

— ANÁLISE COMPARADA — LGPD E GDPR

ORGANIZADORES

LAURA SCHERTEL MENDES

GIOVANNA MILANESE

FELIPE ROCHA DA SILVA

TAYNÁ FROTA DE ARAÚJO

ISABELA MARIA ROSAL

PAULO RICARDO SANTANA

EDUARDA COSTA

ELIS BRAYNER

ANUÁRIO DO OBSERVATÓRIO DA LGPD DA
UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

VOLUME 1

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

**Anuário do Observatório da LGPD da
Universidade de Brasília**
Análise comparada entre elementos da LGPD e do
GDPR

Volume 1
Brasília-DF
2023



Anuário do Observatório da LGPD da Universidade de Brasília: Análise comparada entre elementos da LGPD e do GDPR © 2023 by Observatório da LGPD/Unb is licensed under CC BY-NC-ND 4.0. To view a copy of this license, visit <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Anuário do Observatório da LGPD da Universidade de Brasília: Análise comparada entre elementos da LGPD e do GDPR.

A responsabilidade pelos direitos autorais de textos e imagens desta obra é do Observatório da LGPD/Unb.

Para esclarecimentos sobre esta obra, entrar em contato com observatorio.lgpd.unb@gmail.com

Volume 1

Organização

Coordenação Geral: prof.^a Laura Schertel Mendes;

Coordenação Adjunta: Giovanna Milanese;

Coordenação de Pesquisa: Felipe Rocha e Tayná Frota de Araújo;

Revisão e Organização: Eduarda Costa Almeida, Elis Bandeira A. Brayner, Isabela Maria Rosal e Paulo Ricardo da Silva Santana.

Informações

Observatório da LGPD/Unb

Faculdade de Direito

Universidade de Brasília

Campus Universitário Darcy Ribeiro, CEP: 70.910-900, Brasília-DF, Brasil

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade de Brasília - BCE/UNB)

A636 Anuário do Observatório da LGPD da Universidade de Brasília [recurso eletrônico] : análise comparada entre elementos da LGPD e do GDPR / organização Laura Schertel Mendes ... [et al.]. - Brasília : Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2024. 2 v.

Inclui bibliografia. Modo de acesso: World Wide Web.

ISBN 978-65-00-92398-8 (v. 1).

ISBN 978-65-00-92399-5 (v. 2).

1. Brasil. [Lei geral de proteção de dados pessoais (2018)]. 2. Universidade de Brasília. 3. Proteção de dados. 4. Direito comparado. I. Mendes, Laura Schertel (org.).

CDU 34

AUTORES

Ana Júlia Prezotti Duarte

Andressa Carvalho Pereira

Angélica Opata Vettorazzi

Gabriel de Araújo Oliveira

Gabriel Cabral Furtado

Eduarda Costa Almeida

Fernanda Passos Oppermann Ilzuka

Isabela de Araújo Santos

Júlia Carvalho Soub

Shana Schlottfeldt

Sofia de Medeiros Vergara

Paulo Ricardo da Silva Santana

Rafael Luís Müller Santos

Wanessa Larissa Silva de Araújo

REVISORES

A realização deste anuário contou com a significativa participação de revisores, que atuaram na avaliação e revisão dos artigos submetidos pelos pesquisadores do Observatório, fornecendo orientações e sugestões de melhoria. Oferecemos nosso mais sincero agradecimento pelas valiosas contribuições de cada um.

Ana Luísa Vogado de Oliveira

Angelo Prata de Carvalho

Davi Ory

Gabriel Fonseca

Isabela Maria Rosal Santos

Maria Cristine Lindoso

Matheus Vinicius Aguiar

Paula Baqueiro

Tainá Aguiar Junquilha

Thiago Guimarães Moraes

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	6
<i>Felipe Rocha, Giovanna Milanese e Tayná Frota de Araújo</i>	
OS LIMITES DO EXERCÍCIO DO PRINCÍPIO DA FINALIDADE NA LGPD E NO RGPD	8
<i>Gabriel de Araújo Oliveira</i>	
O PRINCÍPIO DA NECESSIDADE NO ÂMBITO DA LGPD E DOA RGPD: TEORIA E PRÁTICA	23
<i>Gabriel Cabral Furtado</i>	
ANONIMIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS: UM ESTUDO À LUZ DA LGPD E DO RGPD	38
<i>Ana Júlia Prezotti Duarte</i>	
ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O ESCOPO MATERIAL DA LGPD E DO RGPD ...	56
<i>Eduarda Costa Almeida</i>	
O CONSENTIMENTO VÁLIDO NA INTERPRETAÇÃO DO RGPD E DA LGPD: UMA ANÁLISE ENTRE AS SIMILITUDES E DISPARIDADES ENTRE AMBAS AS LEGISLAÇÕES	73
<i>Isabela de Araújo Santos</i>	
USO DE DADOS POR ÓRGÃOS DE PESQUISA: UMA ÓTICA COMPARATIVA ENTRE A LGPD E O RGPD	89
<i>Fernanda Passos Oppermann Ilzuka</i>	
O LEGÍTIMO INTERESSE SOB AS LENTES BRASILEIRA E EUROPEIA	100
<i>Angélica Opata Vettorazzi</i>	
REVISÃO DE DECISÃO TOMADA COM BASE EM TRATAMENTO AUTOMATIZADO: PREOCUPAÇÕES E CONSIDERAÇÕES SOBRE A EFETIVAÇÃO DA TRANSPARÊNCIA PARA COBRIR A DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTIMICA E O PROFILING	114
<i>Shana Schlottfeldt</i>	
OBRIGAÇÕES DOS AGENTES DE TRATAMENTO DE DADOS: INTERFACES ENTRE A REGULAÇÃO BRASILEIRA E EUROPEIA	137
<i>Sofia de Medeiros Vergara</i>	
SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS	155
<i>Paulo Ricardo da Silva Santana</i>	
ENCARREGADO DE PROTEÇÃO DE DADOS & DATA PROTECTION OFFICER (DPO): UM ESTUDO À LUZ DAS (PRÉ) CONCEPÇÕES BRASILEIRAS E CONCEPÇÕES EUROPEIAS	169

Rafael Luís Müller Santos

RELATÓRIO DE IMPACTO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO INSTRUMENTO ÚTIL DE ADEQUAÇÃO E GOVERNANÇA CONFORME A LGPD E O RGPD..... 185

Wanessa Larissa Silva de Araújo

LIMITES AO COMPARTILHAMENTO DE DADOS PESSOAIS ENTRE OS ENTES DO PODER PÚBLICO 204

Júlia Carvalho Soub

A PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPEIA: PERSPECTIVA COMPARADA ENTRE A INDEPENDÊNCIA E AUTONOMIA DAS AUTORIDADES DE FISCALIZAÇÃO 221

Andressa Carvalho Pereira

**REVISÃO DE DECISÃO TOMADA COM BASE EM TRATAMENTO
AUTOMATIZADO: PREOCUPAÇÕES E CONSIDERAÇÕES SOBRE A
EFETIVAÇÃO DA TRANSPARÊNCIA PARA COBRIR A DISCRIMINAÇÃO
ALGORÍTIMICA E O PROFILING**

