores bastiões constitucionais da privacidade ainda não explorado pelas cortes ou pelos defensores ativistas é o conceito de devido processo legal, a noção de que governos não podem privá-lo de sua vida, liberdade, propriedade, sem o devido processo legal, uma restrição que recai tanto sobre o governo nacional quanto, claro, sobre os estados e governos locais. Me parece que está por ser escrito o capítulo sobre devido processo informacional.** E certos tipos de levantamentos, usos e disseminação de informação governamental podem ser desafiados quando violarem o devido processo (...) E é também interessante notar que o direito original à privacidade, concebido por Warren e Brandeis, em seu doutrinário e significativo artigo em 1890, era simplesmente o direito que um indivíduo teria contra a mídia de massa. Não foi concebido para ser um direito geral. Não foi concebido para ser um direito individual contra o

---

<sup>3</sup> ROUVROY, Antoinette. The end(s) of critique: data behaviourism versus due process. In: HILDEBRANDT, Mireille; DE VRIES, Katja (eds.). *Privacy, Due Process and the Computational Turn: the philosophy of law meets the philosophy of technology*. New York: Routledge, pp. 143-167, 2013.

<sup>4</sup> CITRON, Danielle, PASQUALE, Frank. The Scored Society: Due Process for Automated Predictions. *Washington Law Review*, Vol. 89, 2014, p. 19.

Estado. Era simplesmente, como colocou Brandeis, o direito de ser deixado a sós pela grande mídia.<sup>5</sup>

Assim, o devido processo legal, para além de sua dimensão de ser um instrumento de garantias processuais em sede judicial (servindo de base para princípios como do juiz natural, inafastabilidade da jurisdição e todas demais garantias previstas pelo sistema processual), deve também ser entendido como uma ferramenta de assegurar a simetria e proporcionalidade de uma forma mais ampla. Tanto as relações indivíduo-estado, quanto as relações privadas em que há uma assimetria de poder devem ser permeadas pela garantia do devido processo, evitando que ações arbitrárias e intrusivas sejam tomadas sem que o sujeito tenha a capacidade de se defender.

Essa capacidade vem sendo ameaçada com a adoção de sistemas de tomada de decisão automatizada, que, seja por razões técnicas (dificuldade de auditar uma decisão algorítmica que emprega técnicas de machine-learning, por exemplo), seja por razões jurídicas (proteção do segredo comercial ou industrial), levam a decisões que são determinantes para a vida do sujeito, sem que este possa ao menos saber os fatores que levaram àquela decisão, sendo mais difícil ainda uma eventual contestação do resultado.

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709) inaugura esse regime com o direito de revisão de decisões automatizadas, previsto em seu art. 20, caput. Além disso, o art. 20 §1º vem sendo entendido por alguns autores como uma garantia de direito à explicação<sup>6</sup>. Ambas são importantes salvaguardas que permitem uma permeabilidade do Direito nos processos algoritmos. Contudo, mais mecanismos de transparência, auditoria e especialmente quando se tratar de decisões tomadas pelo Estado, devem continuar a ser elaborados.

Para além da imposição de obrigações legais sob atividades de tratamento de dados, a participação pública e popular na elaboração de soluções digitais e tecnológicas pode também ser um caminho ainda mais proveitoso. Um dos melhores exemplos a serem citados é o da cidade de Barcelona, que sob a coordenação da pesquisadora Francesca Bria iniciou o “Programa de digitalização aberto e ágil da Prefeitura de Barcelona [[Barcelona City Council’s Open and Agile Digitalisation Programme](#)].”

A partir de software livre; código, padrões, formatos abertos os cidadãos poderão colaborar na elaboração de políticas públicas e o uso de blockchain para registro do que o Estado faz com os dados pessoais dos cidadãos, há uma espécie de contravigilância cujo objetivo é redução da assimetria de informação e, sobretudo, de co-deliberação na formatação desses circuitos decisórios automatizados.

---

<sup>5</sup> MILLER, Arthur. Transcription of the 1st Meeting Part I of the Secretary’s Advisory Committee on Automated Personal Data Systems of the U.S. Department of Health, Education and Welfare, p. 267. [Destques não constam no original].

<sup>6</sup> MONTEIRO, Renato Leite. Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais?, *Instituto Igarapé, Artigo Estratégico nº 39*, Dezembro de 2018.