Shana Schlottfeldt ¹

Dispositivos da LGPD	Dispositivos do RGPD
<p>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. (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)</p> <p>§ 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.</p> <p>§ 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.</p> <p>§ 3º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)</p>	<p>Artigo 22º - Decisões individuais automatizadas, incluindo definição de perfis</p> <p>1. O titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis, que produza efeitos na sua esfera jurídica ou que o afete significativamente de forma similar.</p> <p>2. O nº 1 não se aplica se a decisão:</p> <p>a) For necessária para a celebração ou a execução de um contrato entre o titular dos dados e um responsável pelo tratamento;</p> <p>b) For autorizada pelo direito da União ou do Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento estiver sujeito, e na qual estejam igualmente previstas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular dos dados; ou</p> <p>c) For baseada no consentimento explícito do titular dos dados.</p> <p>3. Nos casos a que se referem o nº 2, alíneas a) e c), o responsável pelo tratamento aplica medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e legítimos interesses do titular dos dados, designadamente o direito de, pelo menos, obter intervenção humana por parte do responsável, manifestar o seu ponto de vista e contestar a decisão.</p> <p>4. As decisões a que se refere o nº 2 não se baseiam nas categorias especiais de dados pessoais a que se refere o artigo 9º, nº 1, a não ser que o nº 2, alínea a) [titular dos</p>

¹ Doutora em Informática pela Universidade de Brasília (UnB), Brasil. Visiting PhD student at University of York, Reino Unido, bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Mestre em Informática pela Universidad Carlos III de Madrid, bolsista da Fundação Carolina, Espanha. Bacharel em Direito pela UnB. LLB exchange student at Australian National University, Austrália. Membro do Comitê Gestor Pró-Equidade de Gênero e Raça da Câmara dos Deputados, Brasil. Pesquisadora vinculada ao Observatório da Lei Geral de Proteção de Dados da Universidade de Brasília (Observatório LGPD/UnB), Brasil. Pesquisadora vinculada ao Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da Universidade de Brasília (GETEL/UnB), Brasil.

dados tiver dado seu consentimento] ou g) [o tratamento for necessário por motivos de interesse público relevante], do mesmo artigo sejam aplicáveis e sejam aplicadas medidas adequadas para salvaguardar os direitos e liberdades e os legítimos interesses do titular.

Considerandos relevantes

(63) Modalidades e âmbito do direito de acesso.

(71) Direito de não estar sujeito a uma decisão automatizada.

(72) Aplicabilidade do RGPD à criação de perfis.

Introdução

O uso de decisões automatizadas que afetam a vida das pessoas está se tornando dia a dia mais comum. As máquinas podem aprovar pedidos de empréstimo (FTC, 2012; HARRIS, 2018); decidir se alguém deve merecer liberdade condicional ou ficar atrás das grades (BRENNAN *et al.*, 2009; LARSON *et al.*, 2016; VAN EIJK, 2017); tomar decisões de emprego (GEE, 2017; DASTIN, 2018); excluir ou colocar em desvantagem os potenciais clientes de empresas de saúde complementar de acordo com seu histórico médico; decidir acerca da empregabilidade e assim por diante (NIKLAS *et al.*, 2015; COURT, 2019; O'NEIL, 2016; COHEN, 2020, 1398).

Essas decisões são tomadas diretamente sobre o indivíduo, mas podem estar envoltas em camadas impenetráveis de complexidade e opacidade. Por exemplo, um *score* de crédito ruim pode custar a quem vai atrás de um financiamento ou empréstimo centenas de milhares de reais a mais, mas essa pessoa nunca saberá/entenderá exatamente como esse *score* foi calculado. Pior do que isso, um algoritmo pode classificar alguém como um cliente “não confiável”, mas nunca lhe “contar” sobre essa decisão (MARQUES e MUCELIN, 2021, p. 143).

O presente artigo trata do direito do titular de solicitar a revisão de decisões tomadas com base em tratamento automatizado de dados pessoais. Nesse sentido, procedeu-se à análise comparativa do art. 20 da Lei nº 13.079/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados, LGPD) e do art. 22 do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)¹, que tratam sobre a temática

¹ O Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, 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)”.

no Brasil e na Europa, respectivamente. Por essenciais à discussão, são tratados tópicos correlatos, como discriminação algorítmica e *profiling*. Como estudo de caso, são apresentadas três decisões sobre o tema, o Recurso Especial (Resp) 1.419.697/RS, em que se discutiu a legalidade do *credit scoring*, o Caso C/13/696010-HA ZA 21-81, do Tribunal Distrital de Amsterdã, e o Caso 2020-0.436.002, da Autoridade de Proteção de Dados Austríaca, estes dois últimos à luz do RGPD. Por fim, são apresentadas as considerações finais que dão conta da importância do estabelecimento e consolidação de um direito à revisão de decisões automatizadas e que os normativos brasileiro e europeu acerca da matéria, afora pequenos detalhes, são bastante semelhantes.

1. Comentários

1.1. O que são decisões automatizadas?

A expressão Sistemas de Decisão Automatizados (*Automated Decision Systems, ADS*), no contexto da tomada de decisão, é usada para se referir às tecnologias que apoiam ou substituem o julgamento dos tomadores de decisão humanos. Sejam de fato sistemas, algoritmos ou simplesmente a aplicação de cálculos estatísticos. Esses sistemas usam técnicas como regressão, inferência baseada em regras, raciocínio baseado em casos, análise preditiva e inteligência artificial (e.g., *deep learning*, aprendizado de máquina, algoritmos genéticos, redes neurais), geralmente em combinação uns com os outros para processar dados e encontrar correlações entre eles, fazendo previsões com base em tais correlações (AUTOMATED ASSISTANCE IN ADMINISTRATIVE DECISION-MAKING WORKING GROUP, 2007, p. 4-6; MOLNAR e GILL, 2018, p. 2; BIONI e MARTINS, 2020c).

A automatização de processos decisórios inicialmente foi vista como ferramenta capaz de trazer objetividade à decisão, superando tendências de vieses e discriminação, entretanto, logo percebeu-se que ela poderia assimilar aquelas tendências já existentes nos processos tradicionais de tomada de decisões, conduzindo, igualmente, a resultados discriminatórios agora sob uma roupagem de “verdade objetiva” (BAROCAS e SELBST, 2016, p. 677; MENDES e MATTIUZZO, 2019, p. 40).

Pesquisas mostram que os humanos são psicologicamente desencorajados a desafiar decisões baseadas em IA devido ao ônus de refutá-las (McGREGOR *et al.*, 2019, p. 317-318). Assim, ainda que a decisão automatizada sirva apenas de recomendação para tomada de

decisão, ela pode ser um elemento decisivo, pois para desconsiderá-la o operador humano teria que fundamentar sua opção em elementos aferíveis quantitativamente tanto quanto as previsões algorítmicas e todo espaço de subjetividade seria eliminado (BIONI e MARTINS, 2020a). Na prática, quem decide é o algoritmo, daí a importância de um direito à revisão.

1.2. Discriminação algorítmica

O aumento no uso de decisões automatizadas fez surgir algumas preocupações, dentre elas, o potencial discriminatório e como grupos minoritários podem acabar sendo prejudicados.

Segundo Barocas e Selbst (2016), ainda que se defenda que técnicas algorítmicas eliminam os preconceitos humanos no processo de tomada de decisão, um algoritmo é tão bom quanto os dados com os quais trabalha (conforme o conhecido adágio “*garbage in, garbage out*”, literalmente “lixo entra, lixo sai”, i.e., dados de entrada falhos produzem saídas falhas). E não raro, os dados frequentemente refletem padrões históricos de preconceito² e discriminação contra minorias, i.e., padrões preexistentes de exclusão e desigualdade. Além disso, uma vez que quase sempre a discriminação resultante é uma propriedade emergente não intencional do uso do algoritmo (e não uma escolha intencional/consciente de seus programadores), pode ser particularmente difícil identificar o problema e sua origem.

Nesse contexto, utiliza-se a termo “discriminação algorítmica” para situações que refletem afirmações inconsistentes ou em que as afirmações, ainda que lógicas, consideram pessoas não como indivíduos, mas como parte de um grupo. Mendes e Mattiuzzo (2019, p. 47) apontam que ao contrário da discriminação pensada como exclusão do indivíduo de um grupo, quando se fala em discriminação algorítmica, os efeitos se verificam pela inclusão em um grupo e o consequente julgamento desse indivíduo, não por suas características particulares, mas pelas características do grupo no qual foi classificado. Trata-se de uma generalização.