Iniciativas como essa demonstram que é possível conjugar avanços tecnológicos e digitalização de serviços à observância direitos fundamentais, sem recair nas armadilhas dos exemplos citados no texto. A garantia do devido processo lhes dá densidade jurídica, garantindo uma espécie de contraditório e ampla defesa a ser exercido de forma coletiva em contraponto à ação em tempo real e opaca dos algoritmos.

## Fichamentos e Citações

### Voto Gilmar Mendes caso IBGE:

“A elevada concentração de coleta, tratamento e análise de dados possibilita que governos e de empresas utilizem algoritmos e ferramentas de data analytics, que promovem classificações e esteriotipações discriminatórias de grupos sociais para a tomada de decisões estratégicas para a vida social, como a alocação de oportunidades de acesso a emprego, negócios e outros bens sociais. Essas decisões são claramente passíveis de interferência por vieses e inconsistências que naturalmente marcam as análises estatísticas que os algoritmos desempenham.”

“É por isso que, para muito além do mero debate sobre o sigilo comunicacional, **este Tribunal deve reconhecer que a disciplina jurídica do processamento e da utilização da informação acaba por afetar o sistema de proteção de garantias individuais como um todo.**”

“Essa abrangência da proteção atribuída ao direito de autodeterminação constitui importante chave interpretativa do âmbito de proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais, o qual não recai propriamente sobre a dimensão privada ou não do dado, mas sim sobre os riscos atribuídos ao seu processamento por terceiros.”

“A partir da tradição norte-americana, também é possível identificar como corolário da dimensão subjetiva do direito à proteção de dados pessoais, a preservação de verdadeiro “devido processo informacional” (informational due process privacy right), voltado a conferir ao indivíduo o direito de evitar exposições de seus dados sem

possibilidades mínimas de controle, sobretudo em relação a práticas de tratamento de dados capazes de sujeitar o indivíduo a julgamentos preditivos e peremptórios”

## **Texto Julie Cohen**

### Conceito clássico de privacidade e self liberal

O conceito clássico de privacidade como possibilidade de se retrair da vida pública para desenvolver sua personalidade/identidade toma como pressuposto um self liberal e auto suficiente. Desenvolvimentos mais recentes mostram que a autonomia e o desenvolvimento da personalidade devem se dar necessariamente em um ambiente relacional, social e cultural.

### Self emergente e privacidade dinâmica

Subjetividade emerge gradualmente a partir do cenário social. O exercício diário e deliberado da agência para contornar barreiras ou desafios (institucionais, culturais, materiais) é parte fundamental da construção da subjetividade. Assim, a privacidade não é um ponto fixo que pode ser reduzido a um núcleo essencial de proteção, mas sim uma garantia para que os sujeitos possam navegar por espaços sociais exercendo sua agência. Privacidade não é a negação da participação social, pelo contrário, é uma das condições para que ela ocorra.

“O objetivo da privacidade, simplificando, é garantir que o desenvolvimento da subjetividade e o desenvolvimento de valores comunitários não ocorram com travas”

### Privacidade

“A structural understanding of privacy’s purposes demands a structural approach to privacy regulation. Effective privacy protection requires comprehensive attention to the systemic attributes of both public and private surveillance practices, and to the ways in which public and private surveillance practices supplement and reinforce one another.”

### Conceito de modulação do comportamento:

Com uma privacidade diminuída ou ameaçada a possibilidade de exercício de uma subjetividade crítica também é afetada. Isso também implica diretamente na possibilidade de concretização e manutenção de um sistema de democracia liberal,

visto que os cidadãos terão cada vez menos a capacidade de formar e buscar agendas significativas para o florescimento humano.

“modulation: a set of processes in which the quality and content of surveillant attention is continually modified according to the subject’s own behavior, sometimes in response to inputs from the subject but according to logics that ultimately are outside the subject’s control.”

“Citizens of the modulated society are not the same citizens that the liberal democratic political tradition assumes, nor do their modulated preferences even approximately resemble the independent decisions, formed through robust and open debate, that liberal democracy requires in order to sustain and perfect itself. The modulated society is the consummate social and intellectual rheostat, continually adjusting the information environment to each individual’s comfort level. Liberal democratic citizenship requires a certain amount of discomfort— enough to motivate citizens to pursue improvements in the realization of political and social ideals. The modulated citizenry lacks the wherewithal and perhaps even the desire to practice this sort of citizenship.”