Ainda segundo Mendes e Mattiuzzo (2019, p. 51-53), seriam quatro os tipos de discriminação algorítmica: (i) por erro estatístico: geralmente decorre de um erro cometido pelo responsável pelo desenho do algoritmo (e.g., utilização de dados incorretos ou de modelos estatísticos inadequados); (ii) por generalização: decorre da própria natureza de qualquer

² Por exemplo, se uma empresa usa um algoritmo de contratação treinado com dados históricos que favorecem homens, brancos, de meia-idade, o resultado provavelmente desfavorecerá mulheres, pessoas de cor e pessoas mais jovens ou mais velhas que seriam igualmente qualificadas para preencher a vaga.

emprego probabilístico (e.g., não refletir os *outliers*³); (iii) pelo uso de informações sensíveis: embora possa ser estatisticamente correta, baseia-se em dados legalmente protegidos; geralmente, para que seja considerado discriminatório, além de utilizar dado sensível, deve embasar-se em característica endógena ou que distingue um grupo historicamente discriminado⁴ (e.g., características discriminatórias e estereotipadas clássicas como nacionalidade e identidade de gênero); (iv) limitadora do exercício de direitos: o problema é resultado da relação entre a informação utilizada pelo algoritmo e a concretização de um direito (e.g., na Alemanha, aqueles que acessavam sua informação de *score*, tinham sua pontuação reduzida).

1.3. Profiling

Cada indivíduo tem o direito a não ser “simplificado, objetivado, e avaliado fora de contexto” (ROSEN *apud* RODOTÁ, 2008, p. 12). Apesar disso, não raro, os gestores precisam tomar decisões num cenário de conhecimento e recursos limitados. Assim, utilizam-se de características observáveis como substitutas (*proxies*) de características não observáveis (MENDES e MATTIUZZO, 2019, p. 50).

O *profiling* (perfilamento, perfilação ou definição de perfis⁵) de indivíduos tem o potencial de criar sérios riscos na medida em que podem diminuir ou aumentar oportunidades sociais em aspectos relevantes da vida da pessoa conforme a categorização ou o *score* atribuído ao seu perfil (MENDES e FONSECA, 2021, p. 99). E isso ocorre não devido a algo que a pessoa efetivamente tenha feito, mas por causa das inferências ou correlações feitas por algoritmos “sugerindo” que ela pode vir a se comportar de maneira que a torna “arriscada” ou “inadequada”, e.g., para concessão de crédito ou de seguro, para uma vaga de emprego, para admissão em escolas ou outras instituições (CITRON e PASQUALE, 2014, p. 24).

³ *Outliers* são dados que se diferenciam de todos os demais, são os “pontos fora da curva”, i.e., um valor que foge do que seria considerado padrão.

⁴ “[...] é um dos tipos mais perversos de discriminação, ao reforçar o tratamento discriminatório e automatizá-lo, tornando mais difícil para os membros de tais agrupamentos superarem determinada situação prejudicial” (MENDES e MATTIUZZO, 2019, p. 54).

⁵ Segundo o art. 4º(4) do RGPD, entende-se por “‘definição de perfis’, qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspetos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspetos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações” (PARLAMENTO EUROPEU e CONSELHO EUROPEU, 2016).

A situação pode ser agravada quando a formação de perfis se dá baseada em dados pessoais sensíveis, pela possibilidade maior de gerar discriminações:

(...)seja porque dados pessoais, aparentemente não ‘sensíveis’, podem se tornar sensíveis se contribuem para a elaboração de um perfil; seja porque a própria esfera individual pode ser prejudicada quando se pertence a um grupo do qual tenha sido traçado um perfil com conotações negativas (RODOTÁ, 2008, p. 84).

Nossa LGPD adota um conceito amplo de dado pessoal, assim como a matriz europeia, embasada na ideia de que “todo dado pessoal tem importância e valor” (VIOLA e TEFFÉ, 2021, p. 131). Mesmo dados que pareçam irrelevantes em determinadas circunstâncias, que não referenciem uma pessoa diretamente, quando tratados, organizados e cruzados, podem resultar em informação específica sobre um indivíduo, que pode ser, inclusive, de caráter sensível, como constatado pela Corte Constitucional Alemã no paradigmático julgamento sobre a Lei do Censo de 1983 (MENDES, 2018, p. 187-192). Neste mesmo sentido, o julgamento histórico no Brasil, de maio de 2020, em sede de controle de constitucionalidade no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a proteção de dados pessoais como direito fundamental autônomo, baseado na lógica que não há dados “irrelevantes, neutros ou insignificantes”, afirmando a proteção constitucional ao dado pessoal (MENDES, 2020; MENDES e FONSECA, 2020; RUARO e SARLET, 2021, p. 204).

1.4. LGPD: transparência, outros princípios e direitos

A transparência é um dos temas mais críticos e debatidos quando se fala em ADS. Pasquale (2015, p. 3) usa o termo “caixa preta” como metáfora para se referir a sistemas cujo funcionamento é misterioso, no qual é possível observar dados de entradas (*inputs*) e dados de saídas (*outputs*), mas entre uma e outra instância, não se sabe o que aconteceu. Com a crescente automatização de decisões, ainda que a palavra final seja dada por um humano, o processo decisório pode ter sido baseado em uma análise algorítmica, de maneira que nem mesmo o tomador da decisão conseguiria explicá-la. Neste sentido, vêm-se defendendo o direito ao devido processo informacional, relacionado à garantia de entender (receber uma explicação) e poder contestar decisões que afetem os interesses do titular de dados (BIONI e MARTINS, 2020b). O Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da ADI 6.389 (Caso IBGE), reconheceu a importância dessa garantia “como corolário da dimensão subjetiva do direito à proteção de

dados pessoais [...] sobretudo em relação a práticas de tratamento de dados capazes de sujeitar o indivíduo a julgamentos preditivos e peremptórios” (BRASIL, 2020, p. 114).

A ideia por trás do “devido processo informacional” encontra analogia com o “devido processo legal”: da mesma forma que uma pessoa não pode ser privada de sua vida, liberdade, propriedade, sem o devido processo legal, certos tipos de levantamentos, usos e disseminação de informação podem ser desafiados a fim de permitir que os titulares dos dados possam entender e se posicionar frente a decisões que tenham impacto em seus interesses (CITRON e PASQUALE, 2014, p. 19-20).

A falta de transparência é um ponto de atenção no que diz respeito à discriminação algorítmica por pelo menos três motivos: (i) pode impossibilitar evidenciar que algum tipo de discriminação ocorreu; (ii) pode dificultar a prevenção de discriminações; (iii) em vez de combater resultados discriminatórios, pode acabar por reforçá-los (MENDES e MATTIUZZO, 2019, p. 47).

A LGPD é uma lei principiológica, que prevê explicitamente o princípio da transparência (art. 6º, VI), que juntamente com o princípio do livre acesso (art. 6º, IV), dá origem ao direito de acesso aos dados pessoais (art. 18, II), este, por sua vez, é robustecido pelo art. 19; todos estes dispositivos juntos, permitem ao titular tomar conhecimento dos dados utilizados para decisão, bem como da forma e da duração do tratamento. A esse arcabouço, se agrega o princípio da qualidade dos dados (art. 6º, V), por meio do qual o titular pode demandar atualização e correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados (art. 18, III). Neste contexto, também importantes os direitos à oposição e exclusão (art. 18, VI), quando algum tratamento não devesse ser feito, ou algum dado específico não devesse ser considerado/utilizado. E, tão importante quanto os demais, o princípio da não-discriminação (art. 6º, IX), e.g., acionado caso o titular suponha estar sofrendo discriminação em razão de vieses.