#### Devido processo informacional

“First, the interstitial character of privacy suggests a need to rethink the conception of due process as individualized decisionmaking. Privacy scholars and philosophers of technology have begun to question whether information processing practices that subject individuals to predictive and effectively preemptive judgments impairs due process”.

“In the era of Big Data, the most individualized judgments are not necessarily the most dignifying. Due process in the era of comprehensive, preemptive computation may entail limits on fine-grained personalization in a range of public administrative processes”

Antoinette Rouvroy

#### Rouvroy - The end(s) of critique

Como Antoinette Rouvroy aponta, a normatividade legal abre um espaço e um tempo, “interrompendo a fluidez e o metabolismo em tempo real dos processos algorítmicos fornece uma série de cenas em que as normas podem ser tornadas visíveis, inteligíveis e contestáveis, em que sujeitos individuais e coletivos podem se tornar consistentes e dar forma ao comum”[1].



### **Katja de Vries - Privacy Due Process and the Computation Turn**

“A tentative hypothesis, which might help to understand the role of the right to privacy (Nissenbaum 2009 ; Solove 2006 ; Solove et al 2006 ; Gutwirth 2002 ) and the right to due process (Coudert et al 2008 ; Citron 2007 ; Steinbock 2005 ) in the various contributions to this volume, is that both privacy and due process have to be understood as expressions of the aspiration of modern constitutional democracies to empower the individual citizens against all too intrusive, unbridled, arbitrary and Kafkaesque actions by the state or other powerful actors.

Both the right to privacy and the right to due process can be seen as tools to safeguard a certain level of symmetry in the power relations within society, where no actor may be simply smothered by the brute and arbitrary force of another actor”

In modern constitutional democracies, both the right to due process and privacy are tools to realise this political ideal, to diminish power inequalities and structure society in such a way that no actor can exercise the kind of violence, physical determination or power that obliterates any possibility of resistance or counter-manipulation whatsoever. Due process and privacy are conceptual–legal tools through which alleged power asymmetries can be put to the test.

### **Danielle Citron e Frank Pasquale - THE SCORED SOCIETY: DUE PROCESS FOR AUTOMATED PREDICTIONS**

“When scoring systems have the potential to take a life of their own, contributing to or creating the situation they claim merely to predict, it becomes a normative matter, requiring moral justification and rationale.”

“New algorithmic decisionmakers are sovereign over important aspects of individual lives. If law and due process are absent from this field, we are essentially paving the way to a new feudal order of unaccountable reputational intermediaries.”

Protections could draw insights from what one of us has called “technological due process”—procedures ensuring that predictive algorithms live up to some standard of review and revision to ensure their fairness and accuracy

Nonetheless, the underlying values of due process—transparency, accuracy, accountability, participation, and fairness should animate the oversight of scoring systems given their profound impact on people’s lives.

## **Danielle Citron - Technological Due Process**

O direito possui duas divisões principais em relação a suas normas: Regras e princípios. As regras preveem situações concretas de incidência e impõe consequências caso aquela situação se realize. Já os princípios permitem uma adaptação e contextualização para cada circunstância. A disseminação da automação vem colocando em riscos os princípios e dando enormes vantagens às regras, devido a sua maior previsibilidade e adequação à programação de sistemas de input-output.

A autora argumenta que, embora seja possível dizer que a implementação da automação para enforcement de regras pode ser benéfica, decisões que são melhores resolvidas a partir de princípios não devem ser automatizadas.

Errors that occur when an individual fails to submit certain information will be almost impossible to review administratively or judicially because no record exists of the information that an individual attempted to communicate or was not prompted to communicate. As a result, a system's design may create unreviewable problems for individuals. Automation jeopardizes due process values, falsifies the central assumptions of administrative law, and subverts much of the social contract underlying the expansion of the administrative state. The loss of such procedural safeguards cannot stand

---

[1] ROUVROY, Antoinette. The end(s) of critique: data behaviourism versus due process. In: HILDEBRANDT, Mireille; DE VRIES, Katja (eds.). *Privacy, Due Process and the Computational Turn: the philosophy of law meets the philosophy of technology*. New York: Routledge, pp. 143-167, 2013, p. 15. Tradução livre.