De uma leitura sistemática da LGPD ter-se-ia a consubstanciação de outros dois direitos (MONTEIRO, 2018, p. 3): (i) direito à explicação: verdadeiro corolário do direito à transparência, diz respeito ao direito a receber informações úteis, suficientes, claras e compreensíveis, capazes de permitir ao titular entender a racionalidade e os critérios utilizados para o tratamento de seus dados pessoais para uma determinada finalidade; (ii) direito à revisão de decisões automatizadas: direito do titular requerer a revisão de uma decisão totalmente

automatizada que impacte seus interesses, produza efeitos jurídicos que lhe digam respeito ou o afetem significativamente (art. 20, LGPD).

1.4.1. Art. 20 da LGPD

Conforme a redação constante do Parecer ao Projeto de Lei (PL) nº 4.060/2012, o art. 20 da LGPD determinava o direito de revisão como um direito de revisão humana, *i.e.*, feito por uma pessoa natural (COMISSÃO ESPECIAL, 2018, p. 71). Contudo, a Lei nº 13.853/2019, que alterou a LGPD para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) (conversão da Medida Provisória nº 869/2018), além de alterar a redação do *caput* do art. 20 (excluindo da redação final a expressão “por pessoa natural”), vetou seu §3º, conforme Mensagem nº 288, de 8 de julho de 2019 (BRASIL, 2019c), que dispunha, igualmente, que a revisão de que trata o *caput* do artigo deveria ser realizada por pessoa natural (BRASIL, 2019b). Daí ter-se chegado à redação atual do art. 20 da LGPD (conforme constante do início deste trabalho).

Contudo, dois importantes pontos esperam por uma melhor definição (BIONI; MARTINS, 2020): (i) quais os parâmetros do direito de revisão, já que não há mais a previsão expressa da revisão humana na LGPD; (ii) o que de fato são decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado, *i.e.*, no âmbito da discussão aqui empreendida, essencial estabelecer qual será a interpretação dada ao termo “unicamente”: (ii.a) literal, o que praticamente esvaziaria o direito de revisão ou; (ii.b) sistemática e ampliativa, na qual se dará abertura para efetiva aplicação do direito de revisão, considerando-se o grau de automatização dos processos decisórios, ainda que não totalmente automatizados. Entende-se que esta última seria uma interpretação possível e adequada, capaz de permitir ao cidadão, de maneira mais propícia, o exercício de seus direitos e garantias fundamentais.

Corroborando esse entendimento, discussão internacional acerca da temática de revisão de decisões automatizadas, como o posicionamento do *Information Commissioner's Office* (ICO) do Reino Unido, segundo o qual para descaracterizar uma decisão tomada unicamente com base em tratamento automatizado, o envolvimento humano deve ser ativo e não apenas um gesto simbólico, *i.e.*, se um humano revisa a decisão antes de ela ser aplicada e tem discricionariedade para alterá-la, e não simplesmente aplica a decisão tomada pelo sistema automatizado (ICO, 2021).

Segundo Juliana Sakai, em levantamento que buscou mapear a maneira como sistemas de decisão automatizada têm sido utilizados no âmbito do Poder Público (Projeto Transparência Algorítmica), todos os órgãos consultados informaram que ADS têm sido usados somente para dar suporte à tomada de decisão humana, e não eles mesmos como tomadores de decisão (SAKAI *et al.*, 2020; TRANSPARÊNCIA BRASIL, 2020, p. 19-21). Isso evidencia a disputa entre três eixos: (i) o conceito de “decisão unicamente automatizada”; (ii) a prática corrente no uso de sistemas de decisão; e (iii) a viabilização do exercício de direito de revisão. Ou seja, para dar alguma efetividade ao art. 20 da LGPD, sua interpretação necessariamente deveria ser ampliativa.

Diante do exposto, entende-se que a LGPD garante (MONTEIRO, 2018, p. 14):

1. Acesso aos tipos de dados pessoais e aos dados propriamente ditos usados como entrada do sistema responsável pelo processo de decisão automatizada;
2. Se o processo automatizado tiver por finalidade formar um perfil comportamental, ou se utilizar de um perfil comportamental para tomada de decisão, o direito de acesso aos dados poderá incluir, os dados anonimizados utilizados para enriquecer tais perfis (art. 12, §2º, LGPD);
3. O direito de receber explicações claras acerca dos critérios utilizados para tomar a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial (art. 20, §1º, LGPD), que devem ser analisados no caso concreto, pois estes conceitos não se encontram definidos na LGPD (vide Seção 1.4.2);
4. A possibilidade de auditoria pela ANPD para verificação de aspectos discriminatórios (art. 20, §2º, LGPD).
5. O direito de requerer revisão (que se entende deva ser promovida por pessoa natural, em consonância com os debates doutrinários nacionais e internacionais a respeito do assunto, apesar de não garantida pela legislação brasileira atual), caso a decisão automatizada tenha consequências nos interesses do titular, o que se presumiria, no caso de perfis.

Por fim, independentemente do direito à revisão de decisões automatizadas, em havendo dano em razão do tratamento de dados pessoais, surge a obrigação de reparação. Quanto a isso, cumpre mencionar a Seção III do Capítulo VI, da LGPD, que trata “Da Responsabilidade e do Ressarcimento de Danos”, em especial o *caput* do art. 42, que dispõe que 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” (BRASIL, 2019a).

1.4.2. Segredo comercial e industrial

Apesar de poder-se ocultar a lógica do processamento com base no segredo, o direito à revisão pode ser articulado ao acesso à informação analisada para se chegar à categorização/pontuação, permitindo ao titular promover a correção e/ou atualização dos dados que levaram à definição do perfil, o que lhe possibilitaria obter classificação eventualmente mais vantajosa.

Diante disso, importa destacar que a ideia de explicabilidade quando aplicada ao processo decisório, geralmente se refere às “razões ou justificativas para aquele resultado em particular, e não a uma descrição do processo decisório em geral” (DOSHI-VELEZ e KORTZ, 2017)

Destarte, existem alguns mecanismos indiretos que permitem analisar se decisões automatizadas estão sendo tomadas de forma justa, com respeito aos princípios legais, sem a quebra do segredo de negócio: (i) informação sobre os tipos de dados usados para alimentar a base de dados; (ii) quais decisões são realmente tomadas por ADS; (iii) como tais decisões podem afetar direitos fundamentais; (iv) quais populações são afetadas pela decisão automatizada; (v) quais testes foram feitos com o ADS para evitar discriminações (BIONI; MARTINS, 2020).

1.4.3. Evolução do direito à revisão no Brasil

No Brasil, o direito à revisão de decisões automatizadas evoluiu de uma proteção setorial para uma geral.

A Lei nº 8.978/1990 (Código de Defesa do Consumidor, CDC) enuncia o direito à transparência associada ao dever de informação derivado da boa-fé objetiva (art. 4º, *caput*; art. 4º, III; art. 6º, III; art. 8º, todos do CDC). Assim, caso tenha havido uma decisão automatizada numa relação de consumo, o consumidor tem direito a conhecer os dados utilizados na tomada de decisão.

Com base no direito à transparência e à não-discriminação, a Lei nº 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo) já previa o direito à explicação e à revisão de decisões automatizadas, no

microsistema do setor de crédito (art. 5º, IV a VII, Lei do Cadastro Positivo), formando o arcabouço de tais direitos nas relações de consumo (MONTEIRO, 2018, p. 8). Além disso, a Lei do Cadastro Positivo buscou limitar os tipos de dados que poderiam ser utilizados para o *credit scoring*, proibindo a utilização de informações “que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito e aquelas relacionadas à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, ao sexo e às convicções políticas, religiosas e filosóficas” (art. 7º, I) *i.e.*, dados pessoais sensíveis na atual inteligência da LGPD (art. 5º, II).

Contudo, o CDC e a Lei do Cadastro Positivo formam um microsistema de proteção de dados pessoais, restrito, malgradamente, à concessão de crédito (MONTEIRO, 2018, p. 8).

Neste sentido, a LGPD veio para dar uma abrangência maior ao direito à revisão, não só quanto ao universo de sua incidência (qualquer decisão tomada unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem os interesses do titular, incluída a concessão de crédito, mas agora não só limitada a ela), mas quanto ao momento anterior de seu exercício, incluindo “as decisões destinadas a definir o [...] perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade” (art. 20, *caput*), assegurando um compromisso maior com a transparência da trilha decisória percorrida para se chegar à deliberação final.

1.5. Art. 22 do RGPD

O art. 22 do RGPD tem as suas raízes nos art. 12(a) e art. 15 da Diretiva de Proteção de Dados 95/46/CE⁶. Uma das principais diferenças é que o RGPD tem um escopo de aplicação mais amplo, pois incide no “processamento automatizado, incluindo criação de perfil”, enquanto a legislação anterior dispunha só ser aplicável se uma forma de criação de perfil estivesse envolvida. Além disso, o art. 22(4), do RGPD, aborda explicitamente a utilização de dados sensíveis, estabelecendo uma proibição qualificada de decisões baseadas nas categorias de dados enumeradas no art. 9º(1), do RGPD (que trata exatamente de dados sensíveis).

As “Diretrizes sobre tomada de decisão individual automatizada e criação de perfil” (WP 251 ver.01) do *Article 29 Data Protection Working Party* (WP29), recepcionadas pelo *European Data Protection Board* (EDPB), apontam que o art. 22(1) do RGPD pode ser

⁶ Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, “relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados”, foi revogada em 2018 pelo RGPD.

enquadrado como uma proibição geral de “decisões individuais automatizadas, incluindo definição de perfis”. Nesse sentido, afirma que (WP29, 2018, p. 19):

O termo “direito” na disposição não significa que o art. 22(1), se aplica apenas quando ativamente invocado pelo titular dos dados. O art. 22(1) estabelece uma proibição geral para a tomada de decisões baseada exclusivamente no processamento automatizado. Esta proibição aplica-se quer o titular dos dados tome ou não medidas em relação ao tratamento dos seus dados pessoais (livre tradução).

Tal interpretação é embasada tanto nos princípios do RGPD, quanto no objetivo de dar aos titulares o controle sobre seus dados pessoais (autodeterminação informativa), que pauta o Regulamento como um todo. Além disso, o WP29 faz referência ao Considerando 71 do RGPD, o que implica que o Regulamento não impede a utilização de ADS ou a definição de perfis, contanto que o processamento atenda à definição do art. 22(1), caso em que será necessário garantir que se está coberto por ao menos uma das exceções constantes do art. 22(2).

O primeiro elemento capaz de acionar o art. 22 do RGPD é a presença de uma “decisão”, que pode ser interpretada em sentido amplo, e.g., atos oficiais de autoridades públicas, como decisões sobre declarações de impostos (BRKAN, 2019, p. 102); recusas automáticas de pedidos de crédito *online* ou decisões semelhantes no contexto de práticas de recrutamento eletrônico. Em um sentido mais geral, as decisões também podem ser vistas como uma atitude ou posição particular tomada em relação a uma pessoa, se essa posição tiver, pelo menos, probabilidade de ser posta em prática (MENDOZA e BYGRAVE, 2017, p. 10-11).

Outro elemento de atenção é a palavra “exclusivamente” na expressão “decisão tomada exclusivamente com base no tratamento automatizado”. Sua avaliação depende se a intervenção humana é possível de uma perspectiva técnica ou se o processo de tomada de decisão é construído de forma exclusivamente algorítmica, sem espaço para o envolvimento humano.

Se o processo permitir tecnicamente a intervenção humana, então deve-se avaliar se a ação realizada por pessoa natural é “significativa” ou apenas um “gesto simbólico” procedimental (WP29, 2018, p. 21). Para cumprir este critério, a intervenção deve ser “realizada por quem tenha autoridade e competência para alterar a decisão”. Além disso, o ser humano envolvido não deve apenas ter o poder de mudar a decisão, mas realmente exercer essa

competência “considerando todos os dados relevantes” e verificando a substância e a exatidão da decisão gerada pela máquina (WP29, 2018, p. 8).

A decisão deve “produzir efeitos jurídicos” sobre o titular dos dados o que ocorre quando ela é vinculativa e afeta os direitos ou interesses jurídicos da pessoa, *e.g.*, o cancelamento de um contrato, a decisão de uma autoridade tributária sobre a declaração de imposto de renda de um indivíduo ou a recusa de um benefício social concedido por lei. Ou pode “afetar significativamente o titular dos dados de forma similar” (à produção de efeitos jurídicos). Em princípio, satisfazer este critério significa que os impactos da decisão devem ser suficientemente grandes, apesar de não alterar a posição jurídica do indivíduo. Alguns critérios para efeitos significativos incluem: (i) afetar significativamente as circunstâncias, comportamento ou escolhas dos indivíduos em questão; (ii) ter um impacto prolongado ou permanente no titular dos dados; ou (iii) no seu extremo, levar à exclusão ou discriminação de indivíduos (WP29, 2018, p. 21).

O art. 22(3), do RGPD estabelece uma lista não exaustiva de salvaguardas aos titulares dos dados, ainda que não esteja claro como estas salvaguardas serão operacionalizadas e qual seu efeito prático, *e.g.*, como seria a intervenção humana na prática, quando o site ou a plataforma tecnicamente não o permitir; caso o titular dos dados, apresente seus pontos de vista ou conteste uma decisão, isso conduzirá a sua anulação? (BRKAN, 2019, p. 108).

Por fim, o art. 22(4) traz uma proibição qualificada quanto ao uso de dados sensíveis.

2. Estudos de Caso

2.1. Brasil – Resp 1.419.697/RS (*score crediting*)

Apenas recentemente a LGPD entrou totalmente em vigor (à exceção das sanções – art. 52 a 54 –, que só vigoraram em agosto de 2021, o restante da Lei teve sua vigência a partir de setembro de 2020), seus detalhes e adequações devem ser promovidos pela ANPD, pelo Legislativo e pelo Judiciário, ao longo do tempo. Em que pese o Judiciário ter sido progressivamente mais mobilizado para definir os alcances e limites da LGPD, não se tem ciência, até o momento, de caso acionando a incidência do art. 20. Neste sentido, será trazida à discussão caso anterior à vigência da LGPD, mas que trata da temática, ainda que no microsistema da concessão crédito (do sistema de *score crediting*).

O *credit scoring* é um método de avaliação do risco de concessão de crédito com base em modelos estatísticos⁷, *i.e.*, uma análise para determinar se o “perfil” do tomador da dívida é ou não o de um “bom pagador”. Em tal análise são observados diversos dados (*e.g.*, idade, profissão, estado civil, endereço, renda, raça, gênero, informações cadastrais como protestos, cheques sem fundo, pendências financeiras e bancárias, ações judiciais, participação societária etc.), alguns deles irrelevantes para aquela decisão específica, inclusive com potencial de representar correlações⁸ que reproduzem preconceitos estruturais.

O julgamento do Recurso Especial (REsp) 1.419.697/RS, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado na Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) serviu de paradigma para controvérsia tratada pelo Tema 710, “acerca da natureza dos sistemas de *scoring* e a possibilidade de violação a princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor capaz de gerar indenização por dano moral”, no qual ficou firmada a tese que (BRASIL, 2014, grifos nossos):

I - O sistema “**credit scoring**” é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de **modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado** (nota do risco de crédito). [...] III - Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da **tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais**, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011. IV - Apesar de **desnecessário o consentimento do consumidor consultado**, devem ser a ele **fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas**. V - O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema “credit scoring”, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), **pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária** do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de **utilização de informações excessivas ou sensíveis** (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de **comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados**.

⁷ Como visto na Seção 1.1, a simples aplicação de cálculos estatísticos já seria suficiente para caracterizar o emprego de um ADS.

⁸ Cumpre lembrar uma das regras de ouro da estatística que enuncia que “correlação não é igual a causalidade”.

Também como resultado do julgamento, foi enunciada a Súmula nº 550/STJ que dispõe que “[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**” (BRASIL, 2015, grifos nossos).

Segundo o relator, já se tinha à época um: (i) direito de acesso do consumidor às informações existentes sobre ele em cadastros e bancos de dados, além das respectivas fontes; (ii) dever de clareza dos arquivos; (iii) direito de retificação de informações incorretas; (iv) fixação de uma vida útil para essas informações (cinco anos). O que poderia ser sintetizado em cinco deveres a serem cumpridos pelo fornecedor do serviço: (a) dever de veracidade; (b) dever de clareza; (c) dever de objetividade; (d) vedação de informações excessivas; (e) vedação de informações sensíveis (a fim de evitar a utilização discriminatória da informação) (BRASIL, 2014, p. 34-36).

Ao decidir sobre o *credit scoring*, o STJ afirmou indiretamente o direito à revisão, ao aplicar direitos básicos do CDC, como o “dever de informação” e a “transparência”. Além disso, o STJ levou em consideração os princípios da “necessidade” e da “não-discriminação” ao balizar os dados que poderiam ser usados para fins de score de crédito (BRASIL, 2014, p. 39, grifo do original):

Não podem ser valoradas pelo fornecedor do serviço de “*credit scoring*” **informações sensíveis**, como as relativas à cor, à opção sexual ou à orientação religiosa do consumidor avaliado, **ou excessivas**, como as referentes a gostos pessoais, clube de futebol de que é torcedor etc.

Esta decisão firma o entendimento que para fins de análise de concessão de crédito (princípio da finalidade) está vedada a utilização de quaisquer informações de natureza personalíssima, não relacionada à finalidade esperada com a análise de crédito (princípio da não discriminação) (MULHOLLAND, 2018, p. 166)

A decisão afirmou ainda que, apesar da “metodologia em si de cálculo da nota de risco de crédito [...] constitui[r] segredo da atividade empresarial, cujas fórmulas matemáticas e modelos estatísticos naturalmente não precisam ser divulgadas” (BRASIL, 2014, p. 37), essas informações, quando solicitadas, devem ser prestadas ao consumidor avaliado, com a indicação clara e precisa dos bancos de dados utilizados possibilitando o exercício do controle da

veracidade dos dados, inclusive para poder retificá-los ou melhorar a sua performance. Ademais, devem ser prestadas também as informações pessoais do consumidor que foram consideradas para que ele possa exercer o direito de controle quanto às informações excessivas ou sensíveis (BRASIL, 2014, p. 38).

A importância desse julgamento está em consagrar princípio e deveres para com o titular dos dados (*e.g.*, transparência, livre acesso, não-discriminação, explicação, revisão de decisões), os quais foram robustecidos e ampliados pela LGPD, criando mecanismos que permitem coibir, mitigar ou ao menos lidar com problemas relacionados à tomada de decisão com base em tratamento automatizado.

2.2. Europa – Caso C/13/696010-HA ZA 21-81 (Uber-Amsterdã) e Caso 2020-0.436.002 (score - Áustria)

Em fevereiro de 2021, no Caso C/13/696010-HA ZA 21-81, o *Rechtbank Amsterdam* (Tribunal Distrital de Amsterdã) condenou a Uber, à revelia, a reintegrar 6 motoristas por entender que a decisão de demissão foi baseada exclusivamente em processamento automatizado, com consequências jurídicas para os requerentes, afetando-os significativamente, nos termos do art. 22(1) do RGPD (RB AMSTERDAM, 2021a, §3.1). A sentença determinou também à Uber pagamento de multa de 5 mil euros por dia de não cumprimento da ordem, bem como mais de 100 mil euros por danos. A Uber agora está fazendo um pedido para que a sentença à revelia seja julgada improcedente e seu caso seja ouvido (BUTLER, 2021).

Essa foi a primeira vez que um tribunal ordenou a anulação de uma decisão automatizada de demitir trabalhadores do emprego (RB AMSTERDAM, 2021b), daí sua importância. Sem embargo, tendo em vista que o julgamento ocorreu à revelia da ré, não há muitos elementos de disputa/discussão, motivo pelo qual apresenta-se adicionalmente outro caso à luz do RGPD, que, apesar de não decidir pela incidência explícita do art. 22 do RGPD, faz uma série de afirmações importantes acerca de direitos aqui tratados.

No Caso 2020-0.436.002, apresentado junto à *Datenschutzbehörde* (DSB), Autoridade de Proteção de Dados Austríaca, a ré teria calculado um *marketing score* chamado “Dominanten Geo Milieus” em relação ao autor (DSB, 2020). Esse *score* consistiria em supostas

probabilidades (expressas em um número percentual)⁹ de que o autor pertenceria a um determinado grupo dentre “conservadores”, “tradicionalistas”, “hedonistas” ou “individualistas digitais”. Em maio de 2019, o autor enviou à ré uma solicitação de acesso sobre como o *score* foi calculado, com base no art. 15(1)(h) do RGPD. Em junho de 2019, a ré recusou-se a fornecer a informação por entender que se qualificava como segredo comercial. Diante disso, o autor apresentou uma queixa junto à DSB.

Em 2020, quando decidiu o caso, a DSB inicialmente considerou que o *score* em questão constitui dado pessoal nos termos do art. 4(1) do RGPD, uma vez que foi atribuído a pessoas singulares. Além disso, considerou que as atividades de processamento que conduzem à criação desse *score* constituem perfis, conforme art. 4(4) do RGPD. Tendo em vista o Considerando 71 do RGPD e as diretrizes constantes do WP 251 rev.01, a DSB enfatizou que o RGPD diferencia entre a criação de perfis nos termos do art. 4(4) e a tomada de decisão automatizada nos termos do art. 22: para uma atividade de processamento ser qualificada como criação de perfis, não é necessário que esta atividade seja realizada exclusivamente de maneira automatizada.

Em seguida, o DSB avaliou se o reclamante tinha direito à informação nos termos do art. 15(1)(h) do RGPD em relação ao *score* e se a ré havia infringido esse direito. De acordo com a DSB, o direito ao abrigo do art.15(1)(h) do RGPD não se limita aos casos de tomada de decisão automatizada do art. 22(1) e (4) do RGPD, mas também abrange outros casos, como o perfil em questão: a utilização da expressão “pelo menos nesses casos”, no art. 15(1)(h), aponta para um âmbito amplo de aplicação. Consequentemente, a DSB não viu necessidade de avaliar mais se o *score* também se qualificava como tomada de decisão automatizada de acordo com o art. 22 do RGPD.

Por último, a DSB entendeu que a ré não é obrigada a divulgar o algoritmo, código-fonte ou código compilado que foi usado ao criar o *score*. Em vez disso, deve fornecer as seguintes informações conexas ao cálculo da pontuação: (i) parâmetros/variáveis de entrada e como eles surgiram (*e.g.*, usando informações estatísticas); (ii) efeito dos parâmetros/variáveis de entrada na pontuação; (iii) explicação do motivo pelo qual ao titular dos dados foi atribuído um determinado resultado de avaliação; (iv) lista de possíveis categorias de perfil; ou (v)

⁹ Em que pese, como será visto adiante, a análise da questão pela DSB ter prescindido de decidir se a atividade foi realizada exclusivamente de maneira automatizada, como visto na Seção 1.1, entende-se que a aplicação de cálculos de probabilidade e estatística já caracterizaria o emprego de um ADS (apesar de isso não significar que alguma decisão tenha sido tomada de maneira exclusivamente automatizada).

informações equivalentes que permitam ao titular dos dados exercer os seus direitos de retificação e eliminação, bem como examinar a legalidade do processamento.

Igualmente, a importância desse julgamento consiste na consolidação de princípios e deveres para com o titular dos dados relacionados à transparência, ao livre acesso, à explicação de decisões tomadas com base no tratamento de dados pessoais capazes de enquadrar o titular em perfis e com isso afetá-lo. Mas mais do que isso, estabelece que estes são parâmetros mínimos de proteção, prescindindo, inclusive, da verificação se a decisão foi ou não automatizada (o que atrairia a incidência de prerrogativas adicionais, como a de “obter intervenção humana por parte do responsável”).

Considerações finais

A LGPD é uma lei principiológica, da qual derivam (implícita e explicitamente) diversos direitos, um deles diz respeito ao direito à revisão de decisões automatizadas, previsto no art. 20. Este direito se reveste de especial importância diante de problemas relacionados à utilização de ADS, tais como a falta de transparência, dificuldade de identificar e corrigir erros, reforço de desigualdades (vieses).

Na Europa, esse direito é tratado, principalmente, pelo art. 22 do RGPD. Ambos normativos apresentam diversas similaridades (o que é natural, tendo em vista que o RGPD serviu de inspiração para a LGPD). Entretanto, há certas distinções importantes: (i) o RGPD impõe algumas restrições não presentes na LGPD: (i.a) não inclui o caso dos dados anonimizados (previstos no art. 12, §2º, LGPD); (i.b) limita o direito de oposição quando a base legal para tratamento dos dados for o consentimento explícito ou a execução de um contrato (art. 22(2), RGPD); (ii) mas, o RGPD prevê explicitamente a intervenção humana (art. 22(3), RGPD), enquanto da LGPD não consta tal previsão.

De qualquer forma, no Brasil ou na Europa, percebe-se que definir os contornos, limites e conferir efetividade ao direito à revisão automatizada será papel das Autoridades de Proteção de Dados, da doutrina e da jurisprudência.

Referências bibliográficas

ACLU, American Civil Liberties Union;
CENTER FOR DEMOCRACY &

TECHNOLOGY; ELECTRONIC
FRONTIER FOUNDATION; NEW

AMERICA'S OPEN TECHNOLOGY INSTITUTE; RAICU, Irina; SUZOR, Nicolas; WEST, Sarah Myers; ROBERTS, Sarah T. Santa Clara Principles on transparency and accountability in content moderation. 7 mai. 2018. Disponível em: <https://santaclaraprinciples.org/>. Acesso em: 28 ago. 2021.

AUTOMATED ASSISTANCE IN ADMINISTRATIVE DECISION-MAKING WORKING GROUP. Automated Assistance in Administrative Decision-Making Better Practice Guide. Canberra: Australian Government, 2007.

BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D. Big Data's Disparate Impact. California Law Review, v. 104, n. 3, p. 671-732, jun. 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2477899.#. Acesso em: 30 ago. 2021.

BIONI, Bruno; MARTINS, Pedro. Devido processo informacional: um salto teórico-dogmático necessário? . 2020a. Disponível em: https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms%2Ffiles%2F108127%2F1599509820Ensaio_Devido_Processo_Informacional_-_V2.pdf. Acesso em: 10 jun. 2021.

BIONI, Bruno; MARTINS, Pedro. O que você precisa ler para entender sobre o devido processo informacional. Data Privacy Brasil, 2020b. Disponível em: <https://conteudo.dataprivacy.com.br/devido-processo-informacional>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BIONI, Bruno; MARTINS, Pedro. Série LGPD em Movimento: LGPD e Decisões Automatizadas. 14 dez. 2020c. Disponível em: <https://www.observatorioprivacidade.com.br/2020/12/14/serie-lgpd-em-movimento-lgpd-e-decisoes-automatizadas/>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). 2019a. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 11 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. (Conversão da Medida Provisória nº 869, de 2018). 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL, Presidência da República. Mensagem nº 288, de 8 de julho de 2019. Comunica veto parcial ao Projeto de Lei de Conversão nº 7, de 2019 (MP nº 869/2018), que “Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências”. 2019c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-288.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Resp nº 1.419.697/RS. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 12/11/2014, DJe 17/11/2014. . 2014. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/114173/REsp1419697.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). Súmula nº 550. 2015. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%20550\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%20550).sub). Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 6.389/DF. Ementa medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Referendo. Medida provisória nº 954/2020. Emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do

novo coronavírus (covid-19). Compartilhamento de dados dos usuários do serviço telefônico fixo comutado e do serviço móvel pessoal, pelas empresas prestadoras, com o instituto brasileiro de geografia e estatística. Fumus boni juris. Periculum in mora. Deferimento. Relatora: Min. Rosa Weber, julgado em 07/05/2020, processo eletrônico dje-270, divulg 11-11-2020, public 12-11-2020. 12 nov. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344950131&ext=.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRENNAN, Tim; DIETERICH, William; EHRET, Beate. Evaluating the Predictive Validity of the Compas Risk and Needs Assessment System. *Criminal Justice and Behavior*, v. 36, n. 1, p. 21-40, 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0093854808326545>. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRKAN, Maja. Do algorithms rule the world? Algorithmic decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond. *International Journal of Law and Information Technology*, v. 27, n. 2, p. 91–121, Summer 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ijlit/eay017>. Acesso em: 1 set. 2021.

BUTLER, Sarah. Court tells Uber to reinstate five UK drivers sacked by automated process. *The Guardian*, 14 abr. 2021. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2021/apr/14/court-tells-uber-to-reinstate-five-uk-drivers-sacked-by-automated-process>. Acesso em: 1 set. 2021.

CITRON, Danielle Keats; PASQUALE, Frank A. The Scored Society: Due Process for Automated Predictions. *Washington Law Review*, v. 89, p. 1-31, 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2376209>. Acesso em: 29 jun. 2021.

COHEN, Julie E. Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object. *Stan. L. Rev.*, v. 52, p. 1373-1438,

2000. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1819&context=facpub>. Acesso em: 7 set. 2021.

COMISSÃO ESPECIAL, destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 4.060, de 2012. Parecer ao Projeto de Lei nº 4.060, de 2012 (Tratamento e Proteção de Dados Pessoais) (Apenso PLs nº 5.276/16 e 6.291/16). Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, e dá outras providências. Autor: Deputado Milto Monti. Relator: Deputado Orlando Silva., 2018. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1663305 http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1664206. Acesso em: 22 jun. 2021.

COURT hearing in lawsuit against System Risk Indication (SyRI). *Privacy First*, 2019. Disponível em: <https://www.privacyfirst.eu/court-cases/680-court-hearing-in-lawsuit-against-system-risk-indication-syri.html>. Acesso em: 22 ago. 2021.

DASTIN, Jeffrey. Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women. *Reuters*, 10 out. 2018. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G> . Acesso em: 30 ago. 2021.

DOSHI-VELEZ, Finale; KORTZ, Mason A. Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation. Berkman Klein Center Working Group on Explanation and the Law, Berkman Klein Center for Internet & Society working paper, p. 1-15, 2017. Disponível em: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:34372584>. Acesso em: 30 ago. 2021.

DSB, Datenschutzbehörde. (Austria) - GZ: 2020-0.436.002 of September 8, 2020 (case number: DSB-D124.909). Machine translation of the German original. European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:DSB:2020:2020.0.436.002.

GDPRHub, 8 set. 2020. Disponível em: [https://gdprhub.eu/index.php?title=DSB_\(Austria\)_-2020-0.436.002](https://gdprhub.eu/index.php?title=DSB_(Austria)_-2020-0.436.002). Acesso em: 1 set. 2021.

FTC, Federal Trade Commission. Report to Congress Under Section 319 of the Fair and Accurate Credit Transactions Act of 2003. dez. 2012. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/section-319-fair-and-accurate-credit-transactions-act-2003-fifth-interim-federal-trade-commission/130211factareport.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2021.

GEE, Kelsey. In Unilever's Radical Hiring Experiment, Resumes Are Out, Algorithms Are In. The Wall Street Journal, 26 jun. 2017. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/in-unilevers-radical-hiring-experiment-resumes-are-out-algorithms-are-in-1498478400>. Acesso em: 30 ago. 2021.

HARRIS, John. The tyranny of algorithms is part of our lives: soon they could rate everything we do. The Guardian, Opinion, Big Data, 5 mar. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/mar/05/algorithms-rate-credit-scores-finances-data>. Acesso em: 28 jun. 2021.

ICO, Information Commissioner's Office. In the picture: A data protection code of practice for surveillance cameras and personal. Version 1.2. London: ICO, Information Commissioner's Office, 2017. Disponível em: <https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1542/cctv-code-of-practice.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2021.

ICO, Information Commissioner's Office. What does the UK GDPR say about automated decision-making and profiling?, 2021. Disponível em: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/automated-decision-making-and-profiling/what-does->

[the-uk-gdpr-say-about-automated-decision-making-and-profiling/](https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/automated-decision-making-and-profiling/). Acesso em: 9 set. 2021.

LARSON, Jeff; MATTU, Surya; KIRCHNER, Lauren; ANGWIN, Julia. How We Analyzed the COMPAS Recidivism Algorithm. ProPublica, 23 mai. 2016. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/how-we-analyzed-the-compas-recidivism-algorithm>. Acesso em: 28 jun. 2021.

MARQUES, Claudia Lima; MUCELIN, Guilherme. Novo Mercado de Consumo 'Simbiótico' e a Necessidade de Proteção de Dados dos Consumidores. In: SARLET, G. B. S.; TRINDADE, M. G. N., et al (Ed.). Proteção de dados: temas controversos. Indaiatuba: Foco, 2021. p.133-183.

McGREGOR, Lorna; MURRAY, Daragh; NG, Vivian. International Human Rights Law as a Framework for Algorithmic Accountability. International & Comparative Law Quarterly, v. 68, n. 2, p. 309 - 343 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S0020589319000046>. Acesso em: 29 jun. 2021.

MENDES, Laura Schertel. A vulnerabilidade do consumidor quanto ao tratamento de dados pessoais. Revista de Direito do Consumidor, v. 102, p. 19-43, nov./dez. 2015.

MENDES, Laura Schertel. Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais. Jota, 10 mai. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>. Acesso em: 22 jun. 2021.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. *Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel ampos Soares da. Proteção de dados

para além do consentimento: tendências de materialização. (cap. 4). In: DONEDA, D.; SARLET, I. W., et al (Ed.). Tratado de Proteção de Dados. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MENDES, Laura Schertel; FONSECA, Gabriel Campos Soares da. STF reconhece direito fundamental à proteção de dados. Revista de Direito do Consumidor, v. 130, p. 471-478, jul./ago. 2020.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela. Discriminação Algorítmica: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia. RDU, v. 16, n. 90, p. 39-64, nov.-dez. 2019.

MENDOZA, Isak; BYGRAVE, Lee A. The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling. University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series No. 2017-20, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2964855. Acesso em: 1 set. 2021.

MOLNAR, Petra; GILL, Lex. Bots at the Gate: A Human Rights Analysis of Automated Decision-Making in Canada's Immigration and Refugee System. International Human Rights Program, Faculty of Law, University of Toronto and the Citizen Lab, Munk School of Global Affairs and Public Policy, University of Toronto, 2018.

MONTEIRO, Renato Leite. Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil? Instituto Igarapé - Artigo Estratégico, v. 39, dez. 2018. Disponível em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Existe-um-direito-a-explicacao-na-Lei-Geral-de-Protecao-de-Dados-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2021.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (lei 13.709/18). R. Dir. Gar. Fund, v. 19, n. 3, p. 159-180, set./dez. 2018. Disponível em:

<http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.v19i3.1603>. Acesso em: 15 ago. 2021.

NIKLAS, Jędrzej; SZTANDAR-SZTANDERSKA, Karolina; SZYMIELEWICZ, Katarzyna. Profiling the unemployed in Poland: social and political implications of algorithmic decision making. Warsaw: Fundacja Panoptykon, 2015. Disponível em: https://panoptykon.org/sites/default/files/le-adimage-biblioteka/panoptykon_profiling_report_final.pdf. Acesso em: 29 jun. 2021.

O'NEIL, Cathy. Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy. 1 ed. New York: Crown, 2016.

PARLAMENTO EUROPEU. Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995 relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Jornal Oficial nº L 281 de 23/11/1995 p. 0031 - 0050. 1995. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>. Acesso em: 1 ago. 2021.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO EUROPEU. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho 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. EUR-Lex, Access to European Union Law, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em: 10 jul. 2021.

PASQUALE, Frank. The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information. Cambridge (Massachusetts), London: Harvard University Press, 2015.

RB AMSTERDAM, Rechtbank Amsterdam [District Court of Amsterdam]. C/13/696010 / HA ZA 21-81. European Case Law Identifier: ECLI:NL:RBAMS:2021:1415. GDPRHub, 24 fev. 2021a. Disponível em: https://gdprhub.eu/index.php?title=Rb._Amsterdam_-_C/13/696010_/HA_ZA_21-81. Acesso em: 1 set. 2021.

RB AMSTERDAM, Rechtbank Amsterdam [District Court of Amsterdam]. C/13/696010 / HA ZA 21-81. European Case Law Identifier: ECLI:NL:RBAMS:2021:1415. Rechtspraak, 24 fev. 2021b. Disponível em: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBAMS:2021:1415&showbutton=true&keyword=ECLI%3ANL%3ARBAMS%3A2021%3A1415>. Acesso em: 1 set. 2021.

RODOTÁ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUARO, Regina Linden; SARLET, Gabriele Bezerra Sales. O direito fundamental à proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro: uma análise acerca das hipóteses de tratamento e da obrigatoriedade do consentimento livre esclarecido e informado sob o enfoque da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) - Lei 13. 709/2018. In: DONEDA, D.; SARLET, I. W., et al (Ed.). Tratado de Proteção de Dados. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SAKAI, Juliana; BUTALLA, Vanessa; ROBERTO, Enrico; BIONI, Bruno; MARTINS, Pedro. LGPD e decisões automatizadas. [1h53min26seg]. Data Privacy Brasil, LGPD em Movimento, 3 dez. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=SNg8N7eCU6k>. Acesso em: 17 jul. 2021.

TRANSPARÊNCIA BRASIL. Recomendações de governança: uso de inteligência artificial pelo poder público. fev. 2020. Disponível em: <https://www.transparencia.org.br/download>

[s/publicacoes/Recomendacoes_Governanca_Uso_IA_PoderPublico.pdf](#). Acesso em: 28 ago. 2021.

VAN EIJK, Gwen Socioeconomic marginality in sentencing: The built-in bias in risk assessment tools and the reproduction of social inequality. Punishment & Society, v. 19, n. 4, p. 463-481, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1462474516666282>. Acesso em: 30 ago. 2021.

VIOLA, Mario; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7.º e 11. In: DONEDA, D.; SARLET, I. W., et al (Ed.). Tratado de Proteção de Dados. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

WP29, Article 29 Data Protection Working Party. Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679. WP251rev.01. 6 fev. 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/re-direction/document/49826>. Acesso em: 15 ago. 2021.

